

“ ...

1) 24.11.2021 tarihli ve 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1'inci maddesiyle 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 1'inci maddesine eklenen fıkranın ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

7343 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun icra dairelerini düzenleyen 1'inci maddesine fıkra eklenmiştir. Söz konusu fıkra hükmüne göre iş yoğunluğunun veya personel sayısının fazla olduğu icra dairelerinde dairenin düzenli, uyumlu ve verimli bir şekilde çalışmasını sağlamak amacıyla Adalet Bakanlığı (Bakanlık) tarafından icra müdür ve müdür yardımcıları arasından, icra müdürünün yetkilerini haiz bir icra başmüdürü görevlendirilebilecek ve bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, yönetmelikle düzenlenecektir. Ancak icra başmüdürünün görevlendirilmesine yönelik hukuki işlemin Adalet Bakanlığı'nın uhdesine bırakılmasına istinaden, buna ilişkin usul ve esasları idarenin düzenleyici işleminin konusu yapan anılan cümle hükmü, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki modern toplumlarda alacaklı, alacağının tahsilini Devletin cebri icra organları vasıtasıyla temin eder. Nitekim bunun için icra daireleri teşkilatlandırılmıştır. Olağan döneme nazaran “ağır ekonomik bunalım” dönemlerinde icra dairelerinin iş yoğunluğu (ve buna bağlı olarak personel sayısı), doğası gereği, ziyadesiyle artmaktadır. Anılan fıkra hükmü de iş yoğunluğunun veya personel sayısının fazla olduğu icra dairelerinde dairenin düzenli, uyumlu ve verimli bir şekilde çalışmasını sağlamak amacıyla ihdas edilen “icra başmüdürü”ne ilişkindir. Kanun koyucu, icra başmüdürünün bir kadronun, pozisyonun, unvanın, makamın ya da görevin karşılığı olup olmadığı hususunda sessiz kalmıştır. Bununla birlikte 7343 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle 2004 sayılı Kanun'a eklenen ve icra daireleri başkanlığını düzenleyen 3/a maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan “Ayrıca başkanlıkta, yeteri kadar icra başmüdürü, icra müdürü, icra müdür yardımcısı, icra kâtabi ve memur Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilir.” şeklindeki cümle kaleme alınmak suretiyle; icra başmüdürü, icra müdürü ve devamı ile birlikte sayılmıştır. Öte yandan 7343 sayılı Kanun'un 35'inci maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 152'nci maddesinin (II) numaralı “Tazminatlar” kısmının “G) ADALET HİZMETLERİ TAZMİNATI” bölümüne bent eklenmek suretiyle; icra başmüdürlerine (ayrıca % 50 sine) adalet hizmetleri tazminatı ödeneceği öngörülmüştür. O halde, sistematik yorumla ve anılan hükümlerin de delaletiyle icra başmüdürünün (tıpkı icra müdürü kadrosunda olduğu gibi) bir kadro teşkil ettiği sonucuna varmak mümkündür. Başka bir anlatımla Devletin, egemenliğin ve şiddet tekelinin tecessümü niteliğindeki, cebri icra yetkisini tam olarak yerine getirmesini teminen Bakanlık bünyesinde kamu personel rejimine göre istihdam edilecek olan icra başmüdürü statüsünün, Anayasa'nın 128'inci maddesi bağlamında “diğer kamu görevlisi” niteliğinde olması gerekmektedir. Bu bağlamda kanun koyucu tarafından icra başmüdürünün kadro ihdası, ataması, görevlendirilmesi, niteliği, görev ve yetkisi, aylık ve ödeneği ile diğer özlük haklarının Anayasa'nın öngördüğü ilkeler ve özellikle de mezkûr 128. madde uyarınca maddi anlamda kanunilik ilkesi dahilinde düzenlenmesi gerekmektedir. Ne var ki, iptali istenilen cümle, bu hususların Anayasa'nın öngördüğü çerçevede düzenlenmesine engeldir. Başka bir deyişle iptali talep edilen cümlenin yer aldığı fıkranın ratio legis'ini (iş yoğunluğunun veya personel sayısının fazla olduğu icra dairelerinde dairenin düzenli, uyumlu ve verimli bir şekilde çalışmasını sağlamak) kanunun lafzında açıkça belirten kanun koyucu; icra başmüdürü için bir kadro ihdas etmemiş, Adalet Bakanlığı'nı görevlendirme hususunda yetkilendirmiş ve fakat bu yetkiyi yalnızca icra müdür ve müdür yardımcıları arasından kullanabileceğine dair ibareyle kayıtlamakla yetinmiş, icra başmüdürünün icra dairesinde düzenli, uyumlu ve verimli

çalışmasını sağlamayı teminen doğası gereği icra müdürlerinden daha üst nitelikteki görev ve yetkiye (icra başmüdürlerinin denetim ve gözetim görev ve yetkisi gibi) sahip olması gerekirken icra müdürünün yetkileriyle donatmaya kanaat etmiş dahası bu uygulamaya ilişkin usul ve esasları yönetmeliğe bırakmıştır. Bu durum, Anayasa'ya çok yönlü olarak aykırıdır.

a) Kamu görevlilerinin özlük hakları bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa'nın 128'inci maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi'nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128'inci maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa'nın 2'nci maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (Anayasa Mahkemesi'nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41). İhtilafı kural, Anayasa'nın 128'inci maddesinin 2'nci fıkrasına aykırı şekilde, icra başmüdürünün “nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri”ni düzenlememiş ve bu hususların belirlenmesini yönetmeliğe bırakmıştır. Oysa bir kamu görevlisi olan icra başmüdürünün görevlendirilmesine ilişkin usul ve esaslar ve olası bir sınavın usul ve kapsamı gibi hususlar, kanun düzeyinde belirlenmek ve idarenin keyfi işlem ve eylemlerine terk edilmemek gerekirdi. Bunun yanında, düzenlemede, icra başmüdürü pozisyonunun, “[i]ş yoğunluğunun veya personel sayısının fazla olduğu icra dairelerinde dairenin düzenli, uyumlu ve verimli bir şekilde çalışmasını sağlamak amacıyla” öngörüldüğü ifade edilmiştir. Bu açıdan, düzenlemede icra başmüdürünün icra müdürünün yetkilerini haiz olacağına belirtilmesi, söz konusu kamu görevlisi kategorisinin görev ve yetkilerine ilişkin olarak yasallık ilkesini karşılamamaktadır. İcra müdürünün yanında ayrı bir icra başmüdürü makamının öngörülmesi, icra müdürünün olağan yetki kapsamından farklı bir görev ve yetki tanımını varsaymaktadır. Öyle ki, icra başmüdürü pozisyonuyla izlenen “dairenin düzenli, uyumlu ve verimli bir şekilde çalışmasını sağlamak” amacına denk bir amaç, İcra ve İflas Kanunu'nda icra müdürleri bakımından öngörülmüş değildir. İhtilafı kural, icra başmüdürünün görev ve yetkilerini yeterli açıklıkta tanımlama gereğini karşılamamıştır.

İptal istenen kural, bu cihetle Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda “c” alt başlığı).

b) Hukuk devleti ilkesi bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036)

(Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımını mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleştiremez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir. Kanun düzeyinde tanımlanması gereken hususları yönetmeliğe tevdi eden ve yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilafı kural, Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda "c" alt başlığı).

c) İdarenin kanuniliği ilkesi bakımından: Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle icra başmüdürünün; (kamu görevlilerinin özlük işleri kapsamında kalan) nitelikleri, görev ve yetkileri, aylık ve ödeneği ile görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasların; Anayasa'nın 128'inci maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; icra müdürünün yetkilerini haiz icra başmüdürünün Adalet Bakanlığınca icra müdür ve müdür yardımcıları arasından görevlendirilebileceğini—Anayasal ilkelerin aksine- genel geçer ifadelerle tespit etmiş ve aslen kadro ihdasının, atamasının, niteliğinin, görev ve yetkisinin, aylık ve ödeneği ile diğer özlük haklarının, görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasların (sözgelimi icra başmüdürünün hangi ölçütlere nazaran nasıl seçileceği, yazılı ve/veya sözlü sınavın yapıp yapılmayacağı) içeriği hakkında tamamen sessiz kalmış, bu konuların düzenlenmesini idarenin (Bakanlığın) uhdesine bırakmıştır.

Buna ilave olarak, "Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, "Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur." denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen cümle hükmünde; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen nitelik, görev ve yetki, aylık ve ödenek, diğer özlük hakları ile görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasların genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 2., 123. ve 128'inci maddelerine aykırıdır.

ç) Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7'nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde

yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen cümle hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Bakanlığa); kadro ihdası, atama, nitelik, görev ve yetki, aylık ve ödenek ile diğer özlük hakları, görevlendirilmeye ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

d) Yönetmelikle düzenleme bakımından: Anayasa koyucu, idarenin düzenleyici işlemlerinin bir türü –kural işlem- olan yönetmelikler için özel bir Anayasal hüküm öngörmüştür. Anayasa'nın 124'üncü maddesine göre Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Adalet Bakanlığı'nın iptali talep edilen cümlede yer alan hususlarda çıkaracağı yönetmeliğin, 2004 sayılı Kanun'un 7343 sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle değiştirilen 1'inci maddesinin uygulanmasını sağlaması ve ona aykırı olmaması için; yönetmelik çıkartılmasına cevaz veren kanuni hükmün, hangi iş ve işlemlerin yasal çerçeve içinde kalacağına yönelik temel çerçeve ve sınırları belirlemesi gerekmektedir. Aksi bir tutum, kanunun uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, yönetmeliğe, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması ve çok geniş bir düzenleme alanının idarenin uhdesine bırakılması anlamına gelecektir. İhtilafı kurala bakıldığında, ortada, idare tarafından tecessüm ettirilmeye elverişli bir kanuni genel düzenleme yoktur. İdare tarafından takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılmasına neden olabilecek iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 124'üncü maddesine de aykırıdır.

e) Kamu hizmetinde görevin gerekli kıldığı nitelikler bakımından: Anayasa'nın 70'inci maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkı, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlar. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayırımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev, görevin gerekleri doğrultusunda yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir (Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı).

Anayasa'nın 128'inci maddesinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70'inci maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez" şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan "görevin" ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve niteliğin, yetkinin, aylık ve ödeneğin, görevlendirmenin), (bir kimsenin bu kadroya uygun olduğunun objektif kriterlere göre tespitinin yapılabilmesi amacıyla) kanun düzeyinde açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin niteliklerini belirleme yetkisini idarenin keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (kamu hizmeti icra edecek personelin istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın istekli kimseler bakımından eşit düzeyde güvence altına

alınmasına engel olacaktır. Diğer bir deyişle, icra başmüdürünün niteliği, görev ve yetkisi, aylık ve ödeneği ile diğer özlük hakları ve görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasların liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girme haklarının idarenin keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilaflı cümle, Anayasa'nın 70'inci maddesine de aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 70'inci maddesi ile ilişkilendirerek verdiği bir iptal kararının müteallik bölümü:

“1- KHK'nin 37. Maddesinin (2), (3) ve (4) Numaralı Fıkraları

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları kurulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getiremeyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kadrolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...”in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın “Kamu hizmetlerine girme hakkı” başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi, Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olduğundan, bu hususu düzenleyen KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir.” şeklindedir (Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarihli ve 2011/87 E.; 2012/176 K. sayılı Kararı).

f) Hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153'üncü maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kurulla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında “... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır. Bu

nedenle kuralın iptali gerekir...” şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi’nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa’nın 128’inci maddesine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen cümleyi kanunlaştırması, Anayasa’nın 153’üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6’ncı maddesine de halel getirmektedir.

g) Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen cümlelerin idareye (Bakanlığa) verdiği sınırsız takdir yetkisi, aynı şartları sağlayan ve aynı pozisyonda istihdam edilen icra başmüdürlüklerine farklı meblağların tediye edilmesine yol açacak ücret tarifesi oluşturulmasına, farklı nitelik, görev ve yetkilerin verilmesine, muğlak görevlendirme şartlarının düzenlenmesine; diğer bir deyişle onlar arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan cümle, Anayasa’nın 10’uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. İhtilafli kural, aynı şekilde, kamu hizmetine (icra başmüdürlüğüne) girişte esas alınacak objektif esas ve usulleri öngörmemesi sebebiyle de, yine eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır. Ne var ki, iptali talep edilen cümlelerin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, Bakanlık tarafından aynı şartlara sahip ve aynı pozisyondaki temsilciden, birine diğerinden sözgelimi farklı görev verilmesine ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Diğer taraftan Bakanlığın hiçbir sınırlama olmaksızın ücret tarifesini tespit etmesi; öznel ve keyfi uygulamalara (sözgelimi adil ücret dengesi gözetilmeksizin fahiş miktarlarda ödeme yapılabilmesine) neden olabilecek niteliktedir. Nitekim kanun düzeyinde objektif kıstas bulunmadığından çok geniş bir ödeme spektrumu oluşturulabilecektir. Yine benzer şekilde, icra başmüdürlüğü bakımından gerekli nitelik ve görevlendirme koşullarının belirlenmesinin idareye bırakılması, görevin gerektirdiği nitelikler bakımından aynı durumda olan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa’nın 10’uncu maddesine aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7343 sayılı Kanun’un 1’inci maddesiyle 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 1’inci maddesine eklenen fıkranın ikinci cümlesi, Anayasa’nın 2., 6., 7., 10., 70., 123., 124., 128. ve 153’üncü maddelerine aykırıdır; anılan cümlelerin iptali gerekir.

2) 24.11.2021 tarihli ve 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 13’üncü maddesiyle 2004 sayılı Kanun’a eklenen 111/b maddesinin 7’nci fıkrasında yer alan “ile ihale alıcılarının hak ve menfaatlerine” ibaresi, 8’inci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “Adalet Bakanlığınca” ibaresi ve beşinci cümlesi ile 9’uncü fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa’ya aykırılığı

a) 24.11.2021 tarihli ve 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 13’üncü maddesiyle 2004 sayılı Kanun’a eklenen 111/b maddesinin 7’nci fıkrasında yer alan “ile ihale alıcılarının hak ve menfaatlerine” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7343 sayılı Kanun’un 13’üncü maddesiyle 2004 sayılı Kanun’a elektronik ortamda açık arttırma suretiyle satışı düzenleyen 111/b maddesi eklenmiştir. Anılan maddenin 7’nci fıkrası gereğince elektronik satış portalında satış işlemlerinin güvenli bir şekilde gerçekleştirilmesini engelleyen veya elektronik satış sistemi ile ihale alıcılarının hak ve menfaatlerine zarar veren

internet siteleri hakkında 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un gecikmesinde sakınca bulunan hallerde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesini düzenleyen 8/A maddesi hükümleri uygulanacaktır. Ancak 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinin ihale alıcılarının hak ve menfaatlerine zarar veren internet siteleri bakımından uygulanmasına cevaz veren iptali istenen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi genel olarak; yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya birkaçına bağlı olarak hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhurbaşkanlığı veya milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı tarafından internet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebileceğini (ve buna fer'i hükümleri) düzenlemektedir. Anılan 8/A maddesinde hüküm altına alınan içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine yönelik idari karar, cezai müeyyide niteliğini haizdir. O halde bu cezai hükme konu fiilin (ihale alıcılarının hak ve menfaatlerine zarar vermek), kanun lafzında Anayasal ilkelere uygun şekilde kaleme alınması gerekmektedir.

a ) Hukuk devleti ve suç ve cezaların kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı).

Öte yandan Anayasa'nın 38'inci maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz..." denilerek "suçun kanuniliği", üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." denilerek, "cezanın kanuniliği" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'nın 38'inci maddesine paralel olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2'nci maddesinde de "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi hüküm altına alınmıştır. Buna ilave olarak "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" (Anayasa Madde 38/4). Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan suç ve cezada kanunilik ilkesiyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikle öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2015 tarih, 2014/100 E., 2015/6 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle suç ve cezaların kanunla belirlenmesi, çağdaş ceza hukukunun temel ilkelerinden biridir. Günümüzde bu ilkeye

uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de yer verilmektedir. İlkenin esası, kişilerin yasak eylemleri ve bunlar karşılığında verilecek cezaları önceden bilmelerini sağlamak düşüncesine dayanmaktadır. Suç ve cezaların yalnızca kural ile konulup kaldırılması da yeterli olmayıp kuralların kuşkuya yer vermeyecek biçimde açık ve sınırlarının da belli olması gerekir. Bu ilkeye göre suç ve cezalara dair düzenlemelerin şekli bakımdan kanun biçiminde çıkarılması yeterli olmayıp, bunların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir (Anayasa Mahkemesi'nin 18.06.2003 tarihli 2000/5 E., 2003/65 K. sayılı Kararı). Suçta ve cezada kanunilik ilkesi Anayasa'nın 13'üncü maddesinde ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin kuralın suç ve cezalar yönünden özel düzenlemesi olarak değerlendirilebilir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, cezalandırmanın temel haklara etkisinden kaynaklanan özel önemi nedeniyle zaman içinde bir ceza hukuku kavramı olarak alt ilkeler de içerecek şekilde gelişmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 11.04.2019 tarihli 2019/9 E., 2019/27 K. sayılı Kararı, §15).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 7'inci maddesi de, suçta ve cezada kanunilik ilkesini güvencelemektedir (AİHM, Kokkinakis/Yunanistan, 25 Mayıs 1993, başvuru no : 14307/88 § 52). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 7'inci maddesi uyarınca, kovuşturma ve mahkumiyete yol açan eylemin icra edildiği tarihte, ilgili eylemi cezalandırılabilir kılan kanuni bir düzenlemenin bulunmasının ve verilen cezanın da ilgili düzenleme tarafından belirlenmiş sınırları aşmamasının gerektiğini belirtmektedir (AİHM, Del Río Prada/İspanya, 21 Ekim 2013, başvuru no: 42750/09, §80). Suçların kanuniliği ilkesi, suçun kanun tarafından açıklıkla tanımlanmasını gerektirir (AİHM, Cantoni/Fransa, 15 Kasım 1996, başvuru no: 17862/91, §29). Sözleşme'nin 7'inci maddesindeki "hukuk" sözcüğü, ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik niteliklerini içerir. Bu itibarla; kişi, gerektiğinde mahkemelerce yapılan yorumların da yardımıyla, ilgili düzenlemenin lafzından, hangi eylem ve ihmallerin cezai sorumluluğunu doğuracağını ve söz konusu eylem ya da ihmal sebebiyle hangi cezaya hükmedileceğini bilebilmelidir (AİHM, Kafkaris/Kıbrıs, 12 Şubat 2008, başvuru no: 21906/04 , §140). Bir başka deyişle; suç oluşturan eylemlerin Türkiye'nin iç hukukunda açıklıkla ve öngörülebilir şekilde tanımlanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7'inci maddesinin de bir gereğidir. Yine Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 15'inci maddesinin birinci paragrafında ise "Hiç kimse, işlendiği zamanda ulusal ya da uluslararası hukuk bakımından suç sayılmayan bir fiil ya da ihmal yüzünden suçlu sayılamaz. Suç sayılan bir fiile, işlendiği zaman yürürlükte olan bir cezadan daha ağır ceza verilemez. Fiilin işlenmesinden sonra yasalarda bu fiile karşılık daha hafif bir ceza öngörülecek olursa, fiili işleyene bu ikinci ceza uygulanır." biçiminde düzenlenmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 11.04.2019 tarihli 2019/9 E., 2019/27 K. sayılı Kararı, §14).

İhale alıcısının zarar verilecek hak ve menfaatlerinin ne olduğu kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir biçimde ortaya konulmamıştır. Diğer bir deyişle bunların içeriği (sözgelimi geçerli satış talebi olmaksızın veya ihale şartnamesine aykırı ya da yetkisiz mercice ihale yapılmasından doğan zarar, ihale alıcısının tehdit veya korku ile ihaleye katılmasının engellenmesinden doğan zarar, ihaleye konu malın nitelikleri hakkında yapılan spekülasyonlarla değerinin farklılaştırılmasından doğan zarar) somutlaştırılmamıştır. Hukukun genel teorisinde hak kavramının tanımı üzerinde uzlaşa bulunmamaktadır ve bu mefhumu tazyih edecek çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Sözgelimi hak, Profesör Adnan Güriz'in belirttiği üzere, Savigny ve Windscheid'in irade teorisine göre bir iradenin başka bir irade üzerinde etkinliği; Jhering'in menfaat teorisine göre hukukça korunan menfaat; Jellinek'in karma teorisine göre insana irade kudreti tanınması yoluyla korunan çıkar olarak tarif edilmekte;



Duguit, sübjektif hakkı kabul etmemekte; Kelsen ise hakkı reddetmektedir.<sup>1</sup> Öte yandan zararın da mutlak bir tanımı olmayıp; malvarlığı – şahıs varlığı zararı, maddi – manevi zarar, doğrudan doğruya – dolaylı zarar, yansıma yoluyla zarar, fiili- kazanç kaybı zararı, normatif zarar<sup>2</sup>, menfi- müspet zarar gibi ayrımları bulunmaktadır. Her ne kadar ihale alıcılarının hak ve menfaatlerine zarar verilmesi fiilinin içeriğinin içtihatlarla tecessüm ettirileceği ileri sürülebilirse de; anılan 8/A maddesinde yaptırımını uygulayacak hukuki özne yargı makamı değil (sulh ceza mahkemesinin onayına sunulsa dahi) idaredir. Başka bir deyişle ihale alıcısının hak ve menfaatlerine zarar verme fiili bağımsız idari otorite olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Başkanı tarafından tespit edilecektir. Oysa, zarar verilecek olan “ihale alıcılarının hak ve menfaatleri” ibaresi, internet sitelerinin hangi somut eyleme “içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi” yaptırımının bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikle öngörebilmelerine imkân verecek şekilde kaleme alınmamıştır. Zira izah edildiği üzere, “ihale alıcılarının hak ve menfaatleri”nin ne olduğuna dair kanuni bir tanım yoktur, “ihale alıcılarının hak ve menfaatlerine zarar vermek” fiilinin unsurları kanun metninde saptanmamıştır, bu fiilin teşebbüs ve tamamlanma aşamalarını içeren hareketlerin neler olduğu konusunda asgari bir netlik bulunmamaktadır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2 ve 38'inci maddelerine aykırıdır.

b) Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir. Öte yandan Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

O halde bağımsız idari otorite olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Başkanı tarafından verilecek içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının Anayasa'nın 38'inci maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak karara konu (ihale alıcısının hak ve menfaatlerine zarar verme) fiilin içeriği; kanun düzeyinde net, açık ve anlaşılabilir biçimde ortaya konulmadığından; idare, sınırsız takdir yetkisine dayanarak (keyfi) bir tanımlama yapacak ve buna tanıma istinaden (kanuni mesnetten yoksun) söz konusu idari kararı kuracaktır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2 ve 123'üncü maddelerine aykırıdır.

c) Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7'nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve

1 Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Gözden Geçirilmiş B. 14, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2012, s. 49-52.

2 Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş B. 18, Ankara, Turhan Kitabevi Yay., 2014, s. 298-306.

2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi kanun düzeyinde temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Başkana); içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine yönelik idari kararın sebep unsurunu tayin etme (idari karara konu fiili tespit etme) yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

ç) Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibarenin idareye (Başkana) verdiği sınırsız takdir yetkisi, aynı veya benzer içeriği üreten internet siteleri hakkında farklı idari kararlar alınmasına; diğer bir deyişle onlar arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Ne var ki, iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, Başkan tarafından aynı içeriği üreten internet sitesinden biri hakkında içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı alınırken diğeri hakkında alınmamasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Uygulamada haklı nedene dayanmayan muamele farklılıklarına yol açacağı muhakkak olan ve keyfiliğe karşı hiçbir güvence içermeyen ihtilafli kural, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

d) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ile haberleşme, düşüncüyü açıklama ve yayma, basın hürriyetleri bakımından: İhale alıcılarının hak ve menfaatlerine zarar veren internet siteleri hakkında alınacak olan içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararını, Anayasa'nın haberleşme hürriyetini düzenleyen 22'nci; düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen 26'ncı ve basın hürriyetini düzenleyen 28'inci maddeleri bağlamında da değerlendirmek gerekmektedir. Zira internet, söz konusu hürriyetlerin kullanım mecralarından biridir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında erişimin engellenmesinin, Anayasa'nın 22'nci maddesindeki haberleşme hürriyeti ve 26'ıncı maddesindeki düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti ile doğrudan ilgili olduğuna işaret etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.10.2014 tarihli ve 2014/149 E.; 2015/151 K. sayılı Kararı).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de internete erişimi, Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10'uncu maddesi bağlamında değerlendirmiştir: "Bu dava, kullanıcıların video göndermelerine, izlemelerine ve paylaşımlarına imkân sağlayan Youtube adlı internet sitesine erişimin engellenmesine ilişkindir. Başvuranlar, özellikle, bilgi ve fikir alma ve yayma haklarının ihlal edildiği hususunda şikâyette bulunmuşlardır. Mahkeme, özellikle, tümü farklı üniversitelerde akademiysen olarak görev yapan başvuranların, uzun bir süre boyunca Youtube sitesine giriş yapamamış oldukları ve somut davanın koşullarında, başvuranların, aktif kullanıcılar olarak, söz konusu engelleme kararının bilgi ve fikir alma ve yayma haklarını etkilediği şeklinde haklı bir iddiada bulunabilecekleri kanaatine varmıştır. Mahkeme, bu bağlamda, Sözleşme'nin 10. maddesinin (ifade özgürlüğü) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, aynı zamanda, Youtube adlı sitenin, özellikle siyasi ve sosyal konularda ilgi çeken bilgilerin yayınlanmasına ve vatandaş gazeteciliğinin ortaya çıkmasına imkân tanıyan tek platform olduğunu gözlemlemiştir. Mahkeme, ayrıca, yerel mahkemelerce, internete erişimin, somut davada Youtube sitesine erişimin bütünüyle engellenmesine imkân tanıyan herhangi bir kanun hükmü bulunmadığı sonucuna varmıştır. (Cengiz ve Diğerleri /Türkiye Kararı)".<sup>3</sup>

---

3 European Court of Human Rights, [Factsheet - New technologies \(Turkish\) - Tematik Başlıklar: Yeni Teknolojiler](#) (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

Söz konusu hürriyetlere yapılacak müdahalenin (eldeki dava konusu yönünden internet siteleri hakkında içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının verilmesi), Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarına (eldeki dava konusu yönünden bilhassa –maddi anlamda- kanunla sınırlandırılma) uygun olması gerekir. Nitekim “Kamu gücüne temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama yetkisi tanıyan yasal düzenlemelerin bu yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usulleri yeterli bir açıklıkta tanımlaması da gerekmektedir.” (Anayasa Mahkemesi'nin 15.11.2017 tarihli ve 2015/76 E.; 2017/153 K. sayılı Kararı, § 32).

Ancak 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya birkaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhurbaşkanlığı veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınlara ilişkin olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebileceğini hüküm altına almaktadır. Anılan maddenin lafzından anlaşılacağı üzere yargı merci yerine idare tarafından bu kararın verilebileceği haller sınırlı tutulmuştur, istisnai özellik arz etmektedir. Halbuki açık arttırmanın elektronik ortamda yapılması usulü, genel bir uygulamadır. Diğer bir deyişle 2004 sayılı Kanun'a (7343 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesiyle) eklenen 111/b maddesinin içeriği, bu istisna hallerinin kapsamında değerlendirilecekse; bu değerlendirmenin istisnaların dar yorumlanması ilkesine riayet edilerek yapılması gerekmektedir. Ancak iptali talep edilen ibarenin muğlaklığı, bu gerekliliğin tam tersi yönünde sonuçlar doğuracak, geniş yorumlamalar yapılacaktır. Dahası bu kararın yargı merci yerine idare tarafından verilecek olması da gözetildiğinde; anılan hürriyetlere –maddi anlamda- kanunilik ilkesinin gereği karşılanmayarak müdahale edilmesine yol açacaktır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 13, 22, 26 ve 28'inci maddelerine aykırıdır.

e) Hak arama özgürlüğü, etkili başvuru hakkı, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması bakımından: İptali istenilen ibare uyarınca Başkan tarafından içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının verilebilmesi, hak arama özgürlüğünü düzenleyen Madde 36, etkili başvuru hakkını koruyan Madde 40 ve “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu”nun açık olduğunu öngören Madde 125'e aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında; “Anayasanın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımanın ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur. Anayasa'nın 40. maddesinde; ‘Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır...’ ... denilmektedir.” şeklinde

hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2009 tarihli ve 2008/30 E.; 2009/96 K. sayılı Kararı). Buna ilave olarak Anayasa'nın 125'inci maddesine göre idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır. Öte yandan Anayasa Mahkemesi bir ihlal kararında:

“137. Yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde, derece mahkemelerinin 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında verdikleri sistematik bir sorunun varlığına işaret eden aynı yöndeki kararlarının doğrudan kanun hükmünden kaynaklandığı dikkate alındığında benzeri yeni ihlallerin önlenmesi için ülkemizde hâlihazırda işleyen mevcut sistemin yeniden ele alınması ihtiyacı ortadadır. Hiç şüphesiz internet ortamının organize edilmesi hususunda benimsenecek devlet politikasının önemli bir parçası olan kanuni düzenlemeleri yapmak yasama organının takdirindedir. Elbette parlamento, yeni kanuni düzenlemeleri mevcut sistem içinde kalarak yapmayı da tercih edebilir. Bu takdirde çevrim içi ortama yönelik müdahalelerin Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması ve Anayasa'nın 26. maddesinin ihlaline yol açmaması için yapılacak yeni kanuni düzenlemelerde aşağıda zikredilen asgari standartlara ilişkin önerilerin dikkate alınmasında yarar olduğu kanaatine varılmıştır:

i. Kanun'un 9. maddesi öngörülebilir bir niteliğe kavuşturulmalıdır. Bu bağlamda Kanun'un 9. maddesindeki erişimin engellenmesi usulünün kapsamı ve hukuki niteliği yeterli açıklıkta ve netlikte olacak şekilde yeniden düzenlenmelidir.

ii. Kanun'un 9. maddesindeki erişimin engellenmesi usulünün kapsamı belirlenirken internetin sınırlandırılmasını düzenleyen kanunların olabildiğince dar bir uygulama alanına izin verecek şekilde tasarlanması ve kullanımının acil bir toplumsal ihtiyacın gerekli kıldığı durumlara özgülenmiş olması gerektiği dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda;

- 9. maddenin Kanun'un amaç ve kapsamını belirleyen 1. madde ile uyumlaştırılması,

- Hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağını ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisi doğacağını belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konması gerekir. Bu çerçevede 9. maddenin kişilik haklarının korunmasına yönelik sunduğu korumanın sınırları netleştirilmeli ve erişimin engellenmesi usulünün kullanılabilmesi için durumlara ilişkin -haksız fiilin ulaşması gereken ağırlığın boyutuna ilişkin bir ölçüt/eşik değer belirlenmesi gibi- kriterler oluşturulmalıdır (bkz. § 97).

iii. Kanun'un 9. maddesindeki erişimin engellenmesi usulünün hukuki niteliği düzenlenirken;

- Şayet bu madde kapsamında alınan kararların birer koruma tedbiri olduğuna karar verilirse 5271 sayılı Kanun'daki koruma tedbirine ilişkin ilgili hükümlere uygun yargılama yapılmalı; erişimin engellenmesi tedbirinin akıbeti, tedbir kararını müteakiben yapılacak çelişmeli yargılamada belirlenmelidir.

- Bununla birlikte çoğu zaman hukuka aykırı içerik nedeniyle asıl sorumlu olanlara yani içerik ve yer sağlayıcılara ulaşılamadığı vurgulanmalıdır. İnternetin anonim kalmayı kolaylaştıran özelliği, bu ortamda üretilen sınırsız içerik ve çoğu zaman mağdur ve failin aynı yargı yetkisi içinde bulunmaması gibi unsurlar suç ve suçluların takibini zorlaştırmakta, adli ve idari mekanizmaların devreye sokulmasını güçleştirmekte, maliyetlerini artırmakta ve bazı durumlarda sonuç almayı imkânsız kılmaktadır (Mustafa Tepeli, B. No: 2014/5831, 1/3/2017,

§ 29). Dolayısıyla kamu makamlarına, erişimin engellenmesi tedbirinin alındığı her durumda soruşturma açması ve çelişmeli bir yargılama yürütmesi şeklinde bir yükümlülük yüklenemez.

- İnternet ortamının doğasından kaynaklanan zorluklar nedeniyle kanun koyucunun hukuk sistemindeki mevcut yargılama usulleri ile doğrudan bağlantılı olmayan bir yol oluşturmaktaki iradesi haksız bulunmamaktadır. Bununla birlikte ifade özgürlüğünü kısıtlayan bu yolun keyfî uygulamalara yol açmaması ve özgürlüğün kullanılmasını ölçsüz biçimde ortadan kaldıracak düzeyde olmaması için usule ilişkin gerekli güvenceleri barındırması elzemdir.

iv. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile düzenlenen erişimin engellenmesi usulünün yargılama hukukunun usuli güvencelerini içerdiğinden söz edilebilmesi için şu hususlar gözönünde bulundurulmalıdır:

- Daha önce de belirtildiği gibi internet ortamının yarattığı güçlükler devlete her durumda ve otomatik olarak çelişmeli bir yargılama yürütme konusunda pozitif bir yükümlülük yüklememektedir. Buna karşın kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürenlerin talebi üzerine bir internet içeriğine erişim engellendiğinde ve karardan etkilenenler bu karara itiraz ettiklerinde taraf teşkili kendiliğinden sağlanacağından bu noktada devlet bu kişilerin yapılan müdahaleye karşı delil sunmak da dâhil olmak üzere savunmalarını ortaya koyma imkânı bulabilecekleri, hukuki dinlenilme ve çelişmeli yargılama hakkına sahip olabilecekleri yargısal bir mekanizma kurmakla yükümlüdür. Başka bir deyişle ilk derece mahkemesinin kendisine ulaşan internete erişimin engellenmesi tedbiri hakkında hızlı hareket ederek değerlendirmede bulunmak yönündeki mevcut yükümlülüğü nedeniyle sağlayamadığı çelişmeli bir yargılama - erişimin engellenmesi kararına itiraz edildiği hâllerde- itiraz merciiince mutlaka sağlanmalıdır. Erişimin engellenmesi kararına itiraz edilmediği hâllerde ise karar kesinleşecek ve böylece o karar yönünden devletin kişilere hukuki dinlenilme ve çelişmeli yargılama haklarını kullanabilecekleri yargısal bir mekanizma kurmak yükümlülüğü de sona erecektir. Mevcut sistemde Kanun'un 9. maddesine eklenecek bir hüküm ile itiraz makamı, erişimin engellenmesi kararından etkilenen tarafların yargılamaya aktif olarak katılımını öngören çelişmeli bir yargılama sunmakla ve yargılamanın ilk aşamasındaki eksiklikleri telafi etmekle görevlendirilebilir. Ancak bu durumda uyuşmazlığın esası hakkında ilk defa bir karara varılacağı için bu karara karşı -istinaf ve/veya temyiz gibi- etkili bir adli denetim mekanizmasının oluşturulması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz Anayasa'nın 26., 28., 36. ve/veya 40. maddeleri devlete, itiraz makamınca verilen kararlara karşı başvurulabilecek, üçüncü derece yargılamayı garanti altına alan bir denetim mekanizması kurması yönünde genel bir yükümlülük yüklememektedir. Bununla birlikte itiraz makamınca uyuşmazlığın esası hakkında ilk kez karar verilecek olması dikkate alınarak ve insan hakları standartlarının oluşturulması ve uygulanmasında yüksek mahkemelerin içtihatlarının alt mahkemeler nezdindeki yol gösterici işlevi de gözetilerek, itiraz mercii tarafından verilen kararların istinaf veya temyiz mercii denetimine açılmasının demokratik düzen için vazgeçilmez olan ifade ve basın özgürlüklerine yönelik hâlihazırda ortaya çıkan ihlallerin önlenmesi açısından yaşamsal önemde olduğu unutulmamalıdır.

v. İnternet ortamında bulunan bir içeriğe erişimin engellenmesinin o içeriğin belirli bir ülke sınırları içinden ulaşılmasına kararın verildiği tarihten itibaren süresiz olarak engel olduğundan ağır bir müdahale aracı olduğu ve internet ortamında bulunan zararlı içeriklerle, diğer başka usullerle mücadele edilebildiği sürece başvurulmaması gereken bir yöntem olduğu dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda internet içeriğinin sınırlandırılması gereken durumlarda sulh ceza hâkimliklerine kılavuzluk edecek hükümler getirilmelidir. Orantısız ve keyfî

uygulamaların önüne geçilebilmesi için getirilecek hükümlerde erişimin engellenmesi kararının zorunlu ya da istisnai bir tedbir, bu yolun başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olduğu belirtilmelidir. Bundan başka, yapılacak düzenlemede internete erişimin engellenmesi tedbirine başvurmadan önce etki değerlendirmesi yapılması, internet içeriğine gecikilmeksizin erişimin engellenmesinin haklı çıkarılması, kullanılacak araç ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında makul bir dengenin sağlanması yükümlülüğü getirilmeli, erişimin engellenmesi yöntemi dışında alternatif araçlara yer verilmelidir.”

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 27.10.2021 tarihli ve 2018/14884 Bireysel Başvuru No'lu Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Kararı, § 137). Anılan kararın 5651 sayılı Kanun'un içeriğın yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesine yönelik kendine özgü, özerk bir yolu (sulh ceza hakimi tarafından yürütülecek yargısal süreci) hüküm altına alan 9'uncu maddenin temel hak ve özgürlükleri güvence altına alacak yeterli yargısal usuli güvenceleri içermediğine işaret ettiği gözetildiğinde; içeriğın çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine yönelik karara konu ihale alıcılarının menfaatlerine zarar verme fiilinin tespitinin idarece (Başkanca) yapılması; ve idarenin söz konusu tespit sırasında herhangi bir koşul ile kayıtlandırılmaması, ilk bakışta (prima facie) hukuka aykırı eylem mahiyetini haiz olup olmadığının anlaşılabilmesi ve idarenin bu karara karşı etkin yargısal başvuru yolu öngörülmemesi; anılan fiilin faili konumunda bulunacak olan internet sitelerinin hak arama özgürlüğüne ve etkili başvuru hakkına hâlel getirecek ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu kuralını ihlal edecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 36, 40 ve 125'inci maddelerine de aykırıdır.

f) Hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153'üncü maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzer olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir ihlal kararında:

“57. Bir internet sitesine erişimin engellenmesine karar verildiği hallerde hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerinin göz önünde bulundurulması zorunludur. 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. 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 (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013).

58. Erişime kapatılan youtube.com gibi çok sayıda kullanıcısı olan internet siteleri büyük miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde toplumun gündem oluşturmaya, gündemin takibini ve bilgi alışverişini kolaylaştırmaya büyük

ölçüde katkı sağlamaktadır (Bu konudaki AİHM kararı için bkz. Times Newspaper Ltd./ Birleşik Krallık, B. No: 23676/03, 10/6/2009, § 27).

59. Bu nedenle Anayasa’da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından bu konuda bir sınırlama (resen erişimin engellenmesi) imkânı getirildiği hallerde ilgili Kanun’da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla tanımlanması da gerekmektedir (bkz. Yıldırım/Türkiye, B .No: 3111/10, 18.12.2012, § 59).

...

64. Yukarıda yapılan açıklamalardan, youtube.com sitesine erişimin tümüyle engellenmesine yönelik müdahalenin, yeterince açık ve belirgin bir kanuni dayanağa sahip olmadığı ve bu yönüyle başvuru açısından öngörülebilir nitelikte bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, siteden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan söz konusu idari işlemin, başvuru Anayasa’nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar verilmesi gerekir.” şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 29.05.2014 tarihli ve 2014/4705 Bireysel Başvuru No’lu Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Kararı). Anayasa Mahkemesi’nin verdiği ihlal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa’nın 26’ncı maddesine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareyi kanunlaştırması, Anayasa’nın 153’üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6’ncı maddesine de halel getirmektedir.

f) Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa’nın 90’ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare, yukarıdaki alt başlıklarda sıralanan gerekçelerle; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin adil yargılanma hakkına ve masumiyet karinesine ilişkin 6’ncı, suç ve cezaların kanuniliğine ilişkin 7’nci, ifade özgürlüğüne ilişkin 10’uncu, etkili başvuru hakkına ilişkin 13’üncü ve ayrımcılık yasağına ilişkin 14’üncü maddelerini ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90’ıncı maddesine de aykırıdır.

Son olarak; “ihale alıcılarının hak ve menfaatlerine” ibaresini kendinden önce gelen “elektronik satış sistemi” ibaresine bağlayan “ile” bağlacı, “ihale alıcılarının hak ve menfaatlerine” ibaresinin iptal edilmesiyle işlevini yitirecektir.

Tüm bu nedenlerle, 7343 sayılı Kanun’un 13’üncü maddesiyle 2004 sayılı Kanun’a eklenen 111/b maddesinin 7’nci fıkrasında yer alan “ile ihale alıcılarının hak ve menfaatlerine” ibaresi, Anayasa’nın 2., 6., 7., 10., 13., 22., 26., 28., 36., 38., 40., 90., 123., 125. ve 153’üncü maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

b) 24.11.2021 tarihli ve 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 13’üncü maddesiyle 2004 sayılı Kanun’a eklenen 111/b maddesinin 8’inci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “Adalet Bakanlığınca” ibaresi ve beşinci cümlesinin Anayasa’ya aykırılığı

7343 sayılı Kanun’un 13’üncü maddesiyle 2004 sayılı Kanun’a elektronik ortamda açık arttırma suretiyle satış düzenleyen 111/b maddesi eklenmiştir. Anılan maddenin 8’inci fıkrası

gereğince elektronik satış portalının işleyişini ya da güvenliğini tehlikeye sokan veya satış portalına erişimi engelleyen ya da zorlaştıran nitelikte eylemlerde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin satış portalına girişi Adalet Bakanlığınca üç ay süreyle engellenecek; engelleme işlemi, derhal uygulanmaya başlanacak ve satış portalının ilgili kişilerin görebileceği bir bölümünde duyurulacak; bu işleme karşı, duyuru tarihinden itibaren on beş gün içinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uyarınca sulh ceza hakimliğine başvurulabilecek; hakim, başvuruyu ivedi olarak karara bağlayacak; başvurunun yapılmış olması ihalenin tamamlanmasını engellemeyecektir. Ancak elektronik satış portalının işleyişini ya da güvenliğini tehlikeye sokan veya satış portalına erişimi engelleyen ya da zorlaştıran nitelikte eylemlerde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin satış portalına girişini engellemeye yönelik kararı tesis edecek merciyi Adalet Bakanlığı olarak tayin eden iptali istenen ibare ile; bu engelleme kararına karşı sulh ceza hakimliğine yapılan başvurunun ihalenin tamamlanmasını engellemeyeceğine yönelik iptali talep edilen cümle, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki satış portalına girişin engellenmesine yönelik Adalet Bakanlığınca tesis edilecek idari karar, cezai müeyyide niteliğini haizdir. Nitekim kanun koyucu da bu karara karşı yapılacak başvuru mercii sulh ceza hakimliği olarak belirlemek suretiyle; bu karara karşı yapılacak başvurunun (idari yargılama hukuku yerine) ceza muhakemesi hukukunun kapsamında kaldığını ortaya koymuştur. Öte yandan bu karar, portala "erişimin engellenmesi" mahiyetini haizdir. O halde bu cezai hükmü kuracak mercii, kanun lafzında Anayasal ilkelere uygun şekilde tayin edilmesi gerekmektedir.

a) Hukuk devleti ve suç ve cezaların kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı).

Öte yandan, Anayasa'nın 38'inci maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz..." denilerek "suçun kanuniliği", üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." denilerek, "cezanın kanuniliği" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'nın 38'inci maddesine paralel olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2'nci maddesinde de "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi hüküm altına alınmıştır. Buna ilave olarak "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" (Anayasa Madde. 38/4). Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan suç ve cezada kanunilik ilkesiyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikle öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi'nin



14.01.2015 tarih, 2014/100 E., 2015/6 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle suç ve cezaların kanunla belirlenmesi, çağdaş ceza hukukunun temel ilkelerinden biridir. Günümüzde bu ilkeye uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de yer verilmektedir. İlkenin esası, kişilerin yasak eylemleri ve bunlar karşılığında verilecek cezaları önceden bilmelerini sağlamak düşüncesine dayanmaktadır. Suç ve cezaların yalnızca kural ile konulup kaldırılması da yeterli olmayıp kuralların kuşkuyla yer vermeyecek biçimde açık ve sınırlarının da belli olması gerekir. Bu ilkeye göre suç ve cezalara dair düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılması yeterli olmayıp, bunların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir (Anayasa Mahkemesi'nin 18.06.2003 tarihli 2000/5 E., 2003/65 K. sayılı Kararı). Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin kuralın suç ve cezalar yönünden özel düzenlemesi olarak değerlendirilebilir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, cezalandırmanın temel haklara etkisinden kaynaklanan özel önemi nedeniyle zaman içinde bir ceza hukuku kavramı olarak alt ilkeler de içerecek şekilde gelişmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 11.04.2019 tarihli 2019/9 E., 2019/27 K. sayılı Kararı, §15).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 7'inci maddesi de, suçta ve cezada kanunilik ilkesini güvencelemektedir (AİHM, Kokkinakis/Yunanistan, 25 Mayıs 1993, başvuru no : 14307/88 § 52). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 7'inci maddesi uyarınca, kovuşturma ve mahkumiyete yol açan eylemin icra edildiği tarihte, ilgili eylemi cezalandırılabilir kılan kanuni bir düzenlemenin bulunmasının ve verilen cezanın da ilgili düzenleme tarafından belirlenmiş sınırları aşmamasının gerektiğini belirtmektedir (AİHM, Del Río Prada/İspanya, 21 Ekim 2013, başvuru no: 42750/09, §80). Suçların kanuniliği ilkesi, suçun kanun tarafından açıklıkla tanımlanmasını gerektirir (AİHM, Cantoni/Fransa, 15 Kasım 1996, başvuru no: 17862/91, §29). Sözleşme'nin 7'inci maddesindeki "hukuk" sözcüğü, ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik niteliklerini içerir. Bu itibarla; kişi, gerektiğinde mahkemelerce yapılan yorumların da yardımıyla, ilgili düzenlemenin lafzından, hangi eylem ve ihmallerin cezai sorumluluğunu doğuracağını ve söz konusu eylem ya da ihmal sebebiyle hangi cezaya hükmedileceğini bilebilmelidir (AİHM, Kafkaris/Kıbrıs, 12 Şubat 2008, başvuru no: 21906/04 , §140). Bir başka deyişle; suç oluşturan eylemlerin Türkiye'nin iç hukukunda açıklıkla ve öngörülebilir şekilde tanımlanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7'inci maddesinin de bir gereğidir. Yine Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 15'inci maddesinin birinci paragrafında ise "Hiç kimse, işlendiği zamanda ulusal ya da uluslararası hukuk bakımından suç sayılmayan bir fiil ya da ihmal yüzünden suçlu sayılamaz. Suç sayılan bir fiile, işlendiği zaman yürürlükte olan bir cezadan daha ağır ceza verilemez. Fiilin işlenmesinden sonra yasalarda bu fiile karşılık daha hafif bir ceza öngörülecek olursa, fiili işleyene bu ikinci ceza uygulanır." biçiminde düzenlenmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 11.04.2019 tarihli 2019/9 E., 2019/27 K. sayılı Kararı, §14).

Satış portalına giriş engeline yönelik karara konu elektronik satış portalının işleyişini ya da güvenliğini tehlikeye sokan veya satış portalına erişimi engelleyen ya da zorlaştıran nitelikte eylemlerde bulunma fiilinin tespitinin idarece (Adalet Bakanlığınca) yapılması; ve idarenin söz konusu tespit sırasında herhangi bir koşul ile kayıtlandırılmaması, ilk bakışta (prima facie) hukuka aykırı eylem mahiyetini haiz olup olmadığının anlaşılabilmesi; bu kararın muhatabı gerçek ve tüzel kişilerin hangi fiilin bu karar kapsamında değerlendirileceği hususunda bir belirsizlik yaşamamasına ve cezai yaptırıma maruz kalacakları davranışları tayin edememesine sebep olabilecektir. Kaldı ki bu fiillerin yargı makamı (sulh ceza hakimliği) tarafından tespiti dahi güçtür. Nitekim Anayasa Mahkemesi 5651 sayılı Kanun'un içeriğinin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesine yönelik kendine özgü, özerk bir yolu (sulh ceza hakimi tarafından yürütülecek yargısal süreci) hüküm altına alan 9'uncu maddesine ilişkin verdiği bir kararında,

anılan maddenin temel hak ve özgürlükleri güvence altına alacak yeterli yargısal usuli güvenceleri içermediğine işaret etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 27.10.2021 tarihli ve 2018/14884 Bireysel Başvuru No'lu Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Kararı, § 101 ve 137).

Öte yandan satış portalına girişin engellenmesine yönelik cezai nitelikteki kararın Adalet Bakanlığı tarafından verilmesi, bu yaptırımın üç ay süreyle uygulanacak olması, bu karara karşı başvurulacak yargısal mekanizmanın (belirtildiği üzere) yeterli usuli güvence içermemesi ve bu başvurunun yapılmış olmasının ihalenin tamamlanmasını engellememesi; suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılmayacağına ilişkin Anayasal (masumiyet) karineyi ihlal edecektir. Tüm bu nedenlerle, aşık bir hukuki belirsizlik ve güvensizlik yaratan iptali talep edilen ibare ve cümle, Anayasa'nın 2. ve 38'inci maddelerine aykırıdır.

b) Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir. Öte yandan Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

O halde Adalet Bakanlığı tarafından elektronik satış portalının işleyişini ya da güvenliğini tehlikeye sokan veya satış portalına erişimi engelleyen ya da zorlaştıran nitelikte eylemlerde bulunan gerçek ve tüzel kişilere verilecek satış portalına girişin engellenmesine yönelik kararın Anayasa'nın 38'inci maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak Adalet Bakanlığı hiçbir kanuni koşul ile kayıtlanmadığından, aşırı mahiyetteki takdir yetkisine istinaden keyfi biçimde söz konusu kararı kurabilecektir. Kaldı ki Adalet Bakanlığı'nın bu karara karşı yapılacak olan başvurunun, ihalenin tamamlanmasını engellemeyeceğine yönelik hüküm dahi; bu yetkisini hukuka uygun kullanmasını temin eden itici gücün etkinliğini azaltacaktır. Tüm bu nedenlerle, aşık bir hukuki belirsizlik ve güvensizlik yaratan iptali talep edilen ibare ve cümle, Anayasa'nın 2. ve 123'üncü maddelerine aykırıdır.

c) Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7'nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibare ve cümlenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi kanun düzeyinde temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Adalet Bakanlığı'na); satış portalına girişin engellenmesine yönelik idari kararın sebep unsurunu tayin etme (idari karara konu fiili tespit etme) yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

ç) Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibare ve cümlelerin idareye (Adalet Bakanlığı'na) verdiği sınırsız takdir yetkisi, aynı eylemde bulunan gerçek ve tüzel kişiler hakkında farklı idari karar alınmasına ; diğer bir deyişle onlar arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare ve cümle, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Ne var ki, iptali talep edilen ibare ve cümlelerin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, Adalet Bakanlığı tarafından sözgelimi elektronik satış portalının işleyişini tehlikeye sokan gerçek kişilerin biri hakkında satış portalına girişin engellenmesi kararı alınırken diğeri hakkında alınmamasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bu nedenle anılan ibare ve cümle, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

d) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ile haberleşme, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetleri bakımından: Elektronik satış portalının işleyişini ya da güvenliğini tehlikeye sokan veya satış portalına erişimi engelleyen ya da zorlaştıran nitelikte eylemlerde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin satış portalına girişinin engellenmesi kararını, Anayasa'nın haberleşme hürriyetini düzenleyen 22'nci; düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen 26'ncı maddeleri bağlamında da değerlendirmek gerekmektedir. Zira Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine entegre elektronik satış portalı; açık arttırma konusu mal ve teklifler üzerinde bilgi ve fikir edinmeyi, bunu yaymayı temin eden bir mecra olup; portala girişin engellenmesi, söz konusu bilişim sistemine erişimin engellenmesi manasına gelmektedir. Anayasa Mahkemesi ise bir kararında erişimin engellenmesinin, Anayasa'nın 22'nci maddesindeki haberleşme hürriyeti ve 26'nci maddesindeki düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile doğrudan ilgili olduğuna işaret etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.10.2014 tarihli ve 2014/149 E.; 2015/151 K. sayılı Kararı).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de internete erişimi, Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10'uncu maddesi bağlamında değerlendirmiştir: "Bu dava, kullanıcıların video göndermelerine, izlemelerine ve paylaşımlarına imkân sağlayan Youtube adlı internet sitesine erişimin engellenmesine ilişkindir. Başvuranlar, özellikle, bilgi ve fikir alma ve yayma haklarının ihlal edildiği hususunda şikâyette bulunmuşlardır. Mahkeme, özellikle, tümü farklı üniversitelerde akademiysen olarak görev yapan başvuranların, uzun bir süre boyunca Youtube sitesine giriş yapamamış oldukları ve somut davanın koşullarında, başvuranların, aktif kullanıcılar olarak, söz konusu engelleme kararının bilgi ve fikir alma ve yayma haklarını etkilediği şeklinde haklı bir iddiada bulunabilecekleri kanaatine varmıştır. Mahkeme, bu bağlamda, Sözleşme'nin 10. maddesinin (ifade özgürlüğü) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, aynı zamanda, Youtube adlı sitenin, özellikle siyasi ve sosyal konularda ilgi çeken bilgilerin yayınlanmasına ve vatandaş gazeteciliğinin ortaya çıkmasına imkân tanıyan tek platform olduğunu gözlemlemiştir. Mahkeme, ayrıca, yerel mahkemelerce, internete erişimin, somut davada Youtube sitesine erişimin bütünüyle engellenmesine imkân tanıyan herhangi bir kanun hükmü bulunmadığı sonucuna varmıştır. (Cengiz ve Diğerleri /Türkiye Kararı)".<sup>4 5</sup>

---

4 European Court of Human Rights, [Factsheet - New technologies \(Turkish\) - Tematik Başlıklar: Yeni Teknolojiler](#) (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

5 "İnsan hakları açısından düşünüldüğünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, internet sansürü için resmi ve maddi kriterler konusunda Strazburg'da karara bağlanan ilk dava olan Yıldırım / Türkiye davasında ifade özgürlüğünün korunması konusunda daha da açık bir gerekçe açıkladı. Başvurucu, bir Türk ceza mahkemesinin (kendisiyle ilgisi olmayan) bir engelleme kararının Google Sites'a erişimi imkânsız hale

Söz konusu hürriyetlere yapılacak müdahalenin (eldeki dava konusu yönünden gerçek ve tüzel kişiler hakkında satış portalına girişin engellenmesi kararının verilmesi) Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarına (eldeki dava konusu yönünden bilhassa –maddi anlamda- kanunla, ölçülülük ilkesi ve demokratik toplum düzenini gerekleri doğrultusunda sınırlandırılma) uygun olmalıdır. Nitekim “Kamu gücüne temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama yetkisi tanıyan yasal düzenlemelerin bu yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usulleri yeterli bir açıklıkta tanımlaması da gerekmektedir.” (Anayasa Mahkemesi'nin 15.11.2017 tarihli ve 2015/76 E.; 2017/153 K. sayılı Kararı, § 32).

Satış portalına girişin engellenmesi kararının (yargı makamı yerine) idare tarafından verilmesi, idarenin bu kararı verirken gözetileceği kanuni nesnel ölçütlerin bulunmaması, bu kararın öngörülemez olması, bu kararın (orantılılık unsurunun aksine açık arttırma işlemleri bakımından çok uzun bir süre teşkil eden ve fiilin mahiyet ve ağırlığına göre kademelenme imkanı içermeyecek şekilde) üç ay meri olması, bu kararın son çare olup olmadığının değerlendirilmemesi, (açıklandığı üzere) bu karara karşı öngörülen başvuru düzeneğinin yeterli usuli güvencelere sahip olmaması, başvurunun ihalenin tamamlanmasını engellememesi; kamu düzeni gereği öne çıkarılmak suretiyle demokratik toplum düzenine hanel getirecektir. İhtilafı ibare ve cümlenin lafzı, bu itibarla Anayasa'nın 13., 22. ve 26'ncı maddelerine aykırıdır.

e) Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ile teşebbüs hürriyeti bakımından: İptali talep edilen ibarenin ve cümlenin yer aldığı maddenin ratio legis'i “mahcuz malın en az giderle ve en yüksek bedelle satılması için çok sayıda kişinin teklif verebilmesi, teklif verenlerin hukuken korunması, elektronik satış işlemlerinin gerçekleştirileceği sistemin sağlıklı bir şekilde işleyişinin ve güvenliğinin sağlanması, hak

---

*getirmesinden şikâyetçiydi. Engelleme kararı Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından uygulandıktan sonra, başvuru aynı servis tarafından barındırılan bir web sitesinde yayımladığı akademik çalışmalarına erişemez hale gelmişti. Mahkeme engelleme kararının internet erişiminin kısıtlanması anlamına geldiğine dikkat çekti. Bu kısıtlama ciddi bir durumdu, çünkü internet “bireyler için ifade ve bilgi özgürlüğü hakkını kullanmanın başlıca yollarından biri” haline gelmişti. Mahkeme daha sonra kuralın AİHS'nin 10. Maddesinin 2. paragrafında öngörülen istisna rejimine uygun olup olmadığını değerlendirdi. Kararda, öncelikle, gerçekleşen cezai işlem bir üçüncü şahısla ilgili olduğu için engelleme emrinin öngörülebilir olmadığı ve Google Sites'in tamamen yasaklanmasının da Türk mevzuatı çerçevesinde yasal olmakla birlikte öngörülemez bir kısıtlama anlamına geldiği tespiti yapıldı. Mahkeme, ayrıca, engelleme kararını veren yerel mahkemenin Google Sites'a erişimi yasaklamadan önce hangi yararların söz konusu olduğunu değerlendirmek zorunda olduğu eleştirisini getirdi. Bu çerçevede, Mahkeme, müdahalenin 10. Maddenin 2. paragrafında yer alan öngörülebilirlik kriterini karşılamadığı ve başvurucuya demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü değerlendirmeleri çerçevesinde gerekli olan koruma düzeyini sağlamadığı hükmünü verdi. Ayrıca, engelleme kararına izin veren Türk mevzuatı, 10. Maddenin 1. paragrafı uyarınca “ülke sınırları söz konusu olmaksızın” ifade özgürlüğü hakkının korunması şartını doğrudan doğruya ihlal ediyordu. Mahkeme bu sonuca ulaşırken internet erişimi konusundaki uluslararası taahhütlerin genel bir özetini de verir. Bu taahhütler arasında şunlar vardır: (“BİT'lere sınırlı erişim ya da erişimin olmaması bireyleri insan haklarını tam olarak kullanabilmekten yoksun bırakabilir” hükmünün yer aldığı) Bilgi toplumunda insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne ilişkin Bakanlar Komitesi Bildirisi, 2003 tarihli internette iletişim özgürlüğü bildirisi, internetin kamu hizmeti olarak değerini geliştirmeye yönelik önlemlere ilişkin Tavsiye Kararı, üye devletlerin yeni bilgi ve iletişim ortamında ifade ve bilgi özgürlüğünü geliştirmelerine ilişkin 26 Eylül 2007 tarihli ve CM/Rec(2007)11 sayılı Tavsiye Kararı, internet filtreleriyle ilgili olarak ifade ve bilgi özgürlüğüne saygının geliştirilmesine yönelik önlemlere ilişkin Tavsiye Kararı ve arama motorlarıyla ilgili olarak insan haklarının korunmasına ilişkin Tavsiye Kararı.” Benedek, Wolfgang, Kettemann, Matthias C., Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi Avrupa Birliği – Avrupa Konseyi Ortak Projesi, İfade Özgürlüğü ve İnternet, <https://rm.coe.int/16807005e4> (Erişim Tarihi: 07.01.2022).*

kayıplarının önlenmesi ve uygulama birliğinin sağlanması”dır.<sup>6</sup> Bu maksat, elektronik satış portalı üzerinden hasıl olacaktır. Portal, açık arttırmaya katılmak isteyen gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin (sözgelimi özel teşebbüslerin) fırsat eşitliği içinde rekabet edebilmesine olanak tanımaktadır. Bu durumun Anayasal temeli, eşitlik ilkesi bağlamında teşebbüs hürriyetindedir. Zira Devletin, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbirleri almaya ilişkin pozitif yükümlülüğü vardır (Anayasa, m.48/2) ve Devlet, bu pozitif yükümlülüğü her bir özel teşebbüs bakımından (benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunanlar için) eşit şekilde yerine getirmekle mükelleftir (Anayasa, m.10). Bir özel teşebbüs bakımından eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti de, somut olayda benzer durumda olanlara ilişkin bir muamele farklılığı yapmayı meşrulaştıracak “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır. Ancak iptali talep edilen ibare ve cümlelerin satış portalına girişin engellenmesi kararı almasına yönelik olarak idareye aşırı bir takdir yetkisi tanınması, bir özel teşebbüse bu cezai yaptırım uygulanmak suretiyle; onun açık arttırmaya katılmasını keyfi biçimde önleyeceğinden ve aynı şartları sağlayan iki özel teşebbüs arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare ve cümle, Anayasa’nın 10 ve 48’inci maddelerine aykırıdır. Diğer bir deyişle Devletin ihtilafli kurala tabi olmayan bir alandaki bir özel teşebbüs bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini ve fakat ihtilafli kurala tabi alanda konumlanan bir diğerini gözetmemesini; daha somut bir anlatımla, benzer durumdaki özel teşebbüsler arasındaki muamele farklılığını haklı kılacak bir nedenin temellendirilmesini sağlayacak nesnel bir ölçüt bulunmamaktadır. Yine bu durumda, açık arttırmaya katılmaya talip iki teşebbüs, eşitsiz bir uygulamayla karşı karşıya kalabilecek; arttırmaya konu mal, gerçek değeri üzerinden satılamayabilecektir. Ayrıca iptali talep edilen ibare ve cümle; hiçbir kanuni ölçüt barındırmadan idarenin keyfi işlem ve eylemlere açık uygulamalarıyla (Kaldı ki açıklandığı üzere bu karara karşı başvurulacak yargısal mekanizma yeterli usuli güvencelere sahip olmadığı gibi; başvuru, ihalenin tamamlanmasını engellememektedir.) (orantılılık unsurunun aksine açık arttırma işlemleri bakımından çok uzun bir süre teşkil eden ve fiilin mahiyet ve ağırlığına göre kademelenme imkanı içermeyecek şekilde) üç ay süreyle teşebbüs hürriyetini sınırlandırdığından, bir başka deyişle yasallık ve orantılılık ölçütlerini karşılamadığından; Anayasa’nın 13’üncü maddesine de aykırıdır.

f) Temel hak ve özgürlüklerin güvenceleri ve mülkiyet hakkı bakımından: “Anayasal mülkiyet hakkı, mülkiyet edinme hakkını veya gelecekteki hakları korumamakta; yalnızca mevcut malvarlığına yapılan müdahalelere karşı güvence sağlamaktadır. Bunun tek istisnası, meşru beklentilerin korunmasıdır.”<sup>7</sup> “... mülkiyet hakkı kapsamında meşru bir beklentisi olduğu sonucuna varabilmek için ise başvuru tarafından bu beklentinin, bir kanun hükmüne veya yerleşik yargısal içtihatlarla ve uygulamalara dayandığının gösterilmesi beklenir.” (Anayasa Mahkemesi’nin 21.09.2017 tarihli ve 2014/12026 Bireysel Başvuru No’lu Yusuf Dilekçi Kararı, § 46). O halde iptali talep edilen ibare ve cümlelerin yer aldığı kanun hükmünce, meşru bir beklentiye istinaden açık arttırmaya konu malın mülkiyetini edinmeyi talep edecek gerçek ve tüzel kişilerin [hiçbir kanuni ölçüt barındırmadan idarenin keyfi işlem ve eylemlere açık uygulamalarıyla (Kaldı ki açıklandığı üzere bu karara karşı başvurulacak yargısal mekanizma yeterli usuli güvencelere sahip olmadığı gibi; başvuru, ihalenin tamamlanmasını engellememektedir.) (orantılılık unsurunun aksine açık arttırma işlemleri bakımından çok uzun bir süre teşkil eden ve fiilin mahiyet ve ağırlığına göre kademelenme imkanı içermeyecek

6 Tokat Milletvekili Mustafa Arslan ve İstanbul Milletvekili Abdullah Güler ile 37 Milletvekilinin İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/3911) ve Adalet Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 285, Ankara, TBMM Basımevi, 2021, s. 13.

7 Gemalmaz Burak, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El kitapları Serisi – 6, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018, s. 5, [https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06\\_mulkiyet\\_hakki.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06_mulkiyet_hakki.pdf) (Erişim Tarihi: 08.01.2022).

şekilde) üç ay süreyle] hukuka aykırı biçimde satış portalına girişinin engellenmesi, Anayasa'nın 13 ve 35'inci maddelerine aykırıdır.

g) Hak arama özgürlüğü, etkili başvuru hakkı, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması bakımından: İptali istenilen ibare ve cümleyle Adalet Bakanlığı tarafından satış portalına girişin engellenmesi kararının verilebilmesi ve bu karara karşı yapılacak başvurunun ihalenin tamamlanmasını engellememesi, hak arama özgürlüğünü düzenleyen madde 36, etkili başvuru hakkını koruyan madde 40 ve "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu"nun açık olduğunu öngören madde 125'e aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında; "Anayasanın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımanın ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur. Anayasa'nın 40. maddesinde; 'Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır...' ... denilmektedir." şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2009 tarihli ve 2008/30 E.; 2009/96 K. sayılı Kararı). Buna ilave olarak Anayasa'nın 125'inci maddesine göre idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır. Öte yandan Anayasa Mahkemesi bir ihlal kararında:

"137. Yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde, derece mahkemelerinin 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında verdikleri sistematik bir sorunun varlığına işaret eden aynı yöndeki kararlarının doğrudan kanun hükmünden kaynaklandığı dikkate alındığında benzeri yeni ihlallerin önlenmesi için ülkemizde hâlihazırda işleyen mevcut sistemin yeniden ele alınması ihtiyacı ortadadır. Hiç şüphesiz internet ortamının organize edilmesi hususunda benimsenecek devlet politikasının önemli bir parçası olan kanuni düzenlemeleri yapmak yasama organının takdirindedir. Elbette parlamento, yeni kanuni düzenlemeleri mevcut sistem içinde kalarak yapmayı da tercih edebilir. Bu takdirde çevrim içi ortama yönelik müdahalelerin Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması ve Anayasa'nın 26. maddesinin ihlaline yol açmaması için yapılacak yeni kanuni düzenlemelerde aşağıda zikredilen asgari standartlara ilişkin önerilerin dikkate alınmasında yarar olduğu kanaatine varılmıştır:

i. Kanun'un 9. maddesi öngörülebilir bir niteliğe kavuşturulmalıdır. Bu bağlamda Kanun'un 9. maddesindeki erişimin engellenmesi usulünün kapsamı ve hukuki niteliği yeterli açıklıkta ve netlikte olacak şekilde yeniden düzenlenmelidir.

ii. Kanun'un 9. maddesindeki erişimin engellenmesi usulünün kapsamı belirlenirken internetin sınırlandırılmasını düzenleyen kanunların olabildiğince dar bir uygulama alanına izin verecek şekilde tasarlanması ve kullanımının acil bir toplumsal ihtiyacın gerekli kıldığı durumlara özgülenmiş olması gerektiği dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda;

- 9. maddenin Kanun'un amaç ve kapsamını belirleyen 1. madde ile uyumlaştırılması,

- Hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisi doğacağı belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konması gerekir. Bu çerçevede 9. maddenin kişilik haklarının korunmasına yönelik sunduğu korumanın sınırları netleştirilmeli ve erişimin engellenmesi usulünün kullanılacağı durumlara ilişkin -haksız fiilin ulaşması gereken ağırlığın boyutuna ilişkin bir ölçüt/eşik değer belirlenmesi gibi- kriterler oluşturulmalıdır (bkz. § 97).

iii. Kanun'un 9. maddesindeki erişimin engellenmesi usulünün hukuki niteliği düzenlenirken;

- Şayet bu madde kapsamında alınan kararların birer koruma tedbiri olduğuna karar verilirse 5271 sayılı Kanun'daki koruma tedbirine ilişkin ilgili hükümlere uygun yargılama yapılmalı; erişimin engellenmesi tedbirinin akıbeti, tedbir kararını müteakiben yapılacak çelişmeli yargılamada belirlenmelidir.

- Bununla birlikte çoğu zaman hukuka aykırı içerik nedeniyle asıl sorumlu olanlara yani içerik ve yer sağlayıcılara ulaşamadığı vurgulanmalıdır. İnternetin anonim kalmayı kolaylaştıran özelliği, bu ortamda üretilen sınırsız içerik ve çoğu zaman mağdur ve failin aynı yargı yetkisi içinde bulunmaması gibi unsurlar suç ve suçluların takibini zorlaştırmakta, adli ve idari mekanizmaların devreye sokulmasını güçleştirmekte, maliyetlerini artırmakta ve bazı durumlarda sonuç almayı imkânsız kılmaktadır (Mustafa Tepeli, B. No: 2014/5831, 1/3/2017, § 29). Dolayısıyla kamu makamlarına, erişimin engellenmesi tedbirinin alındığı her durumda soruşturma açması ve çelişmeli bir yargılama yürütmesi şeklinde bir yükümlülük yüklenemez.

- İnternet ortamının doğasından kaynaklanan zorluklar nedeniyle kanun koyucunun hukuk sistemindeki mevcut yargılama usulleri ile doğrudan bağlantılı olmayan bir yol oluşturmaktaki iradesi haksız bulunmamaktadır. Bununla birlikte ifade özgürlüğünü kısıtlayan bu yolun keyfî uygulamalara yol açmaması ve özgürlüğün kullanılmasını ölçsüz biçimde ortadan kaldıracak düzeyde olmaması için usule ilişkin gerekli güvenceleri barındırması elzemdir.

iv. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile düzenlenen erişimin engellenmesi usulünün yargılama hukukunun usuli güvencelerini içerdiğinden söz edilebilmesi için şu hususlar gözönünde bulundurulmalıdır:

- Daha önce de belirtildiği gibi internet ortamının yarattığı güçlükler devlete her durumda ve otomatik olarak çelişmeli bir yargılama yürütme konusunda pozitif bir yükümlülük yüklememektedir. Buna karşın kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürenlerin talebi üzerine bir internet içeriğine erişim engellendiğinde ve karardan etkilenenler bu karara itiraz ettiklerinde taraf teşkili kendiliğinden sağlanacağından bu noktada devlet bu kişilerin yapılan müdahaleye karşı delil sunmak da dâhil olmak üzere savunmalarını ortaya koyma imkânı bulabilecekleri, hukuki dinlenilme ve çelişmeli yargılama hakkına sahip olabilecekleri yargısal bir mekanizma kurmakla yükümlüdür. Başka bir deyişle ilk derece mahkemesinin kendisine ulaşan internete erişimin engellenmesi tedbiri hakkında hızlı hareket ederek değerlendirmede bulunmak yönündeki mevcut yükümlülüğü nedeniyle sağlayamadığı çelişmeli bir yargılama - erişimin engellenmesi kararına itiraz edildiği hâllerde- itiraz merciince mutlaka sağlanmalıdır. Erişimin engellenmesi kararına itiraz edilmediği hâllerde ise karar kesinleşecek ve böylece o karar yönünden devletin kişilere hukuki dinlenilme ve çelişmeli yargılama haklarını

kullanabilecekleri yargısal bir mekanizma kurmak yükümlülüğü de sona erecektir. Mevcut sistemde Kanun'un 9. maddesine eklenecek bir hüküm ile itiraz makamı, erişimin engellenmesi kararından etkilenen tarafların yargılamaya aktif olarak katılımını öngören çelişmeli bir yargılama sunmakla ve yargılamanın ilk aşamasındaki eksiklikleri telafi etmekle görevlendirilebilir. Ancak bu durumda uyuşmazlığın esası hakkında ilk defa bir karara varılacağı için bu karara karşı -istinaf ve/veya temyiz gibi- etkili bir adli denetim mekanizmasının oluşturulması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz Anayasa'nın 26., 28., 36. ve/veya 40. maddeleri devlete, itiraz makamınca verilen kararlara karşı başvurulabilecek, üçüncü derece yargılamayı garanti altına alan bir denetim mekanizması kurması yönünde genel bir yükümlülük yüklememektedir. Bununla birlikte itiraz makamınca uyuşmazlığın esası hakkında ilk kez karar verilecek olması dikkate alınarak ve insan hakları standartlarının oluşturulması ve uygulanmasında yüksek mahkemelerin içtihatlarının alt mahkemeler nezdindeki yol gösterici işlevi de gözetilerek, itiraz mercii tarafından verilen kararların istinaf veya temyiz mercii denetimine açılmasının demokratik düzen için vazgeçilmez olan ifade ve basın özgürlüklerine yönelik hâlihazırda ortaya çıkan ihlallerin önlenmesi açısından yaşamsal önemde olduğu unutulmamalıdır.

v. İnternet ortamında bulunan bir içeriğe erişimin engellenmesinin o içeriğin belirli bir ülke sınırları içinden ulaşılmasına kararın verildiği tarihten itibaren süresiz olarak engel olduğundan ağır bir müdahale aracı olduğu ve internet ortamında bulunan zararlı içeriklerle, diğer başka usullerle mücadele edilebildiği sürece başvurulmaması gereken bir yöntem olduğu dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda internet içeriğinin sınırlandırılması gereken durumlarda sulh ceza hâkimliklerine kılavuzluk edecek hükümler getirilmelidir. Orantısız ve keyfi uygulamaların önüne geçilebilmesi için getirilecek hükümlerde erişimin engellenmesi kararının zorunlu ya da istisnai bir tedbir, bu yolun başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olduğu belirtilmelidir. Bundan başka, yapılacak düzenlemede internete erişimin engellenmesi tedbirine başvurmadan önce etki değerlendirmesi yapılması, internet içeriğine gecikilmeksizin erişimin engellenmesinin haklı çıkarılması, kullanılacak araç ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında makul bir dengenin sağlanması yükümlülüğü getirilmeli, erişimin engellenmesi yöntemi dışında alternatif araçlara yer verilmelidir.”

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 27.10.2021 tarihli ve 2018/14884 Bireysel Başvuru No'lu Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Kararı, § 137). Anılan kararın 5651 sayılı Kanun'un içeriğinin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesine yönelik kendine özgü, özerk bir yolu (sulh ceza hakimi tarafından yürütülecek yargısal süreci) hüküm altına alan 9'uncu maddenin temel hak ve özgürlükleri güvence altına alacak yeterli yargısal usuli güvenceleri içermediğine işaret ettiği gözetildiğinde; satış portalına giriş engeline yönelik karara konu elektronik satış portalının işleyişini ya da güvenliğini tehlikeye sokan veya satış portalına erişimi engelleyen ya da zorlaştıran nitelikte eylemlerde bulunma fiilinin tespitinin idarece (Adalet Bakanlığınca) yapılması ve idarenin söz konusu tespit sırasında herhangi bir koşul ile kayıtlandırılmaması, ilk bakışta (prima facie) hukuka aykırı eylem mahiyetini haiz olup olmadığının anlaşılabilmesi ve idarenin bu karara karşı etkin yargısal başvuru yolu öngörülmemesi ve bu başvurunun ihalenin tamamlanmasını engellememesi; sayılı eylemlerde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin hak arama özgürlüğüne ve etkili başvuru hakkına hâlel getirecek ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu kuralını ihlal edecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare ve cümle, Anayasa'nın 36, 40 ve 125'inci maddelerine de aykırıdır.

ğ) Hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa



Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153'üncü maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kurulla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzer olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir ihlal kararını:

“57. Bir internet sitesine erişimin engellenmesine karar verildiği hallerde hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerinin göz önünde bulundurulması zorunludur. 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. 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 (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013).

58. Erişime kapatılan youtube.com gibi çok sayıda kullanıcısı olan internet siteleri büyük miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde toplumun gündem oluşturmaya, gündemin takibini ve bilgi alışverişini kolaylaştırmaya büyük ölçüde katkı sağlamaktadır (Bu konudaki AİHM kararı için bkz. Times Newspaper Ltd./ Birleşik Krallık, B. No: 23676/03, 10/6/2009, § 27).

59. Bu nedenle Anayasa'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından bu konuda bir sınırlama (resen erişimin engellenmesi) imkânı getirildiği hallerde ilgili Kanun'da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla tanımlanması da gerekmektedir (bkz. Yıldırım/Türkiye, B.No: 3111/10, 18.12.2012, § 59).

...

64. Yukarıda yapılan açıklamalardan, youtube.com sitesine erişimin tümüyle engellenmesine yönelik müdahalenin, yeterince açık ve belirgin bir kanuni dayanağa sahip olmadığı ve bu yönüyle başvurucular açısından öngörülebilir nitelikte bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, siteden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan söz konusu idari işlemin, başvurucuların Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar verilmesi gerekir.”

şeklinde gerekçelendirmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 29.05.2014 tarihli ve 2014/4705 Bireysel Başvuru No'lu Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Kararı). Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ihlal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 26'ncı maddesine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibare ve cümleyi kanunlaştırması, Anayasa'nın 153'üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6'ncı maddesine de hâlel getirmektedir.

h) Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare ve cümle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ve masumiyet karinesine ilişkin 6'ıncı, suç ve cezaların kanuniliğine ilişkin 7'nci, ifade özgürlüğüne ilişkin 10'uncu, etkili başvuru hakkına ilişkin 13'üncü maddelerini ve Ek 1 No'lu Protokol'ün mülkiyet hakkına ilişkin 1'inci maddesini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7343 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesiyle 2004 sayılı Kanun'a eklenen 111/b maddesinin 8'inci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "Adalet Bakanlığınca" ibaresi ve beşinci cümlesi, Anayasa'nın 2., 6., 7., 10., 13., 22., 26., 35., 36., 38., 40., 48., 90., 123., 125. ve 153'üncü maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin ve cümlelerin iptali gerekir.

c) 24.11.2021 tarihli ve 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 13'üncü maddesiyle 2004 sayılı Kanun'a eklenen 111/b maddesinin 9'uncu fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

7343 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesiyle 2004 sayılı Kanun'a elektronik ortamda açık arttırma suretiyle satışı düzenleyen 111/b maddesi eklenmiştir. Anılan maddenin 9'uncu fıkrası gereğince teklif verme süresi içinde bilişim sisteminin bakımı veya iyileştirilmesi için gerekli olan işlemler yapılabilecek ve bu işlemler, ihalenin geçerliliğini etkilemeyecektir. Ancak teklif verme süresi içinde bilişim sisteminin bakımı veya iyileştirilmesi için gerekli olan işlemlerin ihalenin geçerliliğini etkilemeyeceğine yönelik iptali talep edilen cümle, Anayasa'ya aykırıdır.

a) Hukuk devleti ilkesi bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı).

Ancak teklif verme süresi içinde bilişim sisteminin bakımı veya iyileştirilmesi için gerekli olan işlemlerin yapılmasının ihalenin geçerliliğini etkilememesi, açık arttırmaya katılacak olan, teklif sunan ihale alıcıları, alacaklı ve borçlu (ve diğer ilgililer) bakımından hukuki öngörülebilirliği olanaksız hale getirmektedir. Sözelimi Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine entegre elektronik satış portalına ilişkin bilişim sistemi, güvenlik – antivürüs – yedekleme güncellemeleri, ağ mimarisinin inşası, girdi ve çıktı verilerinin kontrolü, kriptografik anahtar yönetimi için bakıma alınacak ve fakat bu süre zarfında sistemin dışarıdan müdahalelere ya da veri tabanına kayıtlı bilgilerin üçüncü kişilerin erişimine açık hale gelmesi, açık arttırma şartnamesinde veya tekliflere konu meblağlarda ya da arttırmaya konu malın kıymet takdirinde değişiklik yapılması, ihaleye fesat karıştırılması, dolayısıyla ihalede usulsüzlük yapılması olasılığı ortaya çıkacaktır. Öte yandan bakım veya iyileştirilme için

yapılacak işlemlerin süresi de belirsizdir. Bir an için söz konusu olasılıkların hiçbirinin gerçekleşmediği yahut gerçekleşmeyeceği varsayılsa dahi; bu türden bir olasılığın varlığı bile kişilerin davranış, işlem ve eylemlerinin hukuki kesinlik içinde gerçekleştirilmesine halel getirdiğinden hukuki güvenlik ilkesi ihlal edilecektir. İhtilafı kural, bu itibarla Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırıdır.

b) Temel hak ve özgürlüklerin güvenceleri ve mülkiyet hakkı bakımından: “Anayasal mülkiyet hakkı, mülkiyet edinme hakkını veya gelecekteki hakları korumamakta; yalnızca mevcut malvarlığına yapılan müdahalelere karşı güvence sağlamaktadır. Bunun tek istisnası, meşru beklentilerin korunmasıdır.”<sup>8</sup> “... mülkiyet hakkı kapsamında meşru bir beklentisi olduğu sonucuna varabilmek için ise başvuru tarafından bu beklentinin, bir kanun hükmüne veya yerleşik yargısal içtihatlarla ve uygulamalara dayandığının gösterilmesi beklenir.” (Anayasa Mahkemesi'nin 21.09.2017 tarihli ve 2014/12026 Bireysel Başvuru No'lu Yusuf Dilekçi Kararı, § 46). O halde iptali talep edilen cümlelerin yer aldığı kanun hükmüne, meşru bir beklentiye istinaden açık arttırmaya konu malın mülkiyetini edinmeyi talep edecek kişilerin katılacağı ihalelerde teklif verme süresi içinde bilişim sisteminin bakımı - iyileştirilmesi için yapılacak ve ihaleye konu malı edinmesine engel olacak işlemlerin (kanunilik ilkesine istinaden) hukuki öngörülebilirlik ilkesine aykırı biçimde ihalenin geçerliliğini etkilememesi ve bu işlemlere karşı yargı yolunun kanunla kapatılmış olması, Anayasa'nın 13 ve 35'inci maddelerine aykırıdır.

c) Hak arama özgürlüğü, etkili başvuru hakkı, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması bakımından: İptali istenilen cümleyle teklif verme süresi içinde bilişim sisteminin bakımı ve iyileştirilmesi için yapılacak işlemlerin hukuki öngörülebilirlik ilkesine aykırı biçimde ihalenin geçerliliğini etkilememesi, hak arama özgürlüğünü düzenleyen madde 36, etkili başvuru hakkını koruyan madde 40 ve “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu”nun açık olduğunu öngören madde 125'e aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında; “Anayasanın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımanın ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulamaya veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılanmanın ön koşulunu oluşturur. Anayasa'nın 40. maddesinde; ‘Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır...’ ... denilmektedir.” şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2009 tarihli ve 2008/30 E.; 2009/96 K. sayılı Kararı). Buna ilave olarak Anayasa'nın 125'inci maddesine göre idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.

---

8 Gemalmaz Burak, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El kitapları Serisi – 6, Ankara, Avrupa Konseyi, 2018, s. 5, [https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06\\_mulkiyet\\_hakki.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06_mulkiyet_hakki.pdf) (Erişim Tarihi: 08.01.2022).

Teklif verme süresi içinde bilişim sisteminin bakımı veya iyileştirilmesi için gerekli olan işlemlerin ihalenin geçerliliğini etkileyip etkilemediği meselesi, gerçekte somut koşullara ilişkin bir incelemeyle çözülebilir. Ancak iptali talep edilen amir kanun hükmü nedeniyle idare tarafından yapılacak bu bakım ve iyileştirme işlemleri dolayısıyla ihalede usulsüzlük olduğu ve bu nedenle geçerli olmadığı iddiasıyla yargı yoluna başvurulamayacaktır. Bu durum, iddia sahibi kişilerin (sözgelimi ihale alıcılarının) hak arama özgürlüğüne ve etkili başvuru hakkına hanel getirecek ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu kuralını ihlal edecektir. Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 36, 40 ve 125'inci maddelerine de aykırıdır.

ç) Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen cümle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6'ncı, etkili başvuru yolu hakkına ilişkin 13'üncü ve Ek 1 No'lu Protokol'ün mülkiyet hakkına ilişkin 1'inci maddelerini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7343 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesiyle 2004 sayılı Kanun'a eklenen 111/b maddesinin 9'uncu fıkrasının ikinci cümlesi, Anayasa'nın 2., 13., 35., 36., 40., 90. ve 125'inci maddelerine aykırıdır; anılan cümlelerin iptali gerekir.

3) 24.11.2021 tarihli ve 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 33'üncü maddesiyle 2004 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 18'in 2'inci fıkrasının birinci cümlesi ile 48'inci maddesiyle 5395 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 2'nin 2'inci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

7343 sayılı Kanun'un 33'üncü maddesiyle 2004 sayılı icra ve İflas Kanunu'na eklenen Geçici Madde 18'in ikinci fıkrasının birinci cümlesine göre 2004 sayılı Kanun'un 87, 88, 106, 110, 111/b, 114, 115, 118, 124, 126, 127, 129, 130, 133, 242 ve 244'üncü maddeleri ile 134'üncü maddesinin 9 ve 10'uncu fıkralarında bu maddeyi ihdas eden 7343 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin uygulanmasına Adalet Bakanlığınca belirlenen il veya ilçelerde, 111/b maddesinin uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren (Geçici Madde 18'in birinci fıkrası uyarınca 2004 sayılı Kanun'un 111/b maddesinin uygulanmasına ilişkin yönetmelik ile 10'uncu madde uyarınca çıkarılması gereken tarife, bu maddeyi ihdas eden 7343 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde çıkarılacaktır. Bu hükmün delaletiyle 30.11.2021 tarihinden itibaren 6 ay içinde;) başlanır ve bu değişiklikler en geç bir yılın sonunda ülke genelinde uygulanacaktır.

7343 sayılı Kanun'un 48'inci maddesiyle 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen Geçici Madde 2'nin ikinci fıkrasının ikinci cümlesine göre 5395 sayılı Kanun'un Dördüncü Kısmının uygulanmasına, Adalet Bakanlığınca belirlenen il veya ilçelerde başlanacaktır ve birinci fıkrası uyarınca (Geçici Madde 2'nin birinci fıkrası uyarınca 5395 sayılı Kanunun Dördüncü Kısmının uygulanmasına ilişkin yönetmelik, bu maddeyi ihdas eden 7343 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde çıkarılacaktır. Bu hükmün delaletiyle 30.11.2021 tarihinden itibaren 6 ay içinde,) çıkarılan yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç bir yılın sonunda ülke genelinde uygulamaya geçilecektir.

7343 sayılı Kanunla gerek 2004 sayılı Kanun'da gerek 5395 sayılı Kanun'da kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin yer (ratione loci) ve zaman (ratione temporis)

bakımından uygulanmasının hak kaybına sebebiyet vermemesini teminen geçiş hükmü niteliğinde geçici maddeler ihdas edilmek istenmiştir. Ancak iptali talep edilen cümlelerin lafzından anlaşılacağı üzere; kanun koyucu, bu değişikliklerin yer ve zaman bakımından uygulanmasını Adalet Bakanlığı'nın uhdesine bırakmıştır. Bu durum, Anayasa'ya aykırıdır.

a) Hukuk devleti ilkesi bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımını mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleştiremez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Kanunların yer ve zaman bakımından uygulanırlıkları, kanuniliğin asli unsurlarındandır. Bir başka deyişle; kanun metninde, hukuk normunun nerede ve ne zaman uygulanacağını belirli ve öngörülebilir olması gerekir. İhtilafli kurallar ise anılan değişikliklerin yer ve zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili yetkiyi Adalet Bakanlığı'na bırakarak; hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelerini çiğnemiştir. İhtilafli kurallar, bu itibarla Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırıdır.

b) İdarenin kanuniliği ilkesi bakımından: Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Ancak kanun koyucu, 7343 sayılı Kanunla 2004 sayılı Kanun ve 5395 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişikliklerin muhatapları bakımından öngörülebilir bir hukuki durum ortaya koymamıştır. Başka bir deyişle anılan hükümlerin yer ve zaman bakımından uygulanması, hukuki kesinlik yönünden noksandır. Her ne kadar ilgili yönetmeliklerin 7343 sayılı Kanun'un Resmî Gazete'de yayımlanmasından (30.11.2021 tarihinden) itibaren en geç 6 ay içinde çıkartılacağı öngörülse de; bu zaman diliminin herhangi bir anında çıkarılan yönetmeliğe bağlı olarak Adalet Bakanlığı'nın belirlediği il ve ilçelerde bu değişiklikler yürürlüğe girecektir. Dahası yaklaşık bir buçuk yılın sonunda, belirsiz bir sürenin sonunda, bu değişiklikler ülke genelinde uygulanacaktır, Adalet Bakanlığı değişikliklerin ülke genelinde uygulanmaya başlayacağı tarihi belirleyecektir. Başka bir anlatımla değişikliklerin hangi il veya ilçede ne zaman uygulanacağını Adalet Bakanlığı tespit edecektir. Halbuki hukuki öngörülebilirlik, hukuki güvenlik ve idarenin kanuniliği ilkeleri gereğince; kanunların yer ve zaman bakımından uygulanmasına bizatihi kanun koyucunun karar vermesi gerekmektedir. Öte yandan bir an için bu konuda Adalet Bakanlığı'nın yetkilendirilebileceği ihtimalinde dahi;

Adalet Bakanlığı tarafından tesis edilecek idari işlemin kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Gerçekten de; kanunların yer ve zaman bakımından uygulanmaları, kanuniliğin asli unsurlarındandır. Bir başka deyişle; kanun metninde, hukuk normunun nerede ve ne zaman uygulanacağını belirli ve öngörülebilir olması gerekir. Ancak kanun koyucu idareyi kayıtlayacak hiçbir kıstas öngörmemiştir. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen cümleler, Anayasa'nın 2'nci ve 123'üncü maddelerine aykırıdır.

c) Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7'nci maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). Kanunların yer ve zaman bakımından uygulanmaları, kanuniliğin asli unsurlarındandır. Bir başka deyişle; kanun metninde, hukuk normunun nerede ve ne zaman uygulanacağını belirli ve öngörülebilir olması gerekir. İptali talep edilen cümlelerin hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Bakanlığa); anılan değişikliklerin yer ve zaman bakımından uygulanmasını belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

ç) Yönetmelikle düzenleme bakımından: Anayasa koyucu, idarenin düzenleyici işlemlerinin bir türü –kural işlem- olan yönetmelikler için özel bir Anayasal hüküm öngörmüştür. Anayasa'nın 124'üncü maddesine göre Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Adalet Bakanlığı'nın anılan değişikliklerin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin çıkaracağı yönetmeliğin (Her ne kadar kanun koyucu tarafından Adalet Bakanlığı'nın değişikliklerin yer yönünden uygulanmasına ilişkin tesis edeceği düzenleyici işlemin nev'i açıkça zikredilmese de; yönetmelik hukuki formunda olacağı kuvvetle muhtemeldir.) bu değişikliklerin uygulanmasını sağlaması ve ona aykırı olmaması için; yönetmelik çıkartılmasına cevaz veren kanuni hükmün, hangi iş ve işlemlerin yasal çerçeve içinde kalacağına yönelik temel sınırları belirlemesi gerekmektedir. Aksi bir tutum, kanunun uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, yönetmeliğe, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması ve çok geniş bir düzenleme alanının idarenin uhdesine bırakılması anlamına gelecektir. Ancak ortada, idare tarafından tecessüm ettirilmeye elverişli bir kanuni genel düzenleme yoktur. Gerçekten de, kanunların yer ve zaman bakımından uygulanmaları, kanuniliğin asli unsurlarındandır. Bir başka deyişle; kanun metninde, hukuk normunun nerede ve ne zaman uygulanacağını belirli ve öngörülebilir olması gerekir. Oysa, iptali talep edilen cümleler, kanunun uygulanırılığı bakımından şekli anlamdaki kanunda temin edilmemiş belirliliği oluşturma yetkisini idareye bırakmaktadır. İdare tarafından takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılmasına neden olabilecek iptali talep edilen cümleler, Anayasa'nın 124'üncü maddesine de aykırıdır.

d) Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin kanun koymaya ilişkin görev ve yetkisi bakımından: Anayasa'nın 87'inci maddesi uyarınca kanun koyma, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uhdesindedir. TBMM tarafından kanun formunda ortaya konulan irade, o kanunun yer ve zaman yönünden uygulanacağı mecra ve tarihe içkindir. Başka bir anlatımla bu husus, kanunların yer ve zaman bakımından uygulanmasına ilişkindir. “Yasalar, kural olarak, ülke

sınırları içinde uygulanır. Buna <<yasaların yerselliği >> ilkesi denir. Bunun yanında, bazı durumlarda, ülkede yabancı yasalar da uygulanabilir. Buna da <<yasaların kişiselliği >> ilkesi denir...Yasaların ne zaman yürürlüğe gireceği konusunda, genellikle yasa metninde açık bir kural bulunur...”<sup>9</sup>

Lon L. Fuller, “... yasa koyucuların hukuk oluşturması için yerine getirmesi gereken sekiz ilke veya talepten oluşan hukukun iç ahlakını türetir. (Fuller, The Morality of Law, 39-94, özellikle 39.) 1. Kurallar genel olmalıdır. 2. Kurallar yayınlanmış olmalıdır. 3. Kurallar geçmişe yürür olmamalıdır. 4. Kurallar açık olmalıdır. 5. Kurallar çelişik olmamalıdır. 6. Kurallar yapılması imkansız olanı gerektirmemelidir. 7. Kurallar zaman içinde tutarlı olmalıdır (istikrar) 8. Yetkililerin eylemi ve yayınlanmış kurallar arasında uyum olmalıdır. Fuller’e göre yasa koyucu bu ilkelere riayet etmelidir. Ona tabi olanlara rehber olabilecek bir hukuk oluşturmak için, yasa koyucu hukukiliğin sekiz ilkesine riayet etmelidir; aksi takdirde davranışa rehber olabilen bir rehber oluşturmakta doğal olarak başarısızlığa uğrayacaktır...”<sup>10</sup>

Ancak kanun koyucu söz konusu hükümlerin yer ve zaman bakımından uygulanmasına ilişkin iradeyi ortaya koymaktan, Anayasal görev ve yetkisini ifadan imtina etmiştir. Kanun koyucu, değişikliklerin muhataplarına yer ve zaman bakımından rehberlik edecek kanuni düzenleme yapmamıştır. Bu nedenle anılan cümleler, Anayasa’nın 87’nci maddesine aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7343 sayılı Kanun’un 33’üncü maddesiyle 2004 sayılı Kanun’a eklenen Geçici Madde 18’in 2’inci fıkrasının birinci cümlesi ile 48’inci maddesiyle 5395 sayılı Kanun’a eklenen Geçici Madde 2’nin 2’inci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasa’nın 2., 7., 87., 123. ve 124’üncü maddelerine aykırıdır; anılan cümlelerin iptali gerekir.

4) 24.11.2021 tarihli ve 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 44’üncü maddesiyle 5395 sayılı Kanun’a eklenen 41/F maddesinin 1 ve 3’üncü fıkralarında yer alan “fiil suç teşkil etse dahi” ibarelerinin Anayasa’ya aykırılığı

7343 sayılı Kanun’un 44’üncü maddesiyle 5395 sayılı Kanun’a çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine muhalefeti düzenleyen 41/F maddesi eklenmiştir. Anılan 41/F maddesinin 1’inci fıkrası gereğince çocuk teslimine dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket edenler ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleyenler, bir ay içinde yapılacak şikayet üzerine, fiil suç teşkil etse dahi, üç aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılacaktır; 3’üncü fıkrası gereğince kişisel ilişki kurulması için kendisine çocuk teslim edilen hak sahibi, ilam veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmezse, bir ay içinde yapılacak şikayet üzerine, fiil suç teşkil etse dahi, üç aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılacaktır. Ancak muhatapların (faillerin) fiili suç teşkil etse dahi anılan disiplin hapsiyle cezalandırılmasına cevaz veren iptali talep edilen ibareler, Anayasa’ya aykırıdır.

Öncelikle anılan fıkralarda yer alan disiplin hapsinin hukuki niteliğini (ceza hukuku bakımından nev’ini) ortaya koymak gerekmektedir. Anılan 41/F maddesinin 4’üncü maddesi gereğince şikayete bakacak görevli ve yetkili mahkeme, işlemi yapan müdürlüğün bulunduğu

---

9 Gözübüyük, Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Gözden Geçirilmiş B. 8, Ankara, Turhan Kitabevi, 1993, s. 55, 56.

10Van der Burg, Wibren, Lon.L. Fuller’dan Yasa Koyucuya Dersler, Çev.: İrem Akı, Hukuk Kuramı, C. 1, S. 3, Mayıs – Haziran 2014, s. 60.

yer aile mahkemesi olup; devamı fıkralarda yargılama usul ve esasları tespit edilmektedir. Bununla birlikte 7'inci fıkra uyarınca şikayetten vazgeçilmesi halinde veya anılan birinci ve üçüncü fıkralar bakımından çocuğun velayet hakkı sahibine teslim edilmesi durumunda dava ve bütün sonuçlarıyla beraber ceza düşecektir. Anlaşılacağı üzere; söz konusu maddenin lafzı ceza hukuku ilkeleri ve terminolojisi esas alınarak kaleme alınmıştır.

Öte yandan 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (eldeki dava konusunun yer aldığı madde hükmüyle benzer hüküm ihtiva eden) 7343 sayılı Kanun'un 32'nci maddesiyle mülga edilen çocuk teslimi emrine muhalefetin cezasını düzenleyen 341'inci maddesi "Çocuk teslimi hakkındaki ilamın veya ara kararın gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikayeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilamın veya ara kararın gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir." şeklindedir. Maddenin lafzından anlaşılacağı üzere "çocuk teslimine dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket edenler ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleyenler ve kişisel ilişki kurulması için kendisine çocuk teslim edilen ve fakat ilam veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmeyen hak sahibi" ile benzer mahiyette eylemde bulunan "çocuk teslimi hakkındaki ilamın veya ara kararın gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişi" hakkında disiplin hapsi yerine tazyik hapsi uygulanması hüküm altına alınmıştır. Tazyik hapsinin ise kanuni bir tanımı olmayıp, mevzuatta yer almakta<sup>11</sup>, disiplin hapsinin yanı sıra farklı bir yaptırım olarak sayılmaktadır.<sup>12</sup>

Buna ilave olarak "Disiplin hapsi bir yükümlülüğün yerine getirilmesini zorlamak için değil, kısmi bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan bir fiilin işlenmesi dolayısıyla verilir. Kural olarak o işin yapılması, ifa edilmesi disiplin hapsini sona erdirmez..." (Anayasa Mahkemesi'nin 29.03.2017 tarihli ve 2017/14 E.; 2017/83 K. sayılı Kararı, §14). 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (I) bendine göre disiplin hapsi "kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi" ifade etmektedir. "...Tazyik hapsinde kişi yasal yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlanmak amacıyla belli bir süreye kadar hürriyetinden yoksun bırakılmakta, ancak, yükümlülüğünü yerine getirmesi ya da sürenin dolması hâlinde bu yaptırımın uygulanmasına derhal son verilmektedir..." (Anayasa Mahkemesi'nin 30.10.2014 tarihli ve 2014/58 E.; 2014/163 K. sayılı Kararı). O halde esasen iptali talep edilen cümlelerde terminolojik olarak disiplin hapsi ibaresinin kullanılmasının

---

11 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu Md. 344: Nafakaya ilişkin kararlara uymayanların cezası -

*"Nafakaya ilişkin kararların gereğini yerine getirmeyen borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra kararın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir.*

*Borçlunun, nafakanın kaldırılması veya azaltılması talebiyle dava açmış olması halinde, ileri sürdüğü sebepler göz önünde bulundurularak, tazyik hapsinin uygulanması bu davanın sonuna bırakılabilir."*

12 02.09.2012 tarihli ve 28399 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği Md. 8/2/(ç): Açık kuruma ayrılamayacak hükümlüler- "Ayrıca; ... ç) 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu gereğince verilen hapsen tazyik veya tazyik hapisleri dışında, diğer kanunlarda düzenlenen tazyik, disiplin veya zorlama hapislerinin tamamı, kapalı kurumlarda infaz edilir. Diğer cezalar, Yönetmelikte aranan koşulların bulunması halinde açık kurumlarda infaz edilebilir."



hukuki gerekçesi, açıklanmaya muhtaçtır. Ancak kanun koyucu, bu konuda bir temellendirme yapmamıştır.

Ancak eldeki davaya konu ibareler bakımından söz konusu disiplin hapsinin cezai nitelik barındırıp barındırmadığı önem taşımaktadır. "... ceza hukuku anlamında cezaları diğer kamusal cezalardan ayıran iki özellik söz konusudur. Bunlardan birincisi cezayı veren organla, diğeri cezanın verilış şekliyle ilgilidir. Ceza hukuku anlamında cezayı verecek olan makam, adli makamdır ve bu ceza ceza muhakemesi sonucunda verilir. Bu itibarla adli makamlar tarafından verilebilen cezalar, ceza hukuku anlamında cezalandırılır."<sup>13</sup> Bu perspektiften değerlendirildiğinde; disiplin hapsinin aile mahkemesi (adli makam) tarafından; şikayet üzerine, silahların eşitliği ilkesi doğrultusunda şikayet edilenin bilgilendirilmesi buna istinaden o kimseden savunma ve delil istenmesi, duruşma yapılması, mahkemenin (resen) gerekli araştırmayı yapması, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından infaz edilmesi, dava ve cezanın düşmesi ve maddede sayılan diğeryargılama usulleri (ceza muhakemesi) ile verilmesi, onun cezai norm vasfını ortaya koyacaktır.

Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "Sergey Zolotukhin/Rusya [BD] kararında, başvuran, İdari Suçlar Kanunu uyarınca, "hafif uygunsuz fiillerden" dolayı üç gün idari tutukluluğa mahkûm edilmiştir. Mahkeme, yerel hukuki sınıflandırmada, söz konusu suçun "idari" bir suç olarak nitelendirildiğini gözlemlemiştir. Bununla birlikte, Rusya'da ve diğerybenzer hukuk sistemlerinde "idari" suçların alanı, cezai bir çağrışımı bulunan, ancak ceza hukuku ve muhakemesi tarafından düzenlenemeyecek derecede önemsiz olan belirli suçları kapsamına almıştır. Bununla beraber, Mahkeme, söz konusu suçun İdari Suçlar Kanunu kapsamına dâhil edilmesinin, niteliği gereği, normal koşullarda, ceza hukuku alanına giren insan onurunun ve kamu düzeninin, değerlerin ve menfaatlerin korunmasının güvence altına alınması işlevine sahip olduğunu kaydetmiştir. Kanunun ilgili hükmü, özel bir statüye sahip olan bir gruptan ziyade tüm vatandaşlara yöneliktir. Fiillerin "hafif" niteliğine atıfta bulunulması, kendi başına, bunun Sözleşme'nin özerk anlamında "cezai" olarak sınıflandırılmasını hariç tutmamıştır. Zira Sözleşme'de bir suçun cezai niteliğinin belirli bir ciddiyet derecesini mutlaka gerektirdiğini gösteren hiçbir husus bulunmamaktadır. Söz konusu suçun tesis etmedeki başlıca amaçlar, ceza hukuku kapsamındaki suçların ayırt edici özellikleri olan cezalandırma ve caydırıcılıktır. Önlemin ağırlık derecesine ilişkin olarak Mahkeme, söz konusu hükmün azami ceza olarak on beş gün hapis cezası öngördüğünü ve başvuranın sonunda üç günlük bir süre boyunca özgürlükten yoksun bırakılmaya mahkûm edildiğini kaydetmiştir. Başvurana uygulanabilecek olan ve aslında uygulanan ceza, başvuran aleyhindeki suçlamaların "cezai" olduğu varsayımını oluşturan özgürlük kaybını içermekteydi. Mahkeme, "hafif uygunsuz fiiller" suçunun niteliğinin, cezanın ağırlığıyla birlikte, başvuranın mahkûmiyetini Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesi amaçları bakımından "ceza usulü" kapsamına getirecek nitelikte olduğu sonucuna varmıştır (§§ 54-57). Benzer bir şekilde, ufak suçlardan dolayı kırk gün hapis cezası ile ilgili olan Maresti/Hırvatistan , §§ 55-61, kararına bk."<sup>14</sup>

AİHM, Sözleşme'nin 6'ncı maddesi anlamında "cezai alanda ... yöneltilen suçlama" terimini, üç ölçütle değerlendirmektedir: Fiilin iç hukuktaki hukuki nitelemesi, fiilin mahiyeti ve müeyyidenin ağırlık derecesi (AİHM, Engel et diğeryleri-Hollanda, 8 Haziran 1976, başvuru no : 5100/71 ve diğeryleri, § 82). Sözleşme'nin 6'ncı maddesi çerçevesindeki bu yaklaşım ve söz konusu ölçütler, 7 numaralı Protokol'ün ne bis in idem ilkesine ilişkin 4'üncü maddesi

13 Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, B. 20, Ankara, Savaş Yayınevi, 2014, s. 403.

14 Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. Maddesine İlişkin Rehber Aynı Suçtan İki Kez Yargılanmama ve Cezalandırılmama Hakkı, Ankara, Avrupa Konseyi, 2020, s. 10, § 20.

bakımından da geçerlidir. (AİHM, Prina-Romanya, kabul edilebilirlik, 8 Eylül 2020, başvuru no : 37697/13, § 48 vd.).

Kanun koyucu da iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı madde hükmünde çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesini (çocuğun üstün yararının gözetilmesi özelinde kamu düzenini) teminen; bu tür eylemlerde bulunanları cezalandırmak ve bu türden eylemlerde bulunulmasını caydırmak için (bir ceza hukuku müeyyidesi olarak) hürriyeti bağlayıcı ceza (üç aya kadar disiplin hapsi) öngörmüştür.

O halde “çocuk teslimine dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket edenler ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleyenler ve kişisel ilişki kurulması için kendisine çocuk teslim edilen ve fakat ilam veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmeyen hak sahibi” aynı fiilden dolayı iki kez yargılanacak ve cezalandırılacaktır. Bu durum, Anayasa’ya aykırıdır.

a) Hukuk devleti ilkesi: ne bis in idem ilkesi bakımından: Ne bis in idem ilkesi, Anayasa’da açıkça zikredilmese de hukukun genel ilkelerindedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi tarafından da belirtildiği üzere; “Hukuk devletinin temel ilkeleri arasında yer alan aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem) ilkesi gereğince kişi aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz” (Anayasa Mahkemesi’nin 10.04.2019 tarihli ve 2017/33 E.; 2019/20 K. sayılı Kararı, 49).

Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi mal beyanında bulunmama eylemi nedeniyle İcra İflas Kanunu’nun hem 337 hem de 76’ncı maddesinde ayrı ayrı disiplin ve tazyik hapsi cezalarının öngörülmesi hakkında verdiği bir iptal kararında “Hukuk Devletinde hangi eylemlerin suç sayılacağı ve bu suçları işleyenlere ne tür ve miktarda ceza verileceği yasa koyucunun belirleyeceği bir alandır. İnfaz hukukunun maddi ceza hukukunu tamamladığı ve onun ayrılmaz parçası olduğu gözetildiğinde, hangi cezaların ertelenip ertelenmeyeceğinin, seçenek yaptırımlara çevrilip çevrilemeyeceğinin, önödeme uygulanıp uygulanmayacağıının, tekerrüre esas olup olmayacağıının, şartla salıverilme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıının veya adli sicil kayıtlarına geçirilip geçirilmeyeceği konusunun Anayasa’ya ve Ceza Hukukunun genel ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olduğunun kabulü gerekir..... İcra ve İflas Kanunu’nun 337. maddesinin birinci fıkrasında ve 76. maddesinde borçlunun özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasını gerektiren eylem, mal beyanında bulunmama eylemidir. Yukarıda belirtildiği gibi hukuk devleti ve ceza hukuku ilkeleri gereği kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanmaz ve cezalandırılmaz. İtiraz konusu kural uyarınca, müddeti içinde mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı olarak mal beyanında bulunmayan kimse disiplin hapsi cezası ile cezalandırılmasının yanı sıra, İcra ve İflas Kanunu’nun 76. maddesine göre de mal beyanında bulunmama eylemi nedeniyle tazyik hapsi cezası ile cezalandırılabilir. Böyle bir olasılığın varlığı İcra ve İflas Kanunu’nun 337. maddesinde öngörülen disiplin hapsi cezasını, Anayasa’nın hukuk devleti ilkesinin düzenlendiği 2. maddesine aykırı hale getirmektedir.” şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi’nin 28.02.2008 tarihli ve 2006/71 E.; 2008/69 K. sayılı Kararı).

Öte yandan “Aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama (ne bis in idem) ilkesi gereğince kişi aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz veya cezalandırılmaz. Ancak bu ilke mutlak olmayıp korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesinin farklı olması nedeniyle ayrı hukuk disiplinleri kapsamında aynı fiilin farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bu ilke sadece ceza davalarına ilişkin olduğu için aynı

fiilden dolayı ceza soruşturmasının yanında ayrıca hukuk davası veya disiplin soruşturması açılmasına engel teşkil etmez. Dolayısıyla bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz ilkesine aykırılık oluşturmaz (bazı değişikliklerle birlikte bkz. AYM, E.2017/28, K.2017/107, 31/5/2017, § 15) “(Anayasa Mahkemesi’nin 11.03.2020 tarihli ve 2017/20779 Bireysel Başvuru No’lu Mehmet Turgay Özbekler Kararı, § 19). Buna ilave olarak “Ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile disiplin hukukunun birbirinden farklı kural ve ilkelere tâbi disiplinler olduğunda kuşku yoktur. Ceza hukuku alanında öngörülen yaptırımlar, toplumsal düzene aykırı olan ve ceza kanunlarında suç sayılan davranışlara uygulanıp, toplum düzeninin korunması ve sağlanması amacına yönelik iken; disiplin cezaları, bir teşkilat düzeninin korunması, devam ettirilmesi, onun verimli ve yararlı bir biçimde çalışmasının sağlanması amacına yöneliktir. Bu bağlamda kişilerin fiili, disiplin cezasının yanı sıra ceza hukuku alanında yaptırımı da gerektirebilir. Böyle durumlarda ceza muhakemesi ve disiplin soruşturması ayrı ayrı yürütülür ve ceza muhakemesi sonucunda kişinin isnat edilen eylemi işlemediğine dair hükümler dışında, ceza mahkemesi hükmü disiplin makamları açısından doğrudan bağlayıcı değildir...Öte yandan, hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan “aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)” ilkesi gereğince, kişi aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz. Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle ayrı hukuk disiplinleri kapsamında aynı fiilin farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bu ilke sadece ceza davalarına ilişkin olduğu için aynı fiilden dolayı ceza soruşturması yanında ayrıca hukuk davası veya disiplin soruşturması açılmasına engel teşkil etmez. Dolayısıyla bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve “aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz” ilkesine aykırılık oluşturmaz. Bu nedenle izinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında farklı amaç ve hukuki yararları gerçekleştirmeye yönelik olarak hem disiplin cezası hem de ceza yaptırımı verilebilmesinde Anayasa’ya ve ceza hukukunun belirtilen temel ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.” (Anayasa Mahkemesi’nin 31.05.2017 tarihli ve 2017/28 E.; 2017/107 K. sayılı Kararı, §12 ve 15).

AİHS bağlamına bakıldığında; ilgili prosedürün iç hukuktaki niteliği, 7 numaralı Protokol’ün 4’üncü maddesi ve ne bis in idem ilkesinin uygulanabilirliği bakımından ilgili tek ölçüt değildir (AİHM, Prina-Romanya, kabul edilebilirlik, 8 Eylül 2020, başvuru no: 37697/13, § 51). 10. Ne bis in idem ilkesi bakımından; ilgili iki prosedür, (Sözleşme anlamında) “cezai” nitelikte olmalı, aynı fiillere ilişkin olmalı ve kovuşturmaların tekrarı söz konusu olmalıdır (AİHM, Prina-Romanya, kabul edilebilirlik, 8 Eylül 2020, başvuru no: 37697/13, § 46). AİHM, örneğin Sismanidis ve Sitaridis-Yunanistan kararında; davada söz konusu idari prosedürün, daha önce kesinleşmiş bir beraat kararının ilişkin olduğu fiillerle aynı olan ikinci bir suça tekabül etmesi hasebiyle, 7 numaralı Protokol’ün 4’üncü maddesinin ihlaline hükmetmiştir (AİHM, Sismanidis ve Sitaridis-Yunanistan, 9 Haziran 2016, başvuru no: 66602/09 ve 71879/12, § 46). Yine, Mahkeme, örneğin Maszni-Romanya kararında da, her ne kadar Romanya iç hukuku söz konusu ehliyet iptalini idari bir tedbir olarak nitelese de; bu ehliyet iptalinin ağırlık derecesi itibarıyla cezalandırıcı ve caydırıcı bir nitelik taşıması sebebiyle, ceza müeyyidesi oluşturduğuna hükmetmiştir (AİHM, Maszni-Romanya, 21 Eylül 2006, başvuru no: 59892/00. Aynı yönde, bkz.: AİHM, Sismanidis ve Sitaridis-Yunanistan, 9 Haziran 2016, başvuru no : 66602/09 ve 71879/12, § 35).

Bu bağlamda anılan disiplin hapsi çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesi için muhatap bakımından itici güç oluşturduğundan diğer bir deyişle, bir teşkilat düzeninin korunması, devam ettirilmesi, onun

verimli ve yararlı bir biçimde çalışmasının sağlanması amacına yönelik olmadığından; disiplin hukuku alanında değil ceza hukuku alanında öngörülen bir yaptırımdır. Keza, söz konusu müeyyidenin ağırlık derecesi de, onun AIHS anlamındaki cezai niteliğini ortaya koymaktadır. Şu halde; kişisel ilişki kurulması için kendisine çocuk teslim edilen hak sahibi, ilam veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmedeği takdirde; bir taraftan 5395 sayılı Kanun'un 41/F maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca üç aya kadar disiplin hapsiyle cezalandırılacak diğer taraftan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 109'uncu maddesi mucibince kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan tecziyesine karar verilecektir. Bu durum, aynı hukuk dalı kapsamında aynı eylem nedeniyle iki kez yargılanma ve cezalandırma anlamına gelir. Bu nedenle iptali istenen ibareler, Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırıdır.

b) Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibareler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11 No'lu Protokol İle Değişik Ek 7 No'lu Protokol'ün 4'üncü maddesini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90'ıncı maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7343 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesiyle 5395 sayılı Kanun'a eklenen 41/F maddesinin 1 ve 3'üncü fıkralarında yer alan "fiil suç teşkil etse dahi" ibareleri, Anayasa'nın 2 ve 90'ıncı maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin iptali gerekir.

### III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

24.11.2021 tarihli ve 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler, 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda ve 03.07.2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda Anayasa'ya aykırı yönde değişiklikler yapmaktadır. Kamu yararına aykırı olan, telafisi mümkün olmayacak sonuçlara yol açacak bu düzenlemelerin iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

Nitekim anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti sayılmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasa'ya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükmün iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmıştır.

### IV. SONUÇ VE İSTEM

24.11.2021 tarihli ve 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un

1) 1'inci maddesiyle 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 1'inci maddesine eklenen fıkranın ikinci cümlesi, Anayasa'nın 2., 6., 7., 10., 70., 123., 124., 128. ve 153'üncü maddelerine,

2) 13'üncü maddesiyle 2004 sayılı Kanun'a eklenen 111/b maddesinin 7'nci fıkrasında yer alan "ile ihale alıcılarının hak ve menfaatlerine" ibaresi, Anayasa'nın 2., 6., 7., 10., 13., 22., 26., 28., 36., 38., 40., 90., 123., 125. ve 153'üncü maddelerine; 8'inci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "Adalet Bakanlığınca" ibaresi ve beşinci cümlesi, Anayasa'nın 2., 6., 7., 10., 13., 22., 26., 35., 36., 38., 40., 48., 90., 123., 125. ve 153'üncü maddelerine; 9'uncu fıkrasının ikinci cümlesi, Anayasa'nın 2., 13., 35., 36., 40., 90. ve 125'inci maddelerine,

3) 33'üncü maddesiyle 2004 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 18'in 2'inci fıkrasının birinci cümlesi ile 48'inci maddesiyle 5395 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 2'nin 2'inci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasa'nın 2., 7., 87., 123. ve 124'üncü maddelerine,

4) 44'üncü maddesiyle 5395 sayılı Kanun'a eklenen 41/F maddesinin 1 ve 3'üncü fıkralarında yer alan "fiil suç teşkil etse dahi" ibareleri, Anayasa'nın 2. ve 90'uncü maddelerine

aykırı olduğundan iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

## **EK DİLEKÇE**

"İşbu dilekçenin sunulmasının amacı, 7343 sayılı Kanun'un değişiklik yaptığı bir maddenin daha önce 7242 sayılı Kanun'a ilişkin iptal ve yürürlüğün durdurulması talebimize konu olmuş olmasıdır.

Şöyle ki; 7343 sayılı Kanun'un 26. maddesi ile; 7242 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddesinde bazı ibare değişiklikleri yapılmış olup söz konusu geçici 9. maddede yer alan bazı ibarelerin iptali ve yürürlüğünün durdurulması talebiyle Mahkemeniz nezdinde dava açılmış bulunmaktadır. Dolayısıyla halen Anayasa Mahkemesi'nin görüşmekte olduğu bir başvuruya konu maddede 7343 sayılı Kanun ile "değişiklik" yapılmış olmaktadır.

Yüce Mahkemenizin müstakar hale gelmiş kararları göz önüne alındığında iptal talebine konu bir maddede daha sonra bir değişiklik yapıldığında söz konusu başvuruya ilişkin olarak "Konusu kalmayan kurala ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde kararlar verilmektedir.

Dolayısıyla 7242 sayılı Kanun ile ilgili olarak açılmış olan davada da bu yönde karar verilmesinin muhtemel olduğu değerlendirildiğinden işbu dilekçenin Yüce Mahkemenize sunulması gereği doğmuştur.

Aşağıda öncelikle 7242 sayılı Kanun ile ilgili olarak yapılmış olan başvuruya ilişkin bilgiler verilecek, örnek iki Anayasa Mahkemesi Kararına değinilecek ve daha sonra genel bir değerlendirme yapılarak talebimiz açıklanacaktır.

### **7242 sayılı Kanun'a İlişkin Başvuru:**

14/04/2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun'un bazı maddelerinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması talebiyle Cumhuriyet Halk Partisi Milletvekilleri tarafından Mahkemeniz nezdinde 11/06/2020 tarihinde iptal davası açılmış bulunmaktadır.

7242 sayılı Kanun'un iptali istenen hükümleri arasında 53. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddesinde yer alan bazı ibareler de yer almaktadır.

Söz konusu başvurumuz Mahkemeniz nezdinde henüz karara bağlanmamışken 7343 sayılı Kanun'un 26. maddesi ile 7242 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Böylece 7242 sayılı Kanun'un, iptal ve yürürlüğünün durdurulması istemine konu olan bir maddesi "değiştirilmiş" bulunmaktadır.

#### Daha Önce Verilen Benzer Kararlar:

Mahkemeniz tarafından verilen "Konusu kalmayan kurala ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına" şeklindeki kararlarla ilgili hususun daha sağlıklı olarak değerlendirilebilmesi amacıyla öncelikle kısaca Anayasa Mahkemesi'nin daha önce benzer durumlarda verdiği örnek iki karara değinmek uygun olacaktır.

İlk olarak Cumhuriyet Halk Partisi Milletvekilleri tarafından 6721 sayılı Türkiye Maarif Vakfı Kanunu'nun çeşitli hükümlerinin iptal edilmesi istemiyle açılan davaya ilişkin olarak verilen Esas No: 2016/159 Karar No: 2018/108 sayılı karar örnek olarak verilebilir. Söz konusu karar 10/01/2019 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Dava dilekçesiyle Kanun'daki "Milli Eğitim Bakanlığı'nın uygun gördüğü yurt dışında kamuya ait varlıklar Bakanlar Kurulu kararı ile bedelsiz olarak Türkiye Maarif Vakfına devredilir" cümlesinin iptali istenmiştir.

Başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesince verilen kararın ilgili kısmı aşağıdaki gibidir.

"J. Kanun'un Geçici 1. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinin "...Milli Eğitim Bakanlığının uygun gördüğü yurt dışında kamuya ait varlıklar Bakanlar Kurulu kararı ile bedelsiz olarak Türkiye Maarif Vakfına devredilir." Bölümünün İncelenmesi

100. Dava konusu kuralda yer alan "...Bakanlar Kurulu..." ibaresi 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 156. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle "...Cumhurbaşkanı..." şeklinde değiştirilmiştir.

101. Bu nedenle konusu kalmayan kurala ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir."

Görüldüğü üzere iptal dilekçesinin Mahkeme'ye sunulmasından sonra geçen zamanda, Anayasa değişikliğiyle getirilen yeni Cumhurbaşkanlığı sistemine uyum amacıyla yapılan değişiklikler kapsamında bu maddede de bir ibare değişikliği yapılmış ve "Bakanlar Kurulu" ibaresi "Cumhurbaşkanı" olarak değiştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi de bu hususu gerekçe göstererek başvurunun esasına hiç girmeden "konusu kalmayan kurala ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına" karar vermiştir. Hâlbuki yapılan değişikliğe bakıldığında bu değişikliğin başvurunun esasını hiç değiştirmediği ve iptal dilekçesinde değinilen hususlarla hiç ilgili olmadığı açıktır. Ancak buna karşın Anayasa Mahkemesi bu basit ibare değişikliği nedeniyle iptali istenen kuralın "konusunun kalmadığı" ve dolayısıyla da "karar verilmesine yer olmadığı" yönünde karar vermiştir.

İkinci olarak yine Cumhuriyet Halk Partisi Milletvekilleri tarafından 6740 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un çeşitli hükümlerinin iptal edilmesi istemiyle açılan davaya ilişkin olarak verilen Esas No: 2016/179 Karar No: 2017/176 sayılı karar örnek olarak verilebilir. Söz konusu karar 08/02/2018 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

Dava dilekçesiyle 6740 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 4632 sayılı Kanun'a eklenen ek 2. maddenin birinci ve beşinci fıkralarındaki bazı cümle ve ibarelerin iptali istenmiştir.

Başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesince verilen kararın ilgili kısmı aşağıdaki gibidir.

“A. Kanun'un 1. Maddesiyle 4632 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 2. Maddenin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

3. Dava konusu kural, 18.1.2017 tarihli ve 6770 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 18. maddesiyle değiştirilmiştir. Bu nedenle konusu kalmayan cümleye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.”

Görüldüğü üzere iptal dilekçesinin Mahkeme'ye sunulmasından sonra geçen zamanda bu maddede de bir değişiklik yapılmıştır. Ancak yapılan değişiklik aslında bir değişiklik değil maddenin birinci cümlesine “ile 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesi kapsamında kurulmuş olan sandıkların iştirakçisi olarak çalışmaya başlayanlar,” ibaresinin eklenmesinden ibarettir. Anayasa Mahkemesi ibare eklenmesi hususunu gerekçe göstererek başvurunun esasına hiç girmeden “konusu kalmayan cümleye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına” karar vermiştir. Hâlbuki yapılan değişikliğe bakıldığında bu değişikliğin iptali istenen hususu ve dolayısıyla başvurunun esasını hiç değiştirmediği, iptal dilekçesinde değinilen hususlarla hiç ilgili olmadığı ve sadece maddedeki uygulamanın kapsamını genişleten ibare eklenmesinden ibaret olduğu açıktır. Ancak buna karşın Anayasa Mahkemesi bu ibare eklenmesi hususu nedeniyle de iptali istenen kuralın “konusunun kalmadığı” ve dolayısıyla da “karar verilmesine yer olmadığı” yönünde karar vermiştir.

Genel Değerlendirme:

Doktrinde, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararların bir kısmı Anayasa'da düzenlenmediği halde Anayasa Mahkemesi tarafından içtihatlarla oluşturulan kararlar olarak sınıflandırılmaktadır. “Karar verilmesine yer olmadığına” dair kararlar da bu tür kararların usule ilişkin olanları arasında yer almaktadır.<sup>15</sup>

Yani Anayasa'da, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde bu türde bir karar verilebileceğine dair bir düzenleme olmamasına karşın Anayasa Mahkemesi, tarihsel süreç içinde bu şekilde farklı kararlar da vermek durumunda kalmıştır. Örneğin “yürürlüğün durdurulması” kararları da bu tür kararlar arasında yer almaktadır.

<sup>15</sup> Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri s.172 İsmail Köküarı (XII Levha Yayıncılık)

Doktrinde pek fazla incelenmemiş olduğu anlaşılmalı birlikte iptal başvurularına ilişkin olarak hangi durumlarda “Karar verilmesine yer olmadığına” dair kararlar verilebileceği hususu kısaca şu şekilde özetlenmiştir.<sup>16</sup>

- ✓ Anayasa’ya aykırılığı öne sürülen kuralın daha önce Mahkemece iptal edilmiş olması
- ✓ Anayasa’ya aykırılığı öne sürülen kuralın dava açıldıktan sonra yürürlükten kaldırılması veya değiştirilmesi

Aslında işin özünde pek bir sorun görülmemektedir. Diğer yüksek yargı organları gibi Anayasa Mahkemesi de önüne gelen davalarda bu şekilde farklı kararlar vermek durumunda kalmıştır ve bu husus genel olarak olağan karşılanmaktadır.

Nihayetinde örneğin bir mahkemenin itiraz yoluna başvurması üzerine Anayasa Mahkemesi daha kararını vermeden ilgili hüküm ayrıca iptal davasına da konu olduğunda ve Anayasa Mahkemesi ilk davada kuralın iptaline karar verdiğinde diğer davada ise “karar verilmesine yer olmadığına” karar verebilecektir. Aynı husus Anayasa Mahkemesi’nin bakmakta olduğu davaya konu kuralın karar verilmeden önce yürürlükten kaldırılmasında da geçerlidir.

Ancak davaya konu kuralın karar verilmesinden önce sadece değiştirilmesi durumunda sorun ortaya çıkmaktadır. Burada hangi değişikliklerin davanın konusunu ortadan kaldırdığının titizlikle incelenmesi gerekir. Dava konusu bir kuralda yapılan en küçük bir değişikliğin davanın konusunu ortadan kaldırdığı söylenemez. Bir iptal başvurusunda değinilen Anayasa’ya aykırılık hususları karşısında, davaya konu kuralın esaslı olarak değişmesi durumunda belki “karar verilmesine yer olmadığına” karar verilmesi doğal karşılanabilecektir. Bununla birlikte yukarıda verilen örnek kararlarda olduğu gibi yapılan değişiklik kuralın esasını hiç değiştirmeyen bir ibare değişikliği ya da kurala hiç dokunmayan bir ibare eklenmesi olduğunda davanın konusunun ortadan kalktığını söylemek mümkün değildir. Bu hallerde karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmesi açıkça Anayasa’nın 36. ve 150. maddelerine aykırılık oluşturacaktır.

Anayasa’nın 36. maddesine göre “Hiçbir mahkeme görev ve yetkisi altındaki davaya bakmaktan kaçınmaz.” Davanın konusunu ortadan kaldıracak bir değişiklik yapılmamış ve iptal talebinde ileri sürülen gerekçeler dikkate alındığında iptali istenen hüküm yürürlükte kalmaya devam ediyorsa böyle bir kuralı incelemenin Anayasa Mahkemesi’nin görevi ve yetkisi içinde olmadığı söylenemez. Aksine söz konusu hüküm yürürlükte kalmaya devam ettiğine ve bu hüküm aleyhine açılmış bir dava bulunduğuna göre söz konusu davaya bakmak Anayasa Mahkemesi’nin görevidir ve Anayasa Mahkemesi bu görevini yapmaktan kaçınmaz. Aksine tutum açık bir şekilde Anayasa’nın 36. maddesine aykırılık oluşturur.

Aynı şekilde Anayasa’nın 150. maddesinde iptal davası açma yetkisi Cumhurbaşkanına, TBMM’de en çok üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. Bu şekilde dava konusu kuralın esasını değiştirmeyen bir değişiklik halinde karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi durumunda, söz konusu hüküm hakkında iptal davası açılmasını olanaksız hale gelmektedir. Şöyle ki; Anayasa Mahkemesi, kuralın değişmesi nedeniyle bu şekilde bir karar verdiği durumlarda iptal veya itiraz başvurusunda bulunan makama dönerek başvurunun yeni kurala uygun olarak düzeltilmesi gibi

<sup>16</sup> İptal Davaları ve İtiraz Başvurularında Usulün Anayasal Denetime Etkisi – Şahnaz Gerek, Ali Rıza Aydın (Anayasa Yargısı İncelemeleri 1 – Anayasa Mahkemesi Yayınları)



bir uygulamaya gitmemektedir. Diğer taraftan, değişiklik ile getirilen yeni kural aleyhine iptal davası açılması halinde de dava yalnızca yeni getirilen kural ya da ibare aleyhine açıldığından doğal olarak Anayasa Mahkemesi yalnızca yeni değişiklik ile ilgili Anayasa'ya aykırılık iddialarını değerlendirmekte, kuralın değişiklik öncesinde yürürlükte olan diğer kısımlarını incelememektedir. Bu durumda kuralda değişiklik dıőı kalan hükümler aleyhine iptal davası açma hakkı tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Bu açık bir şekilde Anayasa'nın 150. maddesinde düzenlenen iptal davası açma yetkisinin ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın tanıdığı bir hakkın Anayasa Mahkemesi'nin bir yorumu ile bu şekilde ortadan kaldırılması Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

Bir hukuk devletinde hiçbir kuralın denetimsiz kalması düşünülemez. Denetime istisna getirilecekse de bu ancak Anayasa koyucunun iradesiyle Anayasa metninde yer verilmesiyle mümkündür. Anayasa'da böyle bir istisna bulunmadığına göre iptal davasından istisna bir kural düşünülemez ve Anayasa Mahkemesi yorum yoluyla böyle bir istisna türetemez. Anayasa Mahkemesi'ni yukarıda örnekleri verilen kararlarında ve başka pek çok kararında, yapılan değişiklikle davanın konusu ortadan kalkmamış olmasına rağmen söz konusu iptal davalarını karar verilmesine yer olmadığı kararı vermek suretiyle sonuçsuz bırakmış ve dava konusu kurallar yürürlükte kalmaya devam etmişlerdir. Bu kurallar söz konusu içtihat yoluyla Anayasallık denetiminin dışına çıkarılmış ve denetlenemez bir normlar kategorisi oluşmuştur.

Ayrıca söz konusu kararlarla iptal davasını açan milletvekillerinin ve siyasi parti gruplarının iptal davası açma yetkisi de ortadan kaldırılmıştır. Açılan iptal davaları karara bağlanmaksızın Mahkeme davadan el çekmiş, davalar sonuçsuz kalmış ve dava konusu hükümler yürürlükte kalmaya ve uygulanmaya devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu yorum ve uygulamasının Anayasa'ya uygun olmadığı, açıkça "makul olmayan" sonuç doğurduğu ortadadır. Uluslararası hukukta yorum yöntemlerini düzenleyen 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. ve 32. maddelerine göre makul olmayan sonuçlara götürülen yorum yapılamaz. Eğer yorum açık bir şekilde makul olmayan bir sonuca götürüyorsa tamamlayıcı yorum yöntemlerine başvurulmalıdır. Ancak belirtilmelidir ki bu konuda herhangi bir tamamlayıcı yöntem başvurmaya gerek olmaksızın Anayasa'nın yukarıda sözü edilen 36 ve 150. maddelerinin lafzı ve amacı dikkate alındığında dava konusu hükümde davanın konusunu ortadan kaldırmayan değişikliklerin yapılması halinde "karar verilmesine yer olmadığı" kararı verilemeyeceği açıktır.

Bu makul olmayan sonuçtan kaçınmak için Anayasa Mahkemesi yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi davanın konusunu ortadan kaldırmayan değişikliklerde "karar verilmesine yer olmadığına" karar vermekten kaçınmalıdır. Aksi halde yeni değişiklik aleyhine dava açılır ise yapılan değişikliğin konusu olmayan ancak hükmün yürürlükte kalmaya devam eden kısımlarını da incelemesi gerekir. Ya da ilgili maddede bir değişiklik yapıldığında dava açana tebliğde bulunarak dilekçesini değişikliğe uyarlaması için süre vermesi gerekir. Bu son iki önerinin zorlama olduğu açıktır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen tutumunu sürdürmesi halinde Anayasa'ya uygunluğu sağlamanın başka bir yolu olmadığı görülmektedir.

Sonuç ve Talep:

Yukarıda açıklanan gerekçelerle işbu başvurumuzun;

I. 7242 sayılı Kanun'a ilişkin başvurumuza ek beyan olarak veya

Esas Sayısı : 2022/6  
Karar Sayısı : 2024/225

II. 7343 sayılı Kanun'a ilişkin başvurumuza ek olarak ve 7242 sayılı Kanun'a ilişkin başvurumuz bağlamında kabul edilmesi ve 7242 sayılı Kanun ile ilgili açtığımız davanın konusu ortadan kalkmadığından söz konusu dava hakkında "karar verilmesine yer olmadığı" kararı verilmemesi ve davanın esastan incelenmeye devam edilmesi hususunda gereğini saygılarımızla arz ederiz."