Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES *

"ANAYASA MAHKEMESİNİN İSTİNAF SINIRINA İLİŞKİN (HMK m. 341/2, c. 1) İPTAL KARARININ DEĞERLENDİRMESİ"

"EVALUATION OF THE ANNOUNCEMENT DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT REGARDING THE VALUE OF THE APPEALED CLAIM (CPC Art. 341/2, 1)"

ÖZET

Anayasa Mahkemesi (AYM), 15.04.2022 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 341/2, c. 1'e ilişkin, tartışmaya çok açık bir iptal kararı vermiştir. Bu iptal kararında, aslında kanun hükmü içerisinde yer almayan bir ifade, var gibi kabul edilmiş ve sadece o yönüyle iptal edildiği belirtilmiştir. Bu karar alışılmadık, atipik, aynı zamanda Anayasa'daki iptal kararlarına ilişkin sınırları da zorlayan bir karardır. Karar, kanun koyucunun ve diğer mahkemelerin alanına da müdahale niteliğindedir. Kararın, yorum ilkelerine açıkça aykırı olduğu görülmekte; ayrıca AİHM ve AYM'nin bu konuda daha önceki kararlarıyla da çelişmektedir. AYM'nin bu yaklaşımı norm denetimi ve iptal konusunda endişe verici sonuçlar doğuracak niteliktedir. Aslında kararın gerçekten hukuk aleminde etki ve sonuç doğuracak bir karar olup olmadığı da tartışmaya açıktır. Zira, kanunda olmayan bir hükmün iptali sebebiyle, etkisiz hüküm olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu çalışmada AYM'nin bu sorunlu kararı ele alınarak farklı açılardan incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, istinaf sınırı, iptal kararları, etkisiz hüküm, anayasal yorum.

ABSTRACT

The Constitutional Court (AYM) has given a controversial annulment decision regarding the Code of Civil Procedure (Art. 341/2, 1), which was published in the Official Gazette on 15.04.2022. In this annulment decision, it was accepted as if there was an expression that was not included in the regulation and it was stated that the article was canceled only in this aspect. This decision is unusual, atypical, and at the same time pushes the limits of annulment decisions in the Constitution. The decision is an intervention in the domain of the legislator and other courts. The decision also clearly contradicts the interpretation principles valid in law, as well as the previous decisions of the ECtHR and the Constitutional Court on this issue. This approach of the Constitutional Court has the nature of causing alarming results in norm control and annulment. In summary, it is open to debate whether the decision is really a decision that will have an impact and result in the legal world. So much so that, due to the annulment of a provision that is not in the law, it is possible to qualify as an ineffective provision. In this study, this problematic decision of the Constitutional Court has been examined from different perspectives.

Keywords: SConstitutional Court, right of appeal by case value, annulment decisions, ineffective judgment, constitutional interpretation.

Araştırma Makalesi
Makale Geliş Tarihi: 23.04.2022 **Kabul Tarihi:** 28.04.2022
* **ORCID ID:** https://orcid.org/0000-
* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı

Giriş[1*]

Anayasa Mahkemesi (AYM), 15.04.2022 tarihinde Resmî Gazete'de (RG) yayımlanan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 341/2, c. 1'e ilişkin, tartışmaya çok açık bir iptal kararı vermiştir. Bu iptal kararında; kanun hükmü içerisinde yer almayan bir ifade, varmış gibi kabul edilmiş ve sadece o yönüyle iptal edildiği belirtilmiştir.

Bu karar alışılmadık, atipik, aynı zamanda hem Anayasa'daki (AY) iptal kararlarına ilişkin sınırları zorlayan ve hatta aşan hem de AYM'nin, kanun koyucunun ve diğer mahkemelerin alanına müdahale etmesi sonucunu doğuran bir karardır. AYM, hükmü iptal ederken, hükümde yer almayan bir ibareyi var farz ederek, kanun koyucunun düzenlemediği bir konuyu da dikkate alıp karar vermiş, adeta yeni bir uygulamaya yol açmıştır. Bu açıdan iptal kararı, yorum ilkelerinin sınırlarını zorladığı, hatta aştığı, keza kanun koyucunun alanına da bir müdahale niteliğindeki karardır. Diğer yandan da bölge adliye mahkemeleri veya Yargıtay'da içtihat konusu olacak, içtihatla çözülebilmesi mümkün olan bir konuda onların yerine geçerek bir yorum yapmıştır. Bu ise AYM'nin, Yargıtay içtihadı konusu olan, ancak Yargıtay içtihadını değiştirmediği için, o içtihadın temelindeki kanunu iptal etme teşebbüsüdür. Bu açıdan, teşbihte hata olmaz çerçevesinde, karar "***pireye kızıp yorgan yakma kararı***" veya "***balyozla sinek öldürme kararı***" diyebiliriz.

AYM'nin bu yaklaşımı norm denetimi ve iptal konusunda endişe verici sonuçlar doğuracak niteliktedir. Keza bu karar Mahkeme'nin konuyla ilgili verdiği önceki genel kararlarıyla da uyumlu ve tutarlı değildir. Karar, gerçekten atipik, tutarlı olmayan, sınırları zorlayan, sonuçları ve emsal olması riski bakımında sorunlu bir karardır. Aslında kararın bu açıdan gerçekten hukuk aleminde etki ve sonuç doğuracak bir karar olup olmadığı da tartışmaya açıktır. Zira kanunda olmayan bir hükmün iptali, var olmayan evlilik ilişkisi hakkında boşanma kararı vermekten, mevcut olmayan bir taşınmaz hakkında tapu iptali ve tescil kararı vermekten

[1] * Bu yazıya sağladığı katkıdan dolayı *Doç. Dr. Şafak Evran Topuzkanamış*'a teşekkür ederim.

farksızdır. Bu ise, doktrinde genel olarak hüküm sakatlığı, somut olaydaki haliyle de "etkisiz hüküm" olarak ifade edilen sonuca götürür.

Bu çalışmada, biz önce kararı ortaya koyup bu kararın yol açacağı muhtemel sorunları belirteceğiz. Daha sonra bu sorunlar kapsamında bir değerlendirme yapacak, özellikle bu kararın hukuk aleminde gerçekten var olup olmadığı, daha somut olarak gerçekten etki doğurup doğuramayacağını inceleyerek, bir sonuca varmaya çalışacağız.

A. AYM Kararı Özeti

AYM, 15.04.2022 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan, 24.02.2022 tarihli kararında, alışılmadık, ilginç ve kanaatimizce tehlikeli bir karar vererek 6100 sayılı HMK m. 341/2, c. 1 hükmünü, bu hükmün içinde yer almayan sadece "*kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar yönünden*" AY'ya aykırı bularak iptal etmiştir[2]. İptal kararının hüküm kısmı şu şekildedir: *"…* Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin *"kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar"* yönünden AY'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE …". İptal edildiği düşünülen ve içeriğinde *"kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar"* ibaresi yer almayan kanun hükmü ise şu şekildedir:

HMK m. 341/2, c. 1: "Miktar veya değeri …..[3] Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir."

Görüldüğü üzere iptal edilen hüküm, kamulaştırma bedeline ilişkin özel bir hüküm olmayıp ilk derecede kesinlik sınırını belirleyen genel bir düzenlemedir. İçinde iptale konu edilen ifade geçmemektedir.

İptal için yapılan başvuruda; kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalarda, taşınmazın birden fazla maliki olması halinde (elbirliği

[2] AYM, 24.02.2022, E.2021/34, K.2022/21 (RG, 15.04.2022, S. 31810).

[3] Miktar ve değer her sene yeniden değerleme oranına göre belirlendiğinden, rakam kısmı tarafımızdan çıkartılmıştır. Örneğin AYM, aslında hukuki güvenlik ve belirliliğe engel olan, her sene bu rakamların artması gibi kararları iptal etmesi gerekirken, bu tür kararlar konusunda ilgisiz kalmaktadır.

veya paylı mülkiyet durumunda), istinaf yoluna başvurmak için öngörülen parasal sınırın her bir paydaş için ayrı ayrı tespit edildiği, Yargıtay içtihatlarının da bu yönde olduğu belirtilmiş, bunun ise istinaf sınırının altında kaldığı hallerde hak arama ve kanun yoluna başvurma imkânına engel olduğu gerekçesine dayanılmıştır. Bu şekilde, her bir paydaş için ayrı ayrı istinaf sınırının tespiti halinde düşük değer tespit edildiğini, bunun ise hak sahibi paydaş bakımından istinaf imkânını ortadan kaldırdığını; oysa burada kamulaştırmanın taşınmazın tümünü ilgilendirmesi sebebiyle, sadece istinafa başvuran paydaşın payının değil, tüm taşınmazın değerinin esas alınması gerektiği belirtilmektedir. Her bir paydaş için ayrı ayrı tespit edilen değerin esas alınmasından dolayı gerçek değerin tam olarak tespitinin mümkün olmadığı, mülkiyet hakkının da ihlâl edildiği de ayrıca ileri sürülmüştür. İstinaf sınırının bu şekilde tespitinin, kanun yoluna başvurarak hak aramayı ve bu yöndeki iddiaları dile getirmeyi güçleştirdiği, bu açıdan AY m. 2, 13, 35, 36, 46. hükümlerine aykırılık bulunduğundan iptali talep edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, başka gerekçelerle birlikte özellikle şu hususları belirterek iptal kararı vermiştir:

- Kamulaştırma bedelinin tespiti davalarında, taşınmaz maliki paydaş bakımından istinaf edilebilir olup olmadığının belirlenmesinde (kesinlik sınırının tespitinde), mahkeme tarafından o paydaş lehine hükmedilen miktarın bir önemi bulunmamalıdır. Uyuşmazlığın niteliği gereği, taşınmaz malikinin istinaf talebinin temel dayanağını mahkeme tarafından belirlenen kamulaştırma bedelinin hatalı olması ve taşınmazın gerçek değerinin yansıtmadığı oluşturmaktadır. Bu ise taşınmazın tümüyle ilgilidir. AY m. 46/1'e göre, kamulaştırmanın, taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesi şartıyla yapılması öngörülmüş olup taşınmazın gerçek değeri üzerinden kamulaştırmanın yapılması AY m. 35'de güvence altına alınan mülkiyet hakkının da gereğidir.

- Bu çerçevede, kamulaştırma bedelinin tespiti davalarına ilişkin kararların kesinlik sınırının hesaplanmasında hangi ölçütün esas alı-

nacağının açık ve net olarak belirlenmediği, bu sebeple hükmün denetlenmesini talep etme hakkına sınırlama getiren kuralın kanunîlik şartını taşımadığı sonucuna varılmıştır. Kuralın bu açıdan, kamulaştırma bedelinin tespiti davaları için belirsizlik oluşturduğu, uygulamada yorum ve değerlendirme farklılıklarına yol açarak kişiyi gerçek değerin ödenmesinden yoksun bırakabileceği üzerinde durulmuştur. Bu gerekçelerle, kamulaştırma bedelinin tespiti davalarında taşınmazın tam değerinin esas alınmasına engel olan HMK m. 341/2, c.1 hükmü, sadece bu davalar yönünden iptal edilmektedir.

- Bu açılardan kuralın (Yani HMK m. 341/2, c.1), AY m. 13 ve 36'ya aykırı olduğu kabul edilmiştir. Kuralın AY m. 2, 35 ve 46. maddelerine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu hususların AY m. 13 ve 36 kapsamında yapılan değerlendirmelerde ele alınmış olması sebebiyle, bunlar bakımından ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

B. AYM Kararının Ortaya Çıkardığı Sorunlar

AYM'nin yukarıda verilen kararında birçok sorun birlikte ortaya çıkmaktadır. Bunları temel noktalarıyla belirtecek olursak:

- AYM'nin verdiği bu kararla HMK m. 341/2, c. 1 şu anda tümüyle iptal edilmiş midir, edilmemiş midir?

- AYM iptal kararı verirken iptal ettiği hükümde/düzenlemede yer almayan bir ifadeyi/ibareyi adeta varmış gibi kabul edebilir mi? Kanunda yer almayan, kanun koyucu tarafından kabul edilmemiş bir husus, yok veya var sayılarak değerlendirme yapılıp iptal kararı verilebilir mi? AYM, kanunda var olmayan bir istisna oluşturup onu iptal edebilir mi? Kuralı koyanı aşıp istisna alanı oluşturabilir mi?

- AYM, tartışmalı "yorumlu ret" kararlarından sonra, yeni kapı açarak "yorumlu iptal" kararı (denilebilirse!) anlamına gelecek, AY ve hukuku zorlayan bir yola mı girmiştir?

- Mahkeme kararlarının yargısal denetimi bakımından kanun yoluna başvuru dereceleri, başvurulacak kararlar, bunların başvuru şartları, süreleri vs. diğer hususlarda sınırlama yapılması, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı ihlâli sayılır mı?

- Bu karar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ve AYM'nin önceki kararlarıyla tutarlı ve onlarla birlikte değerlendirildiğinde doğru mudur? AYM'nin verdiği bu kararla görev/yetki sapması söz konusu mudur, aslında olsa olsa bireysel başvuru konusu olacak bir husus iptal konusu mu yapılmıştır?

- Tehlikeli bir kapı açmakla, bu karar bundan sonra tüm yargılama alanlarındaki kanun yolu sınırlamalarının iptali için emsal oluşturup başvurulara esas alınabilir mi?

- Bu kararla AYM, diğer yüksek mahkemelerin (Yargıtay, Danıştay) yerine geçerek süper temyiz mahkemesi rolünü mü üstlenmeye başlamıştır? Yargıtay ve Danıştay'ın denetim ve içtihat sınırları kapsamındaki bir konuya AYM girebilir mi? Onların içtihatla açtıkları veya kapattıkları bir imkân, iptal davası yoluyla denetlenebilir mi?

- AYM; özellikle temel hak ve özgürlükler, hak arama ve adil yargılanma hakkı bakımından daha ciddî sorunlar önünde dururken, hem zamansal hem de işin esası bakımından neden bu karardaki kadar cesur, AY ve temel haklar lehine tavır al(a)mamaktadır?

C. AYM'nin Norm Denetiminin Genel Kapsamı

İncelediğimiz iptal kararı ve konu bakımından AYM'nin görev/yetki sınırlarını, ayrıntıya girmeden pozitif şekilde belirleyecek olursak; ilgili AY hükümleri şu şekildedir:

AY m. 148/1, c. 1: "Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar."

AY m. 150: "Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir."

AY m. 152/1: "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır"

AY m. 153/1-2: "Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları, gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.

Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez."

Görüldüğü üzere AYM soyut (AY m. 150) veya somut (m. 152/1) norm denetimi çerçevesinde kanunları, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini ve TBMM İçtüzüğünü denetler. Bu denetim, Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluk denetimidir[4]. Ancak AYM, iptal kararı verirken kanun koyucu gibi hareket edemez, yeni bir uygulamaya yol açacak hüküm tesis edemez. Bu nokta konumuz bakımından önem taşımaktadır. Bu çerçevede, olmayan bir hükmün iptali söz konusu olmayacağı gibi, olan bir hükmün mevcudu dışında yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde, adeta kanun koyucunun yerine geçerek anlamlandıracak bir iptali de AY kabul etmemiştir.

4 https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme/gorev-ve-yetkileri/norm-denetimi/; ayrıca bkz. Kanadoğlu O. K., Anayasa Mahkemesi, İstanbul 2004.

AYM kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını, idarî makamları, gerçek ve tüzel kişileri bağlasa da (AY m. 153/son), ülkemizde yüksek yargının birinin diğerine prensip olarak üstünlüğü de söz konusu değildir. Yani AYM, anayasal denetim bakımdan yüksek yargı organı olsa da protokoler bazı hususlar dışında diğer yüksek mahkemelerin (AY m. 146-158) üstünde bir yargı organı ve karar mercii değildir. Burada "yüksek yargı" terminolojisi ve kavram olarak içeriği hakkındaki tartışmaları bir kenara bırakıyoruz.

D. AYM Kararının Ortaya Çıkardığı Sorunların Değerlendirilmesi

1. Genel Bakış

En son söyleyeceğimizi başlangıçta söyleyecek olursak, kanaatimizce AYM kararı, iptal konusunda kendisine verilen görev/yetki sınırlarını oldukça zorlayan, hatta aşan, istinaf ve temyiz mahkemelerinin içtihat hakkına müdahale eden, araladığı kapı bakımından kanun yolu denetim filtresini bozma potansiyeli bulunan, bu açıdan bir kaos tehlikesi doğuran, gerek kendisinin gerek AİHM'nin bu konudaki kararlarıyla uyumlu ve tutarlı olmayan, "**çok tehlikeli**" bir karardır. Yine en son söyleyeceğimizi baştan belirtecek olursak, kanaatimizce bu iptal kararı, hüküm sakatlıkları olarak ifade edilen kategori içinde "*etkisiz hüküm*" niteliğinde olup sonuç ve etki doğuracak durumda değildir.

Bu çerçevede aşağıdaki açıklama ve gerekçelerimiz dikkate alınmalıdır. Burada yapacağımız tespit ve ortaya koyacağımız değerlendirmelerde Anayasa hukukunun derin sularına girmeyeceğiz. Birincisi, bu mesele Anayasa hukuku bakımından da çok su kaldıracak ve tartışılacak bir meseledir. Özellikle AYM'nin yetkisi ve anayasal yorum bu alanda farklı çalışmalara konu olmuştur[5]; yine bu çerçevede ayrıntılı tartışılacaktır. İkincisi, biz burada konunun tek yönünü değil, birden çok yönünü birlikte ele almaya çalışacağız. Üçüncüsü, AYM'nin iptal kararı verirken

[5] Özellikle Anayasa hukukunda yorum ve norm ilişkisi bakımından kapsamlı bilgi edinmek için "Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması" konulu, Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı'ndaki tebliğ ve tartışmalara bakılmasında yarar vardır [Hazırlayan Ergül O., Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı (Ankara 29-30 Eylül 2012), TBB Yayını, Ankara 2013].

hüküm icat ve ihdas etmek gibi; atipik, alışılmadık, sınırları zorlayan bir kararıyla karşı karşıyayız, bunun Anayasa hukuku bakımından sadece bu yönüyle ayrı bir çalışma konusu yapılması gerekir, bu ise hem incelemeye çalıştığımız çerçeve hem de bizim asıl alanımız olmaması bakımından, sınırları aşan bir duruma yol açabilir. Bu sebeple temel bir yaklaşımı ortaya koyarak açıklamalarımızı yapmaya çalışacağız.

2. AYM, Kanunda Olmayan İstisna İcat Ederek Kuralı Dejenere Edemez ve Bu Yönde Karar Veremez (Ancak Kuralı Koyanın İstisna Yetkisi Vardır)

AYM, incelediğimiz kararda önce HMK m. 341/2, c.1'de olmayan bir istisna ihdas etmiş, sonra da bu istisna üzerinden bir iptal kararı verdiğini düşünmüştür. Bu yöntem, AY m. 153 ve aşağıda açıklayacağımız diğer yönlerden sorunlu olduğu gibi, yorum yöntemlerine de açıkça aykırıdır.

Hukuk kuralları cansız soyut metinlerdir, bu soyut metinlerin somut bir olayda deyim yerindeyse canlandırılması ve uygulanması, bir sorunu çözmesi gerekir. İşte bu noktada hukuk uygulaması karşımıza çıkar. Nasıl ki gerçek tek boyutlu değildir, hukuk kuralı da uygulanırken birden fazla boyutuyla ele alınır ve uygulanır. Hukuk kuralının zaman, mekân ve anlam bakımından canlandırılması, somutlaştırılması gerekir. Bazen hukuk metinleri çok açık olup anlamı bakımından metinde yazılan şeyler dışında başkaca bir şeye ihtiyaç duymaz. Ancak çok açık olsa da canlı bir varlık olmayan her metnin ne anlama geldiği, somut olarak ortaya konulmalıdır. İşte bir metnin canlandırılıp anlamlandırılması faaliyeti "yorum"u karşımıza çıkarmaktadır. Şüphesiz lafzı çok açık bir metinle, bu kadar açık olmayan metnin anlamlandırılması aynı olmaz. Yorumun, mümkün olduğunca objektif, keyfilikten uzak, yorum yapanın gizli veya açık amaçlarına hizmet etmeyecek şekilde hukukî doğrulukla yapılması önemlidir. Buradaki doğruluk, hem yöntem hem içerik doğruluğudur. Bu sebeple de yorumdaki keyfiliği önlemeye yönelik birtakım formüller, ilkeler ve yöntemler kabul edilmiştir. Biz burada yorumla ilgili tüm bu

ilkelere girmeden, sadece konumuzu ilgilendiren yönüyle ele alacağız[6]. Çünkü AYM, incelediğimiz kararda temel bazı yorum ilkelerini ihlâl ederek sonuca gitmiştir.

AYM; HMK m. 341/2, c.1'de yer alan istinaf sınırını belirleyen ve bu cümlenin içinde bir istisna belirtilmeyen bir konuda, cümlenin içinde olmayan istisnayı, farz ederek iptal etmiştir. Zira AYM *"kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar"* yönünden şeklinde bir sınırlama ve istisna ile iptal kararı vermektedir. Oysa istinaf sınırına ilişkin olan HMK m. 341/2, c.1'nin genel istisnası bu cümleden sonra gelen 2. cümlede şu şekilde belirtilmiştir: "*Ancak manevi tazminat davalarında verilen kararlara karşı, miktar veya değere bakılmaksızın istinaf yoluna başvurulabilir*".

Görüldüğü üzere, kanun koyucu miktar ve değere ilişkin istinaf sınırı ile bunun istisnasını aynı fıkrada, ama iki farklı cümlede ifade etmektedir. Genel kural, o kuralın düzenlediği bütün parçalarını içeren genel bir düzenleme ve önermedir. İstisna ise, genel kurala dahil edilmeyen, onun dışında tutulan, genel kuraldaki önerme ve sonuca tâbi olmayan şeydir. İstisnanın dışında tutulan her şey kurala tâbi olur[7]. Yani kanun koyucunun HMK m. 341/2'de arzu ettiği kural ve istisnası belirlidir ve bunun içinde AYM'nin kabul ettiği şekilde bir istisna mevcut değildir. Ayrıca kural ve istisnanın bir hükümde nasıl bulunacağı konusunda da farklı durumlar karşımıza çıkabilir. Örneğin istisna kurala ilişkin cümlenin doğrudan içinde (çoğunlukla bir yan cümle şeklinde) ya da kuralı takip eden cümlesinde veya ayrı bir fıkrasında, hatta maddesinde yer alabilir[8]. AYM söz konusu kararda, kanun koyucunun kuralı belirttiği cümlesinden sonra gelen kendi istisnası dışında, nerede durduğu tam belli olmayan, ancak kararın ifadesinden daha çok HMK m. 341/2, c.1'in içine yerleştirdiği bir ikinci istisna alanı oluşturmuştur.

6 Yorum konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. bkz. Gözler K., Yorum İlkeleri, https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf. Ayrıca bkz. Akıllıoğlu T., Hangi Hukuka Giriş?, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 300 vd.; Özekes M., Temel Hukuk Bilgisi, 11. Bası, İstanbul 2021, s. 101 vd.

7 Gözler, Yorum, s. 39.

8 İlgili açıklama ve örnekler için bkz. Gözler, Yorum, s. 40 vd.

Peki AYM, kanun koyucunun, yani kuralı koyanın arzu etmediği bir sonuca götürecek yorum yapabilir mi, yorumla yeni bir istisna icat ve ihdas edebilir mi?

İstisna aslî bir unsur değildir, ikincildir; istisnanın varlığı için onun ayrıca belirtilmesi gerekir. *Gözler*'in ifadesi ile "*konulmamış bir şey istisna olamaz*" [9]. İstisnanın varlığı bütünü, aslı bozacağı için istisnanın varlığında tereddüt edilirse, istisnanın olmadığı kabul edilmeli, kural uygulanmalıdır. Çünkü istisnalar dar yorumlanır[10]. İstisnayı genişletmek, olmayan istisnayı var saymak; kuralı koyan iradeye karşı gelmek, onu yok saymak sonucunu doğuracaktır. Bu sebeple kuralı kim koyuyorsa, istisnayı ancak o belirleyebilir. Aksi halde kuralı koyanın arzu etmediği şekilde, kural daraltılmış, bütünlüğü bozulmuş olur. Kanun koyucunun koyduğu bir kurala istisna getirilerek tüm bu yorum ilkeleri adeta alt üst edilmiştir. Çarpıcı olması bakımından tam da olayımızla ilgisi kapsamında *Gözler'in* bu konudaki ifadesine aynen yer veriyoruz[11]:

> "Bir kere, yargı organı kural koyucu bir organ olmadığına göre istisna koyma yetkisine sahip değildir. Bir konuda istisna yok ise, yargı organı genel kuralı uygulamak zorundadır. Yargı organının istisna koyamaması, aynı zamanda yorum yoluyla genel kuralın kapsamını daraltamaması ve keza yorum yoluyla istisna üretememesi anlamına gelir. Yorum yoluyla genel kurala istisna getiren yargı organı, yasama yetkisini veya düzenleyici işlem yapma yetkisini gasp etmiş olur."

Herhalde somut olaya ilişkin yorum kurallarının aşılması ve yetki gaspı, bundan daha açık ifade edilemez. Bu çerçevede AYM temel yorum kurallarını ihlâl etmiş, kanunda olmayan bir istisnayı kanun koyucuyu yok sayarak ihdas etmiştir! Keza yöntem bakımından da kanun koyucu, söz konusu istinaf sınırına ilişkin kuralı ayrı bir cümlede zikre-

9 Gözler, Yorum, s. 43.

10 Gözler, Yorum, s. 59; Özekes, Temel Hukuk Bilgisi, s. 111.

11 Gözler, Yorum, s. 44.

derken, AYM kuralın içine bir istisna şırınga ederek kuralı dejenere etmiştir[12]. Yani hem içerik hem yöntem bakımından bir müdahale vardır.

Bu noktada şunu da belirtelim ki, gerek mahkemelerin gerekse AYM'nin; kanun koyucunun hukuk içinde kalan, Anayasa'ya uygun demokratik meşruluğuna saygı göstermesi, onu yok sayacak bir davranış, yorum ve karar yoluna girmemesi gerekir. Bu durum, bir kuralın içeriğini ve özünü değiştirecek, ona yeni unsurlar katarak yeni bir biçim verecek yorumu da yasaklamaktadır. Kanunun, AY'ye uygun yorum adı altında yorumlanarak adeta yeniden düzenlenmesi ağır bir yorum ihlâli olacaktır. Burada özellikle kuralın açık sözü ile kuralın amacı öncelikle dikkate alınmalıdır. Kuralın açık ifadesine aykırı olan ve amaçlamadığı bir hususu kuralın içine derç etmek, sınırların aşılması demektir[13]. İncelediğimiz AYM kararına bakıldığında kararın, iptal edildiği belirtilen kuralın ne sözü (lafzı) ne özü ve amacı (ruhu) ile bir ilgisi bulunmaktadır.

Yorum konusu, aşağıda belirteceğimiz AYM'nin kanun koyucu yerine geçmesiyle de doğrudan ilgilidir. Ancak biz bu başlık altında konuyu daha çok genel yorum ilkeleri çerçevesinde ele aldık; aşağıda ise ayrıca AYM'nin kanun koyucu rolünü üstlenme teşebbüsündeki durumu üzerinden, daha somut olarak açıklamaya çalışacağız.

3. AYM Denetim Yaparken ve İptal Kararı Verirken, Kanun Koyucunun ve Diğer Yargı Organlarının Yerine Geçerek Karar Veremez

a. AYM, Kanun Koyucunun Yerine Geçecek Şekilde Bir Karar Vermiştir

AYM'nin iptal kararıyla ilgili olarak yukarıda verilen AY m. 153'de, kanun koyucu gibi hareket edemeyeceği ve yeni bir uygulamaya yol açа-

12 AYM'nin bu kararı yorum bakımından Akıllıoğlu'nun ayrımıyla, ne konu diline ne de üst dile uygundur. Bkz. Akıllıoğlu, s. 242. Zira, kararda iptal görüntüsü altında yapılan yorum, iptal edildiği belirtilen kuralda geçen ifade ve kavramlarla ilgili olmadığı gibi, yorum kuralları ve o çerçevede dikkate alınması gereken kurallarla ilgili de değildir.

13 Bu konuda bkz. Oder B. E., Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, İstanbul 201, s. 157.

cak şekilde karar veremeyeceği açıkça belirtilmiştir. İnceleme konusu yaptığımız karar, bu hükmün tam aksine bir sonuç doğurmaktadır.

AYM iptal kararında istinaf başvurusuna sınırlama getiren HMK m. 341/2, c. 1'i iptal ederken "*kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar yönünden*" sınırlı bir şekilde iptal ettiğini belirtmiştir. Oysa iptal edilen hüküm, istinaf başvuruları için genel bir sınırlama olup kamulaştırma davalarıyla ilgili hiçbir ibare içermemektedir. Böyle bir durumda şu soru karşımızda durmaktadır: Bu iptal kararıyla birlikte, acaba HMK m. 341/2, c. 1 hükmü ortadan kalkacak mıdır, kalkmayacak mıdır? Çünkü bu konuda bir iptal kararı vardır ve iptal edildiği belirtilen hükmün içinde AYM kararında belirtilen bir ek, sınırlama, ibare de yoktur. O zaman AYM, olmayan bir ibare ekleyerek veya en azından öyle farz ederek hükmü iptal etmiş demektir. Bu durumda da kanun koyucunun düzenlemediği bir normu düzenlemiş gibi kabul ederek verilen bir iptal kararı karşımızda durmaktadır.

Diğer yandan yine AY m. 153'de yasaklanan şekilde, yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde karar verilmiştir. Zira hüküm tamamen iptal edilmiştir denilirse, AYM'nin amacının bu olmadığı; iptali "*kamulaştırma bedelinin tespiti davaları*" yönü ile sınırlandırdığı görülmektedir. Bu durumda da hükmün tümüyle iptal edilmediği anlaşılmaktadır. Şayet hüküm tamamen iptal edilmemiş, bir kısmı iptal edilmiştir denilirse, bu durumda da AYM'nin ifade ettiği kapsamda (yani kamulaştırma bedelinin tespiti davası kapsamında) iptal edilen hüküm içinde bir ifade yer almamaktadır. Nereden bakılırsa bakılsın, HMK m. 341/2, c.1'de bulunmayan bir kapsam ve içerik, iptalin konusunu oluşturmuştur.

AYM'nin burada kuralı yorumlayarak AY'ye uygun olup olmadığı yönünden mi, yoksa kendinden menkul bir faraziye ile kural koyup hukuk yaratarak mı karar verdiğine bakmak gerekir. AYM'nin, yukarıda açıklanan genel yorum sınırlarında ve aşağıda kısaca açıklanacak kendi alanındaki sınırlarda kalmak kaydıyla AY'yi yorumlayarak bir sonuca varması mümkün ve geçerlidir. Ancak bu yorumun, AY'ye uygun olması ve Anayasa hukuku kapsamında kalması gerekir. Kanun koyucunun

açık ifadelerine, yani kuralın lafzına aykırı, ayrıca yine kanun koyucunun hiç öngörmediği ve kastetmediği bir amaca matuf yorumla; kanun koyucunun belirlenebilir, öngörülebilir iradesini aşarak bir sonuca varmak mümkün değildir[14]. İncelediğimiz karara baktığımızda ise iptal edildiği belirtilen istinafa başvuru sınırına ilişkin genel bir düzenlemeyi içeren HMK m. 341/2, c.1'in bizatihi kendisinin AY'ye aykırı olduğu sonucuna varılamamıştır. Ayrıca maddede, bu cümleden hemen sonra gelen cümlede; kural, kendi istisnasını da düzenlemiştir. Yani genel kuralla birlikte, oluşturduğu istisna da belirlidir. AYM kararına bakıldığında, kanunda açıkça yer alan kuralın ve bu kuralın kendisinin kabul ettiği istisnanın AY'ye aykırı olmadığı, bu yönde bir tespitte bulunulmadığı görülmektedir. Durum böyle iken, kuralın lafzında yer almayan, amacı içinde bulunmayan, kanun koyucunun da kabul edip öngörmediği bir farazî istisna oluşturulup o istisna iptal edilmektedir.

Burada, AYM'nin "*yorumlu ret kararı*" şeklinde ifade edilen kararları üzerinde de durmakta ve kısa bir mukayese yapmakta yarar vardır[15]. Anayasa hukukunda üzerinde tartışmalar yapılarak yorumlu ret kararları kabul edilse de AYM'nin iptal ettiği, etmeyi amaçladığı veya etmeyi düşündüğü kuralın ötesine geçerek, yorumlu redden hareketle "*yorumlu (hatta aşırı yorumlu) iptal kararı*" şeklinde ifade edebileceğimiz bir karardan söz etmek, herhalde mümkün değildir. Yorumlu ret kararında AYM, denetlediği bir kuralın içeriğini normatif olarak yeniden belirlemeyecek ve kanun koyucunun amacını aşarak yanlış bir noktaya ulaştırmayacak şekilde, kanunun sözü ve özünü bozmadan bir yorum ve gerekçe ile başvuruyu reddetmektedir. Burada, redden sonra, yorum çerçevesinde kanun koyucunun koyduğu kuralın tanınamaz hale gelmemesi, Anayasa'ya uygun yorumun sınırları içinde kalması gerekir. Bu durum, kuralın Anayasa'ya uygun yorumu mümkün oldukça, AYM'nin iptalden kaçınabilmesi için başvurduğu bir yöntemdir[16]. Zaman zaman

14 Oder, Yorum Yöntemleri, s. 157-158; AY'ye uygun yorumun sınırları hakkında bkz. s. 163 vd. Ayrıca Metin Y., Anayasanın Yorumlanması, Ankara 2008, s. 196 vd.

15 Bu konuda genel olarak bkz. Yüksel İ., Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı, Ankara 2013. Ayrıca Metin, s. 194 vd.

16 Kanadoğlu, s. 241-243.

bu sınırların zorlandığı ve yorumlu ret kararlarının tartışmalara yol açtığı olmuştur. Bu konuda en çarpıcı örnek, AYM'nin türban kararlarıdır[17]. Mahkeme, 2547 sayılı YÖK Kanunu ek m. 17'nin ("yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla yükseköğretim kurumlarında kılık kıyafet serbesttir.") iptalini reddetmiş; ancak Kanun'un yükseköğretim kurumlarına başörtüsüyle girilmesine izin verir şeklide anlaşılamayacağı yorumunda bulunmuştur[18]. Yorumlu ret kararlarında, açıkça bir iptal olmadığı için yargı organları kuralı somut olaylara uygulamaya devam eder, bu noktada esasen AYM'nin yorumu ile de bağlı olmazlar. Aksi halde AYM, kural koyan bir kanun koyucuya dönüşür[19].

Yorumlu ret kararlarındaki gerekçelerini ileri götürüp onlara göre hareket etmek, kanun koyucunun kabul etmeyeceği şekilde "*yargısal aktivizm*" çerçevesinde, AYM'nin kanun koyucu rolüne soyunmasına zemin hazırlamak demektir. Bu ise yargı gücünü yasama alanına sirayet ettirerek, "*fonksiyon gaspı*" sonucunu doğuracak, anayasal düzeni de bozacaktır[20]. Sözü ve anlamı çok açık ve belirli olan bir kanun hükmü, yorumla farklı bir anlama ve uygulamaya dönüştürülemez. Yorum sınırlarını zorlayarak ve aşarak kanun koyucunun iradesinin aşılması ve o iradenin saptırılması, hukuk devleti bakımından ciddî bir tehlikedir[21].

AYM'nin bir kanun koyucuya dönüşmesinin tehlikesini *Roussillon*'un Fransa örneği üzerinden, şu ifadesinde bulmak mümkündür[22]:

> "… Anayasa Konseyi'ni Fransız halkının temsilcisi yapmak istemek bize uygun görünmemektedir. Bu sözde 'temsilci' organa, iki seçim dönemi arasında, her türlü denetimden bağımsız bir içtihat aracılığıyla yüksek bir normatif rol oynatma savını gütmek kabul edilemez."

17 Bkz. Kanadoğlu, s. 243 vd.

18 AMK, 09.04.1991, 1990/36, 1991/8 (RG, 31.7.1991, S. 20946).

19 Gözler K., Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa 2016, s. 439 vd.

20 Yüksel, s. 81 vd.

21 Kanadoğlu O.K./Duygun A. M., Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 486

22 Roussillon H., Fransız Anayasa Konseyi: Tehlikeler Dönemi, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı/9-13 Ocak 2001, TBB Yayını, Ankara 2001, s. 834

Bu haklı tespitten de anlaşılacağı üzere, demokratik hukuk devleti olan ülkelerde kanun koyucu ne kadar eleştirilirse eleştirisin, seçimle halk tarafından denetlenmektedir; hatta kanun koyucunun ayrıca AYM tarafından anayasal denetimi söz konusudur. Ancak AYM, ne seçimle gelmektedir ne de kendisini denetleyen bir makam mevcuttur. Bu çerçevede AYM kanun koyucu gibi davranmaya başlarsa, denetimsiz keyfîlik dönemi başlayacaktır; hukuk dışında başka faktörlerin de devreye girmesi, AYM'nin adeta bir taraf gibi hareket etmesi demektedir. Hatta *Roussillon*, yukarıdaki ifadesinin devamında, ortaya çıkacak tehlikenin büyüklüğüne dikkat çekmek için bu tehlike karşısında "*kesintili bir demokrasi daha uygun geliyor*" şeklinde ileri bir ifade de kullanmaktadır. Esasen her iki durum da kötüdür; ancak AYM'nin sınırları aşması daha da kötü kabul edilerek, onun karşısında adeta demokrasinin kesintiye uğraması bile ehveni şer sayılarak tercih edilmektedir[23].

Değerlendirdiğimiz AYM kararında ise bu sınırların çok ötesine geçilmiş, önce yorum kuralları zorlanıp hatta aşılarak kuralın içine olmayan bir istisna farazî olarak kabul edilerek yerleştirilmiş, sonra da bu istisna çerçevesinde kural üzerinde bir iptal operasyonu gerçekleştirilmiştir. Ortada açık bir yetki gaspı olduğu görülmektedir. Zira Anayasa hukukunda bir organın yetkili olabilmesi için o organa yetki açıkça verilmiş ve tanınmış olmalıdır. Belirli bir organa bir konuda belirli bir yetki verilmemiş ise kendi kendine yetki ihdas edemez; bu organ o konuda yetkisiz kabul edilir. Nihayetinde AY m. 6, açık şekilde kaynağını AY'den almayan bir Devlet yetkisinin kullanılamayacağını belirtmektedir. Bir organa bir konuda yetki verilip verilmediği konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, yetkinin o şeyi içermediği kabul edilmelidir[24]. İncelediğimiz kararda bu konuda bir tereddüt dahi yoktur. Zira AYM'nin konumu ve yetkileri AY m. 146 ilâ 153 arasındaki hükümlerde belirtilmiştir ve bunlar arasında kanun koyucu yerine geçerek karar vermek imkânı tanınmamış, bilakis m. 153'de yasaklanmıştır. Kısaca AYM hem genel anlamda yetkisizdir hem de özel olarak men edildiği bir faaliyeti gerçekleştirmiştir.

23 "*Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur*" (Mecelle).

24 Gözler, Yorum, s. 76.

AYM bir hükmü iptal ettiğinde artık onun uygulanması mümkün değildir; hüküm adeta yürürlükten kalkmış kabul edilir. Ancak incelediğimiz AYM kararında iptal edildiği belirtilen kanun hükmü, bir yandan hâlen vardır ve yürürlüktedir. Çünkü kararda sadece tırnak içine aldığı husus "yönünden" bir iptalden bahsedilmektedir. Ancak diğer yandan da bu hüküm bir şekilde iptal kararının konusu olmuştur. Normal bir iptal kararında, o kuralı uygulayacak olanlar, ileriye yönelik şekilde artık o hükmün var olmadığını kabul ederek hukuk uygulamasını gerçekleştirecek ve yorumlayacaklardır. Yani iptal edilen hükümler bakımından özel bir çaba, uygulama kapsamı vs. belirlemek gerekmeyecektir. İptal edilen hüküm, artık hukuk uygulamasına esas alınmayacak, yürürlükte olmayacaktır. Oysa incelediğimiz iptal kararında, bunlardan hangisi söz konusudur; belirsizdir. AYM'nin kararında belirttiği şekilde, kamulaştırma bedelinin tespiti davalarındaki istinaf sınırının belirsizliğini gidermeye çalışırken, kendisi norm denetimi bakımından tartışmalı ve belirsiz bir karar vermiştir.

Bu noktada şeklî bir hususa da yer vermek, kararın garipliğini göstermesi bakımından önemlidir. AYM, iptal kararlarında, iptal ettiği kısımda tereddüt olmasın, yanlış anlaşılıp uygulanmasın diye, verdiği hükümlerde iptal edilen kısmı tırnak içinde alarak italik yazmaktadır. Çünkü iptal aslında kanun koyucunun iradesine anayasal denetim çerçevesinde bir müdahaledir, onun sınırları dışına çıkılmaması ve yanlış anlaşılmaması gerekir. İncelediğimiz kararda ise bu açıdan da bir gariplik vardır. İptal edilen hüküm şu şekildedir *"…* Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin *"kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar"* yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE …". Şimdi, iptale konu hüküm HMK m. 341/2, c.'dir; ama tırnak içine alınan ifadenin bu iptal konusu yapılan hükümle herhangi bir ilgisi yoktur. Yani, verilen karar şeklî bakımdan da sorunlu bir karardır.

Sonuç olarak AYM, kanun koyucu yerine geçerek açıkça bir yetki gaspı ile karar vermiş durumdadır.

b. AYM Diğer Yargı Organlarının Yerine Geçerek Karar Vermiştir

AY'da, AYM'yi düzenleyen hükümlerden önce gelen mahkemelere ilişkin temel bir düzenleme AY m. 142'dir. Buna göre, "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir*". Bu çerçevede ne AY'de ne de diğer kanunlarda AYM'nin diğer yargı yerlerinin yerine geçerek bir karar verebileceği belirtilmektedir. İncelediğimiz kararda, AYM adeta hukuk mahkemelerinin ve onların en üst mercii olan Yargıtay'ın yerine geçerek, onun alanına müdahale edip içtihat alanını gasp ederek bir karar vermiştir.

Dikkat edilirse AYM bu kararında, hükmün AY'ye aykırılığından çok, hükmün içeriksel yorumunu yaparak bir sonuca gitmeye çalışmıştır. Bu kapsamda ortaya koyduğu gerekçede HMK m. 341/2, c.1'in nasıl anlaşılması gerektiğini de irdelemiştir. Nitekim iptal kararındaki şu ifadeler, aslında kanun hükmünün anayasal denetiminden çok, hükmün yargısal yorumu anlamına gelip bir içtihat konusu olacak hususlardır:

> "… kamulaştırma bedelinin tespiti davalarında uyuşmazlığın esasını malvarlığının değerinin ne olduğunun yargı kararıyla ortaya çıkarılması, başka bir ifadeyle taşınmazın değerinin mahkeme tarafından belirlenmesi oluşturmaktadır. Dolayısıyla kamulaştırma bedelinin tespiti davaları bu yönüyle kişilerin talep ya da uyuşmazlık konusunu belirli miktar veya değer ile gösterebildikleri diğer malvarlığı davası türlerinden ayrılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında söz konusu davaların konusunu belirli bir miktar veya değer içeren talepler oluşturmadığından kararın kesinlik sınırının belirlenmesinde davada ileri sürülen istemin kabul edilmeyen bölümü gibi bir ölçütün esas alınması mümkün değildir."

Buradaki ifadelere dikkat edildiğinde, HMK m. 341/2, c.1'deki "… miktar ve değer…" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu noktada esas alınması gereken ölçünün paydaşlarla ilgili kısım olmayacağı, talebin kabul edilmeyen kısmıyla ilgili sınırlamanın burada geçerli sayılamayacağı üzerinde durulmaktadır. Tüm bu hu-

suslar, kanun hükmünün anayasal denetimi ile ilgili olmayıp doğrudan hükmün yorumu ve uygulanmasına yöneliktir. Kaldı ki, yukarıda verilen AYM kararının içerisinde de zaten, "*… malvarlığı değerinin ne olduğunun yargı kararlarıyla ortaya çıkartılması …*" gerektiğine ilişkin açık ifadeye yer verilmiştir. Yani malvarlığı değeri ve bunun istinaf sınırında nasıl anlaşılacağı "yargı kararının", o hükmü uygulayacak mahkemenin ve nihaî olarak Yargıtay'ın "içtihat" alanındadır.

AYM kendisine yapılan birçok başvuruda, kendisinin kanun yolu denetimi mercii olmadığını belirterek bu tür talepleri haklı olarak reddetmektedir. Ancak burada bu ölçüden oldukça uzaklaşmıştır. Zira Yargıtay; bir kararın kanun yoluna açık olup olmadığına karar verecek, bu konuda içtihat oluşturacak asıl yargısal makamdır. Aynı şekilde bölge adliye mahkemeleri de yine kendileri açısından istinafı kabil bir kararın mevcut olup olmayacağı noktasında karar merciidir. Bu tür kararlara karşı dahi kanun yolu denetimi açıktır. Yani bir kararın istinafı veya temyizi kabil olmaması sebebiyle talebin reddi hâlinde dahi buna karşı kanun yoluna başvurulabilmektedir (HMK m. 346, 366)[25]. Bu çerçevede, nihaî olarak önce istinaf aşamasında daha sonra da temyiz aşamasında bir şeyin kanun yolu denetimine açık olup olmadığı, bu konudaki hükmün yorumu içtihat makamı olan bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay'a ait bir görevdir.

Nitekim somut olaydaki duruma benzer (ama tersi bir) şekilde, Yargıtay uzun süreden beri nafaka ve kira alacaklarında temyiz sınırının aylık değil, yıllık/dönemsel hesap edilmesi gerektiğini belirtmektedir[26]. Yani bu tür alacaklar bakımından belirli parçanın veya sınırlı bir dönemin değil, o döneme ilişkin bütünün kanun yoluna başvuruda dikkate

25 Pekcanıtez H./Atalay O./Özekes M., Medenî Usûl Hukuku, İstanbul 2021, 9. Bası, s. 489, 505; Özekes M., Pekcanıtez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2233, 2292.

26 Örneğin "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 06.04.2005 tarih ve 2005/3-169 esas - 2005/235 karar sayılı kararı ile nafaka davalarında temyiz ve karar düzeltmede yıllık nafaka miktarının dikkate alınacağı açıklanmıştır." 2. HD, 18.02.2021, 2020/6227, 2021/1502 (Kazancı İçtihat). "Dairemizin yerleşik uygulaması ile kira tespiti davalarında; temyiz ve karar düzeltmede (davalı temyizi yönünden olma koşulu ile) tespit edilen kira parasının yıllık miktarının dikkate alınarak HUMK.'nin 427. maddesinde düzenlenen kesinlik sınırının belirleneceği kabul edilmektedir." 3. HD, 13.12.2010, 2010/19945, 2010/20447 (Kazancı İçtihat)

alınması gerektiği yönünde içtihat oluşmuştur. Karara konu olan olayda ise bunun tersi söz konusu olmuş, bu seferde dava konusunun tamamı değil, bir kısmı esas alınmıştır. Esasen AYM de bu somut olayda Yargıtay içtihadındakine benzer şekilde, kanun yolu sınırının dava konusu edilen şeyin belirli bir parçası üzerinden mi, yoksa tamamı üzerinden mi belirleneceğini incelemiş, daha sonra tamamı üzerinden incelenmesi gerektiğini belirtip içtihatlarda bu yönde yorumlanmayan hükmü, HMK m. 341/2, c.1'de yer verilmeyen şekilde iptal etmiştir. Görüldüğü üzere AYM, yıllardan beri Yargıtay'ın içtihatla çözdüğü meselelere benzer bir karar verme gayretkeşliğine soyunmuştur, ama başarısız olmuştur.

Aslında burada bölge adliye mahkemelerince veya Yargıtay tarafından bir içtihatla çözülecek sorun için kanun hükmü iptal edilerek AY m. 153'ün açık yasağına rağmen yeni bir uygulama başlatılmıştır. Yargıtay'ın nafaka ve kira davalarında kanun yolu sınırını tespit bakımından belirli bir dönemi ve parçayı esas alırken, kamulaştırma bedeli davalarında ise daha farklı bir çözümü benimsemesi eleştirilebilir, beğenilmeyebilir, doğru bulunmayabilir (hatta biz de bunun doğru olmadığını, böyle bir durumda taşınmazın tamamının esas alınmasının daha doğru olacağını düşünüyoruz); ancak bu bir AYM'nin iptal kararının konusu olamaz. Bu durumda, Yargıtay'ın her beğenilmeyen ve sorunlu içtihadı AY'ya aykırılık oluşturuyor diye onun temelindeki hükmü iptal konusu mu yapılacaktır? Bu, deyim yerindeyse "pireye kızıp yorgan yakmak" atasözünü hatırlatır şekilde, içtihada kızıp kanunu iptal etmek; Yargıtay'a kızıp hem Yargıtay'ı hem de onu aşacak şekilde kanun koyucuyu yok saymak demektir. Bu sebeple biz bu kararı, teşbihte hata olmaz diyerek "*pireye kızıp yorgan yakma kararı*" olarak ifade ediyoruz. Zira nasıl ki AYM yorumun ötesine gidip aşırı, mübalağalı yorum yapmıştır; bu yorumu da aynı mübalağa ile eleştiriye kapı aralamaktadır.

AYM'nin bu şekildeki karar ve davranışı, kendi yerleşik kararlarına da aykırı şekilde bir kanun yolu mercii gibi davranması sonucunu doğurmaktadır. Bu şekildeki bir davranış, AYM'yi adeta bir "*süper temyiz mahkemesi*" hâline getirecek, temyiz mahkemesi üzerinde, anayasal denetimin dışına çıkarak somut olaylar hakkında adeta bir içtihat makamına dönüştürecektir.

AYM'nin bu tür bir olayda en fazla üstlenebileceği rol, şartları varsa bireysel başvuru bakımından inceleme yapıp hak ihlâli açısından karar vermektir. AYM, bu şekilde hem de kanun hükmünde olmayan bir ifadeden hareket ederek farazî bir iptal sebebi icat etmek yerine, önüne gelecek somut bireysel başvurularda, bir temel hak ihlâli görüyorsa ancak bunu bir başvuru gerekçesi yaparak karar verebilir.

AYM'nin Yargıtay'ın yerine geçerek adeta alan gaspı yapması, teknik hata yapması sonucunu da doğurmaktadır. Çünkü somut olaydaki durum, bir taşınmazın paydaşlarının (iştirak veya müşterek maliklerin) bir yargılamada taraf olarak hukukî pozisyonları ile haklarını nasıl kullanacakları sorunu ile de doğrudan ilgilidir. Bu şekilde birden fazla kişinin bir mal veya hak üzerinde hak sahibi olması durumunda, bunun yargılama hukukuna yansıması "dava arkadaşlığı" kurumudur. Dava arkadaşlığı da ihtiyarî (HMK m. 57-58) veya mecburî (HMK m. 59-60) dava arkadaşlığı olarak karşımıza çıkar. İhtiyarî dava arkadaşları ayrı ayrı dava açabilir, şayet birlikte bir davada yer almışlarsa ayrı ayrı hak sahibi olup ayrı ayrı davranabilirken, mecburî dava arkadaşlarının mutlaka birlikte hareket etmeleri gerekir[27]. AYM'nin, kamulaştırma bedelinde hak sahibi olan paydaşların bu durumunu teknik olarak nitelendirmeden sağlıklı bir karar vermesi de aslında mümkün değildir. Örneğin mecburî dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilirse, zaten bir paydaşın kural olarak sadece kendi payı üzerinden yargılamayı yürütmesi ve kanun yoluna başvurması da mümkün olmayacak, bunun sonucu olarak da payın değil, taşınmazın değerinin dikkate alınması zorunlu hâle gelecektir. Bu nitelendirmeler ise ancak adlî yargı tarafından ve içtihat makamı olarak da Yargıtay tarafından karar verilecek hususlardır. AYM kararında bunların tartışılması doğru olmadığı gibi, sağlıklı şekilde tartışılması da pek mümkün değildir. Fakat bunlar değerlendirilmeden de belirtilen hususlar hakkında karar verilmesi kolay olmayacaktır. Zaten AYM de kararında bunları değerlendir(e)meden, düz mantıkla bir karar vermiştir. AYM'nin içtihat makamının yerine geçmesinin, bu şekilde hukukî kavram ve kurumları bozmak veya gerekli nitelendirmeyi yapamamak gibi riski de mevcuttur.

27 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 163 vd.; Pekcanıtez H./Taş Korkmaz H., Pekcanıtez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 684 vd.

AYM bu yola girdiğinde, yargı organlarının içtihat gelişimini, henüz o gelişim süreci tamamlanmadan durdurma riski de ortaya çıkmaktadır. Yargı organlarının içtihatları arasında ciddî farklılıklar varsa, bunu gidermenin yolları da yine hukuk düzeni içinde düzenlenmiş, gerekli önlemler hukuk içinde alınmıştır. Bunlar, uzun süren hukuk tecrübesinin bir sonucudur. Örneğin istinaf kararları bakımından 5232 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 35'de, Yargıtay'daki içtihat aykırılıklarının giderilmesi ise temelde Yargıtay Kanunu m. 45'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre "*İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar*". Ayrıca "*Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun kararları kesin olup bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz.*" (YarK m. 16/son). AYM, incelediğimiz karardaki anlayışını sürdürürse artık bu alanlara da müdahale edecek demektir ki, aslında etmeye de başlamıştır.

Sonuç olarak AYM'nin bu iptal kararıyla yaptığı şey, Yargıtay'ın içtihat alanına açık müdahaledir; bir alan gaspıdır. Ayrıca AY m. 153'e açıkça aykırı bir karar olup aynı zamanda kanun koyucu yerine geçerek de bir tasarrufta bulunulmuştur. AYM'nin, denetimine esas aldığı AY'yı ihlâl ederek bir iptal kararı verdiği görülmektedir.

4. Kanun Yoluna Başvuruda Getirilen Makul Sınırlamalar, AYM ve AİHM Kararlarına Göre Hak Arama ve Adil Yargılanma Hakkı İhlâli Oluşturmaz

Yukarıda ortaya çıkan sorunlarla ilgili sorduğumuz sorulardan ikisi; kanun yolu denetiminin sınırlanmasının, bu konuda bazı filtreler kabul edilmesinin temel haklar ve anayasal denetim bakımından durumunu ortaya koymaktadır. Yani mahkeme kararlarının yargısal denetimi bakımından kanun yoluna başvuru dereceleri, başvurulacak kararlar, bunların başvuru şartları, süreleri vs. diğer hususlarda sınırlama yapılması; hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının mutlak ihlâli sayılır mı? AYM'nin değerlendirdiğimiz tartışmalı bu kararı, AİHM kararları ve AYM'nin önceki kararları çerçevesinde nasıl değerlendirilmelidir?

Bu konuda çok ayrıntıya girmeden AYM'nin kendisinin aynı zamanda Avrupa Konseyi Ortak Projesi olarak yayınlanmasını sağladığı adil yargılanma ve bireysel başvuru ile ilgili kaynaklara ve bu kapsamda kendi kararlarına bakmak yeterlidir[28].

Gerek ülkemizde gerekse başka ülkelerde; temel hak niteliğindeki hak arama özgürlüğü, hukukî korunma talebi (AY m. 36), bunun daha somut tezahürü olan ve gerçekleşmesini sağlayan adalete erişim hakkı, sonsuz ve sınırsız bir hak bahşetmemektedir. Bunun sonucu olarak da mahkeme kararlarının yatay ve dikey denetimine makul, hukuk devletine uygun, hakkın özünü zedelemeyen sınırlamalar getirilebilir. Hatta dereceli yargılama hakkı dahi adil yargılanma hakkının mutlak bir gereği değildir. Bu sebeple, tek dereceli bir yargılama sisteminin olması, mahkeme kararlarına karşı bir kanun yolu kabul edilmemesi, hak arama ve mahkemeye erişim hakkına mutlak aykırılık oluşturmaz[29].

Her şeyden önce mahkemeye erişim hakkı, mutlak bir hak olmayıp bazı sınırlamalara tâbidir. Önemli olan burada AY m. 13'de belirtilen temel hak sınırlamalarının çerçevesinde kalması, yani temel hak sınırlamalarına ilişkin belirlenen sınırları aşmamasıdır. AY m. 13'e göre,

> "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

Şüphesiz ki kanun yolu denetimi öngörülmüşse, bu yol bakımından da AİHS m. 6 ve AY m. 36 çerçevesinde bir denetim mümkündür; bu

28 Bu konuda AYM'nin ortak proje olarak yayınlattığı temel iki kaynak olarak bkz. İnceoğlu S., Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4 (Avrupa Konseyi ortak projesi), Ankara 2018; Vitkauskas D. (Çev. Cengiz S.), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Uygulamacılar İçin El Kitabı, 2. Baskı (Avrupa Konseyi ortak projesi), 2018.

29 İnceoğlu, s. 42-44 ve orada anılan kararlar. Ayrıca bkz. Özekes M., 100 Soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi-İstinaf ve Temyiz, 3. Bası, Ankara 2016, s. 53 vd.

konuda kanun yollarına ilişkin hukukî ve fiilî sınırlamalar denetlenecektir[30]. Hukuk düzeninin açıkça özel sınırlama nedeni öngörmediği hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Keza hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemiş olsa da AY'nin başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması mümkündür. Bu çerçevede, bir kısım düzenlemelerle hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar konulması mümkün olacaktır. Burada temel ölçü AY m. 13'dür[31]. Belirttiğimiz bu hususların bir kısmına, incelediğimiz kararın gerekçesinde de zaten yer verilmiştir.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için AYM'nin 1990 tarihli bir kararındaki bu konudaki şu kapsamlı tespitini belirtmekte yarar görüyoruz:

"Bir yargı yerinin verdiği kararda aykırılık olduğu savı ile ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümlenmek üzere yargı önüne getirilmesi "kanun yolu"na başvurmadır. Ancak uyuşmazlık çok kez açık ve belirgin olmadığından "Kanun yolu" müessesesi, öğretide genellikle dava olarak kabul edilmemektedir. Yargı yerlerinin verdikleri kararlarda, gerek yanılma, gerekse normları değişik biçimde yorumlama sonucu olarak doğan ve olağan sayılması gereken yasaya ve hukuka aykırılıkların giderilmesini sağlamak amacıyla bazı yöntemlerin konulması yoluna gidilmiştir. Kanun yolu, aykırılıkları gidermek ve uygun karar verilmesini sağlamak bakımından taraflar için olduğu kadar toplum için de büyük bir güvencedir. Ancak kanun yolunun yargılamayı uzattığı da bir gerçektir. Yargılamanın olabildiğince hızlı sonuçlanması ve suçluların bir an önce cezalandırılması gerektiğinden her karara karşı değil, fakat önemli kararlara karşı kanun yoluna gidilmesi gereği benimsenmiştir. 'Hiçbir hata olmasın' düşüncesinden kalkılarak, 'Hepsini yeniden inceleyelim, aykırılık varsa giderelim' denildiği takdirde, bu çok iyi amaçlı uğraşı, kanun yolu kurumunu işlemez duruma getirir.

30 İnceoğlu, s. 42.

31 İnceoğlu, s. 43 ve orada anılan kararlar.

Anayasa'nın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesi 141. ve 154. maddeleriyle birlikte incelenip değerlendirildiğinde, yasa koyucunun, yargı yerlerince verilen kararların veya hükümlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygunluğunu güvenlik altına almak üzere, değişik kanun yollarına gidebilme olanağını sağlaması, Anayasa'nın sözü edilen maddelerdeki ilkelere aykırı bir durum yaratmaz. Aksine, böyle düzenlemenin, hâkimleri ve mahkemeleri Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun karar veya hüküm vermekle ödevli kılan Anayasa'nın138/1. maddesinde yer alan kuralın gerçekten uygulanması amacını güden bir önlem niteliğinde değerlendirilebilir. Ancak Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasındaki 'Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir.' biçimindeki hüküm göz önünde tutulup Anayasa'nın 36/1. maddesinde yer alan 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.' kuralı değerlendirildiğinde, uyuşmazlıkları inceleyip karara bağlamakla yetkili ve görevli olan yargı yerlerince yapılacak incelemeler sonunda verilecek kararlardan hangilerinin kesin olduğunu belli etmenin, uyuşmazlıkların nitelikleri gözetilerek ve Anayasa'daki yargı ile ilgili temel ilkelere ve güvence kurallarına aykırı bulunmamak koşulu ile Yasa koyucunun takdirine bırakılmış olduğunun kabulü gerekir."[32]

Nitekim AYM tarafından ortak proje kapsamında hazırlatılan El Kitabı'nda da AİHM kararlarına atıf yapılarak şu ifadelere yer verilmektedir:

"Bir devlet üst mahkemelere yönelik bir kanun yolu tesis ettiğinde söz konusu kanun yoluna dair, örneğin mahkeme başvuru harçları, süre sınırlamaları, zorunlu temsil gibi esasa ve usûle ilişkin koşulları belirleme hakkına sahiptir (*Stepenska/Ukrayna*)."[33]

32 AYM, 10.07.1990, E. 1989/29, K. 1990/19 (RG, 28.07.1993, S. 21651). AYM'nin bu konuda farklı kararları da mevcuttur. Bu konuda ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 277-278.

33 Vitkauskas, s. 35.

Bu kısa açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı kapsamında mutlaka dereceli yargılama hakkı tanınması (kanun yolu hakkı) mutlak bir zorunluluk değildir. Ancak bu hak tanınıyorsa, kanun yoluna ilişkin hususlar ve sınırlamalar da hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı incelemesine tâbi olacaktır. Burada en önemli ölçü AY m. 13'deki temel hak sınırlamalarına ilişkin sınırların aşılmamasıdır. Bu çerçevede, kanun yolu incelemesine bazı sınırlamalar getirilmesi kabul edilmekte, hatta AY'nin konuyla ilgili diğer hükümleri kapsamında zorunlu görülmektedir. Aksinin kabulü, yani sınırsız bir kanun yolu hakkı, beklenen yarardan çok sakınca doğuracaktır. AYM, yukarıda verilen 1990 tarihli kararında, bu durumu "*… 'Hepsini yeniden inceleyelim, aykırılık varsa giderelim' denildiği takdirde, bu çok iyi amaçlı uğraşı, kanun yolu kurumunu işlemez duruma getirir.*" diye özetlemiştir.

Bu açıdan bakıldığında AYM'nin istinafla ilgili sınırlamayı iptal eden incelediğimiz kararının, önceki kararlar ve yukarıda açıklanan kriterlerle de uyumlu ve tutarlı olmadığı anlaşılmaktadır.

5. AYM Kararının Ortaya Çıkardığı Tehlikeler ve Kararın Sonuç Doğurmayacak "*Etkisiz Karar*" Olarak Kalması

AYM'nin bu kararıyla birlikte, şu sorular da gündeme gelecektir:

- Yargı içtihatlarının konusu olan ve yerleşik içtihat hâline gelen hususlar, hatta duruma göre kesin olduğu kabul edilen İçtihadı Birleştirme Kararları, adeta kanun hükmünün kendisi farz edilerek ve bu gerekçe yapılarak onların dayanağı olan kanun hükümleri iptal edilebilir mi? (İçtihada müdahale edemiyoruz, o zaman onun dayanağı olan kanuna -hatta ölçüsüzce- müdahale edelim anlayışı)

- Yargı kolları içinde verilmiş, kesinleşmiş kararlar için AYM'ye başvuru yolu açılmış olacak mıdır?

- Bundan sonra, bu karar emsal alınarak kanun yolu sınırlamalarına ilişkin diğer hükümlerin iptali de gündeme gelebilir mi?

AYM'nin kararıyla birlikte, adeta bir tehlikenin kapısı aralanmış, deyim yerindeyse cehennemin kapısı açılmıştır. Bu karar şayet yol olursa, bunun altından AYM kalkamayacağı gibi, kanun koyucunun ve yargının alanına müdahale sorunu, anayasal denetim, içtihat alanına saygı gibi hususlar birbirine karışarak adeta bir kaos oluşacaktır. Çünkü bu karar esas alınırsa, bundan sonra içtihat kapsamında sayılan tüm yargı kararları, Yargıtay veya Danıştay'ın emsal kararları, adeta bir de AYM denetimine açık hâle gelmiş olacak, bu kararlardan tatmin olmayanlar bir de AYM'ye başvuracaktır. Tartıştığımız somut olayda, bu yola girilmiş bulunmaktadır. Böyle bir yola girilirse, hukukî sakıncalarının yanında AYM'nin ortaya çıkacak iş yükü ile baş etmesi de mümkün değildir. Bu karar esas alınırsa, adlî ve idarî yargıdan sonra, bir de AYM'ye başvurmak gibi bir tehlike doğacaktır. AYM'nin fiilen bir ikinci bir üst temyiz merciine dönüşmesi tehlikesi kapıda demektir.

AYM'nin bu kararı sonrası, bu karar emsal alınarak kanun yollarına ilişkin tüm sınırlamaların da tehlikeye girdiği söylenebilir. Zira bu karardaki anlayış, kanun yolu sınırlamalarını ve filtrelemelerini uygun bulmayanların iptal başvuruları için kapı aralamış durumdadır. Bu ise, AYM'nin 1990 yılında verdiği kararda belirttiği, "*… 'Hepsini yeniden inceleyelim, aykırılık varsa giderelim' denildiği takdirde, bu çok iyi amaçlı uğraşı, kanun yolu kurumunu işlemez duruma getirir.*" şeklindeki tehlikeyle karşı karşıya bırakmaktadır.

AYM'nin kararının etki ve sonuç doğuracak bir karar olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü kararda "… 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin *'kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar'* yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE …" denilmektedir. Oysa iptal edilen kanun hükmünün içinde, kararda tırnak içine alınmış ve italik yazılmış olan "*kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar*" ifadesi ve ibaresi geçmemektedir. Yani AYM, olmayan bir ifadenin/ibarenin iptali anlamına gelecek şekilde karar vermiştir. Bu ise bizi hüküm sakatlığı sonucuna götürmektedir.

Genel anlamda hüküm sakatlıkları başlığı altında hükümler, yok hüküm ve etkisiz hüküm olarak ayrıma tâbi tutulmaktadır[34]. Yok hükümde, bir hükme varlık kazandıran aslî unsurlar yoktur. Örneğin yargı organı olmayan bir organ tarafından karar verilmesi, yargı organının yargılama faaliyeti yapmadan bir karar vermesi, kararın usûlüne uygun oluşturulup verilmemesi gibi. Burada her ne kadar AYM, kendi alanı dışına çıkarak kanun koyucunun ve diğer yargı organlarının yerine geçerek karar vermiş olsa da yok hükmün açık unsurları söz konusu olmadığından, en azından görünürde bir AYM faaliyeti ile bu faaliyet sonuncu şeklî unsurlarıyla bir karar söz konusu olduğundan yok hüküm sonucuna varmak zordur. Ancak hakkında hüküm mevcut olmayan bir hukukî ilişki ile ilgili karar verilmesi durumu mevcuttur. Olmayan bir hukukî ilişki bakımından hüküm verilmesi hâlinde, o hükmün uygulanması, icrası ve yerine getirilmesi de imkân dahilinde olmayacak ve sonuç doğurmayacaktır. Bu tür mevcut olmayan bir hukukî ilişki hakkında karar verilmesi, "***etkisiz hüküm***" olarak kabul edilmektedir. Etkisiz hükmün farklı görünümleri mevcuttur. Örneğin mahkemenin yargı hakkının olmaması, ortada derdest bir dava olmadan karar verilmesi, gerçekte var olmayan taraflar hakkında karar verilmesi, hükmün (tavzih, tashih ve tamamlamayla dahi giderilemeyecek) belirsizlik içermesi; hükmü etkisiz kılar. Etkisiz hüküm hâllerinden biri de mevcut olmayan hukukî ilişkiler hakkında hüküm verilmesidir. Evli olmayanlar ve ölmüş kişiler hakkında boşanma kararı verilmesi ya da mevcut olmayan bir taşınmaz hakkında tapu iptali ve tescil kararı verilmesi yahut zaten kurulmamış bir sözleşmenin sona erdirilmesi kararı, bu tür etkisiz kararlara örnektir. Çünkü bu hükmü alıp uygulayacağınız somut bir ilişki söz konusu değildir[35]. Bu tür hükümler boşluğa kılıç sallamak gibi boşuna bir çabadır. Hüküm sakatlığı olan yok hüküm ve etkisiz hüküm örneklerini bulmak çok kolay değildir. Ancak AYM verdiği bu kararla zor bulunan bir örneği hukuk alemine kazandırmıştır. Ama bu, olumsuz bir kazanımdır.

34 Bu konuda bkz. Özekes M., Medenî Usûl Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm, Yargıtay Dergisi 2000/4, s. 661 vd.; Atalı M., Pekcanıtez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2045 vd.; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 452 vd.

35 Özekes, 690; Atalı, s. 2050 vd.; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 454.

Bu açıdan bakıldığında; AYM kararında da aslında olmayan bir düzenleme, bir kanun ifadesi varmış gibi kabul edilerek iptal edilmektedir. HMK m. 341/2, c. 1'de bir kanunî düzenleme vardır. Ama o hükmün içinde "*kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar*" şeklinde bir ifade bulunmamaktadır. Kanun koyucunun düzenlemediği ve hükmün içinde yer almayan bir hususu, önce varmış gibi kabul edip ardından da iptal ettim demek, arkasından "*İptal edilen şey veya ifade ne? Nerede yer alıyor*" diye sorulduğunda cevabı olmayan bir soru ortaya çıkacaktır. Hâl böyle olunca, olmayan bir evliliği farz edip boşanma kararı vermekten, olmayan taşınmaz hakkında tapu iptal ve tescil kararı vermekten farksız bir durumla karşı karşıya bulunmaktayız.

6. AYM Kararlarındaki Tutarlılığının ve AYM'nin Saygınlığının Zedelenmesi

En yüksek anayasal denetim mercii olan, hukuk ihlâllerine karşı ve temel haklar bakımından nihaî güvence oluşturan AYM gibi bir yüksek mahkemenin, bununla mütenasip çok yüksek bir hukuka bağlılık, hukukî bilgi kullanımı, duruş, kavrayış, donanım ve tutarlılıkla hareket etmesi beklenir. AYM ve diğer yüksek mahkemelerin gücü saygınlığında, saygınlığı ise bu belirttiğimiz hususlara bağlılık ve onları uygulamasında yatar.

Somut olayda incelediğimiz kararında olduğu gibi, AYM bizatihi kendisinin öncelikle uymak ve aynı zamanda ona uyulup uyulmadığını denetlemek durumunda olduğu açık AY hükümlerini ihlâl ederek bir karar verirse; bu tutarlılık ve saygınlık zedelenecektir. Kaldı ki, AYM bu tür kararlar verirken, kendisinin önceki kararlarıyla da çelişmemeye, tutarlı olmaya özen göstermelidir. En azından bir konuda öncekinden farklı bir karar veriyorsa, bunun gerekçesi açık, net ve tereddüt uyandırmayacak şekilde ortaya konmalıdır. Çünkü gerekçe hakkı adil yargılanmanın ayrılmaz bir parçası olup AHİM ve AYM kararlarında da sıklıkla zikredilen bir durumdur. Şüphesiz, incelediğimiz karar gibi hukuka ve AY'ye aykırılığın çok açık olduğu bir durumun gerekçesini ve izahını yapmak kolay değildir. Ancak en azından anlaşılabilir şekilde, neden önceki ka-

rarlardan farklı bir yol izlendiği belirtilmeliydi. Zira yukarıda açıkladığımız yorumla da bağlantı içinde, AYM yorum yaparken, yorumla gerekçelendirme, yorumunu tutarlı hâle getirmeli, yorumla argümantasyon ilişkisini ihmal etmemelidir. *Oder*'in ifadesi ile

> "Temel hak ve özgürlük alanında da hukuksal yorumun varlığı, kanıtlama aşamalarının sağlam ve açık biçimde oluşturulmasına ve bu aşamaların yargısal kararda açıkça saptanabilmesine bağlıdır. Aksi hâlde, sonuç olarak yorum, nesnel ve kamuya açık biçimde sınanabilir hâle gelemez. Yargısal kararın gerekçesi bu tür bir kanıtlama içermediği sürece, yargının hukuk devletine uygun davrandığı da söylenemez"[36].

Kanaatimizce bu açıdan da sınır aşılmış, AYM'nin korumak zorunda olduğu "hukuk devletine uygun davranma" sınırının ötesine geçilmiştir.

AYM'nin bu kararına bakıldığında, 2021 esas numaralı bir karardır. Yani AYM aslında kısa bir sürede 2022 yılında bir karar vermiştir. AYM bu tür göze batmayacağı düşünülen, biraz da teknik sayılacak konularda daha cesur, sınırları (AY'ye aykırı olacak şekilde) zorlayan ve daha çabuk kararlar verirken, daha ciddî sonuçları olan bazı konulardaki başvuruları daha geç karara bağlayabilmekte ya da artık o kararın etkisi ve sonucu olmayacak bir zamanda veya kendi içinde tutarlılığın bulunmadığı kararlar verebilmektedir. Burada kastımız, sadece siyasal veya kamuoyunda tartışılan hususlara ilişkin kararları değil; kendi alanımızla ilgili olan adalete erişim, hak arama özgürlüğü, hukukî dinlenilme hakkı, silahların eşitliği, devletle birey arasındaki uyuşmazlıklarda alınan tavır, yargılama ya da takip hukukuna ilişkin temel haklar konusundaki sorunlardır. Örneğin, AYM, zorunlu arabuluculuğa ilişkin yapılan düzenleme hakkındaki iptal başvurusunu, içeriğinde tam ve ciddî bir gerekçe ihtiva etmeyen şekilde reddetmiştir. Bu iptal başvurusunun reddine ilişkin ka-

36 Oder B. E., Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları - 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler-, Hazırlayan Ergül O., Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı/ Ankara 29-30 Eylül 2012, TBB Yayını, Ankara 2013 s. 124-125.

rarına bakıldığında, gerçekten ciddî, konuyla ilgili bir kaynağa atıf dahi yoktur[37]. Oysa aynı AYM daha önce ihtiyarî arabuluculuğa ilişkin (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu) yapılan iptal başvurusunda[38], bu hususları tam tartışarak, özetle arabuluculuğun gönüllülük esasına dayandığı, düzenlemenin tarafların iradesine dayanan bir arabuluculuk olduğu, bu sebeple yargı yetkisini zedelemeyeceğini belirterek ret kararı vermişti. Bunun mefhumu muhalifinden taraf iradeleri dışında, zorlama yöntemlerin aslında iptali gerektireceği sonucu çıkarken, AYM bu önceki kararına değinmeden, irdelemeden zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenlemenin AY'ye uygun olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır[39]. Yine takip hukukunda, İcra ve İflâs Kanunu ile uygulamada gerek iptal konusu olacak düzenleme gerekse bireysel başvuru konusu olacak uygulama mevcutken, bu konularda AYM'nin yeterli cesaret ve süratle karar verdiği söylenemez[40].

AYM'nin bu tutarlı olmayan, zaman zaman kendi kararlarıyla çelişen, hatta kendi temel dayanağı olan AY'ye aykırı olan kararları, ona olan güveni zedelemektedir. Oysa AYM'nin en önemli gücü, bu güven ve saygınlıkta yatmaktadır[41].

Sonuç

Yukarıdaki açıklama ve gerekçelerimiz çerçevesinde AYM'nin istinaf sınırıyla ilgili iptal kararı hakkında değerlendirmelerimizi ve vardığımız sonuçları şu şekilde belirtebiliriz:

37 AYM, 11.07.2018, 2017/178, 2018/82 (RG, 11.12.2018, S. 30622).

38 AYM, 10.07.2013, 2012/94, 2013/89 (RG, 25.01.2014, S. 28893).

39 Bu konuda bkz. Ekmekçi Ö./Özekes M./Atalı M./Seven V., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 144 vd.

40 Bu konuda bkz. Özekes M., İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009; Özekes M., "Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Genel Değerlendirme", (VII. Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı), İzmir-Çeşme/24-25 Ekim 2008 (TBB Yayını), Ankara 2009, s. 265-291

41 Bu konudaki saygınlık bakımından çarpıcı bir örnek olarak ABD Yüksek Mahkemesi üyesi Ruth Bader Ginsburg'un ölümü üzerine bayrakların yarıya indirildiğini göstermek gerekir (https://tr.wikipedia.org/wiki/Ruth_Bader_Ginsburg%27un_%C3%B6l%C3%BCm%C3%BC_ve_cenazesi). Yine yüksek mahkemelerin saygınlığı hakkında dile getirdiğimiz genel anlamdaki görüşlerimiz için bkz. https://twitter.com/mozekes/status/1512633093911371776.

1. AYM'nin kararı, görünenin ve düşünülen ötesinde sorunlu ve çıkmazları olan, tutarsızlıklar içeren bir karardır. Şayet bu karar emsal olursa, bundan sonra kanun koyucunun AYM adında bir ortağı olacak; zaman içinde de diğer yüksek yargı organları anlamsızlaşacaktır. Kanun koyucunun özellikle usûl hukuku alanındaki tasarruflarının tümü, hak arama, adalete erişim; adil yargılanma görüntüsü altında tehdit altındadır.
2. AYM; kararında yorum kurallarının dışına çıkarak, kanunda olmayan bir istisnayı varmış gibi kabul edip kanun koyucu yerine adeta bir istisna meydana getirmiş, sonra da onu iptal etmiştir. Oysa kuralı kim koyuyorsa istisnayı koyma yetkisi de ancak ondadır. Ayrıca istisnalar dar yorumlanıp asıl kuralı koyanın iradesine aykırı istisna oluşturulamaz.
3. AYM bu kararıyla kanun koyucunun alanına doğrudan müdahale etmektedir. Bu karar, norm denetimi ve iptal incelemesindeki anayasal sınırları aşan AY m. 153'e aykırı bir denetimdir. AYM, aynı zamanda bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay'ın da içtihat ve görev alanına müdahale etmiştir. AYM bu kararında aslında içtihat konusu olacak ve eğer uygun bulunursa içtihatla çözülecek bir konuda, "*madem Yargıtay'ın içtihadı değişmiyor ve sorunu çözmüyor, o zaman ben o içtihada esas olan hükmü iptal edeyim*" dercesine bir iptal kararı vermiştir. Bu şekilde bir kararı "*pireye kızıp yorgan yakma kararı*" olarak ifade etmek çok yanlış olmayacaktır. Bu şekilde kendisi AY'yi korumak durumunda olan AYM'nin açıkça Anayasa'yı ihlâli sonucunu doğurmaktadır.
4. AYM kararına konu olan olayda, kanun koyucunun ve diğer yargı organlarının alanına müdahale etmek mümkün değildir. Özellikle adeta yeni bir hüküm ihdas edip sonra da onu iptal etmek de söz konusu olamaz. Böyle bir durumda, olsa olsa ancak bireysel başvuru konusu olabilecek bir durum vardır.
5. Bu şekildeki bir iptal kararı, şayet bundan sonrası için emsal oluşturursa (ki kanaatimizce emsal olmaması gerekir), sonuçları öngörülemez bir hukuk kaosuna yol açabilecek niteliktedir. Bu kararın esas alınması durumunda, bundan sonra kanun yoluna ilişkin filtreleme kalkacak, kanun yolu sınırlamaları AYM'nin orantısız incelemesi

kapsamında sayılacaktır. Bunun hukukî sakıncaları yanında, AYM ve diğer üst ve yüksek yargı organlarına çıkartacağı iş yükü ayrıca bir sorundur. Nitekim AYM'nin konuyla ilgili 1990 yılında verdiği bir kararda belirttiği üzere "*… 'Hiçbir hata olmasın' düşüncesinden kalkılarak, 'Hepsini yeniden inceleyelim, aykırılık varsa giderelim' denildiği takdirde, bu çok iyi amaçlı uğraşı, kanun yolu kurumunu işlemez duruma getirir*".

6. AYM'nin incelediğimiz bu kararı, gerek AİHM gerekse AYM'nin kanun yolu ve kanun yolu filtrelemesi konusundaki önceki kararlarıyla da uyumlu değildir, çelişkilidir. Şüphesiz bu konudaki düzenlemeler de gerekirse denetlenebilir; ancak bu denetimin anayasal çerçevede kalması ve AYM'nin denetim sınırları aşmaması gerekir. AYM; verdiği bu iptal kararında yukarıda belirtilen sınırları aşması ve AY'yi zorlaması dışında, her zaman gözetilmesi gereken ölçülülük ilkesini de oldukça açmıştır. AYM, bu kararıyla adeta balyozla sinek öldürmek yolunu tercih etmektedir.
7. AYM'nin bu tür kararları en yüksek anayasal güvence teşkil eden Mahkeme'nin tutarlılık ve saygınlığını da zedelemektedir. AYM, incelediğimiz iptal kararında, kamulaştırma bedelinin tespiti davalarındaki istinaf sınırının belirsizliğini gidermeyi amaçladığını belirtirken, kendisi norm denetimi bakımından tartışmalı ve belirsiz bir karar vermiştir.
8. **Nihaî olarak** tüm bu değerlendirmeler kapsamında AYM'nin kararındaki ifadeye bakıldığında "… Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin '*kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar*' yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE …" **ibaresi karşısında, kanaatimizce ortada sonuç doğuracak ve geçerli sayılacak bir iptal mevcut değildir.** Çünkü iptal edilen hüküm içerisinde "*kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin davalar*" ifadesi yer almamaktadır. İptal edildiği belirtilen düzenleme içinde, iptal kararında zikredilen ifade yer almamaktadır; olmayan şeyin iptali de sonuç doğurmayacaktır. **Bu sebeple; verilen karar etkisiz karar (hüküm) şeklinde, hüküm sakatlığıyla malul bir karardır**.