

Sayın Av. Işıl Batmaz,

Müvekkilleriniz "İstanbul Okan Üniversitesi" ve "Okan Kültür, Eğitim ve Spor Vakfı" ile ilgili olarak verilen bir YÖK kararına ile bu karara karşı idari yargıda açtığınız (Danıştay 8. Dairesinin E. 2023/6471, K. 2024/4556, T. 17/09/2024 sayılı kararıyla onanan) davaya binaen "Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru" konulu bir danışmanlık/bilimsel mütalaa almak üzere Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne başvurduunuz.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama usulleri Hakkında Kanun'un md. 49/7 hükmüne göre "*Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır.*"

Bu atıf çerçevesinde ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu (md. 31), 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (md. 266) ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (md. 67/A) uyarınca; müvekkiliniz hakkında gerçekleştirilen işlemleri ve kararları tüm koşulların dikkate alınarak değerlendirilmesini talep etmeniz üzerine, tarafımıza sunduğunuz özet dosya ve sair evrak suretleri incelenerek varmış olduğumuz sonuçlar aşağıda bilgilerinize sunulmuştur.



GİRİŞ	3
A-) Uyuşmazlık.....	3
1-) Uyuşmazlığın Konusu.....	3
2-) Uyuşmazlığa İlişkin Hukuki Süreç.....	4
B-) Tarafımıza Sunulan Bilgi ve Belgeler.....	6
C-) Tarafımıza Sorulan Sorular.....	8
I-) BİREYSEL BAŞVURU EHLİYETİ YÖNÜNDEN	8
A-) Genel Olarak Ehliyet: Konuyla İlgili Mevzuat ve İçtihat.....	8
1-) Mevzuat.....	8
2-) İçtihat.....	8
B-) Özel Olarak Ehliyet: İlkelerin Somut Olaydaki Durumu.....	10
1-) Bir "Vakıf Üniversitesi" Olarak "Okan Üniversitesi"nin Bireysel Başvuru Ehliyeti.....	10
a-) Anayasa'ya Aykırı Hüküm: AYM Kanunu md. 46/2.....	10
b-) Anayasa'ya Aykırılığın Giderilmesi: Bireysel Başvuruda Somut Norm Denetimi.....	15
2-) Bir "Vakıf" Olarak "Okan Kültür, Eğitim ve Spor Vakfı"nın Bireysel Başvuru Ehliyeti.....	18
II. USUL YÖNÜNDEN	19
A-) Genel Olarak Başvuru Yolları: Mevzuat ve İçtihat.....	19
B-) Özel Olarak Başvuru Yolları: Üniversite ve Vakıf Arasındaki Bağlaşık İlişki....	20
III. ESAS YÖNÜNDEN	24
A-) Mülkiyet Hakkı.....	24
1-) Kanunilik.....	25
a-) Öngörülebilirlik ve Bariz Takdir Hatası.....	25
b-) Kanunların Geriye Yürütmesi.....	26
2-) Meşru Amaç.....	28
3-) Ölçülülük.....	28
a-) Zorlayıcı İhtiyaç.....	29
b-) Haklı Beklenti.....	29
B-) Adil Yargılanma Hakkı.....	31
C-) Suçta ve Cezada Kanunilik.....	35
SONUÇ	38

GİRİŞ

A-) Uyuşmazlık

1-) UYUŞMAZLIĞIN KONUSU

§1 Uyuşmazlığın konusu, Yükseköğretim Kurulu (“YÖK”) Başkanlığının 27/10/2021 tarihli kararıyla, 2005 yılında yayımlanan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin (“Yönetmelik”) 9/e maddesine dayanılarak, İstanbul Okan Üniversitesi (“Üniversite”) hakkında 2008-2009, 2009-2010 ve 2010-2011 yıllarındaki toplam cari giderlerinin yüzde yirmisine denk düşen 24.910.677,73 TL’nin Üniversiteye kazandırılmasına karar vermesidir. Yönetmeliğin, “Kuruluşta Aranacak Şartlar ve Tüzel Kişilik Kazanma” bölüm başlıklı, “Başvuru ve aranacak belgeler” kenar başlıklı 9/e hükmünün ilk hâli şöyledir:

“Kurulacak yükseköğretim kurumlarına bağlı birimlerden her birinin, ilk defa hizmete gireceği yıla ait her çeşit cari masrafların, on iki aylık tutarının beyanı ile, bunların her yıl en az % 20’sini karşılayacak taşınır ve taşınmaz malların, ekonomik değerleri olan bir hakkın veya gelirin mevcut olduğunu ve bunların yükseköğretim kurumuna tahsis edildiğini veya yükseköğretim kurumunun mamelekine gireceğini gösterir belge ile vakfın veya müşterek hareket eden vakıfların son iki yıllık bilançoları.”

§2 Bu hükümdeki “her yıl” ibaresi, 19/11/2015 tarih ve 29537 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan bir değişiklik ile yürürlükten kaldırılmıştır.

§3 Üniversite, anılan idari işleme özetle şu sebeplerle itiraz etmiş ve dava yolunda da bu itirazlarını öne sürmüştür:

- i. 9/e hükmüyle getirilen yükümlülük, hem maddenin bulunduğu bölüm başlığının (“Kuruluşta Aranacak Şartlar ve Tüzel Kişilik Kazanma”), hem madde kenar başlığının (“Başvuru ve aranacak belgeler”), hem de madde lafzının (“Kurulacak yükseköğretim kurumlarına...”) gösterdiği üzere yeni kurulacak vakıf üniversiteleri için düzenleme getirmektedir. Oysa İstanbul Okan Üniversitesi 1999 yılında, o tarihteki kuruluş taahhüdünü mevzuata uygun şekilde yerine getirerek kurulmuş ve tüzel kişiliğini kazanmıştır. Dolayısıyla hükmün kapsamında değildir.
- ii. 2005 tarihinde getirilen yönetmelik hükmünün Üniversite ve Vakfı kapsamına alması durumunda bu, bir mali yükümlülüğün geriye yürütülmesi niteliğinde olacağından hukuki güvenlik ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Çünkü Üniversite, kuruluşunu 1999’da tamamlamıştır.

- iii. Anılan YÖK kararı, Ekim 2021 tarihlidir. Oysa karara konu cari dönemler 2008-2009, 2009-2010 ve 2010-2011 yıllarıdır. Tüm bu dönemler, YÖK denetiminden sırayla 2010, 2011 ve 2012 yıllarında geçmiştir. Dolayısıyla söz konusu idari işlem, ilgili cari yıllardan ve her hâlükârda o yılların denetlendiği tarihlerden on yıldan daha fazla bir süre geçtikten sonra, mevzuatın lafzına açıkça aykırı ve öngörülemez bir yorumla mali bir yükümlülük yüklemiştir.
- iv. Ekim 2021 tarihli YÖK kararındaki tek dayanak olan 9/e hükmündeki “her yıl” ibaresi, 2015 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla tüm yukarıdaki sorunlara ek olarak ayrıca 2021 yılında verilen karar, artık yürürlükte olmayan bir yönetmelik hükmüne dayanmaktadır.

2-) UYUŞMAZLIĞA İLİŞKİN HUKUKİ SÜREÇ

- ^{§4} Uyuşmazlık konusu idari işleme, Üniversite Rektörlüğüne 21/12/2021 tarihinde itiraz edilmiş, bu itiraz Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının 01/06/2022 tarih ve 2022.7.194 sayılı kararıyla reddedilmiştir. Ret kararında yönetmelik hükümleri tekrar edilmiştir, Üniversitenin iddialarına ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamış, sadece Yönetmelik hükmünün 2005 yılında yürürlüğe girip “her yıl” ibaresinin 2015 yılında yürürlükten kaldırıldığı ve dolayısıyla Üniversitenin 2015 yılına kadar her yıl böyle bir yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmiştir.
- ^{§5} Üniversite tarafından anılan işlemin iptali talebiyle süresi içinde dava açılmıştır. Ankara 15. İdare Mahkemesi, 2022/1580 Esas ve 2023/457 Karar numaralı, 08/03/2023 tarihli kararıyla Üniversiteyi haklı bularak dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Ankara 15. İdare Mahkemesi, yukarıda anılan iddiaların itirazların tümünü ele alan tek organdır. Mahkeme ilamının ilgili bölümü şöyledir:

“... Uyuşmazlıkta; 31.12.2005 tarihli Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe giren, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin Üçüncü Bölüm, “Kuruluşta Aranacak Şartlar ve Tüzel Kişilik Kazanma” başlıklı, “Basvuru ve Aranacak Belgeler” kenar başlıklı 9/e maddesinde; “Kurulacak yükseköğretim kurumlarına bağlı birimlerden her birinin, ilk defa hizmete gireceği yıla ait her çeşit cari masrafların, on iki aylık tutarının beyanı ile bunların her yıl en az %20 sini karşılayacak taşınır ve taşınmaz malların ekonomik değerleri olan bir hakkın veya gelirin mevcut olduğu ve bunların yükseköğretim kurumuna tahsis edildiğini veya yükseköğretim kurumunun mamelekine gireceğini gösterir belge” kuruluş ve tüzel kişilik kazanmada aranacak Şartlar arasında sayıldığı, davacı Üniversitenin 2005 yılından önce 1999 yılında 4488 sayılı

+

Kanunla kurulduğu ve kuruluşunu tamamladığı, dosyaya sunulan bilgi ve belgelere göre de kurulacak Yükseköğretim kurumunun bir yıllık her çeşit işletme ve diğer cari masraflarının en az %20 sini karşılamak üzere 13.400.000.000.-TL'nin Okan Kültür Eğitim ve Spor Vakfı tarafından kuruluş halindeki Vakıf Üniversitesi adına Vakıflar Bankasında bloke edildiği, böylece kuruluş taahhüdünün yerine getirildiği, Okan Üniversitesinin kurulduğu tarihte 10 Nisan 1991 tarihli ve 20841 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin yürürlükte olduğu ve bu Yönetmeliğin Kuruluş ve başvuru aşamasını tanzim eden 8/e maddesinde de paralel bir düzenlemenin bulunduğu ve fakat 19.11.2015 tarih ve 29537 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 9/e maddesinde yapılan değişiklik ile 31/12/2005 tarihli ve 26040 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan "her yıl" ibaresinin yürürlükten kaldırıldığı görülmektedir. Bu durumda, vakıfların cari giderlere katılım payına ilişkin yükümlülüğü ve taahhüdünü her yıl yerine getirmesine ilişkin düzenlemenin 2015 yılı itibariyle mevzuat değişikliği ile ortadan kaldırıldığı, madde metninin kuruluş ve tüzel kişilik kazanma aşamasında aranılacak şartları ve belgeleri düzenlediği, davacı Üniversitenin de kuruluş aşamasında taahhüdünü yerine getirerek kuruluşunu tamamladığı ve tüzel kişilik kazandığı hususları birlikte değerlendirildiğinde, yürürlükten kaldırılan bir düzenlemeye istinaden geçmişe dönük borç çıkarılmasına ilişkin işlemde ve yapılan itirazın reddine dair işlemde hukuka ve mevzuata uyarlılık bulunmamıştır. Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptaline..."

§6 Bu karara karşı Yükseköğretim Kurulu tarafından yapılan istinaf başvurusu üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi, 2023/1766 Esas ve 2023/2662 Karar numaralı, 28/09/2023 tarihli kararıyla Ankara 15. İdare Mahkemesi kararını kaldırarak davanın reddine karar vermiştir. İlgili bölüm şöyledir:

"...Bakılan uyuşmazlıkta; davanın konusunun Üniversitenin 2008-2009, 2009-2010, 2010-2011 yıllarında gerçekleşen cari giderlerinin %20lerinin toplamı olan 24.910.677,73 TL'nin kurucu vakıf sorumluluğunda Üniversiteye kazandırılmasına ilişkin olduğu, bahse konu yıllarda 31.12.2005 tarih ve 26040 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 9uncu maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan "her yıl" ibaresinin yürürlükte olduğu ve anılan

ibarenin 19.11.2015 tarihinden itibaren ileri doğru yürürlükten kaldırıldığı, geçmişe yürümeye ilişkin bir düzenleme olmadığı ve davacı Üniversitenin 2008-2009, 2009-2010, 2010-2011 yıllarında gerçekleşen cari giderlerinin %20 lerinin toplamı olan 24.910.677,73 TL'nin kurucu Üniversiteye kazandırılmadığı anlaşıldığından, dava konusu işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmakla, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, davalı idare vekilince yapılan istinaf başvurusunun kabulüne, başvuruya konu mahkeme kararının kaldırılmasına; davanın reddine... ”

Bu kararın Üniversite tarafından temyiz edilmesi üzerine Danıştay 8. Dairesi, 2023/6471 Esas ve 2024/4556 Karar numaralı, 17/09/2024 tarihli kararıyla istinaf mahkemesinin kararını onamıştır. Kararın gerekçesi şöyledir:

...Bölge idare mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür. Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, 1. Temyiz isteminin reddine, 2. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi'nin 28/09/2023 tarih ve E:2023/1766, K:2023/2662 sayılı kararının ONANMASINA... ”

B-) Tarafımıza Sunulan Bilgi ve Belgeler

⁸⁷ Tarafımıza şu bilgi ve belgeler teslim edilmiştir:

- 1) Danıştay 8. Dairesinin, 2023/6471 Esas ve 2024/4556 Karar nolu, 17/09/2024 tarihli kararı,
- 2) Üniversitenin, 23/11/2023 tarihli, Av. Işıl Batmaz imzalı temyiz başvuru dilekçesi,
- 3) Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından Üniversite Rektörlüğüne yönelik yazılan, vekalet ücreti ve yargılama giderlerinin ödenmesine dair 25/10/2023 tarihli yazı,
- 4) Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesinin, 2023/1766 Esas ve 2023/2662 Karar nolu, 28/09/2023 tarihli kararı,
- 5) Üniversitenin, 16/05/2023 tarihli Av. Işıl Batmaz imzalı istinaf cevap dilekçesi,
- 6) Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının, 06/04/2023 tarihli istinaf başvuru dilekçesi ve ekindeki Yükseköğretim Denetleme Kurulunun 29/03/2021 tarihli “İstanbul Okan Üniversitesi Hakkında İnceleme Raporu”,

- 7) Ankara 15. İdare Mahkemesinin 2022/1580 Esas ve 2023/457 Karar nolu, 08/03/2023 tarihli kararı,
- 8) Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesinin 2022/1074 Y.D. İtiraz No'lu 15/09/2022 tarihli yürütmenin durdurulması isteminin reddine yapılan itirazın reddi kararı,
- 9) Üniversitenin, 30/08/2022 tarihli, Av. Belma B. Batı imzalı yürütmenin durdurulması isteminin reddine karşı itiraz dilekçesi,
- 10) Ankara 15. İdare Mahkemesinin, 05/07/2022 tarihli, "yürütmenin durdurulması isteminin davalı idarenin birinci savunması alındıktan ve ara kararı gereği yerine getirildikten sonra incelenmesine" hükmedilen kararı,
- 11) Üniversitenin, 01/07/2022 tarihli, Av. Belma B. Batı imzalı, yürütmenin durdurulması ve duruşma istemli dava dilekçesi,
- 12) Yükseköğretim Denetleme Kurulunun, 16/01/2020 tarihli, 68918934-663.05[2019/411-20-Y]-07 sayılı yazısı (üç kez gönderilmiştir)
- 13) Üniversite Rektörlüğünün, 23/01/2020 tarihli, 56200091-663.05 sayılı yazısı,
- 14) Üniversite Rektörlüğünün, 19/10/2018 tarihli, 56200091-020 sayılı yazısı,
- 15) Üniversite Rektörlüğünün, 13/05/2019 tarihli, 56200091-020 sayılı yazısı,
- 16) YÖK Başkanlığının B.30.0.VKF.0.00.00.00-298 sayılı 29/04/2010 tarihli, "2009 Yılı Denetim Raporu" konulu yazısı (sadece 1 ve 7'nci sayfaları),
- 17) YÖK Başkanlığının B.30.0.VKF-74 sayılı 14/02/2011 tarihli, "2010 Yılı Denetim Raporu" konulu yazısı (sadece 1 ve 5'inci sayfaları),
- 18) YÖK Başkanlığının B.30.0.VKF-661.01.265 sayılı 30/05/2012 tarihli, "2011 Yılı Denetim Raporu" konulu yazısı (ve ekindeki belgenin sadece 1'inci sayfası),
- 19) YÖK Denetleme Kurulu Başkanlığının 68918934.2016.376 sayılı, 21/01/2016 tarihli yazısı,
- 20) YÖK Vakıf Yükseköğretim Kurumları Dairesi Başkanlığının E-85260234-100-85105 sayılı, tarihsiz kararı (iki kez gönderilmiştir),
- 21) YÖK Genel Kurulunun 27/10/2021 oturum tarihli 2021.15.598 sayılı kararı,
- 22) Üniversitenin, YÖK Genel Kurulunun 27/10/2021 oturum tarihli 2021.15.598 sayılı kararına yönelik açıklama ve itirazları konulu, E-56200091-100-2021.69.375082 sayılı ve 21/12/2021 tarihli kararı,
- 23) YÖK Genel Kurulunun 28/04/2022 oturum tarihli 2022.6.96 sayılı kararı,
- 24) YÖK Vakıf Yükseköğretim Kurumları Dairesi Başkanlığının E-85260234-100-42783 sayılı, tarihsiz kararı,



- 25) YÖK Genel Kurulunun 01/06/2023 oturum tarihli 2022.7.190 sayılı kararı,
26) YÖK Genel Kurulunun 01/06/2023 oturum tarihli 2022.7.194 sayılı kararı.

C-) Tarafımıza Sorulan Sorular

§8 Tarafımıza, özetle, şu sorular yöneltilmiştir:

- 1) İstanbul Okan Üniversitesinin ve Okan Kültür, Eğitim ve Spor Vakfının anılan süreçle ilgili bireysel başvuru yapması mümkün müdür?
- 2) Yapılacak olası bir bireysel başvuruda -özellikle olağan hukuk yollarının tüketilmesi kriteri bakımından- üstesinden gelinmesi gereken potansiyel engeller mevcut mudur?
- 3) Anılan süreçte hangi hakların, hangi gerekçeyle ihlal edildiği iddia edilmelidir?

I-) BİREYSEL BAŞVURU EHLİYETİ YÖNÜNDE

A-) Genel Olarak Ehliyet: Konuyla İlgili Mevzuat ve İçtihat

§9 Somut olayda bireysel başvuru bakımından Üniversite ve Vakfın başvuru ehliyetinin mevzuat ve içtihatlar eşliğinde ele alınması gerekmektedir.

1-) MEVZUAT

§10 Öncelikle konuyla ilgili normları ve içtihadı ortaya koymak gerekmektedir.

§11 Anayasa'nın 148'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre:

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”

§12 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (bundan sonra “AYM Kanunu” diyeceğiz) 46'ncı maddesinin 2'nci fıkrasına göre ise:

“Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.”

2-) İÇTİHAT

§13 Anayasa Mahkemesi (AYM), önüne gelen çeşitli vakalarda bu hususu ele almıştır. Bunlardan İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi kararında AYM, hükmü kategorik olarak ele almış ve kamu tüzel kişisi sıfatını haiz başvuru sahiplerinin başvuruları konusunda kendisini şu gerekçeyle “kişi yönünden yetkisiz” saymıştır:



“6216 sayılı Kanun’un 46. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunamayacakları düzenlenmiş olup, anılan hükümde, başvuruya konu olayın özel hukuk ilişkisinden ya da kamu gücü kullanılmasından kaynaklanan bir olay olup olmadığı ayrımı yapılmamıştır. Bu açıdan ilgili idarenin içinde bulunduğu hukuki ilişkinin niteliğinin bir önemi yoktur.”¹

§14 Mahkeme bu kategorik tutumunu, sadece vakıf üniversiteleri için değil; köyler², belediyeler³, ticaret odaları⁴ veya barolar⁵ gibi meslek kuruluşları, kimi (sermayesinin tamamı Büyükşehir Belediyesine ait bir şirket niteliğindeki) iştirakler⁶ veya (çok sayıda faktör uyarınca kamu gücünün parçası addedilebilecek) vakıflar⁷ açısından da uygulamıştır.

§15 Bu içtihadi birikimde, yer veya hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları açısından şekilci bir yaklaşım görünmektedir. AYM “Anayasa’da veya Anayasa’yla yetkili kılınan organlarca çıkarılan düzenlemelerde (kanun/Cumhurbaşkanlığı kararnamesi) açıkça kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilen kuruluşların kamu tüzel kişisi olduğunda tartışma olmadığı” kanaatiyle kategorik olarak kabul edilmezlik kararı vermektedir.

§16 Bundan başka; AYM, Anayasa’da ya da Anayasa’yla yetkili kılınan organlarca çıkarılan düzenlemelerde kamu tüzel kişisi olduğu açıkça belirtilmeyen hatta özel hukuk tüzel kişisi olarak tanımlanan ancak kamuyla bağlantılı bulunan tüzel kişilerin de bireysel başvuru ehliyetine sahip olamayabileceği çıkarımında bulunmuştur.⁸

§17 Bu bağlamda örneğin bir “anonim şirket” (uygulamada genellikle belediye iştirakleri vb.) yönünden sermaye payına odaklanılmakta ve söz konusu şirketin “kamu gücünün kullanımına katılan bir tüzel kişilik olup olmadığı” incelenmektedir.⁹

§18 Yine bu bağlamda örneğin vakıflar söz konusu olduğunda AYM, (i) kanunla kurulma, (ii) yönetici ve üyelerinin kamu görevlileri arasından kanunla belirlenmesi, (iii) görev ve

¹ İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, B. No: 2013/1430, 21/11/2013, § 26. Konuyla ilgili ilk karar için bkz. Büğdüz Köyü Muhtarlığı, B. No: 2012/22, 25/12/2012.

² Büğdüz Köyü Muhtarlığı, op. cit.; Demirdöven Köyü Tüzel Kişiliği ve diğerleri, B. No: 2014/14359, 25/12/2018, §§ 34-36.

³ Ballıdere Belediye Başkanlığı, B. No: 2012/1327, 12/2/2013, §§ 16-19.

⁴ Örneğin bkz. Doğubayazıt Ticaret ve Sanayi Odası, B. No: 2012/743, 5/3/2013, §§ 15-17.

⁵ Ankara Barosu Başkanlığı, B. No: 2015/17941, 7/3/2018, §§ 15-21; Ankara Barosu Başkanlığı (2), B. No: 2015/17944, 9/5/2018, §§ 15-21; Kütahya Baro Başkanlığı ve Uşak Baro Başkanlığı, B. No: 2020/25441, 25/5/2021; Bursa Barosu, B. No: 2021/13211, 11/5/2023, §§ 7-13.

⁶ Aydın İmar Sanayi ve Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2018/10972, 28/7/2022, §§ 30-45.

⁷ Buca Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı [GK], B. No: 2019/15717, 31/1/2024, §§ 41-49.

⁸ Aydın İmar Sanayi ve Ticaret A.Ş. [GK], § 34.

⁹ Aydın İmar Sanayi ve Ticaret A.Ş. [GK], § 40. Mezkûr olayda sermayesinin tamamı belediyeye ait şirketin bu durumu, somut olaydaki uyuşmazlığın iki belediye arasındaki bir uyuşmazlıkla ilgili olmasından ötürü incelenmemiştir.

faaliyetlerinin kanunla belirlenmesi, (iv) gelir kaynaklarının büyük ölçüde kamu bütçesinden karşılanması, (v) kamu gelirlerinden pay alınması, (vi) gelirlerin kamu alacağı mahiyetinde olup olmadığı, (vii) kanunla kendisine tanınan muafiyet ve ayrıcalıklarının bulunup bulunmadığı şeklinde bir ölçütler demeti kullanmaktadır.¹⁰ Bu ölçütlerin kümülatif mi yoksa alternatif mi olduğu ise nispeten belirsizdir.

§19 Anayasal mevzuattaki ve içtihadındaki durumu bu şekilde uyguladıktan sonra şimdi somut olaya dönebiliriz.

B-) Özel Olarak Ehliyet: İlkelerin Somut Olaydaki Durumu

§20 Bu başlıkta, yukarıdaki genel ilkeler ışığında İstanbul Okan Üniversitesinin ve Okan Eğitim, Kültür ve Spor Vakfının başvuru ehliyetleri meselesi ayrı başlıklar hâlinde değerlendirilecektir.

1-) BİR “VAKIF ÜNİVERSİTESİ” OLARAK “OKAN ÜNİVERSİTESİ”NİN BİREYSEL BAŞVURU EHLİYETİ

§21 Okan Üniversitesinin bireysel başvuru ehliyeti açısından ikili bir inceleme yapmak gerekir. Öncelikle (a) kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru yapma ehliyetini kısıtlayan hükmün Anayasa’ya aykırılığını, ardından da (b) bu Anayasa’ya aykırılığın nasıl giderilebileceğini ortaya koymak gerekmektedir.

a-) Anayasa’ya Aykırı Hüküm: AYM Kanunu md. 46/2

§22 31/12/2005 tarihli Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 5. maddesine göre vakıf üniversiteleri birer kamu tüzel kişisidir. Okan Üniversitesi bir kamu tüzel kişisidir. Buraya kadar yazılanlardan anlaşılacağı üzere AYM, kamu tüzel kişiliğini haiz kişilerin bireysel başvurularını kategorik olarak “kişi yönünden yetkisizlik” ile sonuçlandırmaktadır. Dolayısıyla süregelen içtihadın aynen uygulanması durumunda Okan Üniversitesinin yapacağı bireysel başvuru kabul edilebilirlik aşamasında reddedilecektir.

§23 Ne var ki aslında konuya bu denli şekilci yaklaşamaz. AYM’nin uygulaması, 6216 sayılı AYM Kanunu’na (md. 46/2) biçimsel olarak uygundur. Fakat AYM Kanunu md. 46/2’nin Anayasa’ya (md. 148/3) uygunluğu kuşkuludur. Şöyle ki; Anayasa’nın 148’inci maddesine göre:

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”

¹⁰ Buca Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı [GK], § 47.

§24 6216 sayılı AYM Kanunu'nun md. 46/2 hükmüne göre:

“Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.”

§25 Bu iki hüküm birbiriyle hak öznesi tanınma biçimi itibarıyla uyumsuzdur. Anayasa'nın daha geniş nitelikteki (“herkes”) ifadesi, kanunla ve kamu tüzel kişileri kategorik olarak dışlanmak suretiyle daraltılmıştır. Böylesi bir -kategorik- daraltma Anayasa'ya aykırıdır.

§26 Bu gerçeği temellendirmek gerekirse; “herkes” sözcüğü, etimolojik olarak iki kelimedenden oluşur. Farsça har هر “her” ve Farsça ve Orta Farsça kas کس “kişi, kimse” sözcüklerinin bileşiğidir. Bu sözcük Eski Farsça kaščī “herhangi biri, bir kimse” sözcüğü ile eş kökenlidir.¹¹ Yani Anayasa'da bireysel başvuru başvuru ehliyeti, “her” bir “kes”e (kişiye) tanınmıştır. Buradaki “kes” ifadesi, “kişi” anlamına gelir. Kişiler ise hukukta gerçek (yurttaş veya yabancı gerçek kişileri) ve tüzel kişiler (özel veya kamu tüzel kişileri) biçiminde alt kategorileri içermektedir. Anayasa'nın Mülkiyetle ilgili 35'inci maddesinin gerekçesinde¹² veya AYM'nin daha ilk dönemde verdiği bir kararında¹³ da kabul edildiği üzere, hukuki metinlerde “herkes” veya “kimse” dendiğinde (gerçek veya tüzel) tüm kişiler kastedilir.

§27 Lafzi yorumun bizi ulaştırdığı bu sonuç, öğretide “beşinci yorum yöntemi” olarak ifade edilen¹⁴ ve AYM'nin de çeşitli kararlarında karşılık bulan¹⁵ “karşılaştırmalı hukuk yorum yöntemi” açısından da doğrulanmaktadır. Bu yorum yöntemine göre, iki farklı ülkede benzer normlarla karşılaşıldığında benzer nitelikteki mahkemelerin çıkarımları dikkate alınır ve uygun olduğu denli “fikirlerin göçü” veya “anayasal esinlenme” söz konusu olabilir. Bu bakımdan somut

¹¹ Sevan Nişanyan, *Sözlerin Soyağacı: Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü*, (Everest Yay., 2009), s. 237; İsmet Zeki Eyuboğlu, *Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü*, (Say Yay., 2020), s. 322.

¹² Yunus Emre Yılmazoğlu ve İsmail Emrah Perdecioğlu (ed.), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, (AYM Yay., 2018), s. 204. “Mülkiyetin Anayasa teminatı altına alınması kimlerin yararlanacağı ise bir problem doğurmaz. Malik sıfatını taşıyan gerçek ve tüzel kişiler, bu Anayasal güvenceden yararlanırlar ve onu dermeyer edebilirler. Gerçek kişilerin fiil ehliyetlerinin farklı olması sebebiyle bu temel hakkın sahipliği bakımından bir ayırım yapılamaz. Başka deyişle mülkiyete sahip olmak bakımından hiçbir ehliyet ayırımı gözetilemez.”

¹³ AYM, E. 1963/101, K. 1964/49, T. 16/06/1964.

¹⁴ Peter Häberle, “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als ‘fünfter’ Auslegungsmethode” *Juristen-Zeitung*, S. 44, 1989, 913–919; André Jansen, “Comparative Law in Germany: Yesterday's Hobby or Tomorrow's Science?”, *Opinio Juris in Comparatione*, S. 1(1) 157-182, 176.

¹⁵ ABD Yüksek Mahkemesine bazı atıflar için bkz *Esra Nur Özbey*, B. No: 2013/7443, 20/05/2015, § 60; *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/06/2014, § 72; *Arslan İlhan ve diğerleri*, B. No: 2014/6357, 04/07/2018, § 10; *Aziz Yıldırım (5)*, B. No: 2013/9037, 23/03/2016, § 37; *Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik* [GK], B. No: 2013/6237, 02/07/2015, § 52; Federal Alman Anayasa Mahkemesine bazı atıflar için bkz *İrfan Sancı (2)*, B. No: 2018/5652, 30/03/2022, § 36; *Ahmet Kılıçelli*, B. No: 2017/31069, 30/09/2020, § 32; *Nur Neşe Karahan ve Yeşil Artvin Derneği*, B. No: 2016/79283, 17/04/2019, § 19; İsviçre Federal Yüksek Mahkemesine bazı atıflar için bkz *Çetin Akboğa*, B. No: 2019/430, 23/03/2023, § 33; Kanada, İtalya, Birleşik Krallık ve Almanya mevzuatına bir atıf için bkz *Hanifi Yalıcı*, B. No: 2014/5224, 10/06/2021, § 71; İtalyan ve Fransız mevzuatına bir atıf için bkz *Hamit Yakut* [GK], B. No: 2014/6548, 10/06/2021, § 83.

olayda özellikle Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin (FAYM) ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) yaklaşımları dikkate değerdir.

§28 Almanya’da bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) usulü şu formülasyonla düzenlenmiştir:

“Temel haklarından birinin ya da Anayasa’nın 20. maddesinin 4. fıkrası, 33., 38., 101., 103. ve 104. maddelerinde yer alan haklarından birinin kamu otoritesi tarafından ihlal edildiğini iddia eden herkes, Federal Anayasa Mahkemesine anayasa şikâyeti başvurusunda bulunabilir.”¹⁶

§29 Bu hükümde geçen “herkes” (“*jedermann*”) sözcüğü Alman literatüründe ve uygulamada, somut olayda olduğu gibi tartışma konusu olmuştur. Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin bu konuda ilkesel yaklaşımı, bireysel başvuru usulünün devlet organları arasındaki uyuşmazlıkları çözüme mercii olmadığı, bu nedenle bu türden başvuruların reddedileceği yönündedir.¹⁷ Bu reddedişin arka planında, bir yandan hak ve ödevin aynı bünyede birleşmesinin mümkün olmadığı düşüncesi (Türkçe birleşme argümanı/Almanca *Konfusionsargument*), diğer yandan kamu kurumlarının birbirine düşmeleri hâlinde sistemin felce uğrayacağı konusundaki bir düşünce (Türkçe “felç argümanı”/Almanca *Lähmungsargument*) yatmaktadır.¹⁸ Bu çerçevede Almanya’daki emeklilik kurumunun, sosyal sigortalar kurumunun, genel sağlık fonunun veya kamu tasarruf bankalarının bireysel başvuruları bu gerekçeyle reddedilmiştir.¹⁹

§30 Ne var ki Alman öğretisi ve onunla uyumlu hareket eden FAYM, bu içtihatlarına rağmen “herkes” kavramının -her hal ve kârda (!)- kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru ehliyetini-kategorik olarak(!) – dışlamayacağı kanaatindedir. Kendini “anayasa yargısı usulünün efendisi”²⁰ sayan içtihadı uyarınca, yasamanın veya diğer bir başka organın, “herkes” kavramının anlamını yorumlamaya ilişkin takdirini daraltmalarına izin vermeyen FAYM, somut olayın koşullarına göre farklı çıkarımlar yapılabilmıştır. Buna göre; Almanya öğretisinde “devlete mesafeli” (“*staatsdistanzierter*”) olarak nitelendirilen²¹ ve aynı anda hem hak hem de

¹⁶ “Artikel 90”, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG). Metin için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/bverfge/_90.html

¹⁷ Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (C.F. Müller, 1999), §286.

¹⁸ Friedrich Schnapp, “Zur Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts”, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa/Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I*, Detlef Merten/ Hans-Jürgen Papier (der.), (C.F. Müller Verlag, 2006), s. 1249. BVerfGE, 21, 362, 369; BVerfGE 68, 193, (205); BVerfGE 75, 192, (196).

¹⁹ BVerfGE 21, 362 (377); BVerfGE 77, 340 (344). Christoph Gusy, *Die Verfassungsbeschwerde: Voraussetzungen und Verfahren*, (C. F. Müller, 1988), s. 39.

²⁰ Bkz. BVerfGE, 13, 54, (94); 36, 342, (357); 60, 175, (213). Bu çıkarım, bir ölçüde “özerk kavramlar öğretisi”nin usulü ve Alman versiyonu sayılabilir.

²¹ Peter Selmer, “Zur Grundrechtsberechtigung von Mischunternehmen”, *Handbuch der Grundrechte II*, s. 1281.

yükümlülük taşıyıcısı olan (buna “çifte statünlülük” de denmektedir²²) kimi tüzel kişilerin durumu, her olayın kendine özgü koşullarında incelenmektedir.²³ Bu tüzel kişilerin bireysel başvuruya konu yakınmasının çifte statüden ödevle mi yoksa hakla mı ilgili olduğuna odaklanılmakta ve buna göre bir sonuca ulaşılmaktadır. Bu bakımdan örneğin kamu tüzel kişiliği olmalarına rağmen somut olayın koşulları uyarınca bir üniversitenin²⁴, bir radyonun²⁵ veya televizyon kanalının²⁶ yahut kilisenin²⁷ başvurusu kabul edilebilmiştir. FAYM bunun yanı sıra, şirketler, kamu-özel ortaklıkları vb. diğer bazı kişiler açısından da “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” (*Durchgriffstheorie*) teorisini uygulayarak, başvurucuların adına değil, arka planda temel hak taşıyıcısının bulunup bulunmadığına odaklanmaktadır.²⁸

§31 Bu yaklaşımın uzantısı, Strazburg organlarının içtihatlarında da görülmektedir. İHAM, prensip itibarıyla hükûmete bağlı kuruluşların başvurularını kişi yönünden yetkisizlik ile kabul edilemez bulsa da örneğin kamu tüzel kişiliğini haiz şirketlerin²⁹, kamu radyolarının³⁰ veya kiliselerin³¹ bireysel başvurularında kişi yönünden yetkili olabileceğine hükmetmiştir. İHAM bu bağlamda, tüzel kişinin iç hukuktaki hukuki statüsü, bu statünün sağladığı haklar, yürütülen faaliyetin niteliği, faaliyetin yürütüldüğü bağlam ve siyasi makamlardan bağımsızlık derecelerini dikkate aldığını ifade etmiştir.³²

§32 Bu noktada özellikle vurgulanması gereken husus, FAYM’in ayrıcalıklı bir yere koyduğu “hukuk devleti” ilkesinin gereklerini hesaba katarak, özellikle adil yargılanma hakkına ilişkin sorunların bireysel başvuruya konu edilebilmesiyle ilgili çıkarımıdır.³³ Bu çıkarıma göre, özellikle idari yargılama usulünde görülen davalarda idarenin davada taraf olabilmesi; idareye

²² Gerrit Mannsen, *Staatsrecht II: Grundrechte*, (C.H. Beck, 2010), s.23.

²³ Bkz. BVerfGE, 15, 256, (262); 39, 302, (310); 11.03.2005, 1 BvR 2298/04.; BVerfGE 85, 360, (370).

²⁴ BVerfGE, 15, 256, (262). Keza bkz. 11 Mart 2005 tarihli 1 BvR 2298/04.

²⁵ BVerfGE 59, 231, (255).

²⁶ BVerfGE, 107, 299, (309).

²⁷ BVerfGE 21, 362, (374).

²⁸ “Durchgriff” ifadesi Türkiye özel hukukunda tanınmakta ve genellikle “perdenin kaldırılması” veya “sızma” olarak adlandırılmaktadır. Bu kullanımların dışında “ışıldak teorisi” veya “tabana basma”, “örtünün kaldırılması” gibi ifadeler de kullanıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 177 ve orada atıf yapılanlar. Gözlemediğimiz kadarıyla bu teori (*durchgriffstheorie*) özel hukukta, hukuk düzeninin getirdiği bir yükümlülükten kurtulmak veya yasaklanan bir amacı gerçekleştirmek için tüzel kişiliğin arkasına saklanması sorununa ilişkindir. Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.177. Ancak FAYM, bu terimi, medeni hukuktaki anılan teknik kullanım ile aynı yönde kullanmamaktadır. Bu açıdan Mahkeme, bir kararında, önceki kararlarında aradan sızma (“durchgriff”) terimine yer verdiği yerlerde aradan bakma “durchblick” terimine yer vermek suretiyle bu farka dikkat çekmiştir. BVerfGE 61, 82, 101; BVerfGE 21, 362, 369.

²⁹ *Islamic Republic of Iran Shipping Lines/Türkiye*, 40998/98, 13/12/2007 §§ 80-81; *Ukraine-Tyumen/Ukrayna*, 22603/02, 20/05/2010, §§ 25-28; *Unédic/Fransa*, 20153/04, 18/12/2008, §§ 48-59

³⁰ *Radio France ve Diğerleri/Fransa* (k.k.), 53984/00, 23/09/2003, § 26; *Österreichischer Rundfunk / Avusturya* (k.k.), 57597/00, 25/05/2004.

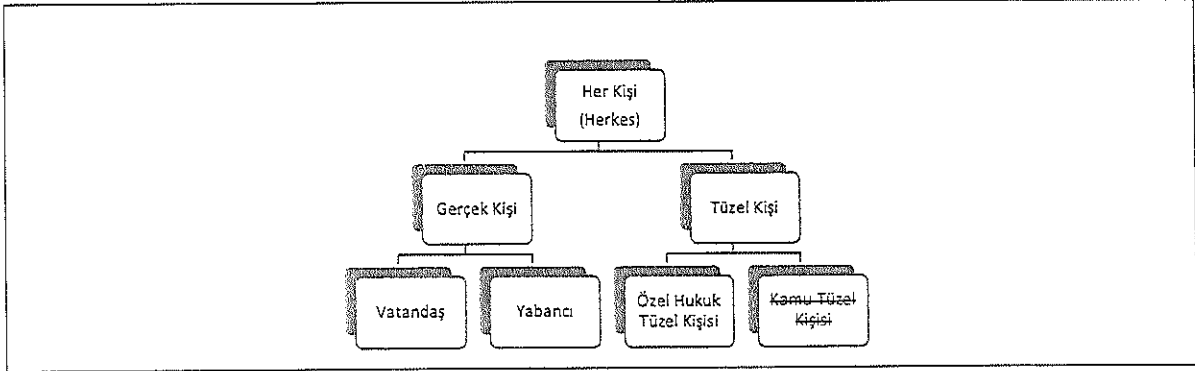
³¹ *The Holy Monasteries / Yunanistan*, 13092/87 13984/88, 05/06/1990, § 49.

³² *Kotov/Rusya* [BD], 54522/00, 03/04/2012, § 93.

³³ BVerfGE 61, 82, (104-105); BVerfGE 6. 45, (49); 13, 132, (139).

usuli haklar tanınması, hatta olağan kanun yollarına (istinaf ve temyiz gibi yollara) başvuru olanağı tanınması mutlaka dikkate alınmak durumundadır. Bu bağlamda idarenin, istinaf veya temyiz yollarına başvurması nasıl ki “devletin devlete şikâyeti olmaz”³⁴ denilerek yadsınmayıp, usuli güvenceler hakkaniyetli bir yargılamanın parçası sayılıyorsa, benzer mantığın bireysel başvuru usulünde de uygulanması gerektiği kabul edilmiştir.³⁵ Kaydetmek gerekir ki bu son husus, Anayasa Mahkemesinin Alman öğretisini tanyan ve medeni usul hukuku profesörü olan bir üyesi³⁶ tarafından da, haklı biçimde (aslında bu gerçeğin farkında olan bir kişi açısından kaçınılmaz bir sonuç olarak) dile getirilmiştir. Keza bir başka kararda, iki farklı üyenin³⁷ bu konudaki kategorik ve katı yaklaşımlara binaen kullandıkları karşı oy da ayrıca dikkate değerdir.

Anayasa'nın tüm kişiler için tanıdığı bir hak, kanunla ve kategorik olarak daraltılamaz. AYM, benimsediği “özerk yorum öğretisi”³⁸ (otonom kavramlar doktrini) uyarınca, kanunların nasıl bir nitelendirme yaptığıyla (başvurucunun özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi olarak nitelendirildiğiyle) bağlı olmaksızın; her somut olayda kendi özgün değerlendirmesini yapabilir. Kamu tüzel kişilerinin pek çok durumda ve genellikle “hak sahibi” ol(a)mamaları, ayrıksı hâllerde aksi çıkarımlara engel olmaz. Böylesi bir çıkarım olasılığını tamamen dışlayan, AYM'yi Anayasa'nın lafzı (Anayasa, bireysel başvuru hakkını “herkes” için tanımıştır) hilafına kategorik bir yaklaşıma zorlayan Kanun hükümleri Anayasa'ya aykırıdır.



³⁴ Bu argüman özellikle Burhan Kuzu tarafından savunulmuş ve Komisyon'da kabul görmüştür. Bkz. TBMM Tutanak Gergisi, C. 97, 80'inci Birleşim, 22/03/2011; “Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu Tasarısı ile Komisyon Raporu”, TBMM 23'üncü Dönem, Yasama Yılı 5, s.20 vd.

³⁵ Mannsen, s. 25.

³⁶ Bkz. Erdal Tercan'ın karşı oyu. *İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi*, op. cit.

³⁷ Bkz. Osman Alifeyyaz Paksüt ve Celal Mümtaz Akıncı'nın karşı oyları. *Ankara Barosu Başkanlığı (2)*, B. No: 2015/17944, 9/5/2018.

³⁸ *Ford Otomotiv Sanayi A.Ş.* [GK], B. No: 2019/40991, 23/03/2023, § 149; *Çetin Doğan (3)* [GK], B. No: 2021/30714, 15/02/2023, § 153.

- §33 Tüm bu açıklamalar bize göstermektedir ki hükümde dört yönden sorun vardır:
- §34 **Birincisi:** Anayasa bireysel başvurunun öznesi “herkes” olarak geniş biçimde göstermişken, kanun bir daraltma yapmıştır.
- §35 **İkincisi:** Kamu tüzel kişileri çoğu kez bireysel başvuru ehliyetine sahip olmasa da Anayasa’nın lafzı hilafına bu olasılığın kategorik olarak dışlanması sorun vardır.
- §36 **Üçüncüsü:** Söz konusu daraltma, AYM’nin “kendi usulünün efendisi” olması ve/veya özerk kavramlar öğretisi yönünden de sorunludur.
- §37 **Dördüncüsü:** Bu sorun, karşılaştırmalı hukuk yorum yöntemi çerçevesinde Türkiye için “bağlayıcı” olan İHAM içtihatları ve Türkiye için “ilham verici” olan FAYM içtihatlarıyla da doğrulanmaktadır.
- §38 Şimdi bu saptamayı yaptıktan sonra, sorunun nasıl aşılabileceğine geçebiliriz.

b-) Anayasa’ya Aykırılığın Giderilmesi: Bireysel Başvuruda Somut Norm Denetimi

- §39 Saptamamızı tekrarlayalım: AYM Kanunu’nun md. 46/2 hükmünde geçen “*Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz.*” ifadesi Anayasa’ya aykırıdır. Bu aykırılığın AYM önüne taşınmasının yolu, lafi uzatmadan söylersek; “somut norm denetimi” olarak da bilinen itiraz yoludur. Bu yol Anayasa’nın 152’nci maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre:

“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.”

- §40 Somut olayda bir kamu tüzel kişisi olarak İstanbul Okan Üniversitesinin bireysel başvurusu karşısında, “Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz.” hükmü, söz konusu maddede geçen “*uygulanacak bir kanun hükmü*” niteliğindedir.
- §41 Fakat bu, tek başına somut norm denetimini başlatmaya yetmez. İki faktör daha çözüme kavuşturulmalıdır:

- (i) Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemesi sırasında “*davaya bakmakta olan mahkeme*” sıfatına sahip midir?



- (ii) İstanbul Okan Üniversitesi'nin AYM Kanunu'nun md. 46/2 hükmündeki “*Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz.*” cümlesinin Anayasa'nın md. 148/3 hükmüne aykırılık iddiası “ciddi” midir?

§42 **Davaya Bakmakta Olan Mahkeme-** İlk sorunun yanıtı olumludur. Şöyle ki; AYM'ye göre dava kavramı, sadece “*dar anlamda dava*” (iki kişi arasında çıkan bir uyuşmazlık dolayısıyla bu uyuşmazlığın çözümlenmesinin mahkemeden istenmiş olması üzerine ortaya çıkan bir durumu veyahut kendi üzerine suç atılan bir kimsenin cezalandırılması istemi ile savcı tarafından belli bir kimseye karşı ortaya çıkarılan uyuşmazlık durumunu) kavramını kapsamamakta, aynı zamanda “*geniş anlamda dava*” (mahkemelerin bir karara bağlamakla ödevli oldukları dâvalar veya çelişmesiz yargıdan sayılan işler) anlamına da gelmektedir.³⁹

§43 Bu geniş anlam, pekâlâ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde yer alan “adil yargılanma hakkı”nın konusunu oluşturan uyuşmazlık (“*contestations*”) sözcüğüne denk düşmektedir. Bu durum, Sözleşme'nin aynı maddesinde geçen mahkeme kavramının dar anlamda mahkeme (“*court*”) değil, geniş anlamda mahkeme (“*tribunal*”) olması gibidir.⁴⁰

§44 Ayrıntılara girip konuyu uzatmadan söylersek: İHAM açısından “davaya bakan mahkeme” kavramı, hem dava hem de mahkeme kavramı uyarınca “geniş” anlam taşır. Bu nedenledir ki AYM önündeki bireysel başvuru usullerine dair yakınmalar, “adil yargılanma hakkı” kapsamında incelenebilmektedir.⁴¹ Uluslararası hukuka uygun yorum ilkesi uyarınca AYM'nin de “davaya bakan mahkeme” kavramını geniş anlamıyla kavraması bir zarurettir.

§45 Sonuç itibarıyla; AYM'nin, yüce divan yargılamaları veya siyasi parti kapatma davalarında kendisini “davaya bakan mahkeme” sayıp o davalarda uygulayacağı normları (AYM Kanunu'nun yanı sıra örneğin Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Siyasi Partiler Kanunu vb.) somut norm denetimine tabi kılması⁴² gibi, bireysel başvuru usulünde de aynı yöntemi uygulayabilir.⁴³ Hatta uygulamalıdır.

³⁹ AYM, E. 1967/21, K. 1968/36, T. 04/03/1969.

⁴⁰ Bu ayırımın AYM içtihadındaki yansımaları konusunda bkz. Kemal Başlar, *Anayasa Yargısında “Mahkeme” Kavramı*, (Roma Yay., 2005).

⁴¹ Çok sayıda karar içinde örneğin bkz. *Sürmeli/Almanya*, 75529/01, 08/06/2006.

⁴² Bkz. AYM, E. 1964/22, K. 1964/54, T. 3/7/1964; AYM, E. 1967/6, K. 1968/9, 27/02/1968; 1969/24, 1969/50, T. 30/9/1969; AYM, E. 1971/41, K. 1971/67, T. 17/8/1971 ve 19/8/1971.

⁴³ Burada mesele norm denetimi yapılması değil, olsa olsa hükmün iptal mi yoksa ihmal mi edileceğidir. Bkz. AYM, E. 2002/121, K. 2002/62, T. 09/07/2002.

- §46 *Anayasa'ya Aykırılık İddiasının Ciddiliği-*. Somut norm denetiminin başlatılmasının bir diğer kritik koşulu Anayasa'ya aykırılık iddiasının taraflarca ileri sürülmesi hâlinde bu iddianın "ciddi" olduğu kanaatine varılmasıdır.
- §47 Buradaki "ciddi olduğu kanısına varma" ifadesi, başka bir deyişle "ciddilik" ölçütü, öznel değil nesnel bir anlam taşır. Buna göre; davaya bakan mahkemenin ilgili normun "Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varmasına" gerek yoktur.⁴⁴ Zira (örneğin Almanya'nın aksine) Türk Anayasası, derece mahkemelerinin normu Anayasa'ya "aykırı" bulmasından değil, "ciddi" bulmasından bahsetmektedir.⁴⁵ Hâl böyleyken öğretide kabul gören baskın yaklaşım uyarınca, Anayasa'ya aykırılık iddiasının "hukuken tartışılabilir" olması yeterlidir.⁴⁶ Eğer bir mahkeme, Anayasa'ya aykırılık iddiasının hukuken tartışılabilir düzeyde olduğunu bulgulursa, bu iddianın AYM'ye gecikmeksizin sevk edilmesi artık bir zorunluluk olacaktır.⁴⁷
- §48 Yukarıda ifade edildiği üzere AYM'nin üç üyesi bu daraltma konusunda hâlihazırda karşı oy yazıları yazmıştır.⁴⁸ Yine yukarıda ifade edilen nedenlerle bu durum lafzi ve sistematik (karşılaştırmalı hukuk uygulamaları dâhil) yorum uyarınca Anayasa'ya aykırı görünmektedir.⁴⁹ Öğretide de Anayasa'daki "herkes" ifadesinin kamu tüzel kişilerini dışlayarak daraltılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu görüşü ileri sürülmektedir.⁵⁰ Dolayısıyla AYM'nin kararları, karşı oylar, öğreti görüşleri, uluslararası hukuk kararları ile karşılaştırmalı hukuk örnekleri ve başlıca yorum kuralları gibi en az altı faktör bu iddianın "ciddi" olduğunu göstermektedir.
- §49 Tekrarlamak gerekir ki ciddilik, AYM'nin bu Anayasa'ya aykırılık iddiasını haklı bulup bulmamasından bağımsız bir durum olup norm denetimi başlatmanın ön koşuludur. Bu vakada davaya bakan mahkeme bizzat AYM'nin kendisidir. Bu nedenle -sonuç ne olursa olsun- bu iddia uyarınca konunun bekletici mesele sayılması gerekir.

⁴⁴ Özen Ülgen, *İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme*, (Beta Yay., 2013) s. 153.

⁴⁵ Ralf Müller-Terpitz, "Art. 100: Normenkontrolle", in Hans Hofmann, Henneke H. G., Schmidt-Bleibtreu, B., Klein, F. (der.), *GG Kommentar zum Grundgesetz*, (Carl Heymanns Verlag, 2018) s. 2708.

⁴⁶ Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, (Seçkin Yay., 1996), s. 142; Rona Aybay, "Anayasa'ya Aykırılık İtirazı", *Dünya Gazetesi* (12 Kasım 1962)'den aktaran Metin Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, (AÜSBF Yay., 1966), s. 69. Benzer yönde bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, (Beta Yay., 2015) s. 526; En kapsamlı ve güncel olarak bkz. Ömer Egeliği, "Somut Norm Denetiminde Anayasa'ya Aykırılık İddiasının Ciddiliği Meselesi", *Anayasa Yargısı*, C. 39, S. 2, 2022. s. 222.

⁴⁷ Kıratlı, s. 72.

⁴⁸ Bkz. Yukarıda dipnot 36 ve 37.

⁴⁹ Bkz. Yukarıda dipnot 11 ve devamına eşlik eden metin.

⁵⁰ Tolga Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)*, (On İki Levha Yay, 2013), s. 286 vd.; Kerem Altıparmak, *Van Depremine Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesi'nin Bayram Oteli Kararı*, (TESEV Yay, 2014), s. 10; İbrahim Şahbaz, "Yargıtay ve Bireysel Başvuru Yolu", *Anayasa Hukuku Dergisi*, S. 3 (6), 2014. Açıkça tartışmamakla birlikte bunu ima eden bir görüş için bkz. Çiğdem Vardar/Deniz Dursun, "Einführung der Verfassungsbeschwerde in der Türkei aus rechtsvergleichender Perspektive", *Informationsbrief der Deutsch-Türkischen Juristenvereinigung* (Prof. Dr. Hilmar Krüger zum 75. Geburtstag), 22(1-2), 2013, s. 57.

§50 AYM'nin *Hilmi Kocabey ve diğçerleri* kararında⁵¹ da vurguladığı üzere, bir somut norm denetimi iddiası, davanın sonucunu değiştirmeye matuf nitelik arz etmektedir ki işbu iddia karşısında bizzat AYM'nin ilgili ve yeterli bir gerekçe sunma zorunluluğu bizzat kendi içtihadının bir gereğidir.

§51 Sonuç itibarıyla; ortada bir on yıl yasağı vb. türden bir sorun⁵² da bulunmadığı için, mezkûr normun Anayasa'ya aykırılığı iddiasının çözümünün bir "ön mesele" yapılması koşulları mevcuttur. Bu incelemenin yapılması ve hükmün iptal/iħmal edilmesi ve nihayet İstanbul Okan Üniversitesinin başvurusunun esastan incelenmesi teorik olarak mümkün görünmektedir.

2-) BİR "VAKIF" OLARAK "OKAN KÜLTÜR, EĞİTİM VE SPOR VAKFI" NİN BİREYSEL BAŞVURU EHLİYETİ

§52 Somut olayda YÖK kararının gereği olarak mezkûr parayı ödemekle mükellef kılınan Okan Kültür, Eğitim ve Spor Vakfı'nın (bundan sonra kısaca "Vakıf" denilecektir) bireysel başvuru ehliyetinin yine AYM Kanunu'nun md. 46/2 hükmüyle ilgili olduğu görölmektedir. Bu fıkranın "*Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz.*" cümlesinin devamında "*Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.*" denilmektedir.

§53 Vakıflar, prensip itibarıyla birer özel hukuk tüzel kişisidirler. Okan Kültür, Eğitim ve Spor Vakfı da prensip itibarıyla bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu için bu yönden bir sorun yoktur.

§54 Keza Okan Kültür, Eğitim ve Spor Vakfı üyeleri adına başvuru yapmamaktadır. Sunulan bilgilere göre Vakıf, idari yargıda iptal davasına konu olan YÖK kararının uyarınca para ödenmekle yükümlü kılınmasından yakınmaktadır. Bu yakınma, bizzat Vakfın kendi tüzel kişiliğine dönük bir müdahaleyle ilgili olduğu için bu yönden de bir sorun görünmemektedir.

§55 Burada kanımızca sınanması gereken husus, Vakfın, AYM'nin yukarıda aktardığımız *Buca Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı* kararında ortaya koyduğu ölçütleri karşılayıp karşılamadığıdır. Zira vakıflar, ilk bakışta bireysel başvuru ehliyetine sahip olsalar da çeşitli ölçütler uyarınca "kamu tüzel kişisi olduğu açıkça belirtilmeyen hatta özel hukuk tüzel kişisi olarak tanımlanan ancak kamuyla bağlantılı bulunan tüzel kişi" niteliği taşıyıp taşımadığı sınanmak durumundadır.⁵³

⁵¹ *Hilmi Kocabey ve diğçerleri*, B. No: 2018/27686, 17/11/2021, §§ 74-87

⁵² Anayasa Mahkemesinin bu konudaki ilk kararı (AYM, E.2011/59, K.2012/34, 01/03/2012) Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten (02/04/2013) bu yana on yıldan daha uzun bir zaman geçmiştir. Dolayısıyla Anayasa md. 152/son yönünden bir sorun yoktur.

⁵³ *Aydın İmar Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi*, § 36.; *Kemal Kılıç*, [GK], B. No: 2019/16400, 28/7/2022, § 38 vd.

§56 Vakıflar özelinde bu sınamada kullanılacak ölçütlerin yedi başlıktan oluştuğunu ifade etmiştik.⁵⁴ Şimdi burada Okan Kültür, Eğitim ve Spor Vakfı'nın durumunu bu ölçütler yönünden değerlendirebiliriz.

(i) *Kanunla Kurulma Ölçütü*- Söz konusu Vakıf kanunla kurulmamıştır.

(ii) *Yönetici ve Üyelerinin Kamu Görevlileri Arasından Kanunla Belirlenmesi Ölçütü*- Vakfın herhangi bir yönetici veya üyesi kamu görevlileri arasından kanunla belirlenmemektedir.

(iii) *Görev ve Faaliyetlerinin Kanunla Belirlenmesi Ölçütü*- Vakfın kanunla belirlenmiş bir görev veya faaliyeti bulunmamaktadır.

(iv) *Gelirlerinin Büyük Ölçüde Kamu Bütçesinden Karşlanması Ölçütü*- Vakıf kamu bütçesinden ve gelirlerinden hiçbir pay almamaktadır.

(v) *Kamu Gelirlerinden Pay Alma Ölçütü*- Vakıf kamu bütçesinden ve gelirlerinden hiçbir pay almamaktadır.

(vi) *Gelirlerin Kamu Alacağı Mahiyetinde Olması Ölçütü*- Vakfın alacakları kamu alacağı niteliğinde değildir.

(vii) *Kanunla Muafiyet ve Ayrıcalık Tanınması Ölçütü*- Vakfa tanınmış herhangi bir kanuni muafiyet veya ayrıcalık söz konusu değildir.

§57 Tüm bu nedenlerle Vakıf, bir kamu hukuku tüzel kişisi olmadığı gibi, “kamuyla bağlantılı bir özel hukuk tüzel kişisi” de değildir. Dolayısıyla Vakfın başvuru ehliyetinin bulunduğu kabul edilmelidir.

II. USUL YÖNÜNDEN

§58 Bu başlık kapsamındaki temel mesele, Anayasa Mahkemesine başvurmadan önceki olağan hukuk yollarının tüketilip tüketilmediğidir. Bir önceki başlıkta olduğu gibi burada da olağan başvuru yollarının tüketilmesi kuralı önce genel olarak ortaya konulacak, daha sonra konu Üniversite ve Vakıf tarafından değerlendirilecektir.

A-) Genel Olarak Başvuru Yolları: Mevzuat ve İçtihat

§59 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurmadan önce olağan başvuru yollarını tüketmek gerektiği kuralı, uluslararası teamül hukukunun bir parçasıdır ve çeşitli insan hakları

⁵⁴ Bkz. Yuk. § 18.

belgelerinde yer bulmaktadır. İnsan Hakları Mahkemesinin “Sözleşme koruma sisteminin ayrılmaz bir parçası” olduğunu ve “temel bir ilke getirdiğini” söylediği⁵⁵ bu kural, Sözleşme’nin 35’inci maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Mahkeme’ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra (...) başvurulabilir.”

§60 Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun ön koşullarından biri ise “olağan hukuk yolları”nın tüketilmesidir. Bu kural Anayasa’nın 148’inci maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”

§61 Bu kuralın temel amacı, ulusal makamlara, iddia edilen hak ihlallerini önleme veya düzeltme olanağı sağlamaktır. Anayasa Mahkemesine göre:

“Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevi olup, bu ödevin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi idari ve yargısal makamların görevidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esastır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir kanun yoludur.”⁵⁶

§62 Hukuk yollarının tüketilmesi kuralı yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınır.

§63 Kural olarak, Anayasa Mahkemesine başvurmadan önce olağan hukuk yollarını her başvuru için ayrı ayrı tüketmiş olması gerekmektedir. Başka bir deyişle birden fazla başvuru bulunan durumlarda, her başvuru için olağan hukuk yollarını tüketip tüketmediği ayrı ayrı ele alınmaktadır.⁵⁷

B-) Özel Olarak Başvuru Yolları: Üniversite ve Vakıf Arasındaki Bağlaşık İlişki

§64 İstanbul Okan Üniversitesi bakımından başvuru yollarının tüketildiği konusunda tartışma bulunmamaktadır. Ancak yukarıda, AYM Kanunu’nun yürürlükteki md. 46/2 hükmü bir somut norm denetimiyle iptal edilmedikçe bir kamu tüzel kişisi olan İstanbul Okan Üniversitesinin

⁵⁵ Demopoulos ve diğerleri/Türkiye (k.k)[BD], B. No: 46113/99 vd, 01/03/2010, §§ 69-97.

⁵⁶ İsmail Buğra İşlek, B. No: 2013/1177, 26/03/2013, §§ 16-17; Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt, B. No: 2012/403, 26/03/2013, §§ 16-17.

⁵⁷ Örn. ikinci başvuru için temyiz kanun yoluna başvurduğu, birinci başvuru için başvurmadığı bir olayda bireysel başvuru birinci başvuru yönünden olağan hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilebilir bulunmamıştır. Bkz. Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No: 2012/1027, 12/02/2013, §§ 22, 23.

başvurusunun, başvuru ehliyeti yoksunluğu nedeniyle kişi yönünden yetkisizlikle kabul edilemez bulunmasının olası olduğu görüşü bildirilmişti.⁵⁸ Bu sorun aşıldığı denli Okan Üniversitesi açısından hukuk yollarının tüketilmesi sorunu yoktur.

§65 Vakıf yönünden yapılacak başvuru bakımından ise en önemli potansiyel engel, Vakfın derece mahkemeleri önündeki uyuşmazlığın tarafı olmamasıdır. Vakıf kendi tüzel kişiliğinin bir işlemiyle ne idari işleme itiraz etmiş, ne de idari yargıda herhangi bir dava yoluna başvurmuştur. Üniversite tarafından tüketilen yollarda da taraf olarak yer almamıştır.

§66 Fakat hem İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin hem de Anayasa Mahkemesinin birtakım kararları, Vakıf yönünden bir başvuru yapılabilmesi için yol gösterici niteliktedir.

§67 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, başvuruçulardan bazılarının temyiz yolunu tükettiği, bazılarının ise tüketmediği *Alasgarov ve diğerleri/Azərbaycan* kararında, temyiz yoluna başvurmayan başvuruçular yönünden de başvuruyu kabul edilir bulabilmiştir.⁵⁹ Bu olayda dava konusu mülk, tüm başvuruçuların ortak mülküdür. Bu sebeple temyiz yolunun bazı başvuruçularca tüketilmiş olması yeterli görülmüştür. Çünkü temyiz sonucu verilen karar, temyize başvurmayan mülk sahipleri için de uyuşmazlığı karara bağlar niteliktedir. İHAM'a göre olayda temyiz yolunu tüketmeyen başvuruçular eğer başvursalardı kendileri bakımından farklı bir karar çıkması için herhangi bir sebep de bulunmadığından, söz konusu mülk ve ona ilişkin uyuşmazlık yönünden bazı mülk sahiplerinin başvuru yapması yeterli görülmüştür.⁶⁰

§68 Konusu ve sonucu aynı olan bir yargılama sürecinde (elimizdeki somut olaydan farklı olarak) ilk derece mahkemesi yoluna gitmekle birlikte istinaf vb. yollara başvurmamış olan diğer başvuruçuların durumuyla ilgili şu İHAM saptamasını konunun önemine binaen aynen aktarmak anlamlı görünmektedir:

“Dava dosyasından, söz konusu arazilere ilişkin tapuların, kağıt üzerinde malik olarak her ailenin reisi adına düzenlenmiş olmasına rağmen, bu tapuların tüm aile üyelerinin mülkiyet haklarını ilgilendirdiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, yirmi bir başvuruçunun tamamının mülkiyet haklarının yasal dayanağının aynı olduğu ve sonuç olarak, haklarının ihlal edildiği iddiasından aynı ölçüde etkilendikleri söylenebilir. Ayrıca, yerel mahkemeler önündeki talep ve şikâyetleri de açıkça aynıydı (karşıt görüş Saghinadze ve Diğerleri, yukarıda anılan, § 82). Tüm aile reisleri, ilk taleplerinde ve temyiz mahkemesine yaptıkları başvuruda, Devlet yetkililerinin eylemleri nedeniyle arazilerine

⁵⁸ Yukarıda dipnot 1 ve devamına eşlik eden metin.

⁵⁹ *Alasgarov ve diğerleri/Azərbaycan*, B. No: 32088/11, 10/11/2022.

⁶⁰ *Alasgarov ve diğerleri/Azərbaycan*, § 32.

özgürce erişemediklerinden şikâyet etmişlerdir (bkz. yukarıdaki 8. ve 10. paragraflar). 10-13 ve 19-22 numaralı başvuru sahiplerinin üyesi olduğu ailelerin reisleri olan 9 ve 18 numaralı başvuru sahipleri de temyiz başvurularında aynı konudan şikâyetçi olmuşlardır. Yüksek Mahkeme temyiz başvurusunu reddetmiş ve başvuru sahiplerinin mülkiyet haklarına müdahale edildiğine dair herhangi bir kanıt sunamadıklarını tespit eden alt mahkemelerin kararlarını onamıştır. 1, 3-8 ve 14-17 numaralı başvuru sahiplerinin ailelerinin ikinci temyiz başvurusuna katılmadıkları doğrudur. Ancak, Mahkeme, özel koşullarda, ister aile üyeleri ister aile reisleri olsun, her bir başvuru sahibinin aynı hukuki mesele hakkında temyiz başvurusunda bulunmasının nasıl farklı bir sonuca yol açabileceğini görememektedir (karşılaştırınız *Laska ve Lika / Arnavutluk*, no. Arnavutluk, no. 12315/04 ve 17605/04, §§ 46-47, 20 Nisan 2010; *Vasilkoski ve Diğerleri / Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti*, no. 28169/08, § 46, 28 Ekim 2010; *Khamzayev ve Diğerleri / Rusya*, no. 1503/02, § 155, 3 Mayıs 2011; ve *Hasanali Aliyev ve Diğerleri / Azerbaycan*, no. 42858/11, § 30, 9 Haziran 2022). Özellikle, Yüksek Mahkeme, yalnızca bazı başvuru sahiplerine özgü olabilecek konulara hiç girmemiş ve kararının gerekçeleri tüm başvuru sahiplerini aynı şekilde ilgilendirmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, Hükümet'in itirazını reddetmektedir.

Mahkeme, bu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olmadığını veya Sözleşme'nin 35. maddesinde belirtilen diğer gerekçelerle kabul edilemez olmadığını kaydeder. Bu nedenle kabul edilebilir ilan edilmelidir.”

§69 Anayasa Mahkemesinin de konuya oldukça benzer yaklaştığı görülmektedir. Dört gerçek kişi bir de özel hukuk tüzel kişisi tarafından yapılan *Alexandra Liana ve diğerleri* başvurusunda AYM, derece mahkemesi kararına karşı istinaf yoluna sadece gerçek kişi başvuru sahiplerinin müracaat ettiği, özel hukuk tüzel kişisi olan beşinci başvuru sahibinin mahkeme kararına karşı istinaf yoluna başvurmadığı bir olayı incelemiştir.⁶¹ AYM bu kararda, öncelikle her başvuru sahibinin başvuru yollarını ayrı ayrı tüketmesi gerektiğine yönelik genel kuralı hatırlatmış; fakat bu kuralın çok katı olarak uygulanması gereken mutlak bir kural olmadığını belirtmiştir. Daha sonra şu çok önemli belirlemeleri yapmıştır:

“Başvuru sahibi, anayasal şikâyetiyle ilgili olarak oluşturulmuş olağan başvuru yoluna bizzat başvurmamış veya başvurursa bile söz konusu anayasal şikâyetini açıkça ileri sürmemiş olsa dahi başvuru sahibinin anayasal şikâyeti anılan yargı mercisinin önüne bir şekilde taşınmış ve ilgili yargı mercii başvuru sahibinin anayasal şikâyetiyle ilgili olarak

⁶¹ *Alexandra Liana ve diğerleri*, B. No: 2018/20732, 13/01/2022.

değerlendirme yapmışsa bu takdirde -bizzat başvuru tarafından yapılması hâlinde farklı bir sonuca ulaşılacağı ortaya konulmadıkça veya işin mahiyetinde bu durum anlaşılmadıkça- olağan başvuru yolunun tüketildiğinin kabulü gerekir. Aksi yaklaşım başvuru yollarının tüketilmesi kuralının amacıyla bağdaşmaz. Bireysel başvurunun kabul edilebilirliği yönünden önemli olan husus bireysel başvuru konusu anayasal şikâyetin olağan başvuru mercileri önünde tartışılmış olmasıdır. Meselenin olağan başvuru mercii önüne başvuru tarafından taşınması önemli olmakla birlikte bunun bireysel başvuru açısından mutlak bir gereklilik olarak yorumlanması aşırı katı ve şekilci bir yaklaşım olur. Bu sebeple bazı hâllerde başvuru dışındaki kişilerin müracaatı üzerine olağan başvuru mekanizmalarınca değerlendirme yapılması hâlinde de başvuru yolunun tüketildiğinin kabul edilmesi uygun olacaktır.”⁶²

§70 Görüldüğü üzere burada AYM, Okan Eğitim, Kültür ve Spor Vakfı yönünden oldukça önemli bir kural koymaktadır.

Olağan başvuru yollarını şekli ve/veya maddi anlamda tüketmemiş bir başvuru bakımından,

- i. Başvurucunun anayasal şikâyeti, anılan yargı merciinin önüne bir şekilde taşınmışsa,
- ii. İlgili yargı mercii, başvuru merciiyle ilgili bir değerlendirme yapmışsa,
- iii. Başvuru bizzat başvuru tarafından yapılsaydı farklı bir sonuca ulaşılmasını gerektiren bir durum bulunmuyorsa,

olağan başvuru yollarının tüketildiği kabul edilir.

§71 Tüm bu unsurlar, Vakıf bakımından da mevcut gözükmemektedir:

- i. Anayasal şikâyet, Üniversite tarafından da olsa *bir şekilde* yargı merciinin önüne taşınmıştır.
- ii. Başvurulan tüm yargı organları, davayı esastan incelemiştir.
- iii. Başvurunun bizzat Vakıf tarafından yapılması durumunda sonucun farklı olmasını gerektiren hiçbir unsur bulunmamaktadır.

§72 *Alexandra Liana ve diğerleri* kararında AYM ayrıca, yukarıda yer alan kriterlerin yanı sıra söz konusu beşinci başvuru tek faaliyetinin dava konusu koleksiyonculuk faaliyeti olduğunu, dolayısıyla başvuru ile arasında *sıkı bir bağlantı* bulunduğunu, diğer başvurular tarafından başvuru Bölge İdare Mahkemesinin başvuru esastan *incelediğini* de başvuru ehliyeti yönünden olumlu unsurlar olarak ele almıştır. Dolayısıyla yapılacak bir başvuruda, Okan Eğitim, Kültür ve Spor Vakfının *tek faaliyetinin* Üniversite olduğunun; Üniversite ve

⁶² *Alexandra Liana ve diğerleri*, § 49.

Vakıf arasında *sıkı bir bağlantı* bulunduğu, somut olayda tüm yargı organlarının Üniversite tarafından yapılan başvuruyu *esastan incelediğinin* vurgulanması faydalı olabilir.

III. ESAS YÖNÜNDEDEN

§73 Somut olayda esas yönünden değerlendirme yapmak gerekirse konunun prensip itibarıyla mülkiyet hakkı, suçta ve cezada kanunilik ve adil yargılanma hakkı ile ilgili olduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle her üç hak yönünden incelemeyi ayrı ayrı yapmak lazım gelmektedir.

A-) Mülkiyet Hakkı

§74 Anayasal açıdan mülkiyet hakkı, özerk bir kavramdır. Dolayısıyla özel hukuk veya herhangi bir hukuk dalının yerleşik anlamları anayasa yargısı alanında birebir ithal edilemez. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine (bundan sonra “Sözleşme” veya “İHAS” denilecektir) ek Protokol’de (md. 1) yer alan mülkiyet hakkı, kural olarak “mamelek” (İng. “*possession*”; Fr. “*biens*”) güvencesi getirmekle birlikte farklı çıkar ve yararları da güvence altına almaktadır.⁶³

§75 Özerk kavramlar öğretisinden ileri gelen mantığın anlaşılması için kısaca aktarmak gerekirse; örneğin bir tüzel kişinin gelirleri, itibari değerleri, müşteri çevreleri, işlerinin kıymeti (*value of clientele*), çalıştıkları alandaki itibari değerleri (*value of goodwill*), ruhsatları, diğer kazanılmış hakları (“*acquired rights*”) veya genel olarak bir “kıymet/aktif” oluşturan öğeler hep bu güvencenin içindedir.⁶⁴

§76 Anayasa Mahkemesi de bu yaklaşımı benimsemiş görünmektedir.⁶⁵ Dolayısıyla Vakfın ödemek zorunda bırakıldığı parasal bedel, konunun Anayasa’nın 35’inci maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesine izin vermektedir. Vakfın bir üniversite açmaya giriştiği zamanki koşulların oluşturduğu “haklı beklenti” de dikkate alındığında bu evleviyetle böyledir.

§77 Bu noktada ikinci mesele, mülkiyet hakkına dönük müdahalenin bir ihlal yaratıp yaratmadığıdır. Bu soruya yanıt vermek, konuyla ilgili İHAM ve AYM içtihatlarını aktarmakla mümkün olacaktır. Bu bağlamda üst kavramlar kanunilik, meşru amaç ve ölçülülüktür.

⁶³ *Depalle/Fransa* [BD], B. No: 34044/02, 29/3/2010, § 62.

⁶⁴ İlkesel olarak örneğin bkz. *Van Marle ve diğerleri/Hollanda*, B. No: 8543/79 8674/79 8675/79 8685/79, 26/06/1986, §§ 41-42; *Traktörer Aktiebolag/İsveç*, B. No: 10873/84, 07/07/1989, , § 53.

⁶⁵ *Hüseyin Remzi Polge*, B. No: 2013/2166, 25/06/2015, § 31.

1-) KANUNİLİK

§78 Anayasa'nın 13'üncü maddesi uyarınca temel haklara dönük müdahalelerin kanunla yapılması ve Anayasa'nın 35'inci maddesinde kanuna yeniden ve özel olarak atfı yapılması (bu durum daha katı bir incelemeyi zorunlu kılar) mülkiyet hakkına dönük müdahalenin kanuniliğinin incelenmesini gerektirir.⁶⁶

a-) Öngörülebilirlik ve Bariz Takdir Hatası

§79 Anayasa Mahkemesinin net biçimde ortaya koyduğu üzere hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Hukuki 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.⁶⁷ Kanunilik ve daha özel olarak öngörülebilirlik, bir müdahalenin kanunun (maddi anlamda mevzuatın) lafzına uygun biçimde gerçekleşmesini zorunlu kılar.

§80 Somut olayda Vakıf, Üniversite'yi 1999 yılında, 10/4/1991 tarihli ve 20841 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği koşullarına göre kurmuştur. Olayda kanunilik ilkesi yönünden önem arz eden husus, bu kuruluşun yaklaşık altı yıl geçtikten sonra 31/12/2005 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin "**Kuruluşta Aranacak Şartlar ve Tüzel Kişilik Kazanma**" başlıklı 3'üncü bölümünde, "**Başvuru ve Aranacak Belgeler**" başlıklı 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (e) bendinde yer alan şu ifadedir:

"*Kurulacak* yükseköğretim kurumlarına bağlı birimlerden her birinin, ilk defa hizmete gireceği yıla ait her çeşit cari masrafların, on iki aylık tutarının beyanı ile, bunların *her*

⁶⁶ Anayasa'nın kanuna atfı yapılan maddelerinin, diğer maddelere nazaran daha katı bir kanunilik incelemesi gerektirdiği çıkarımı AYM'nin bu iki kategoriyi kademelendirmesinden ileri gelir. Bu konuda bkz. AYM, E. 2011/41, K. 2013/60, T. 09/05/2013.

⁶⁷ AYM, E.2013/39, K.2013/65, T. 22/5/2013.



yıl en az % 20'sini karşılayacak taşınır ve taşınmaz malların, ekonomik değerleri olan bir hakkın veya gelirin mevcut olduğunu ve bunların yükseköğretim kurumuna tahsis edildiğini veya yükseköğretim kurumunun mamelekine gireceğini gösterir belge ile vakfın veya müşterek hareket eden vakıfların son iki yıllık bilançoları.”

§81 Görülen davada davacı yan, bu hükmün hem bölüm ve madde başlıkları hem de düzenleme metni uyarınca yeni “**kurulacak**” yükseköğretim kurumları için bir anlam taşıdığını, kendilerinin artık bu nitelikte olmamalarından ötürü (kurulacak değil kurulmuş yükseköğretim kurumudurlar) hükmün kendilerine uygulanamayacağını ileri sürmüştür.

§82 AYM kararlarına göre belirli bir konuda lafzen “açık bir kanun hükmü mevcut” ve “bu hükme verilecek olağan anlam belli ve başvuru buna göre kendisine muamele edileceğini beklemekte” ise kamu organlarının, “açık olan kanun hükmüne olağanın dışında farklı bir anlam verip buna göre uygulama yapması” sadece bir öngörülemezlik sorunu yaratmaz, aynı zamanda “bariz takdir hatası” anlamına da gelir.⁶⁸ Somut olayda da böylesi bir bariz takdir hatası mevcut görünmektedir. Zira kurulacak yüksek öğretim kurulu ile ilgili hüküm ısrarla kuruluşunu tamamlamış bir yüksek öğretim kurumuna uygulanmıştır.

§83 Dahası, (i) 2005-2008 yılları ile 2011-2015 yılları arasında bu hükmün uygulanmamış olması, (ii) uygulama bulan 2008-2011 yılları için yaptırımın on yılı aşkın bir süre sonra getirilmesi, (iii) 2008-2011 yılları arasında hükmün amacına matuf bir sorunun (üniversitede maddi bir sıkıntının ortaya çıkmamış olması ve üniversitenin böyle bir talebinin olmaması), (iv) hükmün 2015 yılında yürürlükten kaldırılması gibi ögeler de dikkate alındığında müdahalenin kanuniliği bağlamında bir öngörülebilirlik sorunun olduğu sonucuna varılabilir.

b-) Kanunların Geriye Yürümesi

§84 Kanunların geçmişe yürümesiyle ilgili yasaklar hukukun üstünlüğü ve hukuk güvenliğiyle doğrudan ilgilidir ve “hukukun temel ilkelerinden biri”⁶⁹ sayılır. Öyle ki dünyanın ilk modern Anayasası olarak kabul edilen ABD Anayasası’nda (md. I/9/3) “hiçbir (...) geriye yürür yasa çıkarılamaz” (*No (...) ex post facto Law shall be passed*) denilerek ifade edilmiştir. Türkiye’de de AYM, bu kuralı yok saymamış ve şöyle demiştir:

“Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici

⁶⁸ Bkz. *Kenan Österiş*, B. No: 2012/989, 19/12/2013, § 64-65.

⁶⁹ AYM, E. 1988/7, 1988/27, T. 27/09/1988.

yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ortak değerdir. *Kural olarak hukuk güvenliği kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar.*⁷⁰

- §85 Kanunların geriye yürütmesi yasağı, anayasa yargısında “gerçek geriye yürütme” ve “gerçek olmayan geriye yürütme” şeklindeki bir ayrım ile ele alınır.⁷¹
- §86 *Gerçek geriye yürütme* “yeni getirilen kuralın, eski kural döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır.”⁷² Gerçek geriye yürütme prensip itibarıyla “kazanılmış haklara saygı” ilkesi uyarınca izin verilmemektedir.
- §87 *Gerçek olmayan geriye yürütme* ise “yeni getirilen kuralın eski kural yürürlükte iken başlamasıyla beraber henüz sonuçlanmamış hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanması anlamına gelmektedir.”⁷³ Gerçek olmayan geriye yürütme, ilk duruma nazaran daha esnek bir yaklaşım sergilense de ölçülülük incelemesi çok daha katılaşmakta ve incelemede hassasiyet (*strict scrutiny*) artarak yarışan haklara ilişkin dengeleme gerekçelerinin daha derinlikli olması beklenmektedir.⁷⁴
- §88 Somut olayda Vakfın 1999 yılında Üniversite’yi kurmasıyla birlikte artık “kurulmuş üniversite” statüsünü “kazanmış” olmasına nazaran, sonradan getirilen bir hükümden hareketle uygulama ve mezkûr içtihat uyarınca kendilerine “kurulacak üniversite” muamele yapılması bir gerçek geriye yürütme sayılacaktır. Bu öngörülemez geriye yürütme biçimi Anayasa’ya aykırıdır.
- §89 Öte yandan, olaya kuruluş aşamasında gerekli olan koşullara sonradan yeni bir kural getirilmesi yönünden bakılacak olursa bu durumda -yükümlülükler yönünden sonuçları doğmuş ve kesinleşmiş ortada bir durum olmadığından bahisle- “gerçek olmayan geriye yürütme”nin mevcut olduğu düşünülecektir. Ne var ki bu durumda da hükmün öngörülmezliği, amacın meşruluğunun kuşkulu olması ve ölçüsüzlüğe ilişkin aşağıda üzerinde durulacak faktörler bu yürütmenin ihlal yarattığı sonucu açısından geçerlidir.⁷⁵

⁷⁰ AYM, E. 2012/102, K. 2012/207, T. 27/12/2012.

⁷¹ Ayrıntıları ve kökleri için bkz. Tolga Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, (On İki Levha Yay., 2019), s. 604 vd.

⁷² AYM, E. 2010/93, K. 2002/20, T. 09/02/2012.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Bkz. Hesse, s. 72.

⁷⁵ Gerçek olmayan geriye yürütme niteliğindeki müdahalenin Anayasa’ya aykırı bulunduğu örnekler az değildir. Örneğin bkz. AYM, E. 2006/95, K. 2009/144, T. 08/01/2010; AYM, E. 2003/87, K. 2005/110, T. 16/11/2006; AYM, E. 2011/11, K. 2012/108, T. 18/07/2012; AYM; E. 2014/92, K. 2016/6, T. 28/01/2016.

2-) MEŞRU AMAÇ

§90 Mülkiyet hakkına dönük müdahalenin kanunilik incelemesinden sonra gelen inceleme meşru amaç testidir. Nitekim Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre "*Temel hak ve hürriyetler, (...) yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak (...) sınırlandırılabilir.*" Bu surum nedensellik yönünden bir incelemeyi gerektirir: Anayasa'nın 35'inci maddesinde "kamu yararı" ve "toplum yararı" dışında bir neden bulunmadığı için Anayasa'nın 13'üncü maddesi uyarınca başka bir sebeple mülkiyet hakkının sınırlandırılması mümkün değildir.

§91 Somut olayda, olası meşru amaç "kamu yararını korumak" sayılabilir. İHAM uygulamasında bu amacın mevcut olduğu ve izlenen amacın meşruluğu hususunu kanıtlama külfeti davalı hükümetlerdedir.⁷⁶ Ne var ki AYM uygulamasında böyle bir muhatap bulunmamaktadır. Bu muhatapsızlık ve çelişmeli muhakeme yokluğu meşru amaç testini anlamsızlaştırmakta ve/veya AYM'nin resen amacın meşruluğuna dair varsayımlara dayanarak taraf olmasına neden olmaktadır. Bu durum da Anayasa'ya aykırıdır ve **bir somut norm denetimini gerekli kılar.**⁷⁷

§92 Dahası, somut olayda Üniversite'nin kuruluşundan sonra getirilen ve Vakfa uygulanabilirliği konusunda (yukarıda anlatılan nedenlerle) belirsiz nitelik taşıyan ve Vakıf tarafından da idarenin bir uyarısı olmadığı için uygulanmayan hükmün, ne gibi bir zarar ortaya çıkardığı ortaya konmuş değildir. Üniversite böyle bir maddi aktarıma ihtiyaç duymadığını beyan ettiği gibi eğitimde ve/veya bilimsel çalışmalarda da yaklaşık 14 yıl boyunca herhangi bir aksaklık saptanamamıştır.

§93 Yine dahası, mezkûr hükmün 2008-2011 yıllarından önce ve sonra uygulanmaması, 2015 yılından sonra tamamen kaldırılması, güdülen amacın meşruluğu konusunda da kuşku getirmektedir.

§94 Bu nedenlerle meşru amaç testi yönünden de bir sorun saptanabilir.

3-) ÖLÇÜLÜLÜK

§95 Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre temel hak ve özgürlüklere dönük "*sınırlamalar, (...) ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" Bu hüküm, bir ölçülülük incelemesi yapılmasını da gerekli kılmaktadır.

⁷⁶ Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. Necdet Umut Orcan, "Legitimate Aims, Illegitimate Aims and the E.Ct.H.R.: Changing Attitudes and Selective Strictness", *University of Bologna Law Review*, S. 7(1), 2022.

⁷⁷ Nedenleri için bkz. Tolga Şirin, "Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Mekanizmasında Çelişmeli Yargılama Gerekliliği", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 21(2), s. 137-160.

§96 Somut olayda daha ilk bakışta 24.910.677,73 TL'nin (1465 asgari ücrete karşılık gelmektedir) hayli yüksek bir bedel olduğu ve bu düzeyde bir müdahale için ölçü bulmanın kolay olmadığını kaydetmek gerekir. Burada her ayrıntıya girmek mümkün olmamakla birlikte özellikle zorlayıcı ihtiyaç ve haklı beklenti konularına değinmek mümkün olabilir.

a-) Zorlayıcı İhtiyaç

§97 Zorlayıcı toplumsal ihtiyaç (*pressing social need*), devletin bireysel bir hakkı veya özgürlüğü sınırlandırırken öne sürdüğü gerekçenin, toplumsal açıdan zorunlu ve acil bir ihtiyacı karşılaması gerektiğini ifade eder. Prensipten itibaren demokratik toplum düzeni haklarıyla ilgili olan bu kavram, somut olayda da esin alınabilir.⁷⁸

§98 Somut olayda lafzen ve uygulama itibarıyla öngörülebilir olmayan düzenleme, 2008-2011 yıllarından önce ve sonra uygulanmamıştır. Hüküm 2015 yılından sonra tamamen kaldırılmıştır. Bu veriler, hükümle karşılanması amaçlanan ihtiyacın (ki bir ihtiyacın varlığı bile tartışmalıdır çünkü bizzat Üniversite böyle bir zorunluluğun bulunmadığı beyan etmiş, YÖK de ilgili dönemlere ilişkin parasal yetersizlik kaynaklı herhangi bir olumsuzluk tespit etmemiştir) zorunlu ve/veya acil olmadığı sonucuna ulaşabilmek açısından dikkate değerdir.

b-) Haklı Beklenti

§99 Haklı beklenti kavramı, makul bir şekilde ortaya konmuş icra edilebilir bir iddianın doğurduğu, ulusal mevzuatta belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma şansının yüksek olduğunu gösteren yerleşik ve istikrarlı bir yargı içtihadına dayanan, yeterli somutluğa sahip nitelikteki beklentileri ifade eder.⁷⁹ Bu kavram, kuru bir "umudu" değil, meşru veya makul bir "bekleyişi" ifade eder.⁸⁰ Bu kavram, hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı sayılır. Dolayısıyla bu konudaki değerlendirmelerde Sözleşme'nin Başlangıç kısmında ve Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan "hukuk devleti"/"hukukun üstünlüğü" ilkeleri ile onun alt unsuru olan "hukuk güvenliği" ve "hakkaniyet" öğelerinin de hesaba katılması bir zorunluluktur.⁸¹

§100 Anayasa Mahkemesine göre:

"Kanunların uzun süreli uygulanmasına güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere girişen bireyin, bu kanunların uygulanacağı yolunda oluşan beklentisinin"

⁷⁸ *Acarlar Otomotiv Nakliyat Taah. Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2015/10008, 04/04/2019, § 77.

⁷⁹ *Kopecký/Slovakya*, B. No: 44912/98, 28/9/2004, § 52; *Saghinadze/Gürcistan*, B. No: 18768/05, § 103, 27/5/2010; *SA Dangeville/ Fransa*, B. No: 36677/97, 16/4/2002, §§ 44-45; *Kemal Yeler ve Ali Çelebi Başvurusu*, B. No: 2012/636, 15/04/2014.

⁸⁰ *Gratzinger ve Gratzingerova/Çek Cumhuriyeti* (k.k.), B. No: 39794/98, 10/07/2002, § 73.

⁸¹ Bkz. *Engel ve diğerleri/Hollanda*, B. No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08/06/1976, § 69.

mümkün olduğunca korunması gerekmektedir. Ancak, hukuki güvenlik ilkesi, her türlü beklentinin korunmasını zorunlu kılmaz. Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesi için, meşru (haklı) beklenti seviyesine ulaşması gerekmektedir. Beklentinin meşru olup olmadığı tespit edilirken başvurulacak ölçüt, 'hakkaniyet'tir.'⁸²

§101 AYM'nin anahtar kavram olarak kullandığı "hakkaniyet" sözcüğü, hâkimlerin yorum yetkisini "somut olayın özelliklerine uygun olarak ve adalet ilkelerini gözeterek kullanması" anlamına gelmektedir.⁸³ Hakkaniyet, hukuki güvenlikten ayrı düşünülemez.

§102 Bunların konumuz açısından anlamı ise; kişilerin bir faaliyete veya tasarrufa girişirken hukuk düzenindeki kurallara ve bu kuralların süregelen uygulama biçimlerine güvenmesidir. Kuralların öngörülemeyen ve sürpriz biçimde değiştirilmesi veya idari makamların tutarsız (dolayısıyla belirsizlik yaratan) davranışları hukuk güvenliğini zedeler ve bunların yansıma bulduğu hakları (somut olayda mülkiyet hakkı) ihlal eder.

§103 Bu bakımdan; örneğin bir tüzel kişinin izne veya ruhsata tabi bir işe, yürürlükteki mevzuata güvenerek girmesinden sonra bu izin koşullarını değiştirerek izninin verilmemesi veya kaldırılması, hakkaniyetsiz ve meşru beklentilerle uyumsuz bir durum sayılmaktadır.⁸⁴ Keza idari makamların sabit veya değiştirilen bir kuralı tutarsız biçimde uygulaması da hukuk güvenliği ve belirlilik ilkesini zedelediği için mülkiyet hakkı temelinde meşru beklentilerin ihlaline neden olabilir.⁸⁵ Öyle ki kamu düzeninin bekçisi olarak Devletin, kamusal işlemlerinde bir örnek oluşturması ve uygulamada bu örneğe uygun bir tutarlılıkla hareket edilmesinin bir "ahlaki yükümlülük" olarak ifade edilmiş olması, konunun sadece subjektif hakla ilgili değil, hukuk devleti ilkesinin konusunu oluşturan objektif hukuk meselesi olduğunu göstermiştir.⁸⁶

§104 Bu duruma konuyu dağıtmadan kısaca örnek vermek gerekirse; idari makamların yasa uyarınca sahip ve haberdar oldukları ön alım hakkını yıllarca kullanmayıp sonra birden bire kullanmalarının nedenini ilgili ve yeterli gerekçeyle ortaya koyamadığı *Beyeler/İtalya* kararında, uygulamanın yarattığı belirsizlikten hareketle mülkiyet hakkının ihlaline karar verilmiştir.⁸⁷ Yine örneğin idareyle kurulan bir sözleşme bağlamında uzun yıllar yetki aşımı

⁸² AYM, E. 2012/65, K. 2012/128, T. 20/09/2012.

⁸³ Bu gerçek Medeni Kanun'un 4'üncü maddesinde de düzenlenmiştir.

⁸⁴ *Pine Valley Developments Ltd ve diğerleri/İrlanda*, 12742/87, 29/11/1991.

⁸⁵ *Beyeler/İtalya*, [BD], 05/10/2000, §§ 117-122.

⁸⁶ *Zwierzynski/Polonya*, B. No: 34049/96, 19/06/2001, § 73. Karardaki şu saptama dil itibarıyla da ilginçtir: "Mahkeme, genel çıkarı ilgilendiren bir konunun söz konusu olduğu durumlarda, kamu makamlarının uygun bir şekilde ve azami tutarlılıkla hareket etmekle yükümlü olduğuna işaret etmektedir. Ayrıca, kamu düzeninin koruyucusu olarak, Devletin örnek olma ve kamu düzenini korumakla görevlendirdiği organların bu örneği takip etmesini sağlama gibi ahlaki bir yükümlülüğü vardır."

⁸⁷ Ibid.

itirazında bulunmayan idarenin son anda bu itirazda bulunmasıyla ilgili *Strech/Birleşik* krallık kararında sorun idari işlemin kanuna uygunluğu yönünden değil, kanunun tutarsız uygulaması açısından ele alınmış ve ihlal sonucuna ulaşılmıştır.⁸⁸ Sayıları çoğaltılabilecek bu karar örnekleri öğretide, “hem idare hem de başvuru kötü niyetli davrandığında başvuru hakkına ağırlık verilmektedir” şeklinde yorumlanmıştır.⁸⁹ Bu çıkarım son derece yerindedir. Dahası, tutarsız idari uygulamalar, belli bir yaptırımın bazı kişiler için uygulanmazken diğer bazıları için uygulanması; keza kimi zamanlar uygulanmayan yaptırımların, politik, idari veya diğer başka örtük nedenlerle diğer başka nedenlerle uygulanması suretiyle idarenin misilleme aracına (“*retaliation case*”) dönüşmesi riskini getirir. İdari yetkiler, yaptırım uygulama (zarar) uygulamama (mükafat) ikileminde bir “havuç sopa oyunu” aygıtı olamaz.⁹⁰

§105 Somut olayda Vakıf, Üniversite’yi 1999 yılında yürürlükte olan 10/4/1991 tarihli ve 20841 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği koşullarına göre kurmuştur. 2005 yılında gelen hükümde geçen ve “**kurulacak**” yükseköğretim kurumları için yükümlülük getiren yeni hükmün kendisine uygulanacağını (konuya makul yaklaşan iyi niyetli herhangi bir üçüncü kişi) düşünmemiş, nitekim idari makamların 10 yıldan fazla bir süre boyunca bu yönde bir talebinin olmaması suretiyle de bu düşüncesinin teyit edildiği sonucuna varmış görünmektedir. Vakfın ve Üniversitenin bu varsayıma dayalı faaliyetleri, hesapları ve planlamaları bir haklı beklenti durumu oluşturur görünmektedir. Sonradan gelen hükmün, yine sonradan gelen sürpriz uygulamasının ise bu haklı beklentinin hukuk güvenliğine uygun olmayan biçimde zedelenmesine yol açtığı ve mülkiyet hakkını ihlal ettiği söylenebilir.

B-) Adil Yargılanma Hakkı

§106 Somut olayda adil yargılanma hakkı açısından öne çıkan sorun, “gerekçeli karar alma hakkı” ile ilgili görünmektedir. Gerekçeli karar alma hakkının başlıca öğeleri AYM tarafından artık yerleşik hâle getirilmiştir.⁹¹ Bu bakımdan tarafların ileri sürdüğü her savın gerekçede yanıtlanması gerekmeseyse de davanın sonucunu etkilemeye matuf esaslı/belirleyici argümanların mutlaka (lehe veya aleyhe) karşılanması gerekir.⁹²

⁸⁸ *Strech/Birleşik Krallık*, 24/06/2003, §§ 40-41.

⁸⁹ Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, (Beta, 2009), s. 582.

⁹⁰ Misilleme davaları konusunda bkz. *Nieves v. Bartlett*, 587 US 391 (2019).

⁹¹ Net biçimde bkz. Akif Yıldırım, “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasal Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 71/49; 2022, s. 1691-1748

⁹² *Sencer Başat ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014. Nedenleri ve içtihadı bütünü için bkz. Tolga Şirin, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında (Ceza Muhakemesi Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı”, *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022* (Adalet Yay., 2022).

§107 Bu konuda çok sayıda örneği yansıtmak mümkün olabilir fakat idari yargı özelinde⁹³ aktarım yapmak gerekirse özellikle açık bir kanun hükmünün dikkate alınmadığı bağlamlarla ilgili kararlara değinmek gerekir.

§108 Öncelikle kaydetmek gerekir ki AYM, prensip itibarıyla bir kanunun yorumuna karış(a)maz. Gelgelelim mevzuatın uygulanmasında “açık ve bariz takdir hatası” varsa devreye girebilir.⁹⁴ Öte yandan Mahkeme, kimi durumlarda açık kanun hükmünün neden uygulanmadığının açıklanmasını bekler. Böyle bir açıklamanın olmadığı yerde gerekçeli karar alma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşır. Örneğin İYUK md. 16/4 hükmü aynen şöyledir:

“Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.”

§109 Bu hüküm, idari yargılama usulünde “ıslah” kurumunun bulunduğunu gösterir. Buna karşın *Celal Çetin* kararında idari yargı mercileri anılan kurumu göz göre göre göz ardı etmiştir. Başvurucu, görülen davada belli miktar tazminat talebinde bulunmuş fakat gerçek zararının ne kadar olduğunu bilirkişi marifetiyle tespit edilmesini Mahkemeden talep etmiş ve fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmak suretiyle bilirkişi raporunun sonucuna göre davasını ıslah edeceğinin işaretini vermiştir. Ne var ki davaya bakan mahkeme kararında başvurucunun zarar gördüğünü iddia ettiği eşyalara ilişkin iddiasının ispatlanıp ispatlanmadığı, ispatlanmış ise zararın ne kadar olduğu konusunda bir inceleme yapılmaksızın ilk talebe göre karar vermiştir. İdari yargı mercii “ıslah” konusundaki açık hükmü göz ardı etmiştir. Gerekçede de tazminatın hangi iddialara ilişkin olduğu konusunda bir değerlendirme yapıldığı da ortaya konmamıştır. Dolayısıyla bu durum gerekçeli karar alma hakkının ihlaline neden olmuştur.⁹⁵

§110 Benzer bir örnek “zamanaşımı” kurumu yönünden 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun md. 114/1 hükmü bağlamında söz konusu olmuştur. Anılan hükme göre:

“Vergi alacağına doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğrar.”

⁹³ İdari yargı özelinde gerekçeli karar alma hakkı konusunda bkz. Tolga Şirin, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında (İdari Yargı Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 12(48), 2021, s. 65-85.

⁹⁴ Örn. bkz. *Kenan Özteriş*, B. No: 2012/989, 19/12/2013, § 64

⁹⁵ *Celal Çetin*, B. No: 2017/26301, 15/9/2020.

(...) Şu kadar ki, vergi dairesince matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulması, zamanaşımını durdurur. Duran zamanaşımı mezkûr komisyon kararının vergi dairesine tevdiini takip eden günden itibaren kaldığı yerden işlemeye devam eder. Ancak işlemeyen süre her hâl ve takdirde bir yıldan fazla olamaz.”

- §111 Burak Şendir davasında başvuruçunun 2006 yılına ilişkin yasa dışı ikrazatçılık faaliyetinden dolayı elde ettiği faiz gelirini beyan etmediği gerekçesiyle başvuruçunun adına vergi ziyalı cezalı banka ve sigorta muameleleri vergisi tarhiyatı yapılmıştır. Vergi idaresi, 1/1/2007 tarihinden itibaren işlemeye başlayan beş yıllık tarh zamanaşımı süresinin dolmasına 23 gün kala işlem dosyasını takdir komisyonuna sevk etmiştir. Buna göre takdir komisyonu kararının vergi idaresine ulaştığı tarihten itibaren 23 gün içinde verginin tarh edilmemesi ve aynı süre içinde başvuruçuya tebliğ edilmemesi halinde tarh zamanaşımı söz konusu olabilecektir.
- §112 Başvuruçunun davada bu açık kanun hükmüne atıfla zamanaşımı iddiasında bulunmuş fakat temelsiz olmayan ve uyuşmazlığın sonucunu etkileyebilecek bu açık kanun hükmüne dayalı sav, ilgili ve yeterli bir gerekçe ile karşılanmamıştır. Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun uyuşmazlık konusu vergi ve ceza ihbarnamelerinin zamanaşımı süresinin geçtikten sonra düzenlendiği iddiasını karşılar mahiyette herhangi bir açıklamaya yer verilmemesini gerekçeli karar alma hakkının ihlali olarak görmüştür.⁹⁶
- §113 Aktardığımız kararlar, tarafların kanun hükmüne atıf yaptığı ve fakat bu kanunun anlamına dair bir (lehe veya aleyhe) değerlendirme yapılmayan koşullarda gerekçeli karar alma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşıldığını göstermektedir. (AYM, diğer bazı kararlarında bilirkişilerin, uzmanların görüşlerinin ve/veya dosyaya giren esaslı bilgi ve belgelerin dikkate alınmaması hususunda da aynı çıkarımları yapmıştır.⁹⁷)
- §114 Somut olaya dönersek bu vakada davacı yanın argümanları iki yönlüdür:
- §115 **Birincisi;** Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin “Kuruluşta Aranacak Şartlar ve Tüzel Kişilik Kazanma” başlıklı 3'üncü bölümünde, “Başvuru ve Aranacak Belgeler” başlıklı

⁹⁶ Burak Şendir, B. No: 2015/278, 9/5/2019. Bu örneklerden başka; 3213 sayılı Maden Kanunu'ndaki kazanılmış hak konusundaki md. 7 ve 30 hükümleri bağlamında bkz. *Dalbay Taş İmalatı Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2014/3210, 16/6/2016. 1475 sayılı İş Kanunu'nun "kıdem tazminatı" başlıklı 14. maddesinin 11. fıkrasında, kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sebebiyle açılacak davanın sonunda hakimin gecikme süresi için ödenmeyen süreye göre mevduata uygulanan en yüksek faizin ödenmesine hükmedeceği kuralının göz ardı edilmesi bağlamında bkz. *Mükremin Eroğlu*, B. No: 2013/9025, 6/1/2016

⁹⁷ Bkz. Şirin, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında (İdari Yargı Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı”, op. cit.

9'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (e) bendinde yer alan "kurulacak" ifadesinin, kuruluşunu tamamlamış bir Üniversite için uygulanamayacağı savıdır. (Buna "kanunun lafzının somut duruma uygun olmadığı savı" diyebiliriz.) Bu sav aynı zamanda, hükmün neden o zamana kadar uygulanmazken aniden uygulanabilir hâle geldiğine ilişkin belirsizlikler vb. türden alt faktörleri de içermektedir. Ayrıca bu savın içerisinde, söz konusu idari işlemin kendi içerisindeki çelişkinin dikkate alınmaması da bulunmaktadır. YÖK'ün uyuşmazlığa konu 27/10/2021 tarihli kararında şu ibareler yer almaktadır (vurgular metnin orijinalinde vardır):

"19.11.2015 tarih ve 29537 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 9/e maddesinde yapılan değişiklik ile 31/12/2005 tarihli ve 26040 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan "her yıl" ibaresi yürürlükten kaldırılmış olup Yükseköğretim Genel Kurulunun 04.02.2016 tarihli toplantısında "..vakıf yükseköğretim kurumlarının cari giderlerinin %20'sini öğrenci aldığı fakültenin eğitim öğretim süresi dikkate alınarak ilk mezunlarını verinceye kadar karşılamaya devam etmesine karar verilmiştir.

İstanbul Okan üniversitesi 2003-2004 eğitim ve öğretim döneminde eğitim öğretime başlamış ve ilk mezunlarını 2007-2008 eğitim ve öğretim döneminde vermiştir.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde 2008-2009, 2009-2010 ve 2010-2011 yıllarında o dönemde yürürlükte olan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 9/e maddesi gereği olarak Kurucu Vakıf tarafından her yıl ödenmesi gereken yüzde 20 cari giderleri toplamı olan 24.910.677,73TL'nin kurucu vakıf sorumluluğunda mevzuat kapsamında 6 ay içinde Üniversiteye kazandırılmasına karar verildi."

§116 Bu karardaki altı çizili kısımlar, kendi içinde çelişir görünmektedir. YÖK Genel Kurulu önce "her yıl" ibaresinin yürürlükten kaldırıldığına, dolayısıyla yükümlülüğün üniversiteler "ilk mezunlarını verinceye kadar" devam etmesine, İstanbul Okan Üniversitesinin "ilk mezunlarını 2007-2008 eğitim ve öğretim döneminde verdiği" değindikten sonra, bunlarla çelişir şekilde 2008-2011 yılları arasında yükümlülük yüklemiştir. Kendi içinde çelişkiler barındıran kararlar, bu çelişki daha sonraki aşamalarda da giderilmediğinde, gerekçeli karar hakkının ihlalini oluşturur.⁹⁸

§117 **İkincisi;** söz konusu Yönetmelik hükmünün Üniversite'nin kurulduğu 1999 yılında yokken 2005 yılında getirilip Üniversite'ye uygulanmasının bir "geriye yürütme" niteliği taşıdığıdır. Üstelik söz konusu yeni koşulun 2015 yılında kaldırılması karşısında dava sırasında uygulama

⁹⁸ Kuznetsov ve diğerleri/Rusya, B. No: 184/02, 11/01/2007, § 84.

bulmaması gerektiğinin de bir diğer “geriye yürüme” savı olduğu hesaba katıldığında bu bağlamda “geriye yürürlük savları” denilebilecek ikinci bir kategoriden bahsedilebilir.

§118 Davacının bu savları, ilk derece mahkemesince tartışılmış ve benimsenmiştir. Keza kanun yolunda da Danıştay tetkik hâkimi bu ayırımın farkında olarak davacı lehine bir görüş bildirmiştir. Ne var ki Bölge İdare Mahkemesi ve Danıştay, konuyu sadece ikinci sav (“geriye yürürlük savları”) yönünden ele almış, ilk sav (“kanunun lafzının somut duruma uygun olmadığı savı”) yönünden lehe veya aleyhe bir değerlendirme yapmamıştır. Oysa bu savın dikkate alınması davanın akıbetini aksi yöne çevirebilecek niteliktedir, nitekim bu savı dikkate alan ilk derece mahkemesi tam da bunu yapıp davacı lehine karar vermiştir.

§119 Aşağıdaki tablo, ilk savı da dikkate alan aktörlerin, sadece ikinci sava göre değerlendirme yapanlara nazaran farklı sonuca ulaştığını göstermektedir.

	İdare Mahkemesi	BİM	Tetkik Hâkimi	Danıştay
1. Sav: Kanun Lafzı Somut Olaya Uygun Değildir	+	-	+	-
2. Sav: Kanun Geriye Yürütülmektedir	+	+	+	+
SONUÇ	Davacı Haklı	İdare Haklı	Davacı Haklı	İdare Haklı

§120 Eğer bir sav, değerlendirildiğinde farklı, değerlendirilmediğinde farklı bir sonuca varılıyorsa, üstelik bu değerlendirme kanunun açık lafzıyla ilgiliyse değerlendirme eksikliği gerekçeli karar alma hakkını ihlal eder. Bu nedenle BİM ve Danıştay’ın karar gerekçeleri ilgili ve yeterli sayılamaz. Sonuç itibarıyla somut olayda, yukarıda aktarılan örneklerdeki gibi “kanun hükmünün dikkate alınmaması” yani davanın esasına etkili iddiaların karşılanmaması yoluyla bir gerekçeli karar alma hakkı ihlalinin mevcut olduğu söylenebilir.

C-) Suçta ve Cezada Kanunilik

§121 Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Anayasa’nın 38’inci maddesinde ve Sözleşme’nin 7’nci maddesinde güvence altına alınmıştır. Bu güvence, adil yargılanma hakkından, maddi ceza hukukuna ilişkin olması yönüyle ayrılır. Temel amacı, bireylerin hak ve özgürlüklerinin keyfi müdahalelere karşı korunmasını sağlamaktır. Bu bağlamda hem geçmişe yönelik cezalandırmaları yasaklar hem de suç ve cezaların önceden kanunla düzenlenmesini gerektirir.

§122 İHAS’ın 7’nci maddesinin ilk fıkrası şöyledir:

“Kimse işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan bir eylemden veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Kimseye suçu işlediği zaman verilebilecek cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

§123 Anayasa'nın 38'inci maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.”

§124 Anayasa Mahkemesine göre:

“Anayasa'nın anılan maddesinde yer alan suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi uyarınca hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır (AYM, E.2019/9, K.2019/27, 11/4/2019, § 13). Bununla birlikte ne kadar açık ve anlaşılır şekilde düzenlenirse düzenlensin suç ve ceza öngören kurallar için yargı organlarının yorumuna ihtiyaç duyulabilir. Ancak yargı organlarıncı yapılacak yorumun kuralın özüyle çelişmemesi ve öngörülebilir olması gerekir.”

§125 Öte yandan ilkenin ihtiva ettiği kavramlar genel olarak ceza hukuku alanı ile ilgiliyse de, bu hak ceza hukuku alanının ötesine taşar. Çünkü hem “suç”⁹⁹ hem de “ceza”¹⁰⁰ kavramları, kendilerine ceza hukukunda verilen anlamları aşar şekilde, özerk olarak yorumlanmaktadır. Bu doğrultuda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, müsadere kararlarını,¹⁰¹ tazyik hapsini,¹⁰² idari para cezalarını,¹⁰³ önleyici tutukluluk kararlarını,¹⁰⁴ hapis cezasından çevrilen sınır dışı ve on yıl ülkeye giriş yasağını,¹⁰⁵ bir meslekten ömür boyu men yaptırımını¹⁰⁶ Sözleşme'nin 7'nci maddesi anlamında ceza olarak görmüştür.

⁹⁹ Ahmet Bican Kırker, B. No: 2019/2683, 12/07/2023, § 52.

¹⁰⁰ Yunis Karataş [GK], B. No: 2021/34231, 26/01/2023, § 43.

¹⁰¹ Welch/Birleşik Krallık, B. No: 17440/90, 09/02/1995, § 35.

¹⁰² Jamil/Fransa, B. No: 15917/89, 08/06/1995, § 32.

¹⁰³ Georgouleas ve Nestoras/Yunanistan, B. No: 44612/13 ve 45831/13, 28/05/2020, § 43.

¹⁰⁴ M./Almanya, B. No: 19359/04, 17/12/2009, § 133.

¹⁰⁵ Gurguchiani/İspanya, B. No: 16012/06, 15/12/2009, § 40.

¹⁰⁶ Gouarré Patie/Andorra, B. No: 33427/10, 12/01/2016, § 30.

§126 Anayasa Mahkemesi de “bir tedbirin özü itibarıyla bir ceza oluşturup oluşturmayacağı konusunda yargı makamlarının yorumlarına ve mevzuattaki nitelendirmelere bağlı kalınmadan değerlendirme” yapmaktadır.¹⁰⁷ Bu doğrultuda adı ceza olmayan veya ceza kanununda düzenlenmeyen bir tedbirin de bu hak kapsamında ele alınması mümkündür. Bu tür tedbirlerin madde kapsamına girip girmeyeceğine şu kriterler etrafında yanıt verilmektedir:

- (i) Tedbir, bir suçtan dolayı verilen mahkûmiyet kararlarının ardından mı uygulanmıştır?
- (ii) Tedbir, iç hukukta nasıl sınıflandırılmıştır?
- (iii) Tedbirin niteliği ve amacı nedir?
- (iv) Tedbirin etkileri ne kadar ağırdır?
- (v) Tedbir kararının alınması ve uygulanmasına ilişkin usuller nelerdir?

§127 İHAM bu kriterleri, tüzel kişiliklere uygulanan yaptırımlara da uygulamaktadır.¹⁰⁸

§128 Bu bağlamda anılan YÖK kararına uymamanın hukuki sonuçları, bu kriterler ışığında değerlendirilmelidir. Eğer hukuki sonuçlar Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 25'inci maddesinde yer alan “uyarma ve düzeltme” (25/1-a) tedbirinden başlayarak kademeli şekilde “faaliyet izninin geçici olarak kaldırılması” (25/1-d) tedbirine uzanmakla sınırlıysa, bu tedbirlerin Sözleşme'nin 7'nci ve Anayasa'nın 38'inci maddeleri kapsamında bir “ceza” olarak görülmesinin ve Suçta ve Cezada Kanunilik ilkesinin uygulama bulmasının güç olacağı söylenebilir. Başka bir deyişle bu tedbirler bir mahkûmiyet kararı ardından uygulanmadıklarından, iç hukukta önlem olarak sınıflandırılmış olduklarından ve alınma ve uygulanma usulleri bakımından ceza hukukuyla ilişkileri bulunmadığından yukarıdaki kriterler ışığında ceza kapsamında görülmeleri kolay değildir. Ancak, bu hak bakımından yine de başvuru yapılmak istenirse, tedbirin, üzerinden 10 yılı aşkın bir süre geçmiş olgulara yönelik olarak verilmesinin “cezalandırıcı” bir amaca işaret ettiğinin ve etkilerinin de oldukça ağır olduğunun (yukarıda iii ve iv'üncü kriterler) vurgulanması faydalı olabilir.

¹⁰⁷ Yunis Karataş [GK], § 43.

¹⁰⁸ G.i.e.m. S.R.L. ve diğ.leri/İtalya [BD], B. No: 1828/06, 34163/07, 19029/11, 28/06/2018, §§ 215-233.

SONUÇ

§129 Tüm bu yazılanlardan sonra sonuca ulaşmak gerekirse; her başlık açısından ayrı ayrı şu değerlendirmeleri yapabiliriz

§130 *Taraf Ehliyeti Yönünden:*

- AYM'nin, AYM Kanunu md. 46/2 hükmü uyarınca süregelen içtihatları bir kamu tüzel kişisi olarak İstanbul Okan Üniversitesinin başvurusunun "kişi yönünden yetkisizlik" ile sonuçlanmasını olası kılmaktadır. Fakat anılan kanun hükmü, çok sayıda nedenle Anayasa'ya aykırıdır. Bu Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddidir ve davanın tarafının ciddi bir iddia karşısında (Anayasa'ya aykırılık sonucuna ulaşılsın veya ulaşılmaması) norm denetimi yapılması bir zorunluluktur. Kanaatimizce böylesi bir denetim sonucunda AYM Kanunu md. 46/2 hükmünün iptali veya ihmali gerekir. **Vurgulamak gerekir ki somut norm denetimi bağlamında öncelikli mesele, kamu tüzel kişilerinin temel hak ve bireysel başvuru ehliyetine sahip olup olamayacağından evvel, kendi usulünün efendisi olan AYM'nin Anayasa'dan gelen yorum yetkisinin vasama organı tarafından kategorik olarak sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığıdır. Bu mümkün değildir. Bu nedenle iptal veya ihmal gerekir.** Bu gereklilik, Okan Üniversitesinin başvurusunu "kişi yönünden" kabul edilebilir hâle getirecektir.
- Okan Kültür, Eğitim ve Spor Vakfı bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu ve başvurusunu üyeleri adına değil, tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle yapacağı için bireysel başvuru ehliyetini haizdir. Burada olası tartışma, olağan hukuk yolunu şeklen tüketen kişinin Okan Kültür, Eğitim ve Spor Vakfı olmamasıyla ilgilidir. Bu tartışma ise bir sonraki başlığın konusudur.

§131 *Usul Yönünden:*

- Kural olarak bireysel başvuru yapmak için tüm olağan hukuk yollarının, her başvuru için ayrı ayrı tüketilmiş olması gerekmektedir. İdari yargı önündeki sürecin tarafı olmayan Okan Kültür, Eğitim ve Spor Vakfının bu yolları tükettiği tartışma yaratabilir. Fakat hem Anayasa Mahkemesi hem de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, başvuru yollarını usulüne uygun tüketmemiş olsa dahi: i) anayasaya aykırılık iddiasını yargı merciinin önüne bir şekilde taşınmışsa; ii) ilgili yargı merci başvurucunun bu iddiasıyla ilgili olarak değerlendirme yapmışsa; ve iii) tüketilmeyen yargı merciine başvurunun bizzat başvuru tarafından yapılması hâlinde farklı bir sonuca ulaşılacağı



ortaya konulmamışsa veya işin mahiyetinden anlaşılmıyorsa, olağan başvuru yolunun tüketilmesi kuralını esnetebilmektedir.

- Bu doğrultuda Vakıf, yukarıda söz edilenler ışığında, idari dava yolları Üniversite tarafından tüketilmiş olmasına karşın ödeme yükümlülüğüne sahip taraf itibarıyla uyuşmazlığın ayrılmaz bir parçası olduğuna, tek faaliyetinin Üniversite olması nedeniyle Üniversite arasında *sıkı bir bağlantı* bulunduğuna, bu yükümlülük kendisine bildirildiği tarih itibarıyla idari yargıda yeni dava açmasının anlamsız hâle geldiğine çünkü konunun Üniversite tarafından taşınmış ve *esasının* derece mahkemelerince incelenmiş olmasına; bizzat kendisi tarafından yeni bir başvuru yapsa dahi farklı bir sonuca ulaşılması için herhangi bir gerekçe olmamasına vurgu yaparak bireysel başvuru yolunu deneyebilir.
- Öte yandan AYM Kanunu'nun (md. 49/) diğer usul kanunlarına yaptığı atıf, uyarınca "asli veya ferî müdahillik" ve/veya "usul ekonomisi" ilkeleri de yorumda dikkate alınabilir.

§132 **Esas Yönünden:**

- Somut olayda ihlali istenebilecek haklar mülkiyet hakkı, gerekçeli karar hakkı bağlamında adil yargılanma hakkı ile suçta ve cezada kanunilik ilkesidir. **Mülkiyet hakkı bakımından** üzerinde durulması gereken ilk nokta, mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin kanuni olmadığı iddiasıdır. Bu noktada Yönetmeliğin lafzına açıkça aykırı bir şekilde ve bariz takdir hatası içeren bir yorumla mülkiyet hakkına öngörülemeyen bir müdahalede bulunulduğu; ayrıca kanunların geriye yürütülmesi yasağına da aykırı bir yorum yapıldığı vurgulanarak kanunilik ilkesinin ihlal edildiği üzerinde durulabilir. Ayrıca müdahalenin hangi meşru amaca yönelik gerçekleştirildiği de net değildir. Bir an için amacın kamu yararı olacağı düşünülebilse de tedbire konu dönem üzerinden 10 yılı aşkın bir süre geçmiş, ilgili dönem içerisinde sözü edilen kazandırmanın yapılmamasından kaynaklı herhangi bir olumsuzluk saptanmamıştır. Ayrıca Üniversite de böyle bir ihtiyacı bulunmadığını beyan etmektedir.
- Tüm bu nedenler, olayda hem meşru amaç hem de ölçülülük yönünden AYM önünde tartışmaya açılabilir. Ayrıca ilgili "her yıl" ibaresinin ve dolayısıyla anılan yükümlülüğün 2015 yılında kaldırılmış olması ve YÖK tarafından 2016 tarihli bir kararla sadece henüz ilk mezunlarını vermeyen üniversiteler açısından uygulanmasına hükmedilmesi, bu bağlamda herhangi bir zorlayıcı ihtiyacın da bulunmadığına işaret etmek için kullanılabilir. Burada hükmün belirsizliği, idari makamların tutarsız

davranışlarıyla pekişmiş görünmektedir. Bu tutarsız tutum belirsizliğin yanı sıra, zorlayıcı ihtiyaç yönünden de hesaba katılmalıdır. Son olarak özellikle müdahaleyi ilgilendiren dönem ile müdahale arasında geçen süre ve mevzuatın öngörülemez yorumu yönünden, “haklı beklenti” kavramı üzerinde de durmak faydalı olabilir.

- **Gerekçeli karar hakkı bakımından** davanın esasına etkili iddiaların karşılanmamasının söz konusu olduğu iddia edilebilir. Somut olayda ikisi de bazı alt iddialar barındıran iki temel iddia bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, “*kanunun lafzının somut duruma uygun olmadığı savı*”dır. Bu sav aynı zamanda, hükmün neden o zamana kadar uygulanmazken aniden uygulanabilir hâle geldiğine ilişkin belirsizlikler vb. türden alt faktörleri de içermektedir. Ayrıca bu savın içerisinde, söz konusu idari işleme ilişkin kararın kendi içerisindeki çelişkinin istinaf ve temyiz mahkemelerince dikkate alınmaması iddiası da bulunmaktadır. İddialardan ikincisi, söz konusu Yönetmelik hükmünün Üniversite’nin kurulduğu 1999 yılında yokken 2005 yılında getirilip Üniversite’ye uygulanmasının bir “geriye yürüme” niteliği taşıdığıdır. Üstelik söz konusu yeni koşulun 2015 yılında kaldırılması karşısında dava sırasında uygulama bulunmaması gerektiğinin de bir diğer “geriye yürüme” savı olduğu hesaba katıldığında bu bağlamda “*geriye yürürlük savları*” denilebilecek ikinci bir kategoriden bahsedilebilir. Bu savın da yalnızca son kısmı, yani 2021 tarihli YÖK kararında 2015 yılında kaldırılan bir hükme dayanılmasının kanunları geriye yürütme niteliğinde olup olmadığına yanıt verilmiştir. Öte yandan 2005 yılında getirilen bir Yönetmeliğin kurulmaya ve tüzel kişilik kazanmaya ilişkin mali yükümlülük getiren hükümlerinin yıllar önce kurulup tüzel kişilik kazanmış bir üniversiteye uygulanabilirliği, davacı lehine karar veren derece mahkemesi hariç hiçbir mahkeme tarafından ele alınmamıştır.
- **Suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından** ise Üniversiteye uygulanabilecek olası yaptırımlar belirleyici önemdedir. “Suç” ve “ceza” kavramları belirli kriterler eşliğinde özerk olarak yorumlanmaktadır. Bununla birlikte, eğer yaptırımlar ilgili Yönetmeliğin 25’inci maddesinde yer alan “uyarma ve düzeltme” (25/1-a) tedbirinden başlayarak kademeli şekilde “faaliyet izninin geçici olarak kaldırılması” (25/1-d) tedbirlerine uzanmakla sınırlıysa, bu tedbirlerin bu ilke bakımından “ceza” olarak görülmesinin güç olduğu söylenebilir. Ancak, bu hak bakımından yine de başvuru yapılmak istenirse, ilgili kriterler ışığında tedbirin, üzerinden 10 yılı aşkın bir süre geçmiş olgulara yönelik olarak verilmesinin “cezalandırıcı” bir amaca işaret ettiğinin ve etkilerinin de oldukça ağır olduğunun vurgulanması faydalı olabilir.





Görüşlerimiz bilgilerinize saygıyla sunulur.

Doç. Dr. Tolga Şirin

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

14/11/2024

