



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU

(ANAYASA ŞİKAYETİ / ANLAMI, KAPSAMI VE OLASI SORUNLAR)

ANKARA, NİSAN 2011

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU

(ANAYASA ŞİKAYETİ / ANLAMI, KAPSAMI VE OLASI SORUNLAR)

PANEL

Ankara, Nisan 2011



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 201
TBB İnsan Hakları Merkezi Yayını : 13

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru

ISBN: 978-605-5614-91-1

© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Ekim 2011, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: 312 286 55 65
www.barobirlik.org.tr
yayin@barobilik.org.tr

Baskı
Şen Matbaa
Özveren Sokağı 25/B
Demirtepe-Ankara
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

ANAYASA MAHKEMESİNE
BİREYSEL BAŞVURU

(ANAYASA ŞİKAYETİ / ANLAMI, KAPSAMI VE OLASI SORUNLAR)

*TBB önceki başkanlarından
rahmetli Av. Özdemir Özok anısına...*

İÇİNDEKİLER

AÇILIŞ KONUŞMASI

Av. Vedat Ahsen COŞAR

Türkiye Barolar Birliği Başkanı 10

I. OTURUM

Prof. Dr. Rona AYBAY

TBB İnsan Hakları Merkezi Başkanı..... 13

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM

Anayasa Mahkemesi Onursal Üyesi 20

Doç. Dr. Ece GÖZTEPE

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi 32

Doç. Dr. Selin ESEN

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi.. 66

Tartışma..... 55

II. OTURUM

Av. Ahmet GÜREL

TBB Yönetim Kurulu Üyesi 66

Doç. Dr. İbrahim Şahbaz

Yargıtay 4. Ceza Dairesi Üyesi..... 71

Dr. Tacettin ŞİMŞEK

Danıştay 8. Daire Üyesi..... 129

Dr. Alparslan ALTAN

Anayasa Mahkemesi Üyesi..... 142

Tartışma 152

Anayasa Mahkemesine
Bireysel Başvuru Paneli

AÇILIŞ
KONUŞMALARI

Sunucu - Türkiye Barolar Birliği Sayın Başkanı, Yüksek Mahkemelerimizin değerli üyeleri, değerli hukukçular, değerli konuklar; Türkiye Barolar Birliği önceki Başkanı Avukat Sayın Özdemir Özok'u anma etkinlikleri dolayısıyla Türkiye Barolar Birliğinin düzenlemiş olduğu "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru" konulu panelimize hoş geldiniz.

Değerli konuklar, sevgili meslektaşlarımız, sizleri kaybının 1. Yılında değerli Başkanımız Özdemir Özok ve yitirdiğimiz tüm Başkanlarımızın manevi huzurunda bir dakikalık saygı duruşuna davet ediyorum.

(Saygı duruşu yapıldı)

Değerli konuklar, programımıza katılamadıkları için telgraf gönderenleri takdim etmek istiyorum: Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Haşım Kılıç, Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Sayın Cemil Çiçek, Kültür ve Turizm Bakanı Sayın Ertuğrul Günay, Milli Eğitim Bakanı Sayın Nimet Çubukçu, Devlet Bakanı Sayın Faruk Nazif Özak, Konya Milletvekili Anayasa Komisyonu Üyesi Sayın Ayşe Türkmenoğlu, Yozgat Milletvekili AK Parti Grup Başkan Vekili Sayın Bekir Bozdağ, Adıyaman Milletvekili Türkiye Büyük Millet Meclisi İdari Amiri Sayın Fehmi Hüsrev Kutlu, Düzce Milletvekili Sayın Metin Kaşıkoğlu, İstanbul Milletvekili Sayın Gülden Akşit, Kahramanmaraş Milletvekili Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkan Vekili Sayın Nevzat Pakdil, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Başkanı Sayın Rifat Hisarcıklıoğlu, Türk-İş Genel Başkanı Sayın Mustafa

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

VEDAT AHSEN
COŞAR'IN
KONUŞMASI

Kumlu, Nallıhan Belediye Başkanı Sayın Ahmet Adnan Okur, Antalya Barosundan Sayın Av. Gürkut Acar.

Şimdi de açılış konuşmalarını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Av. Vedat Ahsen Coşar'ı kürsüye davet ediyorum.

Av. Vedat Ahsen COŞAR (Türkiye Barolar Birliği Başkanı)- Sevgili Meslektaşlarım, Değerli Konuklar, Değerli Başkanımız *Özdemir Özok*'un anısına düzenlediğimiz etkinliğimize hoş geldiniz. Sizleri, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu adına, kendi adıma sevgi ve saygı ile selamlıyorum.

Değerli Konuklar, 14. Yüzyılın sonlarına doğru Batı'da ortaya çıkan *'İbret Oyunları'*nın en çok ilgi gören ve bilineni *'Everyman'* dir. İngilizce olan *'everyman'* sözcüğünün Türkçe karşılığı *'herhangi bir insan veya sıradan insan'* dir.

16. Yüzyıla kadar halkın büyük bir beğeniyle izlediği bu oyunlardan birisinde, *everyman* ölüm meleği tarafından ziyaret edilir. Dünyadaki konukluğunun sona ermekte olduğunu anlayan *everyman*'in ölümünün ertelenmesi veya biraz daha geciktirilmesi yönünde yaptığı talepler ölüm meleği tarafından reddedilir. Ölüm zamanının geldiğini anlayan *everyman*, ölüm meleğinden son yolculuğu için yanına bir refakatçi almasına izin vermesini rica eder. Ölüm meleği bu isteği *'eğer birisini bulabilirsen olur tabii'* diyerek kabul eder. Bunun üzerine *everyman* kendisine son yolculuğunda refakat edecek birisini aramaya başlar, ama hiç kimseyi bulamaz. Sonunda, *everyman*'e son yolculuğunda sadece yaşamı boyunca yaptığı iyi işler eşlik eder.

Değerli Konuklar,

Bu dünyadan giderken yanınızda hiçbir şey götüremezsiniz; sadece verdiklerinizi götürebilirsiniz. Başkalarına verdiklerinizin, yani yaptığımız iyi işlerin, iyi hizmetlerin, bunların başkaları üzerindeki etkilerinin sizin dışınızda da varlığını sürdürdüğünün farkında olmanız, son yolculuğun acısını ve yalnızlığını hafifletir.

Geçen sene bugün yitirdiğimiz ağabeyimiz, meslektaşımız, üstadımız, başkanımız *Özdemir Özok*'a da, ölüme giden yolculuğunda; meslektaş olarak, ağabey olarak, dost ve arkadaş olarak, eş olarak, baba ve evlat olarak, Ankara Barosu ve Türkiye Barolar Birliği Başkanı olarak yaptığı iyi işler, büyük ve unutulmaz hizmetler eşlik etmiştir.

İnanıyorum ki, sevgili *Özdemir Ağabey*'e son yolculuğunda eşlik eden bizlere verdikleri, bıraktıkları, yani yaptığı iyi işler, iyi hizmetler, bunların bizler üzerindeki olumlu ve güzel etkileri, *O*'nun son yolculuğunun acısını ve yalnızlığını hafifletmiştir.

Değerli Konuklar, '*Adaletli olmak, akıllı olmak, cesur olmak*' insanın sahip olması gereken temel erdemlerdir. İnsanın sahip olması gereken bu erdemlere *Aristoteles* bir erdem daha ekliyor: '*doğru ölçüyü korumak.*'

Doğru ölçü, fazla ile eksik arasındaki genel geçer ortayı koruyan ölçüdür. Doğru ölçü, dürüst olma, samimi olma, neşeli olma, adil olma, vicdan sahibi olma, dost olma gibi erdemlerin bileşkesidir ve kaçınılması gereken iki aşırı uç arasındaki orta noktayı oluşturur.

Orta nokta, dünyevi arzuların bastırılmasını ya da yok edilmesini talep eden değil, aksine bunların erişilebilir kılınmalarını, bunların özünde var olan enerjinin sağduyulu biçimde kullanımlarını ifade eden noktadır.

Sevgili *Özdemir Özok* adil, akıllı ve cesur olma erdemlerinin yanı sıra doğru ölçüyü her zaman, her işinde, her ilişkisinde koruyan bir insandı.

Bütün bunları bunun için anlattım.

Değerli Konuklar, '*Yaşam*' diyor *Çetin Altan*, '*sadece yaşandığı kadar vardır, gerisi ya hafızalardaki hatıralar, ya da hayallerdeki umutlardır. Hüsranı ise bir tek yerde tanıyorum, o da yaşanması mümkün olduğu halde gerektiği gibi yaşayamamakta.*' Eğer öyle ise, ki öyledir, Sevgili *Özdemir Özok* dolu dolu yaşamıştır. Dostluk-

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

VEDAT AHSEN
COŞAR'IN
KONUŞMASI

larıyla, başarılı meslek hayatıyla ve başarılı başkanlıklarıyla hüsranı yaşamadan gitmiştir.

Son bir söz daha: Yaşam, yalnız başına hiç kimsenin asla gerçekleştiremeyeceği bir şeyi yapmak, yaşamınızı başka insanların kalbine dokundurabilmektir. *Özdemir Özok* bunu yapıp gitmiştir aramızdan. Bugün burada olmamızın, *O'*nu anlamamızın nedeni de budur.

Hepimiz için değerli olan, aziz olan hatırası önünde saygıyla eğiliyor, nur içinde yatmasını, mekanının cennet olmasını diliyor, hepimizi sevgi ve saygıyla selamlıyorum.

Şimdi sevgili *Özdemir Ağabeyimiz* için hazırlanmış olan bir filmi, hayat hikâyesinin kısa bir filmini hep birlikte izleyeceğiz. Teşekkür eder, saygılar sunarım.

(Film gösterimi yapıldı)

Av. Özdemir ÖZOK (Eski ses Kaydı)- Saygıdeğer meslektaşlarım, basınımızın saygın temsilcileri; sizleri saygılarımla selamlıyorum. Değerli meslektaşlarım, Türkiye Barolar Birliği Genel Kurullarında sizlere Barolar Birliği Başkanı adayı olarak bu beşinci kez seslenişim, ama sizi temin ederim, hiçbirinde bu kadar heyecanlanmadım, hiçbirinde bu kadar duygu yüklü olmadım, hiçbirinde bu kadar kendimi mutlu hissetmedim. Bu görkemli salonda hep hayal ettiğimiz, hayal ötesi düşlerimizi süsleyen bu güzel salonda birlikte bu genel kurulu gerçekleştirmenin mutluluğunu, huzurunu yaşıyorum.

Anayasa Mahkemesine
Bireysel Başvuru Paneli

I. OTURUM

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Rona AYBAY

TBB İnsan Hakları Merkezi Başkanı

Sunucu- Değerli konuklar, panelimizin ilk Oturum Başkanlığını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Başkanı Sayın Prof. Dr. Rona Aybay'ı davet ediyorum.

Diğer konuşmacılarımızı da davet etmek istiyorum. Anayasa Mahkemesi emekli üyesi Sayın Prof. Dr. Fazıl Sağlam, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi Sayın Doç. Dr. Ece Göztepe, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi Sayın Doç. Dr. Selin Esen.

Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)- Sevgili önceki Başkanımız Özdemir Özok'un anılarıyla yüklü olarak konuşmak beni biraz zorluyor. Eğer arada sesim titrerse mazur görünmenizi rica ederim.

RONA
AYBAY'IN
KONUŞMASI

Şimdi izninle önce bu Oturumun Başkanı sıfatıyla değil de, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi sıfatıyla birkaç söz söylemek isterim. Başkanlık etmek onurunu taşıdığım İnsan Hakları Merkezimiz, Türkiye Barolar Birliğine Avukatlık Kanunuyla verilmiş bir görevin gereği olarak oluşturulmuştur. Avukatlık Kanununun 110'uncu maddesine göre Türkiye Barolar Birliği hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak, bu kavramlara işlerlik kazandırmakla da görevlidir başka görevlerinin yanı sıra.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

RONA
AYBAY'IN
KONUŞMASI

İşte merkezimiz, Barolar Birliğinin bu görevini yerine getirmesine katkıda bulunmak üzere Birlik Başkanının ve birlik yönetiminin bir danışma organı olarak işlev görmektedir. Merkezimiz bu işlevini başkanın yanı sıra Yürütme Kurulu ve Bilim Danışma Kurulu olmak üzere iki kurul halinde çalışarak yerine getirmeye çalışmaktadır. Bugün bir kez daha sevgiyle, saygıyla andığımız Başkanımız Özdemir Özok, merkezimizin çalışmalarıyla her zaman yakından ilgilenmiş, bizleri çalışmalarımızda hep desteklemiştir. Kendisini anmak için birçok vesileden bir tanesi olarak bunu da zikrediyorum.

Şimdiki Başkanımız Sayın Av. Ahsen Coşar da, Özdemir Özok'la başlayan geleneği aynen sürdürmektedir, çalışmalarımızla yakından ilgilenmekte, bizleri teşvik etmektedir. Kendisine de ve Türkiye Barolar Birliği Yönetimine de şükranlarımı sunmak benim için zevkli bir görev bulunmaktadır.

Sayın meslektaşlar, değerli konuklar; bugün Anayasa şikâyeti konusunda uzmanlaşmış akademisyenler ve seçkin yüksek mahkeme yargıçlarımızın bildiri sunarak katılacakları bir toplantıyı yapıyoruz. Değerli konuşmacılara katılımlarından dolayı teşekkürlerimi sunuyorum. Bu tür toplantılar düzenlemek merkezimizin başta gelen görevlerindedir. Merkezimiz Türk hukuk yaşamında yenilik getiren ya da tartışma yaratan çalışmalara her zaman öncelik vermiştir. Türk hukuk uygulamasında çok yakınmalara yol açan tutuklamalar konusunda örneğin, yakın geçmişte yayınladığımız tutuklama raporu büyük ilgi görmüş ve kısa zamanda ikinci bir baskısını yapmak bizim için zevkli bir görev olmuştur.

Cumhuriyet savcılarının yetkileri ve görevleriyle ilgili konular, Türk hukuk uygulamasının güncel tartışma konuları arasındadır. Merkezimiz bu tartışmaların önemini dikkate alarak 2006 yılında "*Bir Adli Organ Olarak Savcılık*" konulu uluslararası bir toplantı düzenlemiş ve sonrasında da bu toplantının bildirilerini ve tartışmalarını bir kitap halinde yayınlamıştır. Bu kitapta adil yargılama hakkı ve silahların eşitliği bağlamında savcılık ve savunma konusu çeşitli Avrupa devletlerindeki uygulamalar açısından değerlendirilmiştir. Bu kitabın günü-

müz açısından da değerli bilgiler içerdiğini, güncel bilgiler içerdiğini zannediyoruz.

Merkezimizin yaptığı bütün toplantıları ve yayınları sayarak vaktinizi almak istemiyorum, ama en son iki yayınımızı dikkatlerinize sunmama müsaade ediniz. Bunların birincisi geçtiğimiz ay yayınlanan “Özel Yetkili Mahkemeler” kitabıdır, diğeri de daha dün elimize ulaşan “İletişim Özgürlüğüne Müdahale” kitabıdır. Siz seçkin konuklar, dinleyiciler önünde bu konuların ne denli güncel olduğunu belirtmeme zannediyorum gerek yok.

Değerli meslektaşlar, sayın konuklar biraz sonra başlayacak olan toplantımız da merkezimizin Türkiye'nin güncel ve öncelikli hukuk sorunlarıyla ilgili etkinliklerinin yeni bir örneğini oluşturmaktadır. Geçmişte Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin ve Türkiye Barolar Birliğinin 2001 yılında hazırlanan Anayasa önerilerinde, Anayasa şikâyeti ya da Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru kavramına yer verildiğini görmüştük. Ancak bu konudaki ilk ve ayrıntılı ve gerekçeleriyle birlikte hazırlanmış düzenleme, Türkiye Barolar Birliği yönetiminin isteği üzerine İnsan Hakları Merkezimizce 2007 yılında hazırlanan Anayasa önerisinde bulunmaktadır. Anayasa şikâyeti konusu Türkiye'de ilk kez gerekçeleriyle birlikte bir Anayasa maddesi halinde 2007 yılında bizim hazırladığımız Anayasa önerisinde yer almıştır.

Bugün pozitif hukukumuzda girmiş olan düzenleme bizim 2007 yılındaki önerilerimizden esinlenmiş gibi görünmektedir, en azından böyle öğeler içerdiğini söyleyebiliriz. Ancak bazı noktalarda önemli anlayış ve yaklaşım farkları da gözden kaçırılmamalıdır. Bizim 2007 önerimizin Anayasa şikâyeti konusuna ilişkin maddesinin ve gerekçesinin oluşturulmasında başlıca rolü oynayan iki arkadaşımız Prof. Dr. Fazıl Sağlam ve Doç. Dr. Ece Göztepe bugünkü konuşmacılarımız arasındadır. Onların bu konudaki değerlendirmelerini dinlemek herhalde hepimiz için yararlı olacaktır diye düşünüyorum. O zaman aramızda olmayan Doç. Dr. Selin Esen de, bugün bize İspanya'dan en azından bazılarımız, ben de onlardan biri-

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

RONA
AYBAY'IN
KONUŞMASI

yim-hukuk yönüyle fazla yakından bilinmeyen bir ülkeden, İspanya'dan bize Anayasa şikâyeti konusunda bilgiler verecektir. İspanya deyince aklımıza futbol ve boğa güreşi gelir genellikle, fakat İspanya'nın bu yönü de herhalde en az diğerleri kadar önemlidir.

Sayın dinleyiciler, değerli meslektaşlar; *"Anayasa şikâyeti"* adı verilen kurumla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan bireysel başvurular arasında kaçınılmaz bir ilişki kurulmaktadır, bu işin tabiatında var olan bir ilişki. Bu konuyla ilgili açıklamalarda Anayasa şikâyeti usulünü kabul etmiş ülkelerin aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruların sayısında önemli azalmalar olduğu her zaman vurgulanır. Bu konuda verilmiş istatistiklerin doğruluğundan kuşku duymaya yer yok herhalde? Çünkü bunlar ciddi kaynaklara dayanmaktadır. Ancak Anayasa şikâyetinin bu yönünü, yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruların sayısını azaltma yönünü fazla öne çıkarmanın bazı sakıncaları da olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Anayasa şikâyetinin amacının insanlara Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yolunda engeller çıkararak, başvuru sayısını azaltmak olduğunu düşünmek herhalde çok yanlıştır, bu yanlışa düşülmekten dikkatle kaçınmak gerekir. Çünkü asıl amaç başvuru sayısını azaltmak değil, ihlal sayısını azaltmaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Türkiye aleyhine yapılan bireysel başvuruların sayı bakımından bu mahkemenin ön sıralarında yer aldığı bilinen bir gerçektir. Bu başvurular sadece sayı olarak değil, konuların niteliği bakımından da pek parlak bir tablo çizmemektedir doğrusu. Türkiye aleyhine yapılan başvuruların sayıca fazlalığı, Avrupa Konseyi üyesi devletlerarasında bizim nüfusumuzun görece birçoğundan fazla olmasıyla izah edilecek noktanın çok ötesine geçmiş görünmektedir.

Kişisel kanıma göre bu durum, yargı sistemimizin çok ciddi sorunları olduğunun açık bir göstergesidir. Kısacası ortada acı bir gerçek vardır arkadaşlar. Halkımız Türkiye'de bulamadığı adaleti Strasbourg'da arar hale gelmiştir. Oysa, sağlıklı bir

toplum düzeninin varlığı bakımından çok önemli görevler üstlenen yargıçların ve yargı organı içinde yer alan öteki görevlilerin, maddi ve manevi esenliklerinin sağlanmasında büyük bir toplumsal yarar vardır. Bu görevlerde bulunan insanların görevlerini huzur içinde yapacakları ortamın hazırlanması devletin önde gelen, en başta gelen ödevleri arasındadır.

Öte yandan, yargı işlevinin yerine getirilmesinde görev alan kişilerin gerek meslek bilgisi ve deneyimi, gerek erdem açısından örnek düzeyde olmaları da toplumun esenliği için son derece önemlidir.

Sayın konuklar, değerli meslektaşlar; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sisteminin işleyişinde dikkatlerden kaçırılmaması gereken çok önemli bir özellik olduğunu da belirtmek isterim. Bizzat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başkanlarının yaptıkları resmi konuşmalarda ısrarla ve açıkça belirttikleri bir özellik vardır, o da şudur. İnsan hakları konusundaki uluslararası denetim ancak ikincil, yani tamamlayıcı, eski deyimle tali nitelik taşır. Asıl olan her üye devlette düzgün ve etkili biçimde işleyen bir yargı sisteminin varlığıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruların azalmasının en sağlam yolu, yargı sisteminin düzgün, bağımsız ve tarafsız biçimde işlemesi ve en az bunun kadar önemli halkta da bunun böyle olduğu konusunda bir inancın yerleşmesidir. Ben açış konuşmasının sınırlarını aşmamak için sözlerimi burada kesiyorum, hepinizi saygıyla sevgiyle selamlıyorum ve sözü şimdi çok değerli konuşmacılarımıza bırakmak istiyorum, teşekkür ederim.

Evet değerli konuşmacılarımız kendi aralarında anlaşmışlar, galiba bu oturuş sırasına göre gidilecekmiş. Evet o zaman ilk sözü çok değerli meslektaşım ve sevgili kardeşim Anayasa Hukuku Profesörü ve Anayasa Mahkememizin önceki üyelerinden Sayın Prof. Dr. Fazıl Sağlam'a bırakıyorum, buyurun Sayın Fazıl Sağlam.

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM

Anayasa Mahkemesi Onursal Üyesi

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Konuşmama başlamadan önce Özdemir Özak'ı saygıyla anmak istiyorum. Özdemir Özak Türkiye Barolar Birliğinin kurumsallaşmasında en önemli rolü oynayan, en büyük katkıları olan başkanlardan biridir ve şu anda içinde bulunduğumuz bina ve kompleksi bunun herhalde en somut bir kanıtı olsa gerek, ışık içinde yatsın¹.

ANAYASA ŞİKÂyetİNİ BEKLEYEN SORUNLAR

I. Konuya Giriş

Anayasa şikâyeti artık hukukumuzun bir parçası oldu. 23.09.11 tarihinde yürürlüğe girecek. Bu kurum Almanya'da 50 yılı aşkın bir süredir uygulanıyor. Federal Anayasa Mahkemesi kararlarının yüzde doksanalısını aşan bölümü anayasa şikâyeti davalarından kaynaklanıyor².

Bu kararların bir kısmı şiddetli eleştirilere konu oldu. Eleştirilerin ağırlığı da *"anayasa şikâyetinin Anayasa Mahkemesi'ni diğer yüksek mahkemeler üzerinde bir süper temyiz organı haline getireceği"* görüşünde odaklanıyor. Yani bizim Yargıtay'ımızın ve Da-

¹ Konuşmanın bundan sonraki bölümü, konuşma üslubu olabildiğince korunarak makale biçimine dönüştürülmüştür.

² Alman Anayasa Mahkemesi'ne, Mahkeme'nin faaliyete geçtiği 7 Eylül 1951 tarihinden 31 Aralık 2010 tarihine kadar toplam 188.810 başvuru yapılmıştır. Bunlardan 182.151'i, yani takriben yüzde doksanalıbuçuğu anayasa şikâyeti başvurusudur. Buna karşılık soyut ve somut norm denetimine ilişkin başvuruların sayısı 3.646 olup, bunlar, tüm başvuruların yüzde ikisini geçmemektedir; bkz. (www.bundesverfassungsgericht.de/texte/deutsch/organisation/statistik)

nıştay'ımızın endişeleriyle paralellik gösteriyor. "Ancak hemen belirtelim ki bu eleştirilerin ortak özelliği, anayasa şikayeti kurumunun **varlığına değil, uygulanış biçimine** yönelik olmasıdır³. Ama bu eleştirilerin etkisi fazla sürmüyor; çabuk unutuluyor. Adeta her eleştirinin arkasından anayasa şikâyetinin erdemleri, daha da güçlenmiş olarak ön plana çıkarılıyor. Çünkü Alman hukuk düzeni içinde çok önemli işlevleri var:

1) Anayasa şikâyeti, her şeyden önce **temel hak ve özgürlüklerin dolaysız kullanımını** sağlamaktadır. Bu işlev, aslında 11. maddemizin bağlayıcı bir kuralıdır. Bu madde uyarınca anayasa kuralları tüm devlet organlarını bağlamakla kalmıyor, kişileri de bağlıyor. 2010 Anayasa değişikliğine kadar anayasa şikâyetinin hukukumuzda yer almamış olması, bu bağlayıcılığı kavramamızı güçleştirmiştir.

2) Anayasa şikâyeti, doğru uygulandığı ölçüde "*anayasaya uygun yorum*" yönteminin alanını genişletmekte, olayı aşan, tüm hukuk düzenine yayılan etkisiyle⁴ anayasa düzeyinde yargıda birlik ve bütünlüğü sağlamakta; eğitici, öğretici (edukatif) etkisi⁵ ile, yargı düzeninde adeta karşılıklı bir yargı içi eğitim ve öğretim işlevi yerine getirmektedir.

3) Yurttaşlarda demokrasi bilincinin, "*hak sahibi vatandaşı olma*", hakkını sonuna kadar arama bilincinin yaygınlaşmasını sağlamakta⁶ ve bu yönüyle de Mahkeme'ye büyük bir saygınlık kazandırmaktadır.

³ Hatta Federal Anayasa Mahkemesi üzerindeki iş yükünün a,zaltılması amacıyla 1996 yılında İçişleri Bakanlığı tarafından kurulan ve biraz sonra daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz BENDA Komisyonu'nun kuruluş belgesinde, **anayasa şikayeti kurumunun varlığı üzerinde tartışılmaması** bir ön koşul olarak belirlenmiştir, bkz. Rüdiger ZUCK, *Die Entlastung des Bundesverfassungsgerichts*": Zeitschrift für Rechtspolitik, 30 (1997) 3, s. 96.

⁴ "*fallübergreifende Wirkung*": Schlaich / Koriotoh, *Das Bundesverfassungsgericht*, Verlag C.H.Beck, 6. Aufl., München 2004, s. 141 kenar no.205.

⁵ Peter Haerberle, "*Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*": JöR 45 (1997), s. 113 ve 131.

⁶ Christoph GUSY, "*Verfassungsbeschwerde*": Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht (Hrg. Peter Badura - Horst Dreier) Band I Mohr Siebeck 2001, s. 564 vd..

II. Güncel Sorunumuz: Anayasa Şikâyetine Yabancılık

Anayasa şikâyeti bizde nasıl bir sonuç verir? Bu işlevler yerine gelebilir mi? Bunu şimdiden bilemeyiz. Güncel sorunumuz, anayasa şikâyeti kurumunun bize yabancı olması. Anayasamıza koyduğumuz bir kural var ki, adeta bu yabancılığın simgesi:

2010 Anayasa Değişikliği ile Anayasa'nın 148. maddesine eklenen dördüncü fıkraya göre: *"Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz"*.

Şimdi bu formülü, salt sözcük anlamıyla ciddiye alırsak anayasa şikâyetinin hiçbir konusu kalmayabilir. Çünkü anayasa şikâyeti kapsamındaki her konunun, ilke olarak kanun yolunda da gözetilmesi gerekir⁷. Aksi halde kanun yollarının tüketilmesi koşulunun bir anlamı kalmaz.

Belli ki bu kural, Anayasa Mahkemesi'nin yetki alanını belirlemek, anayasa şikâyetinin kapsamını daraltma ve hızla artacağı belli olan iş yükünü azaltma amacıyla konulmuş. Ama lafzı bu amaçla bağdaşmıyor. Ne var ki aynı formül, yeni çıkan yasada da -üstelik öğretilerdeki tüm uyarılara rağmen⁸- herhangi bir somutlaştırma yapılmaksızın aynen tekrarlanmış (m.49/6). Gereğesi de cümlenin anlaşılmasını sağlayacak açıklıktan yoksundur: *"Bireysel başvuru yolunun niteliği itibariyle bir temyiz yolu olmadığı dikkate alındığında, olağan kanun yollarında gözetilmesi gereken hususların, burada inceleme konusu yapılmamasının gereği açıktı."*

Oysa hiçte açık değil. Abesle iştilgal edilmek istenmiyorsa, *"Kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar"* formülüne, anaya-

⁷ Bu ilkenin tek istisnası, doğrudan yasaya karşı yapılacak olan anayasa şikâyeti başvurusudur ki bu da yasada anayasa şikâyeti konusu olmaktan çıkarılmıştır. Anayasaya açıkça aykırı olan bu düzenlemeye ileride dönülecektir.

⁸ Yasalaşma süreci içinde yapılan eleştiri ve uyarılara örnek olarak İzmir Barosu'nun daveti üzerine bir araya gelen çalışma grubu (Prof.Dr. Fazıl Sağlam, Doç.Dr.Ece Göztepe, Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak, Av. Sedif Özdoğan ve Av.Serkan Cengiz) tarafından hazırlanan ayrıntılı rapora aşağıdaki linkten ulaşılabilir: (<http://izmirbarosu.org.tr/DuyuruDetay.aspx?ID=6307&Tip=Haber>)

sa şikâyeti konusu olan hak ve özgürlüklere aykırı uygulamaları içermeyecek bir anlam verilmek gerekir. Bu açıdan Alman Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı Heck formülü⁹ bizde de kullanılmaya elverişlidir:

“Anayasa Mahkemesi'nin bir mahkemece verilmiş yanlış bir kararı salt taraflardan birinin temel hakkına dokunma olasılığı taşıdığı için bir temyiz mercii gibi sınırsız hukuki denetimden geçirmesi, anayasa şikâyetinin anlamına ve Anayasa Mahkemesi'nin bu alandaki özel görevine uygun düşmez. Yöntemin belirlenmesi, maddi olgunun tespit ve değerlendirilmesi, sade yasaların yorumu ve bireysel olaya uygulanması, bunun için görevli ve yetkili kılınmış olan mahkemelelerin işi olup, bu alanda Anayasa Mahkemesi'nin denetim yapması söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi sadece spesifik (özgül) anayasa hukukunun Mahkemelerde ihlal edilmesi halinde anayasa şikâyeti üzerine müdahaleye hak kazanır. ...”

Alman Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da bu formülü şöyle özetlemektedir: *“Anayasa Mahkemesi, ancak uzman mahkemece yapılan yorumun temel hakların çizdiği çerçeveyi aşması halinde düzeltici müdahalede bulunabilir”*¹⁰

III. Yabancılaşma Aşmanın Koşulları

Anayasa şikâyeti yolu, artık bir hukuk politikası olmaktan çıkıp pozitif anayasa normuna dönüştüğüne göre, hukukçulara düşen görev, bu kurumun Almanya'dakine benzer bir işlev yerine getirmesini sağlamaktır. Ama bunun için belli koşulların ve alt yapının oluşması gerekir.

1) Öncelikle bağımsız ve nitelikli bir Anayasa Mahkemesi ile aynı derecede bağımsız ve nitelikli bir yargı düzeninin varlığı gerekiyor. Nitelik kavramı içinde özellikle anayasa şikâyeti için gerekli **teknik bilgi ve donanımı** da kastediyorum.

⁹ BVerfGE 1, 418. 420; BVerfGE 18, 85, 92

¹⁰ BVerfGE 65, 322 (Aktaran SCHLAICH-KORIOT, age, s.196)

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

FAZIL
SAĞLAM'IN
TEBLİĞİ

Ne var ki 1960 - 80 arası dönemde kurulan bağımsız yargı, ilk darbeyi 12 Eylül Askeri Yönetimi ve onu izleyen 1982 Anayasası ile aldı. Buna rağmen yakın zamanlara kadar 1961 Anayasası'nın hukuk devleti ve bağımsız yargı alanında bıraktığı mirasın meyvelerini yedik. Ama bugün bu mirası da tükettik. "İkinci 12 Eylül" son darbeyi vurdu. Hem de "demokratik meşruiyet" aldatmacasıyla. Yargı bilgi, deneyim ve uzmanlık işidir. Ayrıca bir çeşit sanatçı duyarlılığı gerektirir. Oylama ile yargı bağımsızlığı sağlanamaz.

Anayasa Mahkemesi'nin yapısı 12 Eylül 1982 askeri darbesinin getirdiği anayasal ve yasal düzenle zaten bozulmuştu. "İkinci 12 Eylül" geldi, üzerine tüy dikti. Mahkemenin siyasallaştırılmasına son derece elverişli bir yapı oluşturdu.

Bu yeni yapı uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne katılan yeni üyelerin, **bireysel olarak, bağımsız bir görev bilinci** ile hareket edeceklerini umuyorum. Ama bu tek başına yeterli değil. Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yapılandırılmasının kamu oyu ve yargı çevrelerinde uyandırdığı imaj, en az onun kadar önemlidir. Umarız Mahkeme üyeleri, kararlarını bağımsızlık bilinci içinde vererek bu imajı, makul bir süre içinde düzeltmeyi başarırlar.

2) Öte yandan Anayasa şikâyetinin başarıya ulaşabilmesi, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine odaklanmış bir yargı düzeninin varlığını da zorunlu kılıyor. Bu ise anayasa şikâyeti ile başlayan bir süreç. Ve yüksek mahkemeler arasındaki işbirliği ile kazanılacak bir nitelik.

Yüksek mahkemeler arasında sürdürülecek kavgalarla anayasa şikâyeti başarıya ulaştırılamaz. Bu nedenle tüm yüksek mahkemeler, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ve geliştirilmesine elbirliğiyle hizmet anlayışı içinde olmalıdır. Böyle bir yaklaşım, anayasa şikâyetinin uygulamasında endişe duyulan sapmaları önlemenin de vazgeçilmez önkoşuldur. Bu açıdan başta Anayasa Mahkemesi Başkanı olmak üzere tüm yüksek mahkeme başkanlarının, demeçlerinde son derece özenli davranmaları gerekir. Esasen Anayasa'nın Başlangıç

Bölümünün 3 fıkrası da “Devlet organları arasında ... medeni bir işbölümü ve işbirliği” ni zorunlu kılmaktadır.

IV. Koşullarda Yetersizliğin Olası Sonuçları

Değindiğim koşullardaki yetersizlikler, anayasa şikâyetinin işlevlerini baltalayıcı sakıncalar doğurabilir.

1) Anayasa Mahkemesi, kendi yetki alanıyla, diğer yüksek uzman mahkemelerin yetki alanını doğru bir biçimde ayırmak zorundadır. Yoksa, Yargıtay ve Danıştay'ın ötedenberi şikâyet ettikleri “*süper temyiz mercii*” statüsüne kolaylıkla kayabilir. Bu da yargı birliğini zedeler. Hele bu eğilim, siyasal iktidarın halen kendisine karşıt olarak değerlendirdiği Yargıtay ve Danıştay'ı disiplin altına alma amacının bir aracı olma boyutu kazanırsa, yargının siyasallaşması süreci katlanılamaz bir boyuta erişir.

Bu bağlamda “*Yüksek yargı bugüne kadar uyumaktan başka bir şey yapmadı*”¹¹ ya da “*Çağın nabzını tutamayan statükonun kibirli mensupları artık halkı ikna edememektedir*”¹² gibi söylemler, anayasa şikâyeti görevini üstlenmiş bir Mahkemenin Başkanı için büyük bir talihsizliktir. Üstelik bu tür söylemler, yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürmekten başka bir işe de yaramamaktadır. Yine aynı bağlamda önemli bir hususun altını çizmek yerinde olur: Anayasa Mahkemesi Başkanı, taraf izlenimi uyandıracak söylemlere kendini kaptırma yerine, Anayasa Mahkemesi'nin kendi görev ve yapılanmasıyla ilgili olarak 2003 yılı sonunda hazırladığı önerinin arkasında durma kararlılığını gösterebilseydi, Anayasa Mahkemesi'ne şimdikiinden çok daha tarafsız ve bağımsız bir imaj sağlamış olurdu. Anayasa Mahkemesi'nin kendi önerisiyle ilgili olarak, (sözde) “*ihsası rey olur*” diye sesini çıkarmayan bir Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın, konu Yargıtay ve Danıştay'la ilgili yasalara gelince, dava yoluyla önüne gelmesi olasılığı yüksek olan yasa-

¹¹ Kaynak: <http://www.turktime.com/haber/Hasim-Kilic-tan-Sert-Acic-lama-/126336>.

¹² Kaynak : <http://www.internethaber.com/kibirli-statukoculara-kilic-gibi-mesaj--303423h.htm#ixzz1EyRUm3w4>

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

FAZİL
SAĞLAM'IN
TEBLİĞİ

ların dolaylı savunuculuğunu yapması¹³, bağımsızlık ve tarafsızlığına gölge düşürür niteliktedir.

2) Türkiye'nin AİHM'deki kötü imajına yol açan sorunları ülke içinde çözme potansiyeli taşıyan anayasa şikâyeti, yanlış kullanıldığı takdirde, vatandaşın AİHM'ne başvurma hakkını etkisizleştiren bir karşıt işlev de yerine getirebilir. Bu olasılığı önlemenin formülü, anayasa şikâyeti tanımında mevcuttur. AİHS kapsamındaki anayasal hak ve özgürlükler, AİHM anlayışı ile uygulanırsa bu tehlikenin önüne geçilmiş olur.

V. Anayasa Şikâyeti Konusunda Türkiye'nin Avantajları

1) Buraya kadar söylediklerimde biraz **kötümser** bir tablo çizdiğimin farkındayım. Ancak gelecek için iyimser olmamızı sağlayacak koşullarımız da var. Biraz da onlardan söz açmak isterim. Teknik açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikâyeti başvurularını karara bağlarken, kendi yetki sınırını aşma olasılığı, Almanya'daki uygulamalara göre daha zayıf bir olasılıktır.

Anayasa Mahkemesi ile uzman mahkemeler arasındaki yetki alanının karışması, Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1957 yılında verdiği ve bugüne kadar da bağlı kaldığı Elfes kararının doğal bir uzantısıdır. Bu içtihada göre, Alman Anayasası'nın 2/1. maddesinde yer alan kişiliği serbestçe geliştirme hakkı, **genel hareket özgürlüğü anlamında bir "kapsayıcı özgürlük"** ya da "*ana özgürlük*" olarak yorumlanmaktadır. Daha yeni bir karara göre bu özgürlük "*kişiliği geliştirmede oynadığı role (ya da taşıdığı ağırlığa) bakılmaksızın insan davranışının her biçimini korumaktadır*".¹⁴ Bu yaklaşıma göre anılan madde "*isim-*

¹³ Yukarıda 10 No.lu dip notta kendisine yöneltilen "*Yargının siyallaştığı eleştirilerine karşın Cumhurbaşkanı, Yargıtay ve Danıştay yasasını onayladı. Sizin de dikkati çektiğimiz yargıdaki birikim sorununa çözüm getirecek mi?*" sorusuna karşılık, "*Ben bu soruya cevap verirsem doğru olmaz; çünkü anamuhalefet partisi, onaylanması durumunda Anayasa Mahkemesi'ne başvuracağımı söyledi. Önümüze gelebilecek bir dosya hakkında konuşmayayım.*" Dedikten hemen sonra "*Üzülerek söyleyeyim, yüksek yargı bugüne dek uyumaktan başka bir şey yapmadı.*" şeklinde fikir beyan etmesi, çıkan yasaları haklı bulduğunun dolaylı bir ifadesidir.

¹⁴ BVerfGE 80, 137, 152 vd : Jutta LIMBACH, Aufgabe und Bedeutung der

siz temel haklara" pozitif bir kaynak niteliği taşımaktadır. Tabii bu özgürlüğün kullanılması, "Anayasaya uygun düzen"e uygun olmak zorundadır. Alman Anayasa Mahkemesi, bu düzeni, "anayasaya maddi ve biçimsel açıdan uymak zorunda olan genel hukuk düzeni" olarak yorumlamaktadır¹⁵. Bu yoruma göre, sade yasalara ilişkin her yanlış uygulama, çoğu kez bir temel hak ihlali olarak anlaşılabilir. Böylece Anayasa Mahkemesi'nin denetim kapsamı (Kontrollumfang), önemli ölçüde genişlemiş olmaktadır¹⁶. İşte bu genişleme dolayısıyla Federal Anayasa Mahkemesi, bir süper temyiz mercii gibi davrandığı ileri sürülerek eleştirilmektedir¹⁷.

2) Görülüyor ki anayasa şikayetinin bu sorunu, **Almanya'ya özgü** bir sorundur. Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında "kapsayıcı özgürlük" benzeri bir yaklaşım görülmemektedir. Öte yandan 2011 Anayasa Değişikliği ile kabul edilen modelde anayasa şikayeti, AİHS'nin koruduğu hak ve özgürlüklere karşılık olarak Türk Anayasası'nda yer alan temel hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulmuştur. Denetim ölçüsünde yapılan bu sınırlama, denetim kapsamının genişlemesini önleyici niteliktedir. Çünkü gerek AİHS ve gerekse, onu somutlaştıran AİHM, "kapsayıcı özgürlük" yaklaşımına yakın değildir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin Türkiye'deki konumunda ve yetki alanında Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre bazı farklılıklar bulunduğunu da belirtmek gerekir. 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi'ne yüksek mahkemeler bölümü içinde yer ver-

Verfassungsbeschwerde, Roderer Verlag, Regensburg 1997, s.16. : "jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betaetigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt"

¹⁵ BVerfGE 6, 37 vd. : Georg BRUNNER, "Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europaischen Raum": JöR 50 (2002), s. 213: ... im Sinne der allgemeine Rechtsordnung, "die die materiellen und formellen Normen der Verfassung zu beachten hat."

¹⁶ LIMBACH, agm, s. 17 ve 18.

¹⁷ Christian STARCK, "Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte": Juristenzeitung (JZ) 51 (1996) 21, s. 1038; Stefan KORJOT, "Bundesverfassungsgericht und Rechtsprechung": Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht (Hrg. Peter BADURA - Horst DREIER) I. Band, Mohr-Siebeck Verlag 2001, s. 69, Markus KENTNER, "Das Bundesverfassungsgericht als subsidiärer Superrevisor": NJW 2005 12, s.785 - 789.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

FAZIL
SAĞLAM'IN
TEBLİĞİ

miş ve böylece ilke olarak yüksek mahkemeler arasındaki eşitliği benimsemiştir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin Almanya'daki hukuki ve fiili konumunun Türk Anayasa Mahkemesi'ne oranla çok daha güçlü olduğu da yadsınamaz bir gerçektir.

Öte yandan, Almanya'da anayasa şikayeti başlangıçta Anayasa'da yer almış olmasa da 1951 yılında Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş yasası ile birlikte hukuk yaşamına girmiş ve 1969 yılında da Anayasa'da düzenlenmiştir. Başka bir deyişle anayasa şikayeti başlangıçtan beri Alman Anayasa yargısının odak noktası ve adeta can damarı olmuştur. Bizde ise yeni gündeme gelmektedir. Denilebilir ki Danıştay ve Yargıtay'ın daha başlangıçta gösterdikleri tepki, Anayasa Mahkemesi'nin yetki alanının anayasa şikayeti kurumunun işlevini aşacak bir biçimde genişlemesini önleyecek güvencelerden biridir.

3) Üstelik Türkiye'de anayasa şikâyeti başvurusuna göre yapılacak **denetimin alanı, anayasaya aykırı bir biçimde daraltılmıştır.** "Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"un 45/3. maddesinde "Yasama işlemleri ile düzenleyici idarî işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı" kuralı yer almaktadır. Bu kural, anayasanın "kamu gücü tarafından hak ihlâli" olarak belirlediği ihlâl fiili ile failini, **anayasaya aykırı** bir biçimde daraltmaktadır. Çünkü yasama işlemleri de kamu gücü kavramı içinde yer alır ve **sanıldığığının aksine, yasalara karşı somut norm denetiminin bulunması, bu alanda anayasa şikâyeti ile yapılacak denetimin yerini tutamaz.**

Alman Anayasa Mahkemesi yasaya karşı doğrudan anayasa şikâyetine başvurulmasını aşağıdaki koşullara bağlamıştır¹⁸.

- "... başvuruçunun kendisine ait bir temel hakka, dava konusu yasa ile doğrudan ve güncel olarak müdahale edilmesi"¹⁹.

¹⁸ Bu koşullar (dip not 22)'de belirtilen Alman Anayasa Mahkemesi kararının 78. bölümünden özetlenmiştir.

¹⁹ Die Beschwerdebefugnis setzt, wenn sich eine Verfassungsbeschwerde - wie hier - unmittelbar gegen ein Gesetz richtet, voraus, dass der Beschwerdeführer durch die angegriffenen Normen selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Grundrechten betroffen ist (vgl. BVerfGE 1, 97 (101 ff.); 109, 279 (305); stRspr).

Bunlardan “kendisine ait bir temel hakka” “güncel müdahale” koşulu, başvuru konusunun dava konusu yasa kuralının **belirgin bir olasılıkla** (abç) kendi temel hakkına dokunacağını açıklayabilmesiyle ilke olarak gerçekleşmiş sayılır²⁰. “Doğrudan müdahale” ise, dava konusu kuralların bir **başka uygulama işlemine gerek olmaksızın**, başvuru konusunun hukuksal durumunu değiştirmesiyle var sayılır²¹. Başvuru konusunun, tasavvur edilebilecek bir uygulama işlemine karşı başvuru imkânının bulunmadığı ya da başvurusunun kendisinden beklenemeyeceği durumlarda da bu koşulun gerçekleştiği kabul edilir”²².

Alman Anayasa Mahkemesi, yakın bir tarihte bu ilkeleri önemli bir yasa üzerinde uygulamıştır²³. Bu karardaki anayasal sorun şöyle özetlenebilir: “*Başka insanların yaşamını korumak amacıyla, teröristlerin uçakta rehin aldığı masum insanların yaşamına son verilebilir mi?*” Anayasa şikâyeti başvurusu buna izin veren bir yasa kuralına yöneltilmiştir. Başvurular, yasanın yürürlüğe girmesiyle kendilerinin her an doğrudan ve güncel bir müdahalenin muhatabı durumuna geldiklerini ifade etmişlerdir.

Mahkeme kararının önemli gerekçeleri şöyledir:

- “*Başvurular, özel ve mesleki nedenlerle sık sık uçak yolculuğu yaptıklarını inandırıcı bir biçimde açıklamışlardır (Bölüm 79 b)*”.

- “*Bu nedenle dava konusu yasa kuralının, başvuruların kendilerine ve temel haklarına güncel bir müdahale oluşturması hususunda yeterli bir olasılık mevcuttur (Bölüm 80 aa)*”.

²⁰ Die Voraussetzung der eigenen und gegenwärtigen Betroffenheit ist grundsätzlich erfüllt, wenn der Beschwerdeführer darlegt, dass er mit einiger Wahrscheinlichkeit durch die auf den angegriffenen Vorschriften beruhenden Maßnahmen in seinen Grundrechten berührt wird (vgl. BVerfGE 100, 313 (354); 109, 279 (307 f.)).

²¹ Unmittelbare Betroffenheit ist schließlich gegeben, wenn die angegriffenen Bestimmungen, ohne eines weiteren Vollzugsakts zu bedürfen, die Rechtsstellung des Beschwerdeführers verändern (vgl. BVerfGE 97, 157 (164); 102, 197 (207)).

²² Das ist auch dann anzunehmen, wenn dieser gegen einen denkbaren Vollzugsakt nicht oder nicht in zumutbarer Weise vorgehen kann (vgl. BVerfGE 100, 313 (354); 109, 279 (306 f.)).

²³ Bkz. BVerfGE, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006, Absatz-Nr. 1-156. Karara aşağıdaki adresten ulaşılabilir: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html

- *“Dava konusu kuralın uygulanması halinde, uçakta bulunan masum insanların da buna kurban gidebileceği açıktır (bölüm 81)”*.

- **“Başvuruculardan, dava konusu kuralın kurbanı olacakları aşamayı beklemeleri istenemez (Bölüm 83 bb)”**.

Bu örnek, *“Yasama işlemleri aleyhine”* doğrudan anayasa şikâyetinde bulunmanın belli koşullarda zorunlu olabileceğini çarpıcı bir biçimde ortaya koymaktadır. Benzer koşullar *“düzenleyici idarî işlemlerde”* de gündeme gelebilir.

VI. Sonuç Yerine: Uzun Vadede Neler Yapılabilir?

Anayasa şikâyeti kurumunun hukukumuzda girmesiyle yargıçların, savcılarının, avukatların, akademisyenlerin ve diğer hukukçuların önüne yeni bir alan açılmış bulunmaktadır. Bu kurumun doğru yolda uygulanmasını sağlamak üzere özellikle bu çevreye ve örgütlerine büyük sorumluluk düşmektedir. Bu bağlamda atılması gereken ilk adım, Türk Hukuku'nun bu alandaki deneyim eksikliğini tamamlamak üzere, özellikle Almanya, Avusturya, İspanya, Çek Cumhuriyeti ve Slovenya başta olmak üzere Anayasa şikâyeti ile ilgili önemli içtihatların anlaşılır bir içerikte derlenmesidir. AİHS ve uygulaması bakımından bu çalışma yeterli ölçüde yapılmıştır ve yapılmaktadır. Şimdi sıra anayasa şikâyeti ile ilgili yön verici kararların derlenmesine gelmiştir. Bu çalışmada özellikle üniversitelere, Türkiye Barolar Birliğine ve barolara önemli bir rol düşmektedir. Bu kuruluşlar, yayın politikalarını bu alana yöneltmeli; üniversitelere ve belli enstitülere bağlı olarak çalışan öğretim elemanları, yüksek lisans, doktora ve doçentlik çalışmaları için belli bir süre bu konulara yönlendirilmelidir. Bu tür çalışmalar, Anayasa Mahkemesi'ni besleyici bir işlev yerine getirir. Buna ek olarak Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikâyeti konusunda faaliyete geçmesinden sonra, Mahkeme'nin bu alanda vereceği kararlar, eleştirel bir bakışla yakından izlenmeli ve bu kararlar üzerinde yapılacak çözümler periodik toplantı ve yayınların konusu olarak bilimsel tartışmaların odağına çekilmelidir.

Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)- Efendim çok değerli meslektaşım, değerli dostum Fazıl Sağlam'a çok teşekkür ediyorum. Tabii çok geniş kapsamlı ve çok ayrıntılı bir konuyu dar zamanda topladı, tartışmalar vesilesiyle bir kere daha açıklama fırsatı bulacağını ümit ediyorum. Bu başkanlık görevinin kaçınılmaz sıkıntılarıdır, sözlerini kısa kesmelerini rica edeceğim arkadaşlarımdan. Şimdi sözü Doç. Dr. Ece Göztepe'ye bırakıyorum, buyurun. Şunu da ekleyeyim, Anayasa şikâyeti konusunda özellikle Alman deneyimini çok çok yakından izleyen ve bize aktaran iki değerli arkadaşımızla birlikteyiz, kendilerinden öğreneceğimiz çok şey olduğuna inanıyorum, buyurun Sayın Göztepe.

Doç. Dr. Ece GÖZTEPE

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Çok teşekkürler Sayın Başkan. Saygıdeğer meslektaşlarım hepimize teşekkür ediyorum, bu Pazar öğleden sonrasında burada olduğunuz için. Konu gerçekten de çok geniş, burada biz üçümüz birbirimizi çok iyi tanıdığımız için konuyu bölüştük aramızda. Ama öncelikle Fazıl Hocanın kısaca değindiği çalışmanın sizler için de aydınlatıcı olacağı düşüncesiyle bunu kısaca tanıtmak istiyorum.

Şubat ayı başlarında henüz kanun Alt Komisyonunda görüşülmeye başlamadan, Fazıl Hocanın başkanlığında bir akademisyen ve avukat topluluğu İzmir Barosu Başkanının davetiyle İzmir’de bir çalışma yaptı. Bu çalışma, bir rapor olarak İzmir Barosunun internet sitesine kondu ve biz bunu hemen akabinde bütün Anayasa Komisyonu üyesi milletvekillerine ve ilgili siyasi parti gruplarına ilettik. Ama ne yazık ki bu önerilerimizin çok küçük bir kısmı dikkate alınmış. Yine tebliğimi hazırlarken saptadığım üzere, CHP milletvekilleri Alt Komisyonunda ve Anayasa Komisyonundaki nihai halde tamamen bir anamuhalefet partisi olmanın gereğine aykırı bir şekilde, pozitif olan bazı düzenlemelerin de yasadan çıkmasına önyak olmuşlar. Bu da benim için ayrıca acı veren bir okuma deneyimi oldu.

Bugünkü konuşmamı dört ana noktada toplamak istiyorum:

Birincisi, Anayasa şikâyeti niye kabul edilmelidir? Aslında Fazıl Hoca bunu ayrıntılarıyla açıkladı, ben bunu biraz pekiştirmek istiyorum.

İkincisi, yasaya bakıp yasa acaba nasıl bir kurum düzenledi, eksikleri neler, bizi bekleyen sorunlar neler sorusuna cevap vermeye çalışacağım.

Üçüncüsü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki temel hak ve özgürlüklere odaklanan bir anayasa şikâyeti kurumu acaba nasıl sorunlar getirebilir sorusunu ele almak.

Son olarak da, anayasa şikâyeti dediğimiz şey nasıl ete kemiğe bürünebilir ona bakıp Alman Anayasa Mahkemesinin son beş yıl içinde verdiği üç önemli kararı özetleyerek, konuşmamı bitirmek istiyorum.

Anayasa şikâyeti niçin kabul edilmelidir? Anayasa şikâyeti hukukun insanlar için, bir devletin egemenliği altında yaşayan yurttaş ya da yurttaş olmayan bütün insanlar için, olduğunun hatırlanması ve hayata geçirilmesi için önemlidir. Anayasa şikâyeti yoluyla sadece kanunların anayasaya uygunluğu güvence altına alınmakla kalmaz, aynı zamanda Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin somutlaştırılması ve hayata geçirilmesi de sağlanır.

Türkiye'den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine giden davalara baktığımızda, bizim fersah fersah böyle bir bireysel hak anlayışından uzak olduğumuzu ne yazık ki görmekteyiz. Dolayısıyla Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin dolaysız bir şekilde hayatımızın bir parçası olmasının önemli bir aracı olarak anayasa şikâyeti özel bir önem taşımaktadır. Uygulamaya baktığımızda her ülke tabii ki kendi koşulları ve gereksinimlerine bağlı olarak değişik çözümler üretmektedir. Bu anlamda en kapsamlı ve en güvenceli çözüm Almanya'da öngörülmüştür. Gerçekten de yasama, yürütme ve yargı olmak üzere bütün kamu gücünü temsil eden organların işlemleri anayasa şikâyetinin konusunu oluşturmaktadır. Bura karşılık Avusturya, idari başvuru yolları tüketildikten sonra, idari yargıya başvurulmaksızın bireysel başvuruyu öngörmekte ya da doğrudan doğruya yasalara karşı bireysel başvuru yolunu tanımaktadır. İspanya'da ise sadece bireylere değil, aynı zamanda kamu denetçisi ve savcılık makamına da

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

ECE
GÖZTEPE'NİN
KONUŞMASI

hakların korunması için harekete geçme yetkisi tanınmaktadır. Buna karşılık İspanya'da kanunlara karşı anayasa şikâyeti söz konusu değil. Ama anayasa şikâyetinin kabul edildiği her ülkedeki ortak temel amaç, Anayasayı yaşanır bir hukuk belgesi haline getirmek.

Acaba 3 Nisan 2011 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi Kanununda anayasa şikâyeti nasıl düzenlendi ve eksikleri neler? Bu tabii ki ilk bakışta görülen eksiklikler. Bunlara bir de her bir somut olayda önceden öngörülemeyen hukuki sorunlar da eşlik edecektir. Bu kanun 75 maddelik görece uzun bir kanun ve sadece 7 maddesi anayasa şikâyetine hasredilmiş. Ayrıntı denemeyecek kadar asli birçok husus da İttüçük düzenlemesine bırakılmış. Oysaki diğer ülkelerdeki Anayasa Mahkemesi Kanunlarına baktığımızda anayasa şikâyetinin biçimsel ve esasa ilişkin unsurlarının büyük ölçüde kanunda düzenlendiğini ve bu normatif düzenlemenin mahkemenin içtihadı için çok önemli bir temel oluşturduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla kanuna yönelik en önemli eleştirim şu olacak: Kanun, Anayasada yer alan iki fıkradaki hükümleri daraltıcı unsurlar içerdiği gibi, kanunla düzenlenmesi gereken, hem başvuruçular, hem de Mahkemenin işleyişi açısından çok asli konuları İttüzüğe bıraktığı için olumsuz bir nitelik taşımakta.

Anayasanın 148/III ve IV. fıkrasında, anayasa şikâyeti düzenlenmektedir. Ben özellikle anayasa şikâyeti kavramını kullanıyorum, çünkü Anayasada bireysel başvuru kavramı tercih edildiği halde, bireysel başvuru teknik anlamına baktığımızda aslında somut norm denetiminde de söz konusudur. Anayasa şikâyeti daha teknik bir kavramdır. Anayasa böylesi teknik bir ayrımaya gitmemiş. 148'inci maddenin 3'üncü fıkrası "herkes"ten söz ediyor. Elbette buradaki herkes özellikle vatandaşlara tanınan siyasal haklar dışında kalan haklar açısından herkeştir. Anayasada yer alıp aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan, güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler davanın konusu olabiliyor.

Bu konuda Anayasa değişikliği yapıldığında, sorduğumuz bir soru vardı: Acaba taraf olunan protokoller de buna dahil edilecek mi, yoksa sadece ana sözleşme mi dahil edilecek diye. Kanun bunu somutlaştırdı ve Türkiye'nin taraf olduğu protokollerin de sözleşme kapsamına alındığı doğru bir şekilde belirlenmiş oldu. Buradaki asıl unsur ise şu: Anayasa, temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla herkes Mahkemeye başvurabilir diyor. Kamu gücünden anlaşılması gereken ise yasama, yürütme ve yargı organları. Oysaki kanuna baktığımızda, Anayasadaki kamu gücü kavramı daraltılarak, yasamanın işlemleri ve idarenin düzenleyici işlemleri kapsam dışı bırakılmış ve böylece Anayasaya aykırı bir düzenleme getirilmiştir.

Her ne kadar düzenleyici idari işlemler açısından bunların öncelikle bir idari işlemle bireylere uygulanacağı; zorunlu idari başvuru yolları ve idari yargının verdiği kararlardan sonra yine anayasa şikâyetine gidilebileceği düşünülebilirse de, öyle bazı düzenleyici işlemler olabilir ki, bunlar kişi hakkında doğrudan doğruya hüküm ifade edebilirler. Oysa yasal düzenlemeyle bu türden işlemler, anayasa şikâyetinin kapsamı dışında kalmakta.

Bir de kanunla yasa arasında önemli bir çelişki daha var. Anayasa olağan kanun yollarının tüketilmesi koşulunu arıyor Oysa yasaya baktığımızda idari ve yargısal başvuru yolları diyor. Burada hükümet tasarısından başlayarak bu genişletici ifade kullanılmış ve Anayasa Komisyonunda da, Genel Kurulda da herhangi bir değişikliğe uğramamış. Bildiğiniz gibi, kanun yolu kavramı bir davanın taraflarına, yanlış olarak verildiği ileri sürülen yargı kararlarının yeniden incelenmesini ve gerekirse değiştirilmesini sağlayan bir yargısal araçtır. İdari başvuru yolları ise kanun yolu kapsamında değerlendirilemez. İdare hukukuna baktığımızda zorunlu ve ihtiyari olmak üzere iki tür idari başvuru yolu görüyoruz. İhtiyari olanlar idari yargı davası açmak için ön koşul değil, zorunlu olanlar zaten idari yargı yolunun ön koşulu. Dolayısıyla burada idari yargı yolunun ön koşulu olan bir idari başvuru yolunun kastedildi-

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

ECE
GÖZTEPE'NİN
KONUŞMASI

ğini düşündüğümüz zaman gereksiz bir tekrar var. Eğer ihtiyari idari başvuru yolları kastediliyorsa, yine anayasaya aykırı bir düzenlemeden bahsetmek gerekir. Bunun dışında siyasi diyebileceğimiz, mesela Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Hakları Kuruluna başvuru mu kastediliyor? Bunun da açıklığa kavuşturulması gerekiyor. Eğer bu kanuni düzenleme genişletici bir şekilde düşünülmüşse, bu durumda yine Anayasanın lafzında öngörülmeleyen ek zorlaştırıcı bir koşulun, anayasa şikâyetinin ön koşulu haline getirildiğini söyleyebiliriz.

Çok önemli ve kuvvetler ayrılığı ilkesini tehdit eden bir başka unsur olduğunu düşündüğüm düzenleme ise, kanunun 49'uncu maddesinde yer almakta. 49'uncu madde, hakkında kabul edilebilirlik kararı verilen bir anayasa şikâyeti başvurusunun Adalet Bakanlığına bildirileceğini belirtiyor. Hükümet tasarısında bu yer alıyordu, Anayasa Komisyonundan da aynı şekilde çıktı, ama Genel Kurulda bazı AKP'li milletvekillerin önerisiyle buna bir hüküm daha eklendi ki, burada ciddi kuşku var.

Hükümet tasarısında yer alan Adalet Bakanlığına bildirim gerekçesi olarak hükümet tasarısında şöyle bir ifade kullanılmış: *“Adalet Bakanlığının konunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşınması durumunda taraf olacağı, bu nedenle konunun öncesini bilerek savunma yapmasını ve gerekli tedbiri almasını sağlamak amacıyla öngörülmüştür”*. Değişiklik önerisinde ise, *“Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hallerde görüşünü yazılı olarak mahkemeye bildirir”* diyor. Yani bir yurttaş kendi temel hak ve özgürlüğüyle ilgili olarak bir bireysel başvuruda bulunuyor, Mahkeme kabul edilebilirlik kararı alıyor, Adalet Bakanlığına bu durum bildiriliyor, ama Adalet Bakanlığı gerekli görürse, ki bu gereğin ne olduğu açık değil, davanın birden bire yürütme sıfatıyla tarafı oluyor. Bu durum, yürütme organının anayasa şikâyetinde taraf yapılması sonucunu doğuracaktır ki, bu da açıkça erkler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Çok önemli bir husus hükümet tasarısında yer aldığı halde, demin söylediğim gibi CHP'li milletvekillerin önerisiyle tasarıdan çıkartılmış. Hükümet tasarısında şöyle bir hüküm yer

almaktaydı: “Bölümler bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlalinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa, bu kanun hükmünün ya da kanun hükmünde kararname hükmünün iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar”. Böylece sistem içi bir bütünlük sağlanması hedefiyle somut norm denetimine bir araç daha eklenmekteydi. Bu hüküm Anayasa Alt Komisyonunda çıkarılmış ve Genel Kurulda tekrar gündeme getirilip bir önerge verilmesi için kanundan tamamen çıkartılmıştır. Alt Komisyonunda CHP'lilerin ileri sürdüğü gerekçe, Anayasaya aykırı bir şekilde yeni bir iptal davası açma imkânı yaratılmış olmasıdır. Bu teze göre, Anayasa Mahkemesi hem hâkim hem savcı durumuna düşürülmemelidir. Alt Komisyon raporunda “diğer üyelerimiz de bu itirazlara aynen katılmışlardır” ifadesi yer alıyor. İtiraz yoluyla anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerce ileri sürülmesi durumunda vakıa ve delil değerlendirme, itiraz halinde mahkeme aradan çıktığı için böylesi bir taraf olmaya, savcı ve hâkim olma sonucunu doğurmayacaktır görüşü ileri sürülmüş. Aynı raporda, yine çok naif olduğunu söyleyebileceğim bir ifade var. “Yasama organı kanundan kaynaklanan ihlallerde *hassasiyet* göstererek yeni düzenlemeyi yapacaktır” denmiş. Yasama organının kanunun anayasaya aykırılığı konusundaki ihlallerde hassasiyet göstereceği zannı ya da umudu gerçekten çok naiftir. Eğer öyle olsaydı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye hakkında verdiği onca ihlâl kararından sonra başta Anayasa olmak üzere gerekli yasal düzenlemeler yapılırdı. Ama Türkiye'nin her gün tartıştığı ve bir türlü çözüm bulamadığı zorunlu din dersleri, kadınların soyadı konusu, işkence sonrasında memurlara rücu hakkı, devletin sorumluluğu gibi pek çok alanda yasama organının hiçbir hassasiyetinin olmadığı hepimizin malumu.

Üçüncü olarak ele almayı istediğim husus, anayasa şikayetine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine odaklanılmasından dolayı nasıl sorunlar çıkabilir? Rahmetli Hocamız Yavuz Sabuncu ve meslektaşım Selin Esen Anayasa Mahkemesi sempozyumlarından bir tanesine 2006'da çok değerli bir çalışma yapmışlardı. Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden hangileri anayasa

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

ECE
GÖZTEPE'NİN
KONUŞMASI

şikâyetinin konusu yapılabilecektir sorusu ışığında bir liste çıkardılar. Bu listeye baktığımızda Türkiye'nin şu anda taraf olmadığı üç tane protokol var. Bunlar 4, 7 ve 12'inci protokoller. 4'üncü Protokolün hukuki durumu ise hayli karışık. Biliyorsunuz hem uygun bulma kanunu, hem de onay kararı 1994 yılında Resmi Gazetede yayınlandı. Ama bunlar Dışişleri Bakanlığının arşivinde galiba çürümeye mahkum edildi ve bu belgeler Avrupa Konseyine sunulmadığı için bu onay kararları bizim iç hukukumuzla göre yürürlüğe girdiği halde, Avrupa Konseyi nezdinde taraf olunmadığı biçiminde işlem görmektedir.

İlk baştaki olumsuz izlenimin aksine, anayasa şikâyeti kapsamına giren hayli geniş bir hak kataloğuyla karşı karşıyayız. Buna karşılık Anayasada güvence altına alınan ve taraf olunmayan protokollerde yer almakla birlikte, anayasa şikâyeti konusu yapılamayacak çok önemli temel hak ve özgürlükler de mevcuttur. Örneğin, Anayasanın 38'inci maddesinin 8'inci fıkrasındaki sözleşmeden doğan yükümlülük sebebiyle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmaması; seyahat ve yerleşme özgürlüğü, vatandaşların sınır dışı edilememesi ve ülkeye girişinin engellenmemesine ilişkin 23'üncü maddenin 6'ncı fıkrası, eşler arasında eşitlik. Anayasa 41'inci maddenin 1'inci fıkrası eşler arasındaki eşitliği kabul ediyor, ama Türkiye 12'inci protokolün tarafı olmadığı için, anayasa şikâyetinde dava konusu edilemeyecek temel haklardan bir tanesidir. Yabancıların toplu sınırdaşı edilme yasağı ya da cezai konularda iki derece li yargılanma güvencesi, adli hata halinde tazminat hakkı vb. haklar, açıkta kalan, anayasa şikâyetinin konusu yapılamayacak temel hak ve özgürlüklerdir. Bunun dışında birçok sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükler de kapsam dışında bırakılmaktadır. Türkiye'de zaten bütün hükümetler tarafından üvey evlat muamelesi gören temel haklarımız bunlar, ama hayatımızın çok önemli birer parçası: 4/c maddesinin uygulanması ve sonrasındaki toplu protesto gösterilerini hatırlarsanız, çalışma ve sözleşme hürriyeti, çalışma şartları ve dinlenme hakkı, sosyal güvenlik hakkı, kamu hizmetine girme hakkı gibi haklar negatif statü haklarının ayrılmaz birer parçası, ama anayasa şikâyetinin konusu olamayacaklar.

O halde sorulması gereken soru şu: Anayasa şikâyetiyle ulaşılmak istenen hedef nedir? Türkiye'de, bu devletin egemenliği altında yaşayan kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını, bu temel hak ve özgürlüklerin onların hayatının bir parçası olmasını sağlamak mı? Yoksa Rona hocamızın başta söylediği gibi, salt Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdindeki imajımızı düzeltmek mi? Kanımca bunun cevabı çok açık: Temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin önlenmesi. Yoksa Strazburg'a yine gidebilirsiniz, ama oradaki ihlal kararlarının sayısının azalması, yani Türkiye'deki ihlallerin yok edilmesi en önemli hedeftir.

Eşitlik ilkesiyle ilgili önemli bir soruna da işaret etmek istiyorum. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14'üncü maddesinde bir ayrımcılık yasağı düzenleniyor, ama bu ayrımcılık yasağı bağımsız bir hak olarak düzenlenmiyor. Her zaman için Sözleşmedeki başka bir hakkın kullanılması ve ihlal dolayısıyla dava konusu yapılıyor. Yani bağımsız bir madde olarak anlaşılmıyor. Türkiye'nin taraf olmadığı 12'inci Protokol ise genel ayrımcılık yasağını düzenliyor. Yani Anayasanın 10'uncu maddenin kapsamına göre daha dar olmakla beraber, bağımsız bir eşitlik maddesi içeriyor. Türkiye bu Protokolün tarafı değil. Bu bağlamda sormamız gereken soru, acaba salt 10'uncu maddedeki eşitlik ilkesi bütün Anayasadaki temel hak ve özgürlükler açısından bağımsız bir madde midir? Yoksa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarındaki gibi ancak bir başka temel hak ve özgürlüğe uygulanabilecek bağımlı, yani ikincil bir temel hak ve özgürlük olarak mı değerlendirilecektir? Türk Ceza Kanunu ve Türk Medeni Kanunundaki birçok hükmün uygulanması açısından bunun çok ciddi bir soru olduğunu düşünüyorum.

Son olarak, çok kısa bir şekilde Alman Anayasa Mahkemesinin üç kararına değinmek istiyorum. Birinci karar, Hava Güvenliği Kanunu hakkında bir anayasa şikâyeti başvurusu üzerine verilmiş. 11 Eylül 2001 olaylarından sonra Almanya'da hava güvenliği ve sivil havacılık sahasının korunması için bir dizi önlem alındı. Bunlardan bir tanesi de 2003 yılında çıkartılan Hava Güvenliği Sahası Kanunuydu. Bu kanunun 14'üncü

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

ECE
GÖZTEPE'NİN
KONUŞMASI

maddesine göre sivil bir uçak, silah olarak kullanılmak amacıyla kaçırılıp başka hiçbir tedbirle engellenmesi söz konusu değilse, Federal Alman hava sahası içinde Federal Alman Savunma Bakanı ya da ona vekalet eden bir başka Bakanlar Kurulu üyesinin emriyle, içindeki bütün yolcuların hayatı pahasına düşürülebilecekti. Bu yasa yürürlüğe girmeden önce, hem Federal Alman Parlamentosunda, hem de Senatoda çok tartışıldı.

Yasa yürürlüğe girdiği anda yedi kişi, anayasa şikâyeti başvurusuyla bu konuyu Anayasa Mahkemesinin önüne getirdiler. Bir suçun faili değil, mağduru olan insanları kasıtlı olarak öldürecek şekilde yasayla devlete yetki verildiği için yasanın yaşam haklarını ve insan onurunu ihlal ettiğini ileri sürerek iptalini istediler. Alman Anayasa Mahkemesi öncelikle, başvuran kişilerin kişisel, güncel ve dolaysız bir çıkarları söz konusu olduğu için doğrudan doğruya yasaya karşı yapılan anayasa şikâyeti başvurusunu kabul etti. Çünkü bu yasanın uygulanmasını beklerlerse önce ölmeleri, sonra da yakınlarının onlar adına dava açmaları gerekecekti. Mahkeme, çok uzun ve ayrıntılı bir kararla, Alman Anayasasında güvence altına alınan yaşam hakkı, vücut bütünlüğü gibi hakların ihlal edildiğini; insan onurunun, bireyleri nesne değil, özne olarak görmeyi zorunlu kıldığını belirterek sözü edilen yasa hükmünü iptal etti. Bu karar gerçekten de, insan onurunun nasıl en üstün değer olarak kavrandığının güzel örneklerinden birisidir.

Bir başka karar, Almanya'da yayınlanan bir gazetenin (*Süddeutsche Zeitung*) iç politikadan sorumlu başyazarı Heribert Prantl'ın çok hoşuma giden bir başlıkla değerlendirdiği ("*Havaalanı oturma odası değildir*"), ifade ve toplantı özgürlüğüne ilişkin bir karar. Bu kararda, Federal Alman Yargıtay'ının ve iki alt derece mahkemesinin kararları anayasaya aykırı bulunup tekrar karar verilmek üzere ilgili mahkemeye geri gönderilmiştir. Davacının ilk derece mahkemesinde açtığı dava ile Anayasa Mahkemesindeki bireysel başvurunun sonuçlandırılması arasında geçen süre 6 yıldır. Yani davacı iki alt derece mahkemesi, Federal Yargıtay ve Anayasa Mah-

kemesinden altı yılda bir karar almıştır; hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi bakımından bu süre önemle vurgulanmalıdır.

Dava konusu işlem, anonim şirket olarak kurulmuş, ama hisselerinin yüzde 50'den fazlası kamuya ait olan Frankfurt Havaalanı işletmesinin bir işlemidir. Mültecilerin sınır dışı edilmesini protesto etmek amacıyla davacının da aralarında bulunduğu bir grup, havaalanında gösteri yapmış ve sınır polisinin sınır dışı ettiği kişilerin sınır dışı edilmesine aracılık eden Lufthansa Havayolu Şirketinin pilot ve hosteslerine el ilanları dağıtmıştır. Bunun üzerine havalimanı işletmesi hava limanının özel bir işletme olduğunu, burada kendisinin izin vermediği hiçbir toplu gösteri yapılamayacağını söyleyerek süresiz olarak davacının havaalanı alanına girmesini yasaklamıştır. Davacının açtığı davada öncelikli soru, havalimanı işletmesinin kamu gücünü temsil edip etmediği noktasına yoğunlaşmıştır. Üç derece mahkemeler, anonim bir şirketin varlığından dolayı havalimanı işletmesinin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu, kamu gücünü temsil etmediğini kabul etmişlerdir. Oysa Anayasa Mahkemesi hisselerinin çoğunluğu kamuya ait olan bir özel hukuk tüzelkişisinin örgütlenme biçiminin, onu kamu gücü olmaktan çıkarmadığı sonucuna varmıştır. Dolayısıyla Mahkeme, işletmenin bir kamu gücü olarak sorumlulukları olduğunu, havaalanının kamusal alan sayılması gerektiğini, düşünce ve ifade özgürlüğü ile toplantı özgürlüğü çerçevesinde güvenliği tehdit etmemek, havaalanının uçuş alanını engellemek koşuluyla buranın her zaman toplantı ve gösteri yürüyüşüne açık olması gerektiğine hükmetmiştir. Böylelikle anayasa şikayeti yoluyla düşünce ve ifade özgürlüğü ile gösteri yürüyüşü hakkının kapsamı genişletilmiştir.

Son olay bir hakaret davasına ilişkin anayasa şikayeti başvurusu. Bir sürücü emniyet kemeri olmaksızın araba kullanırken iki trafik polisi tarafından durduruluyor ve mutlak park yasağı olan bir yere park ederek ehliyetini göstermesi isteniyor. Sürücü de emniyet kemerini takmadığı için verilecek cezanın düşüklüğüne karşılık, mutlak park yasağına park etmesi

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

ECE
GÖZTEPE'NİN
KONUŞMASI

halinde verilecek cezanın orantısız biçimde yüksek olacağından hareketle, polislerin kendisini suç işlemek için açıkça tahrik ettiklerini ileri sürüyor, tahrik ederek suç işlemeye teşvik ediyorsunuz diyor. Polislerin "bizim buna yetkimiz var" demesi üzerine davacı, "60 yıl önceki polis gibi (yani Naziler gibi) davranırsanız, kesinlikle vardır" diye yanıt veriyor ve iki polis hakkında şikâyet başvurusunda bulunuyor. Dilekçesinde de bu görüşlerini aynen dile getiriyor.

Dilekçesindeki ifadelerden dolayı davacı hakkında polis memurlarına hakaretten dava açılıyor ve her üç derecedeki mahkemede de davacı hakkında hakaretten dolayı verilen ceza onanıyor. Mahkemeler şu görüşü benimsiyorlar: "Burada genel olarak polis emniyet örgütüne değil, şahıslarında bu iki polis memuruna hakaret edilmiştir ve bu durum, düşünce hürriyetinin koruma alanına girmez". Anayasa Mahkemesi ise, "Burada düşünce ve ifade hürriyeti kapsamında olası başka yorumlar ve olayın bağlamı dikkate alınmadan bir karar verilmiştir. Bu yüzden de düşünce ve ifade özgürlüğünün sınırları dar yorumlanmıştır" diyerek, davayı ilk derece mahkemesine yolluyor. Kararının hüküm fıkrasındaki ifade ise şöyle: "Anılan hukuki muhakeme sonucunda mahkemenin başka bir karara varması, olasılık dahilindedir". Yani burada söylenen şey, bu maddi olayda düşünce ve ifade hürriyetinin kapsamı geniş yorumlanması gerektiğidir. Kararı tekrar verecek olan mahkeme, yine aynı sonuca varabilir, ama başka bir karara varması da olasıdır. Anayasa Mahkemesinin bir süper temyiz mercii gibi çalışmadığının güzel bir ifadesidir bu.

Bu sınırlı sürede daha fazla konuya değinmek ne yazık ki mümkün değil. Ama anayasa şikâyetinden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kalesi olmasını beklemek zannedersen bu kurumun işlevine aykırı bir şey olacaktır. Yapılması gereken şey gerçekten de iç hukuka yönelik olarak kendi evimizin önünü temizlemek, yani hukukun insanlar için olduğunu tekrar hatırlamak. İkincisi, anayasa şikâyeti yolunu etkili bir başvuru yolu olarak geliştirmek. Aksi halde tıpkı Azerbaycan'da olduğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kabul ettiği gibi, kağıt üstünde var olan, ama etkili bir başvuru yolu olmadığı

için de tüketilmesi gerekmeyen bir hukuki çareyle karşı karşıya kalınabilir. Eğer Türk anayasa şikâyeti kurumunun böylesi bir karara konu olması istenmiyorsa, hem yüksek yargı organlarımıza, hem de Anayasa Mahkemesine çok büyük görevler düşüyor. Çok teşekkür ederim. (Alkışlar)

Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)- Sayın Doç. Dr. Ece Göztepe'ye çok teşekkür ediyoruz. Gerek Fazıl Sağlam, gerek Ece Göztepe'nin belirtmem gereken bir özelliği var, bizim açımızdan özellikle önem taşıyor. Her iki arkadaşımız da bizim İnsan Hakları Merkezimizin Bilim ve Danışma Kurulu Üyesidirler. Bizim merkezimizin çalışmalarına çok önemli katkıları olmaktadır. Her ikisinin de Almanya'yla ilgili özellikle bu konuda araştırmaları, incelemeleri, değerlendirmeleri vardı.

Şimdi yeni bir ülkeye geçiyoruz, Sayın Doç. Dr. Selin Esen bize İspanya'dan Anayasa şikâyeti konusunda bilgiler, değerlendirmeler getirecek, buyurun Sayın Esen.

Doç. Dr. Selin ESEN

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi

TÜRKİYE'DE ANAYASA ŞİKAYETİ

1982 Anayasasında 2010 yılında yapılan değişiklik anayasa şikayeti kurumunu hukuk sistemimize kazandırmıştır. Anayasa şikayeti, temel hak ve özgürlüklerin kamu gücüne karşı korunmasında Almanya ve İspanya gibi ülkelerde etkili bir hukuki çare olarak görülmektedir. Bu sunuşta, anayasa şikayeti kurumunun 1982 Anayasasında ve 2011 tarihli ve 27894 sayılı Resmi Gazetede yayınlanıp yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki yeni yasada nasıl düzenlendiğini, İspanya örneği (amparo başvurusu) ile karşılaştırmalı olarak ele almaya çalışacağım. Son olarak da Türkiye’de ileride yaşanması olası görülen sorunlara işaret ederek konuşmamı sonlandıracağım.

Anayasanın “*bireysel başvuru yolu*” olarak adlandırdığı anayasa şikayeti, “*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla bireylerin Anayasa Mahkemesine*” başvurusunu mümkün kılmaktadır (An. md. 148/3). 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun da Anayasada yer alan bu tanımı yinelemektedir (md. 45/1).

Buna göre, Anayasa ve 6216 sayılı yasanın öngördüğü bireysel başvuru yolundan yararlanmak için,

Bir temel hakkın kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiası

Söz konusu temel hakkın Anayasada ve AİHS'de birlikte düzenlenmiş bir hak ya da özgürlüklerden biri olması gerekir.

Başvuru hakkı: Hem Anayasa (md. 148/3), hem de 6216 sayılı kanun (md. 45/1), söz konusu başvuru yolundan "herkes" in başvurabileceğini belirttiği için kural olarak bu yolun yabancılar ve vatansızlara da açık olduğunu kabul etmek gerekir. Buna karşılık aynı yasa 46/3. maddesinde, yalnız Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancıların bireysel başvuru yolunu kullanamayacağını düzenleyerek söz konusu hükme sınırlama getirmiştir. Burada kastedilenin, anayasada siyasal partiye üye olma, seçme ve seçilme hakkı gibi siyasal hak ve ödevler niteliğindeki Türk vatandaşlarına özgülenmiş haklar olduğu anlaşılmaktadır. Başvuru hakkına sahip olanlar açısından bir başka sınırlama da söz konusu yasanın 46. maddesinde getirilmiştir. Bu düzenlemeyle kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yolundan yararlanması yasaklanmış; özel hukuk tüzel kişilerinin de yalnızca tüzel kişiliğe ilişkin haklarının ihlali durumunda bu yola başvurabileceği belirtilmiştir. Yasanın bu düzenlenmesinin İspanya'daki düzenlemeden daha sınırlı olduğu görülmektedir. İspanyol Anayasası (md. 53/2) hak ve özgürlüğün ihlalinden etkilenen gerçek ve tüzel kişilerin amparo başvurusundan yararlanabileceğini belirtmektedir. Anayasanın tüzel kişilerden kasdının "özel hukuk tüzel kişileri" olduğu kural olarak kabul edilmekle birlikte, İspanyol Anayasa Mahkemesi oluşturduğu içtihatla meslek odaları, üniversiteler, siyasal partiler, sendikalar, parlamento gruplarının yanı sıra, belediyeler, özerk topluluk yönetimleri, hatta Ulusal Sosyal Güvenlik Enstitüsü gibi merkez teşkilatın içinde yer alan ve kamu tüzel kişiliğine sahip kurum ve kuruluşlar gibi bazı kamu hukuku tüzel kişilerine de amparo başvurusunda bulunma hakkını tanımıştır.

Ayrıca, İspanyol Anayasası kamu denetçisi ve savcılığa da bu başvuru yolunu kullanma hakkını vermiştir. 1982 Anayasası ve 6216 sayılı yasa, ihlalden doğrudan etkilenen gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri dışında hiçbir kişi ya da kuruma bireysel başvuru yolunu işletme yetkisi tanımamıştır. Oysa ki kamu denetçisi gibi idarenin işleyişiyle ilgili şikayetleri in-

celeyen, bu konuda rapor hazırlama yetkisi ve bunu kamuoyuyla paylaşma sorumluluğu olan bir kuruma da bu yetkinin tanınması yerinde olabilirdi. Kuşkusuz, kamu denetçisinin kendisinden beklenen işlevi yerine getirebilmesi için tarafsız ve bağımsız bir yapıya sahip olması gerekir. 2010 Anayasa değişikliğiyle kurulan kamu denetçiliği bu koşulları içermemektedir. Ancak ileride yapılacak anayasa değişikliğiyle, bağımsız ve tarafsız bir kamu denetçiliği bağımsız ve tarafsız bir niteliğe sahip kılınırsa, bu kuruma da anayasa şikayetinde bulunma yetkisi tanınması yerinde olabilir.

Başvuruya Konu Olabilecek Haklar ve Özgürlükler: İspanyol Anayasasına göre (md. 53/2), yalnızca Anayasanın 14 ile 30. maddeleri arasında düzenlenen temel hak ve özgürlükler amparo başvurusunun koruma alanına girebilir. Bunlar eşitlik, din özgürlüğü ve ibadet, kişi özgürlüğü ve güvenliği, özel yaşamın gizliliği, konut dokunulmazlığı, yerleşme ve seyahat, düşünce, sanat ve bilim, iletişim, toplantı, dernek kurma, seçme, dilekçe, sendika ve grev gibi genel olarak klasik haklar grubunda yer alan hak ve özgürlüklerden oluşmaktadır. Buna karşılık, söz konusu liste tam olarak kapsayıcı değildir. Örneğin, özel mülkiyet ve miras hakkı (md.33); vakıf kurma hakkı (md.34); çalışma hakkı ve özgürlüğü (md.35); toplu iş görüşmesi yapma hakkı (md.37); girişim özgürlüğü (md.38) gibi hak ve özgürlükler ile; ailenin hukuki, sosyal ve ekonomik olarak korunmasını güvenceye alma (md.39); herkesin kişiliğini geliştirmeye elverişli bir çevreden yararlanma hakkı ve bunu koruma ödevi (md.45); insan haysiyetine yaraşır bir konutta yaşama hakkı ve kamu güçlerinin gerekli koşulları harekete geçirmesi ve ilgili yasal düzenlemeleri yapması (md.47); tüketicilerin korunması (md.51) gibi ekonomik ve sosyal nitelikli haklar, listenin dışında kalmaktadır. Anayasada sınırlı biçimde sayılmış olmakla birlikte İspanyol Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru yoluyla korunabilecek hak ve özgürlüklerin çevresini genişletme eğiliminde olduğunun da altını çizmek gerekir. Anayasanın 53/2. maddesinde yer almamasına karşın, İspanyol Anayasa Mahkemesinin, toplu görüşme hakkını sendikal özgürlüğün bir parçası olarak değerlendirip amparo baş-

vurusunu incelediği kararı buna örnek verilebilir. Yine, ekonomik ve sosyal nitelikli hakların amparo başvurusu yoluyla korunmasını sağlamak amacıyla İspanyol Anayasa Mahkemesi, bunları amparo yoluyla korunabilen hak ve özgürlüklerle ilişkilendirmektedir. Mahkemeye göre, *“Koruma alanı dışında olan haklar koruma içinde olanlarla ayrılmaz bir bağlantı içindedir”*. Mahkemenin, özellikle eşitlik ilkesinden bu anlamda çokça yararlandığı görülmektedir.

1982 Anayasasının da *“AİHS’ce Türkiye’nin taraf olduğu ekli sözleşmelerde yer alan ve aynı zamanda da Anayasada düzenlenmiş olan hak ve özgürlükler”* biçiminde öngördüğü formülle, bireysel başvuru yoluna konu olabilecek hak ve özgürlükleri klasik haklarla sınırlamayı amaçladığı görülmektedir. Anayasada yer alan hak ve özgürlükler düzenli olarak sınıflanmadığından olası karışıklıkları ortadan kaldırmak için böyle bir formülün benimsendiği söylenebilir.

Bireysel başvuru yoluna konu olabilecek haklar saptanırken yalnızca AİHS ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerde yazan haklar değil, aynı zamanda AİHM kararlarına da bakmak gerekir. Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’yla birlikte yaptığımız ve Anayasa Mahkemesi Sempozyumunda sunduğumuz 2004 tarihli çalışma, Anayasada ve aynı zamanda da AİHS’de yer alan hangi hak ve özgürlüklerin bu başvuruya konu edilebileceğini ayrıntılı biçimde ortaya koymaktadır. Söz konusu çalışmadan yola çıkarak, anayasa şikayetine konu olabilecek hak ve özgürlükler ve Anayasanın ilgili maddeleri aşağıdaki gibi sıralanabilir.

Yaşam hakkı An. md. 15/2, md. 17/1 ve md. 38/9; İşkence ve benzeri kötü ya da onur kırıcı muamele yasağı An. md. 17; kölelik ve zorla çalıştırma yasağı An. md. 18; kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı An. md. 19; adil yargılanma hakkı An. md. 36, md. 38, md. 138, md.139, md. 140; md. 141, md. 142; suç ve cezaların yasallığı An. md. 15/2 ve 38/1; özel yaşama, aile yaşantısına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı md.20, md. 21 ve md. 22, md. 26/2; düşünce, vicdan ve din özgürlüğü An. md. 24, md.25, md. 26 ve md. 15/2, md. 10, md. 27, md. 28, md.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

SELİN
ESEN'İN
TEBLİĞİ

29, md. 30, md. 31, md. 32, md. 133; örgütlenme ve toplantı özgürlüğü md. 33, md. 34, md. 51, md. 53, md. 54, md. 68 ve md.69; evlenme ve aile kurma hakkı An. md. 41, etkili başvuru hakkı An. md. 36 ve md. 40; ayırıcılık yasağı An. md. 10; mülkiyet hakkı An. md. 35, md. 46 ve 47; eğitim ve öğrenim hakkı md. 42; serbest seçim hakkı md. 67, md. 75, md. 76, md. 77, md. 78, md.79, md. 94, md. 101, md. 102, md.104, md. 114, md.116.

Öte yandan, 2010 Anayasa değişikliğiyle hak ve özgürlüklere ilişkin kısma eklenen yeni düzenlemelerden bilgi edinme hakkı (md. 74/son), AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. md.siyle ilişkilendirilebilir. Söz konusu düzenlemenin, kitle iletişim araçları dışında, ayrıca genel olarak bilgi alma hakkının da temeli sayılması mümkündür. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı da 2010 Anayasa değişikliğiyle Anayasanın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. md.sine eklenen son fıkrayla getirilen bir yeniliktir. Özel yaşama saygı kapsamında anayasa şikayetine konu edilebilir.

Türkiye'nin henüz taraf olmadığı 4. ve 7. protokollerde yer alan, aynı zamanda Anayasada da düzenlenmiş olan hak ve özgürlüklerin ihlali durumunda ise anayasa şikayeti yoluna başvurulamayacaktır. Bu hak ve özgürlükler: sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle kişi özgürlüğünü kısıtlama yasağı An. md. 38/8; seyahat ve yerleşme özgürlüğü An. md.23; vatandaşların sınır dışı edilmesi ve ülkeye girmelerinin engellenmesi yasağı An. md.23/6; eşler arasında eşitlik An. md. 10 ve md. 41/1; yabancıların toplu olarak ve meşru yollardan ülkede bulunan yabancıların keyfi olarak sınır dışı edilmesi yasağı An. md. 16; bir suçtan hüküm giyen kişinin üst mahkemeye başvurma hakkı An. md.36/1 ve 40/1; haksız hüküm giyen kişiye tazminat hakkı An. md.40; aynı suçtan iki kere yargılanamama ve cezalandırılmama An. md. 36/1; md. 38.

Başvuruya konu olabilecek hakları yalnızca AİHS ile sınırlamak, anayasa şikayetine konu olacak hak ve özgürlük alanını çok daralttığı için eleştiriye açıktır. Nitekim, örneğin AİHS'de güvenceye alınmış, ancak Anayasa yerine bir yasayla tanınmış

bir hakka karşı bireysel başvuru yolu kapalıdır. Yine, söz konusu formül, Anayasada yer alan başka bazı önemli hakların koruma dışında kalmaktadır. Örneğin Türkiye, 2010'da Anayasanın 41. maddesine eklenen 3. ve 4. fıkralarla güvenceye alınan çocuğun korunması, bakılması ve ebeveynleriyle kişisel ve doğrudan ilişki kurması ve sürdürmesi hakkı, devletin çocuğu her türlü istismara ve şiddete karşı korunması ödevi AIHS'de buna ilişkin bir düzenleme bulunmadığından anayasa şikayeti yolunun dışındadır. Yine, çevre (An. md. 56, md. 57, md. 63, md. 44, md. 169), gelişme hakkı (Gerçi An. md. 5 bunu bireysel haktan çok devlete bir ödev olarak düzenlemiş) gibi temel hakların uygulanmasına yön veren ve bireysel hakları güçlendiren alanlar anayasa şikayeti korumasının dışında kalmıştır. Kuşkusuz, anayasa şikayetine konu olacak hak ve özgürlük alanları, İspanyol Anayasa Mahkemesinin de yaptığı gibi, temel hakların bir bütün olduğuna ilişkin bir yorum geliştirerek ve aynı zamanda AIHM içtihatları çerçevesinde Anayasa Mahkemesi tarafından genişletilebilir. Bu, Mahkemenin benimseyeceği yaklaşıma bağlı olarak ileride açıklığa kavuşacaktır.

Başvuruya Konu olabilecek işlemler: 6216 sayılı yasaya göre, kamu gücü işlemleri, eylemleri ya da ihmalî bireysel başvuruya konu olabilecektir. İspanya'da *Merkezi parlamentonun*, bunun başkanlık divanı, komisyon gibi organlarının, özerk toplulukların yasama meclislerinin ve bunların organlarının yasa niteliğinde olmayan kesinleşmiş kararları amparo başvurusuna konu olabilir. Yürütme ve yargı organlarının kararları da başvuruya konu olabilir. Buna karşılık, idarenin herhangi bir işlemi olmaksızın doğrudan birey üzerinde etki doğurabilen, yani kendiliğinden bireye uygulanabilen ve aynı zamanda bireyin bir hakkını ya da özgürlüğünü zedeleyen yasalar bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne getirilemez.

Türkiye'de 6216 sayılı Yasa (md. 45/3), yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler, Anayasa Mahkemesi kararları ve Anayasanın yargı denetimi dışında tuttuğu işlemler aleyhine başvuru yapılamayacağını hükme bağlamıştır. Buna göre yasalar, parlamento kararları, TBMM'nin ortak bildiri/deklaras-

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

SELİN
ESEN'İN
TEBLİĞİ

yonları gibi diğer yasama işlemleri başvuru dışındadır. İspanya ile karşılaştırdığımızda, kamu gücü niteliğinde olan yasama işlemleri ile yürütme organının düzenleyici idari işlemlerinin başvuru dışında tutulması, anayasa şikayetinin kapsamını aşırı daraltmaktadır. İspanya'da olduğu gibi Türkiye'de de doğrudan birey üzerinde etki doğuran yasalar başvuru konusu edilemeyecektir. Buna karşılık, yasa koyucunun eksik düzenleme dahil ihmalinden kaynaklanan temel hak ihlallerine karşı anayasa şikayetinin mümkün olması gerekir.

Yasa, "anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerden söz ettiğine göre, olağanüstü hal KHK'lerine, cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere, meslekten çıkarma cezası dışındaki HSYK ve YAŞ'ın terfi işlemleriyle kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma kararlarının Anayasaca yargı denetimi dışında tutulmuş bölümlerine karşı anayasa şikayeti yapılamayacaktır.

Yargı kararları açısından, 6216 sayılı yasanın 45/3. maddesi, yalnızca Anayasa Mahkemesi kararlarını açıkça bireysel başvuru yolu dışında tuttuğundan, bunun dışında adli, idari ve askeri yargının tüm kesinleşmiş kararlarına karşı anayasa şikayeti yolunun açık olduğunun kabulü gerekir. Anayasa Mahkemesi tarafından mahkeme oldukları tespit edildiği takdirde, YSK ve Sayıştay'ın yargısal nitelikli kararlarına karşı da bu yol açık olacaktır.

Başvurunun Süresi: 6216 sayılı Yasa (md. 47/5), başvurunun kanun yollarını tüketen nihai işlemin başvuruca tebliğ edildiği tarihten ya da kanun yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten başlayarak 30 gün içinde yapılmasını öngörmektedir. İspanya'da ise Merkezi devlet ve özerk topluluk yasama organlarının yasa gücünde olmayan işlemleri, bunların kesinleştiği tarihten itibaren 3 ay içinde amparo başvurusuna konu olabilir. İdarenin kararlarına karşı amparo başvurusu da, buna ilişkin son mahkeme kararının taraflara tebliğ edilmesinden itibaren yirmi gün içinde yapılabilir. Yargı kararlarının bireysel başvuruya konu olması da bunların tebliğ tarihinden itibaren yirmi gündü. 2007'de yapılan değişiklikle bu süre 30

güne çıkarılmıştır. Seçim yargısına ilişkin kararlar için ise başvuru süresi, adaylar ve aday listelerine karşı yapılan başvurularda kararın tebliğ tarihinden itibaren iki gün; seçmenlere ve seçime ilişkin başvurularda ise üç gündür. Anayasa Mahkemesi, birinci durumda üç gün; ikinci durumda ise on beş gün içinde başvuruyu karara bağlamalıdır. Seçim yargısında ihlal iddiasının çok kısa sürede sonuçlandırılması, başvurudan umulan yararın sağlanması açısından önemli ve gereklidir. YSK'nin kararlarının anayasa şikayeti kapsamı içinde olacağına ilişkin yorum benimsenirse, 30 günlük sürenin çok uzun olduğu sonucuna varılabilir. Yasa koyucunun bu konuyu açıklığa kavuşturması gerekirdi.

6216 sayılı Yasa (md. 47/5), haklı mazereti olan başvuruçulara, mazeretin kalktığı tarihten itibaren 15 gün içinde başvuru zorunluluğu getirmektedir. Kanun koyucu, ihlalin ihmalden kaynaklanması durumunda sürenin ne olacağına açıklık getirmemiştir. Yasada belli bir işlemin yapılması için süre öngörülmüşse, otuz günlük sürenin bu sürenin bitiminden itibaren başlayacağı kabul edilmelidir. Böyle bir süre öngörülmemişse, kamu gücünün hareketsizliğinin makul süreyi aşan bir dönemden beri devam ediyor olması biçiminde bir ölçüt getirilebilir. Makul sürenin aşılmasından itibaren ihmal devam ettiği sürece Anayasa Mahkemesine başvurunun mümkün olması gerekir.

YAŞANABİLECEK OLASI SORUNLAR

Türk Anayasa Mahkemesinin karşılaşması muhtemel en önemli sorunlardan biri, anayasa şikayeti başvurularının makul sürede sonuçlandırılmaması; dolayısıyla bu başvuru yolundan beklenen temel hak ihlallerine ilişkin sorunların AİHM'ye gitmeden çözülmesi, AİHM'ye giden dosya sayısının azalması gibi sonuçların elde edilememesine neden olacaktır. Benzer bir sorun, bu kurumun iyi işlediği İspanya'da bile görülmektedir. Gerçekten de, İspanyol Anayasa Mahkemesini kurum olarak en çok erezyona uğratan sorunların başında, anayasa şikayeti yoluna başvuranların önemli bölümünün tatmin edilememesi

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

SELİN
ESEN'İN
TEBLİĞİ

gelmektedir. Anayasa Mahkemesinde bir başvurunun sonuçlanması ortalama 3-5 yıl almakta; işin Anayasa Mahkemesi Genel Kuruluna gitmesi durumunda ise bu süre 5.5 ile 9 yıl arası sürmektedir. Mahkemenin zamanının ve enerjisinin çok büyük bölümünü amparo başvuruları almaktadır. Örnek vermek gerekirse, 2009 yılı verilerine göre 10.792 adet amparo başvurusu karşısında 42 tane anayasaya aykırılık başvurusu ile 13 tane de yetki çatışmasından kaynaklanan başvuru yapılmıştır. Bu sıkıntıya dikkat çekmek amacıyla, Anayasa Mahkemesi öğretide çoğu zaman “*amparo mahkemesi*” olarak da adlandırılmaktadır.

İşte Anayasa Mahkemesinin işleyişindeki bu güçlükleri hafifletmek amacıyla 2007’de geniş çaplı yasal değişiklikler yapılmıştır. Bunlar arasında, mahkemenin daha hızlı karar almasını ve amparo başvurusunun ikincilik niteliğini güçlendirmeyi amaçlayan değişiklikler dikkat çekicidir. Örneğin, Mahkemenin daha hızlı karar almasını sağlamak için, gelen başvuruların kabulünü zorlaştıran bir yöntemin benimsendiği görülmektedir. 2007 tarihli düzenlemeyle başvurunun Anayasa Mahkemesince kabul koşulları arasına başvuran tarafından ileri sürülecek ve temellendirilecek olan başvurunun “*özel anayasal önem*” (*especial trascendencia constitucional*) taşıması koşulu eklenmiştir. 6216 sayılı yasanın 48/2. Maddesinde de, başvuru-
cunun önemli bir zarara uğraması gibi başka koşulların yanında, “*Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıma*” koşulunun başvurunun kabulü için arandığı görülmektedir. Bu düzenlemenin, Anayasa Mahkemesinin takdir alanını genişlettiği söylenebilir.

İspanya’da eski düzenlemeye göre bir davanın kabulü komisyon üyelerinin çoğunluğunun oyuyla mümkünken artık oybirliği koşulu aranmaktadır. Kabul için gerekli oybirliği yerine oy çokluğu sağlanmışsa, dosya ilgili bölüme gönderilir. Bölüm, kararını oy çokluğuyla verir. Yasanın ilk biçiminde, tam tersine, bir başvurunun reddi için oybirliği aranıyordu. Böylece, yeni düzenlemeyle Mahkemenin amparo başvurularını reddetmesi kolaylaştırılmıştır. 6216 sayılı Yasanın 48/3.

maddesinde ise İspanya'da 2007 değişikliklerinin öncesinde olduğu gibi, başvurunun reddi için komisyonda oybirliği koşulu aranmaktadır. Oybirliği sağlanamayan başvurular ise bölümlere havale edilecektir.

İspanya'da 2007 tarihli yasa değişikliği genel kurul, bölüm ve komisyonlar arasındaki işbölümüne de esneklik getirmiştir. Yasanın ilk biçiminde komisyondan geçmiş başvuruların bölümler tarafından karara bağlanacağı hükme bağlanmışken, şimdi, Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadının uygulanması gereken başvurular gibi bazı durumlarda komisyona da ön kabul aşamasından geçmiş dosyaları karara bağlama yetkisi tanınmıştır. Böylece, bu nitelikteki başvurularda kesin kararın açıklanmasında yaşanan gecikmenin bir ölçüde önüne geçmek amaçlanmaktadır. Böyle bir yetkinin Türkiye'de de komisyona tanınması daha uygun olurdu. İspanyol Anayasa Mahkemesinin içindeki işbölümüne ilişkin bir başka değişiklik ise genel kurulun iş yükünü hafifletmeyi amaçlamaktadır. Genel kurulun yetkileri arasında yer alan iptal davası ve itiraz yolu başvurularının bir bölümünü karara bağlama yetkisi bölümlere aktarılmıştır. Bunun dışında, iş yükünün iki bölüm arasında dağıtılması, genel kurulun belirlediği esaslar çerçevesinde dönüşüm esasına göre yapılır.

İspanya'da yasa değişikliğiyle getirilen düzenlemelerin bir başka hedefi, temel hak zedelenmesine ilişkin başvuruların Anayasa Mahkemesine gelmeden çözülmesini sağlamaya yöneliktir. Yargılama Usulü Organik Yasasında 6/2007 sayılı yasayla yapılan değişiklikle artık olağan yargı düzeni içinde, amparo başvurusuna konu olabilecek bir hakkın zedelenmesi sonucunu doğuran bir hata içeren mahkeme kararları yeniden gözden geçirilebilmektedir. Temel hak ihlallerinin mümkün olduğu kadar Anayasa Mahkemesi önüne gelmeden halledilmesi, hem anayasa şikayeti kurumunun istisnai niteliğini güçlendirmesi; hem de olağan mahkemelerle Anayasa Mahkemesi arasında yetki çatışması yaşanmasını önlemek açısından önemlidir. İspanyol Anayasa Mahkemesi, Yargıtay'la arasında yetki sorunu yaşanmasını ve "süper temyiz merci" olduğu yönündeki

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

SELİN
ESEN'İN
TEBLİĞİ

eleştirileri önlemek için azami çaba göstermektedir. Örneğin, 2009 verilerine göre, Mahkeme kararlarına karşı yapılan 10.557 amparo başvurusunun yalnızca 99'unda Anayasa Mahkemesi, mahkeme kararını iptal etmiştir. 99 dosyanın yalnızca 9'u Yargıtay kararlarına aittir. Türkiye'de de Anayasa Mahkemesiyle yüksek mahkemeler arasında çıkması olası sürtüşmeleri asgariye indirmenin yolu, Anayasa Mahkemesinin bu konuya duyarlı yaklaşımı olacaktır.

Yeni yasada Anayasa Mahkemesiyle olağan mahkemeler arasında çatışma yaratması olası bir başka düzenleme, Anayasa Mahkemesine tanınan tazminata hükmetme yetkisidir (md. 50/2). Öncelikle yasanın, kamu gücünün ihmalinden kaynaklanan hak ihlallerini dışarıda tutarak yalnızca mahkeme kararlarından kaynaklanan hak ihlalleri için tazminat kurumuna yer verdiği görülmektedir. *"Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir"*. Hem genel mahkemelerle bu nedenle sürtüşme yaşamamak; hem de tazminatın anayasa şikayeti kurumunun asıl işlevini gölgelemesini engellemek için Anayasa Mahkemesinin bu yetkisini çok dikkatli ve istisnai biçimde kullanması gerekir. Örneğin İspanya'da Anayasa Mahkemesine böyle bir yetki tanınmamıştır. Anayasa şikayeti yoluyla Anayasa Mahkemesinin ihlal öncesi duruma geri dönmek mümkün olmasa bile bir temel hakkın kamu gücü tarafından ihlal edildiğini tespit etmesi hakkı ihlale uğrayan bireyin tatmin edilmesi için yeterli görülmektedir.

Uygulamada İspanya'da Anayasa Mahkemesinin önüne gelen dosyaların çok büyük bir bölümünü mahkeme kararı oluşturmaktadır. Örneğin, 2009 verilerine göre Mahkemeye yapılan toplam 10.792 başvurunun yalnızca 235'i yasama ya da yürütme organının bir işlemine karşıdır. Bu tablonun Türkiye için de geçerli olacağını öngörmek yanlış olmayacaktır. Yargıtay'a gelen yıllık dosya sayısının 600 bini, Danıştay'a gelen dosya sayısının ise 100 bini aştığı göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla

karşı karşıya kalacağı iş yükünün ağırlığı açıkça ortaya çıkmaktadır. Mahkemenin iş yükünü hafifletebilmek, bu başvuru yolundan umulan yararı elde etmek ve aynı zamanda bireysel başvuru yolunun istisnai niteliğini koruyabilmek için, bu başvuruya konu olan şikayetlerin mümkün olduğu kadar olağan kanun yolları içinde giderilmesini sağlayacak mekanizmaların oluşturulması gerekir. Yalnızca istinaf mahkemelerinin uygulamaya konmasına yönelik bir çaba, bu sorunun çözümü için yeterli olmayacaktır. Bireysel başvuru yolunun etkili biçimde işlemesi, Türkiye'deki adalet sisteminin bütünüyle gözden geçirilmesine bağlıdır.

Son olarak, bireysel başvuru yolunun başarılı olması, Anayasa Mahkemesinin iş yükü altında ezilmesini önleyecek düzenlemelerin yanı sıra Mahkemenin temel hak ve özgürlüklere ilişkin yaklaşımına ve bu alanda oluşturacağı içtihadı da bağlı olacaktır. Mahkemenin hak eksenli bir yaklaşımı benimsemesi ve anayasanın 90/5. maddesini kararlarında göz önünde bulundurması büyük önem taşımaktadır.

Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)- Sayın Doç. Dr. Selin Esen'e çok teşekkür ediyoruz. İspanya'dan bize esintiler değil, ciddi bilgiler getirdi. Şimdi soru, yorum için söz vermek durumundayım, lütfen önce sizi gördüm, sonra Kazım Başkanı gördüm, buyurun efendim sizden başlayalım.

TARTIŞMA

Prof. Dr. Yaşar BİLGE (Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanı)- Şimdi bilirkişilik müessesesiyle hak ve özgürlüklerin korunması arasındaki bağlantıya dikkat çekmek istiyorum. Bilirkişilik müessesesi resmi olması halinde ve tek bir kuruma sürekli olarak müracaatı halinde bu kurumun da işlevselliğinin tartışılır olması durumunda bir açılım yapılması gereği söz konusudur. O takdirde de adli bilimlerin alanında acaba bir yapılanmaya, hak ve özgürlüklerin sağlanması için, delillerin sağlanması için bir çalışma yapılmasına gerek var mı diye düşünmemiz gerekiyor.

Bu açıdan da CMK 67'de belirtildiği üzere avukatların, daha aynı şekilde savcılar nasıl adli tıp kurumundan rapor alıyor-

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

TARTIŞMA

sa, üniversite hastanelerinden rapor alıp, onların geçerliliği konusunda teşvik edici ve bu konuda ortak çalışma yapılması konusunda destek vermelerinin önemini vurgulamak için söz aldım, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ederim, ama sorunuzun konumuzla ilgisini ben şahsen kura madım, teşekkür ederiz dinledik. Sayın Başkan Kazım Kolcuoğlu buyurun efendim.

Av. Kazım KOLCUOĞLU (İstanbul Barosu önceki Başkanlarından)- Teşekkür ediyoruz konuşmacılara. Benim birinci açıklamam şöyle olacak: Daha önce burada yapmış olduğumuz bir Anayasa sempozyumunda Alman Anayasa Mahkemesi üyesine bir soru yöneltmiştim, o da şuydu: “*Şikâyet yoluyla Anayasa Mahkemesine gidildiğinde, kişinin kendisine uygulanan yasanın Anayasaya aykırı olduğunu iddia ederse, ileri sürerse Anayasa Mahkemesi bu şikâyeti değerlendirir mi?*” diye sorduğumda, yanıtı şöyle olmuştu: “*Elbette değerlendirir, ama yasa iptali karar vermez, uygulanan yasanın Anayasa aykırı olması nedeniyle o kişinin bu konudaki haktan yararlanmasını sağlayabilir* dedi. Şimdi bizde de aynı şekilde itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine itiraz gidilebiliyor, ama maalesef bizde Anayasa Mahkemesine gitme konusunda başvuru yapacakların alanını genişletmede yapılan tereddütlerin hiçbiri dikkate alınmadı ve eski haliyle devam ediyor. Örneğin, Barolar Birliği gibi bir hukuk kurumunun Anayasaya aykırılık iddiası ve bunun gibi diğer kamu kurumu niteliğindeki meslek odalarının başvuruları yapabilmeleri gerekliken bunların hiçbiri yapılamadı.

Şimdi ben şunu sormak istiyorum: İdare mahkemesinden vatandaşa uygulanacak olan yasanın Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine götürülmesi talebi yani itiraz yoluyla götürülmesi talebi mahkemelerce reddedilir ise sonuçta bu kesinleşirse, şikâyet yoluyla kendisine uygulanan yasanın Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmek suretiyle bu konuda bir şikâyet talebinde bulunabilir mi ve bu yasa göre mahkeme böyle bir karar verebilir mi? Çok önemli, neden önemli? Çünkü şuanda değişecek olan Anayasaya ay-

kırı çok yasa var, hiçbir yasa Anayasayla uyumlu halde değiştirilip yürürlüğe konmadı, hatta 12 Eylül'ün birçok yasası var. Şimdi vatandaşlarımız bunları kullanıyor, ama maalesef hiçbir sonuç alamıyor, o nedenle önemli gördüm, bu konuda ne düşünüyorsunuz bilemiyorum onu öğrenmek istedim. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)- Bir soru daha buyurun efendim. Sayın Tolga, genç meslektaşımız, buyurun.

Av. Tolga ŞİRİN (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi)- Merhaba, teşekkür ederiz verdiğiniz bilgiler için. Birkaç sorum olacak benim, ama sorudan önce belki ekleme olabilir. Anayasaya aykırı olduğu söyleniliyor bu yasanın, dolayısıyla 65'in iptal davası dışında Anayasa Mahkemesinin kendisi davaya bakmakta olan bir mahkeme sıfatıyla uygulayacağı bu kanunu, yani Anayasa Mahkemesinin yapısına ilişkin kanunu kendisi bir ön mesele yapıp Anayasaya aykırılığını gündeme getirebilir mi acaba? Çünkü şunu biliyoruz: Yüce Divan ve siyasi parti kapatma davalarının kendisini bir mahkeme olarak görüyor, ama itiraz ve iptal davalarını görmüyordu, acaba burada ne olabilir. Dolayısıyla daraltıcı olan yasa hükümlerini ön mesele yapıp Anayasaya aykırılığını iddia edebilir mi? Bir sorum bu.

İkinci sorum, bildiğim kadarıyla yine Anayasa şikâyetinin objektif ve sübjektif fonksiyonlarından bahsediyor uluslararası literatürde. Şimdi bizde doğrudan doğruya, resen hareket edecek bir yani bir kamu hukukundaki savcıya benzer bir ombudsman kurumu bunu harekete geçiremiyor. Yasada gördüğüm kadarıyla başvuru elden çekildiği zamanda derhal düşüyor, yani Anayasa hukuku açısından önem kazansa dahi düşüyor ki, Avrupa Sözleşmesinde biliyorsunuz, sözleşme düşse bile kamu düzeni açısından önem taşıyorsa bakmaya devam edilir, ama burada böyle bir şey yok, artı bir savcı veya bir ombudsman tarafından harekete geçirmekte söz konusu değil, dolayısıyla bir objektif dava niteliği taşır mı taşımaz mı veya idare mahkemesindeki iptal davasına bu yanılla benzer mi benzemez mi, böyle bir soru sorabilirim.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

TARTIŞMA

Son olarak da şunu özellikle merak ediyorum: Almanya'da bildiğim kadarıyla yine Avrupa Sözleşmesinden uzak bir şey bu, üniversitelerin yani bazı kamu kurumlarının dava açabilmesi mümkün Anayasa şikâyeti yoluyla, bu Avrupa Mahkemesi açısından yabancı bir şey, kamu kurumlarının dava açması. Türkiye'de bunun uygulanacak olduğu varsayımında spesifik işler üniversite açısından nasıl söz konusu olabilir, bunu biraz açabilirsiniz teşekkür ederim.

Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturma Başkanı)- Sayın Prof. Durmuş Tezcan buyurun efendim.

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN- Teşekkür ederim, bir konuda sayın konuşmacı Ece Hanımla aynı görüşü paylaşmıyorum. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Lüksemburg ile ilgili bir davada, Lüksemburg küçük bir ülke olduğu için görüş bildirdiği bir konuda daha sonra yargılama yapmasında, yargı bağımsızlığının ihlali olduğu sonucuna vardı. Dolayısıyla Anayasa şikâyetine bakan üyelerin daha sonra bu konuda bir kanunun Anayasaya aykırılığı iddiasını gündeme getirilmesi halinde o konuya bakması yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını ihlal eder. Çünkü zaten bizim Ceza Muhakemesi Kanunumuzda da var, fakat yürürlük kanunuyla Türkiye'de yeteri kadar hâkim savcı olmadığı için soruşturma evresine katılan hâkimlerin daha sonra savcı gibi çalışması, yani 163'üncü maddede dönük faaliyetleri dışında yargı bağımsızlığını etkilemediği yönünde düzenleme getirmiştir ki, bu da yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ve uygulamasının tersine bir durumdur. Ona katılmadığımı vurgulamak isterim.

Diğer bir konu şu, sadece bilgi vermek için ifade ediyorum: Rahmetli Bülent Nuri Esen Hocamızın da torunu olan bugün genç meslektaşımız ile ilgili olarak aile hakkıyla ilgili bir konuya değineceğim, o da şu: Devrim kanunlarında geçen ve Anayasanın da ayrılmaz bir parçası olan hükümler çerçevesinde tek evlilik konusu Medeni Kanundaki hüküm Anayasal bir düzenlemedir. O nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12'inci maddesindeki evlenme hakkı ve aile hakkı konusunda onu da Anayasal şikâyet çerçevesinde herhalde bu kurum dikkate alacaktır. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ediyoruz, şu anda yeni soru almıyoruz, mevcut sorulara cevap, peki Sayın Atilla Sav buyurun efendim.

Av. Atila SAV- Sayın Başkan, sayın konuşmacılara teşekkür ederim. Ben bir soru sormak istiyorum. Şimdi 46'ncı maddenin 2'inci bendinde "*kamu tüzelkişileri bireysel başvuru yapamaz*" kuralı var. Biraz önce bir soru soran arkadaşım üniversitelerden söz etti, konu tüzelkişileri değil, başka kuruluşları da kapsıyor ki bunların hak öznesi olduğu, uyuşmazlıklarda dava hakkı olmayacak mı? Barolar Birliği, Barolar, üniversiteler ve diğer kamu -örneğin TRT gibi- kuruluşlar da Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapabilmeliler diye geliyor. Dün özel konuşmamızda Sayın Hocam, "*Bunu kamu tüzelkişileri doğrudan bireysel başvuruda bulunamazlar, başvuru yapamazlar diye anlamak gerekir*" demişti. İki anlam arasında büyük fark olduğu kanısındayım, acaba sayın konuşmacılar ne diyorlar? Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Anayasa Mahkemesi Onursal Üyesi)- Tabii sorular hem sayıca çok, hem de biraz karmaşık. Hepsinin altından kalkabilir miyim bilmiyorum. Ama bende bıraktıkları genel izlenime göre bir şeyler söyleyebilirim.

Şimdi somut norm denetimi talebi reddedilirse, bu Anayasa şikâyeti konusu olur mu? Bu soruya birazdan döneceğim. Ama önce şunu belirtmek gerekir. Somut norm denetimi ile anayasa şikâyeti farklı yöntemler. Anayasa şikâyeti daha çok normun uygulanışında bir problem varsa, gündeme geliyor. Yani belli bir normun temel hak ve özgürlüklerin anayasal önem ve etkisini ortadan kaldıracak bir biçimde uygulanması halinde, bu sorun anayasa şikâyeti ile çözülebiliyor.

Anayasa Mahkemesi'nin kendisi somut norm denetimini başlatabilir mi? Anladığım kadarıyla Tolga'nın sorusu, anayasa şikâyetinin incelenmesi sırasında, şikâyet konusu olayın ilgili olduğu kural hakkında bir somut norm denetimi başlatıp başlatamayacağı yönündeydi. Anayasa Mahkemesi bunu özellikle parti davalarında yaptı. Ama orada parti davasına ilk ve son derece olarak bakan bir mahkeme sıfatıyla bunu

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

TARTIŞMA

yapabildi. Şimdi burada öyle bir konumda değil. Vatandaşın ya da kişilerin somut olaya ilişkin şikâyetini, olağan kanun yolları tüketildikten sonra ele alma durumunda. Bu ise somut norm denetiminden farklı bir inceleme türü. Şimdi bu konuda bazı yanlış anlayışların dile getirildiğini biliyorum. Mesela Ece Göztepe'nin Anayasa şikâyeti konusunda önemli bir çalışması olduğunu bildiğim için, doçentlik sınavında kendisine buna ilişkin bir soru yönelmiştim. Tabii o da gayet güzel cevaplamıştı. Bir başka Hocamız, -ismi lazım değil- kendisine "Somut norm denetimi anayasamızda yer aldığına göre, ayrıca anayasa şikâyetine gerek var mı?" şeklinde bir soru yöneltti. Oysa bunlar çok farklı şeyler. Bir somut norm denetimi sırasında denetlenen normun Anayasaya aykırılığı söz konusu olmayabilir. Ama o normun uygulanmasında bir sorun olabilir. Anayasa şikâyetinin asıl spesifik işlevi burada kendisini gösteriyor. Şayet söz konusu norm, anayasanın üstünlüğüne ve bağlayıcılığına aykırı bir anlamda uygulanmışsa ve bu anlamıyla bir temel hak ve özgürlük ihlâl edilmişse, işte o zaman Anayasa şikâyeti devreye giriyor. Asıl spesifik uygulama alanı da bu. Bir yasaya karşı doğrudan anayasa şikâyeti ise oldukça dar koşullarla gündeme gelebilecek bir konu. Zaten yeni çıkarılan yasa da ona cevaz vermemiş. Şimdi bu çerçevede Mahkemenin kendiliğinden somut norm denetimini başlatması, bana biraz sisteme yabancı gibi geliyor. O zaman itiraz davasının konumu ne olacak? Kanun yollarının tüketilmesi aşamasında itiraz yoluna her zaman gidilebilir. Belki bu aşamadaki girişimlerin bir temel hakkı ihlal edecek biçimde reddedilmiş olması, Tolga'yı haklı kılabilir. Bunun üzerinde düşünmek gerekir. Ama anayasa şikâyetinden önceki zorunlu aşamalarda anayasaya aykırılık itirazı söz konusu olmaksızın Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikâyeti aşamasında kendisini davayı uygulayan mahkeme olarak görmesi bana ters geliyor. Parti ya da Yüce Divan yargılamalarında durum farklı. Çünkü bunlarda Anayasa Mahkemesi bir ön aşama olmaksızın doğrudan davaya bakıyor. Yani itiraz davasının harekete geçirilebileceği bir ilk yargılama aşaması yok.

Soru- Sevgili Fazıl Hocaya ben bir soru sorabilir miyim bu aşamada. Anayasa şikâyeti teknik anlamda bir teknik anlamda

Anayasa Mahkemesi önünde görülen dava mıdır? Eğer dava ise o zaman Tolga'nın argümanını kolay kolay reddedemeyiz.

Doç. Dr. Ece GÖZTEPE (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)- Ben de araya girebilir miyim? Bu husus, tasarinın 49. maddesinin altıncı fıkrasında vardı; Anayasa Alt Komisyonunda bu kaldırıldı. Yani tasarı bekletici mesele yapmayı öngörüyordu, ama bu kaldırıldığı için soru şurada: Salt tarihsel yorumla yasakoyucunun aksi yönde bir iradesi olduğunu mu kabul edeceğiz, yoksa Anayasa Mahkemesi içtihat yoluyla kendisini davaya bakan mahkeme olarak kabul edebilecek mi? Sanırım bu sorunun cevabını gene Anayasa Mahkemesi verecek. Bence Anayasa Mahkemesi'ne bekletici sorun yapma yetkisi tanınmalı.

Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)- Şimdi tabii bu açıklamaya göre eğer tasarıdaki reddedilmemiş olsaydı, bakabilecekti bu anlam çıkıyor. Ben o açıdan bakmadım olaya, yani şimdi Anayasa Mahkemesine Anayasa şikâyeti konu olarak gelmiş önüne, bu olayla ilgili bir şey ama olayda bir aykırılık görmüyor, hani olayın uygulanmasında, yorumlanmasında Anayasaya ters bir durum görmüyor, ama kanunun kendisinde görüyorsa ne yapabilir? Tabii biraz isterseniz biraz açın siz de.

Av. Tolga ŞİRİN- Mesela, bir üniversite öğretim üyesi varsa, Anayasa Mahkemesinin yapısına ilişkin kanun gereğince, Anayasa Mahkemesi reddedecek, çünkü Anayasa Mahkemesinin yapısına ilişkin kanun, kamu kurumlarına izin vermiyor; yasaya karşı ne yapacak?

Doç. Dr. Ece GÖZTEPE- Bu Anayasa Mahkemesinin yapısına ilişkin kanunu -yani diğer kanun ayrı- bundan dolayı vereceği için, uygulayacağı doğru mu, davaya bakmakta olan bir mahkeme olarak acaba kendisinde görmesi yapabilir mi?

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Anayasa Mahkemesi Onursal Üyesi)- Şimdi bu bağlamda daha kesin bir cevap vermek mümkün. Çünkü kamu kuruluşlarına Anayasa şikâyetinde bulunmak imkânı tanınmıyor, yani kamu kuruluşlarının anayasa şikâyeti başvurusunda bulunma ehliyeti yok.

Av. Tolga ŞİRİN- Anayasaya aykırı bir madde konusunda gerekirse?

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Anayasa Mahkemesi Onursal Üyesi)- Biraz önce belirttiğim gibi, o zaman somut norm denetimi yönteminin bir anlamı kalmıyor ve anayasa şikâyeti bir yönüyle popüler davaya dönüşmüş oluyor. Ama Ece'nin belirttiği olanak, Tasarı'dan çıkarılmamış olsaydı, Bölümlerin Genel Kurula başvurusu, itiraz davasını harekete geçirecek yeni bir birim olarak düşünülebilirdi. Bu durumda yalnızca şu yol aklıma geliyor: Anayasa şikâyeti başvurusundan önce tüketilmesi gereken yargısal başvuru yolları aşamasında anayasaya aykırılık itirazının reddedilmiş olması, başlı başına bir temel hak ihlâli olarak değerlendirilebilir diye düşünüyorum. Sanırım Kazım Başkan'ın sorusu da bu çerçevede karşılanmış oluyor. Ama yanlış anlamadıysam, Tolga'nın belirttiği örnekte pek mümkün değil. Çünkü orada zaten kamu hukuku tüzel kişilerinin başvuru yetkisi yok. Dolayısıyla Bölüm önüne gelmiş bir dava da söz konusu olamayacak. Şimdi biraz önce de benzer bir şey soruldu. Onu tamamlamak üzere belirteyim. Vakıf üniversitelerinin de anayasa şikâyetinde bulunma yetkileri yok. Çünkü onlar da özel değil, kamu tüzelkişisi. Yani onlar da anayasa şikâyeti başvurusu yapamıyor. Özel hukuk tüzel kişileri ise sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir. Buna karşılık tüzelkişiliklerinin faaliyet alanında olan bir konu ile ilgili anayasa şikâyeti başvurusu, Anayasa Mahkemesi'nin yeni kuruluş yasasına göre yapılamayacak. Bence bu da aşırı daraltma olarak değerlendirilmesi gereken bir durum.

Doç. Dr. Ece GÖZTEPE (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)- Ben de önce sırayla gitmek istiyorum. Yaşar Bilge Hocanın sorduğu soru zannedersen bilirkişilik, yani Ceza Muhakemesi anlamında iş yükünün dağıtılması talebiyle ilgili. Burada anayasa şikâyeti açısından sorun, bence kamu gücünü temsil yetkisine sahip bir organın tespit edilmesi. Yani bireysel olarak avukatlar bir kamu görevi yerine getiriyorlar, ama kamu hukuku anlamında kamu görevlisi değiller ve kamu gücünü temsil etmiyorlar. Dolayısıyla Adli Tıp Kurumunun yükünün avukatlara ya da bazı barolara dağıtılması

bu anlamda bir çözüm olamaz, anayasa şikâyetiyle bağlantılı gördüğüm noktada.

Kazım Beyin zannedersen bir yanlışı var. Çünkü Alman Anayasa Mahkemesi Kanununa göre, Alman Anayasa Mahkemesi anayasa şikâyetiyle önüne gelen bir davada, uygulanan kanun normunu Anayasaya aykırı görürse bunu Senatoya yolluyor, Senato da görüşerek bunun iptaline karar verebiliyor. Dolayısıyla 49'uncu maddenin 6'ncı fıkrasından çıkartılan somut norm denetiminde genişletici etki, Alman Anayasa Mahkemesinin yetkileri arasında. Oysaki hükümet tasarısında mevcut olan bu yetki Alt Komisyon aşamasında çıkartıldı. O yüzden de birazdan geleceğim sorunun cevabı çok açık ve net. Bugün anayasa şikâyeti uygulanmaya başlandıktan sonra - eğer bir yasa değişikliği yapılmazsa - anayasa şikâyetinin konusu olan kanunun uygulanması büyük olasılıkla engellenmiş olacak, kanunun Anayasaya aykırılığı iddiası Anayasa Mahkemesi tarafından görüşülemeyecek.

Durmuş Hocayla şöyle bir konuda anlaşamadık: Soruşturma evresindeki katılımı, Anayasa Mahkemesinin bir yargı organı olarak dar ve genişletilmiş bir organ sıfatıyla çalışması bence birbiriyle karşılaştırılmayacak iki durum. Lüksemburg'daki karar bildiğim kadarıyla kişi düzeyinde, yani soruşturma evresinde bulunmuş bir savcının daha sonra mahkeme heyetinin üyesi olmasıydı; başka bir karar varsa bilmiyorum. Bir kişinin iki ayrı evredeki kurulun üyesi olması sözkonusu. Oysaki burada bir mahkemenin dar bir heyet iken, daha genişletilmiş bir heyet olarak karar vermesi aşaması var. Ben burada bir çıkar çatışması görmüyorum ve itiraz yolunda olduğu gibi burada hâlâ bir yargılama yapıldığını ve Anayasa Mahkemesinin burada Bölüm halinde çalışırken savcı rolünde, Genel Kurula yollarken savcı rolünde, Genel Kurulda hâkim rolünde olduğunu düşünmüyorum.

Elbette ki 1961 Anayasasındaki sisteme geçilmesi iptal davaları açısından istenilen bir şey. Kamu kurum ve kuruluşlarının kendi görev ve yetki alanlarıyla ilgili iptal davası açmaya yetkili olması kadar, temel hak ve özgürlüklerin uygulama alanının

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

TARTIŞMA

genişletilmesi için anayasa şikâyetine başvuru hakkı da olmalı. Ama Anayasa Mahkemesi kanununa baktığımızda, Anayasa Mahkemesinin şimdiye kadarki birçok pratiği yasaya geçmediği gibi - mesela yürürlüğün durdurulması kararı verme yetkisi gibi - “anayasa şikâyetinde gerekli gördüğü tedbirleri alır” denmesine rağmen bu somutlaştırılmamış. Fırsat bu fırsat denilip yeni bir anayasa değişikliğine eşlik edecek şekilde yine 1961 Anayasasındaki sistemine dönülebilirdi. Bu yine yapılmadı ve ben bunun çok bilinçli bir tercih olduğunu düşünüyorum. Yani anayasa şikâyetinin, anayasa yargısının daha fazla kökleştirilmesinin, temel hak ve özgürlüklerin Mahkeme tarafından etraflı biçimde korunmasının bir aracı olarak görüldüğünü düşünmüyorum. Bu söylediğim hem hükümetin tasarısı hem de kanun için geçerli. Bu nedenle kamu tüzelkişilerine dava yetkisi tanınmadığı için bunun zaten mümkün olmadığı açık.

Soru- Bir sorum var Ece Göztepe'ye: “Adalet Bakanlığından görüş sorulmasıyla ilgili açıklamalarınız sırasında bu hükmün gerekçesinde konu Anayasa Mahkemesi önüne gelir ise muhatap yahut savunmayı yazma durumunda Adalet Bakanlığı olacak dolayısıyla bu aşamada bilgi vermesi yerindedir, gereklidir şeklinde gerekçede bir açıklama olduğunu” söylediniz. Bundan şu sonuç mu çıkıyor, bugüne kadar Dışişleri Bakanlığı yürütüyordu bu işi Adalet Bakanlığıyla danışarak işbirliği yaparak ama muhatap Dışişleri Bakanlığı oluyordu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine. Acaba bu konuda bir değişiklik yapılacağının işareti mi bu veya yapıldı da haberimiz mi yok, teşekkür ederim.

Doç. Dr. Ece GÖZTEPE (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)- Ben bu yönde kanunda ya da başka bir metinde bir şey okumadım. Herhalde Dışişleri Bakanlığının temsil yetkisi sürece ve işbirliği sağlayacak.

Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)- Sevgili Durmuş Tezcan sizin bilginiz var mı?

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN- Teşekkür ederim. Dışişleri Bakanlığı İnsan Hakları Mahkemesinde hükümet ajanlığı görevini üstlenmiş vaziyette, ancak Dışişleri Bakanlığı dosyanın

oluşması açısından Türk tezinin savunması açısından esas itibariyle yargısal bir faaliyet ise mutlaka konuyu Adalet Bakanlığına aktarır, Adalet Bakanlığı bu konuda hazırlanacak savunmayla ilgili görüşlerini Dışişleri Bakanlığına bildirir. Anladığım kadarıyla burada yurtdışında bir savunma henüz gündeme gelmediğine göre Adalet Bakanlığı bu çalışmayı iç hukukta Anayasa Mahkemesi nezdinde gerçekleştiresin diye konulmuş olması gerektiğini zannediyorum.

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Anayasa Mahkemesi Onursal Üyesi)- 49. maddenin gerekçesinde şöyle bir ifade var: “ *Bireysel başvurularda kamu adına yapılması gereken savunmaların Adalet Bakanlığınca koordine edilmesi öngörülmektedir*”. Bu ifade Durmuş Hoca’yı doğruluyor. AİHM’deki yargılama, iç hukuk dışında, daha çok uluslararası hukuk kapsamında bir yargılama. Orada muhatabın Dışişleri Bakanlığı olması doğal. Anayasa şikayeti, iç hukuka ilişkin bir yargılama olduğu için, koordinasyonun Adalet Bakanlığına verilmesinin iç hukuk açısından daha uygun olacağı düşünülmüş olmalı. Ancak, bence gene de Dışişleri Bakanlığı’nın koordinatör olarak seçilmesi, AİHM’nde Türkiye aleyhine açılan davalardaki geniş bilgi birikimi ve deneyimi açısından daha doğru olurdu. Anayasa şikâyetinin AİHS kapsamındaki anayasal haklar ile sınırlı tutulması, böyle bir seçimi özellikle gerekli kılmaktadır. Bu nedenle gerekçe bana da yetirince inandırıcı gözüküyor.

Soru- Bu işlerin Dışişleri Bakanlığından alınıp, Adalet Bakanlığına verilmek istenmesinin bir işareti olarak da algılanabilir belki?

Prof. Dr. Rona AYBAY (Oturum Başkanı)- Evet efendim uzatmayalım zamanımız geçti. Çok teşekkür ediyoruz katkılarınız için.

Sunucu- Değerli konuklar, kahve aramızdan önce bir plaket törenimiz var. İlk oturum başkanı ve konuşmacılara plaketlerini takdim etmek üzere Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Av. Vedat Ahsen Coşar’ı davet ediyorum.

(Plaket töreni yapıldı)

Anayasa Mahkemesine
Bireysel Başvuru Paneli

II. OTURUM

Oturum Başkanı
Av. Ahmet GÜREL
TBB Yönetim Kurulu Üyesi

Sunucu - Değerli konuklar, panelimizin İkinci Oturum Başkanlığını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyesi Sayın Av. Ahmet Gürel'i davet ediyorum.

Diğer konuşmacılarımızı da davet etmek istiyorum. Anayasa Mahkemesi Üyesi Sayın Alparslan Altan, Yargıtay Üyesi Sayın Doç. Dr. İbrahim Şahbaz, Danıştay Üyesi Sayın Tacettin Şimşek.

Av. Ahmet GÜREL (Oturum Başkanı)- Sayın konuklar, değerli meslektaşlar tüm meslek yaşamı boyunca insan hakları ve hukukun üstünlüğü için mücadele veren, savunma mesleğine üstün katkılarda bulunan, çok değerli Birlik Başkanımız Sayın Özdemir Özok'un anısına düzenlediğimiz panelin birinci bölümünde akademisyenlerle konu enine boyuna tartışıldı. Bu bölümde yüksek yargı temsilcileri ve hukuk uygulayıcıları konuya ilişkin bizleri aydınlatacaklar.

Ben sırasıyla kendilerine söz vereceğim, ama bizde bir deyiş vardır, su küçüğün söz büyüğün. Yaşça en büyük üyeden başlamak üzere sırasıyla söz vereceğim.

AHMET GÜREL'İN
KONUŞMASI

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

AHMET GÜREL'İN
KONUŞMASI

Konuşmacıların kısa bir özgeçmişini anlatmak istiyorum. Birinci konuşmacımız Doç. Dr. İbrahim Şahbaz, 01.10.1955 yılında Divriği' de doğan Şahbaz, 80 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olduktan sonra Ankara hâkim adayı olarak mesleğe başlamış, sırasıyla Sorgun ve Kığı Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Türkoğlu ve Hacıbektaş Cumhuriyet Savcılığı, Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimliği, Yargıtay Tetkik Hâkimliği, Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur. 15 Nisan 2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Sayın Şahbaz halen Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir. Fransızca bilen Şahbaz'ın "*Anayasada Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, Yarı Doğrudan Demokrasi Konumu Olarak Referandum ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, İletişimin Denetlenmesi ve Yasal Deliller*" adlı eserleriyle çeşitli dergilerde yayınlanmış çok sayıda makalesi bulunmaktadır. Buyurun Sayın Şahbaz.

Doç. Dr. İbrahim Şahbaz

Yargıtay 4. Ceza Dairesi Üyesi

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU VE SORUNLAR

I - GİRİŞ

Uzun süreden beri hukukumuzda anayasa şikayeti/bireysel başvuru hakkının/yönteminin kabul edilmesi savunulmaktaydı¹.

Konuyla ilgili değişik görüşler ortaya çıktıkça bireysel başvurunun temel hak ve özgürlüklerin korunmasında sihirli bir değnek olacağı sonucuna ulaşıldı. Böyle bir yargı üzerine de, önce Anayasada değişiklik gerçekleştirildi²; sonra ilgili yasa çıkarıldı³.

Bu sunumda, böyle bir kuruma gereksinim olup olmadığından çok, getirilen düzenlemelerin hukukumuzda katkısında ortaya çıkabilecek sorunlar üzerinde duracağım.

¹ Gören, Zafer: *"Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru"*, Anayasa Yargısı 11, s.136 (tartışmalar); Göztepe, Ece: *Anayasa Şikayeti*, Ankara 1998; Balta, T. Bekir: *"Türkiye'de Anayasa Yargısı"*, AÜHFİD, C.18, S.1-4, 1961, s.557-558; Armağan, Ş: *"Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti"*, MHAD, C.7, 1971, s.54; Azrak, A. Ülku: *"Türk Anayasa Mahkemesi"*, İÜHFİM, C. 28, 1962, s.661; Anayasa Yargısı 21, Ankara 2004'deki yazılar; Anayasa Yargısı 26, Ankara 2009'daki yazılar ve Anayasa Yargısı 25, 2008'deki yazılar; Kaboğlu, Ö.İbrahim: *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal HukukKitapları Serisi:48, İstanbul 2010, s.336 vd.

² Anayasanın 148/1, 148/3, 148/4, 148/5 nci maddelerinde değişiklikler yapıldı; bkz. 5982 sayı ve 7.5.2010 günlü yasa (R.G. 23.9.2010, Sayı: 27708)

³ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (R. G. 3.4.2011, Sayı: 27894).

II - BİREYSEL BAŞVURU

A - Kavram

Kimi ülkelerde “*anayasa şikayeti*”⁴; kimi ülkelerde “*bireysel başvuru*”⁵ kavramlarına yer verilirken; kimi ülkelerde de, bazı farklılıklarına karşın amparo başvurusu⁶ kavramı kullanılmaktadır.

Almanya’da anayasa şikayeti, yalnızca spesifik anayasa hukukunu ihlalinin denetlenebileceği istisnai bir hukuk yolu olarak kabul ediliyor⁷.

Anayasamız (m.148) ve yasamız (6216, m.45-51) “*bireysel başvuru*” kavramına yer vermiştir.

B - Kavramın Anlamı

Anayasada, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri başlığı altında “*bireysel başvuruları karara*” bağlamak (m.148/1); “*bireysel başvuru*” (m.148/4-5) şeklinde yer verilen kavramın açıklaması yer almamaktadır.

Yasada ise, tanıma yer verilmeyip, “*bireysel başvuru*” nun bir hak olduğu belirtilmiştir (6216, m.45). O halde hukukumuz bakımından bireysel başvurunun temel hakların korunması hakkı olduğunu söyleyebiliriz.

Ancak bireysel başvuru Almanya’da, temel haklar veya temel haklara benzer (özdeş) haklara aykırı işlemlere karşı Anayasa Mahkemesine yapılan bir başvuru hakkı olarak kabul edilmiştir (Alman Anayasası, m.93/1-4a).

Almanya’da anayasada belirtilen temel haklar için kabul edilmiş, AİHS dikkate alınmamıştır.

⁴ Kılınç, Bahadır: “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, Anayasa Yargısı 25, 2008, s.21, dip.5

⁵ Fransızlar, “*requête individuelle*” diyorlar.

⁶ İspanya ve Meksika.

⁷ Hassemer, Winfried: “Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar” (Almanya), anayasa Yargısı 21, s.164.

C - Başvurunun Niteliği

Bireysel başvuru olağanüstü bir yasa yolu/hukuki çare olarak düşünülmektedir⁸. Bu aynı zamanda bir dava olarak kabul edilmektedir. Dava olarak kabul edilen Bireysel Başvuru yöntemi, genellikle kesin hükümlere (olağan yasa yolu tüketilmiş hükümlere) karşı bir başvuru yolu olduğundan, olağanüstü yasa yolu olarak açılabilecek bir dava türüdür. Bu nedenle, bireysel başvuru genellikle Anayasa Mahkemesi veya Yüksek Mahkemede gerçekleştirilmektedir.

III - TÜRKİYE'DE BİREYSEL BAŞVURU

Anayasada tüm kamu gücünün kararları için kabul edilen bireysel başvuru yöntemi, sonuçta yargı kararları için benimsenmiş bir yol olarak sonlandırılmıştır. Dolayısıyla bireysel başvurunun bireyin temel haklarının kamu gücüne karşı korunması amaçlanırken, yasayla getirilen düzenlemeyle, bundan da vazgeçilmiştir.

Konuyla ilgili değerlendirmeden önce, konuyla ilgili düzenlemelerin ortaya konmasında yarar görülmüştür.

A - Anayasadaki Düzenlemeler

Bireysel Başvuru ile ilgili olarak Anayasada şu düzenlemeler vardır:

-“Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar” (m.148/1).

-“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. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır” (m.148/3).

⁸ Kılınç, s.23-26.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

-“Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz” (m.148/4).

-“Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir” (m.148/5).

Anayasa Mahkemesinin çalışma ve yargılama usulü ile ilgili düzenlemeler de şöyledir:

-“Anayasa Mahkemesi, iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır. Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Genel Kurul, Mahkeme Başkanının veya Başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az oniki üye ile toplanır. Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır. Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar oluşturulabilir” (m.149/1).

-“Siyasî partilere ilişkin dava ve başvurulara, iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara Genel Kurulca bakılır, bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır” (m.149/2).

-“Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir” (m.149/5).

-“Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar dışında kalan işleri dosya üzerinde inceler. Ancak, bireysel başvurularda duruşma yapılmasına karar verilebilir. Mahkeme ayrıca, gerekli görüldüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilir” (m.149/6).

B - Yasadaki Düzenlemeler

Bireysel başvuru hakkı:-“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir”(m.45/1). Anayasada AİHS'ne ek protokollere yer verilmemiştir. Anayasada sadece AİHS'ne

yollamada bulunulması daraltıcı gibi olsa da, Türkiye yeni ek protokollere taraf oldukça iç hukukun parçası haline geleceğinden, yasada ek protokollere yer verilmeseydi de, AİHS denildiğinde bunun ek protokolleri içerdiği kabul edilmelidir.

“İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir”(m.45/2).

“Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz”(m.45/3).

Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar:-*“Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir”*(m.46/1).

“Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir”(m.46/2).

“Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz”(m.46/3).

Bireysel başvuru usulü:-*“Bireysel başvurular, bu Kanunda ve İçtüzükte belirtilen şartlara uygun olarak doğrudan ya da mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla yapılabilir. Başvurunun diğer yollarla kabulüne ilişkin usul ve esaslar İçtüzükle düzenlenir”*(m.47/1).

“Bireysel başvurular harca tabidir”(m.47/2).

“Başvuru dilekçesinde başvuruçunun ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgilerinin, işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğün ve dayanılan Anayasa hükümlerinin, ihlal gerekçelerinin, başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların, başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih ile varsa uğranılan zararın belirtilmesi gerekir. Başvuru dilekçesine, dayanılan deliller ile ihlale neden oldu-

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

ğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğinin ve harcın ödendiğine dair belgenin eklenmesi şarttır”(m.47/3).

“Başvurucu bir avukat tarafından temsil ediliyorsa, vekâletnamenin sunulması gerekir”(m.47/4).

“Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvurusunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder”(m.47/5).

“Başvuru evrakında herhangi bir eksiklik bulunması hâlinde, Mahkeme yazı işleri tarafından eksikliğin giderilmesi için başvuru veya varsa vekiline onbeş günü geçmemek üzere bir süre verilir ve geçerli bir mazereti olmaksızın bu sürede eksikliğin tamamlanmaması durumunda başvurunun reddine karar verileceği bildirilir”(m.47/6).

Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi:- “Bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için 45 ila 47 nci maddelerde öngörülen şartların taşınması gerekir”(m.48/1).

“Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurusunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir”(m.48/2).

“Kabul edilebilirlik incelemesi komisyonlarca yapılır. Kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığına oy birliği ile karar verilen başvurular hakkında, kabul edilemezlik kararı verilir. Oy birliği sağlanamayan dosyalar bölümlere havale edilir”(m.48/3).

“Kabul edilemezlik kararları kesindir ve ilgililere tebliğ edilir”(m.48/4).

“Kabul edilebilirlik şartları ve incelemesinin usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir”(m.48/5).

Esas hakkındaki inceleme:-“Kabul edilebilirliğine karar verilen bireysel başvuruların esas incelemesi bölümler tarafından yapılır. Başkan iş yükünün bölümler arasında dengeli bir şekilde dağıtılması için gerekli önlemleri alır”(m.49/1).

“Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilir. Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hâllerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir”(m.49/2).

“Komisyonlar ve bölümler bireysel başvuruları incelerken bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine yönelik her türlü araştırma ve incelemeyi yapabilir. Başvuruyla ilgili gerekli görülen bilgi, belge ve deliller ilgililerden istenir”(m.49/3).

“Mahkeme, incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebilir”(m.49/4).

“Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvuruçunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvuruçunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar”(m.49/5). Burada yeniden tedbir kararı verilebileceği öngörülmemiş ise de, tekrar tedbir kararının verilebileceğinin kabul edilmesi gerekir. Aksi takdirde, bireysel başvuru konusunda altı aylık süre içerisinde karar verilememesinin faturası başvuru sahibine çıkarılmış olur. Hukuk devletinde yargının yavaş işlemesinin olumsuzluklarının hak sahiplerine çıkarılmaması zorunludur.

“Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağıının belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz”(m.49/6).

“Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İcrtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır”(m.49/7).

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

Esas hakkında incelemenin usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir” (m.49/8).

Kararlar:-“Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez”(m.50/1).

“Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir”(m.50/2). Burada dosyanın iade edildiği mahkemenin, ihlale son verme bakımından ne yapacağı konusunda açıklık bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi ihlal kararı üzerine dava dosyasını hangi mahkemeye gönderecek? Burada birkaç olasılık söz konusu olabilir. İhlale sebebiyet veren karar yasa yolundan geçmeksizin kesinleşmiş bir karar ise, bu kararı veren esas mahkemesine gönderilebilir. Veya ihlale sebebiyet veren karar, yasa yolu incelemesi yapan mahkeme ise, o mahkemeye gönderebilir. Yahut, hem esas mahkemesi, hem de yasa yolu incelemesi yapan mahkeme ihlale sebebiyet vermişse, dosya hangi mahkemeye gönderilecek? Bu konularda açıklık bulunmamaktadır. Yasa yolu incelemesine konu olacak hususların bireysel başvuruda inceleme yapılamayacağına (Anayasa, m.148/4) ilişkin düzenleme, zaten yerinde olmadığından, bireysel başvuru konusunda açıkça anayasaya aykırılık varsa yine de inceleme yapılamayacak mı? Bu mümkün olmadığından, gereğinde yasa yolu incelemesi yapan mahkemeye de göndermek gerekebilir. Kaldı ki, esas mahkemesince bir hak ihlaline sebebiyet verilmiş ve bu ihlale konu husus yasa yolu denetlemesinde dikkate alınmamış ise, Anayasa Mahkemesi anayasa hükmünün ihlali ni görmemezlikten gelemeyeceğinden, yasa yolu incelemesine

konu olacak hususlarda da inceleme yapabilecektir. Bu inceleme duruma göre doğrudan veya dolaylı olabilir.

“Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar İctüzükte gösterilir”(m.50/3).

“Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır. Buna ilişkin diğer hususlar İctüzükte düzenlenir”(m.50/4).

“Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir”(m.50/5).

Başvuru hakkının kötüye kullanılması:-*“Bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvuruocular aleyhine, yargılama giderlerinin dışında, ayrıca ikibin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına hükmedilebilir”(m.51/1).*

C - Değerlendirmeler

1 - Bireysel Başvuru Hakkı Bakımından

a - İşlemler Yönünden

Anayasa'daki düzenlemeye göre (m.148/3), *“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. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır”.*

-Bu düzenleme gösteriyor ki, Anayasada yer alan tüm temel hak ve özgürlükler değil, Anayasanın güvenceye aldığı temel hak ve özgürlüklerden sadece *“AİHS kapsamında ki herhangi bir”* temel hak ve özgürlüğün ihlali bakımından bireysel başvuru hakkından söz edilebilir.

-Bu durumda AİHS'de yer almakla beraber, Anayasada güvence altına alınmamış temel hak ve özgürlükler bireysel baş-

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

vuru konusu edilemeyecektir⁹. Ancak AİHS'de yer alan temel haklar bakımından doğrudan AİHM'ne başvuru hakkı devam edecektir.

-Bir başka açıdan da, Anayasada ek protokollerden açıkça söz edilmemesi karşısında, bunlarla ilgili başvurularda bulunulabilip bulunulamayacağı tartışmalı bırakılmıştır. Fakat yasa bu eksikliği gidermiştir (m.45/1).

-Diğer yönden, ülkemiz tarafından yürürlüğe konmamış ek protokoller zaten iç hukukun parçası haline gelmiş olamayacaklarından, bunlar bakımından da bireysel başvuru hakkının kullanılamayacağını söyleyebiliriz.

-Ayrıca, AİHS'de yer almayan, ancak anayasayla güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler bakımından da bireysel başvuru yoluna gidilemeyecektir.

-Bu durumda, AİHS'de açıkça yer almamakla beraber, AİHM içtihatları ile sözleşme hükümlerinin yorumu yoluyla geliştirilen hakların, Anayasada açıkça yer alması durumunda da bireysel başvuru hakkının kullanılabilip kullanılamayacağı tartışma yaratabilir.

Çünkü, *"Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin"* ihlali halinde bireysel başvuruda bulunulabileceğine göre, sözleşmede yer almayan ve AİHM içtihadı ile geliştirilen bir hakla ilgili ne gibi işlem yapılacağı tartışma yaratabilir. Bu durumun açıkça düzenlenmemesi nedeniyle sorunlar yaşanabilir.

Ancak bence, bu gibi durumlarda, AİHM'nin içtihadıyla geliştirilen hak/haklar, anayasamızda açıkça tanınmış/düzenlenmiş bir hak olursa, AİHS'de açıkça yer almasa da, AİHM kararıyla geliştirilmiş bir hak olması nedeniyle, bireysel başvuru konusu edilebilmelidir.

⁹ Türkiye Barolar Birliği Anayasa Önerisi, 2007, s.292, 166 ncı maddenin gerekçesi.

b - Kamu Gücü İhlali

Anayasa ve yasada, söz konusu temel hak ve özgürlüklerden herhangi birinin sadece “kamu gücü tarafından” ihlal edilmesi halinde bireysel başvuru konusu edilebileceği yer almaktadır (Anayasa, m.148/3; 6216, m.45/1).

Kamu gücü kavramı, yasama, yürütme ve yargı organı işlemlerini içermektedir. Anayasada kamu gücü kavramına yer verilerek yasama işlemleri bakımından da anayasa şikayetine başvurulabileceğine olur verilirken¹⁰, yasada (m.45/3), “*yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler*”in bireysel başvuru dışında bırakılması, tüm kamu gücü bakımından başvuru hakkının kullanılamayacağını ortaya koymaktadır. Yasadaki bu düzenleme, anayasadaki düzenlemeyi daralttığından açıkça anayasaya aykırıdır. Çünkü, anayasa koyucu bir hakkın kullanımında, ihlal edenlerin yelpazesini geniş tuttuğu ve bu konu bakımından açıkça sınırlama ilkelerine yer vermediği halde, yasa koyucu ihlal işlemlerinin sahiplerinde daraltma getirmekle anayasaya aykırı düzenleme getirmiştir.

Anayasada yer alan, herkes, “*temel hak ve özgürlüklerden, (...) herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir*” düzenlemesi, bireysel başvuruyu sadece yargı kararı/kararları bakımından kabul etmemiştir. Bir başka deyişle, Anayasanın tüm kamusal işlemler bakımından kabul ettiği bireysel başvuru hakkının yargı kararı dışında kullanılamaz hale getirilmesi (6216, m.45/3) anayasaya açık aykırılık oluşturmaktadır. Kamu gücünün sadece yargı kararlarına indirgenmesi, anayasanın bu konuyla ilgili özel maddesinde sınırlamaya gidilebileceğine ve hangi nedenlerle sınırlama getirilebileceğine ilişkin açık bir düzenleme olmasına karşın, yasayla getirilen daraltma Anayasa'nın 13 ncü maddesine aykırıdır¹¹.

¹⁰ Anayasanın 148/3 ncü maddesinde yer alan “*olağan kanun yollarının tüketilmiş olması*” kavramının yasayı içermediği söylenemez. Zira yasa yolunun tüketilmiş olması, sanki sadece yargısal işlemleri çağırıştırıp, yasama işlemini içermiyor şeklinde algılanmamalıdır.

¹¹ Anayasa'nın 13 ncü maddesi. “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine*

c - Hakkı İhlal Etme

Bir hakkın kamu gücü tarafından ihlali halinde başvuruda bulunulabilecektir. İhlal kavramı, hakkın az veya çok, tümden veya kısmen kullanılamaması, elde edilememesi, elden çıkması şeklinde anlaşılabilir¹². Bu nedenle hakkın ihlali, sadece maddi hukukla ilgili değildir.

Bir hakkın ihlali, varlığına dokunulması veya kullanımına engel olunması yahut tümden kaybedilmesine sebebiyet verebilecek bir uygulama sadece maddi hukuk değil, usul hukuku hükümleri ile de olabilir. Zaten usul hükümlerinin ihlali hakkın daha baştan ihlaline sebebiyet verecektir. Örneğin, hak arama özgürlüğünün kullanımında haksızlık yapılmışsa, zaten hakkın elde edilmesi söz konusu olamayacağından, hem elde edilemeyen hak, hem de hak arama özgürlüğü ihlal edilmiş olacaktır. Bu nedenle hak ihlali kavramını maddi ve usul hukuku boyutlu değerlendirmek gerekir.

Hakkın açıkça ihlal edilmediğinin önemi yoktur; önemli olan, hak sahibinin hakkının ihlal edildiği noktasında “iddiasının” olmasıdır. Bu iddianın doğru olup olmadığı Anayasa Mahkemesince belirlenecektir.

Burada, ihlal eylemi/işleminin doğrudan olmasa da dolaylı ihlale sebebiyet veriyorsa, bunun da bireysel başvuru kabulü ile değerlendirilmesi gerekir. Çünkü, AİHS kapsamında ve Anayasada güvence altına alınmayan bir hak ihlali varsa ve ihlal bağlantı nedeniyle Sözleşme ve Anayasada güvence altına alınmış bir hakkın ihlaline dolaylı sebebiyet veriyorsa/ verebiliyorsa, bu durumda da başvuru yoluyla korunan temel hakkın doğrudan ihlal edildiği biçiminde değerlendirilmesi gerekir. Aksi takdirde, ihlal edilen hak doğrudan Sözleşme ve

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

¹² İhlal kavramı, “bozma, zarar verme; yasa ve düzene uymama; ihlal etmek, bozmak, zarara uğratmak” anlamlarına gelmektedir. TDK Türkçe Sözlük, Ankara 2005, s.941.

Anayasada yer almıyor, dolaylı hak ihlalinin başvuru çerçevesine alınamayacağına kabulü, temel hak güvencesini zayıflatır. Zaten Anayasada, “doğrudan ihlal edildiği” şeklinde bir düzenleme yer almadığına göre, dolaylı yoldan hak ihlalinin de başvuru kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Anayasada dolaylı hak ihlalinin bireysel başvuruya konu edilemeyeceği konusunda açık bir düzenleme olmadığına göre, temel hakkı güçlendirici yorum yapılması gerekir.

d - Olağan Yasa Yolunun Tüketilmesi

Ancak yasa koyucu, Anayasada yer alan bu açık hükmü aynen almak yerine, “idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının” tüketilmesi gerektiğine yer vermiştir (6216, m.45/2). Yasadaki bu düzenleme “olağan” sözcüğüne yer vermediğinden, “olağanüstü” yasa yolunun da tüketilmesi gerektiği şeklinde anlaşılabilir. Ancak, hak sahibinin lehine yorumla Anayasadaki düzenlemenin esas alınması veya yasa değişikliğe gidilmesi gerekir.

-Burada, yasa yollarının “tüketilmiş olması gerekir” kavramından hareketle, bireysel başvuru için, olağan yasa yolunun mutlaka tüketilmiş olması aranacak mı?

Anayasadaki düzenlemeden hareketle, olağan yasa yolları tüketilmeyen kararlar bakımından bireysel başvuru hakkı kullanılamaz demek mümkündür. Çünkü, bireysel başvurunun kabul edilmesindeki amaç, temel hakların korunmasıdır. Temel hakların korunmasında olağan yasa yolunun bitirilmesi koşulunun aranması hak aramanın engellenmesidir.

-Diğer yandan, öngörülen olağan yasa yoluna/yollarına başvurulmaksızın kesinleşmiş kararlar bakımından bireysel başvuruda bulunulabilecek mi?

Burada, yasa yolu tüketilmesini, var olan yasa yollarının mutlaka tüketilmesi gerektiği; bu yollardan geçmeksizin kesinleşmiş kararlar bakımından diye kabul etmek gerekir görüşü savunulabilir. Denebilir ki, bireysel başvuruda amaç bireyin ihlal edilen hakkının teslim edilmesinin sağlanmasıdır. Öyleyse, olağan yasa yollarının tüketilmesini aramaya gerek

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

yoktur. Anayasada yer alan olağan yasa yollarının tüketilmesi koşulu, eğer bu yollar tüketilmemiş ise karar kesinleşmemiş olacağından, kesinleşmemiş kararlara karşı bireysel başvuruda bulunulmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Çünkü, bireysel başvuru olağan değil, olağanüstü bir başvuru yoludur. Dolayısıyla varsa olağan yasa yollarının tüketilmesi gerekir.

Bir başka açıdan, size tanınmış yasa yolları hakkınızı kullanmadığınıza göre, sizin bireysel başvuru hakkınız yoktur denilemez. Bu nedenle, başvuru yollarının tüketilmesi şartı, mevcut olağan yasa yolu halen varsa veya yasa yoluna başvurulmuş ise bu tüketilmeden bireysel başvuruda bulunulamaz biçiminde anlamak gerekir. Uzayan/uzayabilecek yasa yolunu kısaltmak ve bir an önce hakkına kavuşmak isteyen birinin, olağan yasa yoluna başvurma süresini geçirerek, doğrudan bireysel başvuruda bulunabilmesine engel olunmaması gerekir.

-Olağan yasa yolu tanınmamış işlemler varsa ne olacak? Sanırım bunlar için de bireysel başvuru hakkının kullanılabilmesi gerekir.

-Hatta, AİHM kararlarına yansıdığı gibi, başvurulabilecek olağan yasa yolundan sonuç alınamayacağı/etkin olmadığı açık hallerde de yasa yolunu tüketmemişsin diyerek bireysel başvuru talebinin reddedilmemesi gerekir.

-Olağanüstü yasa yoluna başvurulmuş olunursa, genelde bir aylık süre geçirilmiş olacağı için, bireysel başvuru süresi kaçırılmış olacağından, olağanüstü yasa yolundan istediği sonucu alamayanların bireysel başvuru hakkını kullanabilip kullanamayacağı da ortada sorun olarak durmaktadır. Oysa bu halde de bireysel başvurunun kabul edilmesi gerekirdi.

-Yüksek Seçim Kurulu, Sayıştay ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu işlemleri bakımından ise, bu işlemler yargı kararları olmayıp kendine özgü kararlar olduklarından ayrı bir değerlendirmede bulunmak gerekir.

Sayıştay'ın kimi işlemleri hariç¹³, kararlarına karşı idari yargı yolu kapalıdır (Anayasa, m.160/1).

HSYK kararlarından sadece meslekten çıkarma kararları için yargı yolu açıktır (Anayasa, m.159/10). Yine Yüksek Seçim Kurulu Kararları da kesindir (Anayasa, m.79/2). Bunlar yasa da belirtilen (6216, m.45/3), Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı kararlar olduklarından bireysel başvuruya konu edilemeyecekler demektir. Ancak,

Uyuşmazlık Mahkemesi kararları da kesindir (Anayasa, m.158/1)¹⁴.

Bu kararlar da kamu gücü tarafından verilmektedir. Anayasaya göre bu kararlara karşı da bireysel başvuruda bulunulabilecektir. Ancak yasadaki düzenleme karşısında (6216, m.45/3), konu tartışmaya açıktır.

-Olağan yasa yolunun tüketilmesi arandığına göre, kesinleşmiş karara karşı başvurulabilecek demektir. Bu durumda, idari yargıya gidilemeyen kararlar için bireysel başvurunun kabul edilmesi gerekir. Örneğin, Sayıştay ve Yüksek Seçim Kurulu kararları kesindir. Bu kararlara karşı da başvurulabilecek mi. Anayasada bu husus açıkça düzenlenmediği gibi, yasanın 45/3 ncü maddesindeki düzenlemeye göre de engel bulunmamaktadır.

-Olağan yasa yolundan geçmemiş kararlara karşı başvurunun kabul edilmemesi kabul edildiğinde, temel hak gözden kaçmış veya yanlış yorumlanma nedeniyle açıkça hak ihlali söz konusu ise bunlar için başvuru kabul edilemeyecek mi?

Almanya'da anayasa şikayeti yoluna, *"ancak bu yolla elde edilmek istenen amaca başka bir biçimde ulaşılamayacaksa başvuru"*

¹³ "Vergi, benzeri malî yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyumsuzluklarda Danıştay kararları esas alınır" (Anayasa, m.160/2).

¹⁴ "Uyuşmazlık Mahkemesi, adli, idari ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyumsuzluklarını kesin olarak çözümlenmeye yetkilidir" (m.158/1). Ancak, "Diğer mahkemelerle, Anayasa Mahkemesi arasındaki görev uyumsuzluklarında, Anayasa Mahkemesinin kararı esas alınır" (m.158/son).

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

rulabileceği” ve “Yasaların tanıdığı hak arama olanaklarının birey tarafından kullanılmamış olması ya da usule ilişkin nedenlerle başvurunun reddedilmiş olması durumlarında yargı yolunun tüketilmediği kabul” edilmektedir¹⁵.

Almanya’da, içtihat yoluyla yasa yolu tüketilmesi beklenmeksizin başvuru kabul edilmektedir. Bu üç halde mümkün görülmektedir.

Bunlar¹⁶:

1) Yasa yollarının tüketilmesinden bir sonuç alınmasının beklenmemesi ;

2) Yasa yollarının tüketilmesinin beklenmesinin, başvuran açısından ağır ve telafisi olanaksız bir zarara yol açacak olması;

3) Anayasa şikayetinin karara bağlanması, tüm toplumu ilgilendirecek, genel öneme sahip bir soruna ışık tutacak olması durumlarıdır.

**Bizde ise, “Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır”(m.148/3) düzenlemesine yer verilmiştir. Bu şekilde bir düzenleme tartışma yaratacaktır.*

Anayasadaki bu düzenlemeyi iki şekilde değerlendirmek mümkündür.

Birinci yaklaşıma göre, bireysel başvuru sadece olağan yasa yollarından geçerek kesinleşmiş kararlar için mümkündür. Bu görüşün kabul edilirse, bireysel başvuru alanı iyice daraltılmış olur. Denebilir ki, bu düzenlemeden hareketle, bireysel başvurunun temel koşulu, yasa yollarının tüketilmesidir. Yasa yolunu tüketmek istemeyen, tanınmış bir yasa yolu hakkını kullanmak istemeyen kimsenin bireysel başvuru hakkından da vazgeçtiğini kabul etmek gerekir.

¹⁵ Sabuncu, Yavuz-Arnwine, Selin Esen: *“Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”*, Anayasa Yargısı 21, s.232.

¹⁶ Sabuncu/ Arnwine, s. 232.

Ayrıca bireysel başvuru sayısının azaltılmasının bir yolu da yasa yolundan geçmiş kararlar için bu başvurunun kabul edilmesidir. Aksi takdirde başvuru sayısında patlama olur ve Anayasa Mahkemesi'nin iş yükü altından kalkılamaz hale gelir.

İkinci yaklaşım ise, bireysel başvuru hakkı sadece yasa yollarından geçerek kesinleşmiş kararlar için değil, yasa yolundan geçip geçmediğine bakılmaksızın kesinleşmiş tüm kararlar için mümkündür. Çünkü, eğer sadece yasa yollarından geçerek kesinleşmiş kararlar için bireysel başvuru kabul edilecek olursa, tüketilecek yasa yolu olmayan veya verildiğinde kesinleşen kararlar bakımından bireysel başvuru mümkün olmayacak demektir.

Oysa, Anayasadaki düzenlemeye göre bireysel başvurunun kabul ediliş nedeni, belli temel haklarla ilgili ihlallerin önlenmesidir. İhlallerin önlenmesi bakımından yasa yolundan geçerek kesinleşmişlik koşulunun aranması, peşinen temel hak ihlallerinden bir kısmına karşı başvurunun kapatılması demektir. Böyle bir kabul, Türkiye'nin AIHM'de mahkumiyetinin önlenmesine hizmet etmez.

Anayasadaki bu düzenlemedeki “*olağan kanun yollarının tüketilmiş*” olmasını, hukukumuzda göre o konu ile ilgili gerekli tüm yasa yollarının tüketilmiş olması şeklinde anlamak gerekir. Çünkü henüz tüketilmesi gereken yasa yolu/yolları varsa, ihlal, yasa yolu hakkı kullanılarak giderilebileceğinden, bu yolun tüketilmesinden sonra bireysel başvuruda bulunulabilecektir. Mevcut yasa yollarından geçilmeksizin doğrudan bireysel başvuruda bulunulabilmesinin kabulü, bireysel başvurunun olağanüstü bir yol oluşu ile bağdaşmaz.

Anayasadaki bu düzenlemeyi, başka yollarla hakkın elde edilmesi mümkün veya olasılığı varsa, henüz bireysel başvuru aşamasına gelinmemiş demektir. Bireysel başvuru, diğer yargı organlarından geçerek kesinleşmiş kararlara karşı kabul edilmiştir. Bu kesinleşme ister olağan yasa yolundan geçilerek, isterse yasa yolları kapalı olduğu için verildiği anda kesinleşen karar olsun, isterse yasa yolu mevcut olmasına karşın kullanılmadığı için kesinleşen kararlar için olsun, ancak bu aşamadan sonra bireysel başvuru mümkün olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

En son ve olağanüstü bir başvuru yolu olarak kabul edilen bireysel başvurunun, ancak kesinleşmiş ve başvurulabilecek başka olağan yasa yolunun kalmaması durumu için öngörül-müş bir yol olarak kabulü gerekir.

Kuşkusuz bu hususlar Anayasa Mahkemesinin kararlarıyla netleşecektir.

e - Yasa Yolunda Gözetilecek Hususlar

Anayasadaki düzenlemede, bireysel başvuruya bir kısıntı getiriliyor. Buna göre, *"kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz"* (m. 148/4) denilmektedir.

Burada konuyu farklı yönlerinden değerlendirmek gerekir. *"Kanun yolunda gözetilmesi gereken"* ifadesi, yasa yolu incelemesi yapan organın re'sen gözetmesi gerekenleri mi, yoksa taraflarca ileri sürülen ve ileri sürüldüğünde incelenebilecek konuları mı, yoksa bunların tümünü mü ifade etmektedir. Çünkü, özel hukukta kural olarak taleple bağlılık esası vardır. Talep edilemezse itiraz mercii çoğu halde o konuda değerlendirme yapmaz.

Diğer yönden, *"kanun yolunda gözetilmesi gereken"* hususlarda inceleme yapılamayacağı öngörüldüğüne göre, yasa yolundan geçmeksizin kesinleşen işlemler bakımından, bireysel başvuru hakkı kullanılamaz diyebilecek miyiz? Veya bu hallerde (yasa yolundan geçmeyen işlemlerde), bireysel başvuru kabul edilmekle beraber, sadece yasa yoluna başvurulsaydı, yasa yolunda bakılabilecek hususlar mı değerlendirilmez diyeceğiz?

Anayasanın 148 nci maddesinin 4 ncü fıkrası hangi noktadan bakılırsa bakılsın sorunlu olup, açıklık kazanmaya muhtaçtır. Eğer 148/4 ncü maddedeki düzenlemeden hareketle yasa yollarından geçmeksizin kesinleşen kararlar bakımından bireysel başvuru yolu kapalı dersek bile, yasada bunun izdüşümünü bulamıyoruz. Zira, yasada başvuru konusu olamayacak hususlar arasında, *"kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar"* yer almamaktadır.

f - Bireysel Başvuru Dışında Kalan Hususlar

Anayasada bireysel başvuru bakımından 148/4 ncü madde-
deki “*kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar*” hariç, başvuru
hakkı yasağı yer almamaktadır. Anayasada, bireysel başvuruya
ilişkin “*usul ve esaslar*”ın yasayla düzenleneceği belirtilmek-
tedir (m.148/5). Bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi, yasaya
bırakılan husus, başvurunun yöntemidir.

Anayasada hakkın kullanımı konusunda sınırlama geti-
rileceği hususuna yer verilmeyip, sınırlama olarak da, “*kamu
gücü*” ihlali koşulu, varsa “*olağan yasa yollarının*” tüketilmesi
zorunluluğuna (m.148/3) ve yasa yolunda gözetilecek husus-
ların inceleme dışı bırakıldığına (m.148/4) yer verilmiştir. Bu
sınırlama diyebileceğimiz hususlar dışında özel hak maddesi
olan 148 nci maddede bu hakka getirilecek sınırlama yoktur.

Oysa Anayasamızın 13 ncü maddesinde yasayla getirilecek
sınırlamalarda, “*Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere
bağlı olarak*” sınırlamaya gidilebileceği hükmü yer almaktadır.
Bireysel başvurunun hak (6216, m.45 vd.) olarak düzenlenmesi
karşısında, Anayasanın 148 ncü maddesinde açıkça sınırlama
öngörülmediğine göre, sınırlama konusunda güvenceleri be-
lirten 13 ncü maddeye aykırı olarak hakkın etkin kullanımına
yasayla sınırlama getirilmez.

Yasaya baktığımızda (6216, m.45/2-3), “*ihlale neden olduğu
ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunla öngörülmüş idari
ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmada-
n önce tüketilmiş olması gerekir*” (m.45/2) ve “*yasama işlemleri
ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru ya-
pılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yar-
gı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu
olamaz*” (m.45/3) şeklinde yasak alan oluşturulmuştur.

-Anayasada örneğin, HSYK'nun “*meslekten çıkarma cezasına
ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurula-
maz*” (m.159/10) hükmü yer almaktadır. Yargı mensupları-
nın meslekte kalıp kalmayacaklarının belirlenmesinde de dik-

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

kate alınabilecek veya birinci sınıfa ayrılmalarını engelleyecek işlemlere karşı yargı yolunun kapalı olması ve bu işlemlere karşı bireysel başvuru hakkının tanınmaması, anayasa değişikliğinde amaçlanan özgürlükleri genişletme ilkesiyle çelişmektedir. Özgürlüklerin asıl, sınırlandığı noktalardan başlanarak korunması gerekir.

-Yine, anayasada sınırlama getirilmediği halde, idari işlem için idari ve yargısal işlem için yargısal yasa yolu tüketimi şartı getirilmekte iken; “*yasama işlemleri*” için doğrudan başvuru yasaklanmıştır (m.45/3).

-Yasama işlemleri sadece yasalardan ibaret değildir. Yasanın doğrudan hak ihlaline sebebiyet vermesi halinde, buna karşı yasa yoluna (yargısal v.s.) başvurulma dahi redle sonuçlanacağı çok açık ise, buna rağmen bireysel başvuru konusu edilememesi, Anayasanın 148/3 ncü maddesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa burada, şu veya bu organ demiyor, “*kamu gücün*”den söz ediyor. Kamu gücünün (hangisi olursa olsun), 3 ncü fıkrada belirtilen bir temel hakkı ihlal etmesi halinde bireysel başvuru kabul edilmektedir. Oysa yasa koyucu, “*yasama işlemleri*”ni hariç tutuyor.

-Kuşkusuz burada, “*yasama işlemleri*” ile “*düzenleyici idari işlemler*” aleyhine yargı yoluna başvurularak, olağan başvuru yolları tüketildikten sonra bireysel başvuru yapılabileceğinden, anayasadaki düzenlemeden farklı yasal düzenleme getirilmesinde sakınca yoktur denebilir. Ancak anayasada “*kamu gücü*” kavramının yasama ve yürütme (idareyi) içerecek biçimde düzenlenmesine karşın, yasayla kimi işlemlerin başvurusu dışı bırakılması, yasanın “*sadece yargısal işlemler/kararlar*” bakımından bu başvuruyu kabul ettiği sonucunu doğurmaktadır. Oysa anayasa, işlemi kim yaparsa yapsın, o işleme karşı bireysel başvuru hakkını tanımaktadır. Kaldı ki, anayasada, “*usul ve esaslar kanunla düzenlenir*” denirken (m.148/5), hangi işlemlere/kararlara karşı başvuruda bulunulacağına dair tasarrufların tasarrufla yasama-yı bırakılmamaktadır.

Eğer bu konuyu teferruata ilişkin olduğu için yasamaya bırakmak zorundayız dersek, o zaman hakkın kullanımına sınırlama (konu) getirmemek gerekir. Aksi takdirde, hakkın kullanımına ilişkin 148 nci maddede yer almayan bir sınırlamayı 13 ncü maddeye aykırı olarak yasamanın getirebileceğini kabul etmek zorunda kalırız.

-Bir diğer husus, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru dışında kalan kararları da kamu gücü tarafından kullanılan yetki olduğu halde, bunlara (örneğin Yüce Divan veya Parti Kapatma kararlarına) karşı bireysel başvurunun kabul edilmemesi Anayasadaki düzenlemeyle çelişmektedir. Yüce Divan sıfatıyla verilen karar için yeniden inceleme isteminin kabul edilmesi ve bu incelemenin Genel Kurul tarafından karara bağlanması bireysel başvuruya gerek kalmayacağı şeklinde düşünülebilir. Ancak, diğer kararları bakımından böyle bir hüküm yoktur. Parti Kapatma kararları AIHM'nce ihlal olarak kabul edilmektedir, bunlar için de benzeri bir düzenleme getirilmediğine göre, bireysel başvuru şeklinde değerlendirmeye alınabilirdi. Kaldı ki anayasada böyle bir yolun açılmasını engelleyen açık hüküm bulunmamaktadır; ancak yasayla yine daraltma getirilmiştir.

g-Bireysel Başvuru ve Somut Norm Denetimi

Bireysel başvuru incelemesi sırasında, Bölümlerce başvuru konusu yasa maddesi ile ilgili olarak anayasaya aykırılık incelemesi yapılabilir mi?

Çünkü, anayasada açık hüküm olmamakla beraber, yasada "*yasama işlemlerine karşı*" bireysel başvuruda bulunulamayacağı yer almaktadır (6216, m.45/3). Yasama işlemlerinin başında yasa gelmektedir. Yasama işlemleri için doğrudan bireysel başvuruda bulunulamaz ise de, dolaylı başvuru mümkün olamaz mı?

Bu konuda şunlar söylenebilir:

Birinci düşünüş biçimi, bireysel başvuru bir dava değil ve Anayasa Mahkemesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı bir dava söz konusu olmadığından, somut norm denetimi ya-

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

pılamaz. Çünkü, bireysel başvuru olağan yargılama bittikten sonra başvurulabilen olağanüstü bir başvuru yoludur. Olağan başvuru sırasında denetlenebilecek bir yasa metninin burada değerlendirilmesi mümkün değildir.

İkincisi, bence, bireysel başvuruda somut norm denetimi yapılabilmelidir. Çünkü, anayasa mahkemesinin önünde bulunan dava ile ilgili olarak yasanın anayasaya açıkça aykırılığı söz konusu ise, yasadaki düzenlemeden hareketle (m.45/3) anayasaya aykırı yasanın yürürlükte kalmasının savunulması, bireysel başvuru kurumunun niteliği ile bağdaşmaz. Zira bireysel başvuruda amaç, temel hakka ilişkin kamusal işleme ortaya çıkan ihlalinin önlenmesidir. Dolayısıyla bu temellardan herhangi birinin ihlal edilmesi yasadaki kaynaklanıyorsa, yasaya karşı bireysel başvuruyu kabul etmeyip, ilgili yargı kararı bakımından incelemenin yapılması yerinde olmaz.

Örneğin, ilgili adli yargı düzeninde anayasaya aykırılık somut norm denetimi yoluyla giderilmemiş veya böyle bir iddia ileri sürülmediği için, anayasaya aykırı yasaya göre hüküm kurulmuş ve temyiz mahkemesi de bunu onamış olabilir. Bu durumda açıkça anayasa hükmü ile çelişen bir normun anayasaya aykırılığını anayasa mahkemesinin değerlendirmemesi kabul edilemez. Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesi, "Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla" gerçekleştirilen başvuruları incelemekle görevlidir (Anayasa, m.148/3). Anayasa Mahkemesinin incelemesi, AİHS'de yer alıp, anayasada da güvenceye alınmış bir hakkın ihlal edilip edilmediğiyle ilgili olduğuna göre, davaya uygulanmış olan norma uygun olarak verilmiş karar Anayasaya aykırı ise, bu kararın dayanağı olan normun da anayasaya aykırı olacağı kesindir. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı verirken, ihlale sebebiyet veren normu denetlememesi/incelememesi söz konusu edilemez. Amaç AİHS'de yer alan ve anayasayla güvenceye alınan bir hakkın korunması ise, bireysel başvuru üzerine yapılacak incelemede de anayasaya aykırı normun hukuk dünyasından çıkarılması, hukukunu üstünlüğünün/ hukuk devletinin zorunlu sonucudur.

İnceleme sırasında açıkça anayasaya aykırılığı anlaşılan normun, esas mahkemesi tarafından bakılmakta olan dava sırasında somut norm denetimi yapılarak giderilmesini beklemek, anayasaya aykırı normların yürürlüğünün sürdürülmesi sonucunu doğurur. Bu nedenle, anayasada açıkça bireysel başvuruda somut norm denetimi konusunda anayasa mahkemesine somut norm denetimi yapabilme yetkisi verilmediğinden, Anayasa Mahkemesi bu yetkiyi kendinde göremez diyemeyiz. Hak ve özgürlüklerin korunması ile görevli ve yetkili kılınmış bir yargı organının, işin esasında kaynaklanan bu tür yetkileri kullanabilmesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1993 yılında verdiği içtihadıyla yerinde olarak yürürlüğün durdurulmasına karar vermiştir. Bireysel başvuru incelemesinde de somut norm denetlemesi yapma yetkisini kendinde görmesini kabul etmek yararlı ve gerekli olacaktır.

Bu yaklaşım kabul edilmezse, o zaman bireysel başvuru ile korunmak istenen hak korunmamış olacaktır. Sadece yasadaki düzenlemeden (m.45/3) hareketle, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolunda somut norm denetimi yapamayacağını savunup, esas mahkemesinde devam eden davada def'i/itiraz yoluyla önüne gelen işte somut norm denetimi yapmasının kabulü çelişki doğuracaktır. Böyle bir hukuki yaklaşım, bir hukuk düzeninin kendi içerisindeki açmazları artırır ve insan hakları devleti kurulamaz. Söz konusu yasaya karşı somut norm denetimi süresi geçmiş olduğundan anayasaya aykırı yasa için, somut norm denetimi işletilebilecektir. Somut norm denetiminde de, esas mahkemesi yoluyla gelen başvuruları inceleyip, bireysel başvuru yolu ile geleni kabul etmemek, hakkın tesliminden kaçınmak veya hakkın teslimini sürüncemede bırakmaktır.

Bu durumda, yasanın 45/3 ncü maddesinin yürürlükten kaldırılması veya Anayasa Mahkemesince iptali gerekir. Çünkü, bireysel başvuruya konu hak, ilgili yasayla ihlal ediliyorsa, o hak korunmuyor demektir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yoluyla söz konusu hakkı korumakla görevli ve yetkili olduğuna göre, denetim kısıntısı getiren yasanın 45/3 ncü maddesinin iptali ve sonra bu konuda somut norm denetimi yapılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi anayasaya uygunluk denetimi yapacağından, yasanın 45/3 ncü maddesiyle getirilen kısıtlama anayasanın üzerine çıkmış sayılacağından bu mümkün değildir.

Bireysel başvuru yolunda somut norm denetimini kabul ettiğimizde, nasıl uygulanabileceği üzerinde de durmak gerekir. Burada da iki şekilde düşünülebilir. Birincisi, somut norm denetimini Anayasa Mahkemesinin bakmakta olduğu davaya uygulanacak yasanın varlığından hareketle, (doğrudan) somut norm denetiminde bulunmasıdır. İkincisi ise, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru üzerine ihlal kararı verdikten sonra, anayasaya aykırılık tespiti yönünden yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye göndererek, o mahkeme yoluyla somut norm denetimini (dolaylı yoldan) yine kendisinin karara bağlamasıdır. Ancak her iki halde de, anayasaya aykırı yasanın somut norm denetiminin yapılması mümkün olmakla beraber, birinci düşünüş biçiminin işletilmesinin yargılamanın ekonomikliği ve makul süre¹⁷ bakımından yararlı ve etkili olacağını düşünmekte ve önermekteyim.

Anayasadaki düzenlemeye göre, bireysel başvuruların bölümlerce (m.149/2) ve yasaya karşı iptal ve itiraz başvurularının Genel Kurulca incelenmesi (m.149/2) karşısında, somut norm denetiminin bölümlerce Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'na taşınması gerekecektir. Konuya buradan yaklaşıldığında, bölümlerce yasanın anayasaya aykırılığı konusunun Genel Kurula taşınmasının, diğer mahkemelerde bakılmakta olan davalarla paralellik arz etmesi nedeniyle de, açık düzenleme olmadığı eleştirisi de önlenmiş olacaktır.

Kuşkusuz bu konuda açık düzenleme getirilmesi gerekirdi.

¹⁷ Anayasa, m.141/4: "Davaların **en az giderle** ve **mümkün olan süratle** sonuçlandırılması, **yargının görevidir**"; Anayasa, m. 36/1: "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile **adil yargılanma hakkına** sahiptir".

2 - Başvuru Hakkının Kullanımındaki Usuller Bakımından

a - Kimler Başvurabilir

Anayasada bu hak ayrımsız *"herkese"* tanınmıştır. Ancak yasada, ihlale yok açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir (6216, m.46/1).

Yasa koyucu, ayrıca kimlerin başvuramayacağını da belirtmiştir. Buna göre, *"kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz"* (6216, m.46/2).

Özel hukuk tüzel kişileri bakımından da sınırlama getiren yasa koyucu, özel hukuk tüzel kişilerinin *"sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle"* bireysel başvuruda bulunabileceklerine yer vermiştir (6216, m.46/2). Oysa kamu hukuku tüzel kişilerinin de tüzel kişiliğine ait hakları olabilir, ancak bunlar başvuruda bulunamayacaklar. Böyle bir farklılık yaratılması anlaşılammaktadır.

Yasanın 48 nci maddesinin 1 nci fıkrasında, *"bir hakkı doğrudan etkilenenler"*in bireysel başvuruda bulunabileceklerine yer verilirken, 48/2 nci maddede *"önemli bir zarara"* uğramadığı denmek haktan yararlanma bakımından daraltma getirilerek çelişkiye düşülmüştür.

Yasanın 48/2 nci maddesindeki bu düzenleme, kabul edilebilirlik bakımından, hem yasanın 46/1 nci maddesiyle çelişki oluşturmuş hem de Anayasanın 148/3 ncü maddesine aykırı olmuştur. Çünkü Anayasada, temel hakkın ihlal edilmesi nedeniyle başvuru hakkı tanınırken, yasanın 48/2 nci maddesinde, zararın önemli olup olmadığı ayırımı getirilerek, *"önemli bir zarara uğramadığı"* şeklinde sübjektif değerlendirmeye yer verilmiştir. Anayasa (m.148/3) ve yasa (m.46/1) ile verilen hak, yasanın bir başka maddesi ile (m.48/2) etkisiz kılınmıştır.

-Yasadaki bir sınırlama da yabancıların başvuruları ile ilgili. Buna göre, kural olarak yabancılar da bireysel başvuru hakkından yararlanırlar. Ancak sadece Türk vatandaşlarına tanınan

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

haklar bakımından yabancıların bireysel başvuruda bulunmaları mümkün değildir. Bu düzenleme de Anayasa ile (m.148/3, herkes) çelişmekte ise de, Anayasa ile yabancılara yasak olan alanlar bakımından zaten anayasal haktan söz edilemeyeceği için burada bireysel başvuru bakımından hak kısıntısından söz edilemez.

Gerek, AİHS'nde yer alan haklar bakımından vatandaş-yabancı ayrımı yapılamaz ise de, "Anayasada güvence altına alınmış ayrımı yapılamaz ise de, "Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden söz edilmesi (m.148/3) nedeniyle, anayasada yabancılara getirilen hak kısıtlamasının bireysel başvuruya konu olamayacağı kabul etmek gerekir.

b - Başvuru Yöntemi

aa) Nereye Başvuru

Başvuruyu Anayasa Mahkemesi değerlendirecek(m.148/3). Ancak, Anayasada Anayasa Mahkemesine başvurulacağı belirtilmekte ise de, yasa koyucu, hakkın etkin kullanımını gözeterek dolaylı yoldan başvuruyu da kabul etmiştir. Buna göre, "doğrudan ya da mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla" başvuru yapılabilir. Yasa koyucu bununla da yetinmeyip, başvurunun "diğer yollarla kabulüne ilişkin usul ve esaslar"ın iç tüzükle düzenleneceğine de yer vermiştir (m.47/1). Başvurunun yazılı olması gerekir.

bb - Başvuru Harcı

Anayasada harçtan söz edilmemektedir. Yasaya göre ise, bireysel başvuruda harç alınacaktır (m.47/2). Yasada harçtan muafiyete yer verilmediği gibi, muafiyet yollamasında da bulunulmamıştır. Anayasa Mahkemesinin adli muafiyetle ilgili bir konuda harç alınmasını iptal eden bir kararı var. Bu karar dikkate alındığında kimi haklı nedenlerin varlığı halinde harçtan muafiyet söz konusu olabilecektir¹⁸.

¹⁸ Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili iptal kararı henüz yayımlanmadı, ancak bu konuyla ilgili bilgi için bkz. AİHM'nin İkinci Daire Kararı, Sevgül Altıparmak /Türkiye, Başvuru No:27023/06, 20 Temmuz 2010.

AİHM, bir kararında¹⁹ Türkiye'nin yasal düzenlemede bulunma yükümlülüğünü hatırlatmaktadır. Dolayısıyla Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarının tümünde yargının hatalı olmadığına işaret edilmektedir.

AİHM, 492 sayılı Harçlar Yasası'nın 28/1-a maddesinde yer alan *"Karar ve ilam harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir. Şu kadar ki, ölüm ve cismani zarar sebebiyle açılan maddi ve manevi tazminat davalarında peşin alınan harcın oranı yirmide bir olarak uygulanır. Bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez"* düzenleme ile hak arama özgürlüğünün kısıtlandığına ilişkin hükmün değerlendirilmesini yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu yasa hükmünün Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmesine karşın AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının geriye yürümemesi nedeniyle hukuka aykırılığın son bulmuş sayılmayacağı değerlendirmesine bulunarak, ihlal sonucuna ulaşmış ve hükümetin/yasamanın bu konuda tedbir alması gerektiğine işaret etmiştir.

AİHM, "öncelikle bir Sözleşmecî Devlet'in ulusal hukuk düzeni tarafından verilen zorunlu ve kesinleşmiş bir yargı kararının taraflardan birinin zararına etkisiz kalması durumunda, 6. maddenin 1. paragrafıyla güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının anlamsız hale gelmiş olacağını hatırlatmaktadır. Bu nedenle, bir mahkeme kararı aşırı derecede geciktirilemez. Bu bağlamda pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla uygun ve yeterli yasal düzenlemeleri yapmak her Sözleşmecî Devlet'in görevidir. AİHM, ayrıca 492 sayılı yasada belirlendiği şekliyle mahkeme kararlarının infazına bağlı koşulları daha önce incelediğini hatırlatmaktadır²⁰. Bu vesileyle

¹⁹ AİHM, İkinci Daire Kararı, Sevgül Altıparmak /Türkiye, Başvuru No:27023/06, 20 Temmuz 2010.

²⁰ AİHM burada aynı konuda daha önce verdiği Osman Yılmaz kararına yollamada bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

AİHM, bu harçların peşin ödenme zorunluluğunun icra işlemlerinin başlatılmasını fiilen sınırladığını ve yargılama masraflarının ödenmesinin hukuk mahkemelerine erişim için bir kural haline geldiğini kaydetmektedir.(...) Tüm bu unsurlar, AİHM'nin ulusal yetkililerin başvuranın mahkemeye erişme hakkını kısıtladığı ve bu hakkını esas bakımından ihlal ettiği sonucuna varmasına yetmektedir. Bu itibarla AİHM, AİHS'nin 6.maddesi 1.paragrafının ihlal edildiğine hükmetmektedir” demiştir.

cc - Başvuru Dilekçesi

Başvuru dilekçeyle yapılacaktır (m.47/3). Dilekçede başvuru ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgilerinin işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğün ve dayanılan Anayasa hükümlerinin, ihlal gerekçelerinin, başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların, başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolları öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih ile varsa uğranılan zararın belirtilmesi gerekir (m.47/3).

Ayrıca, başvuru dilekçesine, dayanılan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğinin ve harcın ödendiğine dair belgenin eklenmesi şarttır (m.47/3-son cümle).

Başvurucunun avukatı varsa vekaletnamesinin de dilekçeyle eklenmesi gerekir (m.47/4).

dd - Başvuruda Süre

Yasada başvuru süresi bakımından 30 gün öngörülmüştür. Bu süre, ihlal işlemine karşı başvuru yolları öngörülmüşse bunun tüketildiği; başvuru yolları öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren başlar (m.47/5). Yasadaki bu düzenleme karşısında iç hukukumuzda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, ilgili karara karşı başvurunun tüketildiği veya yasa yolu yoksa kararın öğrenilmesinden itibaren 30 günlük sürenin geçirilmesinden sonra bireysel başvuruda bulunamayacaktır.

Yasa koyucu ihlal işlemine karşı başvuru yolunun olup olmadığına göre ayırım getirmekle beraber, sürenin başlangıcını farklı düzenlemiştir.

İlk durum, “başvuru, yollarının tüketildiği tarihten” itibaren 30 gün denmesi tartışma yaratabilir. Çünkü, “başvuru yollarının tüketildiği” konusundaki bilgiyi ilgili ancak tebliğ ile öğrenebilecektir. Tebliğ yapılmadan sürenin başlatılmaması gerekir. Sanırım yasa koyucunun olağan yasa yollarının öngörülmesi halinde bunun tüketildiğinin tebliğ veya başka yolla öğrenildiği tarihten başlatılması gerekir. Aksi takdirde, “başvuru yollarının tüketildiği tarihten” başlatılacak 30 günlük süre, hak aramayı engeller.

Yine başvuru ile ilgili olarak, Anayasada yer alan, “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır” düzenlemesinin dikkate alınması gerekir (Anayasa, m.40/2). Anayasadaki bu düzenleme yasaya açıkça yansıtılmadığı gibi, yasanın 47/5 nci maddesinde yer alan, “başvuru yollarının tüketildiği” veya “ihlalin öğrenildiği” tarihten itibaren 30 günlük sürenin başlayacağına ilişkin düzenleme yerinde değildir. Ancak bu durumda Anayasanın doğrudan uygulanması veya yasanın bu hükmünün iptal edilmesi gerekir.

Diğer yandan, işleme karşı öngörülen yasa yolu başvurusunda süreyi kaçırma, yanlış tebligat işlemleri nedeniyle kesinleşme veya bilinçli olarak yasa yoluna başvurmama yahut öngörülen yasa yolunun etkin olmayacağı düşüncesiyle tüketmeme gibi nedenlerle yasa yolu tüketilmeksizin/tüketilemeden kesinleşmiş işlemler bakımından, kesinleşme tarihinden itibaren 30 gün içerisinde bireysel başvuruda bulunulabilir.

Ancak 30 günlük süre kısadır. AİHM'ne başvuruda iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren altı aylık süre öngörüldüğü halde (AİHS, m.35/1), Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda 30 günlük süre öngörülmesi başvuruya hazırlanma bakımından hak aramayı güçleştirebilir. Örneğin bu süre en az üç ay olarak öngörülebilirdi²¹.

²¹ Şen, Ersan-Özdemir, Bilgehan: “Anayasa Mahkemesi Kanunu Tasarısının

c - Başvurunun Kabulü Aşaması

aa) Eksikliklerin İncelenmesi

Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, haklı mazeretin kalktığı tarihten itibaren 15 gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler (m.47/5). Mahkeme öncelikle başvuru sahibinin mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebin kabul veya reddine karar verir (m.47/5-son cümle).

Eğer başvuru evrakında eksiklikler varsa, mahkeme yazı işleri tarafından eksikliğin giderilmesi için başvuru sahibi veya varsa vekiline 15 günü geçmemek üzere bir süre verilir. Geçerli mazeret olmadan bu sürede eksikliğin tamamlanmaması halinde başvurunun reddine karar verileceği bildirilir (m.47/6). Burada, temel haklar gibi bir konuda başvuru evrakında eksiklik olup olmadığının takdirinin "mahkeme yazı işleri"ne bırakılması yerinde değildir.

bb) Başvuruların Kabul Edilebilirliği Koşulları ve İncelenmesi

Almanya'da mahkemelerden gelen işlerle ilgili ön incelemeyi Komiteler yapıyor. Her daire, her biri üç yargıçtan oluşan komite seçiyor. Komitenin kararı daire kararı ile eşdeğerdir. Kararlar duruşmasız veriliyor; ancak, gerekçelidir. Kararlar oybirliği ile verilir²². Bu komitece kabul edilen dava dosyası sayısı %1 olarak ifade edilmektedir²³.

Kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için yasanın 45 ile 47 nci maddelerinde öngörülen koşulların varlığı gerekir (m.48/1).

Değerlendirilmesi", Terazi, Yıl:6, Sayı:55, Mart 2011, s.85.

²² Hassemer, Winfried: "Almanya Raporu", Anayasa Yargısı 21, 2004, s.30.

²³ Hassemer, Winfried: "Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar" (Almanya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor), Anayasa Yargısı 21, 2004, s.167.

Kabul edilebilirlik incelemesi komisyonlarca yapılır (m.48/3). Kabul edilebilirlik, bireysel başvuru hakkının kullanımının giriş kısmını oluşturmaktadır. Eğer kabul edilmezlik kararı verilirse bu kararlar kesin olduğundan (m.48/4), başvurunun esastan görüşülmesi söz konusu değildir. Zira ancak komisyonlarca yapılan inceleme sonunda başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilirse esas incelemesi “bölümler” tarafından yapılabilecektir (m.49/1). Dolayısıyla kabul edilmezlik kararı çok önemlidir.

Anayasada, bilindiği gibi, “bireysel başvuruların kabul edilebilirlik, incelemesi için komisyonlar oluşturulabilir” (Anayasa, m. 149/1). Yine Anayasadaki düzenlemeye göre, “Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı içtüzükle düzenlenir” (Anayasa, m. 149/5).

Yasada da, Anayasa koyucunun iradesini göz önünde tutarak, “Bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü ile ilgili hususlar içtüzükte düzenlenir” (6216, m. 22/2) denmiştir.

İçtüzük, yasada, “Anayasa Mahkemesi içtüzüğünü” ifade etmektedir (6216, m.2/1-e).

İçtüzük, konumuzla ilgili olup, Anayasa değişikliği öncesi, “mahkemenin çalışma esasları ve üyeleri arasındaki işbölümü kendi yapacağı içtüzükle düzenlenir” (m.149/3) biçiminde iken, komisyonların oluşumunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğüne (m.149/5) bırakılması yerinde olmamıştır. Çünkü temel haklar konusunda kabul edilebilirlik incelemesi yapacak olan ve mahkeme üyelerinden oluşması gereken Komisyonların oluşum biçiminin İçtüzüğe bırakılmaması gerekirdi. Çünkü, dolaylı da olsa bir hakla yakın bağlantılı işlem yapacak kurulun, yasallık ilkesine aykırı oluşturulması, anayasanın 13 ve egemenliğin kullanımıyla ilgili 6 ncı maddesiyle çelişmektedir.

Kuşkusuz bu husus Anayasa koyucunun iradesinin eleştirilmesi ile açıklanabilir. Kararı mahkeme verse de (6216, m.48/2), incelemenin komisyonlarca yapılması esası etkileyebilir.

aaa) Kabul Edilemezlik Kararı

Anayasa (m.149/5) ve yasada (m.48) kabul edilebilirlik incelemesinin komisyonlarca yapılacağı kabul edilmektedir.

Kabul edilemezlik kararının verilebileceği haller yasada belirtilmiştir. Buna göre, *“Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvuruçunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir”*(6216, 48/2).

Yasanın bir maddesinde başvuru bakımından *“güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan”* etkilenenlerden söz edilirken (m.46/1); başka bir maddede(m.48/2), *“önemli bir zarara uğramadığı”* durumda kabul edilmezlik kararı verilebileceğine ilişkin düzenleme çelişkilidir.

Yasayla, kabul edilemezlik kararı verilmesi güçleştirilmiştir. Çünkü, mahkemenin kabul edilemezlik kararını oybirliği ile vermesi gerekir. Oybirliği sağlanamayan dosyaların esaslan incelenmek üzere bölümlere gönderilmesi zorunludur (m.48/3). Bu düzenleme, kabul edilebilirlik için oybirliğinin aranmaması (oy çokluğunun yeterli görülmesi) nedeniyle yerindedir.

Yasa koyucu kabul edilebilirlik şartları ile incelemesinin yöntem (usul) ve esaslarıyla ilgili diğer hususların düzenlenmesini içtüzüğe bırakmıştır (m.48/5).

bbb) Komisyonun hukuki Yapısı

Komisyonlarca yapılacak kabul edilebilirlik incelemesinden sonra (Anayasa, m. 149/1), Mahkemece, başvuruların kabul edilmezliğine karar verilmezse (6216, m. 48/2), esas incelemesine geçilir.

Anayasaya göre, Anayasa Mahkemesi iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır. Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Genel Kurul gibi, bölümler kararlarını salt çoğunlukla alırlar (Anayasa, m. 149/1).

Bireysel başvurular bölümlerce karara bağlanır (Anayasa, m. 149/2). Ancak Yasanın 48/2. maddesinde “mahkeme” kavramına yer verilmiş olup, bunun yerine “bölüm” denmesi daha doğru olurdu. Çünkü Anayasadaki “bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır” (m. 149/2) ve “Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar oluşturulabilir” (Anayasa, m. 149/1-son cümle) düzenlemeleri karşısında, başvuru incelemesini komisyonlar yapacak ve kabul edilip edilmediğine “bölümlerce” karar verilecektir. Bu nedenle yasada “mahkeme” dendiğinden sonra, “kabul edilmezliğine karar verilebilir” (m. 48/2); “Kabul edilebilirlik incelemesi komisyonlarca yapılır. Kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığına oybirliği ile karar verilen başvurular hakkında, kabul edilemezlik kararı verilir. Oy birliği sağlanamayan dosyalar bölümlere havale edilir” (m. 48/3) demek suretiyle komisyon, mahkeme ve bölüm yetkileri karmaşasına sebebiyet verilmiştir. Zira, 48 nci maddenin 3 ncü fıkrasında bölümler tarafından kabul edilebilirlik kararı verileceğini benimsediğimizi düşünsek bile (ve öyle olmalı), son cümledeki “oybirliği sağlanamayan dosyalar bölümlere havale edilir” denmesi, eğer kabul edilebilirlik kararını (inceleme görevi komisyonlara ait) bölümler verecek ise, bölümlerin Anayasaya göre salt çoğunlukla (Anayasa, m. 149/1) karar vermesi gerektiği halde, burada kimin karar vereceği konusunda (48/2 nci maddede mahkeme deniyor) netlik olmadığından oybirliği ile salt çoğunluk da karmaşıklaşmaktadır.

Zira komisyonların sadece “inceleme” yetki ve görevi olup, karar vermelerine ilişkin düzenleme bulunmadığı gibi, komisyonların Anayasa Mahkemesi üyelerinden oluşup oluşmadığına da açıklık bulunmamaktadır.

Çünkü, “Anayasa Mahkemesi, iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır” (Anayasa, m. 149/1); 17 üyeden kurulur (m. 146/1); Genel Kurul başkanla beraber 13 üyelidir (m. 149/1); bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır (m. 149/1); Yasaya göre de, “mahkemede, bireysel başvuruları karara bağlamak üzere bir başkanvekili başkanlığında yedişer üyesi olan iki bölüm bulunur. Bölümler, bir başkanvekilinin başkanlığında dört

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

üyenin katılımıyla toplanır” (6216, m. 22/1); raporörlerin görevleri konusunda da Yasada “bireysel başvurularla ilgili olarak Kanunda ve İçtüzükte belirtilen görevleri ifa ederler” düzenlemesi (6216, m. 26/1) yer almaktadır.

Dolayısıyla komisyonlarda görev alacaklar Anayasa Mahkemesi üyesi olmadıklarına göre, mahkeme genel kurulu veya bölümleri adına karara katılamazlar. Buna karşın, bölümlerce verilebilecek kararların (kabul edilebilirlik veya edilemezlik) komisyonlarca verilmesi açıkça mümkün olmadığı halde, “bölümlere havale edilir” şeklindeki (Yasa, m. 48/3) düzenlemede karışıklık mevcuttur.

3- Esas Hakkındaki İnceleme

Kabul edilebilirlik kararı verilen başvuruların esas incelemesi bölümler tarafından yapılır. Anayasa, kabul edilebilirlik ve esas incelemesi ayrımı yapmaksızın, bireysel başvuruların bölümlerce karara bağlanacağına yer vermektedir (m. 149/2). Yasada da aynı hususa işaret edilmektedir (m. 49/1).

a- Bildirme

Kabul edilebilirlik kararı verilince, bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilir. Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hallerde görüşünü yazılı olarak mahkemeye bildirir (m. 49/2).

Burada kabul edilebilirlik kararının, örneğin aleyhine bireysel başvuruda bulunulan bir mahkeme kararı lehine olduğu için bireysel başvuru isteğinde bulunmamış tarafa da tebliği gerekirdi. Çünkü, idari veya adli yolların tüketilerek, olağan yasa yolu sonucu hak elde etmiş olan kimsenin hakkının bir şekilde etkilenme olasılığı olan tarafın bundan haberdar edilmesi ve diyeceklerini söyleyebilmesi gerekir. Adalet Bakanlığı'na tebligat yapılması ve Bakanlığın görüş bildirebilmesine karşın, mahkemenin hak kazanmış kimsenin görüş bildirmesine olanak tanınmaması, silahların eşitliği ilkesiyle çelişmektedir. Ayrıca, bu hak sahibinin kazandığı hakkının korunmasını isteme hakkı da verilmeliydi. Çünkü, Anayasa Mahkemesinin vereceği ihlal kararında, kazanılmış hakların çiğnenip çiğnenmeyeceği de belli

değil. Kuşkusuz hukuk devletinin olmazsa olmazı kazanılmış haklara saygıdır. Ancak yeni bir kurum ve uygulamanın nasıl olacağına tam bir açıklık yoktur. Bakanlığın bilgilendirmedeki amaç kadar, esas mahkemesinde hak kazanmış tarafın da diyebileceklerinin sorulmasının sakıncasından söz edilemez.

Eğer burada Adalet Bakanlığına bildirimde amaç, konu AİHM'ne götürüldüğünde Dışişleri Bakanlığına konuyla ilgili yeterli doküman iletilmesinin sağlanması ise, Anayasa Mahkemesi kararından sonra da bu bilgilerin hazırlanması mümkündür. Mahkeme kararında hukuki zenginleşme olsun diye Bakanlığın görüşüne ihtiyaç duyuluyorsa, o zaman diğer tarafın da bilgilendirmesi gerekirdi.

b-İnceleme

Yasadaki düzenlemeye göre, komisyonlar ve bölümler, bireysel başvuruyu incelerken, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine yönelik her türlü araştırma ve incelemeyi yapabilir. Başvuru ile ilgili olan ve gerekli görülen bilgi, belge ve deliller ilgililerden istenir (m. 49/3).

Delillerin istenmesine kadar uzanan inceleme, Anayasada yer olan *"bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz"* (Anayasa, m. 148/4; 6216, m. 49/6) düzenlemesi ile çelişmektedir.

Çünkü örneğin, Ceza Yargılama Yasasında, temyiz incelemesi sırasında *"hukuka kesin aykırılık halleri"* başlığı altında, *"hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması"*nın bozma nedeni olduğu (5271, m. 289/1-i) düzenlemesi yer almaktadır.

Oysa, Anayasada bu yasaklanırken (m. 148/4); Yasada, hem *"bilgi, belge ve deliller"* isteniyor (m. 49/3); hem de gerekli görülmesi halinde (ki bu temyizden geçmiş aşamayı da içerir), duruşma yapılması (m. 49/4) kabul edilmektedir. Yasadaki bu düzenleme, deliller bakımından Anayasanın 148/4 nci maddesi ile çelişmektedir. Çünkü, delil konusu temyiz mahkemesince incelenmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

Burada duruşma açılabilmesi Anayasa ile uyumludur. Çünkü Anayasadaki(m. 149/6), *“Ancak, bireysel başvurularda duruşma yapılmasına karar verilebilir. Mahkeme ayrıca, gerekli görüldüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilir”* düzenlemesi buna olur vermektedir.

c-Tedbir kararı

Bölümler, esas inceleme aşamasında, tedbir kararı verebilirler. Tedbir kararı ancak re'sen veya başvuruçunun talebi üzerine verilebilir. Tedbir kararının verilebilmesinde ölçü, tedbirin, *“başvuruçunun temel haklarının korunması için zorunlu”* görülmesidir (6216, m. 49/5).

Tedbir kararı verilmesi, yürürlüğün durulması şeklinde olabileceği gibi, başka gerekçelere de dayanabilir. Anayasa koyucu tarafından öngörülmeyen tedbir kararının, yasa koyucu tarafından kabul edilmesi yerindedir. Zaten temel hakkın korunması zorunluluğu, ihlalin varlığı halinde tedbiri de kaçınılmaz kılmaktadır.

Ancak tedbir kararı verilebilmesi bakımından açık hak ihlalleri ile ilgili dosyaların öncelikli incelenmesi konusunda açık bir düzenleme yok ise de, mahkemenin bunu gözeteyeceği düşüncesindeyim. Zaten yasada, tedbir kararı verilen dosyaların 6 ay içinde karara bağlanması zorunluluğu bunu göstermektedir (m. 49/5).

Fakat, tedbir verilen dosyaların 6 ay içinde esastan incelenip karara bağlanamaması halinde tedbir kararının kendiliğinden kalkacağına ilişkin düzenleme (m. 49/5 son cümle) yerinde değildir. Çünkü tedbir kararındaki gerekçe ortadan kalktı ise, dosyanın esastan ihlal yoktur şeklinde karara bağlanması gerekir. Şayet, tedbir kararındaki gerekçe devam ediyor ise, kendiliğinden tedbirin sona ermesi, yani 6 aylık sürede dosyanın karara bağlanmaması/bağlanmaması mahkemeye olan güveni sarsar.

*Almanya'da tedbir kararının tekrarlanmasında daire üyelerinin üçte iki çoğunluğu ile mümkündür. Tedbir kararının verilmesi, askıya alma etkisi yaratır²⁴.

d- İncelemede Sınırlama

Anayasada gerek kabul edilebilirlik/edilemezlik, gerekse esastan inceleme bakımından açık bir sınırlama yer almamaktadır. Anayasada sadece “bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar” oluşturulabileceği (m. 149/1); bireysel başvuruların bölümlerce karara bağlanacağı(m.149/2); yasa yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağı (m. 148/3) hususları yer almaktadır.

Oysa yasada Anayasada yer alan yasa yolunda gözetilmesi gereken hususa yer verilmekle beraber; şu düzenleme getirilmiştir: “Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağıının belirlenmesi ile sınırlıdır” (m. 49/6). Bireysel başvurunun can alıcı noktası burasıdır.

e- Dayanılacak Mevzuat

Esas hakkındaki incelemede, verilecek karara (m. 50) ışık tutabilecek mevzuatın hangileri olduğuna da yer verilmiştir. Buna göre, bireysel başvuruların incelenmesinde, 6216 sayılı Yasa ve içtüzükte hüküm varsa bunlar, bunlarda hüküm yoksa “ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır” (m. 49/7). Yani yasa koyucu mahkemeye geniş bir takdirlik alanı bırakmıştır. Mahkeme bu takdir yetkisini serbestçe kullanabilecektir. Oysa, aceleye getirilmeden bu husus açıkça düzenlenmeliydi.

Yasa koyucu bununla da yetinmeyip, “esas hakkında inceleminin usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar içtüzükle düzenlenir” (m. 49/8) demek suretiyle, konuya ilişkin asıl hükümleri içtüzüğe bırakmıştır.

²⁴ Hassemer, “Almanya Raporu”, s.37.

IV-BİREYSEL BAŞVURU İLE İLGİLİ KARARLAR

A- Karar Türleri

Bireysel başvuru konusunda esas incelemesi sonunda üç tür karar verilebilir. Biri, ihlal edildiği; ikincisi, ihlal edilmediği (m. 50/1); üçüncüsü ise, davadan feragat halinde düşme kararı verilir (m. 50/5).

İhlal kararı verilmesi demek, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğinin tespiti demektir(Anayasa, m. 148/3).

İhlal yoktur kararı ile, o konuda iç hukukumuzda yapılacak bir işlem kalmadığının kabul edildiği anlaşılır. Bu karardan sonra konu ile ilgili olarak, olağanüstü yasa yollarından (örneğin yeniden yargılama) birinin koşulları ve başvurusu yoksa, AİHM'e başvurulabilir.

B- Kararın İçeriği ve Sonuçları

1-Anayasa Mahkemesi'nin Kararı

*Almanya'da anayasa şikayeti ek bir yasa yolu olmayıp, olağandışı bir yasa yoludur. Anayasa şikayetinde, Anayasa Mahkemesi, spesifik anayasa hukukunun ihlali ile sınırlandırılmıştır. O nedenle, görevli mahkemedeki usulün biçimlendirilmesi, nesnel durumun tespiti ve değerlendirilmesi, anayasa altı hukukun yorumu ve tekil olaya uygulanması Anayasa Mahkemesi'nin değil, bu konuda yetkili ve görevli mahkemenin işidir²⁵.

*Anayasamızda Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda nasıl karar vereceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasada sadece, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği id-

²⁵ Hassemer, Almanya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor, Anayasa Yargısı 21, 2004, s.168.

diasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceğine (m.148/3), bireysel başvuruların bölümlerce karara bağlanacağına (m.149/2) ve bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasların yasayla düzenleneceğine yer verilmiştir (m.148/5). Oysa, Anayasa Mahkemesi'nin nasıl karar vereceği konusunun Anayasada açıkça belirtilmesi gerekirdi. Çünkü, Anayasa Mahkemesi'nin görevleri anayasayla belirlenebilir/verilebilir(m.148/son)²⁶. Bireysel başvuru gibi önemli bir konunun anayasada açık düzenlenmesi yerine, verilebilecek kararlar bakımından yasamanın takdirine bırakılması, bu kurumun güvence oluşturmasını zayıflatmıştır.

Yasadaki düzenlemeye göz attığımızda, bireysel başvuru konusunda verilebilecek kararın iki çeşit olduğunu görürüz. Buna göre Anayasa Mahkemesi, esas incelemesi sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verir (6216, m.50/1).

a-İhlal Kararı

Ancak ihlal kararı verilmesi hâlinde Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmeder (6216, m.50/1). Bu düzenlemeden, Anayasa Mahkemesi'nin tespit ettiği ihlal nedenlerine göre, ihlalin ve bu ihlalin ortaya çıkardığı sonuçların nasıl ortadan kaldırıcağına da hükmetmesi gerekir. Anayasa'da açıkça yer verilmesine karşın, yasadaki düzenlemede de, bu kararın nasıl verileceğine ilişkin ilkelere yer verilmemiştir. Verilecek kararların ilkelerini Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla belirleyecektir.

Yasada, Anayasa Mahkemesi'nce tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı konusunda da şu düzenleme yer almıştır: ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir (6216, m.50/2).

²⁶ Anayasa'nın 148/son maddesindeki emredici kurala göre, "Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir".

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

Anayasa Mahkemesi, ihlal tespitine karşın, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebilir (6216, m.50/2).

Yasadaki düzenlemeye göre, yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verecektir (6216, m.50/2). Esas mahkemesinin vereceği kararın ihlali nasıl ortadan kaldırılabileceği hususu da uygulamaya bırakılmıştır.

*Yasadaki *"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmıyorsa"* şeklindeki düzenleme, mahkeme kararı dışında kalan uygulamaların da ihlale sebebiyet verebileceğine işaret edilmiştir (6216, m.50/1). Nitekim, *"İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmali için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir"* (m.45/2) şeklindeki düzenleme karşısında, mahkeme kararı dışında kalan işlemler bakımından da bireysel başvurunun kabul edildiğine işaret edilmektedir.

Ancak 45/2 nci maddedeki bu düzenleme de tartışmalıdır. Çünkü, 45/2 ile 45/3 ncü maddedeki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, 45/2 nci maddedeki, örneğin *"idari"* başvuru yollarının tüketilmiş olması koşulunun aranmasına karşın; 45/3 ncü madde ile idarenin düzenleyici işlemlerine karşı bireysel başvuruda bulunulamayacaktır.

Zira, 45/3 ncü maddede bireysel başvuruya konu edilemeyecek işlemler arasında, kimi idari işlemler de yer almaktadır. Dolayısıyla anayasada yargı denetimi dışında bırakılmış işlemler bireysel başvuruya konu edilemeyecektir. Anayasanın yargı denetimi kısıntısı getirmediği konularda idari işlemlere karşı yargı yolu açık olduğundan (Anayasa, m.125/1), idari işlemler için bireysel başvurudan söz edilemeyecektir. Dolayısıyla, anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler bakımından bireysel başvuru yolu kapalı olduğu gibi (6216, m.45/3); yargı denetimine açık olan idari işlemler bakımın-

dan da bireysel başvuru doğrudan bu işleme karşı olmayıp, bu işlemle ilgili yargı kararına yönelik olabileceğinden, yasanın 45/2 ve 45/3 ncü maddesi arasında çelişki bulunmaktadır. Bu çelişki çok yönlü olarak ele alındığında bireysel başvurunun sadece yargı kararlarına karşı mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır. Yani, yasaya karşı doğrudan bireysel başvuru mümkün olmadığı gibi, idari işlemler bakımından da, yargı denetimi mümkün ise, yargı kararından sonra bireysel başvuruda bulunulabileceğinden, sonuçta bireysel başvuru yargı kararlarına karşı kabul edilmiş olmaktadır.

Bu düzenlemeler karşısında, yasada yer alan Anayasa Mahkemesi'nce, "*yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez*" (m.6216, m.50/1) düzenlemesinin nasıl yorumlanacağı tartışmaya açıktır.

*Yine Almanya'da temel haklara riayetsizlik anayasaya aykırı bir yasaya dayalı olabileceği gibi, anayasaya uygun normun anayasaya aykırı bir yorumdan veya uygulamasından da kaynaklanabilir. Almanya'da, normun uygulanmasından kaynaklanan ihlallerde daire veya komite, şikayet konusu karar ya da kararları kaldırıp, davayı yeniden görülmek üzere geri çevirmektedir. Buna karşın, ihlal yasadan kaynaklanıyorsa, daire yasanın geçersizliği ya da anayasa ile bağdaşmazlığını karara bağlamaktadır²⁷.

Almanya'da eşitlik ilkesi açısından anayasa ihlali, hukuki yorum veya uygulamanın objektif olarak savunulmasının mümkün olmaması ve dolayısıyla keyfi bir hukuk anlayışına dayalı olması, bu nedenle de varılan kararın anlaşılabilir olması ve nesnel olmayan kanaatlerden kaynaklanması hallerinde kabul edilmektedir²⁸.

Yine, yargılama usulüne yönelmiş bir başvuru söz konusu ise, kuşkusuz "*yargısal temel haklar*" önemli yere sahip olaca-

²⁷ Hassemer, Almanya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor, Anayasa Yargısı 21, 2004, s.169.

²⁸ Hassemer, Almanya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor, Anayasa Yargısı 21, 2004, s.169.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

ğından, bu hususun da dikkate alınması gerekir. Ceza yargılama hukuku, ceza hukukunun anayasası olarak kabul edilmektedir. Örneğin, yasal yargıç ilkesi anayasayla güvence altına alınmıştır. Bu ilke, yargıcın karar vermeden önce tarafları dinlemesini zorunlu kılmaktadır. Bu kurala aykırılık ihlale sebebiyet verebilir²⁹.

*Avusturya'da, şikayetin kabul edilmesi halinde, Mahkeme, şikayetçi için götürü olarak bir gider tazminatına (şikayet ve duruşma için) ve gerçekleşmiş tüm seyahat giderlerine hükmeder³⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin verebileceği iki karar daha var: biri, tazminata hükmetme; diğeri, dava açılması yolunun gösterilmesidir.

aa- Anayasa Mahkemesi'nin ihlal tespitine karşın, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görmezse, "*başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir*" (m. 50/2). Tazminatın maddi ve manevi tazminatı içerip içermediği ile ne kadar olacağına ilişkin açık düzenleme ve ölçütleri bulunmamaktadır.

Ancak, bu düzenleme gösteriyor ki, esas mahkemesinde davayı kazanmış olan kimsenin kazanılmış hakkı korunacaktır.

bb- Diğer karar ise, "*genel mahkemelerde dava açılması yolu*"nun gösterilebilmesidir (6216, m.50/2). Burada, ihlal tespiti üzerine mi böyle bir karar verilebileceği, yoksa zaten hak ihlali yok ama, başvurucuya dava açma yolu gösterme şeklinde mi kabul edileceği konusunda açıklık bulunmamaktadır. Ancak yasadaki, "*Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir*" şeklindeki düzenlemeden, dava açma yolunun gösterilmesinde de ihlal tespitinin yapılmış olması gerekir sonucuna ulaşılabilir.

²⁹ Hassemer, Almanya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor, Anayasa Yargısı 21, 2004, s.168-169.

³⁰ Haller, Herbert: "*Avusturya Anayasa Mahkemesinin Organizasyonu ve Karar Biçimleri*", Anayasa Yargısı 21, 2004, s.185.

Çünkü, ihlal kararı verilmeyen bir konuda, ihlalin olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

b-İhlalin Olmadığı Kararı

Anayasa Mahkemesince başvuru konusunda ihlal olmadığı belirtilirse, artık yapılacak bir şey yok demektir. Bu karar herkesi bağlar. Ancak, esas mahkemesi kararının taraflara farklı tarihlerde tebliğ edilmesi nedeniyle taraflarca bireysel başvuruda bulunulması halinde, başvuruların birleştirilerek değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle, esas mahkemesinin, aynen temyizde olduğu gibi, taraflara tebliğ sağlandıktan ve bireysel başvuru olduğu taktirde aynı dava ile ilgili tüm başvuruları birlikte Anayasa Mahkemesine göndermesi gerekir. Böyle bir durumda, ihlal olmadığına ilişkin karar taraflar bakımından bağlayıcı olacaktır. Kuşkusuz, tebliğle ilgili sorunlar burada da ortaya çıkabileceğinden, ayrı ayrı değerlendirme yapılmasının önüne geçilebilmesi için tebligatların usulünce yapılıp yapılmadığı konusunun daha baştan değerlendirmede bulunulması gerekir.

2- Esas Mahkemesinin Verebileceği Karar

*Anayasa Mahkemesi'nce ihlal kararı verilmesi halinde, ihlalin giderilmesi için yapılabileceklerle de işaret edilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesince “İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir” (m.50/1) ve “Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir” (m.50/2) düzenlemelerinin yeniden yargılama yapacak mahkemece dikkate alınması gerekir.

Bu düzenleme gereğince Anayasa Mahkemesi'nin, esas mahkemesi tarafından yapılabilecekler konusunda belirttiği hususlara göre karar vermesi gerekecektir.

Ancak yeniden yargılama yapan mahkemenin mutlaka Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda bir karar vermesi

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

zorunludur? Bu düzenlemelere göre, sorunun yanıtı evet olacağı için esas mahkemesi ihlal kararı doğrultusunda karar vermek zorundadır diyebiliriz. Fakat bu yaklaşımı her olay için gerçekçi bulmak mümkün mü? Veya bunu hangi organ sağlayacak?

Esas mahkemesince yapılacak yeniden yargılama üzerine verilecek karar, somut durumlara göre Anayasa Mahkemesi'nin öngördüğünden farklı olabilir. Eğer öyle olmasaydı, esas hakkındaki kararı da Anayasa Mahkemesi verebilirdi. Anayasa ve yasada böyle bir düzenlemeye yer verilmemesi, esas mahkemesinin mümkün mertebe Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda karar vermesini zorunlu kılmakta ise de, yeniden yargılama denmesi karşısında, yargılama sonunda öngörülmeyen durumlar ortaya çıkabilecek demektir. Bir başka deyişle Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararının aynen uygulanması kabul edilseydi, yeniden yargılama yapılmasına gerek kalmazdı.

Buradaki “yeniden yargılama” kavramı ile “yargılamanın yenilenmesi” kurumunun aynı olup olmadığı konusu tartışma yaratabilir. Çünkü, yasa koyucunun farklı kavramları seçmiş olması; yeniden yargılamanın “mümkünse dosya üzerinden” karara bağlanması (m. 50/2) ve diğer yargılama yasalarında yer alan yargılamanın yenilenmesi hükümlerine yollamada bulunulmaması nedenleriyle, farklı kurumlar oldukları söylenebilir. Nitekim yasada 5271, m. 311 vd. maddelerinin uygulanacağına ilişkin açık düzenleme (6216, m.67)³¹, bireysel başvurular için açıkça kabul edilmemiştir.

³¹ 6216 sayılı yasa'nın 67 nci maddesindeki düzenleme şöyledir:

- (1) Mahkemenin siyasi parti kapatma davalarında veya Yüce Divan sıfatıyla verdiği kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre istenebilir.
- (2) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma veya Yüce Divan sıfatıyla verdiği bir kararın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğine hükmetmesi hâlinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Anayasa Mahkemesinden yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulabilir.
- (3) Mahkeme, yargılamanın yenilenmesi istemini esaslı ve kabule değer bulursa, yargılamanın yenilenmesine karar verir. İstem genel hükümlere göre sonuçlandırılır”.

Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, “Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkça ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir” (m. 50/2). Ancak gerekirse duruşma açılabilir.

Görüldüğü gibi, yasada, ihlal kararı üzerine, ihlalin yeniden yargılama ile sona erdirileceği/ortadan kaldırılacağı/başvurucunun hakkına kavuşmasının sağlanacağı öngörülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin ihlalin nasıl giderileceği konusunda karar verebilir veremeyeceği konusunda da açıklık yoktur. AİHM’nce verilen ihlal kararları için, AİHM’nin iç hukukta ne gibi işlem yapılacağı hususunda takdiri bulunmamaktadır. Üye ülkeler AİHM’nce verilen, ihlal kararı üzerine iç hukuklarında değişik uygulamalara yer vermişlerdir. Ayrıca, AİHM’nin ihlal kararı üzerine iç hukukta yapılan işlemin ihlali ortadan kaldırıp kaldırmadığı konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin değerlendirmede bulunması söz konusudur. Oysa Anayasa Mahkemesince verilen ihlal kararı üzerine, yapılacak yeniden yargılama sonucu kararın Anayasa Mahkemesince kontrolü söz konusu değildir.

Ayrıca yeniden yargılama kararına karşı, her yargı düzeninde yasa yollarına başvurulup başvurulmayacağı konusunda da açık bir hüküm yoktur. Ancak, örneğin, Anayasanın 154/1 nci maddesindeki düzenleme karşısında³², adliye mahkemelerince verilen kararlar için son inceleme merciinin Yargıtay olması nedeniyle bu kararları Yargıtay’ın temyizen inceleyebileceğini söyleyebiliriz. Ancak esas mahkemesinin yapacağı yeniden yargılama sonucunda vereceği kararda, belli ölçüler içerisinde serbest olduğunu da kabul etmek gerekir. Çünkü hukuk ve haktaki dinamizm nedeniyle, farklı çözüm biçimlerinden birinin uygulanması gerekebilir.

³² Anayasa’nın 154/1 nci maddesindeki düzenleme şöyledir: “Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciüdür”. Benzeri düzenleme Danıştay bakımından da Anayasa’nın 155/1 nci maddesinde mevcuttur.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

Ancak yasada, “yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez” (m. 50/1, son cümle); ihlalin bir mahkeme kararından kaynaklanması halinde, “ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir” (m. 50/2) şeklinde düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemeler, yeniden yargılama yapılmasında yarar bulunan haller için kabul edilmiştir. Bunun takdiri ve gerekçesi Anayasa Mahkemesine aittir.

Diğer bir husus ise, aynı konuda Anayasa Mahkemesine ikinci, üçüncü vd. kez başvuruda bulunulamayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması karşısında, konunun yeniden yargılama sonrası da tekrar bireysel başvuru konusu edilip edilemeyeceği tartışmaya açık bir husustur. Örneğin, Anayasa ve yasada AİHS'nin 35/2-b maddesindeki gibi³³ bir düzenleme bulunmamaktadır.

Burada eleştiriye açık bir husus da, ihlal tespitine karşın, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilmesidir (6216, m.50/2). Hukuki yarar görülmemesi nedeniyle tazminata hükmetmek, yeniden yargılama yapılmasıyla ihlalin giderilemeyeceğinin kabul edilmesi demektir. Anayasa Mahkemesi'nin burada hukuki yararın ölçüsünü nasıl belirleyeceğine ilişkin açık düzenleme yoktur. Hukuki yararın belirlenmesinde, hakkaniyete uygunluğu gözetilmesi gerekir³⁴.

Diğer yandan, “genel mahkemelerde dava açılması yolu”nun gösterilebilmesi (m. 50/2), ilgili mahkemenin Anayasa Mahkemesinin yönlendirdiği biçimde karar vermesini gerektirir mi, gerektirmez mi? Burada da açıklık yoktur.

³³ AİHS, m. 35/2-b: “Başvuru Mahkeme tarafından daha önce incelenmiş veya uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm merciine sunulmuş başka bir başvurunun konusuyla esas itibarıyla aynı ise ve yeni olaylar içermiyorsa” kabul edilmez.

³⁴ AİHS'nin “Hakkaniyete uygun tatmin” başlıklı 41 nci maddesindeki düzenlemeye göre, “Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollarının ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder”.

Bir başka husus ise, AİHM'nce verilen ihlal kararı üzerine yargılamanın yenilenmesi gerekmekte (örneğin, 5271, m. 311 vd.) ve bu durumda önceki kararı veren yargıcın/yargıçların yargılamanın yenilenmesi kararına katılmaması (5271, m. 23/1) zorunludur. Oysa, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı üzerine yapılacak yeniden yargılama konusunda, yargılamanın yenilenmesine yollamada bulunulmadığından, aynı mahkemenin aynı yargıcın/yargıçlarının davaya bakabilip bakamayacağı da sorun olarak ortada durmaktadır.

Ancak burada yasanın, sadece *“esas hakkındaki inceleme”* başlıklı 49/7 nci maddesinde yer alan *“bu kanun ve içtüzükte hüküm bulunmayan hallerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır”* hükmü gereğince, diğer yasalarda yer alan yargılamanın yenilenmesi hükümlerine yollamada bulunulduğu savunulabilir. Fakat Yasanın 49/7 nci maddesindeki düzenleme, Anayasa Mahkemesinin yaptığı incelemelerle ilgili olup, ihlal kararı üzerine davaya yeniden bakan mahkeme için dikkate alınabilecek mi? Burada da açıklık bulunmamaktadır.

Yine de, önerim, açık hüküm olmamakla beraber, temel hakların korunması amacıyla kabul edilen bireysel başvuru üzerine, örneğin 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın 311 vd. maddelerindeki tüm hükümler olmasa bile, aynı Yasanın 23/1 nci maddesinin dikkate alınmasında yarar olacağıdır.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine verdiği kararın yeniden incelenmesinin istenebileceği konusunda bir düzenleme yer almamaktadır. Oysa, Yüce Divan kararları bakımından yeniden inceleme başvuru yapılabilmektedir (Anayasa, m. 148/9).

Bir diğer husus ise, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararı üzerine, mutlaka yeniden yargılama mı yapılacak. Bir başka deyişle, ihlal kararı üzerine, bu karar dayanak yapılarak (kimi ihlal tespitlerinde böyle bir durum ortaya çıkarsa) yargılamanın yenilenmesi de yapılabilir mi? Bu sorular çoğaltılabilir ve mevzuatta bunların yanıtı bulunmamaktadır.

C- Kararın Yayınlanması

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının yayımlanması konusunda yasada iki farklı düzenleme var:

1- İnternet Sayfasında Yayımlama

Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir; ayrıca Mahkemenin internet sitesinde yayımlanır (m. 50/3).

Burada ilgililerin kimler olacağı belirtilmemiştir. İlgililer kavramının başvuru/başvurucuları içerdiğinde kuşku yoktur. Ancak "İlgililer" kavramına, başvuru konusu dava dosyasında isimleri geçen ve karardan etkilenecek kimseleri de dahil edilmesi gerekir.

2- Resmi Gazete'de Yayımlama

Kural olarak "Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar" (Anayasa, m. 153/son).

Yine Anayasada bireysel başvuru üzerine verilecek kararlar bakımından Resmi Gazetede yayımlamaya istisna getirilmemiştir. Oysa, yasada, bireysel başvuru sonucu verilen ihlal kararlarının tümünün Resmi Gazete'de yayımlanamayacağına yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, "bu kararlardan hangilerinin Resmi Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar içtüzükte gösterilir" (m. 50/3). Anayasanın 153/son maddesindeki düzenlemeye aykırılığı açık olan bu düzenlemenin kısa sürede değiştirilmesi gerekir. Yasadaki bu düzenlemeyle, içtüzüğe yollamada bulunulması ve yasada objektif ölçütlerinin belirtilmemesi de ayrı bir eleştiri konusudur.

D- İctihat Farklılıklarının Giderilmesi

Anayasada yer almamakla beraber, yasada, "Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır" (m. 50/4) düzenlemesi mevcuttur.

Burada, yukarıda üzerinde durduğum komisyonlarla ilgili karmaşık düzenleme, yine sorun yaratmaktadır. Bilindiği gibi komisyon kararları söz konusu değil. Zira komisyonlar kabul edilebilirlik incelemesi yapıyorlar; esastan incelemeleri söz konusu değil. Eğer komisyonların kabul edilebilirlik kararı verdiklerini kabul edecek olursak, yasanın 48/2 nci maddesinde yer alan başvuruların kabul edilemezlik kararı verebilme yetkisinin “mahkeme”ye neden verildiğinin cevabı bulunamaz. Çünkü, Anayasaya göre komisyonlar, mahkeme heyetinin çalışma düzeni içerisinde yer almıyorlar. Bir başka deyişle Anayasa Mahkemesi, iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır (m. 149/1). Her ne kadar yasadaki düzenlemede, Komisyonlar Anayasa Mahkemesi teşkilatı içerisinde yer almakta ise de (m. 20), oluşumu konusunda açıklık bulunmamaktadır. Örneğin, yasada bölümün tanımına yer verilirken (m. 2/1-ç); Komisyonun oluşumuna yer verilmemiştir (m. 2/1-ğ). Mahkeme kavramı yasada Anayasa Mahkemesinin iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışacağı ifade edilmekte (Anayasa, m. 149/1) ve Komisyon teknik anlamda Mahkeme kavramının dışında tutulmaktadır. Bu durumda yasada yer alan (m. 48/2) mahkeme kavramı Komisyonu ifade etmemektedir. Buna karşın komisyonların içtihatlarından söz edilmektedir.

Komisyonların hukuki niteliklerinin açıklığa muhtaç olduğu kanısındayım.

İçtihat farklılığının giderilmesi doğru bir düzenlemedir. Genel Kurulun iradesi, bireysel başvurular bakımından, sadece bölümler arasındaki içtihat farklılıklarının giderilmesinde etkisini gösterebilecektir.

E- Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması

Başvuru bir hak aramadır. Anayasanın 36 ncı maddesinin amir hükmü olan hak aramanın da, tüm haklarda olduğu gibi (Anayasa, m. 14; AİHS, m. 17) kötüye kullanılması yasaktır.

Yasanın 51 nci maddesindeki düzenlemeye göre, “Bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvuru sahipleri

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

aleyhine, yargılama giderlerinin dışında, ayrıca ikibin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına hükmedilebilir”.

Bir yandan başvuru harcı alınması (m. 47/2), diğer yandan kötüye kullanma gerekçesiyle yaptırım öngörülmesi (m. 51), AİHM'de yer almayan ve AİHM'nce kabul edilmeyen bir uygulamayı kabul etmek demektir. Hakkın kullanımında etkinliği sağlamak yerine daha başlamadan bitirilmesi olarak savunulabilir.

V- SONUÇ VE ÖZETLE TESPİTLER

*Ülkemizde, bireysel başvurunun kabul edilmesi yerindedir. Ancak, yukarıda ilgili kısımlarda açıkladığım eksiklikler mevcuttur. Bu eksikliklerin bir kısmı anayasada değişiklikler yapılmasını, bir kısmı diğer yargı yerleriyle ilgili iyileştirmeler yapılması ve nihayet tümü bakımından yasal düzenlemeler gerektirmektedir.

*Başta Anayasa Mahkemesine bu denli geniş ve önemli yetki ve görevler verildiğine göre, yapısının, üyelerde aranacak nitelikler³⁵ (üyelerin seçimi dahil) ve görevlerinin bireysel başvuru kurumunun işleyişine uygun olarak yeniden belirlenmesi gerekirdi³⁶. Örneğin “Yüce Divan” görevinin bu işin uzmanlarından oluşacak bir organa verilmesi uygun olurdu. Bu organ, Yargıtay içerisinde veya Yargıtay ve Danıştay üyelerinden oluşturulacak bir kurul şeklinde olabilir. Bunalar ayrı bir tartışmanın konusu edilebilir. Getirilecek düzenleme, Yüce Divanda yargılanacak olanlar bakımından da yasa yollarının kabul edileceği bir sistem şeklinde olmalıdır.

*Kabul edilebilirlik kararları bakımından oluşturulması düşünülen ve İçtüzüğe bırakılan Komisyonların üye sayısı ve çalışma düzeninin Anayasa ve yasayla düzenlenmesi gerek-

³⁵ Kaboğlu, Ö. İbrahim: “AYM'ye Bireysel Başvuruda On Çelişki”, Birgün, 27.01.2011.

³⁶ Amacım mevcut mahkeme üyelerine eleştiri getirmek değildir. Amacım, konuya kurumsal olarak yaklaşım, bireysel başvuru kurumundan beklenen yararın en yüksek noktaya çıkarılmasının sağlanması temennisinden ibarettir.

mektedir. Çünkü Komisyon kararı, esas incelemesi yapılıp yapılmaması bakımından büyük öneme sahiptir. Yasada (6216, m.14/2-c), üyelerin komisyonda dönüşümlü çalışmasının sağlanacağından söz edilmekte ise de, komisyonun oluşumuna yer verilmemiştir.

*Bireysel başvuru için olağan yasa yollarından geçilmesini öngören Anayasa ve yasa yollarının (olağanüstü de dahil mi belli değil) tüketilmesini öngören yasa arasında çelişme mevcuttur.

*Ayrıca, olağan yasa yolları bitirilmeksizin kesinleşmiş kararlar bakımından bireysel başvuru yolunun kullanılabilip kullanılamayacağı konusu hem Anayasa, hem de yasada açık düzenlenmemiştir. Eğer, bireysel başvuruda olağan yasa yollarının mutlaka tüketilmiş olması aranırsa, temel hakların korunmasında istenilen amaç elde edilemez. Böyle bir durumda, AİHM'ne gidilemez bir sonuca ulaşılır ki, insan hakları hukuku buna olur veremez. Anayasa'da açıklık yok ise de, yasanın 47/5 nci maddesindeki düzenlemede de açık engel bulunmamaktadır.

Kural olarak olağan yasa yollarından geçmeksizin kesinleşmiş kararlara karşı bireysel başvuru kabul edilmezse, açıkça hukuka aykırı kararlar söz konusu olabileceğinden yasanın 47/5 nci maddesinin dikkate alınarak, bu kararlar için de bireysel başvurunun kabul edilmesi gerekir.

-Almanya'da, yasa yollarının tüketilmesinden sonuç alınmayacaksa, başvuru kabul edilmiştir (Alman AMKK, m.90/II C.1). Bu konudaki yaklaşımlara göre, a) örneğin ilgili yargı düzeni içerisinde temyiz mahkemesinin somut olayla ilgili kararından dönmesi mümkün görülüyorsa, bireyden yasa yollarını tüketmesi beklenmemektedir; b)İdari işlemler bakımından da, yasadaki düzenleme idareye takdir alanı bırakmıyor ve idarenin farklı bir yorumda bulunması mümkün değilse, önceki başvuruların da sonuçsuz kaldığı anlaşılıyorsa, yasal yolun tüketilmesi beklenmemektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

-Yerleşik içtihat yoksa, başvuruda bulunulsa bile sonuç alınamayacağı düşüncesi varsa, içtihat oluşabilir diyerek yasa yolunun tüketilmesi beklenemez. Yerleşik içtihadın varlığı halinde de, daha baştan hakkın teslim edilebileceği anlaşılıyorsa, yasa yolunun tüketilmesinin aranmaması gerekir.

-Benzeri durumlarla ilgili çok sayıda karar verilir ve bunlar bireysel başvuruda da kabul edilmezse, Anayasa Mahkemesi yine de devreye girmesi gerekmez mi?

-Mahkemelerce verilen kararda, ağır ve giderilemez zararlar doğarsa/doğma olasılığı yüksek olur ve bu hukuksuzluk başka bir yolla da giderilemez olursa yasa yolu tüketilmediğinden bahisle başvuru kabul edilmeyecek mi?

Aynı hususu yasa yolunda gözetilmesi gereken hususlar bakımından da dile getirebiliriz. Örneğin, *"Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz"* (m.148/4). Açık hukuka aykırılık varsa, bu durumda da başvuruyu bu düzenlemeden hareketle değerlendirmeyecek miyiz?

*Anayasa Mahkemesinin de sıkıntı duyacağı durumlar ortaya çıkabilir. Örneğin, bireysel başvuru reddedilse ve bu red kararı üzerine AİHM'ne başvurulsa ve bu mahkeme ihlal var derse sorun ortaya çıkabilir.

*Anayasa Mahkemesinin içtihatla kabul edeceği haklar bakımından bireysel başvuru kabul edilecek mi?

*Anayasada, bireysel başvuru hakkı kamu gücünün tüm ihlallerini içerecek biçimde geniş düzenlendiği halde, yasadaki sınırlama getirilerek, adeta sadece yargı kararları bakımından bu hakkın kabul edildiği anlaşılmaktadır. Yasanın anayasaya aykırılığı çözülebilecek mi?

*Bireysel başvurunun hem tüm haklar için, hem de kamu gücü tarafından gerçekleştirilecek tüm hak ihlallerine karşı kabulü yerinde olurdu. Yasamanın sessiz kaldığı konular için zaten yargı organına gidilemeyeceğine göre, teslim edilmeyen haklar ne olacak. Bu nedenle, yasamanın eylemsizliği/işlemsizliği için de başvurunun kabul edilmesi gerekirdi.

*Yasayla getirilen (m.45/3) sınırlamaların kaldırılması gerekir. Çünkü, maddede yer alan *“yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz”* şeklindeki başvuruya yasak alan oluşturulması, 12 Eylül 1980 Anayasasında yer alan ve toplumun tüm kesimlerince kabul edilmeyen yargı kısıntısının sürdürülmesidir. Bireysel başvurunun kabul edildiği bir sistemde bunların sonlandırılması gerekirdi.

* Almanya'da, *“kararda, anayasanın hangi hükmünün, hangi eylem ya da ihmalle ihlal edildiği belirtilmelidir. Anayasa Mahkemesi aynı zamanda dava konusu işlemin yinelenmesinin anayasayı yine ihlal edeceğini belirtebilir”* (AMKK, m.95/1) düzenlemesi yer almaktadır³⁷.

Bizde yasayla getirilen düzenlemede, ihlal kararı verilirse, *“ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir”* (m.50/2) denmektedir. Anayasa Mahkemesinin vereceği kararın içeriği konusunda açık düzenleme yoktur.

Diğer yandan bizdeki düzenlemede, *“ilgili mahkemenin”* hangi mahkeme olduğu konusunda da açıklık yoktur. Burada ayırmda bulunmak gerekir. Eğer başvuru yasa yollarından geçen kararlara karşı yapılmış ise, ihlal kararı üzerine yetkili mahkeme ilk derece mi, yoksa temyiz mahkemesi mi olacak?

Burada şu görüşler ileri sürülebilir: son kararı temyiz mahkemesi verdiği göre, ilgili mahkeme temyiz mahkemesidir. Veya, ilgili mahkeme kararı vermiş olan mahkemedir. Yahut, ihlalle ilgili husus temyiz aşamasındaki bir yanlış uygulamadan kaynaklanıyorsa, ilgili mahkeme temyiz mahkemesi, değilse karar mahkemesidir.

Temyizden geçmeksizin kesinleşen kararlar bakımından, ki bunlar için de bireysel başvuru yolunun açılacağını düşün-

³⁷ Göztepe, s.92-93.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

düğünden (6216, m.45/3), ilgili mahkeme karar mahkemesini ifade ediyor diyebiliriz.

*Kazanılmış haklar ve hukuktaki istikrar nasıl sağlanacak? Bu konuya açıklık getirilmemiştir. Çünkü, bireysel başvuruda bulunmamış olanın, ilgili yargı düzeni içerisinde kazandığı hakkı kaybolabilecektir, ne olacak? Bu durumda, tazminata hükmolunması gerekirse, hangi taraf lehine hükmedileceği belli değil. Başvuruya gitmesine gerek olmayan veya başvurmakla beraber, karşı tarafın başvurusu haklı bulunursa, asıl kararda kazanılmış hakkı doğan tarafın kazanılmış hakkı bakımından Anayasa Mahkemesince nasıl karar verileceği veya iade üzerine nasıl karar verileceği konusunda açıklık yoktur.

*İhlal kararından sonra yapılacak yeniden yargılama kararının olağan denetim yollarından geçip geçmeyeceği ile, yeniden bireysel başvuruya konu edilebilip edilemeyeceği açık değil.

*Anayasa Mahkemesinde duruşmalı inceleme nasıl yapılacak (m.49/4)?

*Oyların eşitliği halinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur (6216, m.65/1) düzenlemesinin kabul edilmesi mümkün değildir. Anayasada yer almayan ve nitelikli çoğunlukla verilen kararlar da gözetildiğinde, bu düzenlemeye karşı birçok eleştiri yöneltildiği halde yaşlaşması hayret vericidir.

*Çok önemli hususlardan biri de, eğer sadece olağan yasa yollarının tüketildiği davalara bakılabilir denirse (çünkü anayasa böyle algılamaya elverişli), çok açık biçimde temel hakların çiğnenmiş olduğu durumlarda bile inceleme yapılmayacak demektir. Oysa, örneğin, AİHM'nin çok sayıda davada, Türkiye aleyhine verdiği kararlarda, tutukluluğun devamına yahut tutuklamaya itirazlar ile makul sürede yargılamanın yapılmadığına ilişkin olarak bazı kararlarda tutuklulukla ilgili kararlar ve itirazların gerekçelerinin yetersiz olduğu yahut makul sürede bitirilemeyen davalar için etkin başvuru yolunun bulunmadığı şeklindeki görüşü dikkate

alındığında, bu tür kararlara karşı bireysel başvuru yolu kabul edilmez ise, başvuru halinde AİHM'den ihlal kararı verileceği açıktır. Bu gibi olumsuzlukların yaşanmaması için, yasa yolu tüketimini, hakkın alınabileceği düşünülerek kesinleşmesi beklenmeli; ancak yasa yolundan geçirilmeksizin kesinleşen kararlar bakımından (6216, m.47/5) da başvurunun kabul edilmesi gerekir.

*Anayasadaki düzenlemeye göre, *“Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”* (m.36/1); *“Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir”* (m.141/son). AİHS'nin 6 ncı maddesindeki düzenleme ve AİHM kararları karşısında, yasa yolunda bu ilkelere uyulmamış ise veya yasa yolundan geçmeksizin kesinleşen kararlar bakımından karar mahkemesi bu ilkeleri gözetmemiş ise, bireysel başvuruda bunlar değerlendirilemeyecek mi? Bunlar değerlendirilemeyecekse, kamu işlemlerine karşı temel haklar korunmuş sayılabilecek mi?

*İhlal kararı üzerine yeniden yargılama yapılması ile ilgili olarak, mahkemelerce ne gibi işlem yapılacağı konusunda, diğer yargılama yasalarında karşılığı madde bulunmamaktadır.

* *“Yeniden yargılama yapmak üzere”* dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi, yargılamanın yenilenmesi anlamına gelir mi? Bu konuda ilgili yasalarda açık düzenleme bulunmamaktadır. Örneğin, AİHM'nin ihlal kararından sonra yargılamanın yenilenmesinin uygulanabilmesi için kesinleşmeden itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunulması gerekir (CMK, m.311). Yasada, yargılamanın yenilenmesi kurumu sadece AİHM'nin ihlal kararı üzerine Anayasa Mahkemesince verilecek kararlar bakımından kabul edilmiş olmasına karşın (6216,m.67/1), bireysel başvuru üzerine verilecek ihlal kararları için kabul edilmemiştir. Yasama organının abesle iştigal etmesi düşünülmeceğinden, yeniden yargılama kavramı ile yargılamanın yenilenmesini farklı olduğu anlaşılmaktadır. Ancak yeniden yargılamanın tanımı ve içeriği bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

İBRAHİM
ŞAHBAZ'IN
TEBLİĞİ

Bu nedenle, tartışmayı sonlandırmak ve hakları güvenceye almak için, AİHM kararları için olduğu gibi, bu kararlar için de yargılamanın yenilenmesi gerektiği açıkça düzenlenmeliydi³⁸.

*Bireysel başvuru ile somut norm denetiminin sistemde yer almasına gerek var mı diye soru akla gelmektedir. Çünkü, bireysel başvuru yolunda Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi yapabileceğinden, ayrıca somut norma gerek var mı diye sorular ortaya atılabilir. Anayasa Mahkemesi baktığı kimi davalarda yasa anayasaya aykırı ise, önce anayasaya uygunluk denetimi yapıp, sonra davayı sonuçlandırmaktadır. Ancak bireysel başvuru dava olarak anlaşılırsa, mahkeme baktığı davada somut norm denetimi yapabilir. Eğer başvuru bir dava olarak kabul edilmezse, baktığı işler için somut norm denetimi yapabilecek mi? İşte bu tür tartışmalar karşısında somut norm denetiminin bireysel başvurularda da devam etmesi gerekir.

*Yasadaki düzenlemeye göre, *"Taraflarca ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiası davaya bakan mahkemece ciddi görülmezse bu konudaki talep, gerekçeleri de gösterilmek suretiyle reddedilir. Bu husus esas hükümle birlikte temyiz konusu yapılabilir"* (6216, m.40/2). Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruda yasa yolunda dikkate alınacak hususlarda değerlendirme yapamayacağına göre (Anayasa, m.148/4; 6216, m.49/6), Anayasa Mahkemesi temyiz mahkemesinin kararını inceleyemeyecek mi?

*Yasadaki bireysel başvuruya yasak alanlar, eleştirilen 1982 Anayasasındaki düzenlemeleri anımsatıyor (m.45/3).

*Yasada, "güncel ve kişisel bir hakkı" doğrudan etkileyen işlemler için başvuru kabul edilmekle beraber (m.46/1); ve "önemli bir zarara uğramadığı" halde kabul edilemezlik kararı verilmesinden söz edilerek (m.48/2), iki düzenleme arasında hak bakımından farklılık yaratılmıştır. Bu düzenlemelerin "insan haysiyetini" değil, maddi kaybı öne çıkarması temel hak korumasını zayıflatmaktadır³⁹.

³⁸ Türk, Hikmet Sami: Anayasa Yargısı 21, 2004, Tartışmalar, s.295'de bu durumda yargılamanın yenilenmesi sistemini önermektedir.

³⁹ Kaboğlu, Ö.İbrahim: "AYM'ye Bireysel Başvuruda On Çelişki", Birgün, 27.01.2011.

*Bireysel başvuru ile birlikte yargının sorunlarının tümünden çözülmesi gerekirdi. Adli Polis kurulmadan, Adli Tıp Kurumuna bilimsel işlerlik kazandırılmadan, adliyelerde personel ve alt yapı tamamlanmadan, yargıç ve Cumhuriyet Savcılarının iş yükü azaltılmadan, temel hakların etkin kullanımıyla ilgili çabalar takdirle karşılanırsa da, istenilen sonuç alınamaz. İş yükü artan Anayasa Mahkemesinin rahat çalışabilmesinin önünün açılması gerekir.

*Anayasa Mahkemesinin mevcut yoğun iş yüküne bireysel başvurunun da eklenmesi iç hukukumuzda davaların daha da uzun sonuçlanmasına sebebiyet verecektir. Bu durum, bir yandan Anayasa Mahkemesine başvurular nedeniyle AİHM'ne başvuruyu geciktirecek; diğer yandan da, iç hukuktaki bireysel başvuru sebebiyle uzayacak süre nedeniyle AİHM'nin ihlal kararı vermesiyle sonuçlanacaktır.

*İnsan haklarının/temel hakların korunması, pratiğe aktarılması hukuk devletinin varlık nedenidir. Hukuk devletini şeklen kabul etmenin yetmediği dünyamızda anlaşılmıştır. Bu nedenle sözleşmelerle yeni haklar kabul edilmiş ve hukukun üstünlüğü benimsenmiştir. Hukukun üstünlüğü de hukuk devleti gibi, hukuka (iç ve uluslar arası) saygıyı amaçlamıştır. Ancak görülen o ki, şekli hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü insan haklarını güvenceye alamıyor. İşte burada adalet devreye girmek zorunda. Adaletli olmayan hukuk ve o'nun uygulanması, insanlara mutluluk vermiyor. Öyleyse adaletle sarılmak O'nu her yerde aramak ve bulmak zorundayız.

Alman insan hakları savunucusunun şu sözünü unutmadan düzenleme ve uygulama yapmak zorundayız: "Biz adalet bekledik, fakat bir hukuk devleti bulduk"⁴⁰. Türkiye'de anayasadan kaynaklanan yargı kısıntısı ve yargının alt yapı sorunları çözülmedikçe adaleti çok arayacağız.

Tüm bu nedenlerle bireysel başvuru konusunun anayasa ve yasayla yeniden düzenlenmesi gerekir.

⁴⁰ Aktaran, Hassemer, Anayasa Yargısı 21, 2004, Tartışmalar kısmı, s.224.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

AHMET GÜREL'İN
KONUŞMASI

Av. Ahmet GÜREL (Oturum Başkanı)- Sayın Doç. Dr. İbrahim Şahbaz'a çok teşekkür ediyoruz açıklamalarından dolayı.

İkinci konuşmacımız Sayın Tacettin Şimşek'in kısa bir özgeçmişini sunmak istiyorum: Sayın Şimşek; 1956'da Tunceli'de dünyaya geldi, 1979 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu. Bir süre hâkimlik yapan Şimşek, daha sonra avukatlığa geçerek çeşitli kurumlarda hukuk müşavirliği görevinde bulunmuş, 12 Haziran 2002 tarihinde Cumhurbaşkanlığı Sayın Ahmet Necdet Sezer tarafından Danıştay Üyeliğine seçilmiştir. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalında yüksek lisans programını "Avrupa Yatırım Bankası", doktora programını "Sınırtaşın Su Yollarından Hakça ve Makul Faydalanma" başlıklı tezleri ile tamamlamıştır. 07.12.2007'de dört yıllığına Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurul Üyeliğine, 19 Ekim 2010'da Türkiye Adalet Akademisi tarafından Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu yedek üyeliğine seçilmiştir. Sayın Şimşek evli olup, İngilizce bilmektedir. Buyurun Sayın Şimşek.

Dr. Tacettin ŞİMŞEK

Danıştay 8. Daire Üyesi

İDARİ YARGI AÇISINDAN ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI

Giriş

Bilindiği üzere kamuoyunda “Anayasa Şikayeti” olarak tanımlanan bireysel başvuru hakkı, 7/5/2010 tarih ve 5982 sayılı, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”¹ ile hukukumuzda dahil edilmiştir.

Söz konusu Kanun ile, Anayasanın 148 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin sonuna “*ve bireysel başvuruları karara bağlar*” ibaresi eklenmiş ve maddeye şu fıkralar eklenmiştir;

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

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”

¹ Resmi Gazete, 13/05/2010 tarih ve 27580 s.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

TACETTİN
ŞİMŞEK'İN
TEBLİĞİ

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar ise 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı, "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"² ile düzenlenmiştir.

Kanunun Geçici 1 inci maddesinin 8 inci fıkrasında, Mahkemenin 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceleyeceği; 76 ncı maddesinde ise, 45 ila 51 inci maddeler arasındaki hükümlerin, yani Kanunun 4 üncü bölümünün 23/9/2012 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

Bireysel Başvuru Hakkına Kimler Sahiptir

Kanunun 46 ncı maddesine göre, bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilecektir.

Bireysel başvurunun hukuki niteliği, söz konusu işlem ve eylemler nedeniyle ilgilinin şahsına ait bir hakka yönelik mevcut ve doğrudan bir ihlalin varlığını gerektirmektedir. Bu nedenle potansiyel hak iddiasına dayanan ya da başvuranın kendi hakları ile ilgili olmayan hususlar bireysel başvurunun konusu olmayacaktır.³

Madde kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunamayacaklarını, özel hukuk tüzel kişilerinin ise, sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabileceklerini hükme bağlamıştır. Yine, yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamayacaklardır.

Kanunun 50 nci maddesinin 5 inci fıkrasına göre, davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilecektir.

Tüzel kişiliği olmayan kişi gruplarının bireysel başvuru hakkı var mıdır? Kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır.

² Resmi Gazete, 03/04/2011 tarih ve 27894 s.

³ Tasarının 46 ncı maddesinin gerekçesi. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696pdf>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve idari yargı uygulamaları göz önüne alındığında bunların da bireysel başvuru hakları bulunmalıdır.

Kanunda yer alan, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunamayacaklarını, özel hukuk tüzel kişilerinin ise, sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabileceklerini belirten hükmün de bazı idari işlemlerin bireysel başvuru yolu ile anayasal denetiminde sorunlar yaratması kaçınılmazdır.

Örneğin, kamu görevlileri sendikaları, üyelerinin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukukî yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda, üyelerini veya mirasçılarını, her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmak hakkına sahiptir.⁴

Keza, sendikalar, çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen veya yazılı başvuruları üzerine, nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil sayılmaktadırlar.⁵

Kendi kanunlarına göre, üyelerini ve mirasçılarını her derecedeki yargı organları önünde temsil hak ve yetkisine sahip olan sendikaların üyelerini ve mirasçılarını ilgilendiren işlem, eylem veya ihmal nedeniyle bireysel başvuru hakları bulunmayacak mıdır?.

Anayasanın 56 nci maddesinde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, çevreyi geliştirme,

⁴ 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu, madde 19/2-f; Resmi Gazete, 12/7/2001 tarih, 24460 s.

⁵ 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, madde 32/3, Resmi Gazete, 7/5/1983 tarih, 18040 s.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

TACETTİN
ŞİMŞEK'İN
TEBLİĞİ

çevre sağlığını koruma ve çevre kirliliğini önlemenin Devletin ve vatandaşların ödevi olduğu vurgulanmaktadır. Madde ile Devlete verilen bu ödev kamu kurumlarının özel mevzuatında yer almıştır. Kamu kurumları da bu ödevlerini halkın çevre hakkını gerçekleştirmek ve korumak için yerine getirmektedirler. Bu çerçevede yerel yönetimlerin konumu önem taşımaktadır. Yine kuruluş belgelerinde bu amaç açıkça yer alan kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve sivil toplum kuruluşları bulunmaktadır.

Merkezi idarelerin, kültür ve tabiat varlıklarını, çevre değerlerini etkileyen bazı işlem ve kararları Danıştay veya idare mahkemelerinde iptal davalarına konu olabilmektedir. Bu davalarda gerçek kişilerin yanında belediyeler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve sivil toplum kuruluşları davacı sıfatıyla bir arada bulunabilmektedirler.

Sendikaların üyelerini ve mirasçılarını ilgilendiren işlem, eylem veya ihmal nedeniyle; yerel yönetimler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve sivil toplum kuruluşlarının, temel haklardan sayılan ve dayanışma hakları arasında bulunan çevre hakkı çerçevesinde idari işlem ve kararlara karşı bireysel başvuru haklarına sahip olmamaları eksikliklerdir.

Bireysel Başvurunun Koşulları

Kanunun bireysel başvuru için iki koşulu aradığını söyleyebiliriz.⁶

a- Bireysel başvuruda bulunanın güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmesi.

b- Kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması.

Bireysel başvuru yapma hakkına sahip olanlarla ilgili sınırlayıcı yaklaşım başvuru koşullarının değerlendirilmesinde de kendini gösterecektir. Bu sakıncanın önüne geçilebilmesi için Anayasa Mahkemesinin önüne getirilen başvurularda, baş-

⁶ Bireysel başvuru hakkının koşulları için bkz. Ece Göztepe, a.g.e., s. 50 v.d.

vuru koşullarının bulunup bulunmadığının idari yargılama usulünün özellikleri ve istikrar kazanmış içtihatlar dikkate alınarak değerlendirilmesi, bireysel başvuru hakkının etkin bir şekilde uygulanabilmesi açısından önem taşımaktadır.

Örneğin mahkeme kararlarının istikrar kazandığı ve değişmeyeceğinin açık olduğu bir konuda, işlemin muhatabının yargısal başvuru yollarını tüketmiş olması koşulu aranmamalıdır.

Keza, idarenin herhangi bir takdir hakkının bulunmadığı ve belirli bir şekilde işlem tesis etmekle yükümlü olduğu bir konuda da yargısal başvuru yollarının tüketilmiş olması koşulu aranmamalıdır.

Yine, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının üyelerini ilgilendiren düzenleyici işlemlere karşı açtıkları davaların reddedilmesinden sonra, söz konusu düzenleyici işlemlerin üyelere doğrudan uygulanmasına yönelik bireysel işlemlerin de yargı yollarına başvurmadan bireysel başvuruya konu edilebilmesi gerekir.

Bireysel Başvurunun Kapsamı ve Niteliği

Temel hak ve özgürlüklerin daha etkin bir şekilde korunması bakımından Anayasa Yargısı düzeyinde korumayı amaç edinen Anayasanın 148 inci maddesinde, “herkesin, temel hak ve özgürlüklerinden herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla” Anayasa Mahkemesine başvurabileceği düzenlemesi yer almaktadır.

Bireysel başvurunun kapsamını oluşturan “kamu gücü” ifadesi ile hangi kurum veya organdan bahsedilmektedir ve hangi işlemler kastedilmektedir. Çünkü Anayasa ve diğer mevzuatta “kamu gücü” tanımı bulunmamaktadır.

6216 sayılı Kanunun “Dördüncü Bölüm” hükümleri incelendiğinde, bireysel başvurunun kapsamının sınırlı tutulduğu, subjektif işlevini⁷ sınırlı bir biçimde yerine getirmesinin amaçlandığı görülmektedir.

⁷ Anayasa şikayetinin işlevi için bkz. Ece Göztepe, Anayasa Şikayeti, A.Ü.H.F. Yayın No. 530, Ankara 1998, s.16 v.d.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

TACETTİN
ŞİMŞEK'İN
TEBLİĞİ

Kanunun 45 inci maddesinin 2 nci fıkrasında, ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmalden söz edilmektedir. İdarelerin tesis ettiği bireysel işlemlerin, idari eylemlerin bireysel başvurunun kapsamında bulunduğu maddeden açıkça anlaşılmaktadır.

Tasarının 50 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında; “ihlal, bir kamu gücünün kanunen yapması gereken bir işlemi yapmamasından kaynaklanmışsa, Mahkeme kararının hangi makam tarafından yerine getirileceğini ve özel durumlarda kararın yerine getiriliş şeklini belirleyebilir.” hükmü yer almaktaydı. Böylece kamu gücünün eylemsizlik hali de bireysel başvurunun kapsamına alınmaktaydı. Ancak bu hüküm Anayasa Komisyonundaki görüşmelerde metinden çıkarılmıştır.

Yine Kanunun 50 nci maddesinde açıkça, ihlalin bir mahkeme kararından kaynaklanmış olması halinden söz edilmiş olması karşısında yargı organlarının yargılama sürecindeki işlem veya ihmallerinin de bireysel başvurunun kapsamında olduğu sonucuna varıyoruz. Bu tür işlem veya ihmallerin kararın esasını etkilemiş olmaları halinde 6216 sayılı Kanunun 48 inci maddesi uyarınca başvuru kabul edilebilir bulunacağından, Anayasa Mahkemesinin incelemesi de bu kapsamda olacaktır.

Kanunun 45 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin de bireysel başvurunun konusu olamayacağı hükmü yer almaktadır.

Bir işlemin dayanağı, düzenleyici bir idari işlem veya bir kanun hükmü olabilir, ya da her ikisi birden olabilir. Bu taktirde, bireysel başvuruda bulunanın, temel hak ve özgürlüklerinden herhangi birinin kanun hükmü ve/veya düzenleyici idari işlem nedeniyle ihlal edildiği iddiasının incelenip incelenmeyeceği sorusuyla karşı karşıya kalıyoruz. Kanun hükmü karşısında böyle bir soruya olumlu cevap verilmesinin mümkün olmadığı açıktır.

Tasarının 49 uncu maddesinin 6 ncı fıkrasında; “Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlalinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar.” düzenlemesi yer almış olmasına rağmen, hüküm TBMM Anayasa Alt Komisyonundaki görüşmeler sırasında, Anayasaya aykırı olarak yeni bir iptal davası açma imkanının yaratıldığı, Anayasa Mahkemesinin hem hakim hem savcı durumuna getirildiği, bölümlerde görev yapan üyelerin Genel Kurula da katılacakları, bu durumun sakıncalı olacağı, yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde hassasiyet göstererek düzenleme yapması gerektiği, itiraz yolu ile Anayasaya aykırılığın mahkemelerce ileri sürülebileceği gerekçeleri ile düzenlemeden çıkarılmıştır.⁸

Bireysel işlemlerin dayanaklarını oluşturan yasama işlemlerinin başvuru hakkı kapsamına alınmaması, hakkın etkili bir şekilde kullanılmasının önünde büyük bir engeldir.

Tasarıda düzenlenen ancak Komisyon görüşmelerinde metinden çıkarılan hüküm Anayasanın 152 nci maddesi hükmü ile paralel bir maddedir. Anayasanın söz konusu maddesine göre;

“Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddî görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükmümlerle birlikte karara bağlanır.”

Yasama işlemlerine karşı bireysel başvuru hakkının tanınmaması ve Tasarıdan söz konusu hükmün çıkarılması karşısında, mahkemelerin, önlerine getirilen uyuşmazlıklarda, Anayasanın 152 nci maddesi uyarınca, taraflarca ileri

⁸ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696pdf>.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

TACETTİN
ŞİMŞEK'İN
TEBLİĞİ

sürülen her aykırılık iddiasını, ciddi olup olmadığına bakmaksızın Anayasa Mahkemesine göndermeleri sonucu doğabilir.

İdari yargı uygulamasında, bireysel işlemin, dayanağı olan düzenleyici idari işlem ile birlikte iptal davasına konu edilmesi yasal olarak mümkündür. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7 nci maddesinin 4 üncü fıkrası uyarınca bu şekilde dava açılması mümkündür.

Böyle bir davada, Danıştay'ca ilgilinin aleyhine verilecek karardan sonra, bireysel işlem, dayanağı olan düzenleyici idari işlem ile birlikte, temel hak ve hürriyetler yönünden bireysel başvuruya konu yapılabilmelidir.

Bireysel Başvuruda Anayasa Mahkemesinin Konumunun İrdelenmesi

6216 sayılı Kanunun 50 nci maddesinin ilk fıkrasında, esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verileceği, ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedileceği, ancak yerindelik denetimi yapılamayacağı, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemeyeceği belirtilmektedir.

Bireysel başvurunun konusunun idari yargı organlarınca hukuka uygun bulunan bir idari işlem veya eylem olması, inceleme sonucunda idari işlem veya eylemin temel hak ve hürriyetleri ihlal edip etmediğine yönelik tespitin aynı zamanda bu işlem veya eylemi hukuka uygun bulan yargı kararının da değerlendirilmesi sonucunu doğuracaktır. Uygulama da bu doğrultudadır. Bu nedenledir ki, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 53 üncü maddesine yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak, "Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması." hükmü eklenmiştir.

Anayasanın,7/5/2010 tarih ve 5982 sayılı, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapıl-

ması Hakkında Kanun" un 11 inci maddesiyle değişik 125 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına göre; *"Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez."*

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre, idari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler.

İdari işlem veya eylemlere karşı bireysel başvuruların incelenmesi sonucunda, Anayasa Mahkemesince ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmetmesi idari eylem ve işlem niteliğinde karar sayılmayacak mıdır?.

Öte yandan, kesinleşmiş bir idari yargı kararı ile hukuka uygun bulunan bir idari işleme karşı yapılan Anayasa Şikayeti'nin incelenmesi sonunda ihlal kararının verilmesi halinde bu kararın İdari Yargılama Usulü Kanunundaki karşılığının bulunmaması usul mevzuatını zaafa uğratmayacak mıdır?.

Önüne getirilen uyuşmazlık konusu idari eylem ve işlemlerin hukuka uygun olup olmadıklarını incelemekle görevli olan idari yargı organlarına, Anayasa uyarınca yüksek mahkeme sayılan Danıştay'a verilmeyen bir yetkinin Anayasa Mahkemesine verilmesi Mahkemeyi sadece ikinci derecede temyiz mercii konumuna getirmemekte, aynı zamanda idari yargılama usulünü de işlevsiz kılmaktadır.

6216 sayılı Kanunun 49 uncu maddesinin 6 ncı fıkrasında, bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel baş-

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

TACETTİN
ŞİMŞEK'İN
TEBLİĞİ

vurulara ilişkin incelemelerinin, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı belirlenmesi ile sınırlı olduğu belirtilmektedir.

Kanununun 50 nci maddesinin 2 nci fıkrasında ise tespit edilen ihlalin bir mahkeme kararından kaynaklanmış olması halinde, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderileceği, yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkemenin, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar vereceği hükmü yer almaktadır.

Söz konusu fıkra Tasarı metninde; *“ihlal bir mahkeme kararından veya idari işlemde kaynaklanmışsa, kararın veya idari işlemin iptaline karar verilir. Kararın iptali kendiliğinden ihlali kaldırmazsa yargılamanın yeniden yapılmasına hükmedilir.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Anayasa Alt Komisyonunda Tasarı metni değiştirilerek Kanunda yer alan hüküm getirilmişse de, Komisyondaki tartışmalarda belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesinin, Anayasada yer almayan, “mahkeme kararlarını iptal yetkisi” devam etmektedir. Madde metnindeki “yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi” ifadesi başka şekilde anlaşılabilir.

Bireysel başvuru yolunun etkili olması için getirildiği vurgulanan düzenlemeye gerekçe ve örnek olarak gösterilen Almanya ve İspanya uygulamaları ise o ülkelerin Anayasal sistemlerinden soyutlanarak ele alınmamalıdır.⁹

Madde metnindeki, “yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderileceği” ibaresi, Anayasa Mahkemesini, idare mahkemeleri veya Danıştay daireleri kararlarına karşı ikinci derece temyiz mercii konumuna getirmektedir. Bu hüküm Anayasanın 148 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında-

⁹ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696pdf>.

ki, “Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.”; 155 inci maddesinin 1 inci fıkrasındaki, “Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir.” hükümlerine aykırıdır.

Maddede dikkati çeken diğer husus ise, “yargılamanın yenilenmesi” kararının Anayasa Mahkemesince verilmesidir. Yargılamanın yenilenmesi sebepleri, istemde bulunma süresi ve başvurunun hangi mahkemeye yapılacağı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 53 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin 2 nci fıkrasına göre, yargılamanın yenilenmesi istekleri esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanacaktır. Halbuki 6216 sayılı Kanuna göre, yargı kararlarına karşı bireysel başvuru yolunda yargılamanın yenilenmesi kararı Anayasa Mahkemesince verilecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararının yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmasına karşılık, Anayasa Mahkemesinin yargılamanın yenilenmesi kararı vermesi idari yargılama usulünde bütünlüğü de bozacaktır.

Konunun bu şekilde düzenlenmesi yerine, Anayasa Mahkemesinin, gerek işlem, eylem veya ihmallerde gerek mahkeme kararlarında ihlalin bulunup bulunmadığını tespit etmesi ile sınırlı şekilde bir düzenlemenin getirilmesi, buna bağlı olarak da, 2577 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının (1) bendinde yer alan; “Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.” düzenlemesine, Anayasa Mahkemesi kararı ile tespit halinin de eklenmesi daha uygun olurdu.

Sonuç

Anayasa, yüksek mahkemeleri bağımsız ve eşit düzeyde kabul etmektedir. Her yüksek mahkemenin görevi ayrıdır ve görevli kılındıkları uyuşmazlıklarda son karar merciidirler.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

TACETTİN
ŞİMŞEK'İN
TEBLİĞİ

Bu ilke, Anayasanın bireysel başvuruya ilişkin 148 inci maddesinde, *"Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."* ifadesinde kendini bulmuştur.

Bu hüküm, Anayasanın 155 inci maddesindeki, *"Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciüdür."* şeklindeki görev tanımını pekiştirmektedir.

Öte yandan, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği ilkesi de Anayasada yerini almıştır.

6216 sayılı Kanun hükümleri, bu Anayasal ilkelere açıkça aykırı hükümler taşımaktadır.

Bu hükümlerin Anayasaya uygun hale getirilmesi gerekmektedir.

6216 sayılı Kanunda yer alan usule ilişkin hükümlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu çerçevesinde ele alınması bütünlüğün devamını sağlayacaktır.

Bireysel başvuru hakkına sahip olanların oldukça sınırlı tutulduğu açıktır. İş yükü kaygısıyla benimsenen bu yaklaşım, bireysel başvuru hakkının kullanılmasında bakımından Kanunu yetersiz hale getirmektedir.

6216 sayılı Kanundaki kabul edilebilirlik koşullarına, esas hakkında incelemeye, içtihat farklılıklarına ilişkin diğer hususlar yayımlanacak İçtüzük ile düzenlenecektir.

Kanunun bireysel başvuruya ilişkin hükümlerinin 23/9/2012 tarihinde yürürlüğe girecek olması nedeniyle, Kanundaki Anayasaya aykırı hükümlerin bu sürede giderilmesi, bireysel başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi bakımından Kanunun kapsamının genişletilmesi, daha geniş kesimlerin bireysel başvuru hakkına sahip olmalarını sağlayacak hükümlerin eklenmesi gerekmektedir.

Av. Ahmet GÜREL (Oturum Başkanı)- Süresini ekonomik kullandığı içinde ayrıca açıklamaları içinde çok teşekkür ediyoruz Sayın Şimşek'e.

Son konuşmacımız en genç üyemiz Sayın Alparslan Altan, kısa bir özgeçmişini sunmak istiyorum: 1968 yılında Sarıkamış'ta dünyaya gelen Alparslan Altan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1989 yılında mezun olduktan sonra, avukatlık ve hâkimlik stajını tamamladı, yurdun çeşitli yerlerinde savcılık yapan Altan, 2001 yılında Anayasa Mahkemesi Raportörlüğüne atandı. Yüksek lisansını Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalında, Doktorasını Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında tamamladı. Denizcilik Müsteşarlığında Müsteşar Yardımcısı olarak 26.02.2010 tarihine kadar görev yapan Sayın Altan, Sayın Cumhurbaşkanı Abdullah Gül tarafından Anayasa Mahkemesi Üyeliğine seçildi. Türkiye Adalet Akademisinde "*Anayasa Hukuku ve Anayasa Yargısı, Anayasa Yargısında İtiraz Yolu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, İnsan Hakları*" konularında seminerler veren Altan'ın, Anayasa yargısı ve özel hukuk alanlarında yayınlanmış çeşitli makaleleri bulunmaktadır. Evli ve iki çocuk babası olan Altan İngilizce bilmektedir. Buyurun Sayın Altan.

Dr. Alparslan ALTAN

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Ben konuşmamın başında öncelikle hukuka ve avukatlık mesleğine olan katkılarından dolayı önceki Barolar Birliği Başkanı Sayın Özdemir Özok'u rahmetle anıyorum.

Şu anda son konuşmacı olmanın getirdiği dezavantajı yaşıyorum, bir kısım şeyler tekrar edildi, bir kısım konularla ilgili daha geniş açıklamalar yapıldı. Öncelikle Anayasa şikâyeti ya da Türk Anayasa koyucusunun ve yasa koyucusunun tercih ettiği tabirle bireysel başvuru sistemi artık ülkemiz açısından pozitif hukukumuza dahil edilen ve halen 2012 yılı Eylül ayında yürürlüğe girmeyi bekleyen bir kurum, bir müessese olarak karşımıza çıkıyor.

Mevcut yasal düzenlemeyle ilgili bir kısım eleştiriler ortaya konuldu. Bu eleştirilerin bundan sonra yapılması muhtemel değişiklikler ve Anayasa Mahkemesinin çalışmaları için mutlaka olumlu katkıları olacağını düşünüyorum.

Tabii eleştiri anlamında ve olması gereken açısından çok şey söylenebilir. Herhangi bir yasal düzenleme için olduğu gibi 3.4.2011 günü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu ele aldığımızda bazı hükümlerin birbiriyle çeliştiği, bazı hükümlerin daha açık yazılmasının daha doğru olabileceği şeklinde görüşler ileri sürülebilir. Ancak ben sunumunda daha çok mevcut düzenlemeleri dikkate alarak, bununla ilgili hem genel bir bilgi vermeye çalışacağım hem de Anayasa şikâyeti ya da bireysel başvuru yolunun ülkemiz açısından önemi üzerinde duracağım.

Öncelikle bireysel başvurunun temeli ve amacı iki şekilde belirtiliyor. Bunlardan birincisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla ortaya konulan temel insan hakları standardının ülkemiz açısından da bundan sonraki uygulamalarda dikkate alınmasının sağlanması; ikinci pratik amacı ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne giden başvuru ve ihlal sayısının azaltılmasıdır. Ben açıkçası bunlardan ilkinin ülkemiz açısından daha gerekli olduğunu düşünüyorum. Çünkü ülkemizde, buna imkan sağlayan Anayasanın 90. maddesindeki açık düzenlemeye rağmen, gerek genel yargı yerlerinin, gerek kamu gücünü kullanan otoritelerin, gerekse yüksek yargının temel haklar konusunda yeterince Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının ve evrensel standartları dikkate aldığı kanaatinde değilim. Bu açıdan Anayasa şikâyeti kurumunun ülkemizde kabul edilmesinin önemli bir fırsat ve bu standardın oluşturulması açısından önemli bir imkan olarak görülmesi gerektiğini düşünüyorum.

Ülkemizin Avrupa İnsan Hakları tarafından görünümünü ortaya koyan rakamları tekrarlamak pek hoşumuza gitmiyor, ama Anayasa şikâyeti sözkonusu olduğunda bu rakamlardan ister istemez bahsetmek durumunda kalıyoruz. 1954'den beri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan Türkiye, Rusya'dan sonra hakkında en çok başvuru yapılan devlettir ve 2010 yılı sonu itibariyle Türkiye'ye karşı açılmış olan dava sayısı 19 bin civarındadır ve bu sayı önceki yıla göre yüzde 37 oranında artmış bulunuyor. Türkiye aleyhine açılmış olan bu davaların büyük bir kısmı, yüzde 60 civarı daire önünde görülmesi gereken, önemli davalardandır.

Bu sayı, hakkında bizden fazla başvuru olan Rusya'nın iki katını oluşturuyor. 50 yıllık istatistiklere baktığımızda ise Türkiye yüzde 19 ile hakkında en çok ihlal kararı verilen ülke konumundadır. Yine 2010 yılı itibariyle infaza verilmiş, infaz aşamasında olan kararlara baktığımızda, Bakanlar Komitesi gündeminde 47 devlet aleyhine verilmiş 10 bine yakın, 9 922 dava uygulanmayı beklemektedir. Bu davalardan yüzde 17'sini ise, Türkiye hakkında verilmiş AİHM kararları oluşturmaktadır, bu rakam da 1 547'dir.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

ALPARSLAN
ALTAN'IN
KONUŞMASI

2010 yılında AİHM'in ihlal bulduğu davaların beşte biri, yani yüzde 20'si Türkiye aleyhine verilmiştir. Sadece 2010 yılında Türkiye hakkında verilen ihlal kararlarında toplam 24 milyon 542 bin Euro tazminata hükmedilmiştir. Görüldüğü gibi tablo pek de iç açıcı değil. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi aslında bireysel başvurudan öncede gözetilmesi, dikkate alınması gereken iç hukukun bir parçasıdır. Sözleşme diğer Sözleşmeciler Devletlere olduğu gibi, Türkiye'ye üç tür yükümlülük yüklemektedir. Bunlardan en çok bilineni hakkı ihlal edilen kişiye tazminat ödenmesidir. Bireyler açısından somut bir iyileştirme sağlaması ve Devlet açısından açık bir yük getirmesi nedeniyle oldukça etkilidir. Asıl önemli olan ikincisi ise, başvuru konunun ihlale konu mağduriyetinin giderilmesi ve bu ihlallerin tekrar etmemesi için gerekli önlemlerin alınması ülkemiz açısından bir yükümlülük olarak karşımızda durmaktadır.

Şimdiye kadar bu yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle ilgili ülkemiz açısından ortaya konulan yaklaşıma baktığımızda, yine iç açıcı bir tablonun olmadığını görüyoruz. Başvuru sayıları, ihlal sayıları ve tazminat miktarları artmasına rağmen ülkemizde bu konuda pek olumlu bir adım atılmadığı görülmekteydi. Ülkemizde bireysel başvuru yolunun açılmış olması bu anlamda olumlu bir adım olarak görülmelidir.

Önceki oturumda da ifade edildiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ikincil nitelikte bir koruma sistemi sağlamaktadır. Sözleşme gereğince öncelikle taraf devletlerin ülkelerinde insan haklarının korunması, bireylerin temel haklarının ihlal edilmemesini sağlayacak alternatif tedbirlerin alınması yükümlülüğü bulunmaktadır.

Dolayısıyla sözleşmeciler devletler ve devletlerin içerisinde bireylerin temel haklarıyla ilgili tasarruflarda bulunan kişi, kurum ve kuruluşlar ne ölçüde bu haklara riayet ederlerse, sözleşme mekanizması da o ölçüde başarılı olacaktır. Bu açıdan bakıldığında, Anayasa şikâyeti söz konusu sözleşme standartlarına ulaşılması bakımından önemli bir imkân sağlamaktadır. Şu anda Anayasa şikâyetini başarılı biçimde uygulayan ülkelere baktığımızda sözleşmenin getirdiği korumayı, kendi ülkelerinde önceden sağladıkları için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne daha az başvuruya muhatap oldukları ve kişilere kendi

ülkelerinde, bireylerin temel haklarının korunması bakımından daha fazla güvence sağladıklarını görüyoruz.

Ülkemiz açısından düşündüğümüzde, bireysel başvuru temel hakları korumakla aynı zamanda Anayasamızda yer alan hukuk devleti ilkesinin üst düzeyde gerçekleştirilmesine de hizmet edecektir. Anayasa şikâyetinin Türk hukukunda da kabul edilmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla ortaya konan standardın ülkemizde de daha dikkatli takip edilmesi için önemli bir fırsat sunuyor. Öncelikle bireysel başvuru yolunu usul kanunlarında yer alan olağan ve olağanüstü başvuru yollarından ayırmamız gerekiyor. Bireysel başvuru olağandışı kendine özgü bir başvuru yoludur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde olduğu gibi Anayasa Mahkemesine yapılacak şikâyetler bakımından da bu başvuru yolu ikincil, tali nitelikte bir yoldur. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından öncelikle kamu gücünü kullanan otoritelerin, bu otoritelerin yetki verdiği kimselelerin yerel ve genel yargı organlarının öncelikle temel hakların korunması yolundaki görev ve sorumluluklarının bilincinde olmaları gerekiyor.

Genel kamu gücüyle sağlanamayan, yerel ve genel yargı yollarından geçmesine rağmen telafi edilemeyen ve yüksek yargı organlarının denetiminden de geçmesine rağmen vatandaşın temel haklarıyla ilgili bir ihlale uğradığı iddiası söz konusu olduğunda Anayasa şikâyeti devreye girmektedir. Bireysel başvuru Anayasanın 148'inci maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine doğrudan atıf yapılmak suretiyle Türkiye açısından da kabul edilmiş bulunmaktadır. Önceki oturumda da ifade edildiği gibi, burada bir belirsizlik mevcuttu. Acaba Türkiye'nin taraf olmadığı sözleşme hükümleriyle ilgili durum ne olacak? sorusunun cevabı belli değildi. 6216 sayılı Kanunla yapılan düzenlemede Türkiye'nin taraf olduğu protokoller şeklinde somutlaştırılarak sorun bu açıdan çözülmüş oldu.

6216 sayılı Kanunda bireysel başvuruya ilişkin hükümlerin yürürlük tarihi 23 Eylül 2012 olarak tespit edilmiştir, dolayısıyla bireysel başvurular bu tarihten itibaren kabul edilmeye başlanacaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

ALPARSLAN
ALTAN'IN
KONUŞMASI

Başvurunun koşullarına bakmak gerekirse, öncelikle bir temel anayasal hakkın ihlali gerekiyor, güncel ve kişisel bir hakkın doğrudan etkilenmiş olması gerekiyor ve hukuksal başvuru yollarının tüketilmesi gerekiyor. Yasama işlemleriyle düzenleyici işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı yasayla hükme bağlanmış. Tabii bu konularla ilgili biraz önce konuşmacıların da ifade ettiği bazı belirsiz durumlar var. Ancak bunlar Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları kabul etmesiyle birlikte oluşturacağı içtihatlarla çözülebilecek nitelikte konulardır.

Bireysel başvurunun Türkiye'de başarılı olabilmesi için Türkiye'de bireysel başvurunun etkin bir iç hukuk yolu olduğunu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul edilmesi büyük bir zorunluluktur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesince yapılacak bireysel başvuru denetiminin de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin denetimine paralel şekilde seyretmesi gerekir.

Ancak bu koşullardır ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunu etkin bir iç hukuk yolu olarak değerlendirecek ve dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Anayasa Mahkemesine başvurulmadan doğrudan gelinmesi halinde iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle başvuruyu geri gönderecektir. Aksi takdirde bireysel başvuru etkin bir yol olarak görülmezse, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun önemli bir işlevi kalmayacaktır. Bu durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye'de Anayasa Mahkemesine başvurulmadan doğrudan kendisine yapılan başvuruları kabul edecektir. Başka bir anlatımla Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yönünde verdiği kararları yok sayacaktır.

Bu nedenle, bireysel başvurunun başarılı olabilmesi için Anayasa Mahkemesince yapılacak denetimin etkili bir yol olarak görülmesi gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bireysel başvurunun etkili bir yol olarak kabul edilebilmesi için üç ölçüt arıyor. Bunlardan birisi ulaşılabilir olmak ölçütü, buna göre ilgili herkes bu yola doğrudan, bir engelle karşılaşmaksızın başvurabilmelidir. Bu konuda süre ve harçla ilgili koşullar ölçülü olmak kaydıyla getirilebilir. Diğer iki ölçüt aslında birbiriyile bağlantılıdır. Buna göre, bu yolun etkili ve yeterli olma-

sı gerekmektedir. Vatandaşlar bireysel başvuru yoluyla haklarını somut bir biçimde alabilmeli ve bu yolla ihlal giderilerek bireysel tatminin sağlanabilmelidir.

Hukuki yarar konusunda Türkiye'de Almanya ve İspanya örneği esas alınarak kişisel, doğrudan ve güncel bir hakkın ihlali ölçütü getirilmiştir. İkincil nitelikte olmasının bir sonucu olarak öncelikle kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerekir. Kesinleşmiş karar ortaya çıkmadığı sürece bu yola başvurulamayacaktır.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin içtihatlarıyla ortaya koyduğu şöyle bir uygulama vardır: buna göre, eğer başvurucu temel hak ihlali iddiasını ve buna ilişkin olguları genel mahkemeler önünde ileri sürmemişse, bireysel başvuru yoluyla bunu Anayasa Mahkemesinin önüne getiremiyor. Burada Almanya Anayasa Mahkemesi ikincilik ilkesi gereğince genel mahkemelere, bireysel hak ihlali konusundaki iddiayı araştırma imkanının verilmiş olması gerektiği düşüncesiyle bu içtihadını oluşturmuş durumdadır. Ülkemiz açısından 6216 sayılı Kanunda bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki uygulamasının nasıl olacağını göreceğiz.

Bireysel başvuruyla ilgili Türkiye'de şu andaki beklenti çok büyük miktarda bir başvurunun Anayasa Mahkemesinin önüne geleceği yönündedir. Harç, süre ve kötüye kullanma tazminatıyla ilgili hükümlerin de Anayasa Mahkemesini bu yoğun iş yükünden bir ölçüde kurtarma düşüncesiyle getirildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla burada 30 günlük bir başvuru süresi öngörülmüş, mazereti olanlar 15 gün içerisinde başvurmak ve bu mazeretlerini belgelemek koşuluyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceklerdir. Getirilen harç ödeme zorunluluğu karşısında, bu harcı karşılamaya gücü olmayanların ne yapacakları sorusuyla ilgili olarak adli yardım kurumundan yararlanma imkânlarının bulunduğunu söylenebilir.

Bir önceki oturumda dava ehliyetiyle ilgili konu dile getirildi. Yasayla gerçek kişilerle özel hukuk tüzelkişilerine bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurma hakları tanınmıştır. Kamu tüzelkişilerine bireysel başvuruda bulunma imkânı verilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

ALPARSLAN
ALTAN'IN
KONUŞMASI

Kabul edilebilirlik incelemesinin komisyonlar tarafından yapılması öngörülmüştür. Komisyonlarca kabul edilebilirlik ya da edilemezlik konusunda karar verilmesi şeklinde bir uygulama olacak. Başvuru dilekçesinin gerekli biçimsel koşulları taşımadığı ve mahkeme tarafından verilen ilk sürede bu eksiklikler giderilmediği takdirde, kabul edilemezlik kararları verilecektir. Yine iş yükü kaygısıyla getirilen bir hükme 48'inci maddede rastlıyoruz. Buna göre Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucağın önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanak-tan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verilebil-me imkânı getirilmiştir. Bu hüküm başvurucağın açısından da başvuruda bulunurken temel hak ihlaliyle ilgili iddiasını daha somuta indirmesi, daha hassas hale getirmesi ya da daha ciddi bir şekilde bireysel başvuru yoluna başvurması açısından konulmuş bir hüküm olarak görüyoruz.

Komisyonların oyçokluğuyla kabul edilebilirlik kararı alabilmeleri mümkün iken, kabul edilemezlik kararlarını oyçokluğuyla alabilmelerine imkân verilmemiştir. Bu durumda oybirliğinin sağlanamadığı hallerde başvuru doğrudan bölüme havale edilecek ve bu yöndeki karar bölüm tarafından verilecektir. Komisyonlarca ya da bölümlerce verilen kabul edilemezlik kararları kesin olup, itiraz imkânı bulunmamaktadır. Kural olarak bireysel başvuruyla ilgili incelemeler dosya üzerinden yapılacaktır, ancak mahkeme gerekli gördüğü hallerde duruşma yapılmasına da karar verebilecektir.

Ekranda bireysel başvuruyla ilgili kaba bir şema görüyorsunuz. Burada başvurucağın adliyeler veya dış temsilcilikler vasıtasıyla başvuruda bulunacak, kayıt ve tasnif işleminden sonra komisyonlara başvurular gelecek, komisyonlardan kabul edilemezlik yoluyla geri dönen dosyalar dışındaki kabul edilebilir bulunan dosyalar bölümlere gönderilecek ve bölümlerde sonuçlandırılarak kararlar verilecektir.

Anayasa Mahkemesinde bireysel başvuru yolunun etkin bir yol olmasını sağlamak amacıyla Anayasa Mahkemesine geçici tedbir kararı alabilme imkanı getirilmiştir. Bireysel başvuru-

ru niteliği itibarıyla kesin kararlar aleyhine yapılabildiği için Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla ihlal kararı vermiş olmasına rağmen ihlalin ortadan kalkmaması veya ihlale bir etkisinin olmaması mümkündür. Dolayısıyla böyle bir düzenleme ile Anayasa Mahkemesinin geçici tedbir yoluyla ihlalin ortadan kaldırılmasına karar vermesi yolu açılmıştır.

6216 sayılı Kanununun 49. maddesine göre, tedbir kararı verilmesi halinde esas hakkındaki kararın da en geç altı ay içerisinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalacaktır. Komisyonlardan geçen başvurular esas inceleme amacıyla bölümlere gönderilecektir. Bölümler yapacakları inceleme sonucunda bir temel hakkın ihlal edildiği sonucuna varmışlarsa, ihlal kararı vereceklerdir. Varsa bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına ilişkin bir kararı da ortaya koyacaklardır. Tabii Fazıl Hoca da önceki oturumda ifade ettiler, Anayasanın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında “bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz” şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Bu hüküm büyük ihtimalle bu konuda özellikle Yüksek Yargı tarafından ileri sürülen süper temyiz itirazını engellemek amacıyla konulmuştur. Ancak bu hükümde bir paradoks olduğu düşüncesini ben de paylaşıyorum. Yani genel mahkemelerde de temel hak ihlalleri yönünden gözetilmesi gereken birçok husus var. Bu hususların genel mahkemelerde gözetilmemesi halinde tabii ki Anayasa Mahkemesi tarafından da bunların gözetilmesi gerekecektir.

Bireysel başvuru, bireysel bir işlem olarak görüldüğünden feragat mümkün hale getirilmiştir. Başvurucu başvurusundan vazgeçtiği takdirde düşme kararı verilecektir. Bir anayasal hakkın ihlal edildiği yolunda karar verilmesi halinde Anayasa Mahkemesi daha doğrusu bölümler, öncelikle ihlalin ortadan kaldırılması için yeni bir yargılamaya ihtiyaç bulunup bulunmadığı konusunu değerlendirecek, eğer yargılamanın yenilenmesine hukuksal açıdan bir yarar bulunmadığı sonucuna ulaşılmışsa yalnızca tespitle yetinebileceği gibi, doğrudan başvurucu lehine tazminata da hükmedilebilecektir. Örnek vermek gerekirse, çok uzun süren bir yargılama sonucunda Anayasa Mahkemesi makul sürede yargılanma hakkının ihlal

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

ALPARSLAN
ALTAN'IN
KONUŞMASI

edildiğine karar verirse, yargılanmanın yenilenmesi için dosyanın geri gönderilmesinin bir anlamı kalmayacaktır. Dolayısıyla bu durumda başvurucu lehine tazminata hükmedilmesi mümkün olabilecektir.

Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde Anayasa Mahkemesi tazminata karar verebileceği gibi genel mahkemelerde dava açılması yolunu da gösterebilecektir. İhlalin ortadan kaldırılması için yeni bir yargılama yapılması gerekiyorsa, bu durumda dosya ihlale neden olan işlemi yapan mahkemeye yargılamanın yenilenmesi için gönderilecektir. Bu karar doğrultusunda yeniden yargılama yapacak mahkemenin ihlal kararının Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirtilen sonuçlarının ortadan kaldırılması için gerekli kararı vermesi gerekmektedir. Bu gereğe riayet edilmediği takdirde Anayasa Mahkemesine tekrar aynı yolla başvurulması ve Anayasa Mahkemesinin tekrar bir ihlal kararı vermesi mümkündür.

Kanunda kararların tebliğiyle ilgili hükümlere yer verilmiş, bölümlerin esas hakkındaki kararlarının başvurucuya ve temel hak ihlaline neden olan adli ya da idari organa tebliğ edileceği hükme bağlanmış, ayrıca, kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına gönderileceği belirtilmiştir.

Yine Kanunda içtihat farklılıklarının giderilmesiyle ilgili bir hükme yer verildiğini görüyoruz. Buna göre komisyonlar arasında bireysel başvuruların değerlendirilmesiyle ilgili içtihat farklılıkları oluştuğunda bunun bağlı oldukları bölüm; bölümler arasındaki içtihat farklılıklarının da genel kurul tarafından giderileceği ve karara bağlanacağı belirtilmiştir.

Kanunda bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması, Alman Anayasa Mahkemesinde de olduğu gibi bir kötü niyet tazminatıyla cezalandırılmış, başvurucuya kötü niyetli hareket ettiğinin anlaşılması halinde 2 bin Türk lirasından fazla olmak üzere disiplin para cezasına hükmedilebileceği kuralı getirilmiştir.

Bireysel başvurunun başarısı ülkemiz açısından büyük önem taşımaktadır. Şayet Anayasa şikâyet kurumu ülkemizde başarılı olursa, evrensel insan hakları standartlarına ulaşılma-

sı, yargı kararlarının ve bu kararlara esas oluşturan takdir ölçülerinin temel hak öncelikle olarak belirlenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine daha az sayıda başvurunun gitmesi ve ülkemizin "hakkında en fazla ihlal kararı verilen ülke" imajının silinmesi gibi olumlu sonuçları gerçekleştirebilecektir.

Ancak bu konudaki tek görevli ve sorumlu makam olarak Anayasa Mahkemesi görülmemelidir. Temel hakları koruma konusunda birinci derecede sorumluluk sahibi olan idari organlar ve yargı makamlarının bu sorumluluklarını yerine getirme konusunda istekli olmamaları halinde yalnızca Anayasa Mahkemesinin vereceği ihlal veya tazminat kararlarıyla temel hakların etkin bir şekilde korunması mümkün olmayacaktır.

Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

Av. Ahmet GÜREL (Oturum Başkanı)- Biz de Sayın Alparslan Altan'a bu doyurucu açıklamaları nedeniyle teşekkür ediyoruz.

Şimdi sorularınız varsa onları alalım. Buyurun Sayın Hocam

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Anayasa Mahkemesi Onursal Üyesi)- Önce çok teşekkür etmek istiyorum, bu ikili oturumun bir şekilde düzenlenmesinin çok anlamlı olduğu ortaya çıktı. Yani bizlerde çok şey öğrenme durumunda hissettik kendimizi. Özellikle Yargıtay ve Danıştay'dan gelen temsilciler çok daha eleştirel yaklaşımlar sergilediler, onlar bizim için çok önemli, öğretici için çok önemli. Alparslan Beyin daha deskriptif bir anlatımda bulunmasını anlıyorum, çünkü bazı konular önüne gelebilir. Yani bizim rahatlıkla söylediğimiz, mesela Anayasaya aykırı bulduğumuz şeyleri o rahatlıkla söyleyemez, ama ben kendisine bu genel girişten sonra, kendi söyledikleriyle bağlantılı olarak yeniden sormak istiyorum, gerçi kısaca değindiler ona ama. Şimdi doğru olarak Anayasa Mahkemesinin buradaki, Anayasa şikâyetleriyle ilgili fonksiyonu ikincil bir fonksiyon olduğunun altını çizdi. Öyleyse o zaman bu fıkranın ne anlama geldiği konusunda kendisinin de bir şey söyleyebileceğini düşünüyorum, çünkü kendisi de onda bir paradoks gördü.

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

TARTIŞMA

"Bireysel başvurularda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz." Şimdi ben bunu sözcük anlamıyla aldığım zaman olay bitmiş oluyor, yani Anayasa şikâyetinin konusu kalmıyor âdeta. Çünkü bunlar önce Yargıtay'da Danıştay'da diğer yüksek mahkemelerde ele alınacak, hatta Alman uygulamasında öyle ki bunu şart koşuyor, siz dava yollarını tüketirken bu konulara değindiniz mi, hangi gerekçeleri kullandınız, yani bunları şekil şartı olarak arıyor, bunun anlamı ne? Anayasa Mahkemesine gelmeden diğer yargı yerlerinde sorunun çözülmesi. Şimdi bu onunla tamamen çelişiyor, o zaman siz bir Anayasa yargıcı olarak bundan ne anlıyorsunuz, bu absürt fıkradan ne anlıyorsunuz? Sorum bu.

Av. Alparslan ALTAN (Anayasa Mahkemesi Üyesi)- Hocam, yani bu konuda sizin anladığınız şeyi anlıyorum, dolayısıyla zaten yazılıшта öyle bir sıkıntı var. Tabii bu sıkıntı şundan kaynaklanıyor, bizde maalesef yasa yapım süreçleri çok sağlıklı değil. Yani bir bütünlük içerisinde ele alınıp, bu bütünlükle ortaya konulan bir yasal düzenleme olsa bu tür sıkıntılar yaşanmayabilir. Tabii bu işin yasama boyutu var, alt komisyon boyutu var, esas komisyon boyutu var, genel kurul boyutu var. Bazen Selin Hanım da bahsettiler, Anayasa yargısı veya Anayasa şikâyeti açısından olumlu olabilecek birçok konu yasama sürecinde kısıtlanabiliyor, farklı bir hüküm getirilebiliyor, değiştirilebiliyor, dolayısıyla sıkıntının ben buradan kaynaklandığını düşünüyorum.

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Anayasa Mahkemesi Onursal Üyesi)- Ece Hanım da bahsetti, biz İzmir'de bir çalıştay yaptık, sonra bir hafta veya 10 gün, hatta 15 günde sürmüş olabilir, karşılıklı mail yoluyla bir metin geliştirdik ve bu metin komisyonlara ulaştırıldı Türkiye Büyük Millet Meclisine. Bu mesela orada vardı, ama önerilen yani uyarılan hiçbir şeye neredeyse değinilmedi. Bu kadar duyarsız nasıl olabiliyor bir Türkiye Büyük Millet Meclisi, yani hata yapmamak, kendini bu kadar hatadan arı mi görüyor; benim anlayamadığım nokta o. O bakımdan sizin söylediğiniz şeyler tam varit değil, çünkü bu uyarılar yapıldı, yani Meclise yapıldı bunlar, bunu eklemek istedim, teşekkür ederim.

Av. Ahmet GÜREL (Oturma Başkanı)- Teşekkürler Hocam.

Buyurun efendim, kendinizi tanıtır mısınız?

Av. Mahmut KAMACI (Yargıtay 2'inci Hukuk Dairesi Üyesi)- Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Bireysel başvuru hakkının öncelikle şunu söyleyeyim: Birey olarak bana tanınmış olan bir hak olduğu için çok önemsiyorum bu işi, ama birtakım kaygılarımda var, onu da burada belirtmeden geçemeyeceğim. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir başvuruyu kabul edilebilir bulduktan sonra işin esasını inceleyen dört ölçüyü ele alıyor, bunu kararlarından görüyoruz. Birincisi sözleşmede ya da ek protokollerde öngörülen hakka bir müdahale var mıdır, bu bir. Müdahale var ise, buna olumlu yanıt veriyor ise, bu müdahale yasal mıdır? Buradan da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarından anladığımız kadarıyla yasallığı müdahalenin iç hukukta bir yasaya dayanıyor olmasıyla sınırlı tutmuyor, bu iç hukukta bir yasaya dayanıyor olmasının yanında iç hukukta öngörülen bu yasanın kişiler için sonuçları önceden öngörülebilir, kesin ve ulaşılabilir bir yasa olmasını da, buna da olumlu yanıt verdikten sonra müdahale ölçülülük ilkesine ya da orantısallık ilkesine uygun mudur, değil midir buna bakıyor. Buna da olumlu yanıt verecek olursa, dördüncü ölçü olarak benim anladığım kadarıyla, lütfen yanlış biliyor isem arkadaşlarım düzeltsinler, müdahale demokratik bir toplum düzeni için gerekli midir değil midir? İşte benim asıl endişem dördüncü ölçüyü Anayasa Mahkemesinin ne şekilde uygulayacağıdır. Demokratik toplum düzenini batı standartlarında bir demokratik toplum düzeni olarak mı algılayacaktır, yoksa Türkiye'ye özgü bir demokrasi anlayışı mı geliştirecektir. Benim birey olarak endişem buradadır, bu bir. Bunu paylaşır mısınız, Sayın Anayasa Mahkemesi Üyesi bu düşüncelerime ne der onu merak ediyorum.

Asıl sorum şudur: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına baktığınız zaman bir ihlal kararı varsa, ihlal nereden kaynaklanıyor, burada kararın gerekçesinden öğrenebilirsiniz. İç hukuktaki bir yasal düzenleme mi ihlale yol açmıştır, yasal düzenlemenin ulusal yargı makamları tarafından uygulanış biçimi mi ihlale yol açmıştır, yoksa uygulama mı ihlale yol açmıştır. Şimdi ihlal kararını gereklerini ortadan kaldırmak istediğin zaman Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin gerekçesine bu şekilde bakmanız lazım. Eğer ihlal iç hukukta bir yasal

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

TARTIŞMA

düzenlemeden kaynaklanıyor ise ihlalin gereklerini siz o yasayı değiştirerek kaldırabilirsiniz. Ulusal yargı makamlarının ulusal yasayı yorum biçiminden kaynaklanıyor ise bu takdirde ulusal yargı makamları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını geliştirmek suretiyle içtihatlarını değiştirme olanağına sahiptir. Ama uygulamadan kaynaklanıyorsa, örneğin kolluğun uygulamasından kaynaklanıyorsa bu ihlal ne şekilde giderilecektir. Teşekkür ediyorum.

Av. Ahmet GÜREL (Oturum Başkanı)- Herhalde bu soru size.

Av. Alparslan ALTAN (Anayasa Mahkemesi Üyesi)- Öncelikle aslında sunumumun ana fikri buydu. Yani Anayasa Mahkemesinin eskiden de öyle olması gerekirken, Anayasa şikâyeti kabul edildikten sonra, artık Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle oluşturulan standartlardan ayrılmaması gerekir, onunla senkronize şekilde hareket etmesi gerekir. Tabii yani Anayasa Mahkemesi bundan sonra nasıl davranır? Bununla ilgili ben şöyle davranır diyemem. Çünkü Anayasa Mahkemesi birçok farklı üyeden oluşuyor, ama Anayasa Mahkemesinin bundan sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle ortaya konan ve şu anda gelişen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla somutlaşan standartları ölçü alması gerekir ve o standartlara ülkenin hukukunu çıkartabilmek için kendisine düşen görevleri yerine getirmesi gerekir. Tabii bu sadece sunumumda da belirttiğim gibi Anayasa Mahkemesinin görevi değil, buna kamu gücünü kullanan kişilerin, temsilcilerin, yerel mahkemelerin, genel mahkemelerin, yüksek mahkemelerin dikkat etmesi gerekir, bu ölçüleri esas alması gerekir. Sorunu ancak böyle çözebiliriz, aksi takdirde diğer kurumlarda veya diğer yargı mercilerinde bu konuda olumsuz tutum olursa, Anayasa Mahkemesinin yapacağı açılımlarda çok fazla bir şey ifade etmeyebilir. Dolayısıyla burada sorumluluk herkese düşüyor. Teşekkürler.

Av. Tolga ŞİRİN (Marmara Üniversitesi Araştırma Görevlisi)- Ben Alparslan Altan'a bir soru soracağım, tabii yargıç olması durumunu gözeterek biraz objektif bir soru sormaya çalışacağım. Anayasa Mahkemesinin internet sitesinde şöyle bir ibare var, şöyle bir duyuru var: Diyor ki "Yurttaşlar tarafından

ya da kişiler tarafından hâlihazırda Anayasa Mahkemesine bireysel başvurular yapılmakta, ancak ilgili yasalar çıkıncaya kadar bizim bunu incelememiz mümkün değildir" şeklinde bir ilan var. Benim sormak istediğim soru şu: Bu başvurular Anayasada verilmiş olan bir hakka dayanarak yapılmış olan bu başvurulara, Anayasa Mahkemesi kabul edilemez mi bulmuştur hâlihazırda yasa olmadığı için yoksa 23 Eylül 2012 tarihinde yani görüşmek üzere şimdilik ertelemiş midir? Bu önemli bir şey, şunun için önemli: Bu iki yıllık süreçte Anayasa şikâyetine başvurabilecek olan kişilerin beklemesi veya beklememesi gibi bir pozitif sonucu var, bu birinci sorum.

İkinci sorum, biliyorsunuz Anayasanın 149'uncu maddesinde şöyle bir ifade var: Komisyon ve bölümlerin oluşumu ve bunlar arasındaki işbölümü yine mahkemenin çalışma esasları, mahkemenin kendi belirleyeceği içtüzükle ortaya konur. Şimdi mevcut yasa mahkemenin özel tüzük yapma alanına ne kadar müdahale etmiştir, yani ne düşünüyorsunuz bu konuda. Bir de bu içtüzük ne zamana kadar çıkması düşünüyor, kural olarak tabii, bağlayıcı bir cevap vermek durumunda değilsiniz. Bu iki soruya cevap istiyorum.

Av. Alparslan ALTAN (Anayasa Mahkemesi Üyesi)- İki soru da aslında çok tehlikeli sorular değil, o yüzden rahatlıkla cevap verebilirim. Bireysel başvurular referandumun yapıldığı gün, sonuçlar belli olduğu gecedan itibaren gelmeye başladı, yani onlar belli bir sayıya ulaştı. Ancak bu başvurularla ilgili hiçbir işlem yapılmadı, yalnızca mahkemenin resmi sitesine öyle bir yazı konulmakla yetinildi. Dolayısıyla bu bireysel başvurularla ilgili resmi bir işlem yapılmadı, bir değerlendirme yapılmadı.

Tabii yürürlük tarihiyle ilgili belirtilen süreden sonra yapılacak başvurular kabul edilebilecek. Bu başvurularda da yasanın öngördüğü süreyle ilgili koşul çok önemli bir koşul. Dolayısıyla şu anda ya da geçmişte yapılan başvurular bireysel başvuruların kabulünden sonra tekrar Anayasa Mahkemesine gelirse bunlar muhtemelen süreden dolayı reddedilecek.

İçtüzük konusuyla ilgili soruya gelince, Anayasa Mahkemesinin İçtüzüğü, Anayasa Mahkemesi heyetince kararla-

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

TARTIŞMA

tırılarak içtüzük haline getiriliyor. Şu anda içtüzükle ilgili ön çalışmalar başlamış durumda. Bu ön çalışmalar tamamlandıktan sonra heyet halinde çalışmalara başlanacak ve bu heyet halinde çalışmalardan sonra son hali verilerek, Anayasa Mahkemesinin üyeleriyle, heyetiyle oluşturulacak içtüzük yürürlüğe konulacak. Büyük ihtimalle içtüzük de yeterli olmayabilir, bir de bu konuyla ilgili bir ya da birden fazla yönetmeliğin de çıkarılması gerekebilir. Tabii bununla ilgili süreç çok hızlı bir şekilde işliyor, benim şahsi kanaatim bir an önce bu içtüzüğün yürürlüğe konulması yönündedir.

Av. Ahmet GÜREL (Oturum Başkanı)- Evet başka soru görmüyorum. Bütün katılımcılara konuşmacılara özellikle bu tatil gününde bu saate kadar ilgiyle bu toplantıyı izleyen sizlere ayrı ayrı teşekkür ediyor saygılar sunuyorum.

Sunucu- Değerli katılımcılar, İkinci Oturum Başkanı ve katılımcılarımıza plaket takdim etmek üzere Türkiye Barolar Birliği Sayın Başkan Yardımcısı Av. Berra Besler'i davet ediyorum.

Av. Berra BESLER (Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı)- Değerli konuklar bu anlamlı günü bizlerle paylaştınız ve unutamayacağımız Başkanımız Özdemir Özok'u birlikte andık, onun anısına düzenlenen ve hukukumuzda yeni girmiş olan "*Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*" konulu panelin ilk oturumunda bizleri aydınlatan değerli hocalarımıza, akademisyenlerimize ve ikinci oturumunda bizlere yeniden bilgilendiren ve çok önemli katkıları olan yüksek mahkemelerimizin üyelerine teşekkürlerimizi ve saygılarımızı sunuyorum ve kendilerine bugünün anısı olarak takdim edeceğimiz plakette ri lütfen kabul etmelerini rica ediyorum.

(Plaket töreni yapıldı)