



**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**DOKTORA
TEZİ**

**ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURUDA TEMEL HAK
VE ÖZGÜRLÜKLERİN YORUMU**

MURAT ERDOĞAN

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

OCAK 2019



**ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURUDA TEMEL HAK
VE ÖZGÜRLÜKLERİN YORUMU**

Murat ERDOĞAN

**DOKTORA TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

OCAK 2019

Murat ERDOĞAN tarafından hazırlanan “ Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / OY ÇOKLUĞU ile Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Anayasa Hukuku, Hasan Kalyoncu Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~



Başkan : Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Anayasa Hukuku, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~



Üye : Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

İdare Hukuku, Kırıkkale Üniversitesi

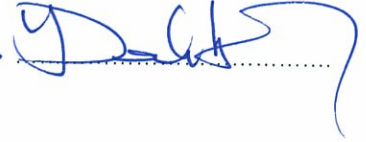
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~



Üye : Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Genel Kamu Hukuku, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~



Üye : Doç. Dr. Ömer KESKİNSOY

Anayasa Hukuku, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~



Tez Savunma Tarihi: 18/01/2019

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.



Prof. Dr. Figen ZAİF

Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Murat ERDOĞAN

18.01.2019



ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURUDA TEMEL HAK VE
ÖZGÜRLÜKLERİN YORUMU
(Doktora Tezi)

Murat ERDOĞAN

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Ocak 2019

ÖZET

Bu çalışmadaki amaç; Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolunda kullandığı yorum ilkelerinin karşılaştırmalı bir perspektifte incelenmesi ve bunların uygulanış biçimlerinin Türkiye'deki insan hakları reformunun işlevini yerine getirmek konusunda elverişli olup olmadığının tespitini yapmaktır. Ayrıca temel hak ve özgürlükleri genişletici bir yorum benimsenmesi yönünde önerilerle, doktrine ve uygulamaya katkıda bulunmak doğrultusunda küçük ve mütevazı bir adım atılması da amaçlanmıştır. Türk anayasa hukukçularının görev ve hedefi, Türkiye'de temel hak ve özgürlüklerin etkin korunması konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa hukuk çevreleri ile paylaşabileceği bir felsefesi olan Anayasa Mahkemesi'nin gelişimine katkıda bulunmaya çalışmak olmalıdır. Bu sebeple Mahkeme'nin tutarlı bir felsefe geliştirerek temel hak ve özgürlükleri koruması için gerekli doktrinsel desteğin verilmeye çalışılması hayati öneme sahiptir. Bu da Anayasa Mahkemesi'ni, temel hak ve özgürlükleri, insan onurunun altında yatan temel ilke olan kişisel özerklik doğrultusunda, hak temelli deontolojiye dayanan dürüst ve genişletici bir yoruma tabi tutmaya davet etmekle mümkündür.

Bilim Kodu	:	50201
Anahtar	:	Kişisel özerklik, Evrimci yorum, özerk yorum,
Kelimeler	:	hermeneutik, Hak temelli yaklaşım
Sayfa Adedi	:	448
Tez Danışmanı	:	Prof. Dr. Hasan TUNÇ

THE INTERPRETATION of BASIC RIGHTS and FREEDOMS in INDIVIDUAL
APPLICATION to CONSTITUTIONAL COURT
(PhD Thesis)

Murat ERDOĞAN

GAZİ UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
January 2019

ABSTRACT

This thesis aims to examine the interpretation principles that have been and continue to be used by Turkish Constitutional Court in the remedy of individual application in a comparative sense and to establish that whether the practical application of these principles implemented by Constitutional Court is efficiently functioning in terms of human rights reform in Turkey. Also it aims to make a small and modest contribution to literature and judicial praxis in the direction of construing basic rights and freedoms with a broad perspective. The ultimate task of Turkish legal scholars should be one that making a contribution to build a Constitutional Court which develops an understanding synergetic with the case law of the European Court of Human Rights and European legal sphere. Thus, it is vital to push for a comprehensive contribution to Constitutional Court to develop a stable paradigm and to protect basic rights and freedoms efficiently. It follows from this that legal scholars should ensure an efficient protection of basic rights and freedoms by inviting the Court to make an honest and broad interpretation based on the rights-based deontology with the notion of personal autonomy which is the most important principle underlying the human dignity.

Science Code	:	50201
Key Words	:	Personal autonomy, evolutive interpretation, autonomus concepts, hermeneutics, rights-based approach
Page Number	:	448
Supervisor	:	Prof. Dr. Hasan TUNÇ

TEŞEKKÜR

Bu çalışma boyunca bana ve çalışmaya sabırla emek veren ve görüşleri ile bana yol gösteren danışmanım Prof. Dr. Hasan TUNÇ ile yurtdışında bana akademik destek sağlayan Dr. Benedict J. DOUGLAS'a;

Tez savunma jürisinde yer alarak kıymetli katkılarda bulunan saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Ömer ANAYURT, Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN, Doç Dr. Ömer KESKİNSOY ve Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU'na;

Tez konusunu belirleme konusundaki yardımları ve çalışma boyunca görüş ve önerileriyle yaptığı katkılar için Dr. Öğr. Üyesi M. Balkan DEMİRDAL'a, tezi okuyarak değerli görüşlerini benimle paylaşan Dr. Öğr. Üyesi Çınar Can EVREN, Arş. Gör Gökhan ÖLMEZ ve Arş. Gör. Ali Şahin KILIÇ'a; bu süreçte benden yardımlarını esirgemeyen Arş Gör. Berna DURMUŞ, Arş. Gör Ömür KARAĞAÇ, Arş. Gör. İsmail UÇAR, Arş. Gör. Gökhan TÜRE ve Arş. Gör. Ali UÇAR'a;

Çalışma süreci boyunca görüş ve yardımlarından büyük ölçüde faydalandığımı kürsü arkadaşlarım Arş. Gör. Ahmet EKİNCİ, Arş. Gör Gizem GÜNER YAŞAR, Arş. Gör Aslıhan KAPLAN ARIK, Arş. Gör. Serkan Nebi YILDIRIM, Arş. Gör Fatih SÜNGÜ ile Arş. Gör İsmail HATİP'e;

Çalışma konusunda yurtdışında araştırma yapmak maksadıyla bana burs sağlayan TÜBİTAK'a;

Teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZET.....	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
GİRİŞ	1
A. Çalışmanın Konusu ve Amacı.....	1
B. Çalışma Konusunun Önemi ve Konu Hakkındaki Literatür	2
C. Çalışmanın Metodolojik Boyutu	3
1. Kuramsal Çerçeve.....	3
2. Çalışmanın Hipotezi.....	4
3. Çalışmanın Kapsam ve Sınırlılıkları	6

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA YORUM İLKELERİ ve BİREYSEL BAŞVURU

I. HUKUKİ YORUM KURAMI ve HERMENEUTİK	9
A. Beşeri Bilimlerde Yorumun Yeri	9
1. Pozitivist Kuruludan Postmodern Paradigmaya Beşeri Bilimlerin Yöntemi	10
2. Beşeri Bilimlerdeki Görünümüyle Felsefi Hermeneutik	12
B. Hukukun Değişen Öncülleri Işığında Yorum Kavramı.....	16
1. Felsefi Hermeneutikten Hukuksal Hermeneutiğe Açılan Kapı: Dworkin'in Hukuk Kuramı.....	16
2. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımının İlke Temelli Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi	23
3. Yorum Terminolojisi: Yorum Yöntemleri ve Yorum İlkeleri Kavramları	28
a. Yorum Yöntemleri.....	31
b. Yorum İlkeleri	33

Sayfa

<i>II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN KURUMSAL DÖNÜŞÜMÜNDE HUKUKSAL HERMENEUTİĞİN ROLÜ</i>	36
<i>A. Klasik Hermeneutikten Yeni Hermeneutik Anlayışına Geçiş</i>	37
1. Yorumun Uluslararası Hukuk Karakteri: Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin Yorum Sistemi	37
2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Evrimsel Yorum ve Özerk Kavramlar Yoluyla Kurumsal Meşruluğunu Oturtması	40
<i>B. Yeni Hermeneutik Yaklaşımının Sonuçları</i>	47
1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Genişletici Yorum Vasıtasıyla Etkin Bir Hak Koruma Mekanizması Haline Gelmesi	47
2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yorumunun Ulusal Hukuklara Aktarılması	53
<i>III. BİREYSEL BAŞVURUNUN GELİŞİMİ İLE GENİŞLETİCİ YORUM ARASINDAKİ İLİŞKİ</i>	58
<i>A. Karşılaştırmalı Hukukta Genişletici Yorumla Gelişen Bireysel Başvuru</i>	58
1. Bireysel Başvurunun İçtihadı Gelişimi	59
2. Genişletici Yorumun Bireysel Başvurunun Hukuki Niteliğine Etkisi	65
<i>B. Türk Hukukunda Bireysel Başvurunun Gelişimi ve Niteliğinin Yorumsal Çerçevesi..</i>	68
1. Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumunu Etkileyen Tartışmalar	68
2. Türk Anayasa Mahkemesi İçtihadında Bireysel Başvurunun Hukuki Niteliğine İlişkin Ön Gözlemler	73

İKİNCİ BÖLÜM

**TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ÖZNESİ VE KAPSAMININ
BELİRLENMESİNDE GENİŞLETİCİ YORUM**

<i>I. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE KAYNAKLIK EDEN BİR İLKE OLARAK İNSAN HAKLARI</i>	82
<i>A. Terminolojinin Belirlenmesi ve İnsan Haklarının Niteliği</i>	83
1. “Hak” ve “Özgürlük” Kavramları	83
2. İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler ile Kamu Özgürlükleri	86
3. İnsan Haklarının Niteliği Üzerine Ortaya Konan Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	89
<i>B. İnsan Haklarının Temellendirilmesi</i>	96

Sayfa

1. Doğalcı Temellendirme Yaklaşımı	96
2. Müzakereci (Pozitivist) Temellendirme Yaklaşımı	103
3. Eleştirel Temellendirme Yaklaşımı	105
4. İnsan Hakları Temellendirmelerinin Hukuki Yansımaları	107
<i>C. Hakların Sınıflandırılması ve Haklar Arasında Hiyerarşi Sorunu</i>	<i>111</i>
1. Hakların Sınıflandırılması	111
2. Haklar Arasında Hiyerarşi Kurulup Kurulamayacağı Sorunu	115
II. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ÖZNESİNİN BELİRLENMESİNDE	
GENİŞLETİCİ YORUM	120
<i>A. Gerçek ve Tüzel Kişilerin Hak Özneliğinin Yorumlanması</i>	<i>121</i>
1. Gerçek Kişiler	121
2. Tüzel Kişiler	130
<i>B. Mağdur Kavramının Yorumlanması</i>	<i>136</i>
1. Kişisel Koşulu ve Soyut Dava (Actio Popularis) Açma Yasağı	137
2. Doğrudanlık Kriteri	143
3. Güncellik Kriteri ve Bu Kriterin Süregelen İhlal Kavramından Ayrılması	145
III. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN İÇERİK VE KAPSAMININ	
BELİRLENMESİNDE GENİŞLETİCİ YORUM	153
<i>A. Temel Hakların İçerik ve Kapsamının Belirlenmesinde Kuramsal Yaklaşım</i>	<i>154</i>
1. Norm Somutlaşması Kavramı	154
2. Temel Hakların İçerik ve Kapsamının Yorumlanması Konusunda Özgül Bir	
Örnek: Birleşik Krallık	156
<i>B. Anayasa ve 6216 Sayılı Kanun'un Bireysel Başvurunun Kapsamına İlişkin</i>	
<i>Hükümlerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Doğrultusunda Yorumu</i>	<i>163</i>
1. Hakkın Anayasa'da ve Sözleşme'de Yer Alması Koşulu	163
2. Aleyhine Başvuru Yapılamayacak İşlemlere İlişkin Kuralların Yorumu	169
a. Yasama İşlemleri	170
b. Düzenleyici İdari İşlemler	177
c. Anayasa Mahkemesi Kararları	181
d. Anayasanın Yargı Denetimi Dışında Bıraktığı İşlemler	182

<i>C. Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Doğrultusunda Sözleşme Haklarının Kapsamını Yorumlaması</i>	186
1. Sözleşme Haklarının Ulusal Mahkemeler Tarafından Yorumlanmasına İlişkin Kuramlar.....	187
a. Aşamalı Yargılama Hakları (Two-Stage Rights) Kuramı	187
b. Ulusal Mahkeme Kararlarında İki Karşıt Yöntem: Aynalama (Mirror) Prensibi ve Diyalog Yaklaşımı.....	192
2. Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kapsamındaki Haklar Yorumunda Aynalama Prensibi ve Diyalog Yaklaşımını Kullanma Biçimi	198
a. Türkiye'nin Taraf Olmadığı Ek Protokollerde ve Anayasa'da Yer Alan Haklar	199
b. Türkiye'nin Taraf Olmadığı Ek Protokollerde Yer Alıp Anayasa'da Açıkça Yer Almayan Haklar	201
c. Türkiye'nin Taraf Olduğu Sözleşme ve Ek Protokolleri'nde Açıkça Yer Almayan, Fakat Anayasa'da Yer Alan Haklar	206
3. Sözleşme Haklarının İçerik ve Kapsamının Belirlenmesinde Aynalama Prensibi	209
a. Usuli Hakların Kapsamının Belirlenmesinde Aynalama Yaklaşımı	209
b. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin Tutuklama Kararları Konusundaki Yorumu	214
4. Sözleşme Haklarının İçerik ve Kapsamının Belirlenmesinde Diyalog Yaklaşımı	220
a. Diyaloğa Temel Alınan İlke: İnsan Onuru Olarak Kişisel Özerklik Kavramı ...	220
b. İşkence ve Kötü Muamele Kavramlarının Tespitinde Kişisel Özerklik Yaklaşımı	222
c. Temel Hakların Birbirleriyle Bağlantılı Olarak İhlal Edilmiş Olması	225
d. Din ve Vicdan Özgürlüğü ile Ayrımcılık Yasağının Kişisel Özerklik Doğrultusunda Değerlendirilmesi	228

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN YORUM İLKELERİ VASITASIYLA SINIRLANDIRILMASI VE DENGELENMESİ

I. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER DOKTRİNİ VE TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ	236
<i>A. Maddi ve Usulî Pozitif Yükümlülükler Ayrımı</i>	238
1. Pozitif Yükümlülüklerin Maddi Boyutu (Gerçekleştirme Yükümlülüğü)	238
2. Pozitif Yükümlülüklerin Usulî Boyutu	246
3. Maddi ve Usulî Yükümlülüklerin Kapsamının Tespitinin Güçlüğü	254
<i>B. Temel Hakların Yatay Etkisi ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması</i>	256
1. Doğrudan Yatay Etki	258
2. Dolaylı Yatay Etki	264
3. Onarıcı (Usulî) Yatay Etki	272
II. ÜÇ AŞAMALI TEST VE ÖLÇÜLÜLÜK DEĞERLENDİRMESİ	274
<i>A. Kanunilik İlkesine Uygunluk</i>	276
1. Bir Hukuki Düzenlemenin Varlığı	279
2. Müdahalenin Ulaşılabilirliği, Belirliliği ve Öngörülebilirliği	280
3. Hakkı Keyfi Müdahaleden Koruyacak Güvenceyi Sağlama	285
<i>B. Meşru Amaca Yönelme</i>	286
1. Sebebe Bağlılık İlkesi	286
2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 18. Maddesi Çerçevesinde Meşru Amaç Ölçütü	288
3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 18. Maddeye İlişkin İçtihadı	289
4. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Meşru Amaç Denetimini Siyasi Amaç Denetimine Teşmil Etmesi Gerekliliği	294
<i>C. Ölçülülük İlkesinin Kapsamının Belirlenmesi ve Ölçülülük Testi</i>	295
1. Ölçülülük Kavramının Anlam ve Kapsamı ile Benzer Kavramların Ölçülülük Karşısındaki Durumu	295
a. Hakkın Özü Kavramı	297

Sayfa

b. Demokratik Toplum Düzeninde Gereklilik (Zorlayıcı Toplumsal İhtiyaç Ölçütü)	301
2. Ölçülülük Testi ve Adil Denge	311
a. Elverişlilik ve Gereklilik İlkelerinin Değerlendirilmesi	312
b. Orantılılık (Adil Denge) İlkesi ve Eleştirileri	316
c. Türk Anayasa Mahkemesi İçtihadında Orantılılık (Adil Denge) Değerlendirmesi	323
III. İKİNCİLLİK İLKESİ VE TEDRİCİ GELİŞME KURAMI	327
A. Usuli İkincillik: İdari ve Yargısal Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı ve Bu Kuralın İstisnaları	329
1. Maddi ve Şekli Anlamda Tüketilme	331
2. Başvuru Yollarının Tüketilmesi Koşulunun İstisnaları	332
B. Maddi İkincillik: Takdir Marjı ve Temyiz Mercii Doktrinleri	336
1. Takdir Marjı Doktrini	336
a. Takdir Marjı Doktrininin Gelişimi ve Kapsamı	337
b. Devletin Pozitif Yükümlülüklerinin Belirlenmesinde Takdir Marjı	340
c. Ölçülülük İlkesinin Uygulanmasında Takdir Marjı	346
2. Temyiz Mercii Doktrini	348
a. Mülkiyet Hakkına İlişkin Başvurular	351
b. Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Başvurular	353
C. İkincillik İlkesinin Değişen Yüzü: Tedrici Gelişme (Incrementalism) Doktrini	360
1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Tedrici Gelişme Doktrini	360
2. Anayasa Mahkemesi İçtihadında Tedrici Gelişme Doktrini	363
SONUÇ	369
KAYNAKÇA	377
ÖZGEÇMİŞ	447

GİRİŞ

Bu çalışmada, Türkiye’de bireysel başvuru yolunun kabulünün ardından, Türk Anayasa Mahkemesi’nin temel hak ve özgürlükleri somutlaştırmak amacıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ni izleyerek kullandığı yorum ilkeleri incelenecek ve değerlendirilecektir. Çalışmanın doktrine yapmayı amaçladığı katkı ve çalışmada izlenecek yöntem de bu doğrultuda belirlenmiştir.

A. Çalışmanın Konusu ve Amacı

Bu çalışmadaki amaç; Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru yolunda kullandığı yorum ilkelerinin karşılaştırmalı bir perspektifte incelenmesi ve bunların uygulanış biçimlerinin Türkiye’deki insan hakları reformunun işlevini yerine getirmek konusunda elverişli olup olmadığının tespitini yapmaktır. Ayrıca temel hak ve özgürlükleri genişletici bir yorum benimsenmesi yönünde önerilerle doktrine ve uygulamaya katkıda bulunmak doğrultusunda küçük ve mütevazı bir adım atılması da amaçlanmıştır.

İnsan hakları kavramı özellikle İkinci Dünya Savaşı’nın ardından hukukun öncülü haline gelmiştir. Bunun temel sebebi temel hak ve özgürlüklerin savaştan sonra uluslararası sözleşmelerle kurulan uluslararası koruma mekanizmaları tarafından yorumlanarak geliştirilmesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de bunun en güzel örneklerinden biridir. Mahkeme, Avrupa ülkelerinde temel hak ve özgürlük yorumu vasıtasıyla hukuk anlayışlarını şekillendirmeye başlamıştır. Bu durum, Avrupa’da bugüne kadar benzeri görülmemiş bir durum yaratmıştır: Bu, Avrupa’nın hukuk yoluyla bütünleşmesidir¹. Çağımızda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin temel hak ve özgürlükler yorumu, Sözleşme’ye taraf devletlerce ulusal hukuka aktarılmaktadır. Böylece taraf devletlerin tümünde bütüncül bir insan hakları ve hukuk anlayışının

¹ MADSEN, Mikael Rask; “The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence”, **The European Court of Human Rights Between Law and Politics**, (Eds: Jonas CHRISTOFFERSEN, Mikael Rask MADSEN), Oxford University Press, New York, 2011, s. 46-47.

oluştugu gör÷lür². Türkiye’deki hukuk anlayışı da buna dahildir. Bu da temel hak ve özgürlükler yorumunun önemini ortaya koyar.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin bu denli etkili oluşu, Sözleşmeye taraf devletleri insan hakları ihlallerinin iç hukukta çözüme kavuşturulması amacıyla birtakım düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir. Sözleşmeye taraf devletler de Sözleşme ve onun kurduğu mekanizmanın kararlarında somutlaşan ilkeleri iç hukuklarına almanın yollarını aramaya başlamışlardır. Bu reformların iki temel işlevi bulunmaktadır: Bunlar; (1) taraf devletler hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararlarının önüne geçmek, (2) evrensel insan haklarının gelişmesine ve böylece temel hak ve özgürlüklerin etkin bir biçimde korunmasına imkan sağlamaktır.

B. Çalışma Konusunun Önemi ve Konu Hakkındaki Literatür

Temel hak ve özgürlüklerin yorumu, son zamanlarda gerek yabancı doktrinde gerekse de Türk doktrininde önemli ölçüde dikkat çeken bir konudur. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kuruluşundan itibaren kurumsal meşruluğunu temel hak ve özgürlükleri genişletici yorumla sağladığı gör÷lmektedir. Bu konuya ilk dikkat çekenlerden biri de Mahkeme hakimlerinden Matscher olmuştur. Matscher, 1993 tarihli “*The European System for the Protection of Human Rights*” isimli çok yazarlı eserde yayımladığı “*Methods of Interpretation of Convention*” isimli makalesiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yorum yöntemlerini kullanım biçimlerini açıklamıştır. Ancak konunun doktrinsel önemi özellikle Birleşik Krallık’ta University College London’da görev yapan ve ünlü Amerikalı hukukçu Dworkin ile çalışan Letsas’ın 2007 tarihli “*A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*” eseri ile ortaya konmuştur. Bu çalışmasında Letsas, yorum ilkelerini konu edinmiş ve bu yorum ilkelerinin “sınırlı sayılmamış haklar doktrini” çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından nasıl geliştirildiğini ele almıştır. Ayrıca yazara göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir yorum teorisi geliştirmek elzemdir; çünkü bu teori yalnızca hukuku değil, felsefi bir kavram olarak insan haklarını da ilgilendirmektedir. Yorum yoluyla oluşacak ilkeler, insan hakları kavramının içeriğini doldururken, bu hakların farklı kurumsal bağlamlarda hangi normatif rolleri oynadığını da gösterecektir.

² DZEHTSIAROU, Kanstantsin; “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”, **German Law Journal**, Cilt: 12, Sayı: 10, 2011, s. 1730.

Yani temel hak ve özgürlüklerin yorumu sayesinde, bunların ilkesel öncülü olan insan haklarına ilişkin kapsamlı bir felsefi teori oluşturulacaktır³.

Yargının, özellikle de anayasa yargısının insan hakları teorisinin felsefi-doktrinsel içeriğinden beslenmesi ve benimsediği insan hakları anlayışıyla temel hak ve özgürlükleri etkin bir biçimde koruması beklenmektedir. Bu da temel hak ve özgürlüklerin yorumlanarak somutlaştırılması vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. Ancak Türkiye’de temel hak ve özgürlüklerin yorumu konusunda yapılan çalışmaların sayısı azdır. Bu konuda yapılan ilk ve en önemli çalışmalardan biri Sancar’ın 1996 tarihli “*Temel Hakların Yorumu*” başlıklı doktora tezidir. Söz konusu çalışma, özellikle Alman doktrininde temel hak ve özgürlüklerin yorumuna ilişkin felsefi kuramların inşasına ilişkindir. Ancak günümüzde anayasa yargısı, özellikle temel hak ve özgürlükleri çok daha derinlikli ve sık bir biçimde yorumlamak mecburiyetindedir. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminin baskısı da göz önüne alındığında uluslararası hukuk temelli yorum sistemiyle ulusal hukuk sistemini bütünleştirecek kapsamlı bir temel hak ve özgürlükler yorumu teorisine duyulan ihtiyaç kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Türk doktrininde bu konuyu ele alan tez düzeyinde yapılmış bir çalışmaya rastlamak mümkün değildir. Bu çalışmanın temel hedefi de bu boşluğun doldurulması yolunda bir adım atmaktır.

Bu çalışmada ele alınan yorum araçları, günümüzde Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolu ile Türk hukukunda güç ve anlam kazanmaya başlamıştır. Ulusal bir anayasa mahkemesinin yorum araçlarını ulusal hukukta kullanım biçimi, çok çeşitli ve derinlikli tartışmaları beraberinde getirmektedir. Bu konuda Türk doktrininde de yapılmış kapsamlı bir çalışma henüz yoktur. Bu çalışma, doktrinde yeni tartışmaları teşvik edecek mütevazı bir katkı sunmayı amaçlamaktadır.

C. Çalışmanın Metodolojik Boyutu

1. Kuramsal Çerçeve

Anayasa hukukunun konularındaki değişmeye bağlı olarak yönteminde ikili bir özellik dikkat çekmektedir: Bunlardan birincisi yürürlükteki hukuk kurallarını inceleyip

³ LETSAS, George; *A Theory of Interpretation of The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2007, s. 17.

açıklamak ve olaylarla karşılaştırmayı ifade eden hukuki (*egzejetik*) yöntemdir; bu yöntemin başvuracağı mantık yolu tümdengelim yoludur. İkinci yöntem ise olayları nedensellik açısından açıklamaya çalışan siyaset bilimi yöntemidir; bu yöntemin başvuracağı mantık yolu ise tümevarım (müşahede) yoludur⁴. Bu çalışma, çoğunlukla Türk Anayasa Mahkemesi kararları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa ulusal mahkemeleri kararlarında yorum ilkelerinin kullanılışını ele alacaktır. Bu sebeple çalışmada ağırlıklı olarak hukuki yöntem izlenecektir.

Çalışmada öncelikle, yorum kavramı ve yorum faaliyetinin konusu olarak temel hak ve özgürlükler üzerinde durulacaktır. Bunun ardından geleneksel yorum yöntemleri ile bu yorum yöntemlerini kullanılır hale getiren yorum ilkelerinden bahsedilecektir. Böylece tezin kuramsal temeli oluşturulacaktır. Bunun ardından Anayasa Mahkemesi'nin genişletici yorum yoluyla temel hak ve özgürlüklerin kapsamını nasıl belirlediği incelenecektir. Bu doğrultuda genişletici yorum ilkeleri vasıtasıyla temel hakların öznesinin ve kapsamının belirlenmesi ele alınacaktır. Bunun ardından temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran ve kendi içinde dengeleyen yorum ilkeleri konu edilecektir. Bu doğrultuda pozitif yükümlülükler doktrini, üç aşamalı test ve ölçülülük ilkesi ile takdir marjı doktrini incelenecektir.

2. Çalışmanın Hipotezi

Bu çalışma temel hak ve özgürlüklere ilişkin yorum ilkelerinin hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hem de ulusal mahkemeler tarafından insan onurunu somutlaştıran “kişisel özerklik” çerçevesinde ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu doğrultuda temel hak ve özgürlüklerin öznesi, kapsamı ve sınırları, insanın hayatına ilişkin seçme hakkını temel alan kişisel özerklik kavramına dayanan bir insan hakları çerçevesinde dürüst ve geniş bir biçimde yorumlanmalıdır.

Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra klasik pozitivizmin formel hukuk mantığı sorgulanmaya başlanmıştır. Bunun sebebi kanunları salt metne bağlı olarak

⁴ Bu yöntemler hakkında bkz. KUBALI, Hüseyin Nail; **Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1971, s. 9-10, ayrıca bu yöntemlerin anayasa hukukunda kullanımı hakkında geniş bilgi için bkz. ANAYURT, Ömer; **Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 89-92.

uygulamanın adalet ve hakkaniyet açısından sakıncalar doğurmasıdır⁵. Bu doğrultuda Dworkin tarafından ilke temelli⁶ hukuk anlayışı ortaya atılmıştır⁷. Buna göre esas olan, yalnızca yazılı kurallardan değil, aynı zamanda bunlara kaynaklık eden adalet ilkelerinden oluşan hukuktur. Böylece hukuk kuralı yorumlanırken ona kaynaklık eden ilkenin bulunması, böylece hukuki bütünlüğün gerçekleştirilmesi mümkün olur. Yani hukukçular, önlerine gelen uyuşmazlıklarda kuralları yorumlarlar; ancak bunu, ilkeleri de göz önünde bulundurarak yaparlar⁸. Böylece günümüzde yorumcunun araştırması gereken, kuralın biçimsel anlamından öte hukuk kuralının hizmet ettiği ilkenin gereği haline gelir. Yani yorumcu, uyguladığı hukukun öncülüne gidebilmelidir.

Bir hukuk sisteminde yorum yöntemleri ve yorum ilkelerinin kullanımı, o hukuk sisteminin öncülleri doğrultusunda şekillenir. İlke temelli hukuk anlayışı da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde temel hak ve özgürlüklerin yorumunda önemli bir yer tutar. Çünkü günümüzde insan hakları, hukukun çekirdeği, yani ilkesel öncülüdür⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlükleri yorumlarken ilkesel bazda insan haklarını esas aldığı görülür. Bu çerçevede Mahkeme, ilke temelli hukuk

⁵ DEMİRDAL, M. Balkan; “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 3-4, 2014, s. 791.

⁶ Hemen belirtmek gerekir: ilke temelli yaklaşım dendiğinde akla Türk Anayasa Mahkemesi'ne yöneltilen eleştiriler gelebilir. Örneğin Mehmet Turhan'ın Dworkin'den aktardığı tasnife göre, hukuk ve ahlak kuramlarında hak temelli, ödev temelli ve amaç temelli yaklaşımlar arasında ayırım yapmak gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin eski kararlarındaki genel yaklaşımı da amaç temelli yaklaşım olmuştur. Böylece Mahkeme, esasında, yararcı bir amaçla hakları korumuştur; yoksa mahkemenin önceliği haklar değildir. TURHAN, Mehmet; “Hukukta Özgürlükçü Yorum ve Refah Partisi Kapatma Davaları”, **Anayasa Hukukuna Liberal Bakışlar**, (Eds: Mehmet TURHAN, Nur ULUŞAHİN), Naturel Yayınları, Ankara, 2009, s. 126, bu eleştirilere konu olan yaklaşımın Anayasa Mahkemesi'nin ilke temelli yaklaşımı olarak adlandırıldığı belirtilmektedir. ŞİRİN, Tolga; **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 4, burada bahsedilen ilke temelli hukukun bu kavramsallaştırmalarla bir alakası yoktur. Buradaki ilke temelli (*principle-based*) hukuk kavramsallaştırması Dworkin'e ait evrensel ahlaki ilkelere dayanan hukuk anlamındadır. Bu adlandırma için bkz. ROSENFELD, Michel; **Law, Justice, Democracy, and The Clash of Cultures: A Pluralist Account**, Cambridge University Press, New York, 2011, s. 188, ayrıca s. 197 vd.

⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi; **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı**, Derin Yayınları, İstanbul, 2012, s. 69 vd.

⁸ ...ilkeler, ahlâkiliğin veya hakkaniyetin önemli görünümelerini ortaya koydukları için hukuken bağlayıcı(dırlar)”, SAĞLAM, Rabia; “Derrida ve Dworkin Arasındaki İlişki: Yapıbozum ve Yargıç Herkül”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 61, Sayı: 1, 2012, s. 282, ayrıca Dworkin'in ilke temelli hukuk teorisinde ilkeleri hukukun öncülü olarak kabul ederek bunları hukukun içine nasıl yerleştirdiği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRDAL, (2014), s. 796-801, ayrıca TÜRKBAĞ, (2012), s. 69-78.

⁹ İnsan haklarının adaletin çekirdeğini oluşturduğu yönündeki teori için bkz.. ALEXY, Robert; “Law, Morality and the Existence of Human Rights”, **Ratio Juris**, Cilt: 25, Sayı 1, Mart 2012, s. 9.

anlayışıyla bir bağlantı kurar; yorum yöntemleri ve ilkelerini de bu doğrultuda kullanmaya çalıştığı söylenebilir¹⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kullandığı yorum araçlarını aynen kullandığı görülmektedir. Bu durum, iç hukuka aktarılmaya çalışılan bir insan hakları anlayışının yerleşmesi açısından olumludur. Ancak unutulmamalıdır ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uluslararası bir mekanizmadır. Bu sebeple Mahkeme, insan hakları konusunda farklı hukuk sistemlerine sahip ülkelerde asgari bir insan hakları standardı belirlemeye çalışmaktadır. Mahkemenin yaptığı yorum da bu temel üzerine oturmaktadır. Halbuki Anayasa Mahkemesi, Türk yargı örgütü içerisinde bir mahkemedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlükleri yorumlarken daha ilerici bir yorum benimsemelidir. Yargının alacağı aktif bir tutumun aynı zamanda hak temelli bir deontolojik yaklaşımla desteklenmesi gerekir. Aksi takdirde kişinin hayatı üzerinde seçme hakkını ve özerkliğini korumaya yarayan insan hakları, faydacılık felsefesine kurban gitme tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Bu durumda iç hukukta etkili bir insan hakları koruma mekanizmasının gelişmesinin imkanı yoktur.

3. Çalışmanın Kapsam ve Sınırlılıkları

Çalışmanın kapsamı, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda temel hak ve özgürlükleri genişletmeye yarayan yorum ilkelerinin gördüğü işlevi açıklamaktan ibarettir. Bu sebeple çalışmada esas olarak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru kararlarının tahlil edilmesi amaçlanmıştır. Bu kararlar esas olarak ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemelerinin kararlarına da etki etmektedir. Bu doğrultuda temel hak ve özgürlüklerin hukuk düzeni üzerinde yayılmacı bir etkisi bulunmakta, bu kararlar vasıtasıyla hukukun anayasallaşması söz konusu olmaktadır. Ancak doğaldır ki kapsamı sınırlı böyle bir çalışmada ilk derece, temyiz ve istinaf mahkemelerinin temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren konulara ilişkin kararlarını kapsamlı şekilde ele almaya imkan yoktur. Bu sebeple çalışma, esas olarak Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında yorum ilkelerinin kullanımına hasredilmiştir. Ancak bu doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile temel hak ve özgürlükler yargılaması yapan ulusal yüksek mahkemelerin

¹⁰ Bu yönde bkz. LETSAS, (2007), s. 29-33, ayrıca ÇOBAN, Ali Rıza; “Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008, s. 195-199.

(Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, Alman Anayasa Mahkemesi) kararlarına da karşılaştırma yapmak amacıyla geniş ölçüde yer verilmeye çalışılmıştır.

Bütüncül bir anlayışla hukuk yorum faaliyetinden ibarettir. Bu sebeple temel hak ve özgürlüklerin yorumu demek, esasen pozitif hukuk kurallarıyla öngörülen ve hatta öngörülmeyen her bir hakkın içerik ve kapsamının belirlenmesi demektir. Ancak yorum ilkeleri ile sınırlı bu çalışmada her bir hakkın nasıl yorumlandığının ele alınmasının imkanı yoktur. Bu sebeple çalışma, temel hak ve özgürlüklerin her birinin nasıl yorumlandığını konu edinmeyecektir. Çalışmanın kapsamı, bireysel başvuruda yorum ilkelerinin temel hak ve özgürlükleri genişletici yoruma ne şekilde katkı sağladığı ile sınırlı olacaktır. Bu doğrultuda çalışmanın sistematığı de tek tek temel hak ve özgürlüklerin nasıl somutlaştırıldığı üzerine inşa edilmemiştir. Bunun yerine, her bir yorum ilkesinin temel hak ve özgürlüklere ne denli önemli bir katkıda bulunduğu incelenmiş, özgül (spesifik) temel hak ve özgürlükler, ilgili yorum ilkesi ile somutlaştırıldığı ölçüde konu edilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA YORUM İLKELERİ ve BİREYSEL BAŞVURU

Hukukçular çoğu zaman hukukçu olmayanların iki sorusuyla karşı karşıya kalır: “Siz bütün kanunları ezberliyor musunuz?” ya da “Siz bütün kanunları nasıl oluyor da ezberliyorsunuz?” Bu sorular hukukçular için gülünçtür. Doğaldır ki hukuk, kuralları – elbette yalnızca kanunları değil- ezberleme faaliyeti değildir. Çünkü hukuk bilimi, yalnızca Anayasa tarafından kural koymakla yetkilendirilen organların vaz’ettiği kuralları konu edinmez. Bu, buz dağının yalnızca görünen kısmıdır. Hukukçuların görevi, bu normatif metinlerin kapsam ve anlamını yorum yoluyla belirlemektir. Hukuk normu da bu kural metninin yorumlanması sonucu oluşur. Yani hukukun, bütünlüklü bir bakışla, hukuk normlarını ve hukuki yorumu incelediğini söylemek mümkündür¹¹.

Çalışmanın başında şüphesiz hukuki yorum kavramının anlam ve kapsamı üzerinde durulması gerekir. Daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kendine ait bir yorum sistemini nasıl oluşturduğu ele alınmasında fayda vardır. Çünkü bu sistem, Avrupa ülkelerinin iç hukuklarında bir dönüşümü beraberinde getirmiştir. Bu sebeple de Avrupa’da ortaya çıkan bu sistemin bireysel başvuru vasıtasıyla iç hukuklara nasıl yerleştiği büyük öneme sahiptir.

I. HUKUKİ YORUM KURAMI ve HERMENEUTİK

A. Beşeri Bilimlerde Yorumun Yeri

Yorum kavramı, moderniteden bugüne beşeri bilimlerin ve hukukun yöntemi açısından büyük önem arz eder. Dolayısıyla yorum kavramının kendisi de yoruma muhtaçtır. Bu sebeple yorum kavramının önce beşeri bilimler, bunun ardından da hukuk alanında nasıl yer aldığını incelemek lazımdır.

¹¹ Benzer yönde bkz, BOYAR, Oya; **Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2008, s. 119-120.

1. Pozitivist Kurulustan Postmodern Paradigmaya Beşeri Bilimlerin Yöntemi

Modernitenin bugüne kadar en önemli eleştirilerinden birini yapmış olan ünlü sosyolog Zygmunt Bauman'ın, “*Yasa Koyucular ile Yorumcular*” isminde bir kitabı bulunmaktadır¹². Yalnızca bu isim dahi bir hukukçuyu heyecanlandırmaya yeter. Bununla beraber kitabın içeriği hukukla ilgili değildir. Bauman, söz konusu eserinde modern dönemden postmodern döneme geçişte bilgiye ulaşma yönteminin nasıl değiştiğini epistemolojik bir yaklaşımla ele almaktadır. Yazar, kitapta “*yasa koyucular*” kavramını doğadaki mutlak ve evrensel kuralları bulmaya çalışan modern pozitivist bilimadamlarını tanımlamak için kullanır. “*Yorumcular*” ise yasa koyucuların bu mutlakçılığı karşısına *hermeneutik* kavramıyla çıkarlar. Bunlar, yaşam tezahürlerinin yasa haline dönüştürülmesinden ziyade yorumlanması gereken bir gerçeklik olduğunu ileri süren entelektüellerdir¹³.

Bauman'ın öncü nitelikli eseri, aslında Batı dünyasında beşeri bilimlerin yöntemi olarak katı ve biçimsel pozitivizmin terk edilmesinin hikayesini anlatmaktadır¹⁴. Elbette beşeri bilimlerde ortaya çıkan bu gelişmenin hukuka sirayet etmemiş olması düşünülemez. Ancak öncelikle bu değişimin sebeplerini incelemek gerekir. Bu değişim, beşeri bilimlerin “*yorum*” kavramını algılayışı ile yakından alakalıdır. Günümüzde beşeri bilimlerin yeniden inşası da bu kavrama verilen anlamda gizlidir.

Tıpkı doğa bilimleri gibi beşeri bilimler ve bunların yöntemleri de Aydınlanma Çağı'nda modernite kavramının ön kabulleri çerçevesinde şekillenmiştir. Modernitenin temel amacı, kendisinden önceki dönemlerde insanın bilgiye ulaşmada kullandığı ilahi kaynak ve eğilimleri insanın düşünsel dünyasından temizleyerek bunun yerine rasyonaliteyi koymaktır¹⁵. Aydınlanmacılık olarak somutlaşan bu düşünce, akılcı bilim

¹² Kitabın orijinal adı da “*Legislators and Interpreters*”tır. Bu açıdan kitabın yukarıda belirtilen Türkçe ismi, orijinal isminin birebir çevirisidir. Kitabın İngilizce orijinali için bkz. BAUMAN, Zygmunt; **Legislators and Interpreters: On Modernity, Postmodernity and Intellectuals**, Cornell University Press, 1987.

¹³ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. BAUMAN, Zygmunt; *Yasa Koyucular ile Yorumcular: Modernite, Postmodernite ve Entelektüeller Üzerine*, (Çev: Kemal ATAKEY), Metis Yayınları, İstanbul, 1996, s. 134-177.

¹⁴ Bauman bu hususları şu sözlerle ifade etmektedir: ““*Yasa koyucular*” eğretilmesinin gösterdiği geleneksel rolün (ister gerçekleştirilmiş ister arzu edilen) yerini yavaş yavaş, ideal tanımını “*yorumcular*” eğretilmesinde bulan rol almaktadır.”, BAUMAN, (1996), s. 151-152.

¹⁵ ... sosyal bilim, ... rasyonel arayışın en güvenilir yöntemi olarak da kabul edilmiştir. HİRA, İsmail; “Wallerstein: Sosyal Bilimlerde Yeni Bir Paradigma İhtiyacı”, **Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı 1, 2011, s. 179.

anlayışıyla 18. yüzyılda insan düşüncesini dinin baskısından kurtararak özgürleştirme işlevini görmüştür¹⁶.

Pozitivizm ile birlikte sosyal olgunun düzenli bir karakteri olduğu, bu nedenle doğal yasalara bağlı olduğu düşüncesine varılmıştır. Pozitivizm, gerçekliği olgusal gerçeklik kategorisi ile sınırlayan, epistemolojik düzeyde ise gerçek bilginin ancak duyu organları vasıtasıyla elde edilebileceğini kabul ederek; sezgi, ilham, metafizik gibi olgusal temele dayanan bilgi yollarını kapatan bir yaklaşımdır¹⁷. Bu çerçevede bilimsel pozitivizm yasa koyucu bir yaklaşım haline gelir. Yani modern bilim, bütün doğal ve toplumsal olguların nesnel evrensel yasalara bağlı olduğu varsayımına dayanmaktadır. Böylece bilimsel araştırmalarla bu bilgiye ulaştıktan sonra geçmişe ve geleceğe yönelik öngörülerde bulunulabilecektir¹⁸.

Pozitivist bilim anlayışına yönelik en önemli darbe, şaşırtıcı bir biçimde, doğa bilimlerinin en derinlerinde yer alan fizik alanındaki bilimsel devrimden gelmiştir. Einstein'ın ortaya koyduğu izafiyet teorisi ve onu izleyen paradigmlar, Newton'un fizik alanında ulaştığı ve evrensel olduğunu ileri sürdüğü doğa yasalarının, aslında, evrene nispeten önemsiz sayılabilecek küçük bir alanda geçerli olduğunu ortaya koymuştur¹⁹.

Modernite; özgürlük, eşitlik, demokrasi gibi kavramların insanların yaşamına girmesini sağlamıştır. Buna karşılık faşizm, Nazizm, Stalinizm gibi milyonlarca insanın hayatını karartan totaliter ideolojiler de modern pozitivist anlayışın sonuçları olarak ortaya çıkmıştır. Bu durum, 19. Yüzyıl'ın sonlarından başlayarak özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra insanlığın epistemolojik konumunu yeniden şekillendirir. Bu konum, başta hukuk olmak üzere beşeri bilimlerin her alanında yepyeni bir yaklaşımı

¹⁶ TEKELİ, İlhan; "Modernizm ve Postmodernizm Kavramları Üzerine", **Gösteri Dergisi**, No: 138, Mayıs 1992, s. 5.

¹⁷ Bu yönde bkz. HİRA, İsmail; "Sosyal Bilimler: Yasa Koyucu Tasarımdan Yorumcu Tasarıma", **Bilgi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt:2, Sayı: 2, 2000, s. 83-84.

¹⁸ HİRA, (2011), s. 185.

¹⁹ *Günümüzde Newton fiziği Dünya'mız ve yakın gökyüzünde işlemekte, ... küçük ölçekte doğru sonuçlar veren yanlış bir evren tasarımı olarak kabul edilmektedir.* TÜRKBAĞ, (2012), s. 32.

beraberinde getirmiştir: Bu yaklaşım yukarıda da belirtildiği üzere yorumcu yaklaşımdır²⁰.

Yorumcu yaklaşım, pozitivizme yönelik eleştirilerin toplandığı en önemli yaklaşımlardan biridir. Bu yaklaşımın pozitivizm karşısındaki en önemli silahı da *hermeneutik* kavramının bizzat kendisidir. Hermeneutik, “*genel hatlarıyla pozitivizmin karşısına alternatif bir sosyal bilim yapma olanağı koyarak, sosyal bilimin doğasından hareketle insanın yaşam alanlarını bilinebilir kılma arayışındadır*²¹.” Yani hermeneutik, beşeri bilimlerin yönteminin bu alanlara ilişkin genelgeçer yasalar yapmak yerine bunları bütünsellik içerisinde kavrayıp yorumlamak gerektiğini öne sürmektedir. Bu sebeple tartışmaların kilit ögesi, yorum bilimi anlamına gelen *hermeneutik* kavramı haline gelmektedir. Çünkü gerek beşeri bilimlerin tümünde gerekse de hukukta, modern dönem sonrasında büyük önem kazanan yorum öğretileri hermeneutiğin etkisi altında şekillenmektedir²². Bu sebeple kavramın daha yakından incelenmesi gerekir.

2. Beşeri Bilimlerdeki Görünümüyle Felsefi Hermeneutik

Türk hukuk doktrininde hermeneutik kavramı Sancar tarafından tanımlanmıştır. Yazara göre; “*Wilhelm Dilthey’in yorum için yaptığı “yazılı hale gelmiş yaşam tezahürlerinin anlaşılması” şeklindeki tanımdan hareketle hermenötik, “yazılı hale gelmiş yaşam tezahürlerini anlama sanatının öğretisi” olarak tanımlanır*²³.” Yani hermeneutik, bize yorumun esaslı unsurları ve gerçek mahiyetini gösteren bir sistemli öğretilerdir. Hermeneutik kavramının farklı veçheleri vardır²⁴. Burada bu kavramın beşeri bilimler açısından anlama ve yorumlama veçhesi ele alınacaktır. Bu noktada

²⁰ Bu yönde bkz. HİRA, (2000), s. 86 vd., BAUMAN, (1996), s. 150-152, ayrıca SAYGIN, Tuncay; “Sosyal Bilimlerin Doğası ve Hermeneutik”, **6. Ulusal Sosyoloji Kongresi Bildiri Kitabı**, Aydın, Ekim 2009, s. 103 vd.

²¹ SAYGIN, (2009), s. 102.

²² Sancar da konu hakkındaki öncü nitelikli çalışmasında aynı yöntemi benimsemiş ve geleneksel yorum öğretisinin klasik hermenütüğün etkisi altında şekillendiğini ifade etmiştir. Bu yönde bkz. SANCAR, Mithat; **Temel Hakların Yorumu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1996, s. 25.

²³ SANCAR, (1996), s.26.

²⁴ Esasında hermeneutiğin, Antik Yunan’dan bu yana belirli bir tarihi vardır. Bu çerçevede *hermeneutik kavramı Palmer’a göre (1) kutsal metin tefsirinin teorisi; (2) genel filolojik metodoloji; (3) linguistik anlama bilimlerinin hepsi; (4) Geisteswissenschaften’in (Tinsel bilimlerin) metodolojik temeli; (5) varoluş ve varoluşsal anlama fenomenolojisi; ve (6) insanların mit ve sembollerin arkasında yatan manalara ulaşmak amacı ile kullandıkları hatırlanabilir ve kültür karşıtı olan yorumlama sistemleri olarak altı farklı tanımla anlaşılabilir. Aktaran KULAK, Önder;” Dilthey ve Lukacs’ta Anlama-Yorumlama İlişkisi”, **Felsefe Yazın Dergisi**, 8:20, 2014, erişim: <http://viraverita.org/yazilar/dilthey-ve-lukacsta-anlama-yorumlama-iliskisi>.*

hermeneutiğin en sık başvurulmuş ikili ayrımından bahsetmek gerekir. Bunlar klasik (eski) ve yeni hermeneutik anlayışlarıdır²⁵.

Klasik hermeneutiğe göre bir bilimsel olgunun anlamı ve yorumu, yalnızca yasayı ortaya koyanın amaçladığı anlamın ortaya çıkarılmasından ibaret bir etkinliktir²⁶. Klasik hermeneutik anlayışının başlıca temsilcisi olan Schleiermacher'e göre yorumcu, metnin yazarının kastettiği şeyi sonuna kadar düşünmekle yükümlüdür. Yorumcunun görevi, yazarı, yazarın kendisinden dahi daha iyi anlamaktır²⁷.

Klasik hermeneutik hakkında önde gelen düşünürlerden biri Wilhelm Dilthey'dir. Dilthey, klasik hermeneutiği beşeri bilimlere uygularken pozitivizmin yukarıda belirtilen kabullerini reddeder ve pozitivizmin beşeri bilimlere verdiği “sosyal bilimler” ismini kullanmaz. Dilthey, bu bilimlere tinsel bilimler adını verir²⁸.

Dilthey'e göre insan, anlaşılması zor, karmaşık bir yapıdadır. İnsanı anlayabilmek ancak, insanın yaşadığı dönemin tarihselliğini anlamakla mümkündür. Her bir gerçekliğin tek ve bir kerelik olması nedeniyle genellemelere gidilemeyen tinsel bilimlerinde, tarihsel olayların bu özelliği, nedensel açıklamaların yapılmasını engeller. Tinsel bilimlerini anlamak, doğa bilimsel bakışı aşan tarihsel bir perspektife sahip olmakla mümkündür²⁹. Dilthey'in beşeri bilimlerin yönteminde pozitivizmin sakıncalarını gidermek amacıyla ortaya farklı ve benzersiz bir hermeneutik teorisi attığı söylenebilir. Buna karşın Dilthey'in teorisinde de yorumcu, belli bir konuyu kendi tarihselliği içerisinde anlatmaya çalışan yazarın kastettiğini anlamakla yükümlüdür³⁰.

Klasik hermeneutiğin en önemli temsilcilerinden biri Emilio Betti'dir. Betti'ye göre; hukuk, felsefe, tarih, iktisat, sanat ve edebiyat alanlarında ortaya konan eserlerin anlaşılması bunların doğru yöntemlerle yorumlanmalarına bağlıdır. Yorumcunun görevi

²⁵ SANCAR, (1996), s. 28.

²⁶ SANCAR, (1996), s. 29.

²⁷ Bu yönde bkz. STELMACH, Jerzy; BROZEK, Bartosz; **Methods of Legal Reasoning**, Springer, Dordrecht, Hollanda, 2006, s. 177, ayrıca SANCAR, (1996), s. 30.

²⁸ Dilthey'de hermeneutik kavramı ve yazarın doğa bilimleri ile tinsel bilimleri ayırma şekli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KULAK, (2014), <http://viraverita.org/yazilar/dilthey-ve-lukacsta-anlama-yorumlama-iliskisi>.

²⁹ ACAR VANLEENE, Sengün M.; “Wilhelm Dilthey'de Anlama Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi**, Cilt: 52, Sayı: 1, 2012, s. 157.

³⁰ Dilthey'in karmaşık ve iyi işlenmiş hermeneutik kuramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. STELMACH, BROZEK, (2006), s. 177-179.

de yorumlanan metnin yazarı ile oluşturduğu bütünsel sentezi kavrayabilmek gibi psikolojik bir temele dayanmaktadır³¹.

Klasik hermeneutik, pozitivizmin uğradığı akıbetin benzerine uğramıştır. Bunun sebebi, klasik hermeneutiğin de esasında yorum konusunda metnin sabit içeriğine ilişkin mutlak kurallar arayışında olmasıdır. İşte yeni hermeneutik, klasik hermeneutiğin başlangıç paradigmalarına meydan okuyan bir öğreti olarak bu koşullar altında sahneye çıkmıştır.

Yeni hermeneutik ile klasik hermeneutik arasında anlama ve yorum süreçlerinin analizi bakımından büyük fark vardır. Klasik hermeneutik öğretisi, anlamamanın yapısını araştıran ve böylece metinlerin doğru yorumunun normatif kurallarını belirlemeye çalışan bir öğretilerdir³². Yeni hermeneutik ise yorumcunun öznel durumunun yorum ve anlama süreçleri üzerinde büyük bir etkisi olduğu inancına dayanır. Bu sebeple yeni hermeneutik, metinlerin doğru yorumunun normatif kurallarını belirlemeye çalışmaz. Bunun yerine anlam ve yorum kavramlarının yorumcуда nasıl karşılık bulduğuna ve nasıl çalıştığına yoğunlaşır³³. Böylece yeni hermeneutikte metnin anlamı, “keşfedilmez”, yorumcu tarafından “inşa edilir”. Bu durum, klasik hermeneutikte usuli bir unsur olan yorum kavramını, esasa ilişkin kurucu bir unsur haline getirir³⁴.

Yeni hermeneutik dendiğinde akla gelen ilk isim, bu öğretiyi bilim dünyasına armağan eden Hans-Georg Gadamer’dir. Gadamer, klasik hermeneutik öğretilerine bağlı düşünürlerce ortaya konan yorum kurallarında bir sorun olduğunu görmüştür³⁵. Gadamer’e göre anlama ve yorumlama, yorumcunun üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği kurallardan örölü bir yöntemle sahip olamaz. Bu sebeple öncelikli olan yöntem değil varoluştur. Buna “*anlamamanın ontolojikleştirilmesi*” adı verilir³⁶. Bunun

³¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SANCAR, (1996), s. 30-32.

³² SANCAR, (1996), s. 59.

³³ Bu yönde bkz. HOY, David Couzens; “Interpreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives”, **Southern California Law Review**, Cilt: 58, Sayı: 135, 1985, s. 136-137,

³⁴ Bu yönde bkz. AKTAŞ, Sururi, “Hukukta Yorum Çabaları”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 3-4, 2011, s. 2.

³⁵ Gadamer, felsefi hermeneutik konusunda özellikle yukarıda görüşleri kısaca açıklanan Emilio Betti ile tartışma içine girmiştir. Bu tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HOY, (1985), s. 140.141, ayrıca SANCAR, (1996), s. 60-61.

³⁶ “Methods of Legal Reasoning” isimli eserlerinde Stelmach ve Brozek, bu kavramın Husserl, Heidegger ve Gadamer tarafından “*the ontology of understanding*” olarak adlandırıldığını ifade etmektedir. Bu yönde bkz. STELMACH, BROZEK, s.168. Kavramın, tam Türkçe karşılığı da Sururi Aktaş tarafından haklı olarak “*anlamamanın ontolojisi*” olarak ifade edilmiştir. AKTAŞ, (2011), s. 2. Buna karşılık, Sancar, terim

anlamı şudur: Hiçbir metin yazıldığı dönemde ifade ettiği anlamla yorumlanmaz. Bilakis her çağın yorumcusu, kendi çağı ve içinde bulunduğu varoluşsal koşullara göre metni tekrar tekrar yorumlayarak ona yeni bir anlam kazandırır³⁷. Yani yorumlanan metnin anlamı tekrar inşa edilir. Bu da yorumcunun belirli bir entelektüel gelenek içinde, anlama ve yorumlama faaliyetini gerçekleştirmesini beraberinde getirir³⁸. Bu sebeple Gadamer'e göre, metnin anlamı ile metnin orijinali zaman içinde farklı kavramlar haline gelmektedir. Metin, bir kere yazıldıktan sonra artık "yaşayan" bir varlık haline gelir³⁹.

Gadamer'in belirlemeleri, yorum faaliyetini belirli kurallara bağlamayı amaçlamaz; çünkü Gadamer bunu gereksiz görür. Yani düşünür, ne olması gerektiğine değil, gerçekte ne olduğuna yoğunlaşır. Ancak bu durum, yorumun istendiği gibi yapılacağı, her yorumun doğru yorum olabileceği anlamına gelmez⁴⁰. Bu sebeple Gadamer'in yorum teorisinin iki unsurunu açıklamak gerekir. Gadamer'in felsefi hermeneutiğe yeni bir anlam kazandıran görüşleri de bu unsurlarda saklıdır. Bu iki unsur, "önanlayış" ve "hermeneutik döngü" kavramlarıdır⁴¹.

Gadamer'e göre anlama, her zaman bir ön anlamayı gerektirir. Bu da yorumcunun ön anlamasını şekillendiren önyargılarla olur. Dolayısıyla yorumcunun karşılaştığı metin, ona önyargıları aracılığıyla hitap eder. Yazara göre de yorumcunun en önemli önyargılarından biri dildir. İnsanın dünya hakkındaki bilgisi dil aracılığıyla oluşur⁴². Bir metnin yorumcusu da o metnin dili ile kendi dili arasında bir bağlantı kurarak bir ön anlayış geliştirir. Bu suretle önyargıları doğrultusunda bir anlam taslağı oluşturur. Daha sonra yorumcu, metin hakkında daha fazla bilgi elde ettikçe metnin anlamı gelişir. Bu durum metin ile yorumcu arasında sonsuz bir diyalogu beraberinde

için "anlamanın ontolojikleştirilmesi" kavramını kullanmaktadır. SANCAR, (1996), s.60, kavram, bu çalışmada anlama fiilinin varoluşsal bir temele dayandığını ifade ettiği için terim, Sancar'ın ifade ettiği şekliyle kabul edilmiştir.

³⁷ Bu yönde bkz. HOY, (1985), s. 138.

³⁸ METİN, Sevtap; "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 61, Sayı: 1-2, 2003, s. 38.

³⁹ SANCAR, (1996), s. 63.

⁴⁰ Bu yönde bkz. METİN, (2003), s. 49.

⁴¹ Sancar, Gadamer'in formüllestirdiği bu iki unsurun hermeneutiğe "çığır açıcı bir katkı" yaptığını belirtmektedir. SANCAR, (1996), s. 65.

⁴² ÇELİK, Ezgi Ece; "Gadamer'in Hermeneutik Ufku ve Nietzsche'nin Perspektivizmi", **Flsf Dergisi**, Sayı: 15, 2013, s. 130, ayrıca bu yönde Gadamer'in kendi düşünceleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GADAMER, Hans-Georg; "The Scope of Hermeneutical Reflection", **Philosophical Hermeneutics** kitabı içinde, (Almancadan İngilizceye Çeviren: David E. LINGE), University of California Press, 1977, s.. 15-16, ayrıca 38 vd.

getirir. İşte yorumcu ile metin arasındaki bu diyalog, “*hermeneutik döngü*” olarak adlandırılır⁴³. Gadamer’e göre bu döngü, yorumcunun metnin bütünselliği ile birlikte hareket etmesini sağlar⁴⁴. Böylece metnin normatif işlevi bir bütünsellik içinde kavranır⁴⁵. Gadamer’in, bu anlayışı, tam olarak felsefi hermeneutik ile hukuki hermeneutik arasındaki bağın kurulduğu yerdir⁴⁶. Gadamer’e göre hukukçunun görevi, yasanın ortaya çıkışından sonra meydana gelen değişimleri hesaba katarak normun normatif işlevini yeniden belirlemektir⁴⁷. Bu sayede bütünsel bir bakışa sahip olunur. Peki hukukçu normun normatif işlevini belirlerken evrensel ilkelerden ne şekilde ve ne ölçüde yararlanacaktır? Bu da hukuksal hermeneutik bağlamında incelenmesi gereken bir yorum sorunudur.

B. Hukukun Değişen Öncülleri Işığında Yorum Kavramı

1. Felsefi Hermeneutikten Hukuksal Hermeneutiğe Açılan Kapı: Dworkin’in Hukuk Kuramı

Hukuk kurallarının anlam bakımından uygulanmasına ilişkin klasik görüşün hareket noktası, pozitivist yaklaşımdır. Bu yaklaşımın hukuktaki görünümü, Montesquieu tarafından ortaya konmuştur. Kaynağında da kuvvetler ayrılığı vardır. Buna göre kanun koyucu açık ve net kurallar yapmakla görevlidir. Hakimin görevi de bu kuralları somut olaylara uygulamaktır⁴⁸. Hakimler, hukuk kuralını yorumlayan

⁴³ Aslında yorumcu ile metin arasındaki diyalog, yorumcunun bir sonuca varmasıyla kesinleşir. Daha sonra da oluşan bu “*sonanlayış*” üzerinden yeni bir ön anlayış elde edilir ve hermeneutik döngü tekrar kurulur. Yani her son bir başlangıçtır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SANCAR, (1996), s. 66-70.

⁴⁴ Metnin içkin anlam bütünselliği olarak adlandırılabilir olan bu anlayışa “*mükemmellik antisipasyonu*” (*Vorgriff der Vollkommenheit*)” adı verilmektedir. Bu yönde bkz. SANCAR, (1996), s. 68, HOY, (1985), s. 160.

⁴⁵ Gadamer’in hermeneutik yaklaşımı, Heidegger ontolojisinden güç alır. Bu yönde bkz. TURAN, Müslüm; **Postmodern Teori**, On İki levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 154-159, ayrıca SANCAR, (1996), s. 60 vd. Bu yaklaşım daha sonraları, özellikle Derrida, Habermas ve Ricoeur gibi düşünürler tarafından devam ettirilmiştir. Bu düşünürler, Gadamer’in felsefi hermeneutik öğretisine ilişkin öne sürdüğü teorilerden büyük ölçüde faydalanmışlardır. Özellikle Habermas ve Derrida ile Gadamer’in yaklaşımı arasındaki bağlantı hakkında geniş bilgi için bkz. HOY, (1985), s. 157-164 ve 167 vd., Paul Ricoeur ile Gadamer’in yaklaşımı arasındaki bağlantı hakkında ayrıntılı bilgi için ise bkz. MOOTZ, Francis J. III, “The Ontological Basis of Legal Hermeneutics”, A Proposed Model for Inquiry, Based on the Work of Gadamer, Habermas, and Ricoeur”, **Boston University Law Review**, Sayı: 68, 1988, s. 538 vd.

⁴⁶ Gadamer’in hermeneutik teorisi ile Dworkin’in yorum teorisi arasında bağ kuran ayrıntılı bir çalışma için bkz. BOYAR, (2008), s. 15-18, ayrıca 50-68.

⁴⁷ SANCAR, (1996), s. 70-71.

⁴⁸ FETERIS, Eveline; **Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarını Gerekçeleştirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma**, (Çev: Ertuğrul UZUN), Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 10.

kişiler değildir; bunlar kanunun sözlerini telaffuz eden ağızlardır⁴⁹. Ancak 20. Yüzyıl'da bu görüşler tamamen değişmiştir. Buna göre kanun koyucunun her olayı önceden tahmin etmesi mümkün değildir. Bu yüzden kanun koyucu, genel ve soyut nitelikli kurallar formüle eder. Hakimin görevi de soyut kuralı somut olaya “*altlama*” (*subsumption*) yoluyla uygulamaktır⁵⁰. Bu ilişki içerisinde soyut kural büyük önerme, somut olay ise küçük önerme olarak kabul edilir. Altlama yapılırken somut olaya en uygun soyut kural bulunmalıdır. Yani küçük önermeye en uygun büyük önermenin tespit edilmesi gerekir. Bu tespitin yapılabilmesi için kural metninin anlamının belirginleştirilmesi lazımdır. Bu anlamı ortaya çıkarmak ise bir yorum sorunudur. Bu durumda yorum yapanların görevi de kanun koyucunun niyetini veya kuralın objektif anlamını ortaya çıkarmaktır. Bu yaklaşım, yukarıda belirtilen klasik hermeneutik öğretisiyle paraleldir. Bu bağlamda da geleneksel yorum öğretisi olarak adlandırılır⁵¹.

Geleneksel yorum öğretisi, eksiksiz bir hukuk düzeninin varlığı ve normun önceden belirlenmiş bir anlam içerdiği varsayımına dayanır. Bu durumda yorum, yalnızca kural metnine mündemiç mutlak anlamın ortaya konması olabilir⁵². Yorumcunun görevi de bu anlamın ortaya çıkarılması olarak belirlenir. Yani tıpkı klasik hermeneutik gibi, geleneksel yorum öğretisi de yorumcuya psikolojik bir görev yükler.

Felsefi hermeneutik öğretisinin, yorum ve anlam kavramlarının ontolojik betimlemesini yaparak geleneksel yorum teorisine darbe vurduğu söylenebilir⁵³. Buna karşın geleneksel yorum teorisinin doktrinde farklı bir bakış açısıyla normativist pozivistler tarafından savunulduğu görülmektedir. Bu öğretinin son dönemdeki en önemli savunularından biri, Troper tarafından yapılmıştır. Bu doğrultuda yazar, realist yorum kuramını ortaya atmıştır. Troper'e göre “*yorum aşamasından önce objektif anlamı olan bir norm yoktur. Yorum, şayet bunu yapmaya yetkili makam tarafından gerçekleştirildiyse geçerlidir.*” Buna otantik yorum denir. “*Troper'in anlayışına göre, doğru yorum değil, geçerli yorum vardır. Geçerli yorum ise, bu işi yapmaya hukuken yetkili kılınan kişi tarafından gerçekleştirilen yorumdur*”⁵⁴. Troper, bu görüşleriyle

⁴⁹ Bu yönde geniş bilgi için bkz. GÖZLER, Kemal; **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2014, s. 85-86.

⁵⁰ FETERIS, (2010), s. 10.

⁵¹ SANCAR, (1996), s. 24-25.

⁵² SANCAR, (1996), s. 34.

⁵³ MEMİŞ, (2007), s. 21.

⁵⁴ BOYAR, (2008), s. 120.

normun, otantik yorum yapmaya yetkili makamlar tarafından yazılı kuralın yorumu neticesinde oluştuğunu ileri sürer. Çünkü hukuk kuralları, kişilerin davranışlarını düzenleyen emir ve yasak içeren kurallardır. Bunlar normatif kurallardır; yoksa bunların kendisi birer norm değildir. Norm; kuralın anlamı, yorum neticesinde ortaya konduğunda elde edilen şeydir⁵⁵. Bu yüzden hukuk normu yorumlanmaz; hukuk kuralı yorumlanır. Troper, böylece hukuk normuna tek ve belirlenebilir bir anlam kazandırarak pozitivist esaslardan da ayrılmamayı amaçlar.

Troper'in hukuki norma ilişkin yaklaşımı isabetlidir. Bu fikir, hukuksal hermeneutiği savunan Dworkin tarafından da paylaşılmaktadır. Yani Dworkin de yorumdan önce bir hukuki norm olmadığı fikrindedir. *“Ancak Dworkin'in teorisini özgün kılan, kendisinin hukuk teorisini yorum yoluyla açıklaması, normu hem yazılı olan kuralları (rules), hem de yazılı olmayan prensipleri (principles) içerecek şekilde kavraması⁵⁶”*dır.

Felsefi hermeneutiğin esaslarının hukuksal yorum kavramına uyarlanması ile hukuksal hermeneutik öğretisi ortaya çıkmıştır. Hukuksal hermeneutik, klasik yorum teorileri ve metodolojilerinin öngördüğü çerçeveden farklı olarak yorum sorununu felsefi bağlamıyla konu edinen bir öğreti olarak tanımlanabilir⁵⁷. Örneğin Gadamer'e göre hukuk uygulayıcıları, bir hukuk normunu yorumlarken, normun yaratıcısının niyetini araştırmaz. Hukukçunun görevi, normun ortaya çıkışından sonra gerçekleşen değişimleri hesaba katarak normun işlevini yeniden belirlemektir⁵⁸. Bu, hukuksal hermeneutiğin temel karakteristiğini açıklayan görüştür. Bu yönüyle hukuksal hermeneutik öğretisi yenilikçidir. Ancak şaşırtıcı olan şudur: Gadamer'in hukuksal hermeneutiğe ilişkin belirlemeleri, aslında geleneksel yorum teorisine yakındır. Felsefi hermeneutik konusunda Gadamer oldukça yenilikçi davranır. Ancak hukuksal hermeneutik konusunda Gadamer'in görüşleri, tamamen yazılı bir kuralın varlığına

⁵⁵ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. ALEXY, Robert; **A Thory of Constitutional Rights**, (Almancadan İngilizceye Çeviren: Julian RIVERS), Oxford University Press, Cornwall, 2002, s. 20-23.

⁵⁶ BOYAR, (2008), s. 120.

⁵⁷ KILIÇ, Muharrem; “Hukuksal Yorumun Filozofik-Yorumbilimsel Bağlamı”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt:16, Sayı: 1, 2011, s. 63.

⁵⁸ Bu yönde bkz. SANCAR, (1996), s. 70-71, ayrıca GEDİK, Ömer; **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013, s. 2.

dayanır⁵⁹. Yani Gadamer'e göre hakimın kanuna tabi oluşundan taviz verilmesi söz konusu olamaz. Bu gereklilik, hukuki güvenlik ve hukuk devletinin özüdür⁶⁰.

Peki hakimın yazılı kurala mutlak tabi oluşu adil bir karara varmasını sağlayabilir mi? Bu soruya olumlu yanıt vermek oldukça güçtür. Örneğin İkinci Dünya Savaşı sırasında gerçekleşen insan hakları ihlalleri, o dönemki mevzuata uygun olduğu gerekçesiyle hukukileştirilmeye çalışılmıştır. Bu durumda kanunları salt metne bağlı olarak uygulamanın adalet ve hakkaniyet açısından sakıncalar doğurabileceği ifade edilmiştir⁶¹. Nitekim kuralın açık olduğu zamanlarda bile dinamik yoruma ne denli muhtaç olduğu görülmektedir. Keyman, bu konuda yürürlükten kaldırılan 743 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 152. maddesini örnek gösterir⁶². Bu madde, kocaya, karısı ve çocuklarını uygun bir biçimde besleme yükümlülüğü yüklemiştir. Aynı kanunun 161. maddesi ise bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin müeyyidesini nafaka olarak belirler. Hüküm açıktır. Buna karşın hiçbir geliri, serveti veya paraya çevrilebilecek malvarlığı bulunmayan kocanın zorunlu askerlik hizmeti sırasında bu görevi nasıl yerine getireceği konusunda bir açıklık yoktur. Bu durumda mahkemenin kocayı nafaka ödemeye mahkum etmesi de hiçbir anlam ifade etmez. Türkiye'de bu şekilde davaların 1950'li yıllarda Yargıtay'ın önüne geldiği görülmektedir, Nihayet Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu da 1966 yılında zorunlu askerlik görevini yaparken hiçbir geliri, paraya çevrilecek malı ve serveti bulunmayan kocanın, nafaka ile yükümlü olmadığına karar vermiştir⁶³.

Hukuk kuralları, gelecekte olacak olayları düzenleme amacı taşır. Ancak kuralı yapanların bu olayların sayısı ve mahiyetini önceden belirleyebilmeleri mümkün değildir. Dahası, kuralın kendisine atfedilecek objektif bir anlamın dahi bu olayları çözmede kullanılması mümkün olmayabilir⁶⁴. Hakimın yazılı kurala tabi olduğunu savunan Gadamer de bunu kabul etmektedir: *“İnsan gerçekliğinin karmaşıklığı ve dinamizmi, yasanın olası bütün durumları kapsamasını engeller. Hukukun bu yapısının*

⁵⁹ Bu yönde bkz. MOOTZ, (1988), s. 540.

⁶⁰ SANCAR, (1996), s. 71.

⁶¹ Bu yönde bkz. DEMİRDAL, (2014), s. 791, ayrıca İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan hak ihlallerinin pozitivist anlayış karşındaki durumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. METİN, Sevtap; HEPER, Altan; **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 22-25.

⁶² KEYMAN, Selahattin; **Hukuka Giriş**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 46.

⁶³ KEYMAN, (2005), s. 46, **Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E. 1966/5, K. 1966/11 Sayılı Kararı, Karar Tarihi:** 12.12.1966, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, Erişim: 12.11.2015.

⁶⁴ SANCAR, (1996), s. 51.

sonucu olarak, hukuk uygulayıcısı, somut olayda yasayı tamamlayabileceği gibi, yasadaki belli ölçülerde ayrılmak zorunda da kalabilir. Fakat bu eylemin meşru sayılabilmesi için, bunun, daha iyi bir hukuka, yani adalete ulaşma kaygısı ve amacıyla yapılmış olması gerekir⁶⁵.”

Yazılı bir kurala bağlı kalmanın gerekli olup olmadığı sorunsalı, hukuku uzun süre meşgul etmiştir. Bu tartışma, hukuki realizm akımının doğmasına yol açmıştır. Hukuki realizm akımı, yazılı kurala bağlı formalist hukuk anlayışını eleştirerek hukukta kesinliğin olmadığını ileri sürmüştür⁶⁶. Bu durum, hukukçuları umutsuzluğa sevk etmiştir. Bu umutsuzluğun sonucunda postmodernizmin etkisi altında eleştirel hukuk yaklaşımı ortaya çıkmıştır. Bu yaklaşım, hukuki realistlerin belirsizlik iddiasını bir adım ileriye götürmüş ve bunun üzerinden sistem eleştirisi yapmıştır⁶⁷. Tüm bu koşullar altında Dworkin’in hukuk kuramı, sınımlanacak bir vaha olarak görülmüştür. Bu yüzden Dworkin’in, İngilizce konuşulan dünyada en gözde hukuk kuramcısı olduğu ifade edilmektedir. Düşünün, ortaya attığı hukuk kuramıyla, hukuku saygın ve güvenilir kılmak konusunda göstermiş olduğu çabanın takdire şayan olduğu belirtilmektedir⁶⁸.

Gadamer’in hukuksal hermeneutiği, daha önce belirtildiği gibi kuralı esas alır. Yazılı kuraldan ayrılmanın tek gerekçesi adalet olabilir. İşte Dworkin’in hukuksal hermeneutiği bize ilkeler yoluyla adalete ulaşmanın yolunu göstermeye çalışır. Bir metnin yorum yoluyla doğru bir biçimde anlaşılması, yalnızca kural metni ile sınırlı olamaz⁶⁹. Çünkü Dworkin’e göre hukuk, yalnızca yazılı kurallardan oluşmaz. Bu kurallara kaynaklık eden ahlaki ilkeler, toplumsal ve politik değerler ile adalet ve hakkaniyet kavramları vardır. Hukuk, bütüncül bir kavrayışla bunların hepsinden oluşur⁷⁰.

Dworkin, ünlü eseri “*Law’s Empire*”ın önsözünde hakimlerin yargısal hükme varırken geçmiş kararların “*çekimsel gücü (gravitational force)*”ne kapıldığını ifade

⁶⁵ SANCAR, (1996), s. 71.

⁶⁶ ÖZKÖK, Gülriz, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:51, Sayı:2, 2002, s. 1-3.

⁶⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AKTAŞ, Sururi; **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 83-101.

⁶⁸ TÜRKBAĞ, (2012), s. 6.

⁶⁹ METİN, (2003), s. 39.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald; **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978, s. 22, TÜRKBAĞ, (2012), s. 70-71, SAĞLAM, (2012), s. 290, DEMİRDAL, (2014), s. 794.

eder⁷¹. Yani yazar, aslında hakimlerin ne yapması “gerektiğine” odaklanmaz. Yargısal hükme varma sürecinde hakimlere ne “olduğuna” odaklanır. Bu değerlendirme, Dworkin’in görüşlerini, “önce varoluş sonra yöntem” diyen Gadamer’in görüşleriyle paralel hale getirir. Böylece Dworkin’in hukuka fenomenolojik bir bakışı benimsediği ifade edilir⁷².

Hukukun varoluşunun ön plana alınması, hukukun merkezinde yer alan yorum faaliyetinin gerçek mahiyetinin belirlenmesini zorunlu kılar. Hukuki yorumun da ilke ve standartları da içine alacak şekilde bütünlük arz eden bir yapı olarak kavranması lazımdır. Dworkin, bu duruma “bütünlük olarak hukuk (*law as integrity*)” ismini vermektedir⁷³. Aslında bu durum, Alman hukukunda da mevcut olan hukuk düzeninin birliği ilkesinin iyi kurgulanmış bir ifadesidir. Buna göre hukuk, yazılı ve yazısız kuralların toplamından oluşur. Bu, hukukun temelinde ilkesel argümanların yattığı anlamına gelir⁷⁴. Bu durumda hukuki bütünlüğe nasıl ulaşılacağı sorusunun yanıtının verilmesinde fayda vardır. Dworkin, bunun için en uygun aracı, “kurucu yorum (*constructive interpretation*)” kavramı olarak saptar⁷⁵. Kurucu yorum faaliyetini anlamak için ise Dworkin’in düşüncesinde yorum sürecini daha iyi kavrayabilmek gerekir.

Dworkin, yaptığı analizde yorumu, üç aşamalı bir faaliyet olarak betimler: Bu aşamalar, yorumöncesi aşama, yorum aşaması ve yorumsonrası aşamasıdır. “Yorumöncesi aşamada kurallar ve standartlar, tanımlanacak pratiğe taslak olarak bir içerik sağlarlar⁷⁶.” Yani aslında yorumcu olan hakime bir ön anlayış temin ederler. “Yorum aşamasında, yorumöncesi aşamada tanımlanan pratiğin temel öğeleri genel biçimde haklılaştırılır. ...Yorumsonrası aşamada, yorum aşamasında kabul edilen haklılaştırmaya daha iyi hizmet etmesi için, gerçekten pratiğin neyi gerektirdiğine bakılır... Dikkat edilirse bu aşama yeniden biçimlendirici bir aşamadır⁷⁷.” Dworkin’in

⁷¹ DWORKIN, Ronald; **Law’s Empire**, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986, s. viii.

⁷² GOORDEN, Dean; “Dworkin and Phenomenology of The “Pre-Legal””, **Ratio Juris**, Cilt: 25, Sayı: 3, Eylül 2012, s. 394.

⁷³ Bu kavramsallaştırmayla Dworkin, hukuki pozitivistler ile hukuki realistler arasında üçüncü bir yol benimsemektedir. Böylece yazar, hukuki pozitivistlerin biçimciliğinden kaçınır. Hukuki realistlerin de hukukun belirsiz bir alan olduğuna yönelik umutsuz tavırlarını reddeder. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TÜRKBAĞ, (2012), s. 133 vd.

⁷⁴ MEMİŞ, (2007), s. 87.

⁷⁵ TÜRKBAĞ, (2012), s. 133, ayrıca bkz. DWORKIN, (1986), s. 255.

⁷⁶ TÜRKBAĞ, (2012), s. 136.

⁷⁷ TÜRKBAĞ, (2012), s. 137.

hukuki yorum sürecine ilişkin bu belirlemeleri, açık bir biçimde Gadamer'in "hermeneutik döngü" kavramıyla paraleldir. Dolayısıyla bunlar, Gadamer'in felsefi hermeneutiğinden Dworkin'in hukuksal hermeneutiğine açılan kapıdır⁷⁸.

Hukuki bütünlüğün kurucu yorum aracılığıyla ne şekilde sağlandığının tespiti zorunludur. Dworkin, bu noktada hakimlerin her birini, tek bir romanın farklı bölümlerini yazan "Herkül"ler olarak görür. Herkül metaforu, uygulanacak açık bir hükmün bulunmadığı zor davalarda hukuk sisteminin dayandığı ahlaki ve felsefi temelleri tutarlı bir teori ile keşfeden entelektüel bir hakimi ifade eder⁷⁹. Bu hakim, hukuk kurallarının dayandığı ilke ve standartları tespit ederek bunları yorum faaliyetine dahil eden hakimdir. Bunu yaparken de Herkül, geçmiş kararları ve hukukun evrensel ilkelerini de dikkate alarak yorum yapar. Böylece bu hakim, hukuki belirsizlik eleştirilerinin de önünü alır. Çünkü Herkül'ün verdiği karar, Dworkin'in benzetmesiyle daha önce yazılmaya başlanmış bir romanın zamansal olarak dönemine ait bir bölümüdür. Geçmişe ait kökleri vardır; bunların yorumlanmasından güç alarak da geleceğe uzanır. Yani kendisinden sonraki içtihatlarla da yol gösterir. Dworkin'in bu teşbihi, kendisi tarafından "zincir roman (*chain novel*)" olarak adlandırılır⁸⁰. Hakimler aynı romanın farklı bölümlerini yazan kişilerdir. Bunlar, zor davalarda önlerine gelen sorunları çözerken kuralın altında yatan ve emsal kararlardan türeyen hukuki ilkeleri tespit ederler; daha sonra da bu ilkeleri tatbik ederler. Böylece öyküyü en uygun biçimde devam ettirirler⁸¹.

Kurucu yorum, hukukun bir bütünlük olarak gerçekleşmesine aracılık eder. Dworkin'in yorum teorisinin hukuk uygulamasında karşılığı nedir? Dworkin, bunu okuyucuya mahkeme kararlarından örnekler aracılığıyla gösterir. Özellikle 1889 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin New York Eyaleti'nde görülen Riggs v. Palmer Davası önemli bir örnektir. Davaya konu olan olayda, vasiyet gereği büyükbabasının mirasçısı olan Elmer Palmer, büyükbabasının evlenmesi üzerine onu öldürmüştür. Bunun temel sebebi, Palmer'in, büyükbabasının vasiyeti değiştirmesinden korkmasıdır. Bu durumda mirasçı, vasiyetnamenin yerine getirilmesini isteyebilir mi? Dönemin New York Eyalet

⁷⁸ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. LEYH, Gregory; "Dworkin's Hermeneutics", **Mercer Law Review**, Sayı: 39, 1988, s. 857-865, özellikle 860.

⁷⁹ ÇOBAN, (2008), s. 196.

⁸⁰ DWORKIN, (1986), s. 228, ayrıca zincirleme romanda Herkül'ün işlevi için bkz. s. 238-239.

⁸¹ Bu yönde bkz. TÜRKBAĞ, (2012), s. 139, SAĞLAM, (2012), s. 286.

kanunları, geçerli bir vasiyetnamenin olması durumunda murisini öldüren mirasçının vasiyetnamede belirtilen mameleki edinip edinemeyeceği konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir. Buna karşın New York Eyalet Mahkemesi, tüm kanun ve sözleşmelerin *Common Law*'un genel ve temel ilkelerine uygun olması gerektiğini belirtmiştir. Ardından Mahkeme, “hiç kimsenin kendi hilesinden kazanç sağlayamaması ve suç işleyerek mal elde edememesi” ilkesini benimsemiştir. Bu esas doğrultusunda da Büyükbaba Palmer'in vasiyetnamesini geçersiz saymıştır⁸².

New York Eyalet Mahkemesi'nin verdiği bu karar önemlidir. Fakat daha önemli olan Mahkeme'nin -oyçokluğuyla da olsa- yazılı bir kanundan değil, bir adalet ilkesinden yola çıkarak kararını gerekçelendirmesidir. İşte Dworkin'in hukuk kuramının Türkiye için taşıdığı önem bu noktada gizlidir.

2. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımının İlke Temelli Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi

Dworkin'in yorum teorisi, Türkiye'de özellikle bireysel başvuru yolunun kabulü ile büyük bir önem kazanmıştır⁸³. Çünkü Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunda, çoğu zaman, somut olayların bütüncül bir kavrayışla ve temel bir ilke olarak insan hakları üzerinden değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu noktada Dworkin'in hukuksal hermeneutiğinin bireysel başvuru kararları açısından önemini birkaç örnekle kısaca belirtmek gerekir.

İlk örnek, devam eden bir dava esnasında, davada uygulanacak kanun hükmünün değişmesiyle Yargıtay içtihadının etkisizleştirilmesine ilişkindir. Bir bankada çalışan başvurucular, çalıştıkları süre içerisinde banka ile ilişkili olarak kurulan bir vakfa primler ödemişlerdir. Ödedikleri bu primlerle, başvurucular emekli olduktan sonra bu vakıftan emekli maaşlarına ek olarak yardım almaktadırlar. Yararlanıcılar, bu yardımın 506 sayılı mülga Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesinde belirlenen asgari standardın altına düşmemesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak vakıf, yaptığı ödemelerde muadil miktar karşılaştırmasını esas almaktadır. Böylece kanunda belirlenen standardın altına düşmektedir. Vakıf yardımından yararlananlar da hukuk

⁸² Örnek için bkz. DWORKIN, (1977), s. 23, TÜRKBAĞ, (2012), s. 71.

⁸³ Dworkin'in hukuk kuramının Türkiye açısından sahip olduğu önem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TÜRKBAĞ, (2012), s. 11-12.

mahkemelerine dava açmışlardır. Nihayet Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 24/3/2010 tarih ve E.2010/10-155, K.2010/170 sayılı kararıyla, yararlanıcıların “506 Sayılı Yasa’nın aylık artışlarına dair hükümlerinden de yararlanmaları gerekeceği kanaatine varılmıştır⁸⁴.” şeklinde hüküm tesis ederek çerçeveyi çizmiştir.

Tüm bunların ardından 506 sayılı Kanun’un geçici 20. maddesine 2011 tarihinde 6111 Sayılı Kanun’la bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkranın ilgili kısmı şu şekildedir:

“... yardımların sağlanması ve bağlanması yönünden alt sınırın belirlenmesinde muadil miktar karşılaştırması esas alınır. ... Bu hüküm, yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda ve görülmekte olan davalar hakkında da uygulanır.”

Kanun hükmü ile 506 Sayılı Kanun’da belirlenen asgari standartlarla ödeme yapılması esası terk edilmiştir. Bu kanun Yargıtay’ın yukarıda belirtilen içtihadını etkisizleştirmek adına yapılmıştır. Bu durum, hukuki güvenlik ilkesi bakımından ayrıca eleştirilebilir⁸⁵. Ancak temel sorun, bu kanunun devam eden davalarda da uygulanmasıdır. Kanunda değiştirilen hükmün görülmekte olan davalarda uygulanacağı da belirtilmiştir. Esasında buna gerek de yoktur. Bir kanun, -belirli istisnalar hariç olmak üzere- zaten yürürlüğe girdikten sonra derhal uygulanır⁸⁶. Bu değişiklik de ilk derece mahkemesi ve temyiz mercii olan Yargıtay 10. Hukuk Dairesi tarafından derhal uygulanmıştır. Böylece dava açan kişiler, kazanabilecekleri davaları kaybetmişlerdir. Dahası bunlar, mahrum kaldıkları hak kayıplarının yanı sıra vekalet ücreti ve dava masraflarını da ödemeye mahkum edilmiştir⁸⁷. Bunun üzerine bu kişiler adil yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

⁸⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E.2010/10-155, K.2010/170 sayılı Kararı, Karar Tarihi: 24.03.2010, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. Erişim Tarihi: 19.10.2015.

⁸⁵ Yasama organının çıkardığı kanunlarla mahkeme kararlarını etkisizleştirmesi ve bunun hukuki güvenlik ilkesi karşısındaki durumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KÖKÜSARI, İsmail; **Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 232 vd.

⁸⁶ Bu yönde bkz. GÖZLER, Kemal; **Hukuka Giriş**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013, s. 241, KEYMAN, (2005), s. 54.

⁸⁷ Bu kararlar için bkz. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E.2012/21584, K.2012/23440 sayılı kararı, Karar Tarihi: 27/11/2012, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E.2012/11783, K.2012/18117 sayılı kararı, Karar Tarihi: 9/10/2012, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin E.2013/698, K.2013/7995 sayılı kararı, Karar Tarihi: 16/4/2013.

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bu olaylarda kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallarla adil yargılanma hakkı arasında bir tercih yapmak durumunda kalmıştır. Mahkeme, bu şekilde üç dosyayı karara bağlamıştır. Mahkeme'nin kararlarında ortak olarak vardığı sonuç şudur: “...yasamanın müdahalesinin taraflar arasında yargılama başladıktan sonra gerçekleştiği ve davanın esasına ilişkin sonucu belirlediği, ... oysa dava açıldığı zaman yerleşik içtihat çerçevesinde başvurunun davayı kazanmasının kuvvetle muhtemel olduğu, bu çerçevede öngörülebilir olmayan müdahalenin meşru kabul edilemeyeceği, ...bu şekilde yararlar dengesinin ...başvurucu aleyhine bozulduğu ve bu durumun silahların eşitliği hakkına yönelik orantısız bir müdahale oluşturduğu açıktır⁸⁸.”

Anayasa Mahkemesi, kararında açık bir kuralın varlığını kabul etmiştir. Buna karşın bu kurala kaynaklık eden şekli hukuki güvenlik ilkesi ile silahların eşitliği hakkı arasında bir tercih yapmıştır. Yaptığı tercihte Mahkeme'nin silahların eşitliği ilkesine ağırlık verdiği görülmektedir. Bu durumda ilk derece ve temyiz mahkemeleri, önlerine gelen aynı nitelikteki uyuşmazlıkları nasıl çözeceklerdir? Bunlar da Anayasa Mahkemesi gibi silahların eşitliği ilkesini mi benimseyeceklerdir? Yoksa kuralı uygulamaya devam mı edeceklerdir? Anayasa Mahkemesi, ihlal kararı vermiştir; ancak dosyaları tekrar yargılama yapılmak üzere mahkemelerine göndermemiştir. Bunun yerine Anayasa Mahkemesi, başvurularda tazminat ödenmesine hükmetmiştir⁸⁹. Böylece ilk derece ve temyiz mahkemeleri, önlerinde bulunan dosyalar hakkında yürürlükte olan kanun hükmüne göre karar vereceklerdir. Başvurucular da bu karara karşı bireysel başvuru yoluna gidecekler, tazminat yoluyla haklarına kavuşacaklardır. İşte bu durum Dworkin'in bütünlük olarak hukuk tezine tamamen terstir. Çünkü Anayasa Mahkemesi, romanda bir bölüm yazmak yerine kendisi ayrı bir öykü yazmayı tercih etmiştir. Halbuki bu durum ne usul ekonomisi ne de silahların eşitliği açısından uygun değildir. Çünkü bahse konu vakfa prim ödeyenler, ilk derece ve temyiz mahkemelerinde açtıkları davaları kaybedecekler; bunun ardından bireysel başvuru yoluyla tazminat arayacaklardır. Yani Anayasa Mahkemesi'nin ilke temelli hukuk konusunda bir kapı açtığı söylenebilir. Ama Mahkeme, bu kapıdan geçmek konusunda müteredit kalmıştır.

⁸⁸ Ülkü Tunca ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/928, Karar Tarihi: 11.12.2014, § 85, Yasemin Mutlu Başvurusu, Başvuru No: 2013/1426, Karar Tarihi: 25.03.2014, § 85, Zekiye Şanlı Başvurusu, Başvuru No: 2012/931, Karar Tarihi: 26.06.2014, § 87.

⁸⁹ Ülkü Tunca ve Diğerleri, § 90, Yasemin Mutlu, § 89, Zekiye Şanlı, § 93.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararları –herşeye rağmen- ilke temelli hukuk kuramıyla ilişkilidir. Çünkü kanunun açık lafzına rağmen Mahkeme, ilkesel bazda hakkın korunmasına öncelik vermiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı her kararında benimsediğini söyleyebilmek mümkün değildir. Verdiği bir bireysel başvuru kararında Anayasa Mahkemesi'nin bütüncül hukuk yaklaşımından oldukça uzağa düştüğü gözlemlenmektedir.

Başvuruya konu olan olayda başvuru, Aydın'ın Çine İlçesi'nde çıkan yerel bir gazetede köşe yazarıdır. Başvurucunun bir köşe yazısında Çine Cumhuriyet savcılarına hakaret ettiği iddia edilmiştir. Çine Cumhuriyet Başsavcılığında o tarihte üç Cumhuriyet Savcısı görev yapmaktadır. Başvurucunun, Cumhuriyet Savcılarının ve ilçe emniyet amirinin "sel", "ipek", "uzunca" ve "yaman" olan soy isimlerini altına ve üstüne bazı kelimeler yerleştirerek bu kişilere hakaret ettiği iddiasıyla ceza soruşturması başlatılmıştır. Bu ceza soruşturmaları da bu savcılardan biri tarafından bizzat yürütülmüştür. Yürütülen soruşturma neticesinde savcı tarafından iddianame düzenlenmiş, kamu davası açılmıştır. Çine Asliye Ceza Mahkemesi de başvuru hakkaret suçunu işlediği gerekçesiyle mahkum etmiştir⁹⁰.

Başvurucu, Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir. Bunun yanında başvuru adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Çünkü ceza soruşturmasını yürüten savcı, aynı zamanda müşteki konumundadır. Başvurucu bu sebeple adı geçen savcıyı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na da şikayet etmiştir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ise verdiği kararla savcı hakkında soruşturma izni vermemiştir. Kurul Üçüncü Dairesi'nin verdiği kararda öne sürdüğü gerekçe, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda savcılarının çekinmesi ve reddi gibi bir müesseseye yer verilmemiş olmasıdır⁹¹. Yani Kurul, savcının, suç duyurusunda bulunmasında, sonra da kendi suç duyurusunu işleme koyarak kamu davası açmasında hiçbir sakınca görmemiştir. Anayasa Mahkemesi ise konu hakkında şu değerlendirmeyi yapmıştır: *“Bir Cumhuriyet savcısının herhangi bir olayın hem mağduru veya müşteki hem de soruşturmasını yürüten kişisi olması istenir bir durum olmamakla birlikte Türk Ceza Hukuku sisteminde “Cumhuriyet savcısının davaya bakamaması ve reddi” müessesesine yer verilmemiştir. Cumhuriyet savcısının*

⁹⁰ Emin Aydın (2) Başvurusu, Başvuru No: 2013/3178, Karar Tarihi: 25.6.2015, § 8-11.

⁹¹ Emin Aydın (2), § 17

kendisinin bizzat mağdur ya da müşteki durumda olduğu bir soruşturmayı yürütmesi ve sonuçlandırması yasal olarak mümkündür⁹².”

Anayasa Mahkemesi, somut olayda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun kararına katılmakla yetinmiştir. Bir savcı, suçun hem mağduru hem müştekisi hem de savcısı olabilir. Çünkü bunu engelleyen bir kanun yoktur. Ancak Mahkeme’ye göre bu, istenir bir durum değildir. Yani Anayasa Mahkemesi, savcıların kendi şikayetleri üzerine yine kendilerinin ceza soruşturması yapmamasını ancak temenni etmektedir.

Benzer bir olay, esasında dünyada anayasa yargısının teorik temellerinin atılmasını sağlamıştır. 1610 yılında İngiltere’de gerçekleşen bu olay, doktrinde Dr Bonham Davası olarak bilinen davaya konu olmuştur. Olayda Dr. Bonham hakkında, ruhsatı olmadığı halde doktorluk yaptığı gerekçesiyle dava açılmıştır. Davayı açan İngiltere Kraliyet Tabip Odası’dır. Dönemin kanunlarına göre doktorlar hakkında hapis cezası vermeye de yetkili olan bu kuruldur. Dava sonucunda Bonham, hapse mahkum edilmiştir. Bunun üzerine de Common Pleas Mahkemesi’ne başvurmuştur. Davaya bakan yargıç Edward Coke, kanunun açık hükmüne rağmen “hiç kimse kendi davasının hakimi olamaz” ilkesinin Common Law’ın önemli bir ilkesi olduğunu belirtmiş ve Dr. Bonham’ın cezasını kaldırmıştır⁹³. Hakim Edward Coke, dönemin İngiliz kanunlarında hakim reddi veya çekinmesi gibi bir müessese aramamıştır. Bunun yerine hukuku bütünlük arz eden bir yapı olarak görmüştür. Böylece yaptığı yorumla kurucu bir tavır benimsemiştir. İlke temelli hukuk kuramına uygun olan da budur.

Hemen akla şu soru gelir: Hakimin kendi davasına bakamaması elbette doğaldır; çünkü hakim bağımsız ve tarafsız olmalıdır. Aynı durum savcı için de geçerli midir? Bir görüşe göre savcı, yargılamanın unsuru olmakla birlikte karar mercii değildir. Kamu adına ceza davası açar. Hakimle de eşit görülemez. Bu yüzden de tarafsız olmasına gerek olmadığı ifade edilir⁹⁴. Ancak savcının çekinmesi ve reddi kurumunun kabulünün gerektiği doktrindeki baskın görüştür. Çünkü savcı, kamu görevi ifa ederken şüphelinin veya sanığın aleyhine veya lehine olan delilleri tarafsız bir şekilde toplamalıdır; yani

⁹² Emin Aydın (2), § 28.

⁹³ Dr. Bonham Davası ve bu davanın anayasa yargısının temelleri konusunda arz ettiği önem hakkında ayrıntılı bilgi için TUNÇ, Hasan; **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetimin Kapsamı ve Organları**, Yetkin Yayınları Ankara, 1997, s. 29-30.

⁹⁴ ÖMEROĞLU, Ömer; **Ceza Muhakemesinde Hakim ve Savcının Yasaklılığı, Reddi ve Çekinmesi**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, s. 90-92.

objektif olmalıdır⁹⁵. Dahası adil yargılanma hakkının varlığının da savcının çekinmesi ve reddi için bir dayanak teşkil ettiği ifade edilmektedir⁹⁶. Yani savcının, mağduru olduğu suça ilişkin soruşturma yapmaması ve dava açmaması, yalnızca temenni edilecek bir durum değil, adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Tüm bu sebeplerle Mahkeme'nin bu durumu göz önünde bulundurması gerekirdi.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda verilen kararlarında yaptığı yorum, bu kavramın düşünsel temellerinin önemini ortaya koymaktadır. Artık yorum sürecinde kullanılan yöntemler ve araçlardan bahsetmek gerekir.

3. Yorum Terminolojisi: Yorum Yöntemleri ve Yorum İlkeleri Kavramları

Türk hukuk doktrinde yorum yöntemleri, yorum ilkeleri ve yorum araçları kavramları sıklıkla kullanılmaktadır; ancak çeşitli kaynaklarda bu kavramlar birbirinin yerine kullanıldığı için terminolojik bir karışıklık söz konusudur⁹⁷. Bu durum İngilizce doktrinde de böyledir. Özellikle yorum yöntemleri (*interpretation methods* veya *methods of interpretation*) ve yorum ilkeleri (*interpretation principles* veya *principles of interpretation*) kavramlarının birbirleri yerine kullanıldığı görülmektedir⁹⁸.

Hukukta yorum terminolojisi konusunda yapılan güncel bir tasnif, Hanneke Senden'in 2011 yılında yayımlanan "*Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System*" isimli eserinde bulunmaktadır. Senden'in tasnifine göre, yorum yöntemleri ve yorum ilkeleri, yorum araçları kavramının iki alt kavramıdır. *Yorum yöntemleri*, bir hükmün anlamının belirlenmesi için belli bir yönde akıl yürütülmesini sağlayan nesnel yorum araçlarıdır. Bunlar lafzi, tarihi, (amaçsal) teleolojik ve sistematik yöntemler olarak karşımıza çıkar. *Yorum ilkeleri* ise farklı yorum yöntemlerinin izlenmesi ile ortaya çıkacak

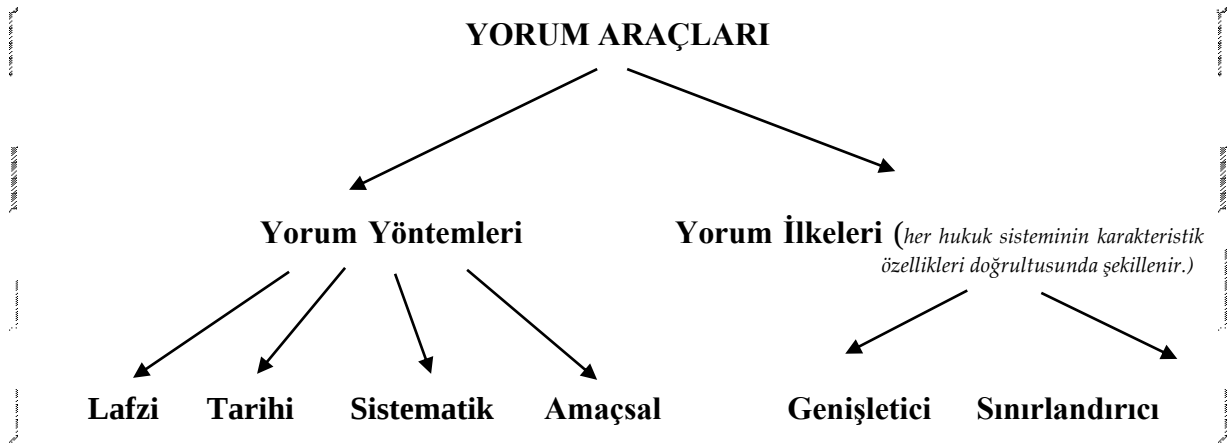
⁹⁵ Avrupa Konseyi tarafından 2005 yılında Budapeşte'de düzenlenen Avrupa Savcılar Konferansı'nda kabul edilen Budapeşte İlkeleri de bu yöndedir. Bu yönde ve bu görüşün savunusu için bkz. ÖMEROĞLU, (2012), s. 92-95.

⁹⁶ CENTEL, Nur; "Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı", **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2004, s. 208 vd.

⁹⁷ Örneğin Kemal Gözler, yorum ilkeleri kavramını yorumu objektifleştirecek olan, tabi hukuktan çıkan ve pozitif bir dayanağı olmamasına karşın hakim uyması gereken kurallar olarak değerlendirmekte, çalışmasında bu kuralları formüle etmeye çalışmaktadır. GÖZLER, Kemal; "Yorum İlkeleri", **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması**, (ed. Ozan ERGÜL), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2012, s. 18-22.

⁹⁸ MATSCHER, Franz; "Methods of Interpretation of Convention", **The European System for the Protection of Human Rights** içinde, (eds. R. St. J. MACDONALD, Franz MATSCHER, Herbert PETZOLD), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1993, s. 63.

sonuçlar arasında isabetli bir tercih yapmaya yarayan amaçları ifade eder. Yorum ilkeleri, hükmün anlamını belirlemeye çalışmaz; hükmün anlamının hangi yöntemle nasıl tespit edileceği konusunda fikir verir. Bunlar genişletici veya sınırlandırıcı (dengeleyici) olabilir. Örneğin temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında sıklıkla kullanılan; evrimsel yorum, özerk kavramlar doktrini, genişletici; pozitif yükümlülükler doktrini hem genişletici hem sınırlandırıcı; ölçülülük ilkesi ve takdir marjı doktrini ise sınırlandırıcı yorum ilkelerine örnektir⁹⁹. Bunlar şu şekilde gösterilebilir:



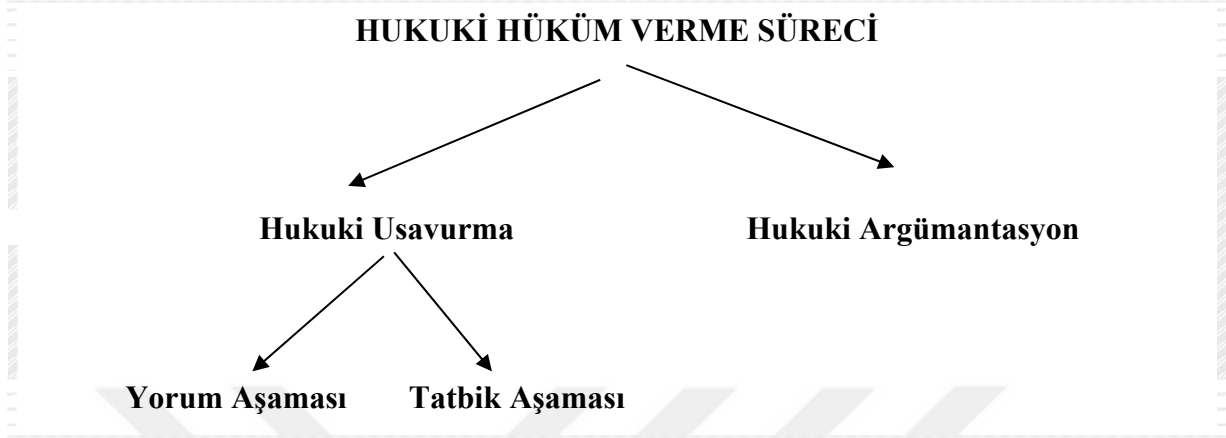
Yorum yöntemleri ile yorum ilkeleri, hakimın hukuki hüküm verme süreci olarak adlandırılan iki aşamalı bir sürecin farklı aşamalarında uygulanır; böylece anlam kazanır. Bunlar, *hukuki usavurma (legal reasoning)* ve *hukuki argümantasyon* aşamalarıdır¹⁰⁰. Bunlardan ilki hakimın doğru kararı bulma sürecidir. İkincisi ise hakimın kararını vermesinden sonra bunu gerekçelendirmesi aşamasıdır¹⁰¹. Bunlardan

⁹⁹ SENDEN, Hanneke; *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System: An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intersentia, School of Human Rights Research, No: 46, 2011, s. 46.

¹⁰⁰ Feteris, bunlardan ilkinke *keşif konteksti*, ikincisine ise *gerekçelendirme konteksti* adını vermektedir. FETERIS, (2010), s. 17, Uzun ise bu iki aşamayı *hukuksal usavurma* ve *hukuksal usamlama (kanıtlama, argümantasyon)* olarak ifade etmektedir. UZUN, Ertuğrul; “Hukuksal Usavurmada Dedüksiyonun Yetersizliği Üzerine”, *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar IV. Sempozyumda sunulan bildiri*, İstanbul, 2008, s. 1, <http://erugrulu.home.anadolu.edu.tr/HFSA2008.pdf>. Esasında Feteris de kendi kavramsallaştırmasında bu aşamaları belirtilen isimlerle desteklemiştir. Bu yüzden burada Uzun’un bu aşamalara verdiği Türkçe isimler olan *hukuki usavurma* ve *hukuki argümantasyon* isimleri kullanılacaktır.

¹⁰¹ FETERIS, (2010), s. 17-18, UZUN, (2008), s. 1.

hukuki usavurma da kendi içinde ikiye ayrılır; yorum ve tatbik aşamasından oluşur. Bu durumda bu aşamalar da şu şekilde gösterilebilir:



Hukuki usavurma faaliyeti, yorumun içinde bulunduğu hukuki faaliyettir. Hukuki usavurma; belli bir durum ya da olayın, hukuk kuralları ve uygulaması açısından ifade ettiği anlamı bulma faaliyeti olarak tanımlanır. Yani aslında bu faaliyet, hakimin hüküm tesis etme sürecini ifade eder. Bu süreçte hakim, önüne gelen vakıaları araştırır, bunları bulur ve bunlara uygulanacak hukuku tespit eder¹⁰². Bu süreç iki aşamadan oluşur: Birincisi, yorum (*interpretation*) aşamasıdır; ikincisi ise tatbik (*application*) aşamasıdır¹⁰³. Yorum aşamasında hakim, somut olaya uygulanacak kuralı tespit eder. Bu aşama, somut olaya uygulanacak kural ve ilkeler arasında yapılan bir tercihtir. Böylece hakim, olaya uygun kural veya ilkenin anlam ve kapsamını tayin eder. Tatbik aşamasında ise kural veya ilkenin olaya uygulanması, yani dava hakkındaki nihai kararın verilmesi söz konusudur¹⁰⁴.

Hakim hükme ulaştıktan sonra yeni bir aşama başlar. Bu aşama hukuki argümantasyon aşamasıdır¹⁰⁵. Bu aşamada hakim bir karar metni oluşturur. Bu metin, hakimin söz konusu kararı niçin verdiğini anlatan gerekçeler bütünüdür. Bu aşama,

¹⁰² Bu süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. UZUN, (2008), s. 2-4,

¹⁰³ SENDEN, (2011), s. 7.

¹⁰⁴ UZUN, (2008), s. 2.

¹⁰⁵ Hukuk uygulamasında, hakimler, argümantasyon aşamasını çoğunlukla hüküm tesis etme sürecinde ele alır. Bu sebeple bu iki aşamanın kesin çizgilerle ayrımı oldukça güçtür. Buna karşın söz konusu ayrım, hakimlerin kullandığı argümantasyon araçlarını değerlendirmek amacıyla pedagojik olarak yapılır. Bu yönde bkz. FETERIS, (2010), s. 18.

kararı oluşturan ilke ve kuralların niçin seçildiğini açıklayan aşamadır¹⁰⁶. Bu çalışmada özellikle hukuki usavurma aşaması ele alınacaktır. Çünkü önem arz eden konu, temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı ve kapsamıdır. Buna da hukuki usavurma çerçevesinde yapılan yorumla ulaşılır. Buna karşın tatbik aşaması da önemlidir. Çünkü bu aşamada yorum yoluyla tespit edilen temel hakka bir müdahalenin olup olmadığı değerlendirilir. Müdahale varsa da bu müdahalenin o temel hakkı ihlal edip etmediği belirlenir¹⁰⁷.

Yorum yöntemleri ve yorum ilkeleri arasındaki ayırım, yorum ve tatbik aşaması arasındaki ayrımla anlam kazanır. Çünkü yorum yöntemleri, somut bir olayda hangi temel hakkın değerlendirileceği noktasında yol göstericidir. Bu yöntemler, hakkın kapsamını belirleyici bir işlev gösterirler. Bu sebeple yorum aşamasında kullanılırlar. Yorum ilkeleri ise hakkın ihlali konusunda hüküm verilirken, yani tatbik aşamasında kullanılır. Bunlar vasıtasıyla hakka yönelik müdahalenin ölçülülüğü ve kamusal yetkinin takdir marjı değerlendirilir¹⁰⁸. Yani bu ilkeler belli bir yorum yönteminin hakim tarafından seçilmesini sağlarlar. Bu sebeple de yorum aşaması adı verilen aşamayı tamamlarlar. Böylece yapılan yorum tatbik edilerek anlam kazanmış olur.

a. Yorum Yöntemleri

Yorum yöntemlerini sistematik olarak ortaya koyan ilk düşünür şüphesiz Savigny'dir. Yazara göre yorum, “*kanunda içkin olan düşüncelerin (kanunun oluşumundaki düşünceler anlamında) yeniden inşasıdır*”¹⁰⁹. Bu doğrultuda Savigny, yaklaşık 150 yıl önce, dörtlü bir ayrıma giderek yorum yöntemlerini ortaya koymuştur.

¹⁰⁶ Şunu belirtmek gerekir: Argümantasyon ile gerekçelendirme aynı şey değildir. Bu iki kavram da kesinliğin bulunmadığı, ancak iddiaların çeşitli sebeplerle savunulduğu durumlar için kullanılır. Buna karşın argümantasyon daha rasyonel araçların kullanıldığı bir kanıtlama şeklidir. Gerekçelendirme (*justification*) ise bir iddiaya haklılık ve meşruluk kazandırmak amacını güden bir faaliyettir. Türk doktrininde de sözcüklerin bu çağrışımsal anlamı sebebiyle *hukuki argümantasyon* kavramı kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. UZUN, Ertuğrul; **Akıl Tutkunu Hukuk: A. Peczenik'in Hukuki Argümantasyon Teorisi Üzerine Bir İnceleme**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 20.

¹⁰⁷ SENDEN, (2011), s. 7.

¹⁰⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SENDEN, (2011), s. 7, ayrıca s. 44-47.

¹⁰⁹ ACAR, Ali; “Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt I, sayı: 1, 2006, s. 80.

Bunlar, lafzi (sözel), tarihi, sistematik ve amaçsal (teleolojik, gai) yorum yöntemleridir¹¹⁰.

Lafzi yorum; bir kavramın sözcük anlamından hareketle onun anlamını ortaya koymaktır¹¹¹. Lafzi yorum oldukça basittir; yorumun ilk ve en temel aşamasıdır. Bu yöntem, anlamı açık olan kavramlara uygulanır; ancak elbette tek başına yetersizdir¹¹².

Tarihsel yorum yöntemi, kanun koyucunun subjektif iradesinin araştırılmasını esas alır. Bu yöneme başvurulurken kullanılacak kanun metniyle ilgili olan hazırlık çalışmaları, gerekçeleri ve parlamentodaki görüşme tutanakları değerlendirilir. Bu yöntemde kanunun amacı, kanun koyucunun subjektif niyetiyle özdeştir. Halbuki bu iradeye yalnızca tarihsel yorumla ulaşılmaz; diğer yorum yöntemleri ile de ulaşılır. Bu sebeple tarihsel yorum yöntemi, kanun koyucunun iradesine ulaşmada tek başına yeterli değildir¹¹³.

Sistematik yorum yöntemi, bir normun hukuk sistemi içerisindeki konumuna göre yorum yapılmasıdır. Bu yorum yapılırken ilgili normun başka norm, hedef ve ilkelerle ilişkisi göz önüne alınır¹¹⁴. Bu yöntem aslında bütünlük olarak hukuk idealiyle iç içedir. Hukukun kurumsal olarak bir normlar sistemi bütünü olduğu anlayışına dayanır. Bu yönüyle sistematik yorum yöntemi, amaçsal yorum yöntemini tamamlayan bir niteliğe sahiptir¹¹⁵.

Amaçsal yorum yöntemi; bir normun objektif anlam ve amacının tespit edilmeye çalışıldığı yorum yöntemidir¹¹⁶. Kanun koyucu, belli bir amaca ulaşma düşüncesiyle hareket eder. Ancak zamanın değişen gerekleri, norm metninin amacının objektif olarak belirlenmesini gerektirir. Amaçsal yorum, normların, uygulandığı zamanın gerekleri ve

¹¹⁰ Savigny'den önce bu yöntemler Roma Hukuku döneminde de incelenmiştir. Ancak Savigny, yalnızca sözel-mantıksal yorum yöntemleri olarak belirlenen ikili şablonu, sözel, mantıksal, tarihi ve sistematik yorum yöntemleri olarak dörtlü bir şablonla ele almıştır. Bu yönde bkz. ODER, Bertil Emrah; **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**", Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 10.

¹¹¹ METİN, Yüksel; **Anayasanın Yorumlanması**, Asil Yayın Dağıtım, Isparta, 2008, s. 15-18.

¹¹² ODER, (2010), s. 33, METİN, (2008), s. 16, 18., GEDİK, (2013), s. 30-31.

¹¹³ Oder, kanun koyucunun subjektif niyetinin kategorileri aşan bir tür olarak nitelendirildiğini belirtmektedir. Bu yönde bkz. ODER, (2010), s. 74, ayrıca bkz. GEDİK, (2013), s. 32, METİN, (2008), s. 20.

¹¹⁴ FETERIS, (2010), s. 14.

¹¹⁵ METİN, (2008), s. 23.

¹¹⁶ METİN, (2008), s. 24, 134.

anlayışına göre yorumlanmasını esas alır¹¹⁷. Böylece tarihsel yorum yönteminden ayrılır.

Klasik yorum yöntemlerinin yanında “*özel hukuksal argüman biçimleri*” adı verilen birtakım ek yöntemler bulunmaktadır¹¹⁸. Bu araçlar, sistematik veya amaçsal yorumda veya boşluk doldurmada kullanılırlar. Bunların en bilinenleri; mefhum-u muhalif argümanı (*aksi ile kanıt, argumentum a contrario*), analoji (*kıyas, argumentum a simili, ad simile*), evleviyet kuralı, (*argumentum a fortiori*), abeslik argümanı (*argumentum ad absurdum*) ve tutarlılık argümanıdır (*argumentum a coherentia*)¹¹⁹.

Evleviyet kuralı, çoğun içinde azın da bulunacağı veya bütün için doğru olan şeyin parçalar için de doğru olacağı esasına dayanır¹²⁰. Analoji (kıyas), belirli bir durum için konulmuş bulunan normun, o duruma benzeyen fakat hakkında hüküm bulunmayan başka bir duruma da uygulanmasıdır¹²¹. Tutarlılık argümanı, hukuk kurallarının öncelik-sonralık, özellik-genellik ve astlık-üstlük ilişkisi içerisinde uygulanması anlamına gelir¹²². Abeslik argümanı, kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği varsayımına dayanır. Son olarak mefhum-u muhalif argümanı, bir hukuk kuralının belirli bir hukuki duruma bir sonuç bağlamışsa, bu durumun dışında kalan bütün diğer durumların, bu sonucun aksi hukuki sonuçlara tabi olmasıdır¹²³.

b. Yorum İlkeleri

Yorum yöntemleri ve hukuksal argümanların tamamı, geleneksel yorum öğretisine mündemiçtir. Türk doktrininde yorum konusunda yapılan çalışmaların tamamına yakını da mahkeme kararlarının bu yöntemler bağlamında incelenmesiyle

¹¹⁷ GEDİK, (2013), s. 39.

¹¹⁸ Bu kavramsallaştırma, Türk doktrininde Oder tarafından yapılmıştır. ODER, (2010), s. 13. Bu kavramlara Feteris’in eserinde de yer verilmiştir. Eserin çevirmeni Uzun tarafından bu kavram “özel hukuki argüman formları” şeklinde ifade edilmiştir. FETERIS, (2010), s. 14. Burada daha anlaşılır olduğu düşünülen Oder’in kavramsallaştırması kullanılacaktır.

¹¹⁹ Bu argümanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ODER, (2010), s. 13-22.

¹²⁰ Evleviyet kuralı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, Kemal; **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s. 178-181.

¹²¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, (1998), s. 173-176, ayrıca ACAR, (2006), s. 80-81.

¹²² Hukuk normlarının tutarlılıkla uygulanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, Kemal; **Hukukun Temel Kavramları**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s. 127-130.

¹²³ GÖZLER, (1998), s. 176-178.

ortaya çıkmıştır¹²⁴. Ancak mahkemelerin hangi yorum yöntemini kullanacağı konusunda belli bir kural yoktur¹²⁵. Çünkü hakimler karar verirken verili bir biçimde yorum yöntemlerini uygulamazlar. Zaten pek çok hukuk sistemi, mahkemeleri yorum yöntemleri konusunda tercihe de zorlamaz. Bu sebeple mahkemeler, hukuk kurallarının anlamını belirlerken yorum yöntemlerinden hangisini kullanacaklarını davanın olguları ışığında tespit ederler¹²⁶. Türk Anayasa Mahkemesi'nin de yorum yöntemleri konusunda bir önceliği yoktur. Gedik' göre; “*Somut olayların özellikleri, AYM'nin bu klasik yöntemlerden birini diğerine tercih etmesinde belirleyici ölçü olmuştur. Bundan hareketle AYM'nin bir yorum yöntemini diğerine tercih ettiğini söylemek oldukça güçtür. ...Kaldı ki, Mahkeme, kararlarının çoğunda bu yorum türlerinin birkaçını, bazen de tamamını bir arada kullanmaktadır*”¹²⁷.

Hal böyleyken yorum yöntemlerinin tek başına incelenmesi çok verimli olmaz. Çünkü bu incelemeler, mahkemelerin verdikleri kararlarda hangi yöntemleri kullandığını gösterir; ancak bu yöntemleri hangi sebeplerle kullandıklarını göstermez. Bu yüzden temel hak ve özgürlüklerin yorumu da yeni bir sistematik ve yaklaşımla ele alınmalıdır. Bu yeni sistematığın merkezinde ise yorum ilkeleri vardır¹²⁸.

Öncelikle yukarıda belirtilen ilke temelli hukuk anlayışındaki ilkelerle yorum ilkeleri arasındaki farkı ortaya koymakta fayda vardır. “*İlke temelli hukuk*” ibaresinde kullanılan anlamıyla ilkeler, “adalet ilkeleri”dir. Bunlar; pozitif hukuk metinlerinden çıkarılamayan, ancak hukuk içerisinde yer alarak hukuka bazı ahlaki yükümlülükler yükleyen ilkeler olarak tanımlanmaktadır¹²⁹.

¹²⁴ Bu çalışmada kullanılan kaynaklardan Bertil Emrah'ın Oder'in *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Yüksel Metin'in *Anayasanın Yorumlanması*, Ömer Gedik'in *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi* isimli eserleri, bunların en önemlileri arasında yer almaktadır.

¹²⁵ Bu konuda McCormick tarafından yapılan çalışmalar vardır. Yazara göre mahkemeler öncelikli olarak lafzi yoruma işaret eden linguistik argümanları dikkate almalı, bununla sonuca ulaşamıyorsa sistemik argümanları, bununla da sonuca ulaşamadığı takdirde amaçsal argümanları dikkate almalıdırlar. Bu yönde bkz. FETERIS, (2010), s. 16-17.

¹²⁶ FETERIS, (2010), s. 16- 17.

¹²⁷ GEDİK, (2013), s. 149.

¹²⁸ Esasen Türkiye'de yorum yöntemlerinin değil, fakat yorum ilkelerinin üzerine inşa edilen sistematikte yapılmış bir çalışma da vardır. Bu çalışma, Mehmet Şerif Yılmaz'ın “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri” başlıklı çalışmasıdır. YILMAZ, Mehmet Şerif; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, özellikle s. 69-122.

¹²⁹ DEMİRDAL, M. Balkan; **Adalet İlkeleri ve Türk Hukukundaki Serüveni**, Lykeion Yayınları, Ankara, 2017, s. 122.

Adalet ilkelerinin hukuk içindeki konumunu kavrayabilmek için öncelikle hukuki norm kavramını doğru anlamak gerekir. Son zamanlarda oldukça yaygın olarak ifade edilen bir görüşe göre hukuk normu ile norm metni farklı şeylerdir. Norm metni, bir emir veya yasak içeren yazılı bir kuraldır. Norm ise bu metnin yorumlanması ve anlamlandırılması sonucunda ortaya çıkan programı ifade eder¹³⁰. Bu durumda hukuki norm, yalnızca yazılı kurallardan oluşmaz; örneğin Alexy'ye göre her norm ya bir kural ya da bir ilke niteliğindedir¹³¹. Bu durumda ilkeler, hukuki ve maddi olarak mümkün olan en azami ölçüde yerine getirilmesi gereken normlar haline gelir. Yazılı kuralların aksine ilkelerin birbirleri ile çatıştıkları durumlarda, bunlar arasında belli ölçülerde bir dengeleme yapılır¹³². İşte yorum ilkelerinin önemi ve kullanım alanı burada kendini gösterir.

Yorum ilkeleri, lafzi anlamları genişleten veya daraltan çoğunlukla teleolojik, sistematik veya tarihsel kanıtlar olarak tanımlanır¹³³. Yorum yöntemleri ve adalet ilkeleri, yorum ilkeleri ile anlam kazanırlar¹³⁴. Çünkü yorum ilkeleri, hem geleneksel yorum yöntemlerini hem de adalet ilkelerini şekillendiren vasıtalarlardır. Bunlar, yorum yöntemlerini birbirlerine eklemler. Adalet ilkelerini ise somut ve kullanılabilir hale getirir.

Yorum ilkelerinin en önemlileri genişletici ve daraltıcı (dengeleyici) yorumdur¹³⁵. Bu ilkeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da etkin bir biçimde kullanılmaktadır¹³⁶. Hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni etkin bir uluslararası insan hakları koruma mekanizması haline getiren olgunun, bu araçların ileri düzeyde kullanımı olduğunu söylemek mümkündür¹³⁷.

Özellikle temel hak ve özgürlüklerin yorumunda genişletici yorum büyük önem arz eder. Genişletici yorum, evrimsel yorum ve özerk kavramlar doktrini gibi araçlarla

¹³⁰ ALEXY, (2002), s. 39-40.

¹³¹ ALEXY, Robert; "On the Structure of Legal Principles", **Ratio Juris**, Cilt: 13, Sayı 3, 2000, s. 295, DEMİRDAL, (2017), s. 126.

¹³² ALEXY, (2002), s. 47.

¹³³ Bu yönde yaklaşım için bkz. ODER, (2010), s. 22.

¹³⁴ KEYMAN, (2005), s. 47.

¹³⁵ Geniş ve dar yoruma örnekler için bkz. ODER, (2010), s. 22-25.

¹³⁶ KABOĞLU, İbrahim Ö.; "AİHM'nin Yorum Yöntemleri", **İnsan Hakları: Konferans, Panel ve Sempozyumlar**, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 2007, s. 309.

¹³⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlükleri yorumlarken yorum araçlarını oldukça yaratıcı bir biçimde ve temel hak ve özgürlüklerin alanını genişletici bir anlayışla kullandığı ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. MAROCHINI, Masa; "The Interpretation of The Convention on Human Rights", **Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu**, god. 51, 1/2014, s. 66-67.

hayat bulmaktadır. Pozitif yükümlükler doktrini de bu yorum aracının önemli bir ilkesidir¹³⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, temel haklar yorumunda kullandığı dengeleyici ve sınırlandırıcı yorum araçları da mevcuttur¹³⁹. Bu yorum araçlarından en önemlileri, ikincillik ilkesi¹⁴⁰, takdir marjı doktrini¹⁴¹, ölçülülük ilkesi¹⁴² ve açıkça dayanaktan yoksunluk¹⁴³ kavramlarıdır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar şunu ortaya koymaktadır: Yorum yöntemleri konusunda üzerinde kısmen de olsa uzlaşılmış bir doktrin mevcuttur; ancak yorum yöntemlerinin kullanımını belirleyen yorum ilkeleri, her bir hukuk sisteminin kendine ait karakteristik özellikleri doğrultusunda şekillenir¹⁴⁴. Bu sebeple bireysel başvuru konusunda Anayasa Mahkemesi'ne yol gösteren sistemden bahsetmek gerekir.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN KURUMSAL DÖNÜŞÜMÜNDE HUKUKSAL HERMENEUTİĞİN ROLÜ

Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin ulusal hukuklarında benimsedikleri temel hak ve özgürlükler yorumu, artık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumundan bağımsız düşünülemez. Mahkeme'nin yorumu, günümüzde ulusal hukuklarda temel hak ve özgürlükler yorumuna yol göstermektedir¹⁴⁵; dahası, bu yorum, Avrupa'da son elli yıl içerisinde insan hakları anlayışının anayasal düzeyde uygulanarak bütünleşmesine hizmet etmiştir¹⁴⁶. Böylece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yorumu, uluslararası bir sözleşmenin yorumundan ötede, ulusal mahkemelerin dikkate almak zorunda olduğu

¹³⁸ YILMAZ, (2010), s. 69, SENDEN, (2011), s. 45, KABOĞLU, (2007), s. 309.

¹³⁹ YILMAZ, (2010), s. 221.

¹⁴⁰ YILMAZ, (2010), s. 221 vd.

¹⁴¹ SENDEN, (2011), s. 7, YILMAZ, (2010), s. 271.

¹⁴² Bu ilke, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da hakka yapılan müdahalenin, toplum çıkarı ile bireyin hakkı arasında makul bir denge kurup kurmadığını tespit etmek amacıyla kullanılır. Bu yönde bkz. ÇOBAN, (2008), s. 212.

¹⁴³ ALGAN, Bülent; "Bireysel Başvurularda "Açıkça Dayanaktan Yoksunluk" Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulaması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:63, Sayı:2, 2014, s. 250 vd.

¹⁴⁴ Uluslararası antlaşmaların yorumunda benzer bir yaklaşım için bkz. AKKUTAY, Ali İbrahim; **Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 144.

¹⁴⁵ Bu yönde bkz. BJORGE, Eirik; "National Supreme Courts and Development of ECHR Rights", **International Journal of Constitutional Law**, Cilt: 9, Sayı: 1, 2011, s. 5-6, 30.

¹⁴⁶ Bu yönde bkz. CHRISTOFFERSEN, Jonas; MADSEN, Mikael Rask; "Introduction: The European Court of Human Rights Between Law and Politics", **The European Court of Human Rights Between Law and Politics**, (Eds: Jonas CHRISTOFFERSEN, Mikael Rask MADSEN), Oxford University Press, New York, 2011, s. 3-4.

bir yorumsal sistem haline gelmiştir¹⁴⁷. Örneğin Alman hukuk kültürünün başarılı bir ihracat ürünü olarak nitelendirilen Alman temel haklar düzeninin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi'nin esaslı etkisi altında olduğu belirtilmektedir¹⁴⁸. Bu durum diğer Avrupa ülkeleri açısından da böyledir¹⁴⁹. Türkiye'de de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda temel hak ve özgürlüklerin yorumunun, bu sistemin etkisi altında olduğu ifade edilir¹⁵⁰. Bu sebeple Avrupa sistemi özelinde, temel hak ve özgürlükler yorumunun uluslararası hukuktan ulusal hukuklara geçişinin ele alınması lazımdır.

A. Klasik Hermeneutikten Yeni Hermeneutik Anlayışına Geçiş

İnsan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin yorumunda klasik hermeneutiğin başlangıç zemini olduğunu söylemek mümkündür. Ancak bunların esas karakteristikleri, Gadamer'in ortaya koyduğu yeni hermeneutiğin etkisi altında şekillenir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yorumu da bunun en dikkat çekici örneklerinden biridir¹⁵¹.

1. Yorumun Uluslararası Hukuk Karakteri: Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin Yorum Sistemi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri doğrultusunda faaliyet gösteren uluslararası bir organdır. Bu sebeple uluslararası hukukun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yorumuna kaynaklık eden karakteristik özellikleri büyük önem arz eder.

Klasik uluslararası hukukun genel kabulü, uluslararası hukukta asli süjenin devletler olduğu yönündedir. Klasik uluslararası hukukta birey, devletin vatandaşı

¹⁴⁷ KELLER, Helen; SWEET, Alec Stone; "Assesing the Impact of the ECHR on National Legal Systems", **A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems**, (Eds: Helen KELLER, Alec Stone SWEET), Oxford University Press, 2008, s. 677.

¹⁴⁸ HERDEGEN, Matthias; "Anayasal Düzenin Uluslararasılaşması", (Çev: Gökhan Güneysu), **Anayasa Teorisi**, (Ed: Otto DEPENHAUER, Çeviri Editörü: İlyas DOĞAN), Astana Yayınları, Ankara, 2014, s. 294.

¹⁴⁹ Bu durum Mahkeme'nin Fransa, Birleşik Krallık ve Almanya hakkında verdiği kararlarla başlamıştır; günümüzde Mahkeme'nin üzerine daha çok çaba sarf ettiği Rusya, Türkiye, Ukrayna ve Romanya ile devam etmektedir. BJORGE, (2011), s. 8-9.

¹⁵⁰ Türk Anayasa Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını odak aldığı yönünde bkz. ŞİRİN, (2015), s. 10-11.

¹⁵¹ Bu yönde bkz. KOCH, Ida Elisabeth; **Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights**, Martinus-Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, s. 56-57.

olması sebebiyle önemlidir; bu sebeple bireyden kaynaklanan uyuşmazlıklar, devletlerin birbirlerine karşı sorumluluğu esasına dayalı olarak çözümlenir. Yani birey, uluslararası hukukta hak ve yükümlülüklerin konusu olacak bir sūje değildir. Ancak İkinci Dünya Savaşı'nın ardından bu durum değişmiştir. 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile insan haklarının tanınması ve korunması, devletlere yüklenen uluslararası bir yükümlülük haline gelmiştir. Böylece, çeşitli hukuk dallarına parçalanan uluslararası hukukta özel bir alt dal olarak insan hakları hukuku ortaya çıkmıştır¹⁵².

İnsan hakları hukukunun ortaya çıkışı ve tedrici gelişimiyle birey, uluslararası hukukun sūjesi haline gelmiştir¹⁵³. Bu durum, uluslararası hukukun insancıllaşmasına hizmet etmiştir; böylece uluslararası hukukun normatif dinamiği de kökten bir değişime uğramıştır¹⁵⁴. İnsan hakları, uluslararası antlaşmalarda yer almış, bu hakları koruyacak uluslararası mekanizmalar da bu antlaşmalarla kurularak insan hakları kavramına sistematik bir içtihadî boyut kazandırmıştır¹⁵⁵. Bu içtihadî sistem, uluslararası hukukta şekillendikten sonra da ulusal makamlar üzerinde etkili olmaya başlamıştır. Böylece insan hakları, yalnızca pozitif normlar vasıtasıyla değil, ulusal mahkemelerin yorumu yoluyla da ulusal hukuklara tesir eder hale gelmiştir¹⁵⁶. Yani, taraf devletler, uluslararası antlaşmaların maddeleriyle bağlıdırlar; ancak daha önemlisi, bu antlaşmaların yorumunun ulusal mahkemeler tarafından “*milletlerarası içtihadî bir anayasa hukuku*” olarak benimsendiği belirtilmektedir¹⁵⁷.

Bir uluslararası sözleşme olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ulusal anayasal düzenler üzerinde yorum yoluyla etkili olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁸. Yani, Sözleşme yorumu vasıtasıyla uluslararası insan hakları hukukunda yer alan yorum araçları ulusal hukuka alınmaktadır. İnsan haklarına ilişkin sözleşmelerde benzer

¹⁵² GÖÇER, Mahmut; **Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 15, 23.

¹⁵³ TUNÇ, Hasan; “Uluslararası Hukukta Gerçek Kişinin Sūjeliği Sorunu Çerçevesinde Bireysel Başvuru Hakkı” **Polis Dergisi**, Cumhuriyet'in 80. Yılına Armağan, Yıl 9, Sayı 36, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, s. 66, 75-76, AKKUTAY, (2013), s. 99-100.

¹⁵⁴ GÖÇER, (2002), s. 158.

¹⁵⁵ Bu yöndeki örnekler için bkz. ORAKHELASVILI, Alexander; “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of European Court of Human Rights”, **European Journal of International Law**, Sayı: 14, 2003, s. 531-533.

¹⁵⁶ Bu yönde bkz. ÇAVUŞOĞLU, Naz; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni “Yaşayan Belge” Yapan Yorum Teknikleri”, **İnsan Hakları Yıllığı Dergisi**, Cilt 14, 1992, s. 131.

¹⁵⁷ ÇAĞLAR, Bakır; “Milletlerarası İchtihadî Anayasa Hukuku Üzerine Notlar ya da “Hürriyetler Mekânı”nın Yargıçları”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, Cilt:1, Sayı: 2-3, 1991, s. 15-16.

¹⁵⁸ HERDEGEN, (2014), s. 293.

durumlar, dünyanın diğer bölgeleri için de geçerlidir. Bunun en önemli örneklerinden biri Güney Amerika'dır. Güney Amerika'da, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Amerikan Devletleri İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumu vasıtasıyla ulusal hukuk düzenlerinin temellerine müdahale ettiği ifade edilmektedir¹⁵⁹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ilk yıllarında, uluslararası hukukun yorum konusundaki yerleşik kurallarına uygun bir biçimde yorumlanmıştır; hala da bu sistemden kalan bir yaklaşım mevcuttur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 18 Aralık 1996 tarihli Loizidou davasında verdiği kararda “*Sözleşme’ye egemen olan ilkelerin boşlukta yorumlanamayacağını*” ifade ederek Sözleşme’nin bağlı olduğu düzenin uluslararası hukuk düzeni olduğunu belirtmiştir¹⁶⁰. Yorumla ilişkin söz konusu kurallar, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nde yer alır. Mahkeme de yaptığı yorumda belirtilen Viyana Sözleşmesi hükümlerini esas aldığını açıkça belirtmektedir¹⁶¹.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 1969 yılında akdedilmiştir. Sözleşmenin yoruma ilişkin kuralları 31-33. maddelerinde yer almaktadır. Sözleşme’nin 31. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “*Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.*” Buna göre uluslararası antlaşmalar, lafza bağlı kalınarak Sözleşme’nin konusu ve amaçları çerçevesinde iyi niyetle yorumlanır. Yani Viyana Sözleşmesi, yapılan yorumun öncelikli olarak metne bağlı olmasını, gerçek anlamı yansıtmalarını öngörmektedir¹⁶². Bu durumda yorumcu, metni çalışmasının başlangıç noktası olarak ele almak zorundadır. Bu durumun, metnin sözleşmesel ilişkileri karakterize eden ve istikrarı güvence altına alan objektif bir unsur olmasından kaynaklandığı ifade edilir¹⁶³.

Viyana Sözleşmesi’nin 32. maddesi, tamamlayıcı yorum kurallarına yer vermektedir. Buna göre; “*31. maddenin uygulanmasından hasıl olan manayı teyid etmek veya 31. maddeye göre yapılan yorum,*

a. manayı muğlak veya anlaşılmaz bırakıyorsa,

¹⁵⁹ HERDEGEN, (2014), s. 295-296.

¹⁶⁰ GÖÇER, (2002), s. 24.

¹⁶¹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara, 2007, s. 139.

¹⁶² AKKUTAY, (2013), s. 144-145.

¹⁶³ YILMAZ, (2010), s. 24, 26.

b- çok açık bir şekilde saçma olan veya makûl olmayan bir sonuca götürüyorsa, manayı tespit etmek için antlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve yapıma şartları dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir.” Bu madde, 31. maddede belirtilen lafzi yorumun anlamsız kaldığı durumlarda yapılacak yoruma yol göstermektedir. Bu doğaldır; çünkü daha önce de belirtildiği gibi lafzi yorum, yorumun ilk ve en temel aşamasıdır. Bunun diğer yöntemlerle tamamlanması gerekir. Tamamlayıcı unsurlar ise 31. maddede belirtilen konu ve amaç unsurlarıdır; bunun yanı sıra tarafların subjektif iradesinin de dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede antlaşmanın hazırlık çalışmaları ve yapıldığı koşullara bakılmalıdır¹⁶⁴.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin benimsediği yorum anlayışı, klasik hermeneutiğe paraleldir. Sözleşme, metne bağlılığı esas alır; metne bağlılığın mümkün olmadığı durumlarda da yorumcuya, metin yazarının subjektif iradesini gösterir. Bunun temel sebebi uluslararası antlaşmaların devletlerin egemenliklerini sınırlaması ve bunlara hak ve yükümlülükler getirmesidir; bu sebeple uluslararası antlaşmaların metne sıkı sıkıya bağlı bir şekilde yorumlanması arzu edilir¹⁶⁵.

Uluslararası insan hakları hukukunun süjesi devlet değil bireydir. İnsan hakları hukukunun yapısı bu sebeple klasik uluslararası hukukun yapısından farklıdır. İnsan haklarına ilişkin uluslararası denetim organları, haklara ilişkin sözleşmelerin özel niteliğini göz önüne alırlar. Bu sebeple de sözleşmeleri, yalnızca konu ve amacı ve Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nde belirtilen tamamlayıcı yorum kuralları ile yorumlamazlar; bunları birer “*yaşayan belge*” niteliğinde yorumlama eğilimindedirler¹⁶⁶. Bu durum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 1970’li yıllardaki içtihadında açıkça görülebilir.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Evrimsel Yorum ve Özerk Kavramlar Yoluyla Kurumsal Meşruluğunu Oturtması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen olaylarda lafzi yorum ile Sözleşme’nin konu ve amacını esas aldığını, ilk kararlarından itibaren açıkça belirtme ihtiyacı hissetmiştir. Bu hususlar bilahare Viyana Sözleşmesi’nde de yer almıştır. Ancak

¹⁶⁴ Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, (2010), s. 32-35.

¹⁶⁵ Bu yönde bkz. AKKUTAY, (2013), s. 145.

¹⁶⁶ GÖÇER, (2002), s. 116.

Mahkeme'nin, esas olarak, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin özel niteliğini dikkate aldığı ve Sözleşme'yi “yaşayan belge” olarak yorumladığı görülür. Mahkeme'nin, bu doğrultuda, insan hakları hukukunun niteliğinden kaynaklanan ikili bir yorum sistemi benimsediği ifade edilmektedir¹⁶⁷. Aslında bu iki sistem, iki zıt paradigma olan klasik ve yeni hermeneutik anlayışlarının Mahkeme yorumuna yansımından başka bir şey değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi niçin bu iki zıt paradigmayı bir arada kullanır? Bu sorunun cevabı, Mahkeme'nin uluslararası bir organ olarak meşruluğunu sağlama çabasında gizlidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kurulduğu günden bu yana başarılması güç bir görevi vardır. Mahkeme, farklı hukuk sistemlerinin sentezini yaparak insan hakları konusunda ortak bir Avrupa standardı yaratmaya çalışır¹⁶⁸. Ancak bunu yaparken dikkatli olması lazımdır. Çünkü egemenliklerine kıskançlıkla sahip çıkan devletler, kendilerine yönelik ihlal kararları sebebiyle Sözleşme sisteminden çıkabilirler¹⁶⁹; bu da bir domino taşı etkisi yaratabilir. Böylece Sözleşme sistemi de etkisiz kalır. Kurulduğu günden bu yana Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ipin üzerindeki bir cambaz gibi bu dengeyi gözetmiştir. Bir tarafa ağırlık verirse temel hak ve özgürlükler etkin korunamayacak, diğer tarafa ağırlık verirse bu sefer devletlerin sistemi tehdit eden tepkisi ile karşı karşıya kalınacaktır. Bu sebeple Mahkeme, kuruluşundan itibaren bir meşruluk tartışmasının konusu olmuştur¹⁷⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kurulduğu yıllarda Sözleşme metnine bağlılık prensibine yakın durması, klasik hermeneutik anlayışını benimsediği anlamına gelir. Ancak zaman içinde Mahkeme, temel hak ve özgürlükleri daha etkin koruyabilmek adına klasik hermeneutikten yeni hermeneutiğin kabullerine yönelmiştir. Bu doğrultuda da çok önemli bir yorum ilkesini kendisine rehber edinmiştir: Bu ilke

¹⁶⁷ ALTIPARMAK, Kerem; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yorum Yöntemleri”, 29 Kasım 2011 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nde Sunulan Tebliğ, **Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları**, (Eds. Musa SAĞLAM, Serdar GÜLENER, Recep KAPLAN), Anayasa Mahkemesi Yayınları, I. Cilt, Ankara, 2013, s. 438.

¹⁶⁸ GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, (2007), s. 139.

¹⁶⁹ ÇOBAN, (2008), s. 189.

¹⁷⁰ Bu yönde bkz. FØLLESDAL, Andreas; PETERS, Birgit; ULFSTEIN, Geir; “Introduction”, **Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context**, (Eds: Andreas FØLLESDAL, Birgit PETERS, Geir ULFSTEIN), Cambridge University Press, New York, 2013, s. 12-13.

temel hak ve özgürlükleri genişletici yorumdur¹⁷¹. Mahkeme kararlarının niteliği değişen seyri izlendiğinde bu husus ortaya çıkar.

Mahkeme, ilk kararını 14 Kasım 1960 tarihinde vermiştir; karar, bir İrlanda Kurtuluş Ordusu üyesinin tutuklanmasına ilişkin *Lawless v. İrlanda Kararı*'dır. Daha sonra Mahkeme, bu konuda iki karar daha vermiş, nihai kararını ise 1 Temmuz 1961'de almıştır. Mahkeme, bu kararlarında yorumun genel kurallarına atıfta bulunmuştur; bu doğrultuda Sözleşme'nin 5. maddenin 1. fıkrasının (c) bendinin yorumu ile ilgili olarak metnin yeterince açık olduğunu belirtmiştir¹⁷². Yani lafzi yorum yapmıştır. Mahkeme, aynı kararda, Sözleşme'nin 15. maddesi ile ilgili olarak, "*Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike*" terimini de aynı doğrultuda yorumlamıştır¹⁷³.

Mahkeme, 1960'lı yıllarda verdiği kararlarında Sözleşme'nin yorumuna ilişkin klasik hermeneutikçi tavrını korumuştur. Bunu da Sözleşme'de geçen terimleri mutlak anlamlarını (*ordinary meaning*) belirlemeye çalışarak yapmıştır¹⁷⁴. Bunların en ünlülerinden biri, Belçika Dil Davası'dır. Davaya konu olan olayda Belçika Hükümeti, ülkesinde yalnızca Felemenkçe konuşulan bölgelerde, öğretim dili Fransızca olan okulların açılmasını reddetmiştir. Bu sebeple dava, Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Mahkeme, benimsediği yorumu, kararda ayrıca bir başlık açarak belirtmiştir. Kararda yorumlanan madde, eğitim hakkını düzenleyen Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesidir. Mahkeme, eğitim hakkını düzenleyen bu maddede, ana babanın *dini ve felsefi inançlarının* göz önüne alınmasından başka bir hususun belirtilmediğini, dil temeline dayanan Fransızca eğitim talebinin eğitim hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir¹⁷⁵. Yani lafzi yorumdan öteye gitmemiştir. Mahkeme, bu kararında ayrıca özel hayata saygı hakkını düzenleyen 8. ve ayrımcılık

¹⁷¹ MAROCHINI, (2014), s. 67.

¹⁷² *Lawless v. Ireland, Application No: 332/57*, 01.07.1961, (esas hakkında) § 14.

¹⁷³ YILMAZ, (2010), s. 20.

¹⁷⁴ Bu yönde bkz. ROCA, Javier Garcia; "The Preamble, The Convention's Hermeneutic Context: A Constitutional Instrument of Public Order", *Europe of Rights: A Compendium on The European Convention of Human Rights*, (Eds: Javier Garcia ROCA, Pablo SANTOLAYA), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, s. 2-3.

¹⁷⁵ *Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" V. Belgium (Merits), Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64*, 23.07.1968, (Interpretation Adopted by Court başlığı altında) § 6.

yasağını düzenleyen 14. maddelere de aynı doğrultuda yaklaşmış, bunların madde metninden çıkan anlamlarını yorumlamaya yönelmiştir¹⁷⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önemli bir kararı, 1968 yılında Wemhoff v. Almanya Davası'nda verdiği karardır. Davaya konu olan olayda Wemhoff isimli Alman vatandaşı, tutukluluğunun uzun sürdüğü gerekçesiyle Mahkeme'ye başvurmuştur. Bu davada Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında geçen “*yargılama (trial)*” kelimesini yorumlamış, soruşturmanın bu sürece dahil olduğuna ve bu aşamadaki tutulmanın da tutukluluk süresinden sayılacağına karar vermiştir¹⁷⁷. Mahkeme, bu yorumu yaparken “*Sözleşme hükümlerinin devletlerin yükümlerini asgariye indirecek şekilde değil; fakat öngörülen amaca ulaşmak ve bu Sözleşme'nin konusunu gerçekleştirmek için hangi yorumun daha elverişli olduğunu araştırarak hareket etmek gerekir*”¹⁷⁸.” demiştir. Yani, Mahkeme, klasik hermeneutiğe mündemiç olan amaçsal ve sistematik yorum yöntemlerine de başvurduğunu ifade etmiştir.

Klasik hermenutikçi yaklaşımın 1970'lere dek sürdüğü görülür. Bu dönemde Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı'ndan oluşmaktadır; başvurular da önce komisyona yapılmaktadır. Bu dönemde kişilere doğrudan başvuru hakkı tanınmaması sebebiyle çok önemli içtihatlar ortaya konulamadığı ifade edilmektedir¹⁷⁹. Bununla birlikte Mahkeme'nin 1975 yılında verdiği ünlü Golder kararı, yepyeni bir yol açmıştır.

Golder Davası'nın önemi şudur: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu kararına dek, uluslararası hukukun genel yorum kurallarını uygulayacağını belirtmiştir. Golder Kararı, Mahkeme'nin karardan henüz 6 yıl önce akdedilen Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde yer alan yorum kurallarını esas alacağını belirttiği ilk karardır¹⁸⁰. Bunun yanında Mahkeme, söz konusu kararda cesur bir adım da atmıştır. O da Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin geniş yorumudur. Bu

¹⁷⁶ Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" V. Belgium (Merits), Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, § 35-38.

¹⁷⁷ Wemhoff v. Germany, Application no 2122/64, 27.07.1968 (esas hakkında), § 6-7.

¹⁷⁸ GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, (2007), s. 140, Wemhoff v. Germany, Application no 2122/64, 27.07.1968 (esas hakkında), § 8.

¹⁷⁹ LETSAS, George; “Intentionalism and the Interpretation of the ECHR”, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, (Eds: Malgosia FITZMAURICE, Olufemi ELIAS, Panos MERKOURIS), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, s. 259.

¹⁸⁰ ALTIPARMAK, (2013), s. 438.

yorumla Mahkeme, adil yargılanma hakkının kapsamını yalnızca görülmekte olan bir davayla sınırlamamış, aynı zamanda kişinin hukuki iddialarını bir yargı yeri önüne taşıma hakkına sahip olmasının da bu hakkın kapsamına girdiğine hükmetmiştir¹⁸¹. Yani Mahkeme, günümüzde çok önemli bir hak olan mahkemeye erişim hakkını adil yargılanma hakkından türetmiştir. Bu yorumun “*Sözleşme organları tarafından atılmış en önemli ve yaratıcı adımlardan bir tanesi*” olduğu ifade edilmektedir¹⁸². Yapılan bu yoruma karşı İngiliz hakim Fitzmaurice tarafından sonradan çok ünlü olan bir karşı oy yazılmıştır. Mahkeme üyesi, karşı oyunda, Sözleşme’nin devletlerin egemenliklerini sınırlandırarak akdedildiğini, bu sebeple de “*dikkatli ve muhafazakar*” bir yoruma tabi tutulması gerektiğini ifade etmiştir¹⁸³.

Golder kararının, Amerikan anayasa hukukunda önemli bir yeri olan sınırlı sayılmamış haklar (*unenumerated rights*) doktrininin, Avrupa’da ilk defa ortaya konduğu karar olduğu belirtilir. “Anayasada sayılmayan haklar” adıyla da bilinen bu doktrin, anayasalarda veya anayasal değer taşıyan diğer belgelerde açıkça zikredilmeyen, söz konusu hakka yönelik müdahalelerin sınırlandırılmasından hareketle varlığı kanıtlanamayan veya anayasalarda ayrıntılı biçimde düzenlenerek güvence altına alınmamış olan hakları ifade etmektedir¹⁸⁴. Bu sebeple kararda yer alan yorumsal ilkelerin, günümüzde on binleri bulan başvurular açısından çok önemli olduğu ifade edilir¹⁸⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1970’lerin ortalarında, artık yeni hermeneutik yaklaşımıyla tanışmak üzeredir. Bu dönemde Sözleşme’nin, taraf devletlerin egemenliklerini sınırlandırarak akdettikleri bir hukuki enstrüman olduğu yaklaşımı terk edilmeye başlanmıştır. Böylece Sözleşme’nin, Avrupa’da insan haklarının korunmasında nesnel yükümlülükler ortaya koyan bir belge, yani Avrupa’nın anayasal

¹⁸¹ **Golder v. United Kingdom, Application no. 4451/70**, 21.02.1975, § 28, ayrıca bkz. EKİNCİ, Ahmet; “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 3-4, 2014, s. 825.

¹⁸² REID, Karen; **Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi, Üçüncü Kitap**, (Çev. Bahar ÖCAL DÜZGÖREN), Scala Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 76.

¹⁸³ HARRIS, David; O’BOYLE, Michael; WARBRICK, Colin; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, (Çev: Mehveş BİNGÖLLÜ KILCI, Ulaş KARAN), Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Ankara, 2013, s. 6.

¹⁸⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KONTACI, Ersoy; “Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 66, Sayı 2, 2017, s. 428 vd.

¹⁸⁵ Bu yönde bkz. LETSAS, (2007), s. 61-62.

haklar bildirgesi olmasının yolu açılmıştır¹⁸⁶. Bu yaklaşım, kendisini geniş yorumun iki temel aracı ile göstermiştir. Bunlar, özerk kavramlar doktrini ve evrimsel (dinamik) yorumun ta kendisidir. Bunlardan evrimsel yorum, Sözleşme'nin “yaşayan belge” niteliğini ifade eder; bu yaklaşım ilk defa 1978'de Tyrer v. Birleşik Krallık Davası'nda ortaya konmuştur¹⁸⁷. Özerk kavramlar doktrini ise bundan iki yıl önce, 1976'da Engel v. Hollanda Davası'nda Mahkeme tarafından kullanılmıştır.

Tyrer Davası'nda, İngiltere'de lise eğitimi gördüğü sırada, okuldaki arkadaşları ile kavga eden bir öğrenciye verilen ceza söz konusudur. Bu ceza, öğrencinin pantolonunun indirilerek kendisine sopa ile dayak atılması şeklinde infaz edilmektedir; o dönem bu cezanın İngiliz mevzuatında da yeri vardır. Bu davada, Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan işkence yasağını yorumlayan Mahkeme, Sözleşme'nin “yaşayan belge” niteliğinde olduğunu ifade etmiş ve içinde bulunan zamanın koşullarına uygun yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bunun ardından da bedensel cezanın insanı nesneleştiren bir ceza olduğuna, insan onuruna aykırılık teşkil ettiğine ve işkence yasağının ihlali olduğuna karar vermiştir¹⁸⁸. Yani Mahkeme, aslında işkence yasağı adına küçük, ancak evrimsel yorum adına büyük bir adım atmıştır.

Geniş yorumun ikinci boyutu, özerk kavramlar doktrini ile ortaya çıkar. Özerk kavramlar doktrini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ünlü hakimi Matscher tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: “...özerk yorum, her şeyden önce, uluslararası bir sözleşmenin maddelerinin yalnızca ilgili devletin iç yasamasında söz konusu terimlerin sahip olduğu anlam ve kapsamı ışığında yorumlanmaması gerektiği, bir yandan Sözleşme'nin amaçları ve sistemine, diğer yandan ulusal hukuk sistemlerinin tümünden çıkan genel prensiplere başvurmak gerektiğidir¹⁸⁹.” Yani özerk kavramlar doktrini, bir hukuki kavramın yorumlanırken Mahkeme'nin kavrama verdiği anlamın ulusal hukukta kavrama yüklenen anlamdan farklı olabileceğini ifade eder. Bu doktrin, Mahkeme tarafından bir standart uygulama aracı olarak kullanılır; yani bir kavrama verilen

¹⁸⁶ HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, (2013), s. 6-7.

¹⁸⁷ DZEHTSIAROU, (2011), s.1731.

¹⁸⁸ Tyrer v. United Kingdom, Application No: 5856/72, 25.04.1978, § 31-33.

¹⁸⁹ König v. Germany, Application No: 6232/73, 28.06.1978, (Separate Opinion of Judge Matscher), çeviri Yılmaz'a aittir. YILMAZ, (2010), s. 94.

anlamın Avrupa hak koruma sisteminde özdeş şekilde anlaşılmasına, böylelikle bütünleşmeye hizmet eder¹⁹⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özerk kavramlar doktrini çerçevesinde yorumladığı ilk kavram, Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*cezai alanda ... yöneltilen suçlamalar (suç isnadı)*” kavramı olmuştur. Madde şu şekildedir: “*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, ...bir mahkeme tarafından, ... görülmesini isteme hakkına sahiptir.*” Bu ibarenin önemi şudur: Mahkeme tarafından adil yargılanma hakkının ihlali iddiasının incelenebilmesi için, başvurunun bu ihlalin medeni hak ve yükümlülüklerle veya bir suç isnadına ilişkin olduğunu kanıtlaması gerekmektedir¹⁹¹. Bu durum Engel ve Diğerleri v. Hollanda kararında özerk kavramlar doktrininin ortaya çıkmasını sağlamıştır.

Davaya konu olan olayda, Hollanda Ordusu'nda görev yapan Engel ve diğer dört subaya karşı hürriyeti bağlayıcı bir disiplin cezası uygulanmıştır. Bu kişiler, iç hukuk yollarını tükettikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Hollanda Hükümeti, yaptığı savunmada, başvuruçulara karşı yürütülen sürecin Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*cezai alanda ... yöneltilen suçlamalar*” kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceğini, bunun yalnızca bir disiplin cezası olduğunu ifade etmiştir. Yani, bu olayın adil yargılanma hakkını düzenleyen Sözleşme hükmü kapsamının dışında kaldığını iddia etmiştir¹⁹². Buna karşın Mahkeme, taraf devletin ulusal hukukunda yaptığı yorumun kendisi açısından bağlayıcı olmadığını belirtmiştir. Böylelikle başvuruçuların cezasının bir suç isnadı neticesinde verildiğine hükmederek davayı yetkisi kapsamında görmüştür¹⁹³.

Özerk kavramlar doktrini, kronolojik olarak evrimsel yorumdan önce ortaya konmuştur; ancak bu doktrinin dinamik yorumun bir sonucu ve ürünü olduğu

¹⁹⁰ Bu yönde bkz. YILMAZ, (2010), s. 100 vd.

¹⁹¹ ÇELİK, Abdullah; **Adil Yargılanma Hakkı Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s. 10-12.

¹⁹² LETSAS, George; “The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR”, **European Journal of International Law**, Sayı: 15, 2004, s. 281.

¹⁹³ **Engel and Others v. Netherlands, Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72**, 08.06.1976, § 81-82.

belirtilir¹⁹⁴. Bu durum bir rastlantı değildir. Mahkeme, 1970'lerin sonlarına doğru geliştirdiği evrimsel yorum ve özerk kavramlar doktrini bundan sonra istikrarlı bir şekilde benimsemiştir. Bu şekilde verilen kararların arasında Kjeldsen, Busk, Madsen ve Pedersen, König, Klass, Marckx, Sunday Times, Winterwerp, Dudgeon, Sporrang ve Lönroth ile Lingens Kararları sayılmaktadır¹⁹⁵. Bu durum, Avrupa'nın 1970'li yıllarda bütünleşmesine de hizmet etmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme'nin artık hukuki diploması yürüten uluslararası bir organdan bütünlüklü içtihat yaratan bir mahkeme olmaya evrildiği ifade edilir¹⁹⁶. Yani, Avrupa'da temel haklar yorumu, klasik hermeneutikten yeni hermeneutiğin kabullerine yönelmiştir. Hukuki hermeneutiğin temel hakların korunmasındaki rolü de burada devreye girer. Çünkü Mahkeme, yeni hermeneutiğin hukuki yansımaları, aslında büyük bir sosyal ve siyasi bütünleşmenin aracı olarak kullanmıştır.

B. Yeni Hermeneutik Yaklaşımının Sonuçları

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Genişletici Yorum Vasıtasıyla Etkin Bir Hak Koruma Mekanizması Haline Gelmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1980'lerden itibaren artık etkin bir temel hak koruma mekanizması haline gelmiştir. Mahkeme'nin bu kadar etkin hale gelebilmesinin çok özel bir sebebi vardır; o da demokrasinin üçüncü dalgasıdır. Yani, Avrupa'da 1970'lerin sonunda başlayarak 1980'li ve 90'lı yıllar boyunca ve Türkiye'nin de içinde bulunduğu, çoğunlukla Doğu Avrupa ülkelerinde gerçekleşen demokrasiye geçiş sürecidir¹⁹⁷.

Öncelikle şunu ifade etmek gerekir: 1980'li yıllar boyunca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, evrimsel yorum ve özerk kavramlar doktrini ile geliştirdiği temel hak ve özgürlükleri genişletici yorumunu korumaya çalışmıştır. Bununla birlikte, Mahkeme'nin zaman zaman bu yorumdan saptığı, klasik hermeneutiğin kabullerine göre de yorum yaptığı görülmektedir. Bu doğrultuda Mahkeme, 1986 yılında Johnston

¹⁹⁴ GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, (2007), s. 142.

¹⁹⁵ LESTER, Anthony; "The European Court of Human Rights 50 Years Later", **The European Court of Human Rights Between Law and Politics**, (Eds: Jonas CHRISTOFFERSEN, Mikael Rask MADSEN), Oxford University Press, New York, 2011, s. 101.

¹⁹⁶ Bu yönde bkz. MADSEN, (2011), s. 44, 48-54.

¹⁹⁷ FÖLLESDAL, PETERS, ULFSTEIN, (2013), s. 2, CHRISTOFFERSEN, MADSEN, (2011), s. 3.

ve Diğerleri v. İrlanda Kararı'nda, evlenme hakkının boşanmaya teşmil edilemeyeceğini ifade ederek¹⁹⁸ lafzi yoruma dönüş yapmıştır; nihayet 2001 yılında da lafzi yorum yöntemini uyguladığı Bankoviç ve Diğerleri v. Belçika Kararı bulunmaktadır¹⁹⁹. Elbette bu kararlar, Mahkeme'nin belirtilen ikili yorumu benimsemesinin bir sonucudur. Bununla birlikte Mahkeme'nin yeni hermeneutik doğrultusunda genişletici yorumu esas aldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlükleri genişletici yorumu cesur bir biçimde kullandığı görülmektedir. Mahkeme'nin her an çökebilecek bir uluslararası antlaşma sisteminde bu denli cesur yorum yapması nasıl mümkün olmaktadır? Bu soruya, insan haklarının özel niteliğinden ötürü diye cevap vermek mümkündür; ancak bu cevap, soruyu kapsayıcı bir şekilde yanıtlamaktan uzaktır. Mahkeme, yıllardır temel hak ve özgürlükleri cesur bir biçimde yorumlamıştır; çünkü elinde harika bir laboratuvar vardır. Bu laboratuvar, Rusya, Türkiye ve Doğu Avrupa ülkelerinden başkası değildir. Gerçekten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararların dağılımına bakıldığında demokrasiye geçiş sürecini yaşayan ülkeler hakkında artan sayıda karar çıktığı görülür. Örneğin 2005 ile 2009 yılları arasında, Avrupa Birliği'ni kuran 15 üye ülke hakkında verilen kararlar % 31.3'ten %18.9'a düşmüştür. Aynı dönemde diğer 12 üye ülke hakkında verilen kararlar ise %17.3'ten %29'a çıkmıştır²⁰⁰. 2008 yılında başvuruların % 57'si dört ülkeye karşı yapılmıştır: Bunlar; Rusya, Türkiye, Romanya ve Ukrayna'dır. Bunların içinde de Rusya, kendisinden Mahkeme'ye en çok başvuru gelen ülkedir²⁰¹. Türkiye ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin en önemli üyeleri arasındadır; 1949 yılında Avrupa Konseyi'ne üye olmuştur. Konsey'in bir organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisini ise 1990 yılında kabul etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni konu alan İngilizce literatürdeki eserlerin çoğuna bakıldığında, Mahkeme'nin Türkiye'ye ilişkin verdiği kararlara çok sayıda atıf olduğu görülür. Mahkeme'nin Sözleşme sisteminin kıdemli bir üyesi olan Türkiye'deki

¹⁹⁸ **Johnston and Others v. Ireland, Application No: 9697/82**, 18. 12.1986, § 52.

¹⁹⁹ ALTIPARMAK, (2013), s. 439.

²⁰⁰ ANAGNOSTOU, Dia; "Politics, Courts and Society in the National Implementation and Practice of European Court of Human Rights Case Law", **The European Court of Human Rights: Implementing Strasbourg's Judgments on Domestic Policy**, (Ed: Dia ANAGNOSTOU), Edinburgh University Press, 2013, s. 229.

²⁰¹ LESTER, (2011), s. 104.

hak ihlallerinin sıklığını ve boyutlarını ortaya koyarken verdiği kararların diğer ülkelere dair yargılamalarda referans içtihat olarak kabul gördüğü, böylece Türkiye'nin, istemeyerek de olsa Sözleşmenin yorumlanması ve geliştirilmesi açısından beklenmedik bir katkı sunduğu ifade edilmektedir²⁰². Bu durumun bir çifte standart yarattığına ilişkin eleştiriler de mevcuttur²⁰³. Ancak şunu belirtmek gerekir: Türkiye'nin yukarıda belirtilen önemi buradan kaynaklanır. Mahkeme'nin, temel haklara yönelik aktivist bir tutum benimserken aslında demokratik sistemi zayıf olduğu varsayılan ülkelerde insan haklarını koruduğu kabul görür; böylece meşruluğu pekişir. Daha sonra da Mahkeme'nin bu içtihadını, Avrupa Konseyi'nin kurucu üyelerindeki insan hakları ihlallerine teşmil ettiğini görmek mümkündür. İşte tam da bu sebeple Rusya, Türkiye ve Doğu Avrupa ülkelerinin Sözleşme sisteminde çok önemli bir yeri vardır. Bu ülkeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni gerçek bir mahkeme yapan ülkelerdir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin insan hakları konusunda aktivist tutumuna bir örnek Dembour tarafından verilmektedir. Bu örnek Aksoy v. Türkiye Davası'nda verilen karardır. Davaya konu olan olayda, 1992 yılında bir terörist olduğu şüphesiyle gözaltına alınan Zeki Aksoy, 16 gün yargısal bir makam önüne çıkarılmaksızın gözaltında tutulduğunu iddia etmiştir. O dönem, Türkiye'de belli bölgelerde olağanüstü hal vardır. Türk Hükümeti ise başvurucunun yargısal bir makam önüne çıkarılmaksızın 14 gün gözaltında tutulduğunu kabul etmiş, fakat bu tutulmanın terörle mücadele için olağanüstü hal döneminde alınan tedbirler neticesinde gerçekleştiğini, bu sebeple de hukuka uygun olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu, ayrıca gözaltında bulunduğu süre içerisinde işkence gördüğünü ve bedeninde kalıcı hasar oluştuğunu ifade etmiştir. Türk Hükümeti ise bu iddiaları reddetmiştir. Davanın olgularının tartışmalı olduğu Mahkeme tarafından kabul edilmiştir²⁰⁴. Davanın devam ettiği esnada başvuru, faili meçhul bir cinayete kurban gitmiştir; bu da durumu daha vahim bir hale getirmiştir. Karar da 1996 yılında verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Aksoy Davası'nda yaptığı yorum iki açıdan önem taşır. Birincisi, Mahkeme'nin davanın delilleri konusunda değerlendirme

²⁰² CENGİZ, Serkan; "AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi", **50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?** (Ed: Kerem ALTIPARMAK), Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 239.

²⁰³ Bu yönde bkz. DEMBOUR, Marie-Benedicte; **Who Believes in Human Rights: Reflections on the European Convention**, Cambridge University Press, New York, 2006, s. 50-51.

²⁰⁴ **Aksoy v. Turkey, Application No: 21987/93**, 18.12.1996, § 10-18, 50.

yaparak olguları belirlemesidir. İkincisi ise Mahkeme'nin, olağanüstü hal söz konusu olmasına rağmen, başvurunun 14 gün gözaltında tutulmasını hak ihlali olarak değerlendirmesidir²⁰⁵. Delil değerlendirmesi yönüyle bakıldığında Mahkeme, başvurunun gözaltı işlemine tabi tutulmasından önce sağlık durumunun iyi olduğunu belirlemiş, gözaltından sonra başvurunun geçirdiği kısmi felcin, bu süre içerisinde uygulanan işkencelerin neticesinde gerçekleştiğine hükmetmiştir; böylece Sözleşme'nin işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır²⁰⁶. Olağanüstü hal boyutuyla bakıldığında ise Mahkeme, Türkiye'nin olağanüstü halin gerektirdiği tedbirleri almada geniş bir takdir marjı olduğunu ifade etmiştir. Buna karşın Türk Hükümeti'nin başvurunun 14 gün boyunca yargısal makamların önüne çıkarılmaksızın tutulması konusunda ikna edici gerekçeler ortaya koyamadığını belirterek Sözleşme'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen 5. maddesinin üçüncü fıkrasının (5/3) ihlal edildiğini belirtmiştir²⁰⁷.

Dembour, Aksoy v. Türkiye Davası'nda alınan kararın uluslararası ve realist özellikleri bir arada bulunduran bir karar olduğunu ifade etmektedir. Çünkü yazara göre bu kararda, köklü demokrasilere duyulan güven ve devletlerarası güç dengesinden ötürü Türkiye'ye karşı, Birleşik Krallık'a oranla daha sıkı ve hoşgörüsüz bir tavır benimsenmiştir²⁰⁸. Bu durum, Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık Davası'nda verilen kararlar Aksoy Kararı'nın karşılaştırılmasından çıkarılabilir.

1980'li yıllarda Birleşik Krallık'ın İrlanda Kurtuluş Ordusu'na karşı verdiği bir mücadele vardır. 1993 yılında karara bağlanan Brannigan ve McBride Davası da bununla alakalıdır. Bu davada olağanüstü hal ve yine kolluk tarafından gerçekleştirilen ve yargısal makamların önüne çıkarılmaksızın kanunda öngörülen süreden uzun bir tutma söz konusudur. Dahası, başvuruclardan McBride, dava devam ederken polis tarafından Sinn Fein Genel Merkezi'ne yapılan bir saldırıda öldürülmüştür. Buna karşın bu tutma, Aksoy Davası'ndan farklı olarak 7 gün (Brannigan) ve 4 gün (McBride) sürmüştür ve işkence yasağının ihlali iddiası söz konusu değildir²⁰⁹. Bu davanın Aksoy Davası ile benzer tarafı, olağanüstü hal söz konusu olduğunda devletin temel haklara

²⁰⁵ Bu yönde bkz. DEMBOUR, (2006), s. 50.

²⁰⁶ Aksoy v. Turkey, § 23, 64.

²⁰⁷ Aksoy v. Turkey, § 66, 87.

²⁰⁸ DEMBOUR, (2006), s. 51.

²⁰⁹ Brannigan and McBride v. United Kingdom, Application No: 14553/89; 14554/89, 25.05.1993, § 10-11.

ilişkin öngördüğü anayasal güvenceleri askıya alma konusunda ne derecede yetkiye sahip olduğudur. Bu husus, her iki kararda da tartışılmıştır. Ancak, Brannigan ve McBride Davası'nda Birleşik Krallık'a tanınan geniş takdir marjının aynı ölçüde Türkiye'ye tanınmadığı belirtilmektedir²¹⁰. Bu sebeple belirtilen davada Birleşik Krallık Hükümeti'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal etmediği sonucuna ulaşılrken²¹¹, üç yıl sonraki Aksoy Davası'nda Türkiye için ihlal kararı verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorum yoluyla çok önemli bir içtihat oluşturduğu bir dava vardır: Bu dava Loizidou Davası'dır ve 1996 yılında karara bağlanmıştır. Bu davada Kıbrıs Rum Kesimi'nden olan başvuru, Kuzey Kıbrıs'ın Girne şehrinde, 20 Temmuz 1974 tarihinde Türk Silahlı Kuvvetleri'nin adaya müdahalesinden önce, birtakım arsa parsellerinin mülkiyetine sahiptir. Askeri müdahale sonrasında ise başvuru, geçmişte ve hâlen Girne'ye dönme ve mülkünü kullanma konusunda Türk kuvvetleri tarafından engellendiğini iddia etmiştir²¹². Mahkeme, sorumluluğun yer bakımından Türk Hükümeti'ne isnat edilebileceğini tespit ettikten sonra, mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediğini irdelemiş, başvurunun, 1974 yılından beri mülküne erişimin engellendiğini belirtmiştir. Dolayısıyla başvurunun mülküne erişim hakkının sürekli olarak inkâr edilmesi, 1 nolu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında haklarına süregelen bir müdahale olarak kabul edilmiştir²¹³.

Loizidou Davası'nda öne çıkan husus, “*süregelen ihlaller*” nedeniyle devletin sorumluluğudur. Türkiye, savunmasında, müdahalenin 1974 yılında gerçekleştiğini ve 22 Ocak 1990'da Mahkeme'nin yetkisini kabul ettiğini belirtmiştir. Başvuru ise mülkleri üzerinde 22 Ocak 1990'dan sonra da mülkiyet hakkının engellendiğini vurgulamıştır²¹⁴. Mahkeme, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası'na dayalı olarak yapılan kamulaştırmayı geçersiz saymıştır. Dolayısıyla, başvurunun hâlâ malik olduğuna işaret etmiş ve devam eden bir hak ihlali olduğunu tespit etmiştir. Bunun

²¹⁰ DEMBOUR, (2006), s. 53.

²¹¹ **Brannigan and McBride v. United Kingdom**, § 74

²¹² **Report of the Commission, Titina Loizidou v. Turkey, Application No: 15318/89**, 08/07/1993, § 29.

²¹³ **Loizidou v. Turkey, Application No: 15318/89**, 18.12.1996, § 64.

²¹⁴ GÖZLER, Kemal; “Bireysel Başvuru ve Kıbrıs Sorunu”, **İnsan Hakları Yılı**, Cilt: 15, 1993, s. 169.

yanında, olay Kıbrıs'ta gerçekleşse dahi, buraya yapılan müdahaleden dolayı, ihlalin Türkiye'nin, dolayısıyla da kendisinin yetki alanında gerçekleştiğini belirtmiştir²¹⁵.

Süregelen ihlal kavramı, ilk olarak Komisyon tarafından De Becker davasında kullanılmıştır. Söz konusu davada Mahkeme, Sözleşme'nin imzalanmasından önce aldığı cezalar sebebiyle Belçika'ya giremeyen vatandaş De Becker'e yönelik işleme, Sözleşme'nin uygulanabileceğini belirtmiştir. Yani başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur²¹⁶. Böylece, başvurunun şikayetin sürekli bir durum yaratan Belçika Ceza Kanunu hükmünden kaynaklandığını ortaya koymuştur.

De Becker Davası ile Loizidou Davası'nın olgularının benzer olmadığı görülür. De Becker Davası'nda söz konusu olan işlemin Mahkeme'nin zaman bakımından yetkisi içerisinde kaldığı açıktır. Halbuki, Loizidou Davası'nda söz konusu eylem ve işlemler, Türkiye'nin, Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini kabulünden önce sonlanmıştır. Ancak Mahkeme, bu işlemleri geçersiz saymış, Türkiye'nin dayandığı hukuki zemini altından çekmiştir. Böylece Mahkeme'nin –Wemhoff Kararı ile başlayan- lafza aykırı, fakat amaca uygun bir yoruma gittiği, bunu da Sözleşme'nin sağladığı korumayı etkili ve gerçek kılmak istediği için yaptığı belirtilir²¹⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Loizidou Davası'nda yer ve zaman bakımından ortaya koyduğu yorumu daha sonraki davalarda da benimsemiştir. Bunlardan yer bakımından yetkiye örnek olarak 2011 yılındaki Al Skeini v. Birleşik Krallık Davası gösterilir²¹⁸. Mahkeme, Irak'ta Birleşik Krallık askerleri tarafından gerçekleştirilen eylemlerde yer bakımından yetki içtiğini yinelemiştir²¹⁹. Zaman bakımından yetki konusunda ise 2001 yılındaki Yagtzilar v. Yunanistan Davası örnek gösterilir²²⁰. Bu davada da yine mülkiyet hakkı konusunda süregelen bir ihlal iddiası söz konusudur; bu sefer başvuru da Yunanistan'da yaşayan Türk azınlığa mensup

²¹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ABDULLAHZADE, Cavid; “Emval-i Metruke Kapsamındaki Mülkiyet Davalarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Süreci Açısından Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 62, Sayı: 2, 2013, s. 336.

²¹⁶ *De Becker v. Belgium, Application No: 214/5*, 27/03/1962, § 8-10.

²¹⁷ GÖZBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, (2007), s. 141-142.

²¹⁸ ALTIPARMAK, (2013), s. 447.

²¹⁹ *Al-Skeini and Others v. United Kingdom, Application No: 55721/07*, 07.07.2011, § 85-88.

²²⁰ ABDULLAHZADE, (2013), s. 333-334.

kişilerdir. Mahkeme, bu davada, Loizidou Davası'nda olduğu gibi kendisini yetkili görmüştür²²¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, temel hak ve özgürlükleri genişletici yoruma ilişkin genel tavrını 1970'lerde belirlemeye başlamıştır. Ancak 1980 ve 90'larda demokrasiye geçiş sürecindeki Doğu Avrupa ülkeleri ve Türkiye, sisteme dahil olmuştur. Bu sayede Mahkeme, önceden ortaya koyduğu içtihatları, daha belirgin bir biçimde vurgulayabilmiştir. Böylece Mahkeme, Avrupa hak koruma sisteminin en etkili organı olarak ön plana çıkmıştır. Bu dönem boyunca Mahkeme'nin demokrasiye geçiş sürecindeki ülkelere karşı verdiği kararlar, meşruluk konusunda Mahkeme'ye önemli bir güç sağlamıştır. Bu sebeple de günümüzde artık temel hak ve özgürlükler yalnız mevzuat yoluyla değil, daha önemlisi yorum yoluyla ulusal hukuklara aktarılmaktadır.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yorumunun Ulusal Hukuklara Aktarılması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa'da temel hakları koruyan en etkin organ olmasının bedelini ağır ödemiştir. Temel hakların korunması konusunda sessiz bir devrim yaratan bu sistem çok dikkat çekmiştir. Bunun sonucunda Mahkeme, kendi başarısının kurbanı olmuştur²²². Halihazırda Mahkeme, Avrupa Konseyi üyesi 47 devletten gelen başvuruları karara bağlamaktadır. Bu ülkelerin toplam nüfusu 800 milyonu aşkındır; yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı, Fransız Tahitisi'nden Sibirya bozkırlarına, Akdeniz kıyılarından İskandinavya'ya uzanmaktadır. Bu doğrultuda Mahkeme'nin önüne, yaklaşık son yirmi yıldır varlığını tehdit eden bir sorun çıkmıştır: Bu sorun, aşırı iş yükü sorunudur. Örneğin, Mahkeme'ye 2011 yılı içerisinde yaklaşık 65.000 başvuru yapılmıştır. Bu dönemde yaklaşık 170.000 başvuru da derdesttir²²³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2000'li yıllar boyunca aşırı iş yükü sorununu çözmek için yollar aramaya başlamıştır. Bu doğrultuda önce 2010 yılında Sözleşme'ye Ek 14. Protokol yürürlüğe girmiş, bu protokolle Mahkeme'nin iş yükünü hafifletmek

²²¹ **Yagtzilar and Others v. Greece, Application No: 41727/98**, 06.12.2001, § 37.

²²² DEMBOUR, (2006), s. 24.

²²³ WILDHABER, Luzius; "Criticism and Case-Overload: Comments on the Future of the European Court of Human Rights", **The European Court of Human Rights and Its Discontents: Turning Criticism into Strength**, (Eds: Spyridon FLOGAITIS, Tom ZWART, Julie FRASER), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, s. 10-11.

için kabul edilebilirlik koşullarından Mahkeme'nin yapısına dek önemli değişiklikler yapılmıştır²²⁴. Ancak bu değişiklikler Mahkeme'yi ilgilendiren değişikliklerdir. Halbuki sorunun çözümü, Mahkeme'de değil ulusal hukuklardadır. Çünkü iş yükünün azalması, ancak ulusal hukukun dümenine insan haklarının geçmesiyle mümkündür. Böylece ulusal hukuklarda hukukun öncülü insan hakları olacak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin oluşturduğu yorumsal sistem taraf devletlerce benimsenecektir. Bunu gören Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2010'da İsviçre'nin Interlaken kentinde, 2011'de İzmir'de ve nihayet 2012'de İngiltere'nin Brighton kentinde üç adet konferans düzenlemiştir²²⁵. Bu konferansların sonuç bildirgelerinde ulusal hukuklardaki sürecin önemine vurgu yapılmıştır. Interlaken ve İzmir Konferansları'nın sonuç bildirgelerinde taraf devletlere, Sözleşme haklarını ulusal hukuklarında etkin bir biçimde korumak için gerekli önlemleri almaları tavsiye edilmiştir²²⁶. Nihayet Brighton Konferansı'nın sonuç bildirgesinde ise insan haklarını korumanın taraf devletlerle Mahkeme'nin ortak sorumluluğunda (*shared responsibility*) olduğu ifade edilmiştir²²⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hakların ulusal hukukta korunmasında iki hususun önemli olduğu belirtilir²²⁸: Bunlar; (1) Sözleşme hükümlerinin ulusal hukukun normlar hiyerarşisinde sahip olduğu yer ve 2) Sözleşme hükümlerinin doğrudan doğruya ulusal mahkemeler tarafından uygulanma imkanındır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin Konsey üyesi ülkelerde yeri nedir? Bu konuda öncelikle uluslararası hukuka ilişkin iki önemli görüşten bahsetmek gerekir. Bunlar monist (tekçi) ve düalist (ikici) görüşlerdir. Monist görüşe göre uluslararası hukuk ile ulusal hukuk, aynı bütünün parçalarıdır. Bu sebeple uluslararası hukuk kurallarının ulusal hukukta tanınarak yürürlüğe girmesi için bu kuralların yer

²²⁴ Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BİLİR, Faruk; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 55, Sayı: 1, 2006, s. 141-148, GEMALMAZ, Burak; "Pratikte AİHS Protokol No. 14'le Getirilen Yeni Kabul Edilebilirlik Ölçütü", **Ankara Barosu Dergisi**, 2011/4, s. 321-330.

²²⁵ Bu yönde bkz. CAMERON, Iain; "The Court and the Member States: Procedural Aspects", **Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context**, (Eds: Andreas FØLLESDAL, Birgit PETERS, Geir ULFSTEIN), Cambridge University Press, New York, 2013, s. 43-44.

²²⁶ **High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Interlaken Declaration** 19. February 2010, s. 3-4, **High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights İzmir Declaration**, 26 – 27 April 2011, s. 3-4.

²²⁷ **High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Brighton Declaration**, 2012, s. 3-4.

²²⁸ CALIGIURI, Andrea; NAPOLETANO, Nicola; "The Application of the ECHR in the Domestic Systems", **The Italian Yearbook of International Law**, Sayı: 20, 2010, s. 126-127.

aldığı uluslararası sözleşmeye taraf olmak yeterlidir. Düalist görüşe göre ise uluslararası hukuk ile ulusal hukuk iki ayrı hukuk düzenidir. Bu sebeple uluslararası sözleşmenin, ulusal hukukta bağlayıcı olması için yalnızca taraf olmak yetmez. Bunun için ulusal hukukun bu kurallara açıkça yollama yapması gerekir. Düalist sistemlerde bu, genellikle yasama organının çıkardığı bir kanunla olur²²⁹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin ulusal hukuktaki yeri, genelde ülkelerin monist veya düalist sistemi benimsemesine göre belirlenir. Sözleşme'ye taraf ülkelerin tasnifi konusunda üçlü bir ayırım yapılmaktadır:

1) Birinci grupta Sözleşme hükümlerine anayasal bir güç tanıyan ülkeler yer almaktadır. Avrupa'da bu görüşü benimseyen ülkeler, Bulgaristan, Romanya, Moldova gibi Doğu Avrupa ülkeleri²³⁰ ile Avusturya ve Hollanda'dır; bu ülkelerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, anayasa hükümlerinin gücündedir.

2) İkinci grupta Sözleşme hükümlerine kanun üzerinde güç tanıyan ülkeler yer almaktadır. Bu ülkelere örnek olarak Fransa, Belçika, İspanya ve Portekiz gösterilir.

3) Nihayet üçüncü grupta yer alan ülkelerde Sözleşme hükümleri, alade kanun hükmündedir. Bu ülkelerde Sözleşme hükümlerine kanun karşısında herhangi bir öncelik tanınmamıştır. Bu ülkelere örnek olarak da İngiltere, Almanya, İtalya, Norveç ve İsveç örnek gösterilir²³¹.

Yukarıda belirtilen ülkelerin her birinde Sözleşme hükümlerinin, ulusal hukuktaki normlar hiyerarşisi içindeki yeri farklıdır. Peki monist görüşü benimseyen ülkelerde haklar, düalist görüşü benimseyen ülkelerde olduğundan daha mı etkin korunur? Keller ve Sweet, bu soruya olumsuz yanıt vermektedir. Örneğin Belçika, düalist sistemi benimser; ancak Belçika Mahkemeleri'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yorumunu sahiplendiği belirtilmektedir. Buna karşın 1958 Anayasası'nın 55. maddesi uyarınca monist görüşü benimseyen Fransa'da, mahkemelerin aynı yorumu

²²⁹ GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, (2007), s. 19.

²³⁰ CALIGIURI, NAPOLETANO, (2010), s. 128-130.

²³¹ MARTINICO, Giuseppe; "Is the European Convention Going to be "Supreme"? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law Before National Courts", **European Journal of International Law**, Cilt: 23, Sayı: 2, 2012, s. 404.

benimsemekte zaafa düştükleri ifade edilir²³². Hollanda, dünyanın en monist sistemi olarak nitelendirilir; çünkü Hollanda'da uluslararası sözleşmeler, anayasa hükümlerinin de üzerindedir²³³. Keza İspanya da monisttir; ancak Hollanda kadar ileri gitmemiştir. Buna karşın İspanya'daki hak koruma sisteminin Hollanda'nın sisteminden daha etkin olduğu öne sürülmektedir. Çünkü İspanya'daki *amparo* başvurusu, İspanya Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlükleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı doğrultusunda yorumlayarak çeşitlendirmesi ve somutlaştırmasını sağlamaktadır²³⁴. Son olarak bu doğrultuda Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemeleri'nden bahsedilebilir. Her iki ülkede de düalist bir sistem benimsenmiştir. Buna karşın Almanya'da anayasa şikayeti, İtalya'da ise somut norm denetimi yoluyla Sözleşme hükümlerine gerçek bir öncelik tanındığı ifade edilmektedir²³⁵. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2004 yılında verdiği Görgülü Kararı'nda Sözleşme hükümlerine anayasal bir güç tanınmadığını, buna karşın bu hükümlerin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının temel hak ve özgürlüklerin yorumuna ışık tutacağını ifade etmiştir²³⁶. Benzer bir yaklaşım, 2007 yılında İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir²³⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin ulusal hukuklardaki yeri çok önemlidir. Ancak yukarıda anlatılanlardan çıkarılabilecek olan bir husus vardır; o da şudur: Sözleşme hükümlerinin ulusal hukukta etkin bir biçimde uygulanması, bu hükümlerin normlar hiyerarşisindeki yerinden ziyade, ulusal mahkemeler tarafından ne derece dikkate alındığı ve nasıl yorumlandığı ile alakalıdır. Bu sebeple son yıllarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile ulusal mahkemeler arasında yorum vasıtasıyla bir diyalog oluşmasının elzem hale geldiği ifade edilir²³⁸.

Avrupa ulusal hukuklarında temel hak ve özgürlüklerin yorumu konusunda mahkemelerin tutumu son yıllarda sıklıkla tartışılmaktadır. Çünkü Avrupa ülkelerinin yüksek mahkemeleri, bir ikilemle karşı karşıyadır: Ulusal hukuklarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını takip etmek veya bu içtihadı takip etmeyip uluslararası

²³² KELLER, SWEET, (2008), s. 683.

²³³ MARTINICO, (2012), s. 404, KELLER, SWEET, (2008), s. 684.

²³⁴ KELLER, SWEET, (2008), s. 684.

²³⁵ KELLER, SWEET, (2008), s. 685.

²³⁶ CALIGIURI, NAPOLETANO, (2010), s. 131, MARTINICO, (2012), s. 410.

²³⁷ MARTINICO, (2012), s. 411.

²³⁸ Bu yönde bkz. LORD KERR, "The Need for Dialogue Between National Courts and the European Court of Human Rights" , **The European Court of Human Rights and Its Discontents: Turning Criticism into Strength**, (Eds: Spyridon FLOGAITIS, Tom ZWART, Julie FRASER), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, s. 105.

sistemden dışlanma tehdidi altında kalmak²³⁹. Bu konu, özellikle İngiltere’de çok tartışılmıştır. Konu hakkında Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi yargıcı Lord Hope şöyle demektedir: “*Kendi sistemimizle gurur duymakla, izole olmak apayrı şeylerdir*”²⁴⁰. Gerçekten de İngiltere, hakkında sıklıkla hak ihlali kararı verilen ülkeler arasındadır. Hukuk ve insan hakları konusunda sahip oldukları geleneksel sisteme fazlasıyla güvenen İngilizler için de bu durum oldukça gurur kırıcıdır. Bununla birlikte İngiliz mahkemelerinin son dönemde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ninki ile tutarlı bir yaklaşım benimsemeye çalıştıkları görülmektedir²⁴¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 2008 yılında verdiği *Salduz v. Türkiye* kararı, başta İngiltere olmak üzere Avrupa ülkelerinin ulusal hukuklarında Sözleşme yorumunun benimsenmesi açısından çok önemli bir karardır. Bu davada, müdafî yardımından yararlanmayan bir küçüğün kollukta alınan ifadesinin hükme esas alınması, adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Dahası, yaşı küçük olmasa da bir kimsenin kollukta ifadesinin müdafî yardımıyla alınması gerektiği belirtilmiştir²⁴². Bu durum, Birleşik Krallık hukuku açısından çok önemlidir. Çünkü kararın verildiği dönemde İskoç ceza muhakemesi mevzuatına göre bir kimsenin kolluktaki ifadesinin müdafî olmaksızın alınması mümkündür. Bu sebeple Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi Hakimleri, *Cadder v. Her Majesty’s Advocate* Davası’nda yaklaşık 76.000 davanın yeniden değerlendirilmesi gerekeceğini ifade etmişlerdir. Ancak Yüksek Mahkeme’nin tüm üyeleri, bu davada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin *Salduz Kararı*’ndaki içtihadını benimsemiştir²⁴³. Bundan sonra da Yüksek Mahkeme’nin istikrarlı bir şekilde bu içtihadı sadık kaldığı görülmektedir. Bu kararlar Birleşik Krallık’ın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadından mülhem evrensellik yaklaşımını benimsediği ifade edilir²⁴⁴. *Salduz Kararı*’ndaki içtihadın önemi bununla da sınırlı değildir. *Cadder Kararı*’na benzer bir karar, Hollanda Yüksek

²³⁹ Bu yönde bkz. ANDENAS, Mads; BJORGE, Eirik; “National Implementation of ECHR Rights”, **Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context**, (Eds: Andreas FØLLESDAL, Birgit PETERS, Geir ULFSTEIN), Cambridge University Press, New York, 2013, s. 181-182.

²⁴⁰ “*pride in our system is one thing; isolationism is quite another.*” ANDENAS, BJORGE, (2013), s. 182.

²⁴¹ LORD KERR, (2013), s. 109-110.

²⁴² **Salduz v. Turkey, Application No: 36391/02**, 27.11.2008, § 57-58, 61.

²⁴³ **Cadder (Appellant) v Her Majesty’s Advocate (Respondent) (Scotland)**, [2010] 1 W.L.R. 2601, § 3-4, 63-64.

²⁴⁴ ANDENAS, BJORGE, (2013), s. 243-246.

Mahkemesi tarafından da verilmiştir. Bu kararın ardından da Hollanda’da ceza mahkemesi mevzuatı bu içtihatla uyumlu hale getirilmiştir²⁴⁵.

III. BİREYSEL BAŞVURUNUN GELİŞİMİ İLE GENİŞLETİCİ YORUM ARASINDAKİ İLİŞKİ

Avrupa ülkelerinde büyük öneme sahip olan Sözleşme haklarının ulusal hukukta etkin korunması meselesi, doktrinde yorumun önemini ön plana çıkarmıştır. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını ulusal hukukta dikkate alan mahkemelerin yaklaşımı ile perçinlenmiştir. Günümüzde etkin hak koruma mekanizmaları, uluslararası hukukun olduğu kadar genelde ulusal hukukun, özelde ise anayasa hukukunun en önemli konularından biri haline gelmiştir. Bu konuda Avrupa Konseyi’ne üye ülkelerin ulusal mahkemelerine büyük iş düşmektedir. Nitekim bunların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını uygulamakla kalmayıp, bu içtihadı daha da ileri götürmeleri gerektiği ifade edilir²⁴⁶. İşte bireysel başvuru yolu, özellikle Kıta Avrupası ülkelerindeki anayasa mahkemelerini bu yaklaşıma zorlamaktadır. Bu yol, bir yandan temel hak ve özgürlüklerin mahkemeler tarafından etkin bir biçimde korunmasını amaçlar; diğer yandan ise Avrupa’da temel hak ve özgürlüklerin belirli ilkeler doğrultusunda yorumlanmasını sağlar. Böylece bireysel başvuru yolu vasıtasıyla Avrupa ülkelerinin ulusal hukuklarında ortak bir yorumsal sistemin oluştuğu görülür. Bu sebeple bireysel başvurunun ulusal hukuklarda yarattığı dönüşümün incelenmesi gerekir.

A. Karşılaştırmalı Hukukta Genişletici Yorumla Gelişen Bireysel Başvuru

Bireysel başvuru, Türkiye’de 2010 yılında 1982 Anayasası’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen bir hak arama yoludur; Alman hukukundan mülhem bu usulün hukuk doktrininde istikrarlı bir biçimde kullanılan adı ise anayasa şikayetidir (*verfassungsbeschwerde*)²⁴⁷. Bu yolun, 1982 Anayasası’nda bireysel başvuru adıyla düzenlenmiş olması eleştirilmektedir; ancak Türk hukuk doktrininde de bu ismin

²⁴⁵ THOMASSEN, Wilhelmina; “The Vital Relationship Between the European Court of Human Rights and National Courts”, **The European Court of Human Rights and Its Discontents: Turning Criticism into Strength**, (Eds: Spyridon FLOGAITIS, Tom ZWART, Julie FRASER), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, s. 97-98.

²⁴⁶ ANDENAS, BJORGE, (2013), s. 259-260.

²⁴⁷ ŞİRİN, Tolga; **Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 6.

çaresizce kullanılarak yaygınlık kazandığı görülmektedir²⁴⁸. Burada yapılan tercih de bu çaresizliğin neticesidir.

Temel hak ve özgürlüklerin yorumu ile bireysel başvuru (anayasa şikayeti) arasında bugüne kadar hep sezilen, fakat dillendirilmekten nedense çok korkulan bir ilişki vardır. Bireysel başvuru yolu, kökleri Anglosakson hukukunda olan bir Kıta Avrupası müessesesidir. Bu müessese, Anayasa Mahkemeleri’ni yorumsal inisiyatif almaya, böylece Anglosakson tipi bir yüksek içtihat mahkemesi gibi davranmaya zorlamaktadır. Çünkü temel hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa hükümlerinin kısa ve çerçeve niteliği bunların içtihatla somutlaştırılmasını gerektirir²⁴⁹. Alman hukukunda bu duruma norm somutlaşması adı verilir²⁵⁰.

Kıta Avrupası’nda başlayan bu yorum eksenli süreç çok etkili olmuştur. Dahası, günümüzde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin verdiği kararların iç hukuktaki etkisinin de bu şablona oldukça uygun olduğu gözlemlenmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Anglosakson yüksek mahkemesi gibi davranan bir Kıta Avrupası Mahkemesi görünümündedir. Bu hususların anlaşılmaması Türkiye’de bireysel başvurunun niteliğinin ve işlevinin de çoğu zaman kavranamaması veya yanlış kavranmasına sebep olmaktadır²⁵¹. Bu sebeple genişletici yorumun bireysel başvurunun gelişimine ve nihayet hukuki niteliğine etkisinden bahsetmek gerekir.

1. Bireysel Başvurunun İçtihadi Gelişimi

Bireysel başvuru dendiğinde akla ilk olarak genelde Kıta Avrupası hukuk sistemi, özelde ise Federal Alman Anayasa Mahkemesi gelmektedir. Modern anlamda bireysel başvuru, anayasa şikayeti adıyla Almanya’da gelişmiş ve buradan Kıta

²⁴⁸ Bu konudaki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için ve anayasa şikayeti kavramının lehine bkz. ŞİRİN, (2013), s. 5-10, karşı yönde bkz. SAĞLAM, Musa; Bireylerin Anayasa Mahkemesi’ne Başvurusu (Bir Reform Önerisi)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 60, 2005, s. 139.

²⁴⁹ Bu yönde bkz. ISAACHAROFF, Samuel, “Constitutional Courts and Democratic Hedging”, **The Georgetown Law Journal**, Cilt: 9, No: 4, 2010, s. 983.

²⁵⁰ Bu yönde bkz. SANCAR, (1996), s. 119 vd.

²⁵¹ Aslında bu konuda Türk hukukunda yazılmış bir makale bulunmaktadır. Bu makale Kontacı’nın çalışmasıdır. Kontacı, söz konusu makalesinde bireysel başvuru kurumunun varlık sebebinin, adeta temel hakların korunması gibi ulvî bir işlevden ziyade, şarklı bir faydacılığın indirgemeci dili üzerinden anlaşılma noktasına geldiğini ifade etmektedir. KONTACI, Ersoy; “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yorumu”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/4, s. 109.

Avrupalı ülkelerine geçmiştir. Bununla birlikte bu müessesenin kökenleri, ilginç bir biçimde Anglo-sakson hukukunda yer alır²⁵².

Anayasa şikayedinin anlam ve kapsamının ne olması gerektiğine ilişkin tartışmaların kökeninde anayasal demokrasi fikri yatmaktadır. Bu, çoğunluğun yönetimi ilkesinin hukukla dengelendiği bir demokrasi fikrini ifade eder²⁵³. Anayasal demokrasi, uzun ve sancılı tarihi bir süreç sonrasında oluşmuştur ve şüphesiz sınırlı devletin, yani anayasal devletin, yani hukuk devletinin kökeninde yatan ilkedir²⁵⁴.

Anayasacılık fikrine yepyeni bir boyut kazandıran en önemli gelişme İkinci Dünya Savaşı olmuştur. Savaş öncesinde ve esnasında otoriter ve totaliter karakterli baskıcı uygulamalar, anayasacılık fikrinin temeline insan hakları fikrini yerleştirmiştir. Böylece yakın zamana dek hukuki bir görünüm kazanamayan insan hakları çağdaş anayasalarda yer almış ve hukukun konusu haline gelmiştir²⁵⁵. Bu durum, İkinci Dünya Savaşı sonrası hukuk anlayışını da şekillendirmiştir. Çünkü insan haklarının hukuki bir vakıa haline gelmesiyle bunların hangi organlar tarafından ve ne gibi hukuki araçlarla korunacağı sorunu ortaya çıkmıştır. İşte bireysel başvuru müessesesinin geliştiği zemin budur.

Temel hak ve özgürlüklerin anayasacılık açısından önemli bir hale gelmesiyle farklı hukuk sistemlerinde çeşitli hak koruma mekanizmaları gelişmeye başlamıştır. Temel hak eksenli anayasacılık anlayışının ilk görüldüğü yer Amerika Birleşik Devletleri'dir. Amerika'da temel haklar, merkezileşmemiş anayasa yargısı yoluyla korunur²⁵⁶. Burada Federal Yüksek Mahkeme, temyiz incelemesi yoluyla anayasallık denetimi yapmaktadır. Kişiler, temel haklarının ihlal edildiğini öncelikle istinaf ve bölge mahkemelerinde ileri sürmekte, bu iddiaları kabul görmediği takdirde de bu kararların

²⁵² KARAKEMISHEVA, Tanja; "Constitutional Complaint Procedural and Legal Instrument for Development of the Constitutional Justice (Case Study – Federal Republic of Germany, Republic of Croatia, Republic of Slovenia and Republic of Macedonia)", **Venice Commission Paper**, http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/MKD_Karakamisheva_E.pdf, Erişim Tarihi: 27.07.2016, s. 4.

²⁵³ FRIEDRICH, Carl J; **Sınırlı Devlet**, (Çev: Mehmet TURHAN), Liberte Yayınları, 2. Baskı Ankara, 2014, s. 90.

²⁵⁴ Bu yönde bkz. BARIN, Taylan; **Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti**, On İki Levha Yayınları, Ankara, 2017, s. 80-82.

²⁵⁵ GÖZTEPE, Ece; **Anayasa Şikayeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998, s. 1-2, ayrıca KAYA, Köroğlu; **Cezai Konularda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 18.

²⁵⁶ GARLICKI, Lech; "Constitutional Courts versus Supreme Courts", **International Journal of Constitutional Law**, Cilt: 5, Sayı: 1, 2007, s. 44.

genel olarak hukuka uygunluğunu denetleyen Federal Yüksek Mahkeme'ye başvurumaktadırlar²⁵⁷.

Amerika'daki başka bir müessese ise oldukça dikkat çekicidir. Bu müessesenin adı “*injunction*”dır. Bu usule göre bir kişi, kendisine uygulanması muhtemel olan ve uygulanması halinde sonradan telafisi imkansız zararlar doğuracak bir kanun hakkında, bu kanunun anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle mahkemeye başvurabilir. Mahkeme, talebi haklı görürse, kanunu uygulamakla görevli memura, kanunun anayasaya aykırı olduğunu ve uygulanmaması gerektiğini bir emir ile bildirir. Buna menfi emir (*writ of prohibition*) denir²⁵⁸. Bu usulün günümüzdeki bireysel başvuru usulünün benzeri olduğu belirtilmektedir²⁵⁹.

Amerika'dakinin aksine Kıta Avrupası'nda anayasallık denetimi genel mahkemeler tarafından değil, bu iş için özel olarak görevlendirilmiş bir anayasa mahkemesi tarafından yapılmaktadır. Bu sebeple son 60 yıl içerisinde anayasacılık düşüncesinin özünü oluşturan insan hakları anlayışı, anayasa mahkemeleri vasıtasıyla Kıta Avrupası ülkelerinin yargısal sistemlerine yerleşmektedir. Anglosakson hukuk sisteminde gelişen hak koruma araçları, farklı bir kurumsal yapıya sahip olan Kıta Avrupası hukukuna geçerken de bir dönüşüme uğramıştır. Bu dönüşüm sonucunda da usul, Alman hukukunda anayasa şikayeti (*verfassungsbeschwerde*), bilahare Türk hukukunda da bireysel başvuru adını almıştır. Anayasa şikayetinin hukuki niteliği ve kapsamına ilişkin kodlar da bu kurumun Alman hukukuna girişi ve geçirdiği dönüşümde gizlidir.

Almanya'da anayasa şikayeti, ilk defa 1849 tarihli Paul Kilisesi Anayasası'nda yer almıştır. Bilahare bu usulden 1919 tarihli Bavyera Eyaleti Anayasası'nda da bahsedilmiş, fakat bu konuyu düzenleyen bir kanun çıkarılmadığından kurum işletilememiştir²⁶⁰. Nihayet 1949 Anayasası'nda bu kuruma yer verilmemiş, fakat

²⁵⁷ TUNÇ, (1997), 96.

²⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TUNÇ, (1997), s. 100-101.

²⁵⁹ FENDOĞLU, Hasan Tahsin; “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/4, s. 36.

²⁶⁰ Almanya'da 1818 tarihli Bavyera Anayasası'nda anayasal hakların ihlal edildiği iddiasıyla yasama meclislerine başvuru hakkı tanınmıştır. Ancak bu denetim yargısal değil, siyasi bir denetimdir. Yine 1867 tarihli Kuzey Almanya Birliği ve 1871 tarihli Bismarck Anayasası'nda da dilekçe hakkı öngörülmüştür. Tüm bunlar, Almanya'da anayasa şikayetine kaynaklık eden düzenlemeler arasında gösterilmektedir. Almanya'da anayasa şikayeti yolunun 19. Yüzyıl ve 20. Yüzyıl'ın ilk yarısındaki gelişimi hakkında bilgi

Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerini düzenleyen 93. maddenin 2. fıkrasına, "*Anayasa Mahkemesi bundan başka, federal bir yasayla kendisine verilen görevleri yerine getirir*" hükmü konmuştur. Yani anayasayı yapanlar, anayasa şikayeti kurumunun kanunla getirilmesine cevaz vermiştir. Bunun sonucunda da 1951 yılında çıkarılan Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda anayasa şikayeti düzenlenmiştir²⁶¹.

Almanya'da anayasa şikayeti ve benzeri kurumların, 19. Yüzyıl'ın başından bu yana anayasal metinlerde yer aldığı görülmektedir. Öyleyse bu usulün kökenleri niçin Anglosakson hukukundadır? Çünkü bu kurumun modern anayasacılık düşüncesinin bir ürünü olarak günümüzdeki şekil ve görünümüne kavuşması, Alman Anayasa Mahkemesi'nin Alman hukuk tarihinde yer alan anayasa şikayetinin kapsamını, Anglosakson hukukunun içtihat temelli anlayışıyla birleştirerek genişletmesi ile gerçekleşebilmiştir. Yani bu usulü etkili bir hak koruma mekanizması haline getiren, Alman Anayasa Mahkemesi'nin ilke ve değer temelli (*value-oriented*) yaklaşımı sonucunda şekillenen aktivist tutum ve anlayışıdır²⁶². Böylece Alman anayasacılığının Amerikan anayasacılığını aştığı, ayrıca Dworkin'in hukuk kuramına benzer bir yaklaşımı Dworkin'den de önce benimsediği ifade edilmektedir²⁶³.

Alman Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlükleri yorumlarken bunların altında yatan ilke ve değerleri göz önüne almıştır. Böylece Mahkeme'nin hukuk bakımından dönüştürücü bir anayasacılık (*transformative constitutionalism*) yaklaşımı benimsediği, yani hukuku anayasallaştırdığı ifade edilmektedir. Bu durum, geleneksel yorum öğretisinden de bir ayrılığı ifade eder²⁶⁴. İşte Almanya'da anayasa şikayeti, bu dönüşümün kapısını açan anahtardır. Bunda da en büyük pay sahibi, Alman Anayasa

için bkz. HAMDEMİR, Berkan; **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 27-28.

²⁶¹ GÖZTEPE, (1998), s. 27.

²⁶² Alman temel haklar dogmatğine yön veren anlayışın ilkelere dayalı bir anlayış olduğu yönünde bkz. KLEMENT, Jan Henrik; "Common Law Thinking in German Jurisprudence-on Alexy's Principles Theory", **Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy**, (Ed: Matthias KLATT), Oxford University Press, 2012, 199-200.

²⁶³ Dworkin'in ilke temelli hukuk kuramı ve Alman Anayasa Mahkemesi içtihadının ortak kökenlere dayandığı yönde bkz. HALL, Jeffrey B.; "Taking "Rechts" Seriously: Ronald Dworkin and the Federal Constitutional Court of Germany", **German Law Journal**, Cilt: 9, Sayı: 6, 2008, s. 771-772, ayrıca 796-797.

²⁶⁴ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. HAILBRONNER, Michaela; "Rethinking the Rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to Value Formalism", **International Journal of Constitutional Law**, Cilt: 12, Sayı: 3, 2014, s. 642-644, 647.

Mahkemesi'nin anayasa şikayetinin kapsamını genişleten içtihadıdır. Bu içtihat, özellikle iki karara dayanır: Bunlar; 1957 tarihli Elfes ve 1958 tarihli Lüth kararlarıdır.

Elfes kararının, Alman devletinin temel hak ve özgürlük felsefesinin temel kararlarından birisi olduğu ifade edilmektedir²⁶⁵. Bu kararında Mahkeme, Batı Almanya'nın silahsızlanmasından yana olan ve sosyalist siyaset yapan Wilhelm Elfes'in pasaportunun yenilenmeyerek seyahat özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğini incelemiştir. Önemli olan husus şudur: Alman Anayasası, yurtdışına çıkmayı, seyahat özgürlüğü içerisinde açıkça düzenlememiştir. Buna karşın Alman Anayasa Mahkemesi, lafzi yorumu aşarak şikayetçinin başvurusunu Alman Anayasası'nın "Yaşam hakkı, kişiliğin korunması, kişi özgürlüğü" başlıklı 2. maddesi kapsamında kabul edilebilir bulmuştur. Yani Mahkeme, geleneksel yorum öğretisini aşarak yeni hermeneutiğin kabullerine yönelmiş; böylece de özgürlükçü bir yorum benimsemiştir. Şikayetçinin başvurusu esastan reddedilmiştir; ancak bu yorum sayesinde Alman Anayasası'nın söz konusu maddesinin insan onuru temelinde yorumlanması mümkün olmuştur. Bu karar, Alman Anayasa Mahkemesi'nin, Alman hukukunu anayasallaştırmaya başladığı karar olarak gösterilir²⁶⁶.

Elfes kararı ile Alman Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin yorumunda ilke temelli bir yaklaşım benimsemiştir. Ancak bu yeterli değildir. Temel hak ve özgürlükler, eğer hukukun öncülünü oluşturuyorsa, tüm hukuk sisteminin özgül sorunlarına da teşmil edilebilmelidir; yani eşitler arası özel hukuk ilişkilerine de uygulanabilmelidir. Bunun yolunu açan karar ise Elfes Kararı'nda hemen bir yıl sonra verilen Lüth kararıdır²⁶⁷.

Lüth kararına konu olan olayda; Erich Lüth, Nazi yanlısı olarak bilinen bir yapımcının filmine yönelik bir boykot çağrısında bulunmuştur. Hukuk mahkemesi, Lüth'ün bu eylemini hukuka aykırı görmüş ve Lüth'ü tazminata mahkum etmiştir.

²⁶⁵ GÖZTEPE, Ece; "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamaasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, (Haz: Ece GÖZTEPE, Mustafa Mert ALPBAZ), Oniki Levha Yayınları, Ankara, 2017, s. 139.

²⁶⁶ TSCHENTSCHER, Alex; **The Basic Law (Grundgesetz): The Constitution of Federal Republic of Germany (May 23rd, 1949)**, Jurisprudentia, Bern Würzburg, 2016, s. 19.

²⁶⁷ Bu yönde bkz. KLEMENT, (2012), s. 184.

Bunun üzerine Lüth, konuyu Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır. Mahkeme, Lüth'ün Anayasa'da tanınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir²⁶⁸.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin Lüth kararındaki gerekçesi, bugün, temel hakların yatay etkisi (*Drittwirkung*) doktrininin temelini oluşturur. Mahkemeye göre, temel haklar “objektif bir değer sistemi” (*Wertordnung*) teşkil eder ve bu sistem hem özel hukuk, hem de kamu hukuku alanında etkiye sahiptir. Yani temel hak ve özgürlükler üstün hukukun bir parçası olarak tüm hukuk alanlarını etkiler; onlar üzerinde de bir yayılım (*radiate*) etkisi bulunur²⁶⁹. Bu sebeple Alman Medeni Kanunu'nun 826. maddesinde yer alan “ahlak ve iyiniyet” kavramlarının temel hak ve özgürlükler göz önünde tutularak yorumlanması gerekmektedir. “*Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre bu genel kavramlar uygulanırken sadece o dönemde toplumda geçerli olan düşünce, toplumun gelişme seviyesi değil; aynı zamanda temel hakların da (temel haklardaki değerlerin de) dikkate alınması gerekir*²⁷⁰.”

Lüth kararı ile basit hukuka aykırılık ile özgül anayasa hukukuna aykırılık kavramlarının birbirinden ayrıldığı belirtilmektedir²⁷¹. Böylece anayasa şikayetinin konusu da genişletilerek belirlenmiştir: Özgül anayasa hukukuna aykırılık. Bu koşullar altında anayasa şikayetinin yeni bir mahiyet kazandığını söylemek mümkündür. Bundan sonra anayasa hukuku, tarihte hiç olmadığı kadar içtihadileşecek ve tüm hukuk sistemi üzerinde temel hak ve özgürlükler vasıtasıyla önemli bir etki kazanacaktır. Böylece artık mahkemeler, verdikleri kararlarında yalnızca daha önce uyguladıkları maddi hukuk veya usul hukukunun kurallarını değil, aynı zamanda anayasa hukukunun temel hak ve özgürlüklere ilkesel yaklaşımını da dikkate alacaklardır.

²⁶⁸ Kararın İngilizcesi için bkz. KOMMERS, Donald P.; **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, Duke University Press, Londra, 1989, s. 368-374.

²⁶⁹ ERGÜL, Ozan; “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, **Prof. Dr. Erdal ONAR'a Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Cilt:1, 2013, s. 451.

²⁷⁰ BELLING, Detlev W; İNCE, Nurten; “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuka İlişkilerine Etkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt:12, Sayı: 137, Mayıs 2014, s. 11.

²⁷¹ DEREN-YILDIRIM, Nevhis; “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruları Esas Açısından İncelemesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt:19, Sayı: 2, 2013, s. 487.

2. Genişletici Yorumun Bireysel Başvurunun Hukuki Niteliğine Etkisi

Bireysel başvuru (anayasa şikayeti), geçmişte de var olan hak arama yollarına benzer tarafları bulunan, fakat özgül bir müessesedir. Bu müessese, çağdaş hukuk sistemlerindeki hukuksal dönüşümün hem bir sebebi hem de sonucudur. Bu sayede insan haklarının kadim prensipleri, tarihte örneği görülmemiş bir biçimde hukukun derinliklerine tesir etmeye başlamıştır. Örneğin Almanya’da, anayasa şikayeti sayesinde temel haklar yorumunun, bütün bir hukuk sisteminin anayasallaşmasını sağladığı ifade edilmektedir²⁷². Aynı durumun Türk yargısal sistemi açısından da geçerli olmaya başladığı görülmektedir. Türk hukukunda bireysel başvuruyu önemli kılan olgu şüphesiz bu tesirdir.

Anayasa şikayetinin hukuki niteliği, müessesenin iki boyutu üzerinden ele alınmaktadır. Birinci boyut, bu yolun bir hukuki çare, bir kanun yolu veyahut bir dava olup olmadığıdır. İkinci boyut ise bu yolun kişiler açısından bir hak teşkil edip etmediği ile ilgilidir²⁷³. Bu hususlar birbiriyle bağlantılıdır. Bu yüzden de her iki boyutun birlikte incelenmesi gerekir.

Alman hukukunda anayasa şikayeti (*verfassungsbeschwerde*), bir hukuki çare olarak ortaya çıkmıştır. Hukuki çare kavramı, geniş ve dar olmak üzere iki anlamda kullanılır. Geniş anlamda hukuki çare, bir hakkın gerçekleşmesi için başvurulacak her türlü usulî yöntemi ifade eder; dar anlamda hukuksal çare ise kanun yolları dışında bir mahkeme kararının iptalini sağlayan usulî imkânlardır. Bu çerçevede hukuki çare ile özellikle tek başlarına kanun yollarına götürülemeyen, mahkeme ara kararlarına karşı gidilen ve bu ara kararları iptal ettirme imkânı veren müesseseler kastedilmektedir. Bunun yanında dar anlamda hukuki çarede başvuru, aynı mahkeme tarafından değerlendirilir²⁷⁴. Ancak Alman hukukunda kesinleşmiş kararlara karşı gidilen birtakım hukuki çareler de bulunmaktadır²⁷⁵. Anayasa şikayeti, bunlardan biridir; yalnızca

²⁷² GARLICKI, (2007), s. 51, ayrıca bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. ALEXU, (2002), s. 365-368.

²⁷³ Bu yönde bkz. ŞİRİN, (2013), s. 14.

²⁷⁴ ERMENEK, İbrahim; “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar”, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 26, 2013, s. 12.

²⁷⁵ Bunlara örnek olarak eski hale iade, yargılamanın butlan ya da iade davası yoluyla iadesi, değişiklik davası ile hukuki dinlenilme hakkının ihlaline itiraz yolu gösterilmektedir. PRÜTTING, Hans; “Alman Yasa Yollarının Gelişim Çizgisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 62, Sayı: 1, 2013, s. 255-256.

mahkemelerin ara kararlarına karşı yapılmadığı gibi, başvuru da bu iş için görevlendirilen Federal Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilir. Bu sebeple de Alman hukukunda anayasa şikayeti, kendine özgü bir hukuki çare olarak nitelendirilmiştir²⁷⁶.

Anayasa şikayetinin hukuki niteliği konusunda, bu yolun kanun yolu olduğu değerlendirmesinin yapıldığı görülmektedir²⁷⁷. Dar ve teknik anlamda kanun yolu, mahkemelerce verilen nihai kararların bir daha gözden geçirilmesini sağlayan hukukî yollar olarak tanımlanmaktadır. Kesinleşmemiş bir karara karşı kanun yoluna başvuruluyorsa, olağan kanun yolu; kesinleşmiş bir karara karşı başvuru yapılıyorsa olağanüstü kanun yolundan bahsedilmektedir²⁷⁸.

Anayasa şikayeti bir kanun yolu olarak nitelendirilemez; çünkü anayasa şikayetinin konusu özgül anayasa hukukuna aykırılıktır. Bu durum, yukarıda belirtilen Alman Anayasa Mahkemesi'nin Lüth kararında ortaya konmuştur. Anayasa şikayetinde yapılan inceleme, temyiz veya istinaf yollarında üst mahkemelerin yaptıkları incelemeden farklıdır. Kanun yolu, mahkemelerin verdikleri kararlarda maddi hukuk ve usul hukukunu doğru uygulayıp uygulamadıkları hususunun gözden geçirilmesini sağlar. Anayasa şikayeti ise kamu gücü işlemlerinin özgül anayasa hukukuna aykırı olup olmadığını inceler²⁷⁹.

Alman hukukunda hukuki çareler ve kanun yollarının çok çeşitli olduğu ifade edilmektedir²⁸⁰. Anayasa şikayeti, Almanya'nın karmaşık hukuk usulü içerisinde bir hukuki çare olarak doğmuş, zaman içerisinde Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararları ile çok farklı bir mahiyete bürünmüştür. Bunun en önemli sebebi de Alman Anayasa

²⁷⁶ PEKCANITEZ, Hakan; "Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 12, 1995, s. 261.

²⁷⁷ ATASOY, Hakan; "Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 9, 2012, s. 72.

²⁷⁸ ERMENEK, (2013), s. 13.

²⁷⁹ Bu konu hakkında geniş değerlendirme için bkz. ERMENEK, (2013), s. 15-20.

²⁸⁰ Alman hukukunda usulî yollar, Alman Medeni Usul Kanunu'nda düzenlenmiştir; bunlar arasında da acele şikâyet "*Sofortige Beschwerde*", "*Rechtsbeschwerde*", "*Anschlussbeschwerde*" ve "*Anschlussrechtsbeschwerde*" kavramları dikkat çekmektedir. Bu kavramlar, Alman hukukunda Mahkeme ara kararlarına karşı düzenlenmiş olan şikayetlerdir. Bu müesseseler ve bunların Alman hukukundaki yeri hakkında bkz. GILLES, Peter; "Almanya'da Kararlara Karşı Kanun Yolları: Çeşitlilik, Karmaşıklık, Kışeler ve Sorgulanabilir Meşruiyet", (Çev: Abdülkadir HAŞHAŞ), **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Cilt: 16, 2014, 124-126.

Mahkemesi'nin Lüth ve Elfes kararları doğrultusunda ortaya koyduğu aktivist tutumudur.

Anayasa şikayeti, günümüzde, “anayasa hukukuna özgü bir dava”dır. Çünkü bu yolda artık iki farklı durum söz konusudur. Birincisi, ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemelerinde görülen dava ile anayasa şikayetinin konusu farklıdır. İkincisi, anayasa şikayeti yolunda, uyuşmazlığın tarafları, ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemelerinde görülen davadakinden farklıdır. Anayasa şikayetinde davalı her zaman kamudur²⁸¹. Bu sebeple anayasa şikayetini günümüzde bir hukuki çare olarak nitelemek isabetli değildir²⁸². Bu noktada “dava” kavramının genel özelliklerinden bahsetmek lazımdır; böylece anayasa şikayetinin ne mahiyette bir dava olduğu anlaşılır.

Dava, en genel anlamıyla bir başkası (davalı) tarafından sübjektif hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan veya kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin (davacı), mahkemeden hukuki koruma (himaye) istemesi olarak tanımlanmaktadır²⁸³. Belgesay'a göre dava kavramı, dört ayrı anlamda kullanılmaktadır: Birinci anlamıyla dava; yukarıda yer alan tanımdaki gibidir; bir kimsenin diğerine hakkını tanıtabilmesi, onu hukuk kuralına uymaya zorlayabilmesidir. Bu anlamıyla dava, davacının maddi bir hakkının varlığını gerektirir. İkinci anlamıyla ise dava, bir kimsenin ister haklı ister haksız olsun, bir ihtilaf ve çekişmeye (*nizaa*) son vermesini isteyebilme iktidar ve yetkisidir. Bu iki tanım birbirinden farklıdır. Çünkü bir kişi, hasmından zorla bir hakkı alabilme yetkisine, yani birinci anlamıyla dava açma yetkisine sahip olmayabilir; buna karşın bu kişinin mahkemeden hukuki koruma istemesinin önünde hiçbir engel bulunmaz. Buna örnek olarak nisbî borçlar gösterilebilir. Davacının maddi bir hakkı yoktur; buna karşın davacı usulî işlemleri yapar ve davalı da borcunu ikrar ederse borç ifa edilecektir. Yani ikinci anlamıyla dava açma, bir mahkemeye başvuru yetkisinin bulunmasıdır. Bu bir usulî haktır. Böylece dava ile davanın teyit ettiği hak arasında bir farklılaşma söz konusu olur²⁸⁴. Dava kavramının üç ve dördüncü anlamları daha farklıdır. Üçüncü anlamıyla dava, kişinin dava açma yetkisine dayanılarak yapılan

²⁸¹ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. ERMENEK, (2013), s. 21-23.

²⁸² Karşı görüş için bkz. PEKCANITEZ, (1995), s. 261.

²⁸³ KURU, Baki; ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder; **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 233.

²⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. BELGESAY, Mustafa Reşit; **Dava Teorisi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 208, İstanbul, 1943, s. 5-7.

hukuki bir işlemi ifade eder. Dördüncü anlamıyla ise dava, tarafların iddialarını öne sürdüğü muhakeme sürecinin adıdır²⁸⁵.

Anayasa şikayeti, yukarıda bahsedilen dört anlamın tamamı açısından dava özellikleri gösteren bir hak arama yoludur. Önemli olan ise bir ve ikinci anlamlarıyla anayasa şikayetinin dava niteliğinin belirlenmesidir. Birinci olarak anayasa şikayetinde bir kimsenin temel hakkının korunmasını isteme yetkisinden bahsedilir. Yani burada himayesi istenen maddi husus, bir temel hak ve özgürlük olmalıdır. İkinci olarak ise anayasa şikayetinin kendisi de bir dava olduğundan usulî bir haktır²⁸⁶.

B. Türk Hukukunda Bireysel Başvurunun Gelişimi ve Niteliğinin Yorumsal Çerçevesi

Belirtildiği gibi Türkiye’de bireysel başvuru müessesesini düzenleyen 6216 Sayılı Kanun’un yapım aşamasına temel rengini, aktivist bir Anayasa Mahkemesi anlayışı ile kendini sınırlayan bir Anayasa Mahkemesi anlayışı arasındaki tasarım tartışması vermiştir. Ancak bu tartışmanın kanunun yapım sürecinde veya doktrinde yapılmasından ziyade Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında yapılması önemlidir. Çünkü Almanya’da görüldüğü gibi, bir müessesenin iç hukuka yerleştirilmesinden daha önemli olan, o müessesenin hukuki gereklerinin felsefi bir altyapıyla Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilmesidir. Bu noktada Türk Anayasa Mahkemesi’ne de önemli bir görev düşmektedir. Bu görev, 6216 Sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü çerçevesinde bireysel başvuru hakkını geniş bir biçimde yorumlamaktan başka bir şey değildir.

1. Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumunu Etkileyen Tartışmalar

Türkiye’de bireysel başvurunun nitelik ve kapsamının belirlenmesinde siyasal anayasacılık (*political constitutionalism*) ve hukuki anayasacılık (*legal constitutionalism*) arasında süregelen bir tartışmanın izlerini görmek mümkündür. Bu tartışma aynı zamanda mahkemelerin temel hak ve özgürlükleri korumada aktivist bir tutum benimsemesi gerektiğini savunan yorumcular (*interpretivists*) ile yargının kendini

²⁸⁵ BELGESAY, (1943), s. 6-7.

²⁸⁶ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİRİN, (2013), s. 22-29.

sınırlandırması gerektiği tezini savunan yorum karşıtları (*non-interpretivists*) arasındaki kadim çatışmanın bir boyutudur²⁸⁷.

Siyasal anayasacılık akımına göre insan hakları, siyasi mücadelelerin sonucunda elde edilen ve siyasi tercihler sonucunda hukuka konu olmuş haklardır. Bu sebeple insan haklarının etkin bir biçimde korunması, ancak demokratik süreç ve kurumlar içerisinde verilecek siyasal bir mücadeleyle mümkündür. Aksi bir durum, insan haklarının çoğu zaman demokratik ve katılımcı olarak belirlenmemiş olan yargısal makamların eline teslim edilmesi anlamına gelecektir. Bu durum kaçınılmaz olarak bir jüristokrasiye (yargıçlar hükümeti) sebep olacaktır²⁸⁸.

Siyasal anayasacılık anlayışının karşısında hukuki anayasacılık anlayışı vardır. Hukuki anayasacılık fikrinin temelinde temel hak ve özgürlüklerin yargısal yorum faaliyetiyle geliştirilmesi bulunur. Bu fikir, öncelikli olarak rasyonel bir temel haklar anlayışı üzerinde uzlaşılabilmesi ve bu hakların yargı tarafından etkin bir biçimde korunabileceği varsayımına dayanır²⁸⁹. Yani temel hak ve özgürlüklerin korunması ana olarak yargıya emanet edilmiştir.

Siyasal anayasacılık ile hukuki anayasacılık anlayışları arasındaki tartışma oldukça ilginçtir. Aslında siyasal anayasacılık fikri, 1960'lardaki davranışçı yaklaşım ile eleştirel hukuk okulunun bir sentezidir. Bu anlayış, Avrupa'da sosyalist yazarlar tarafından ortaya atılmıştır. Çünkü bunlara göre hukuk, siyasi mücadelelerden ne özerk ne bağımsız bir disiplindir. Bu sebeple hakimin hüküm verme süreci, aslında kanunu kendi ideolojisi doğrultusunda yorumlamasından ibarettir. Bu sebeple yargı konusunda yapılacak çalışmalarda göz önüne alınması gereken hakimin ideolojik konumudur²⁹⁰. Böyle bir durumda hak ve özgürlükleri yargıya emanet etmek doğru değildir. Çünkü hakların korunacağı gerçek alan siyasal alandır; bu alanda haklar korunabilirse yargıda da korunur. Bu alanda haklar korunamıyorsa zaten yargıya güvenmek anlamsızdır. İlginç olan şudur ki sosyalistlerin ortaya attığı bu teori, günümüzde bağlamından

²⁸⁷ Bu konuda özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde oluşmuş büyük bir doktrin vardır. Konu hakkındaki en önemli incelemelerden biri için ELY, John Hart; **Democracy and Distrust**, Harvard University Press, 1980, özellikle s. 1-11.

²⁸⁸ BELLAMY, Richard; "Political Constitutionalism and The Human Rights Act", **International Journal of Constitutional Law**, Cilt: 9, No: 1, 2011, s. 90-91.

²⁸⁹ BELLAMY, (2011), s. 91-93.

²⁹⁰ İngiliz hukukunda bu yönde en bilinen çalışma için bkz. GRIFFITH, James A. G; **The Politics of The Judiciary**, Fontana Press, Manchester, 1977, s.189-191.

koparılmıştır. Bu teori, genişletici bir temel hak ve özgürlükler yorumu yapmaya çalışan mahkemelerin aktivist tutumunu eleştirmek için bir manivela gibi kullanılmaktadır. Bir başka deyişle siyasal anayasacılık ile hukuki anayasacılık arasındaki tartışma, popülarist bir yaklaşımla yargının hak ve özgürlükleri korumak konusundaki aktif tutumunu sınırlandırmak için kullanılmakta, yani suiistimal edilmektedir²⁹¹. Türkiye’de de bireysel başvurunun nasıl işleyeceği tartışmaları bu çatışmalarla yakından ilgilidir.

Türkiye’de bireysel başvuru yolu 1982 Anayasası’na 148. maddesine 2010 yılında 5982 Sayılı Kanun’la eklenen 3, 4 ve 5. fıkralarda düzenlenmiştir. Buna göre; *“(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) 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.*

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”

2010 yılında Türk hukukuna girmesine karşılık, Türkiye’de bireysel başvuru müessesesine yer verilmesi gerektiği, ilk defa 1961 Anayasası döneminde Balta tarafından savunulmuştur. Yazara göre bu dönemde müessesenin kanunla düzenlenmesinin önünde herhangi bir engel yoktur²⁹². Ancak bu görüş, Türk Anayasa Mahkemesi’nin görevlerinin anayasada tahdidi olarak sayıldığı gerekçesiyle doktrinde dahi kabul görmemiştir²⁹³. Bu sebeple, Almanya’da olduğu gibi Türkiye’de bireysel başvurunun bir kanunla düzenlenmesi söz konusu olmamıştır. Buna karşılık bu müessesenin içtihat yoluyla Türk hukukuna kazandırılabilceği isabetli olarak ileri

²⁹¹ Benzer yönde bkz. FELDMAN, David; “Democracy, Law and Human Rights: Politics as Challenge and Opportunity”, (eds. Murray HUNT, Hayley J. HOOPER, Paul YOWELL,) **Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit**, Hart Publishing, 2015, s. 97.

²⁹² HAMDEMİR, (2015), s. 80, BALTA, Tahsin Bekir; “Türkiye’de Anayasa Yargısı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Sayı 1-4, 1961, s. 557-558.

²⁹³ HAMDEMİR, (2015), s. 80, AZRAK, Ülkü; “Türk Anayasa Mahkemesi: Anayasa Düzenindeki Yer-Teşkilatı-Fonksiyonları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 28, Sayı-3-4, 1962, s. 661.

sürülmüştür. Bunun yanında, Türk Anayasa Mahkemesi'ne anayasada verilen görevlerin sınırlı bir şekilde sayılmadığı, yasama yetkisinin genelliği doğrultusunda yasama organının Anayasaya aykırı olmamak şartıyla her düzenlemeyi yapabileceği de ifade edilmiştir. Bu yolun, geçmişte, kanuni bir düzenleme yapılarak Türk hukuk sistemine kazandırılabilmesi de belirtilmiştir²⁹⁴. Nihayet 2000'li yılların başlarından itibaren bireysel başvuru müessesesi, çeşitli sivil toplum kuruluşları ve Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan anayasa taslaklarına ilişkin çalışmalarda yer almaya başlamıştır. Buna karşın bireysel başvurunun Türk hukukuna girmesi iç etkenlerden ziyade dış etkenler sayesinde olmuştur²⁹⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen insan hakları korumasını, ulusal hukuk sistemleriyle ortak sorumluluk kapsamında görmesi bunda özellikle etkilidir²⁹⁶.

Bireysel başvurunun Türk hukukuna girmesiyle birlikte Türk hukukunda etkin bir hak koruma mekanizmasının da ortaya çıkması umut edilmektedir. Buna karşın Göztepe'nin isabetle belirttiği bir husus vardır: Anayasa şikâyeti (bireysel başvuru) müessesesi temel bir “sistem” tercihidir. Yani her ülkenin ulusal uygulaması, kendi içinde tutarlı bir bütünlük teşkil eder; temel hak ve özgürlüklerin korunması amacı, her bir hukuk sisteminin temel bir kurumsal tercihiyle şekillenir²⁹⁷. Bu durum her ülkede bireysel başvurunun kapsam ve uygulamasının farklı olmasına yol açar. Örneğin Almanya'da anayasa şikayeti (bireysel başvuru) yasama, yürütme veya yargının tüm eylem ve işlemlerine karşı yapılabilir; buna karşın Avusturya'da anayasa şikayeti, yalnızca yürütmenin idari eylem ve işlemleri ile doğrudan temel hakları ihlal eden kanunlara karşı yapılmaktadır. Keza Güney Kore'de de anayasa şikayeti, Başkanlık ve Bakanlar Kurulu kararnamelerine karşı doğrudan; kanunlara ve idarenin diğer düzenleyici işlemlerine karşı herhangi bir başvuru yolu öngörülmemişse veya görülmekte olan bir dava esnasında uygulanacak kanunun Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasının talep edildiği, fakat reddedildiği

²⁹⁴ Bireysel başvurunun içtihat veya kanun yoluyla Türk hukukuna alınabileceği yönünde ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. ŞİRİN, (2013), s. 56-63.

²⁹⁵ Bu hususlarda ayrıntılı bilgi için bkz. HAMDEMİR, (2015), s. 81-83.

²⁹⁶ 5 Nisan 2010 tarihli 2/656 numaralı kanun teklifi, s. 13, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf>. Erişim tarihi: 31.10.2016.

²⁹⁷ Bu yönde bkz. GÖZTEPE Ece; “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 95, 2011, s. 24.

durumlarda, bu kanunun Anayasa’da yer alan temel haklardan biri veya birkaçını ihlal ettiği iddiasıyla yapılmaktadır²⁹⁸.

Bir ülkede bireysel başvurunun niteliği ve kapsamı, o ülkenin kurumsal tercihleri doğrultusunda şekilleniyorsa, bu durumda kendimize Türkiye’nin kurumsal tercihinin ne olduğunu sormamız gerekir. Bunun Türkiye’de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne giden dosya sayısını azaltmak olduğu açıktır. Bu durum yalnızca Türkiye’nin değil aynı zamanda Avrupa Konseyi’nin de hedefidir ve Venedik Komisyonu’na açıkça dillendirilmektedir²⁹⁹. Türkiye’de bireysel başvurunun nitelik ve kapsamının da bu tercih doğrultusunda şekillendiğini belirtmek yanlış olmayacaktır. Peki Türkiye’nin Avrupa Konseyi nezdinde temel haklara ilişkin en büyük sorunu hangi organdan kaynaklanmıştır? Bu soruya yargı organı şeklinde cevap vermek mümkündür. Bireysel başvuru yolunun kabulünden önce yargısal süreçlerin uzunluğundan veya yargı kararlarının icrasından kaynaklanan sorunlar öylesine büyümüştür ki bu durum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne Türkiye’den giden dosyaların sayısında büyük bir artış meydana getirmiştir. Bunun üzerine durumun bir kanun çıkarılarak çözülmesi için çalışmalar başlatılmıştır. Nihayet 09.01.2013 tarih ve 6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun kabul edilerek sorunun çözülmesine çalışılmıştır³⁰⁰. Nihai çözüm ise bireysel başvurunun bizzat kendisi olmuştur.

Türkiye’de bireysel başvurunun niteliğine yönelik dikkat çekici eleştiri ve görüşler ileri sürülmüştür. Özellikle yüksek yargı organları mensupları tarafından yapılan eleştiriler, yüksek mahkemeler arasında bir hiyerarşi kurulmasının mümkün

²⁹⁸ KILINÇ, Bahadır; “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, **Anayasa Yargısı**, Sayı: 25, 2008, s. 30-31, ayrıca çeşitli ülkelerde bireysel başvurunun kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARAMAN, Ebru; **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

²⁹⁹ **Opinion on the Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey**, Adopted by the Venice Commission at its 88th Plenary Session (Venice, 14-15 October 2011), s. 3, ayrıca bu durumun eleştirisi için bkz. KONTACI, (2014), s. 109, dipnot 2.

³⁰⁰ Bu kanun tasarısı taslak olarak Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü ve Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığında görev yapan hakimlerden oluşturulan bir Komisyon tarafından hazırlanmıştır. Taslağın ismi ise şudur: “*Yargılama Sürelerinin Uzunluğu ile Mahkeme Kararlarının Geç veya Kısmen İcra Edilmesi ya da İcra Edilmemesi Nedeniyle Tazminat Ödenmesine Dair Kanun Tasarısı*”, bu konuda bkz. YILDIRIM, Zeki; “6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:17, Sayı 1-2, 2013, s. 1738, tasarıya ait bu isim, sorunun yargıdan kaynaklandığını açıkça ortaya koymaktadır.

olmadığı, bu sebeple de Anayasa Mahkemesi'nin diğer yüksek mahkemeler tarafından verilen kesinleşmiş kararları iptal etme yetkisinin bulunmadığı noktasında toplanmaktadır³⁰¹. Maalesef bu eleştiriler İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Batıda şekillenen hak temelli hukuk anlayışının ülkemizde kavranmaktan uzak olduğunu göstermektedir. Dahası bu eleştiriler, 2011 yılında, bireysel başvurunun kabulünün ardından yürürlüğe giren 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un yapım sürecindeki tartışmalara da yön vermiştir. Kanunun yapım aşamasında, iktidar ile muhalefet arasında; yargının iktidara bağımlı kılınmaya çalışıldığı, Anayasa Mahkemesi'nin de bu yapı içinde yüksek yargı organları arasında daha üst konuma yükseltildiği eleştirileriyle kısır bir tartışmanın içine girildiği, bireysel başvurunun varlığı ile usul ve esaslarına bakışın da büyük ölçüde bu doğrultuda şekillendiği haklı olarak belirtilmektedir. Bu anlayışla Anayasa'nın 148. maddesinin. 4. fıkrasına eklenmiş olan “*Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.*” hükmünün de sorunlu olduğu ifade edilmektedir³⁰². Çünkü bireysel başvuruya konu olan uyuşmazlıkların çözümü için önemli olan özgül anayasa hukukuna aykırılıkların tamamı, aslında ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemelerinin kanun yollarında göz önüne alması gereken hususlardan başka şeyler değildir.

6216 Sayılı Kanun'un yapım sürecinde hem iktidar hem de muhalefetin durduğu entelektüel pozisyon, hukuki anayasacılıktan ziyade siyasi anayasacılık lehine olmuştur. Bu durum, Türkiye'de bireysel başvurunun hukuki niteliğini, dolayısıyla temel hak ve özgürlükler yorumunu da etkilemektedir. Bu noktada bireysel başvurunun niteliği, önce genel olarak sonra da Türk Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı doğrultusunda ortaya konmalıdır.

2. Türk Anayasa Mahkemesi İçtihadında Bireysel Başvurunun Hukuki Niteliğine İlişkin Ön Gözlemler

Bireysel başvuru yolunun -birtakım itirazlara karşı- karşılaştırmalı hukukta bir dava olarak görülmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurunun hukuki bir nitelendirmesini, önüne çıkan fırsatlara rağmen henüz yapmamıştır. Halbuki bunun için

³⁰¹ Bu noktada 2010 Anayasa değişikliğinin gündemde olduğu dönemin Yargıtay ve Danıştay birinci başkanlarının yaptıkları eleştiriler için bkz. HAMDEMİR, (2015), s. 85-86, dipnotlar 264-265.

³⁰² GÖZTEPE, (2011), s. 22-23.

karşısına fırsatlar da çıkmıştır. Bunlardan bahsedilecektir. Bu konuda öncelikle Türk anayasa yargısında dava kavramının anlamını ortaya koymak bireysel başvuru açısından yol gösterici olacaktır.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşundan bu yana en önemli görevlerinden biri somut norm denetimi olmuştur. Somut norm denetimi, 1982 Anayasası'nın 152. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına 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.”* Madde metninden somut norm denetiminin şartları çıkar. Bunlar (1) görülmekte olan bir dava, (2) davaya bakmakta olan mahkeme, (3) davada uygulanacak kural ve (4) anayasa aykırılık iddiasının ciddiliğidir. Bu şartların her biri Anayasa Mahkemesi tarafından yıllarca yorumlanmış, belli bir olgunluğa da ulaşmıştır.

Somut norm denetiminin şartlarından olan “dava” kavramının yorumu, bireysel başvuru açısından özel bir önem taşır. Çünkü bireysel başvurunun, karşılaştırmalı hukukta çekişmesiz bir yargı işi olduğu, bu yüzden de usul hukuku bağlamında dava niteliği taşımadığı itirazları ileri sürülmektedir. Konu, Türk doktrininde ise ihtilaflıdır. 6216 Sayılı Kanun'un 49. maddesinin 2. fıkrasında, Türkiye’de bireysel başvuruda Adalet Bakanlığı’ndan görüş istenmesi ve karar örneklerinin Bakanlığa gönderilmesinin Türk anayasa hukukunda bireysel başvuruyu çekişmeli yargı işi haline getireceği de iddia edilmektedir³⁰³.

İster çekişmeli ister çekişmesiz yargı işlerinden olsun, Anayasa Mahkemesi'nin “dava” kavramı konusundaki yorumu bellidir. Mahkeme, “dava” kavramını geniş yorumlamaktadır. Somut norm denetimi için, bir dava söz konusu olmadıkça anayasaya uygunluk denetimi yoluna başvurulamayacağı dikkate alınarak bu kavramın dar yorumlanması uygun görülmemiştir. Yani Anayasa Mahkemesi, dava kavramını usul hukukundaki anlamıyla yorumlayamaz; çünkü itiraz yolunun işlevi, Anayasa’ya aykırı kanunların taraflara uygulanmasını önlemektir. Ayrıca bu yolun söz konusu kanunları

³⁰³ Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİRİN, (2013), s. 288-289.

hukuk düzeninden ayıklamak gibi objektif bir işlevi de söz konusudur³⁰⁴. Bu sebeple de dava kavramı Mahkeme tarafından geniş yorumlanmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin somut ifadesindeki yaklaşım da bunu doğrular niteliktedir: *"Anayasa'ya aykırı bir takım hükümlerin dar anlamda dâvalar dışında mahkemelerin gördükleri çelişmesiz yargı (Nizasız kaza) işlerinden olan öbür işlerde uygulanacak yasalar hükümleri bakımından dahi söz konusu edilmesi tabii bulunduğundan, (Dâva) sözünü usul hukukundaki dar anlamında değil, geniş bir anlamda ve mahkemelerin bir karara bağlamakla ödevli oldukları dâvalar veya çelişmesiz yargıdan sayılan işler anlamında yorumlamak, Anayasa koyucunun amacına uygun düşecektir"*³⁰⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin, başvuran mahkeme önündeki işin dava niteliğine ilişkin geniş yorumunu, birtakım çelişkili kararlarına rağmen³⁰⁶ koruduğunu söylemek mümkündür. Yaklaşık 50 yıl içinde gelinen noktada Anayasa Mahkemesi'nin yorumunda önemli bir değişiklik yoktur. Nihayet 2014 yılında verdiği bir kararda Mahkeme, şu ifadeleri kullanmaktadır: *"Anayasa'nın 152. maddesinde sözü edilen "dava" kavramının, özel usul kanunlarındaki anlamına bağlı kalınmaksızın, bir anayasa yargısı terimi olarak, anayasa yargısındaki işlev ve amacı gözetilerek yorumlanması gerekmektedir. Dava kavramı her usul hukuku dalında ayrı içerik ve şekillere büründüğünden, bunlardan birine bağlı kalınarak yapılacak tanım, diğer yargı kollarında görülen işlerin dava kavramının kapsamı dışında bırakılması riskini taşımaktadır. Bu durum, anayasa yargısının işleviyle bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 152. maddesinde sözü edilen dava kavramının tüm yargı kollarında görülen işler göz önünde bulundurularak anlamlandırılması kaçınılmazdır"*³⁰⁷.

³⁰⁴ ÜLGEN, **Özen; İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 182.

³⁰⁵ **Anayasa Mahkemesi'nin E. 1967/21 ve K. 1968/36 Sayılı Kararı**, R.G. Tarih-Sayı: 04.03.1969/13139.

³⁰⁶ Bu konuda bir örnek Ülgen tarafından verilmektedir. Bu örneğe konu olan ilk kararında Anayasa Mahkemesi, Ankara 10. Asliye Mahkemesi'nin başvurusu üzerine 1581 sayılı "Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu" nün Geçici 2. Maddesinin uygulanmasıyla fesholunan vakfin bir mahkeme kararıyla feshedilmemiş olduğunu, bu sebeple ortada bir dava bulunmadığını ifade etmiştir. **Anayasa Mahkemesi'nin E. 1977/128 ve K. 1977/140 Sayılı Kararı**, R.G. Tarih-Sayı: 8.3.1978/16222; ikinci kararda ise yine Ankara 10. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin başvurusu üzerine yaptığı incelemede bu sefer bu işi, bakılmakta olan bir dava olarak görmüştür. **Anayasa Mahkemesi'nin E. 1980/10 ve K. 1980/69 Sayılı Kararı**, R.G. Tarih-Sayı: 4.3.1981/17269, bu kararlar da göz önüne alınarak yapılan değerlendirmede Anayasa Mahkemesi'nin dava kavramını yorumlarken istikrarlı bir tutum izlemediği ifade edilmiştir. ÜLGEN, (2013), s. 182.

³⁰⁷ **Anayasa Mahkemesi'nin E. 2014/172 ve K. 2014/170 Sayılı Kararı**, R.G. Tarih-Sayı: 10.1.2015-29232.

Anayasa Mahkemesi, “dava” kavramını geniş yorumlarken *Anayasa koyucunun amacına* gönderme yapmıştır. Yani tarihsel yorum yapmıştır³⁰⁸; ancak anayasa yargısının objektif işlevinden bahsederek amaçsal yorumu da kullanmıştır. Yorum ilkesi bazında ise Anayasa Mahkemesi, dava kavramına verdiği anlamla özerk yorum doktrinini kullanmaktadır. Böylece usul hukukunda dava kavramına yüklenen anlamla, anayasa yargısında dava kavramına yüklenen anlam farklı hale gelmektedir. Dava kavramının geniş yoruma tabi tutulması, anayasa yargısı yoluyla temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından olumludur. Peki Anayasa Mahkemesi bu yorumunu bireysel başvuruya teşmil edebilecek midir? Bu soruya olumlu yanıt vermek güçtür. Bunun için Anayasa Mahkemesi’nin ilk kurulduğu yıllarda norm denetiminin hukuki nitelendirmesini yapma biçimine bakmak yeterlidir.

Soyut ve somut norm denetimi yolları, 1961 Anayasası ile hukukumuzda girmiştir. Bu dönemde norm denetimi, anayasacılığın parlayan yıldızıdır. Hatta öyle ki norm denetimi yoluyla anayasaya aykırı kanunların hukuk düzeninden temizlenecek olması, Alman hukukunda anayasa şikayeti yolunun gereksiz olduğu eleştirilerine dahi yol açmıştır³⁰⁹. Türk hukukunda ise Anayasa Mahkemesi’nin kurularak norm denetimiyle görevlendirilmesinin ardından, kanunların anayasaya aykırılığının yargısal denetiminin hangi makam tarafından yapılacağına ilişkin 1915’ten bu yana süren tartışma sonuçlanmıştır³¹⁰.

Anayasa Mahkemesi, norm denetimini dava olarak görmemiştir; gerekçesi de şudur: 44 Sayılı Kanun’un 20. maddesinin 2. fıkrasında ve 2949 Sayılı Kanun’un 18. maddesinde Anayasa Mahkemesi’nin görevleri arasında “*Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyasi partilerin kapatılması davalarında ön mesele olarak bakması gereken işleri karara bağlamak*” hususu açıkça yer almaktadır. Demek ki Anayasa Mahkemesi’nin önündeki işlerin “dava” niteliği bunlarla sınırlıdır. Kanunda yapılan açık düzenlemenin mefhumu muhalifinden bu sonuç çıkmaktadır³¹¹. Böylece Anayasa Mahkemesi’nin kuruluş ve yargılama usullerine ilişkin olarak 1961 Anayasası döneminde çıkarılan 44

³⁰⁸ Bu yönde bkz. ŞİRİN, (2013), s. 289-290.

³⁰⁹ Alman hukukunda yer alan bu eleştirileri aktaran; KIRATLI, Metin; **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966, s. 33-34.

³¹⁰ Kanunların anayasaya uygunluk denetimi alanında ülkemizde öncüler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ONAR, Erdal; **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun. Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında. Ülkemizde Öncüler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1993, s. 162-180.

³¹¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÜLGİN, (2013), s. 190-191.

Sayıli Kanun ve 1982 Anayasası döneminde çıkarılan 2949 Sayılı Kanun'un anayasaya uygunluk denetiminin yapılması mümkün olmamıştır. İlginç olan ise şudur: Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarında norm denetimini dava saymadığı için anayasaya uygunluk denetimini yapamadığı kendi kuruluş ve işleyişine ilişkin kanun hükümlerini, sonraki kararlarında ihmal edebileceği sonucuna ulaşmıştır³¹². Yani kanunda öngörülmeven bir yetki olduğu gerekçesiyle işin esasına girmeyerek iptal edemediği kanunları, kanunda bu konuda kendisine açıkça yetki tanınmadığı halde ihmal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi yolunu bir dava olarak görmeyen kararları doktrinde eleştirilmiştir. Bu eleştiriyi yapan Kıratlı, aslında eleştirisinde anayasa yargısının işlevine dikkat çekmektedir: *“Anayasayı korumak esas görevi olan Anayasa Mahkemesinin diğer mahkemelerin uyguladıkları kanunlar hakkında iptal kararı verebildiği halde bizzat kendisinin uyguladığı kanunlar hakkında bu yetkiye sahip olmaması hangi mantık ve hukuk kuralı ile izah edilebilir? ... Mahkemenin bu şekilci ve çekingen davranışı terkederek, bu içtihadını değiştirmesi temenni edilir³¹³.”*

Kıratlı'nın ifadeleri, Anayasa Mahkemesi'nin geleneksel yorum öğretisine mündemiç bir özel hukuksal argüman biçimini (mefhumu muhalif), hem de yanlış bir biçimde kullanarak anayasa yargısının, dolayısıyla temel hak ve özgürlükler alanının daraltılmasına bir tepkidir. Yazar, anayasa yargısının objektif işlevine dikkat çekerek, bu yeni ve taze müessesenin belirtilen amaca uygun bir biçimde yorumlanmasını temenni etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi bu yolu seçmemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin önünde tıpkı o zamanki gibi şu anda da yeni ve taze bir müessese vardır. Bu müessese bireysel başvurudur. Ancak yukarıda yapılan açıklamalar, şimdiye kadar durumun bireysel başvuru açısından da pek iç açıcı olmadığını göstermektedir. Çünkü görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, kendi önündeki işlerin dava niteliği bakımından daraltıcı bir yorum benimsemiştir.

³¹² **Anayasa Mahkemesi'nin E. 2002/44 ve K. 2002/90 Sayılı Kararı**, R.G. Tarih-Sayı: 27.01.2004 / 25359, bu konuda 1961 Anayasası döneminde verilen karar için bkz. **Anayasa Mahkemesi'nin E. 1964/22 ve K. 1964/54 Sayılı Kararı**, R.G. Tarih-Sayı: 26.11.1964/11866.

³¹³ KIRATLI, (1966), s. 154-155.

Bireysel başvuru yolunda, Anayasa Mahkemesi'nin dava kavramı konusundaki daraltıcı yorumunun aşılması için Mahkeme'nin önüne fırsatlar çıkmıştır. Her şeyden önce, 44 ve 2949 Sayılı Kanunlar'da Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasında sayılan “*Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyasi partilerin kapatılması davalarında ön mesele olarak bakması gereken işleri karara bağlamak*” hükmü, 2011 yılında yürürlüğe giren 6216 Sayılı Kanun'da yer almamaktadır. Yani Anayasa Mahkemesi, artık bu hükmün mefhum-u muhalifinden hareket etmeyecektir. Dahası, 6216 Sayılı Kanun'un bireysel başvurudan feragat müessesesini düzenleyen 50. maddesinin son fıkrasının başlığının “*Davadan feragat*” olması da bu yoruma dayanak teşkil edecek pozitif bir hüküm olarak görülmektedir³¹⁴. Aslında böyle bir pozitif dayanağa gerek de yoktur. Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen somut olaylarda bu yorumu, amaca uygun olarak yapması gerekir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin önüne somut bireysel başvurular da gelmiştir. Bunların en bilinenleri, *Sevim Akat Ekşi ile Gülsim Genç* ve *Bayram Otel* başvuruları olarak bilinen *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvuruları*'dir. Anayasa Mahkemesi, bu başvurularda ihlal kararları vermiştir³¹⁵. Bu başvuruların ortak özellikleri, gerek idarenin gerekse de mahkemelerin kanunu doğru uygulaması ve buna rağmen bir temel hakkın ihlal edilmesidir³¹⁶. Örneğin Gülsim Genç ve Sevim Ekşi Akat Başvuruları'na konu olan olaylarda, Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi uygulanmaktadır. Bu madde şu şekildedir: “*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir.*” Hüküm açıktır; kadın evlenmeden önceki soyadını kullanamayacaktır. Bir an için bu hükmün genel mahkemeler tarafından somut norm denetimine götürülebileceği kabul edilebilir. Ancak evlenen kadının ilk gideceği yer nüfus idaresidir. Böyle bir durumda nüfus idaresi, bu kanunu uygulamaktan kaçınabilir mi? Bu imkansızdır. Öyleyse nüfus idaresine göz göre göre temel hakkı ihlal etmekten başka çare bırakılmamıştır. Kendi soyadını kullanmak isteyen kadınların da, başvuruları idare ve mahkemeler tarafından reddedildikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne dava açmaktan başka çareleri yoktur. Eğer Türk hukuk sisteminde böyle bir sorun, Anayasa Mahkemesi tarafından çözülmeyecekse kim tarafından çözülecektir?

³¹⁴ ŞİRİN, (2013), s. 291.

³¹⁵ **Sevim Akat Ekşi Başvurusu, Başvuru No: 2013/2187**, Karar Tarihi: 19/12/2013, **Gülsim Genç Başvurusu, Başvuru No: 2013/4439**, Karar Tarihi: 6/3/2014, **Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/752**, Karar Tarihi: 17/9/2013.

³¹⁶ ŞİRİN, (2015), s. 87-88.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda belirtilen kararları verirken, kişilerin temel haklarını ihlal eden işlemlerin dayandığı kanunları somut norm denetimine götürerek iptal etme hususunu hiç tartışmamıştır. Bu durum elbette 6216 Sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*Yasama işlemleri... aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı...*” hükmünden kaynaklanmaktadır. Ancak şunu belirtmek gerekir: Anayasa Mahkemesi'nin önündeki başvuruda uygulayacağı kuralı somut norm denetimine götürmemesi, ilk etapta bireysel başvuru müessesesinin niteliğinin kavranamamasından kaynaklanmaktadır. 6216 Sayılı Kanun'un yapımı sırasındaki tartışmalar bunu açıkça göstermektedir³¹⁷.

Anayasa Mahkemesi, kanunun uygulanmasından kaynaklanan ihlallere ilişkin başvurularda ihlal kararı vermektedir; çünkü ihlal olduğu açıktır. Örneğin, evli kadının kendi soyadını kullanamaması için günümüzde haklı gösterilebilecek bir sebep yoktur. Ancak, bu durumu engelleyen Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi yürürlükte olduğu müddetçe sorun çözülmez; özellikle idari makamlar bu işlemleri yapmaya devam ederler. Anayasa Mahkemesi de bu işlemler hakkında ihlal kararı vermeye devam eder. Ancak Mahkeme, bu kararları verirken sahip olduğu yorumsal araçları doğru bir biçimde kullanmazsa, hukuk sistemini anayasallaştırma işlevini göremeyecektir. Böylece temel hak ihlallerinin önüne geçemediği gibi, aynı ihlaller sürekli tekrarlanacağından iş yükü de artacaktır. Yani Mahkeme içtihadı, bütüncül bir temel haklar anlayışıyla hukuki istikrarı sağlamak şöyle dursun, daha büyük bir hukuki istikrarsızlığa sebep olacaktır. Sorunun aşılması, hukuki yorumun ontolojik temellerinin kabulüyle mümkündür. Böylece bireysel başvuru da “anayasa hukukuna özgü bir dava” hüviyeti kazanarak objektif ve subjektif işlevlerini tam anlamıyla yerine getirebilecektir.

³¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993)**, Sıra Sayısı: 696, s. 20, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf>, Erişim Tarihi: 09.11.2016, ayrıca AYDIN, Öykü Didem; “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı 4, 2011, s. 142-143.



İKİNCİ BÖLÜM

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ÖZNESİ VE KAPSAMININ BELİRLENMESİNDE GENİŞLETİCİ YORUM

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme’yi “yaşayan belge” olarak yorumlarken birtakım ilkelere başvurmaktadır. Bunlara genişletici yorum ilkeleri denir. Genişletici yorum; evrimsel (dinamik) yorum, özerk kavramlar doktrini, pozitif yükümlülükler doktrini ve temel hakların yatay etkisi (*drittwirkung*) adı verilen yorum araçları ile hayat bulmaktadır³¹⁸. Bu araçlar, son yıllarda özellikle bireysel başvuru vasıtasıyla ulusal hukuklarda çok önemli bir yere sahip hale gelmişlerdir. Bu sebeple mevcut araçların bireysel başvuru yolunda nasıl kullanıldığının açıklanması önemlidir. Ancak bu yorumsal ilkelerin her birinin tek tek Mahkeme kararlarında belirlenmesi oldukça güçtür. Çünkü Mahkemeler, kullandıkları bu ilkeleri nadiren dile getirirler. Aksi bir durum, Mahkeme’nin özgül yorum ilkeleriyle kendini bağlaması anlamına gelir.

Öyleyse temel hak ve özgürlüklere ilişkin bu yorum ilkeleri Anayasa Mahkemesi kararında nasıl belirlenecektir? Bu metodolojik sorunun yanıtı İngiliz hukukçu Douglas tarafından verilmeye çalışılmıştır. Yazara göre temel hak ve özgürlüklerin yorumu beş ana soruya verilecek kapsamlı yanıtlarla açıklığa kavuşturulabilir. Bu sorular şunlardır³¹⁹:

- (1) Kimler hangi temel haklara sahiptir ve bu haklara sahip olmanın karakteristik özelliklerini ne belirler?
- (2) Temel hakların kapsamı negatif mi pozitif mi, yoksa her ikisi birden midir?
- (3) Temel haklar arasındaki çatışmalar nasıl dengelenir?
- (4) Temel hak sahipleri haklarından feragat edebilirler mi?

³¹⁸ YILMAZ, (2010), s. 72, KABOĞLU, (2007), s. 309-310.

³¹⁹ DOUGLAS, Benedict; **The Necessity And Possibility of the Use of the Principle of Generic Consistency by the UK Courts to Answer the Fundamental Questions Of Convention Rights Interpretation**, Durham Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2012, s. 52-60.

(5) Temel hakların kişiler arasında yatay olarak uygulanma özelliği var mıdır yoksa bunlar yalnızca devlete karşı mı ileri sürülebilir?

Temel hak ve özgürlüklerin yorumu, yukarıda belirtilen beş soruyla ilgilidir. Bu sorulardan birinci ve ikinci sorular temel hak ve özgürlüklerin ve bunların kapsamının genişletici yorum ilkeleri ile nasıl belirlendiğine ilişkindir. Üçüncü ve dördüncü sorular ise temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırıcı yorum ilkeleri ile nasıl dengelendiğini konu edinir. Son soru ise temel hakların bireyler arasındaki ilişkilere uygulanma özelliği ile ilgilidir. Bu sorunun yanıtı temel hakların yatay etkisini incelemeyi hedefler. Bu yorum ilkesi ise hem genişletici hem de sınırlandırıcı özellik gösterir. Bu bölümde ilk iki soruya yanıt aranacaktır. Bunun için temel hak ve özgürlüklere kaynaklık eden bir ilke olarak insan haklarının düşünsel temelleri konusundaki yaklaşımlar ve bu yaklaşımların temel hakların yorumunda somutlaşma biçimleri incelenmelidir. Bunun ardından ise hangi haklara kimler sahiptir sorusuna, yani temel hakların özne ve içeriğinin nasıl yorumlanarak somutlaştırıldığına yanıt aranacaktır. Nihayet temel hakların negatif ve pozitif boyutları da temel hak ve özgürlüklerin kapsamı üzerinden incelenecektir.

I. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE KAYNAKLIK EDEN BİR İLKE OLARAK İNSAN HAKLARI

Temel hak ve özgürlükler Anayasa tarafından tanınan ve korunan haklardır³²⁰. Yani bunlar, anayasal kurallar tarafından düzenlenirler. Bir normun temellendirilmesi için bu normun kaynağına gitmek gerekir. Bu kaynak da normlara öncüllük eden ilke veya ilkelerdir. Bu değerlendirme sürecinin adının yorum süreci olduğu da yukarıda açıklanmıştı. İşte temel hak ve özgürlüklerin yorumu, bu sebeple önemlidir. Bu doğrultuda temel hak ve özgürlüklere kaynaklık eden ilkedен bahsetmek gerekir. Bu ilke, “*insan hakları*”dır³²¹.

Düşünce tarihi boyunca insan hakları kavramına şüpheyle yaklaşılmıştır. Çünkü insan hakları, Anayasa ve kanunlarda tanımlanan haklar değildir. Bu metinlerde tanınan hakların türetileceği ahlaki öncüllerdir³²². Bu sebeple kavramın hukuki anlamda bir

³²⁰ GÖZLER, (2014), s. 402.

³²¹ KUÇURADİ, İoanna; **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2011, s.57-63.

³²² KUÇURADİ, (2011) , s. 61.

etkinliğinin olmadığı savunulmuştur. Hatta ünlü İngiliz düşünür Bentham, insan hakları kavramı için “*ayakları yere basmayan bir saçmalık (vapid nonsense upon stills)*” ifadesini kullanmıştır³²³. Tüm bunlara rağmen insan hakları kavramının, son altmış yılın belirleyici hukuki, ahlaki ve siyasi kavramı olduğu ifade edilmektedir³²⁴. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bu ilkenin gereklerinin somutlaştırılması söz konusu olmuştur. Bu sebeple kavramın ahlaksal, düşünsel ve felsefi temelleri büyük ilgi çekmektedir³²⁵.

İlk önce insan hakları kavramı ile buna benzer kavramlar arasındaki terminolojik farktan bahsetmek gerekir. Benzer kavramlardan kasıt özellikle kamu hürriyetleri ve temel hak ve özgürlükler kavramıdır. Bunun ardından temel hak ve özgürlüklere kaynaklık eden bir ilke olarak insan haklarının temellendirilmesi ele alınacaktır. Nihayet insan haklarının sınıflandırılması da temel hak ve özgürlüklerin yorumu için büyük bir önem arz eder. Bu sebeple bu tasnifin de incelenmesi zorunludur.

A. Terminolojinin Belirlenmesi ve İnsan Haklarının Niteliği

Demokratik toplumlarda kişilere tanınan haklarla ilgili çalışmalarda çok farklı terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Bu terimlerin başında insan hakları, temel hak ve özgürlükler, temel haklar ve kamu hürriyetleri gelir³²⁶. Bu kavramlar bize çok önemli olan iki kavram arasındaki ilişkinin de ortaya konması gerektiğini gösterir. Bunlar “*hak*” ve “*özgürlük*” kavramlarıdır.

1. “Hak” ve “Özgürlük” Kavramları

Hak ve özgürlük kavramları konusunda farklı görüşler mevcuttur. Gözler, hak kavramını “*kişilerin hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan menfaatleridir.*” şeklinde; özgürlük (hürriyet) kavramını ise “*bir şeyi yapma veya yapmama, belli bir*

³²³ Bentham’ın bu eleştirisi hakkında bkz. DOUGLAS, Benedict; “Undignified Rights: The Importance of a Basis in Dignity for the Possession of Human Rights in the United Kingdom”, **Public Law**, 2015, s. 248, ayrıca ERDOĞAN, Mustafa; **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Yayınevi, Ankara, 2011, s. 55.

³²⁴ CRUFT, Rowan; LIAO, Matthew; RENZO, Massimo; “The Philosophical Foundations of Human Rights: An Overview”, **The Philosophical Foundations of Human Rights**, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew, LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 1.

³²⁵ İnsan hakları kavramının İngilizce konuşulan ülkelerdeki doktrinsel önemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 1-4.

³²⁶ KAPANİ, Münci; **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 13.

şekilde davranıp davranmama erkidir.” ifadesiyle tanımlar³²⁷. Bu durumda hak ile özgürlük arasında iki farktan bahsedilir. Birincisi, hakkın somut bir kavram, özgürlüğün ise soyut bir kavram olmasıdır. İkincisi ise özgürlüğün gerçekleşmesi için kimsenin bir edimde bulunması gerekmezken, hakkın gerçekleşmesinin ancak başkasının veya devletin edimiyle mümkün olmasıdır³²⁸.

Mumcu ve Küzeci’ye göre hak ve özgürlük kavramlarını birbirinden ayırmak oldukça güçtür. Bu güçlük, bu iki kavramın birbirinden kesin çizgilerle ayrılmasının imkansızlığından kaynaklanır. Hatta öyle ki özgürlüğün bir hak olduğu konusunda hukuk bilimiyle uğraşanlar arasında bir fikir birliği vardır. Bu iki kavramın hukuki metinlerde birbirinden ayrı iki kavrammış gibi kullanılması, Federal Almanya Anayasası’nda yer alan “*Temel Haklar*” kavramsallaştırmasından kaynaklanır³²⁹.

Almanya Anayasası’nda “*Temel Haklar*” kavramı iki gruba ayrılarak ele alınmıştır. Birinci grup, dokunulamaz olan “Devletüstü Temel Haklar”, ikinci grup ise bir ölçüde sınırlanabilen “Devletçe Tanınan Temel Haklar”dır. Bunlardan birinci grup, özgürlükleri ifade eder. İkinci grup ise hakları oluşturur. Bu durumda her iki kavramın özü aynıdır. Yalnızca sınırlandırılabilirlikleri bakımından bu iki kavram arasında fark gözetilir. Bu durumda hak kavramı; “*hukuk düzenince tanınmış, sınırı, konusu, kullanılma şekil ve koşulları gösterilmiş, yararlanılması toplumca sağlanmış özgürlük*” şeklinde tanımlanır³³⁰.

Yukarıda yer alan her iki görüşte de ortak olan bir nokta vardır. O da bu iki görüşün de hak kavramını hukukça tanınan somut bir özgürlük haline getirmesidir. Bu durumda insan hakları kavramı Bentham’ın dediği gibi saçmalıktır. Çünkü yukarıdaki görüşlere göre hak kavramı, hukuki metinlerde tanınabilen bir kavramdır. Yani bu görüş, hak kavramını hukuk kuralına indirger. Halbuki insan hakları –daha önce de belirtildiği gibi- hukuk değildir; hukukun türetileceği öncüllerdir. Belirtilen sebeple hak ve özgürlük kavramları arasındaki düşünsel farkın ortaya konması zorunludur.

³²⁷ GÖZLER, (2014), s. 401.

³²⁸ GÖZLER, (2014), s. 402.

³²⁹ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nda “Temel Haklar” başlığı altında teker teker özgürlükler düzenlenmiştir. MUMCU, Ahmet; KÜZECİ, Elif; **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 10, 15.

³³⁰ MUMCU, KÜZECİ, (2015), s. 15-17.

Hak kavramı konusundaki en önemli açıklamalar 20. Yüzyılın başında ünlü hukukçu Wesley Hohlfeld tarafından yapılmıştır. Hohlfeld'e göre haklar dört grupta incelenir: Talep hakları, özgürlük hakları, yetki ve bağımsızlıklar³³¹. Bu kavramlardan talep hakları ile özgürlük hakları arasındaki fark özellikle önemlidir. Doğal hukukçu yazar Finnis, bu iki kavram arasındaki farkı, varsayımsal bir örnekle somutlaştırarak açıklar³³². Bu örneğe göre A ve B, kişiler, *f* ise bir davranış simgeler. Bu durumda;

- *A'nın B'den f şeklinde davranması konusunda bir talep hakkı varsa, B'nin de f şeklinde davranmak konusunda bir ödevi vardır.*

- *A'nın B'den f şeklinde davranması konusunda bir talep hakkı yoksa B'nin f şeklinde davranma konusunda bir özgürlüğü vardır.*

- *A'nın B'den f şeklinde davranması konusunda bir talep hakkı yoksa B'nin f şeklinde davranmama konusunda bir özgürlüğü vardır.*

Bu somutlaştırma şunu ifade eder: Eğer bir kimse, bir diğer kimseden belli bir şekilde davranmasını talep edebilecek bir gerekçeye sahipse, ikinci kişinin birincinin talebine uyma yönünde bir ödevi vardır. İşte bu yüzden haklar ve ödevler birbirine bağlıdır³³³. Ancak eğer bir kimse, diğeri üzerinde belli bir şekilde davranma talebinde bulunabilecek bir gerekçeye sahip değilse, bu durumda ikinci kişinin bir hak veya ödevinden söz edilemez; özgürlüğünden söz edilir³³⁴. Belirtilen görüş, hakkı hukuken somutlaşan bir özgürlük şeklinde tanımlamaz. Zaten buradaki hak kavramı hukuku da aşar; etik bir gerekçeye dayanan bir talep haline gelir. Yani bu talep yalnızca hukuken temellendirilmez; etik olarak da temellendirilebilir. Bu durumda hak kavramını şu şekilde tanımlamak isabetlidir: “*Bir hakka sahip olmak bir kimseye karşı bir kurallar veya ahlaki ilkeler manzumesinin geçerli olarak tanınmasını gerekli kıldığı bir iddiaya (talebe) sahip olmaktır*”³³⁵.

³³¹ John Finnis de bugüne kadar haklar konusunda yapılan açıklamaların tamamının Hohlfeld'in bu dörtlü kombinasyonundan türediğini ifade etmektedir. FINNIS, John; **Natural Law and Natural Rights**, Clarendon Press, New York-Oxford 1980, s. 199.

³³² FINNIS, (1980), s. 199.

³³³ Bu yönde bkz. MAY, William; “The Difference Between A Right and A Liberty and The Significance of This Difference in Debates Over Public Policy on Abortion and Euthanasia”, <http://www.christendom-awake.org/pages/may/rights.html>, Erişim Tarihi: 07.01.2016.

³³⁴ FINNIS, (1980), s. 200.

³³⁵ ERDOĞAN, (2011), s. 11, ayrıca FEINBERG, Joel; “The Nature and Value of Rights”, **The Journal of Value Inquiry**, Cilt: 4, Sayı: 4, 1970, s. 257.

Hak bir kere bir talep olarak tanımlandığında özgürlükten farkı da ortaya çıkar. Çünkü özgürlük istediğini yapabilmektir. Bu yüzden özgürlük serbestiyeti ifade eder³³⁶. Ancak hak, bir kişi veya bir şey üzerinde gerekçelendirilmiş bir talebi ifade eder³³⁷. Bu yüzden hak kavramı, ödevle bağlantılıdır. İnsan hakları kavramı da bu yüzden önemlidir. Ancak bu konuda doktrinde üzerinde uzlaşmış tanımların olmadığını ifade etmek gerekir. Bu sebeple hukuki açıdan hak ile özgürlük arasında sınırları net bir biçimde belirlenmiş bir neticeye de varılamamıştır.

2. İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler ile Kamu Özgürlükleri

Kişilere tanınan hak ve özgürlüklerin çeşitli terimlerle adlandırıldığı belirtilmiştir. Bu terimler; insan hakları, kamu özgürlükleri, temel hak ve özgürlükler, kişisel hak ve özgürlükler ve medeni haklar gibi kavramlardır³³⁸. Bunlardan insan hakları özel bir öneme sahiptir. Kavram, bir hukuk deyiimi olarak Fransızca'daki *Droits de l'Homme* ve İngilizce'deki *Human Rights* deyimlerinin karşılığıdır. Bu kavramlar, Birleşmiş Milletler Şartı'nda ve Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nde kullanılmıştır; bu sebeple de dilimizde 1940'lı yılların sonundan itibaren önem kazanmıştır. O dönem, Türkiye'de entelektüel ve diplomatik çevrelerde en çok kullanılan yabancı dil de Fransızcadır. Bu sebeple kavramın Türkçeye çevrilmesinde Fransızca aslı esas alınmıştır. Eğer kavramın İngilizce aslı esas alınmış olsaydı, kavramın Türkçeye “*insani haklar*” şeklinde tercüme edilebileceği belirtilmiştir³³⁹.

İnsan hakları, bütün insanlara tanınması gereken ideal haklar olarak görülür. Yani bunlar teorik bir çerçevedir. Aynı sebepten dolayı da bu kavramın, “*olması gereken*” alanında kaldığı belirtilmiştir³⁴⁰. Bu yüzden de insan hakları kavramının daha çok doğal hukukçular tarafından kullanıldığı öne sürülür³⁴¹. Belirtilen görüşler isabetli görüşlerdir. İnsan hakları kavramını, benzer hukuki kavramlardan ayıran özellik, bu hakların etik olarak temellendirilen haklar olmasından kaynaklanır. Kuçuradi bunu şöyle ifade eder: “*insan hakları, insanın bazı doğal olanaklarının... gerçekleştirilebilirliğinin koşullarına ilişkin talepler getiren ilkeler*”dir. “*İnsan hakları*

³³⁶ Bu yönde bkz. MUMCU, KÜZECİ, (2015), s. 11-14.

³³⁷ Bu yönde bkz. ERDOĞAN, (2011), s. 10-11, FEINBERG, (1970), s. 256-257.

³³⁸ Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. GÖZLER, (2014), s. 402-403.

³³⁹ AYBAY, Rona; **İnsan Hakları Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s. 5-6.

³⁴⁰ Kapani, insan hakları dendiğinde platonik bildirilere geçen bir “*ulaşılacak hedefler programı*”nın akla geldiğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. KAPANİ, (1993), s. 14.

³⁴¹ GÖZLER, (2014), s. 402.

*hukuk değildir, hukukun türetileceği öncüllerdir*³⁴².” Bu ifade, insan haklarıyla temel hak ve özgürlükler ve kamu özgürlükleri arasındaki farkı ortaya koyar.

Kamu özgürlükleri –veya hürriyetleri- kavramı, insan haklarının Anayasa ve kanunlarda tanınmış ve pozitif hukuka girmiş kısmını ifade eder. Böylece kişilerin pratik olarak bu özgürlükleri kullanmaları sağlanır³⁴³. Bu kavramın Anglo-Sakson hukuk geleneği içindeki karşılığı *civil liberties* veya *civil rights* kavramlarıdır; bu kavramlar genellikle Türkçeye de medeni haklar şeklinde tercüme edilmektedir³⁴⁴. Bu çevirinin yanlış olduğu dile getirilir; çünkü bu durumda bu haklar, Türkiye’de Medeni Kanun tarafından düzenlenen hakları akla getirir³⁴⁵. Bu görüş isabetlidir; fakat bu İngilizce terimlerin Türkçede yalnızca yurttaşların kullanabilecekleri *yurttaşlık hakları* olarak adlandırılması gerektiği ileri sürülür³⁴⁶. Halbuki *civil liberties* kavramı, örneğin İngiltere’de, pozitif hukuk tarafından tanınan kişisel ve siyasi hakları ifade etmek için kullanılır³⁴⁷. Yani bu kavram aslında, pozitif hukuk tarafından tanınan hak ve özgürlükleri tanımlar; bu yüzden de kamu hürriyetleri kavramının karşılığıdır.

Temel hak ve özgürlükler kavramı, Türkiye’de –temel hak ve hürriyetler şeklinde- önce 1961 Anayasası’nda, daha sonra da 1982 Anayasası’nda yer almıştır. Esasında temel hak ve özgürlükler ile kamu özgürlükleri arasında ayırım yapmak gereksizdir. Kapani, kamu özgürlükleri karşılığında temel haklar kavramının kullanıldığını ifade etmiştir³⁴⁸. Bu durum, yukarıda belirtildiği gibi Almanya Anayasası’nın kavramsallaştırmamasından kaynaklanır. Almanya Anayasası’nda “*Temel Haklar (Grundrechte)*” kavramı kullanılır; ancak yukarıda da belirtildiği gibi bu başlık altında özgürlüklere de yer verilir³⁴⁹. Bu sebeple de kavram, temel hak ve özgürlükler şeklini almıştır; böylece de Türk Anayasalarına mevcut şekliyle girmiştir³⁵⁰.

Kamu özgürlükleri ile temel hak ve özgürlüklerden hangisinin lehine tercih yapmak gerekir? Türk doktrininde tercihin temel hak ve özgürlükler lehine olduğu

³⁴² KUÇURADİ, (2011), s. 61.

³⁴³ KAPANİ, (1993), s. 14, GÖZLER, (2014), s. 402.

³⁴⁴ Bu yönde bkz. KAPANİ, (1993), s. 13, GÖZLER, (2014), s. 403.

³⁴⁵ GÖZLER, (2014), s. 403.

³⁴⁶ KAPANİ, (1993), s. 13.

³⁴⁷ FENWICK, Helen; *Civil Liberties and Human Rights*, Routledge-Cavendish, New York, 2007, s. 5.

³⁴⁸ KAPANİ, (1993), s. 13.

³⁴⁹ MUMCU, KÜZECİ, (2015), s. 15.

³⁵⁰ KABOĞLU, İbrahim Ö; *Kolektif Özgürlükler*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989, s. 17.

görülür. Bu kavramın daha somut ve işlevsel olduğu ifade edilir. Çünkü böylece, *ele avuca sığmayan bir kavram kimliğindeki özgürlük, gökyüzünün engin derinliklerinden sosyo-politik gerçekliğin sert ve sağlam tabanına indirilebilecektir*³⁵¹. Böylece kamu özgürlüğü kavramının soyutluğu giderilir. Hak ve özgürlük, iki özdeş kavram olarak kapsayıcı bir biçimde ortaya konmuş olur.

Bir başka görüş temel haklar ile temel olmayan haklar arasında ayrım yapar. Bu husus, şu şekilde ifade edilmiştir: “...temel sıfatı, bir hak ve özgürlüğün bir başkasına bağlı olmamasını, yalnız başına mevcudiyetini anlatmak için kullanılıyorsa, diğerlerine ayrılmaz biçimde bağlı olan haklar temel olarak değerlendirilemez. Bu belirlemeye göre temel hak, varlığı bir başka hakka bağlı olmayan haktır³⁵².” Bu durumda temel hak ve özgürlükler daha üstün haklardır; bunlar temel olmayan haklara da kaynaklık ederler³⁵³. Yani temel hak ve özgürlükler kavramı, doktrinde sıklıkla insan hakları teriminin karşılığı olarak da kullanılır³⁵⁴. Almanya Anayasası’nda temel hakların “Devletüstü” ve “Devletçe Tanınan” şeklinde ayrılması da bunu gösterir. Bu görüş eleştirilmiştir: Çünkü temel ile temel olmayan hak arasında ayrım yapmak oldukça güçtür. Ayrıca bu şekilde haklar arasında hiyerarşi kurmanın da isabetli olduğu söylenemez³⁵⁵.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında hangi terimin kullanılması gerektiği bulunabilir. 1982 Anayasası, kamu özgürlükleri kavramını kullanmamıştır; Anayasa’nın 12, 13, 14 ve 15. maddelerinde “temel hak ve hürriyetler” kavramının tercih edildiği görülmektedir. Anayasa’nın 148. maddesinde ise “temel hak ve özgürlükler” kavramı tercih edilmiştir. Doktrinde de genellikle bu terimin kamu özgürlükleri kavramından daha sık kullanıldığı görülmektedir³⁵⁶. Belirtilen sebeple bu çalışmada da Anayasa’nın bu yöndeki tercihinin sadık kalınmış, temel hak ve özgürlükler kavramı tercih edilmiştir.

³⁵¹ SAN, Coşkun; “İnsan Hakları Çerçevesinde Kimi Güncel Sorunlar”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 49, Sayı: 3, 1994, s. 379-380.

³⁵² KABOĞLU, (1989), s. 17.

³⁵³ KABOĞLU, (1989), s. 18.

³⁵⁴ KAPANİ, (1993), s. 14, ayrıca bu yönde örnek için bkz. ERDOĞAN, (2011), s. 154-155.

³⁵⁵ KABOĞLU, (1989), s. 18.

³⁵⁶ Bu yöndeki tercihler için bkz. GÖZLER, (2014), s. 400 vd., UYGUN, Oktay; **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, hatta İlhan Akın, kamu özgürlükleri ile temel hak ve özgürlükler kavramını aynı anlamda kullanmaktadır. Bu yönde bkz. AKIN, İlhan; **Temel Hak ve Özgürlükler**, İstanbul, 1964, s. 25 vd.

3. İnsan Haklarının Niteliği Üzerine Ortaya Konan Görüşlerin Değerlendirilmesi

İnsan haklarının niteliği, insan haklarının varlığını sorgular ve tanımını konu alır. Bu terim “*İnsan hakları var mıdır?*”, “*Varsa insan hakları nedir?*” sorularına cevap arar³⁵⁷. Terminolojik açıklama yapılırken insan hakları kavramının mahiyetinden bahsedildi. Yine de bu konudaki farklı anlayışların incelenmesi gerekir³⁵⁸. Çünkü bunlar bizi, insan haklarının temellendirilmesinde de farklı sonuçlara götürür.

İnsan haklarının niteliği konusunda dört farklı okuldan bahsetmek mümkündür³⁵⁹: Bunlar; doğalcı (*naturalistic*), müzakereci (*deliberative*), eleştirel (*protest*) ve söylemci (*discourse*) okullardır. Bunlardan ilk ikisi insan haklarına liberal yaklaşımın ürünüdür. Son ikisi ise Marksist temelli eleştirilerden doğan anlayışlarıdır.

Doğalcı anlayışa göre insan hakları, insanın insan olmasından ötürü– zaman ve mekandan bağımsız olarak- sahip olduğu haklardır³⁶⁰. Bu anlayış, insan hakları konusunda en kadim görüşlerden biridir³⁶¹. 17. Yüzyıl’dan itibaren, Locke, Kant, Pufendorf ve Grotius gibi büyük düşünürler tarafından savunulmuştur³⁶². Orta çağda doğalcı anlayış, önce, insana ilahi kuvvetler tarafından verilen doğal haklar olduğu düşüncesine dayanmıştır³⁶³. Ancak seküler bir insan hakları anlayışı, Aydınlanma döneminden itibaren gelişmeye başlar; bunun kökleri de Antik Roma ve Yunan felsefesi düşüncesine kadar uzanır³⁶⁴. Aydınlanma döneminde rasyonel bir insan anlayışı ortaya konmaya başlanmıştır. Doğal haklar olarak formüle edilen haklar da insanın doğasından kaynaklanan insan hakları haline gelmiştir. Böylece kavram Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi’ne girmiştir³⁶⁵.

³⁵⁷ CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 4.

³⁵⁸ SHESTACK, Jerome, J. “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri”, **Liberal Düşünce Dergisi**, (Çev: Ali Rıza ÇOBAN – Bilal CANATAN), Cilt: 11, No: 43, Yaz 2006, s. 88- 89.

³⁵⁹ DEMBOUR, (2006) , s. 11.

³⁶⁰ Bu yönde bkz. DONNELLY, Jack; **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, (Çev: Mustafa ERDOĞAN – Levent KORKUT), Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 19.

³⁶¹ İnsan hakları konusunda en kadim diğer görüşlerden bir tanesi de insan haklarının kökeninde dinin yattığı görüşüdür. SHESTACK, (2006), s. 91-92.

³⁶² CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 4, bunlar aynı zamanda seküler bir insan hakları anlayışını ilk ortaya atan düşünürlerdir. Bu yönde bkz. TASIOLAS, John; “On The Nature of Human Rights”, **The Philosophy of Human Rights**, (Eds: Gerhard ERNST, Jan-Cristoph HEILINGER), De Gruyter, Berlin, 2012, s. 34-36.

³⁶³ FREEMAN, (2002), s. 22.

³⁶⁴ GRIFFIN, James; **On Human Rights**, Oxford University Press, New York, 2008, s. 1-2, 13.

³⁶⁵ AYBAY, (2015), s. 6.

Aydınlanma Dönemi'nden kalan seküler bir insan hakları nosyonu, günümüzde de hakim olan insan hakları nosyonudur. Bu nosyon³⁶⁶, (1) insan haklarının ahlaki olduğunu, (2) her insanın insan olmasından ötürü bu haklara sahip olduğunu, (3) zamandan ve mekandan bağımsız olduğunu, (4) bu hakların eşit statüdeki insanlara ödevler³⁶⁷ yüklediğini ileri sürer.

(1) Doğalcı anlayışa göre insan hakları, etik olarak temellendirilen ahlaki haklardır. Bu sebeple bunlar hukuk değildir; hukukun türetileceği öncüllerdir³⁶⁸. Yani insan hakları, Anayasalarda tanınan ve koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklere kaynaklık eden somut nitelikli ilkelerdir.

(2) Doğalcı anlayışa göre her insan, insan olması sebebiyle bu haklara sahiptir. Bu anlayış, insan haklarının temellendirilmesi açısından büyük bir önem taşır.. Burada yalnızca şunu ifade etmek gerekir ki, insanın insan olması açıklanmaya muhtaç bir kavramdır. Bunun için de insan fenomeninin araştırılmasında da en elverişli yolu bulmak gerekir. Bu yolun insana ontolojik temellere dayanan antropolojik bir bakış olduğu ifade edilir³⁶⁹. Bu durumda insan hakları da insan doğasından kaynaklanır. Yani bütün insanlar, yalnızca insan türüne mensup oldukları için bu haklara sahiptirler. Çünkü sosyal, kültürel ve ekonomik bakımdan farklı olsalar da tüm insanlar ahlaki bakımdan eşit bir statüye sahiptir. İnsan haklarının kaynağı da insan doğasındaki bu eşitliktir³⁷⁰. Bu koşul, görüldüğü gibi insan haklarının ahlaki haklar olduğunu savunan birinci maddeyle uyumludur; onun tamamlayıcısıdır.

(3) Doğalcı anlayışa göre insan hakları evrenseldir. Bu hakların evrensel olması demek her zamanda ve her mekanda mevcut olduklarını ifade etmek demektir. Bu bağlamda insan hakları anlayışının dünyadaki çeşitli dinlerde ve felsefelerde evrensel bir tarihinin olduğu ileri sürülür³⁷¹. Bu iddialar, örneğin On Emir'de yer alan

³⁶⁶ CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 4.

³⁶⁷ SIMMONS, John; "Human Rights and World Citizenship: The Universality of Human Rights in Kant and Locke", **Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations**, Cambridge University Press, 2000, s. 185.

³⁶⁸ KUÇURADI, (2011), s. 61.

³⁶⁹ KUÇURADI, İoanna; **İnsan ve Değerleri**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, s. 21-22.

³⁷⁰ CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 5.

³⁷¹ Bu yöndeki görüşlerin değerlendirmesi için bkz. FREEMAN, Michael; **İnsan Hakları: Disiplinlerarası Bir Yaklaşım**, (Çev: A Erkan KOCA – Asena TOPÇUBAŞI), Birleşik Yayınevi, Ankara, 2008, s. 17 vd.

“Çalamazsın” emrinin mülkiyet hakkı iması taşıdığına kadar ileri gitmiştir³⁷². Nihayet insan haklarının izini İslam hukukunda aramaya çalışanlar da vardır³⁷³.

İnsan haklarının tüm zamanlarda ve mekanlarda geçerli olacağı fikri, insan haklarına doğalcı yaklaşımın yumuşak karnıdır. Dembour, kolonizasyona ve katliama maruz bırakılmadan önce Amerika kıtasındaki Kızılderililere insan haklarından söz etmenin anlamsızlığından bahseder. Yazar, insanın insan olmasının kendisine ne gibi bir ayrıcalık sağladığının bu topluma anlatılamayacağı kanaatindedir; çünkü Kızılderililer zaten kendilerini içinde bulundukları doğal koşullardan ayırmazlar. Bilakis, kendilerini bu koşulların bir parçası olarak görürler. Bu durum, dünyada, bırakın geçmişi, günümüzde bile pek çok toplum için geçerlidir³⁷⁴. Bu eleştiri de çok güçlü bir eleştiridir.

Esasında doğalcı görüşe mensup pek çok düşünür, insan haklarının modern dünyadaki şekliyle geçmişte yer aldığını iddia etmez; dahası günümüzde insan haklarının çağdaş anlamıyla tüm toplumlarda özümsemişliğini söylemek de mümkün değildir³⁷⁵. Öyleyse doğalcı anlayışın evrensellik iddiası yanlış mıdır? Değildir; ancak insan haklarının zaman ve mekandan bağımsız bir kavram olduğu da iddia edilemez. Bu durumun insan haklarının temeli olan “*insan onuru (human dignity)*” ile insan haklarının karıştırılmasından kaynaklandığı belirtilir³⁷⁶. Buna göre insan onuru, insan haklarına kaynaklık eden evrensel bir değer olarak zaman ve mekandan bağımsızdır; insan hakları kavramı ise bu değerden kaynaklanan modern bir dizi ayırt edici toplumsal pratiği temsil eder. Tüm toplumlarda modern anlamda insan hakları kavramı yoktur; ancak insanın değeri, karşılıklı saygı ve adil davranma gibi ilkelerin her uygarlığın temelinde yer aldığı ifade edilir³⁷⁷. Bu durumda Kızılderililerde insan hakları kavramı olmaması doğaldır; ama bunların kurdukları uygarlıklarda yukarıda belirtilen değerler elbette vardır. İnsan hakları, modern dönemin bir ürünüdür. Yani insan hakları, “*belirli*

³⁷² TIERNEY, Brian; “Origins of Natural Rights Language: Texts and Contexts”, **The Idea of Natural Rights**, Wm. B. Eerdmans Publishing, Cambridge (ABD), 1997, s. 71-72.

³⁷³ Bu yönde bir örnek için bkz. BİRSİN, Mehmet; **İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı**, Düşün Yayıncılık, 2012, özellikle s. 73 vd.

³⁷⁴ Bu yönde bkz. DEMBOUR, (2006), s. 2.

³⁷⁵ Bu yönde bkz. DONNELLY, (1995), s. 57.

³⁷⁶ DONNELLY, (1995), s. 57.

³⁷⁷ Bu yönde bkz. CHUN, Lin; “Human Rights and Democracy: The Case for Decoupling”, **The International Journal of Human Rights**, Cilt: 5, Sayı: 3, 2001, s. 21.

*tarihsel koşullarda, insanın bazı doğal olanaklarının değerinin bilgisinden türetilen normlardır*³⁷⁸.”

(4) Nihayet doğalcı anlayışa göre insan hakları, bir kişinin talep ya da taleplerini içerir; bu yönüyle de başka bir kişiye ödev yükler. Bu sebeple haklarla ödevlerin karşılıklılığının haklar teorisindeki standart bir tema olduğu ifade edilir. Bu durumda bir kişinin hakkı, bir diğer kişinin ödevidir. Yani ödevler kişinin kendi hak sahipliğinden kaynaklanmaz; başka bir kişinin bizden belli bir şekilde davranmayı talep edebilmesi için bir gerekçesinin olmasından kaynaklanır. Aynı durum özgürlükler için de geçerlidir³⁷⁹. Bu durum ünlü düşünür Alan Gewirth tarafından şu şekilde formüle edilir: *“Bir hak, ilgili ödev yerine getirildiğinde, yapılması gereken eylem yapıldığında veya yasaklanan eylem yapılmadığında yerine getirilmiş olur. İlgili ödev yerine getirilmediğinde, yapılması gereken eylem yapılmadığında veya yasaklanan eylem yapıldığında ise bir hak ihlal edilmiş olur*³⁸⁰.”

Doğalcı anlayış, tarihsel kökleri olan baskın anlayıştır³⁸¹. Ancak 20. Yüzyıl’da bu anlayışa karşı bir alternatif ortaya atılmıştır. Bu da müzakereci insan hakları anlayışıdır³⁸². Müzakereci anlayış, doğalcı yaklaşımın evrensellik iddiasını reddeder. Yani insan haklarını insan ilişkilerinden türeyen ahlaki normlar olarak görmez³⁸³. Bunun yerine insan hakları kavramının modern siyasal dünyadaki demokratik uzlaşıdan kaynaklandığını ileri sürer. Buna göre insan hakları, insanın doğal özelliklerinden kaynaklanmaz; bunlar, toplumu oluşturan demokratik unsurların –bireyler ve kurumlar- karşılıklı olarak gerçekleştirdiği varsayımsal bir anlaşmanın ürünüdür³⁸⁴. Bu anlayış, köklerini John Rawls’un uzlaşma fikrine dayanan siyaset felsefesinden alır³⁸⁵. Bu yüzden bu görüşe de müzakereci (*deliberative*) anlayış denir.

³⁷⁸ KUÇURADI, (2011), s. 66.

³⁷⁹ Bu yönde bkz. DONNELLY, (1995), s.63-64, ayrıca FINNIS, (1980), s. 199.

³⁸⁰ GEWIRTH, Alan; “Are There Any Absolute Rights”, *The Philosophical Quarterly*, Cilt: 31, Sayı: 122, 1981, s. 2.

³⁸¹ Bu yönde bkz. DEMBOUR, (2006), s. 11.

³⁸² CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 6.

³⁸³ Bu yaklaşımın önemli bir örneği ve doğalcı anlayışa yönelik itirazlar için bkz. BEITZ, Charles R.; *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2009, s. 53-58.

³⁸⁴ Esasında bu anlayışa siyasi (political) anlayış da denir. Bunun sebebi bahsedilen varsayımsal anlaşmanın toplumun siyasal birliğine ilişkin olmasıdır. CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 6.

³⁸⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. UYGUR, Gülriş; “John Rawls”, *Siyaset Felsefesi Tarihi: Platon’dan Zizek’e*, (Eds: Ahu TUNÇEL, Kurtul GÜLENC), Doğubatı Yayınları, 2013, s. 721-722.

Müzakereci anlayışa göre insan hakları, ancak uluslararası modern siyasi pratikte gördüğü işlev ışığında anlaşılabilir³⁸⁶. Bu işlev, devletlerin egemenliği ve meşruiyeti ile ilgilidir. Devletlerin bu haklara saygı göstermedikleri takdirde uluslararası meşruiyetlerinin, dolayısıyla egemenliklerinin zarar göreceği ileri sürülür. Bu yüzden insan hakları, devletlerin egemenliğini sınırlandıran haklar olarak tanımlanır³⁸⁷. Yani insan hakları, işlevsel bir demokrasinin oluşması için izlenmesi gereken usuli ilkelerdir³⁸⁸. Bu durumda insan hakları ahlaki haklar olmaktan çıkar; bu haklar devletler tarafından tanınmak zorunda olan hukuki haklar haline gelir³⁸⁹. Yani müzakereci yaklaşımın hukuktaki karşılığı pozitivist yaklaşımdır.

Doğalcı ve müzakereci görüşlerin uzlaşmaz olmadığı ifade edilir³⁹⁰. Bu doğrudur; çünkü her iki görüş de insan hakları kavramının varlığını yadsımaz. Doğalcı yaklaşım, insan haklarını ahlaki olarak temellendirir. Müzakereci yaklaşım ise insan haklarının ahlaki olarak türetilebileceğine inanmaz; buna karşın en az doğalcı anlayış kadar bu fikre bağlıdır³⁹¹. Yani esasında müzakereci anlayış insan haklarının kim tarafından korunması gerektiğine, doğalcı anlayış ise insan haklarının etik temellerine odaklanır³⁹². Bu yüzden bunlar, insan haklarının varlığı konusunda çok da farklı yerlere gitmezler. Ancak bu iki görüş, insan haklarının temelleri konusunda anlaşamazlar.

Doğalcı ve müzakereci anlayışın aksine insan haklarını yadsıyan görüşler de vardır. Bu görüşler, çok farklı mahiyet ve şekillerde ortaya çıkar³⁹³. Bu görüşlerin en kadim biçimi, seküler insan haklarının tarihi kadar eskidir; sahipleri de Bentham ve Burke'tür³⁹⁴. Bentham'a göre insan hakları, etik ilkelerden çıkarsanamaz. Bunlar devlet tarafından tanındığı ve korunduğu müddetçe anlam ifade eder; aksi takdirde daha önce

³⁸⁶ BEITZ, (2009), s. 197.

³⁸⁷ RAZ, Joseph; "Human Rights without Foundations", **The Philosophy of International Law**, (Eds: Samantha BESSON, John TASIOULAS), Oxford University Press, 2010, s. 328.

³⁸⁸ DEMBOUR, (2006), s. 248.

³⁸⁹ BUCHANAN, Allen; "Why International Legal Human Rights", **The Philosophical Foundations of Human Rights**, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew, LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 244-245.

³⁹⁰ CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 6.

³⁹¹ Bu yönde bkz. DEMBOUR, (2006), s. 248.

³⁹² CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 7-8.

³⁹³ Bu sebeple de bu görüşlerin ilk başta belirtilen dört okuldan iki veya daha fazlasının bazı görüşleriyle uyumlu olması bunlarla bir düşmesi söz konusu olabilir. Bu yönde bkz. DEMBOUR, (2006), s. 11.

³⁹⁴ ARSLAN, Zühtü; "Postmodern Söylem ve İnsan Hakları", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 56, Sayı: 1, 2001, s. 3.

belirtildiği gibi saçmalıktır. Burke'e göre ise Fransız Devrimi'nin ortaya koyduğu doğal haklar fikri tehlikelidir; çünkü fazla basitleştirici ve dogmatiktir³⁹⁵.

İnsan hakları konusundaki en önemli eleştirel yaklaşımlardan birinin Karl Marx'ın yaklaşımı olduğu ifade edilir³⁹⁶. Marx'a göre; *"bu sözde hakların hiçbirisi, toplumdaki soyutlanmış, kendi çıkar ve arzularının arkasına çekilmiş egoist insan gerçeğinin ötesine geçememektedir"*³⁹⁷. Bu durumda insan hakları, egoist insanın –yani burjuvazinin- çıkarlarını savunmak için ortaya attığı bir araçtır.

Öncelikle Bentham-Burke ve Marx'a ait eleştirileri doğru okumak gerekir. Bunlardan Bentham ve Burke, o dönem hiçbir mahkeme tarafından bahsedilmeyen ve korunmayan bu hakların doğalcı filozoflar tarafından etik bir ilke olarak ortaya konmasını eleştirirler³⁹⁸. Marx için ise insan hakları, burjuva sınıfının aristokratik karakterli devlete karşı verdiği mücadeleden doğar; içeriği de buna göre şekillenir. Bu sebeple haklar, insandan ziyade burjuvazinin çıkarlarına hizmet eder³⁹⁹. Bu eleştiriler, düşünürlerin yaşadıkları dönemler için oldukça güçlü eleştirilerdir. Bu yüzden bu düşünürlerin görüşlerini dogmatik bir biçimde reddetmenin sorumsuzca olacağı ifade edilir⁴⁰⁰.

Günümüzde Marksistler, insan hakları kavramına farklı şekillerde yaklaşırlar. Bir kısmı için insan hakları halen burjuvazinin kullandığı ideolojik bir maskedir. Bir kısım Marksist ise insan hakları kavramını Marksist görüşe göre yorumlamıştır⁴⁰¹. Bu düşünürlerin en önemlilerinden ikisi Arendt ve Balibar'dır. Bunlara göre Fransız Devrimi, ulus devleti kurarak insanı yurttaş haline getirmiştir. Bu durumda insan hakları da ancak ulus devletin iyi bir vatandaşı olarak elde edilebilecek haklar haline gelir. Halbuki hakların tarihi, mücadelenin tarihidir. Bu sebeple haklar da sosyal sınıfların baskıya karşı mücadelesi ile elde edilir⁴⁰².

³⁹⁵ FREEMAN, (2008), s. 32, DOUGLAS, (2015), s. 248.

³⁹⁶ DEMBOUR, (2006), s. 114.

³⁹⁷ Çeviri Zühtü Arslan'a aittir. ARSLAN, (2001), s. 4.

³⁹⁸ Bu yönde bkz. FREEMAN, (2008), s. 32-35.

³⁹⁹ ARSLAN, (2001), s. 4.

⁴⁰⁰ Bu yönde bkz. FREEMAN, (2008), s. 65.

⁴⁰¹ ARSLAN, (2001), s. 4.

⁴⁰² SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R.; "The Unsettled Status of Human Rights: An Introduction", **Human Rights: Concepts, Contests, Contingencies**, (Eds: Austin SARAT, Thomas R. KEARNS), The University of Michigan Press, 2001, s. 11, ayrıca bkz. BALIBAR, Etienne; "Rights of Man" and "Rights of

Benzer bir görüş de Douzinas tarafından savunulur. Yazara göre tarihin bize öğrettiği bir şey varsa, o da insan haklarının insan doğası ile temellendirmenin yanlış olduğudur⁴⁰³. Bu haklar, insanın iktidara karşı verdiği mücadeleden kaynaklanır. Ancak günümüzde insan hakları ideali, bu mücadelecî söylemi kaybetmiş, bu yüzden de devletlerin meşruluk temeli veya pozitif hukukun yeni bir formu haline gelmiştir. Böylece bu haklar, neoliberal hegemonyanın meşruluk aracı olmuştur. Bu yüzden insan hakları idealinin sonu gelmiştir⁴⁰⁴.

İnsan haklarına eleştirel yaklaşımın bir biçimi daha vardır. Bu yaklaşım, söylemci anlayıştır. Bu yaklaşımın öncüsü de Marie-Benedicte Dembour'dur. Yazara göre, insan, ateist olsa bile Hristiyanlık dininin en önemli emirlerinden biri olan “*Komşunu sev*” emrinin değerini takdir edebilir ve bu normu hayatında uygulayabilir. Yani insan hakları, ona inanmasanız bile, günümüzde hukuku biçimlendiren önemli bir fenomendir. Aynı sebepten ötürü de varlığı ve değeri takdir edilir. Dembour'a göre bu, insan haklarını liberal bir söylem olarak önemsemeyen, ancak varlığını kabul eden insan hakları nihilizminin temelidir⁴⁰⁵.

Konuyu kısaca toparlamak gerekirse; insan haklarının doğasına doğalcı ve müzakereci yaklaşım liberal kökenlere sahiptir. Eleştirel yaklaşımlar ise daha çok Marksist temellidir. Doğalcı anlayış, insan haklarını ahlaki haklar olarak görür, müzakereci anlayış ise bunların uluslararası hukuk bakımından meşruluk koşulu olduğunu söyler. Eleştirel yaklaşımlar ise insan haklarının tarihsel bağlamından koparılarak bunların kapitalist toplum düzenini meşrulaştırma aracı olarak kullanıldığını ileri sürer. Bu yönüyle de liberal insan hakları tahayyülüne yönelik güçlü bir eleştiri ortaya koyar.

Tüm bu açıklamalar sonucunda söylenebilecek olan şudur: İnsan hakları, günümüzde temel hak ve özgürlükler biçiminde anayasalara girmiştir. Dahası bu haklar, ulusal ve uluslararası koruma mekanizmaları tarafından da tanınmıştır: bu yüzden hukukidir. Temel hak ve özgürlükler ise bahsedilen koruma mekanizmaları tarafından

The Citizen: The Modern Dialectic of Equality and Freedom”, **Masses, Classes and Ideas**, (Ed: Etienne BALIBAR, Fransızcadan İngilizceye Çeviren: James SWENSON), Routledge, Londra, 1994, s. 49.

⁴⁰³ DOUZINAS, Costas; **The End of Human Rights: Critical Legal Thought at the Turn of the Century**, Hart Publishing, Portland, 2000, s. 371.

⁴⁰⁴ DOUZINAS, (2000), s. 379-380.

⁴⁰⁵ Bu yönde bkz. DEMBOUR, (2006), s. 11, 249-252.

insan hakları denen ilke göz önüne alınarak somutlaştırılmaktadır. Ulusal ve uluslararası koruma mekanizmalarının yaptıkları da bu etik ilkeyi, temel hak ve özgürlükleri yorumlarken keşfetmek ve yorum yoluyla inşa etmektir. Belirtilen sebeple insan hakları etik bir temele de dayanır. Yani günümüzde insan hakları, etik bir temele sahip olan hukuki bir fenomendir⁴⁰⁶. Peki insan hakları koruma mekanizmaları, insan haklarını nasıl temellendirirler? Bu soru, cevabını insan haklarının temellendirilmesinde bulur.

B. İnsan Haklarının Temellendirilmesi

İnsan haklarının temellendirilmesi, insan haklarının niteliğinden farklıdır⁴⁰⁷. İnsan haklarının niteliği, bu hakların varlığı üzerinde oйдаşma (*konsensüs*) olup olmadığını, yani geçerliliğini inceler. İnsan haklarının temellendirilmesi ise bu hakların kaynağına gitmeyi amaçlar⁴⁰⁸. İnsan haklarının niteliği konusundaki farklı görüşler, bizi insan haklarının temellendirilmesinde farklı anlayışlara götürür; mahkemelerin temel hak ve özgürlükleri yorumlamaları da bu farklı görüşlerin felsefî temellendirmelerine dayanır. Bunlar, doğalcı, müzakereci ve eleştirel anlayışların temellendirmeleridir⁴⁰⁹.

1. Doğalcı Temellendirme Yaklaşımı

İnsan haklarının varlığı ve temellendirilmesi konusundaki ortodoks görüş, doğalcı yaklaşımdır⁴¹⁰. Bu yaklaşım, insan haklarını, insanın insan olmasından sahip olduğu haklar olarak görür. Bu haklar, insanın hangi doğal özelliğinden kaynaklanır? Doğalcı görüşe göre bu özellik insan onurudur; haklara insan onuru kaynaklık eder⁴¹¹. Ancak insan onuruna kaynaklık eden özelliklerin de bulunması gerekir. Bu konuda üç görüş

⁴⁰⁶ Bu yönde bkz. ERDOĞAN, (2011), s. 25.

⁴⁰⁷ CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 11.

⁴⁰⁸ Normların geçerliliği ve temellendirilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TEPE, Harun; “İnsan Haklarının Bilgisel Temelleri”, **İnsan Hakları: Konferans, Panel ve Sempozyumlar**, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 2007, s. 183-190-191.

⁴⁰⁹ Aslında insan haklarının temellendirilmesi, araçsal (*instrumental*) temellendirme, araçsız (*non-instrumental*) temellendirme ve pratik odaklı (*practice-based*) temellendirme olarak üçe ayrılmıştır. CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 11. Ancak bu temellendirmeler, liberal yaklaşımın doğalcı ve müzakereci temellendirmeleridir. Bunlara eleştirel yaklaşımın temellendirmesinin de eklenmesi gerekir.

⁴¹⁰ Bu yönde bkz. DEMBOUR, (2006), s. 255.

⁴¹¹ Bu yönde bkz. ERDOĞAN, (2011), s. 48-52.

bulunur. Bir görüş, insanın eyleme özelliğini, bir görüş, iyi bir hayat sürme arayışını, bir görüş ise temel ihtiyaçlarını esas alır⁴¹².

İnsanın Eyleme Özelliği (Agency); Doğalcı görüşteki en önemli temellendirme, insan eylemine dayanan görüştür⁴¹³. Bu görüş, insanı bir fail, yani eyleyici bir özne olarak ele alır ve doğal haklarını buna dayandırır. Bu görüşün en önemli savunucularından biri, Kant'tır. Günümüzde hakların seküler temelleri, Kant'ın ödev anlayışından bağımsız düşünülmez⁴¹⁴. Kant'a göre, insanın iyi eyleme özelliği, onu diğer canlılardan ayırır. Bu da insanın değeri olarak adlandırılır. İnsan hakları da buna dayanır. Bu haklar, insanın istencinin iyi olması, bunun sonucunda da iyi eyleme ulaşabilme kapasitesine, yani insan onuruna hizmet eder. İnsan hakları da temelini insanın değeri adı verilen bu özellikte bulur⁴¹⁵.

Etikte iyyinin ne olduğu söylenmeye çalışılır. Halbuki Kant, iyi ile normlar arasındaki bağlantıyı tersine çevirip eylemler için ancak *a priori* bir yasa ortaya konduktan sonra neyin iyi veya iyyinin ne olduğunun söylenebileceğini ifade eder⁴¹⁶. Kant'a göre iyi olarak kabul edilebilecek tek şey de iyi istençtir⁴¹⁷. Doğada pek çok canlının istençleri doğal zorunluluktan –yani içgüdülerinden- kaynaklanır. İnsan ise bu doğal zorunlulukları kontrol ederek ilkeler doğrultusunda eylem gerçekleştiren bilinen tek canlıdır. Bu sebeple istenç (*irade, will*) kavramı, insanı türsel olarak diğery canlılardan ayıran en büyük özelliktir⁴¹⁸. Peki iyi istenç nedir? Kant, bu kavramı, ödev kavramı ile ilişkilendirir, bu minvalde iki temel yasa ortaya koyar. Bunlardan birincisi, “Öyle eyle ki, eylemin evrensel bir kanun olsun.” şeklinde ifade edilir. Bunlar, yalan söyleme, çalma, ihtiyacı olan insana yardım et gibi emirleri içerir. İkincisi ise “İnsana öyle muamele et ki insanı araç olarak değil amaç olarak gör.” şeklindedir⁴¹⁹. Bu

⁴¹² TASIOULAS, John; “On The Foundations of Human Rights”, **The Philosophical Foundations of Human Rights**, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew, LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 45.

⁴¹³ Bu yönde bkz. TASIOULAS, (2015), s. 45-46, GRIFFIN, (2008), s. 33,44.

⁴¹⁴ Bu yönde bkz. FLIKSCHUH, Katrin; “Human Rights in Kantian Mode: A Sketch”, **The Philosophical Foundations of Human Rights**, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew, LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 666.

⁴¹⁵ KUÇURADİ, (2013), s. 40.

⁴¹⁶ Bu sebeple Kant'ın etik tarihinde bir dönüm noktası olduğu kabul edilir. Bu yönde bkz. KUÇURADİ, (2013), s. 14.

⁴¹⁷ AKARSU, (1968), s. 67.

⁴¹⁸ AKARSU, Bedia; **Ahlak Öğretileri II: Immanuel Kant'ın Ahlak Felsefesi (Ödev Ahlakı)**, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968, s. 79.

⁴¹⁹ Kant üzerine önemli çalışmaları bulunan ünlü düşünür Heinz Heimsoeth, insanı odağına alan ikinci ilkeyi, en yüksek kategorik buyruk olarak nitelendirir. Her iki ilkenin Kant'ın felsefesindeki önemi

duruma örnek olarak Sefiller kitabında, hapisten kaçan ve katedralden şamdan çalan Jan Valjan’a yardımcı olan rahip gösterilebilir. Rahip, Jan Valjan’ın böyle bir suçtan hapse girmesini istemez; çünkü hapiste kahramanın başına gelecekleri bilir. Bu yüzden de polise, şamdanları hırsıza kendisinin verdiğini söyleyerek onu kurtarır. Yani yalan söyler; ama çıkarı için değil, odağında insan olduğu için bunu yapar.

Kant’ın etik kuramına ilişkin tartışmalı bir nokta mevcuttur; o da şudur: Acaba Kant, “yalan söyleme” şeklinde kural koyarken bu kuralların her koşulda takip edilmesi gerektiğini mi savunmaktadır, yoksa acaba insanı odağına alan bir yaklaşım söz konusu olduğunda bu kuralın insanı odağa alacak şekilde tatbik edilmesi mümkün müdür? Şöyle ki, örneğin yazar, katil olması muhtemel birinden korumak için bile olsa yalan söylemenin daima yanlış olacağını ifade etmektedir⁴²⁰. Bu sebeple Kant’ın ahlaki kuramını yorumlarken düşünürün ortaya koyduğu “*İnsana öyle muamele et ki insanı araç olarak değil amaç olarak gör.*” ilkesini, “yalan söyleme” gibi kesin ilkeleri sakatlayacak biçimde algılamamak gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre Kant’ın etik kuramından Kant’ın öngördüğü “yalan söyleme”, kesin ve katı bir buyruk olup her koşulda takip edilmesi icap eder. Aksi bir durum, Kant’ın felsefesine tamamen ters olan sonuç, dolayısıyla fayda odaklı bir yaklaşımı savunmak demektir⁴²¹.

Doktrinde pek çok Kant yanlısının savunduğu görüş, filozofun etik kuramının yanlış anlaşılmasına ve bu kurama direnç gösterilmesine sebep olan temel konuların doğru anlaşılması gerektiği yönündedir. Buna göre Kant’ın bazı etik konularda oldukça itici konumlar aldığı bir vakıadır. Fakat Kant’ın etik kuramından bir şeyler öğrenmek istiyorsak Kant’ın skandal kabilinden görüşlerinin, yine kendi etik kuramında belirtilen değer ve ilkelerden çıkarılıp çıkarılamayacağını tartışmak gerekir⁴²². Buna göre belirtilen hususları araştırarak olanlar, Kant’ın kendi ilkelerinden yola çıkarak ulaştığı akıl yürütmeyi incelemelidir. Kant’ın özgül etik problemlere ilişkin görüşleri, onun etik kuramına ilişkin temel ilkelerin doğru bir yorumunu zorunlu olarak ihtiva etmez⁴²³. Yani doktrindeki baskın görüş, Kant’ın ortaya koyduğu etik kuramın temel ilkelerinin

hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HEIMSOETH, Heinz; **Kant’ın Felsefesi**, (Çev: Takiyettin MENGÜŞOĞLU), Doğubatı Yayınları, 2014, s. 122-124.

⁴²⁰ KANT, Immanuel; “İnsanseverlikten Ötörü Yalan Söylemek Konusunda Bir Sözümüne Hak Üzerine”, (çev. Oruç Aruoba), **Cogito**, Sayı 16, 1998, s. 47-51.

⁴²¹ Bu görüşlerin eleştirisi için bkz. CUMMISKEY, David; “**Kantian Consequentialism**”, Oxford University Press, 1996, s. 46-51.

⁴²² WOOD, Allen W., **Kant**, (Çev: Aliye KOVANLIKAYA), Dost Yayınevi, 2009, s. 166-167.

⁴²³ WOOD, (2009), s. 167.

dikkate alınması gerektiğini öne sürmektedir. Yazarın özgül konulara ilişkin görüşleri, bu ilkeleri değersiz kılmadığı gibi, yazarın yanlış anlaşılmasına da sebep olmaktadır⁴²⁴. Nihayet birinin hayatını kurtarmak amacıyla yalan söylemek sonuç odaklı bir eylemdir; ancak Kant'ın etik kuramı faydacı bir kuram değildir; çünkü burada doğru ile yanlış arasındaki ayrım haza, dolayısıyla faydaya değil, fakat ahlaka yönelmektedir⁴²⁵.

Kant'ın belirlemelerinin ödev temelli olduğu görülmektedir. Halbuki hak, ödevden önce gelmelidir⁴²⁶. Bu sebeple hak temelli bir yaklaşıma dayanan görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin en önemlilerinden biri Alan Gewirth'e aittir⁴²⁷. Gewirth'ün insan hakları teorisinin oldukça rasyonel ve sistematik olduğu ifade edilir⁴²⁸. Bu teori, insan haklarının izini, insan türüne özgü (*generic*) öncüllere kadar sürer. Düşünüre göre insan haklarına insan onuru kaynaklık eder; onun temelinde de insanın eyleme özelliği yer alır. Yani hakların kaynağı insan eyleminin ta kendisidir⁴²⁹. Gewirth'e göre insan hakları evrensel; çünkü insan eylemi, insan türüne mündemiç özelliklerden kaynaklanır. Bu sonuca evrensel anlamı ve uygulaması olan iki kavram aracılığıyla ulaşılır; bunlar ahlak⁴³⁰ ve akıldır⁴³¹. Ahlak, bu teorisinin inceleme nesnesidir; akıl ise yöntemidir⁴³². İnsan hakları da insanın ahlaki eyleme kapasitesine dayanır⁴³³. İnsan eyleminin temelinde ise insanın türüne özgü değerler yatar. Bu değerler, en genel anlamıyla, özgürlük ve mutluluktur⁴³⁴.

İnsanların özgürlük ve mutluluğa yönelik eylemleri, dış dünyadaki diğer kişilere yansır ve onları etkiler; yani kişiler arasındır⁴³⁵. Bu durum insanın eyleme amacını

⁴²⁴ Bu yönde bkz. DURAN, Muhammet Sait; "Kant'ın Ödev Ahlakı Üzerine", **Temaşa: Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi**, Sayı 6, Ocak 2017, s. 77.

⁴²⁵ CUMMISKEY, (1996), s. 3-4, ayrıca 63 vd.

⁴²⁶ FLIKSCHUH, (2015), s. 657.

⁴²⁷ BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger; "Human Dignity, Human Rights and Human Genetics", **The Modern Law Review**, Cilt: 61, Sayı: 5, 1998, s. 662.

⁴²⁸ Bu yönde bkz. FREEMAN, Michael; "The Philosophical Foundations of Human Rights", **Human Rights Quarterly**, Cilt: 16, Sayı: 3, 1994, s. 508.

⁴²⁹ GEWIRTH, Alan, **The Community of Rights**, The University of Chicago Press, Chicago, 1996, s. 13 vd., GEWIRTH, Alan; **Self-Fulfillment**, Princeton University Press, New Jersey, 1998, s. 168-169.

⁴³⁰ Ahlak kavramı, çoğu zaman kişiye, topluma ve zamana göre değişken özellikler gösteren toplumsal kurallar olarak ifade edilir. Burada kullanılan ahlak kavramının bununla ilgisi yoktur. Buradaki ahlak, göreceli bir kavramı değil, evrensel değere dayanan etik kavramını ifade eder. Bu yönde bkz. KUÇURADI, (2011), s. 38 vd.

⁴³¹ GEWIRTH, Alan; **Reason and Morality**, The University of Chicago Press, 1978, s. x, 21 vd.

⁴³² FREEMAN, (1994), s. 510.

⁴³³ ŞAHİN CEYLAN, Şule; "Gelecek Nesillerin Haklarına Gewirth Formülü", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 72, Sayı: 1, 2014, s. 303.

⁴³⁴ GEWIRTH, (1978), s. 129, FREEMAN, (1994), s. 506.

⁴³⁵ GEWIRTH, (1978), s. 129.

belirleyen üstün bir ahlak ilkesinin bulunmasını gerektirir. Bu ilke, düşünüre göre türel tutarlılık ilkesidir (*principle of generic consistency*). Akıl da burada devreye girer. Çünkü bu ilkeye göre rasyonel bir özne, kendisi dışında başkalarının özgürlük ve mutluluğuna, yani haklarına saygı gösterir. Yani bu ilke, insanlar arası ilişkilerde ahlaki eylemin karşılıklılığına dayanır⁴³⁶. Bu durum, insanlar arasında Hohlfeld'in de belirttiği gibi hak ve ödev ilişkisi kurar. İşte bu ilişki, insanın türel (*generic*) hakları olan insan haklarının da temelidir⁴³⁷. Yani Gewirth'ün insan tasarımı, aslında ontolojik temellere dayanan antropolojik bir yaklaşımdır⁴³⁸.

Gewirth'ün teorisini rasyonel ve sistematik kılan takip ettiği izleğin sağlamlığıdır. Düşünürün ortaya koyduğu sistematik yaklaşım, bir yandan insan haklarını seküler bir felsefi temele dayandırır⁴³⁹; öte yandan insan haklarını rasyonel öznenin eyleme potansiyeline dayandırdığı için de bu hakların moderniteyle ilişkisini kurar. Ancak Gewirth'ün teorisi ciddi eleştirilere uğramıştır. Bunların başında insanın aklıyla ulaştığı ahlaki eyleme özelliğinin insan haklarına temel olması gelir. Eğer, insan hakları, böyle bir eyleme dayanıyorsa çocukların ve zihinsel engellilerin durumu ne olacaktır?

İnsan haklarını özne/fail kavramına dayandıran yazarların en çok tartıştığı hususlardan biri, rasyonel eyleme kapasitesine sahip olmayan insanların haklarından bahsedilip bahsedilemeyeceğidir. Bunlardan Griffin'e göre bir kişinin eyleyen bir özne olabilmesi için (1)insanın başkasının kontrol ve etkisi altında olmaksızın (2) kendi hayat yolunu çizebilmesi ve (3) bunu yaparken asgari düzeyde kaynak ve imkana sahip olması gerekir⁴⁴⁰. Ancak bu durum, oldukça güç koşullara bağlıdır; bu yüzden de normatif bir idealdir. Griffin, bunu normatif öznellik/faillik (*normative agency*) olarak adlandırır⁴⁴¹. İnsan haklarının da bu kavram üzerine temellendirilmesi gerektiğini iddia eder. Yani bir birey, normatif öznellik düzeyine ulaşabildiği ölçüde bu bireyin haklarından söz edilir. Bu sebeple küçük çocukların ve zihinsel özürlülerin insan haklarına sahip olduğu kabul

⁴³⁶ GEWIRTH, (1978), s. 134.

⁴³⁷ İnsan haklarının bu ilkeden çıkarsanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GEWIRTH, (1996), s. 16-20.

⁴³⁸ FREEMAN, (1994), s. 513.

⁴³⁹ KOHEN, Ari; "The Possibility of Secular Human Rights: Alan Gewirth and the Principle of Generic Consistency", **Human Rights Review**, Cilt: 7, Sayı: 1, 2005, s. 51.

⁴⁴⁰ GRIFFIN, (2008), s. 33.

⁴⁴¹ GRIFFIN, (2008), s. 44-45.

edilmez. Elbette bunlar da hukuken korunur; ancak bu koruma, insan haklarına dayalı bir koruma değildir⁴⁴².

Bu konuda bir diğer görüş, zihinsel kapasite bakımından belli bir düzeye ulaşmamış insanların haklara sahip olmadığını kabul etmenin mümkün olmadığını öne sürer. Beyleveld ve Pattinson’a göre rasyonel eyleme kapasitesine sahip olan öznenin eyleme biçimi, karşısındaki bireyin zihinsel durumundan bağımsızdır. Yani rasyonel özne, karşısındakine göre pozisyon alıp, eğer karşısındaki birey, yeterli zihinsel kapasiteye sahip değilse onun haklarını ihlal edecek biçimde davranma yetkisine sahip değildir. Aksi takdirde Gewirth’ün ortaya koyduğu türel tutarlılık ilkesinin evrensel ve insan türünün tamamına şamil olduğu da ileri sürülemez. Bu sebeple rasyonel öznenin ahlaki tutumu, karşısındaki görünür (*ostensible*) öznenin haklarını ve kendisinin bunların haklarından kaynaklanan ödevlerini ihtiyaten tanıması ile şekillenir. Bu bir vakıdır; ceninin, küçük çocuklar ve zihinsel engellilerin hakları da bu esastan türer. Yazarlar, öznenin bu tutumunun insana mündemiç bir ihtiyat mantığından (*precautionary reasoning*) kaynaklandığını ileri sürmektedir⁴⁴³.

Küçük çocukların ve zihinsel engellilerin insan haklarına sahip olmadığını iddia etmek oldukça sorunlu bir yaklaşımdır⁴⁴⁴. Zaten insan haklarına yer veren gerek ulusal gerek uluslararası metinler de bunların insan haklarını tanıır ve koruma altına alır⁴⁴⁵. Griffin’in insan hakları temellendirmesi de bu yüzden ciddi eleştirilere uğramıştır⁴⁴⁶. Bununla birlikte özne olma yaklaşımı çok önemlidir. Çünkü bu yaklaşımın yetersiz olduğundan yola çıkılarak ulaşılan bir paradigma vardır. Bu paradigma, iyi hayat yaklaşımı olarak adlandırılır; bu yaklaşımın da incelenmesi gerekir.

“İyi Hayat”a Dayalı Temellendirme: Bazı düşünürlere göre, özne olma, insan haklarının temellendirilmesinde önemli bir unsurdur; ancak bu unsur eksiklikle maluldür. Özne olma, hakların temellendirilmesinde yetersizdir; hakların temeli, bunun yanında insanın en önemli amacı olan iyi hayata ulaşma olgusudur.

⁴⁴² GRIFFIN, (2008), s. 84-85,91.

⁴⁴³ BEYLEVELD, Deryck; PATTINSON, Shaun; “Precautionary Reasoning as a Link to Moral Action”, **Medical Ethics**, (Ed: Michael BOYLAN), Prentice-Hall, New Jersey, 2000, s. 39-40.

⁴⁴⁴ CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 12.

⁴⁴⁵ Bunun en temel örneği de şüphesiz Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’dir. Griffin de bunu doğrular; ancak sözleşmenin çocuğun eyleme özelliğine değil kırılganlığına dayandırıldığını ifade eder. GRIFFIN, (2008), s. 85.

⁴⁴⁶ Bu eleştiriler için bkz. MILLER, David; “Personhood versus Human Needs”, **Griffin On Human Rights**, (Ed: Roger CRISP), Oxford University Press, 2014, s. 157-158.

İyi hayat yaklaşımı Liao tarafından savunulmuştur⁴⁴⁷. İyi hayattan anlaşılması gereken, insanın kendini gerçekleştirebilmesi için asgari koşulların sağlandığı bir hayattır. Bu da insanın, kendi türüne ait temel aktiviteleri gerçekleştirebilmesi ile mümkündür. Temel aktiviteler ise insanın asgari düzeyde makul bir hayata ulaşması için gerekli olan etkinliklerdir. Bu sebeple insanın ailesiyle, arkadaşlarıyla veya eşiyle yakın ve sıcak bir ilişki geliştirebilmesi, çevresi ve işine ilişkin yeterli bilgi sahibi olabilmesi ile yaratıcı çalışmalar yapabilmesi ve etkinliklerde bulunabilmesi gibi faaliyetler bu bağlamda değerlendirilir⁴⁴⁸.

Temel aktiviteler, doğası gereği değişken bir yapıdadır. Örneğin kimisi için bu aktiviteler, yakın ilişki geliştirmek, kimisi için ise yaratıcı çalışmalar yapmak olabilir. Ancak bu aktiviteler, kişiden kişiye değişecek lüks ihtiyaçları karşılamaya yönelemez. Bu sebeple iyi hayatın temelinde, insanın insan olmaktan kaynaklanan asgari ihtiyaçları yer alır. Bu asgari düzey, temel ihtiyaçları bireysel ihtiyaçlardan ayıran en büyük özelliştir⁴⁴⁹.

İyi hayata dayalı temellendirmenin, iyi eyleme özelliğine dayanan temellendirmeden daha geniş kapsamlı olduğu ileri sürülür⁴⁵⁰. Halbuki aslında bu temellendirme, Griffin'e dayanır; çünkü bu yaklaşım, Griffin'in ortaya koyduğu geniş anlamda fail kavramını esas alır. Yani Griffin'in açıkladığı, ancak insan hakları koruması kapsamına dahil etmediği insanın potansiyel bir eyleyici olması, rasyonel bir biçimde eyleyen özne kadar korunmayı hak etmektedir⁴⁵¹. Böylece aslında bu yaklaşım, insan haklarının, insanın özne olması için gerekli koşulları sağlamaya yönelik ahlaki haklar olarak anlaşılır; bu yaklaşımın, özünde insanın iyi eyleme özelliğine dayanan temellendirmeyi esas aldığı söylenebilir⁴⁵². İnsan hakları, iyi hayat adındaki bu belirsiz iyiler listesine dayandırılırsa, kapsamı aşırı genişletilmiş olmaz mı? Bu noktada ihtiyaçlar yaklaşımını incelemek gerekir.

⁴⁴⁷ CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 12-13.

⁴⁴⁸ LIAO, Matthew; "Human Rights as Fundamental Conditions for a Good Life", **The Philosophical Foundations of Human Rights**, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 81.

⁴⁴⁹ CRUFT, Rowan; "From a Good Life to Human Rights", **The Philosophical Foundations of Human Rights**, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015, s.104.

⁴⁵⁰ CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 13.

⁴⁵¹ LIAO, (2015), s. 90.

⁴⁵² Örneğin Cruft, haklı olarak Griffin ve diğer yazarların temellendirmesinin, bu temellendirmeyi tehdit etmediğini ifade eder. CRUFT, (2015), 106.

İhtiyaçlar Yaklaşımı; Faillik anlayışı ile temellendirilen insan hakları yaklaşımı dar kapsamlıdır; iyi hayata dayalı temellendirme ise çok geniştir. Bu sebeple bunların arasında bir orta yol benimsemeye çalışan ihtiyaçlar yaklaşımı ortaya atılmıştır⁴⁵³. İhtiyaçlar yaklaşımı, insan onuru ile insanın yaşamını devam ettirebilmesi arasında bir ilişki kurar. Yani insanın onurlu bir yaşam sürdürebilmesi için bu ihtiyaçların karşılanması gerektiğini belirtir⁴⁵⁴. Bu doğrultuda, Hint filozof Amartya Sen ve Amerikalı hukukçu Martha Nussbaum tarafından olanaklar yaklaşımı (*capabilities approach*) adı verilen bir teori geliştirilmiştir.

Olanaklar yaklaşımı, insan haklarını, insanın doğal ihtiyaçları ile temellendirir. Bu yaklaşımda olanak kavramı, bireyin birtakım işlevlere ulaşmak için gerçekleştirdiği seçim ve davranışları içeren fırsatlar şeklinde tanımlanır⁴⁵⁵. Nussbaum'a göre onurlu bir yaşam için belli başlı on tane olanak özel bir önem arz eder; bunlar, yaşam, vücut sağlığı, vücudun bütünlüğü, akıl, hayal gücü, duygular, pratik akıl, aidiyet duygusu, hayvanlarla ilişki kurabilme ve kişinin çevresi üzerindeki hakimiyetidir⁴⁵⁶. Nussbaum'a göre insan hakları insanın bu olanaklara ulaşması için vardır; yani olanaklar, haklara temel teşkil eder⁴⁵⁷.

İhtiyaçlar yaklaşımını doğru değerlendirebilmek için bu yaklaşımın, hangi amaçla ortaya atıldığını incelemek gerekir. Bu amaç, insan haklarının doğalcı temellendirmesine bir alternatif oluşturmak değildir. İhtiyaçlar yaklaşımı esas olarak müzakereci insan hakları temellendirmesine bir alternatif ortaya koyar⁴⁵⁸; bu yaklaşımın eksik bıraktığı sosyal ve ekonomik ihtiyaçların insan onuru ile ilişkisini kurmaya çalışır. Bu sebeple insan haklarına müzakereci temellendirme anlayışından bahsetmek gerekir.

2. Müzakereci (Pozitivist) Temellendirme Yaklaşımı

İnsan haklarına müzakereci yaklaşım, bu hakları, devletlerin meşruluk temeli olarak görür; bu yüzden bunlar üzerinde evrensel bir uzlaşma olduğu görüşüne dayanır.

⁴⁵³ CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 14.

⁴⁵⁴ Bu yönde bkz. FREEMAN, (2008), s. 75.

⁴⁵⁵ NUSSBAUM, Martha C; **Creating Capabilities: The Human Development Approach**, Harvard University Press, Massachusetts, 2011, s. 20-26, özellikle 24-25.

⁴⁵⁶ NUSSBAUM, (2011), s. 33-34.

⁴⁵⁷ NUSSBAUM, (2011), s. 62.

⁴⁵⁸ Bu yönde bkz. BERNSTEIN, Alyssa R.; "Nussbaum versus Rawls: Should Feminist Human Rights Advocates Reject the Law of Peoples and Endorse the Capabilities Approach?", **Global Feminist Ethics**, (eds. Peggy DES AUTELS and Rebecca WHISNANT), Rowman and Littlefield, New York, 2008, s. 2-3.

Bu yaklaşım, insan hakları üzerinde nasıl uzlaşıldığı üzerine kurulur. Böylece insan haklarının da pozitif dayanağa kavuşan hukuki haklar haline gelmesi söz konusu olur. Bunun için de bu yaklaşımın siyaset felsefesindeki temellerini ortaya koyan Rawls'ın görüşlerine kısaca değinmek gerekir.

Rawls, faydacı bir anlayışa dayanan liberal toplum düzenini adalet temelinde tekrar kurmayı amaçlar⁴⁵⁹. Bunun için öncelikle 20. Yüzyıl'da sosyal sözleşmecili geleneği izleyerek orijinal bir durum tasarlar. Bu orijinal durumda, siyasi birlik oluşturacak unsurlar birbirleri hakkında hiçbir şey bilmezler; yani bir cehalet perdesi (*veil of ignorance*) arkasındadırlar. Bu sebeple de önyargılarından bağımsızdırlar. Böylece orijinal durum, bu unsurlar arasında siyasal düzenin temeli konusunda adil anlaşmayı sağlayan bir mutabakatı temin eder⁴⁶⁰. Rawls, bu mutabakata “*örtüşen mutabakat (overlapping consensus)*” adını verir⁴⁶¹. Bunun ardından Rawls, mutabakat üzerine dayanan siyasi birlik fikrini, insan haklarına teşmil eder. Düşünüre göre insan haklarını teolojik, felsefi veya ahlaki temellere dayandırmaya çalışmak yanlıştır⁴⁶². İnsan hakları; farklı din, millet veya kültürden gelen insanların üzerinde uzlaştıkları ilke ve normlar olarak anlaşılmalıdır. Bu ilke ve normlar, tüm toplumlar için asgari meşruluk koşuludur; bunlara uyulmazsa uluslararası yaptırımla karşı karşıya kalınır⁴⁶³.

İnsan haklarının uluslararası asgari standartlar olarak anlaşılmasının sorunu olduğu ifade edilir. Bu durumda insan hakları, uluslararası toplum müdahale etmedikçe korunmayacak mıdır? Ayrıca bu uluslararası standartlar, Batı tarafından diğer toplumlara dayatılmamalıdır. Bu eleştiriyi yapan Beitz'e göre, bu ilke ve normların, farklı toplumların üzerinde çoğulcu bir şekilde anlaşabileceği evrensel standartlar olması gerekir⁴⁶⁴. Ancak bu durumda müzakereci yaklaşımın doğalcı yaklaşımdan ne farkı kalır? Bunun cevabı da Beitz tarafından verilir. Yazara göre doğalcı yaklaşım, üzerinde uzlaşma olmasa da bağlayıcı olduğu ileri sürülen ilkelere dayanır. Müzakereci temellendirme ise farklı toplumların üzerinde uzlaşma sağlayabileceği ilkeleri esas alır. Yani müzakereci anlayış, insan haklarının temellerine doğalcılardan farklı olarak

⁴⁵⁹ RAWLS, John; **A Theory of Justice**, Harvard University Press, Revised Edition, 1999, s. vi.

⁴⁶⁰ UYGUR, (2013), s. 721-722.

⁴⁶¹ ZEYBEKOĞLU, A. Emre; **Carl Schmitt'in 2. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2009, s. 51.

⁴⁶² RAWLS, John; **The Law of Peoples**, Harvard University Press, Massachusetts, 2000, s. 68.

⁴⁶³ CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 19-20.

⁴⁶⁴ BEITZ, (2009), s. 160 vd.

çoğulcu bir şekilde yaklaşır; farklı anlayışlara izin verir. Buna karşın elbette ortak bir öze (*common core*) dayanır⁴⁶⁵.

Müzakereci temellendirmeyi uluslararası hukuku esas alarak yapan pozitivist düşünürler vardır. Bunlardan en önemlisi Buchanan'dır⁴⁶⁶. Buchanan'a göre insan haklarının ahlaki haklar olarak anlaşılması yanlıştır; bu haklar, uluslararası hukuktan kaynaklanan hukuki haklardır. Buchanan bunlara örnek olarak sağlık hakkını verir. Yazara göre sağlık hakkının ahlaki olarak temellendirilmesi mümkün değildir; çünkü bu hak, devletin geniş kapsamlı tedbirler almasını ve reformlar yapmasını gerektirir. Bu sebeple sağlık hakkı, ahlaki olarak temellendirilirse kapsamı oldukça dar kalır. Halbuki bu hak, uluslararası hukuk tarafından tanınır ve ulusal hukuka da geçer; bu yüzden daha geniş kapsamlı olarak korunur. Bu sebeple Buchanan'ın temellendirmesi, insana ve topluma hizmet eden haklar anlayışına dayanır. Bu haklar son tahlilde, insanlığın uluslararası sorunlarına çözüm bulmaya yararlar; buradan kaynaklanırlar ve bu yüzden evrenseldirler⁴⁶⁷.

Müzakereci temellendirme, liberteryan pozitivist bir yaklaşımdır. Bu temellendirme, Batı kaynaklı liberteryan toplum düzeninin insan hakları tasavvurunu ortaya koyar; Batı kaynaklı değer yargıları üzerindeki bir mutabakata meşruluk sağlamayı amaçlar⁴⁶⁸. Bu noktada Marksist düşünürlerin ortaya koyduğu eleştirel insan hakları anlayışının haklar temellendirmesi ele alınmalıdır.

3. Eleştirel Temellendirme Yaklaşımı

Eleştirel yaklaşım, Fransız Devrimi'nden bu yana ortaya çıkan hak bildirgelerinin devrimci bir karakter taşıdığını kabul eder. Buna karşın insan hakları söylemi kurulu düzenin bir unsuru haline getirilmiştir; yani artık neoliberal hegemonyanın yayılma aracı haline gelmiştir. Bu fikre uygun olarak da liberal insan hakları söylemi, günümüzde toplumsallıktan yalıtılmış bir özne imgesine dayanır.

⁴⁶⁵ Ortak özün içeriğinin belirlenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BEITZ, (2009), s. 73-74

⁴⁶⁶ CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 22.

⁴⁶⁷ BUCHANAN, (2013), s. 61.

⁴⁶⁸ Bu yönde bkz. DOUZINAS, Costas; **Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism**, Routledge-Cavendish, Oxford, 2007, s. 177-179.

Yapılması gereken ise toplumsal ilişkiler içinde anlaşılabilirlik özneyi inşa etmek ve insan haklarını buna dayandırmaktır⁴⁶⁹.

Eleştirel yaklaşımın önemli temsilcilerinden biri Douzinas'tır. Douzinas'a göre insan kavramı, modernitenin icadıdır. Bu haklar moderniteden önce yalnızca yurttaş sayılan ayrıcalıklı insanlara tanınmıştır; hala bu eksiklikle maluldür. Liberal düzende insan haklarının keyfini çıkaranlar tuzu kuru yurttaş, heteroseksüel, beyaz erkekten başkası değildir⁴⁷⁰. Dahası, liberal insan hakları söylemi, Batının üstünlük duygusuna dayanır. Bu anlayış, üçüncü dünya ülkelerinde yaşayan insanlara yönelik bir empati duygusuyla hareket etse de bu empati, ötekileştirilenler için acı ve aşağılama olan şeyin Batılı insan için de acı ve aşağılama olması gerektiğine yönelik bencil bir sezgiden öteye gitmez⁴⁷¹.

Douzinas, insan haklarının psikanalizle temellendirilmesini savunur. Buna göre hak iddiası, temelde iki talebe yöneliktir. Bir yandan kişinin kendi kimliğinin kabulü ve tanınması, diğer yandan kişinin herhangi bir gruba olan aidiyetinin tanınması. Yazar, azınlığa mensup bir kişinin, bu sebeple iş başvurusunun reddedilmesini örnek verir. Bu durumda birinci yönüyle kişinin iş gereksinimi yadsınmıştır; ikinci yönüyle ise bu kişinin etnik, dini veya kültürel kimliğinin yadsınması söz konusudur⁴⁷².

İnsan hakları, öznenin psikolojik bir bütün olarak kendini kurması işlevine hizmet eder. Liberal söylemde ise hak, öznenin bedenlen veya ruhen farklı parçalarını bütünsellikten uzak bir biçimde korumaya çalışır. Örneğin özel hayatın gizliliği hakkı, insanın genital organlarını koruma altına alarak, mahremiyet alanı oluşturur. Benzer bir şekilde kadının kürtaj hakkının yadsınması da kadının rahminin, onun bütüncül yaşamından ayrılarak başkalarına emanet edilmesini ifade eder⁴⁷³. Bu noktada Douzinas, imgesel alan (*imaginary domain*) kavramını ortaya atar. Bu kavram, hukuk karşısında beden ile benliğin bütünleştiği ve bunun her vechesinin herkes tarafından tanındığı varsayımsal bir toplumsal kimliği ifade eder. Böylece bu ideal, varoluşsal

⁴⁶⁹ AKBAŞ, Kasım; "Kısırtıcı Bir İnsan Hakları Analizine Giriş", **Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları: Eleştirel Bir Yaklaşım**, (Eds: Rabia SAĞLAM, Kasım AKBAŞ) Notabene Yayınları, Ankara, 2015, s. 24.

⁴⁷⁰ DOUZINAS, Costas; "İnsancılığın Bin Bir Yüzü", **Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları: Eleştirel Bir Yaklaşım**, (Eds: Rabia SAĞLAM, Kasım AKBAŞ) Notabene Yayınları, Ankara, 2015, (2015-a), s. 29-31.

⁴⁷¹ DOUZINAS, (2015-a), s. 53-54.

⁴⁷² DOUZINAS, Costas; "İnsan Hakları ve Postmodern Ütopya", **Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları: Eleştirel Bir Yaklaşım**, (Eds: Rabia SAĞLAM, Kasım AKBAŞ) Notabene Yayınları, Ankara, 2015, (2015-b), s. 84.

⁴⁷³ DOUZINAS, (2015-b), s. 87.

bütünlüğü yaratır ve kimlik/özelik duygusuna saygı duyulmasını sağlar. Böylece insan da diğer insanlar ve hukuk karşısında bütünlükle var olur. İşte insan haklarının temeli budur⁴⁷⁴.

Douzinaz'ın yaklaşımının temelinde, hiç şüphesiz, insanın özne olduğu anlayışı vardır. Bu bakışın daha önce doğalcı yaklaşımda bulunduğu ifade edilmişti. Aslında Douzinaz'ın yaklaşımının da aslında insana ontolojik bir bakış olduğunu görmek mümkündür. Ancak doğalcıların karşılıklılık yaklaşımı ile Douzinaz'ın yaklaşımı arasında bir fark vardır. Douzinaz, doğalcı özne yaklaşımını, yukarıdan bakan bencil bir dayanışma duygusuna bağlar⁴⁷⁵. Halbuki kendisinin ortaya koyduğu özne yaklaşımının sadece Batılı toplumlara değil, insan türüne mündemiç olduğunu ileri sürer⁴⁷⁶. Böylece benzersiz bir insan hakları temellendirmesi ortaya koymaya çalışır.

4. İnsan Hakları Temellendirmelerinin Hukuki Yansımaları

İnsan haklarının temellendirilmesi, felsefi ağırlıklı bir konudur. Bununla beraber bu temellendirmeler, ifadesini uluslararası insan hakları belgelerinde de bulur; daha da önemlisi, uluslararası insan hakları koruma mekanizmaları ve ulusal mahkemelerin kararlarına bu temellendirmeler yol gösterir. Temel hak ve özgürlüklere bütünlüklü bir bakış açısı, bu yaklaşımları anlamakla mümkündür. Bu sebeple belirtilen yaklaşımları, uluslararası belgelerde ve mahkeme kararlarında izlemek gerekir.

Uluslararası insan hakları belgelerine bakıldığında, bu hukuki belgelerde insan haklarını temellendirmek için insan onuru kavramının kullanıldığı görülür. Bunların en önemlileri arasında; İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 1 ve 23. maddeleri, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin Başlangıç Metni hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13 No'lu Ek Protokolü vardır⁴⁷⁷.

İlk bakışta insan haklarının temellendirilmesinde insan onurunun çok sık kullanılan bir kavram olduğu düşünülebilir. Halbuki bu kavram, Avrupa İnsan Hakları

⁴⁷⁴ Douzinaz, bu kavramı, yaratıcısı olan Drucilla Cornell'den ödünç almıştır. DOUZINAS, (2015-b), s. 91-92.

⁴⁷⁵ DOUZINAS, (2015-a), s. 54.

⁴⁷⁶ DOUZINAS, (2015-b), s. 92-93.

⁴⁷⁷ BEYLEVELD, BROWNSWORD, (1998), s. 663-664.

Sözleşmesi'ne dahi ancak 2002 yılında kabul edilen 13 No'lu Ek Protokol ile girebilmiştir. Bunun temel sebebi, insan haklarının temeli ve kaynağı konusunda farklı kültürleri bir araya getiren bu belgelerin oluşum sürecinde, bu kültürleri uzlaştırma ve kurulan uluslararası sistemden dışlamama çabasının bulunmasıdır⁴⁷⁸.

İnsan onuru kavramının somutlaştırılma biçimi, mahkemelerin insan hakları temellendirmesinde hangi yaklaşıma daha yakın olduğu konusunda fikir vericidir. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımı büyük önem arz eder. Esasında Mahkeme'nin insan onuru kavramını tanımlamak ve kullanmaktan uzun yıllar kaçındığı ifade edilir⁴⁷⁹. Mahkeme, 1978 yılında, *Tyrer v. Birleşik Krallık* kararında, insanı nesneleştiren bir cezanın insan onuruna, dolayısıyla Sözleşme'nin kötü muameleyi yasaklayan 3. maddesine aykırı olduğunu ifade etmiştir⁴⁸⁰. Daha sonra da Mahkeme, bu içtihadını, isteksiz de olsa genişleterek kullanmaya başlamıştır⁴⁸¹. Bu doğrultuda, kavram, 1995 yılında *S.W. v. Birleşik Krallık* kararında kullanılmıştır. Mahkeme, evlilik birliği içinde eşe cinsel saldırıda bulunulmasının, yalnızca medeni bir evlilik birliğinin temelini sarsmakla kalmadığını, ayrıca Sözleşme'nin üzerine inşa edildiği insan onuru kavramına da aykırı olduğunu ifade etmiştir⁴⁸². Bu kararın ardından Mahkeme, 2002 yılında, ötenaziye ilişkin verdiği *Pretty v. Birleşik Krallık* kararında da bu içtihadını genişleterek tekrarlamıştır⁴⁸³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kullandığı şekliyle insan onuru kavramı, insanın nesneleştirilmemesi üzerine temellenir. Bu temellendirme, hiç şüphesiz doğalcı yaklaşımın insan eylemine dayalı evrensel temellendirmesine işaret eder⁴⁸⁴. Bununla birlikte Mahkeme, taraf devletlerin egemenlik yetkilerine saygı göstermek amacıyla bunların Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin kapsamını ve niteliğini tayinde taraf devletlere belli bir serbestiyet de tanır. İşte devletlerin sahip olduğu bu serbestiye ulusal takdir yetkisi ya da takdir marjı denilmektedir⁴⁸⁵. İnsan haklarının evrenselliğine

⁴⁷⁸ Farklı kültürleri uzlaştırma çabası, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi hazırlanırken en sorunlu alanlardan biri olmuştur. Bu yönde bkz. GLENDON, Mary Ann; **A World Made New: Eleanor Roosevelt and Universal Declaration of Human Rights**, Random House, New York, 2002, s. 73-78.

⁴⁷⁹ CHRISTOFFERSEN, Jonas; **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, s. 142.

⁴⁸⁰ *Tyrer v. United Kingdom*, Application No: 5856/72, 25.04.1978, § 33.

⁴⁸¹ CHRISTOFFERSEN, (2009), s. 142-143.

⁴⁸² *S.W. v. United Kingdom*, Application No: 20166/92, 22.11.1995, § 44.

⁴⁸³ *Pretty v. United Kingdom*, Application No: 2346/02, 29.04.2002, § 65.

⁴⁸⁴ Bu yönde bkz. DOUGLAS, (2015), s. 244.

⁴⁸⁵ ÇOBAN, (2008), s. 189.

hiç de uygun olmayan bu yaklaşım, aslında müzakereci anlayışın bir ürünüdür. Mahkeme, devletleri belli konularda serbest bırakır. Böylece insan haklarını uluslararası bir meşruluk koşulu olarak görür; aynı zamanda da hangi ilkeler üzerinde uzlaşılacağı konusunda taraf devletlere serbestiyet tanıyarak çoğulcu davranmaya çalışır.

Ulusal hukuklarda durum nedir? Örneğin İngiltere’de insan onuruna gereken önemin verilmediği ve hakların insan onuru üzerine temellendirilmediği yönünde eleştiriler vardır. Buna göre İngiliz mahkemelerinin insan haklarına yaklaşımı, Bentham ve Burke’un yukarıda belirtilen eleştirel yaklaşımları ile paralellik gösterir. Bu sebeple İngiltere’nin, halen insan onurunu ve dolayısıyla insanın eyleme özelliğini ön plana koyan bir haklar anlayışı geliştiremediği, bunun yerine geleneksel hukuk anlayışını koruduğu ifade edilmektedir⁴⁸⁶.

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’nin insan onuruna yaklaşımı, bireysel başvuru ile birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihadına paralel hale gelmiştir⁴⁸⁷. Anayasa Mahkemesi, kararlarında, insan onuru kavramının, “*bedensel veya ruhsal yönden acı çektiren, algılama veya irade yeteneklerini etkileyen, aşağılanmaya yol açan nitelikteki muameleler*” ile bağdaşmadığını ifade etmektedir⁴⁸⁸. Yani Anayasa Mahkemesi’nin insan onurunu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin izinden giderek doğalcı bir temellendirme üzerine kurmaya çalıştığı görülmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında insan onurunun, hakların temellendirilmesinde önemli bir yere sahip olduğunu söylemek mümkündür. Ancak bu kavramın doğru anlaşılması gerekir. Örneğin Anayasa Mahkemesi’nin, 1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu’nda 4551 Sayılı Kanun’la yapılan değişikliği değerlendirdiği kararında bu kavramı yerine oturtamadığı görülür. Karara konu olan kanun hükmü, Askeri Ceza Kanunu’nun rütbenin geri alınması cezasının, rütbenin kıta huzurunda sökülmesi suretiyle infazını öngören 35. maddesinin 3. fıkrasıdır. Anayasa Mahkemesi, bu infaz şeklini, insan onuru ile bağdaşmayan kötü muamele niteliğinde görmüştür⁴⁸⁹. Öyleyse

⁴⁸⁶ DOUGLAS, (2015), s. 256-257.

⁴⁸⁷ Bu yöndeki kararlar için bkz. **Şenol Gürkan Başvurusu, Başvuru No: 2013/2438**, Karar Tarihi: 9/9/2015, § 81, **Deniz Yazıcı Başvurusu, Başvuru No: 2013/6359**, Karar Tarihi: 10/12/2014, § 83, **Mete Dursun Başvurusu, Başvuru No: 2012/1195**, Karar Tarihi: 18/11/2015, § 80, **Turan Günana Başvurusu, Başvuru No: 2013/3550**, Karar Tarihi: 9/11/2014, § 36

⁴⁸⁸ **Cezmi Demir ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/293**, Karar Tarihi: 17/7/2014, § 105, **Hamdiye Aslan Başvurusu, Başvuru No: 2013/2015**, Karar Tarihi: 4/11/2015, § 117.

⁴⁸⁹ **Anayasa Mahkemesi’nin E. 2000/34, K. 2005/91 Sayılı Kararı**, R.G. Tarih-Sayı: 08.11.2006-26340.

askerlerin rütbelerinin kıta önünde sökülmesi insan onuruna aykırı mıdır? Esasında değildir; çünkü insan onuru, insanın yalnızca insan olmasından kaynaklanır; yani evrensel değere dayanır. Burada söz konusu olan evrensel değere dayanan insan onuru değil, askerin diğer askerler nezdinde görevine ilişkin durumunu ifade eden şerefidir⁴⁹⁰. Yani bu muamele, başka birtakım gerekçelerle Anayasaya aykırı olabilir; fakat bu durumun insan onuruna aykırı görülmesi mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin insan onuru ile şeref kavramları arasındaki farkı gözden kaçırmaması çok da şaşırtıcı değildir. Nitekim ünlü hukukçu Waldron'a göre insan haklarının temeli, insan onuru olmamalıdır; çünkü bu durumda örneğin hakimlerin de hakim olmaktan kaynaklı saygınlığı, hakimlerin haklarını insan hakları bağlamında değerlendirmeyi gerektirir. Yani Waldron, onur (*dignity*) kavramına farklı bir anlam yükler⁴⁹¹. Elbette Waldron'un bunu bilinçli bir tercih sonucunda, insan haklarını üzerinde uzlaşılan demokratik prensipler biçiminde görerek ortaya koyduğunu belirtmek gerekir. Ancak burada bahsedilen aslında insan onuru değildir. Hakimin yalnızca mesleğini yerine getirmesinden ötürü sahip olduğu şerefidir. Bu iki kavramın birbirinden farklı olduğunu belirtmek gerekir⁴⁹².

Görüldüğü üzere insan haklarının temellendirilmesi felsefi yaklaşımlarla anlaşılabilir. Ancak hakimin insan hakları konusunda doğru bir yorum yapabilmesi, bu felsefi kavramları doğru kullanabilmesi ile mümkündür. Zaten bu yüzden hakimlerin, yazılı kuralların arkasındaki ilkeleri tespit edebilecek entelektüel birikime sahip olmaları gerekir. İnsan haklarının temellendirilmesi, bu hakların içeriğinin doldurulmasında yol göstericidir; bu sebeple de açıklanmaya çalışılmıştır. Bu konuda insan haklarının içeriğine ilişkin en önemli hususlar olan insan hakları sınıflandırılması ve bu hakların arasında hiyerarşi olup olmadığının incelenmesi gerekir.

⁴⁹⁰ İnsan onuru ile şeref arasındaki fark için bkz. KUÇURADİ, (2011), s. 73-74.

⁴⁹¹ WALDRON, Jeremy; "Is Dignity the Foundation of Human Rights", **The Philosophical Foundations of Human Rights**, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 119, 133-135.

⁴⁹² Beyleveld ve Brownsword, kavramın iki veçheli olduğunu, bunlardan evrensel insan onurunun insan haklarının temeli olduğunu ifade eder. BEYLEVELD, BROWNSWORD, (1998), s. 665-667.

C. Hakların Sınıflandırılması ve Haklar Arasında Hiyerarşi Sorunu

Günümüzde insan haklarının kapsam ve sınırlarının neredeyse belirsiz hale geldiği ifade edilmektedir. Bu sebeple hakların sınıflandırılması, büyük bir önem arz eder. Çünkü hakların kapsamının belirsiz hale gelmesi bir “*haklar enflasyonu*”na sebep olur. Bu durumda (1) temel hak ve özgürlükleri yorumlayacak mahkemelerin iş yükü aşırı artar ve (2) bu mahkemeler her olayı insan hakları kapsamında değerlendirirlerse, ilk derece ve temyiz mahkemelerinin yerine geçerek karar verdikleri eleştirisiyle karşı karşıya kalırlar⁴⁹³.

1. Hakların Sınıflandırılması

İnsan haklarının hukuk doktrinde çeşitli kriterlerden hareketle sınıflandırıldığı ifade edilmektedir. Bu sebeple de herkesin veya çoğunluğun kabul ettiği sınıflandırma modellerine ulaşamadığı belirtilir⁴⁹⁴. İnsan haklarının sınıflandırılması konusunda genellikle en çok kabul gören sınıflandırma modelleri üzerinde durulmaktadır. Bunlar; *pozitif, negatif ve aktif statü hakları; ilk, ikinci ve üçüncü kuşak haklar ve bireysel (ferdi) haklar ile grup hakları* ayrımıdır⁴⁹⁵.

Pozitif, Negatif ve Aktif Statü Hakları; Doktrinde kronolojik olarak en eski ve en ünlü tasnif, tanınmış hukukçu Jellinek’in 19. Yüzyıl’da yaptığı üçlü tasniftir. Bu tasnif, 1961 ve 1982 Anayasaları’nın da benimsediği tasniftir⁴⁹⁶. Bu anlayışa göre, negatif statü hakları, devlete olumsuz edimler yükleyen haklardır. Yani devletin bu hakları ihlal etmekten kaçınma yükümlülüğü vardır. Bunlar, yaşam hakkı, konut dokunulmazlığı gibi kişisel hak ve özgürlükleri ifade eder. Aktif statü hakları ise çoğulcu demokrasi açısından büyük öneme sahip olan siyasal katılma haklarıdır⁴⁹⁷. Bu haklar, yurttaşın siyasi iktidara katılmasını sağlayan seçme ve seçilme ve örgütlenme hakları gibi

⁴⁹³ KARAN, Ulaş; **Türkiye’de Sosyal Hakların Mahkemeler Önünde İleri Sürülebilirliği ve Yüksek Yargı Organlarının Sosyal Haklara Yaklaşımı**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s. 12, haklar enflasyonunun mahkemelerin iş yükünü aşırı arttırdığı yönünde bkz. LETSAS, (2007), s. 126-127.

⁴⁹⁴ ANAYURT, Ömer; “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, (Ed: Oya ÇİFTÇİ), TODAİE Yayınları, Ankara, 2000, s. 51.

⁴⁹⁵ Belirtilen tasnifler bu konuda yapılan çalışmalardan çıkarılmıştır. Bu çalışmalarda yer alan tasnifler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARAN, (2006), s. 13-16, ANAYURT, (2000), s. 51-55.

⁴⁹⁶ ANAYURT, (2000), s. 51.

⁴⁹⁷ YAVUZ, Bülent; “Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 1-2, 2009, s. 296.

haklardır. Bu yüzden de aktif statü hakları olarak adlandırılırlar. Pozitif statü hakları ise negatif ve aktif statü haklarından farklı olarak devletin pozitif edimini gerektirir. Bu haklar, insanlara sağlanması için pozitif tedbirler alınmasını gerektiren eğitim, çalışma ve sosyal güvenlik ile sağlık hakkı gibi sosyal ve ekonomik hakları ifade eder⁴⁹⁸.

Negatif, pozitif ve aktif statü hakları tasnifinin Batılı hukuk çevrelerince hemen hemen terkedildiği belirtilmektedir. Çünkü günümüzde hakları pozitif veya negatif olarak ayırmanın bir anlamı kalmamıştır. Gerçekten de devletlerin, hakları, hem ihlal etmekten kaçınma gibi negatif hem de hakkı korumak için gerekli tedbirleri almak gibi pozitif yükümlülükleri olduğu kuşkusuzdur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin uzun yıllardan bu yana geliştirdiği içtihat da bu yöndedir⁴⁹⁹.

İlk ve İkinci Kuşak Haklar; Doktrinde insan haklarının sınıflandırılması konusunda yapılan önemli bir ayırım; ilk, ikinci ve üçüncü kuşak haklar ayırımıdır. Bu tasnif, ünlü Çek hukukçu Karel Vasek tarafından ortaya atılmıştır ve hakkın ortaya çıktığı dönem ve buna göre sahip olduğu kapsam bağlamında yapılmaktadır⁵⁰⁰. Buna göre ilk kuşak haklar, bireyin devlet karşısındaki özerkliğinin korunmaya en çok muhtaç olduğu 18. ve 19. Yüzyıl'da ortaya çıkan kişisel (*civil*) haklardır. Ulus devletlerde yurttaşların siyasal katılma hakları da 19. Yüzyıl'ın ortalarından itibaren gelişmeye başlar⁵⁰¹. Böylece ilk kuşak haklar; mülkiyet hakkı, örgütlenme ve ifade özgürlüğü gibi kişisel haklar ile siyasal haklar şeklindedir⁵⁰².

İkinci kuşak hakları, ekonomik ve sosyal hak ve özgürlükler oluşturmaktadır. Bu haklar, 19. Yüzyıl'da Sanayi Devrimi ile ortaya çıkan işçi sınıfının hak mücadelesi neticesinde doğmuştur. Bu çerçevede ilk kuşak haklardan yalnızca imtiyazlı bir zümrenin yararlandığı ve bu hakların ekonomik ve sosyal haklarla desteklenmesi gerektiği öne sürülmüştür. Özellikle sınıflar arası eşitliği temel alan bu haklar, hukuken; çalışma, sağlık ve eğitim hakları gibi haklar vasıtasıyla somutlaşmaktadır⁵⁰³.

⁴⁹⁸ Bu yönde bkz. ANAYURT, (2000), s. 52, KARAN, (2006), s. 14.

⁴⁹⁹ Bu yönde bkz. ANAYURT, (2000), s. 51, ayrıca bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih; **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul, 1997, s. 322.

⁵⁰⁰ KARAN, (2006), s. 13, CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 23.

⁵⁰¹ ÇOŞKUN, Vahap; **İnsan Hakları: Liberal Açından Bir Tahlil**, Liberte Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 132-133.

⁵⁰² KARAN, (2006), s. 13.

⁵⁰³ COŞKUN, (2014), s. 134-136.

İlk ve ikinci kuşak haklar, ancak İkinci Dünya Savaşı'nın ardından uluslararası belgelerle etkin bir biçimde korunmaya başlanmıştır. Bu çerçevede ilk iki kuşak hakların gerçekleşmesini engelleyen –üçüncü dünya ile geri kalan ülkeler arasındaki– uluslararası eşitsizliğin ortadan kalkması gerektiği savunulmuştur. Bunun yolunun da üçüncü kuşak haklardan geçtiği öne sürülür. Bunların arasında barış, sağlıklı bir çevre, insanlığın ortak mirasından yararlanmaya katılabilme gibi haklar yer almaktadır⁵⁰⁴. Bu haklara aynı zamanda dayanışma hakları denir. Bu hakların kapsam ve sınırlarının günümüzde de tartışmalı olduğu belirtilmelidir⁵⁰⁵.

Bireysel Haklar ve Grup Hakları; İnsan haklarının klasik öznesi bireydir. Bireysel haklar; bu olguya dayanan haklardır ve yukarıda açıklanmaya çalışılmıştır. Buna karşın grup hakları denen ve hem bireyleri hem de grubu ilgilendiren haklar mevcuttur. Grup haklarını ikiye ayırarak incelemek gerekir: Bunlar⁵⁰⁶; (1) Bir bireyin belli bir gruba ait olmakla sahip olduğu haklar ve (2) belirli bir topluluğun hep birlikte kullanabileceği haklardır. Bunların ikincisi, kolektif bir iradeye hizmet ettiğinden kolektif haklar olarak adlandırılır⁵⁰⁷.

Grup haklarının belirtilen her iki veçhesi de insan haklarının evrensellik iddiası açısından eleştirilmiştir. Birinci yönüyle bir bireyin belli bir gruba ait olmakla elde edeceği hakkı düşünelim. Bu haklara örnek olarak kadın ve çocuk hakları ile bir azınlığa mensup olmaktan kaynaklanan haklar verilebilir⁵⁰⁸. Bu durumda, örneğin, yalnızca kadın veya çocuk olmakla sahip olunan bu hakların insanın insan olması sebebiyle sahip olduğu haklar içerisinde yeri olabilir mi? Başka bir deyişle bu haklar yalnızca belli kişiler tarafından kullanılıyorsa evrensel olduğu nasıl iddia edilebilir? Bu sorulara cevap James Nickel tarafından verilmiştir. Nickel'e göre bu tip haklar, evrensel bir haktan kaynaklandıkları için insan hakkı sayılırlar. Örneğin kadının doğum öncesi bakım hakkı, kadının ve bebeğin yaşam hakkından türetilen bir haktır; bu yönüyle evrenseldir ve elbette yalnızca kadına ve çocuğa ait olması da doğaldır⁵⁰⁹. Nickel'in yaklaşımı oldukça

⁵⁰⁴ DONNELLY, (1995), s. 153-154.

⁵⁰⁵ Bu yönde bkz. KARAN, (2006), s. 13.

⁵⁰⁶ CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 29.

⁵⁰⁷ ÇAVUŞOĞLU, Naz; **Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları**, Bilim Yayınları, İstanbul, 1999, s. 35.

⁵⁰⁸ CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 29.

⁵⁰⁹ NICKEL, James W.; **Making Sense of Human Rights**, Blackwell Publishing, 2007, s. 162-163.

olumludur; doktrinde de grup haklarını insan haklarına entegre etme kapasitesi açısından takdir edilmektedir⁵¹⁰.

Grup haklarının ikinci veçhesi kolektif haklardır. Bu hakların kendi kültürlerini ve inançlarını korumak amacını güden etnik, dini, felsefi veya kültürel temele dayanan gruplar tarafından kullanılan haklar olduğu belirtilmektedir⁵¹¹. Ancak kolektif haklar birtakım sorunları da beraberinde getirir: Bunlar; (1) azınlık gruplarına bu hakların tanınmasının yerel özerklikten ayrılıkçılığa varan taleplere yol açması ve (2) grup kimliğinin bireysel kimlik ve tercihlere üstün kılınması ile insan haklarının grup haklarına feda edilmesi tehlikesidir⁵¹². Bu sebeple grup haklarının mahiyeti ve temelleri oldukça tartışmalıdır⁵¹³. Bu konuda bir taraftan insan haklarının gelişimi içerisinde kültürel grupların da özne haline gelebilecekleri ifade edilmekte iken⁵¹⁴ diğer taraftan kültürel grup haklarının bireysel özerkliğin ve dolayısıyla öznellikten kaynaklanan insan haklarıyla çelişmesinin kaçınılmaz olduğu belirtilmektedir⁵¹⁵. İkinci düşünceye göre de bir grubun, grup olmaktan kaynaklanan hakları olamaz⁵¹⁶.

Yukarıda belirtilen üç tip sınıflandırmanın tamamı tartışmalı bir görünümde. Bu sebeple insan hakları sınıflandırmalarının yapay ve nispi olduğu öne sürülür⁵¹⁷. Bu durumda hukuki metinlerde tanımlanan temel hak ve özgürlükler; içerikleri, işlevleri ve sınırlamaları bakımından farklılık gösterebilirler; ancak bunlar, insan onurunu temsil ederler; bu sebeple aynı bütünün bileşenleridirler. Buna temel hak ve özgürlüklerin bütünlüğü (*monizmi*) adı verilir⁵¹⁸.

Temel hak ve özgürlüklerin mahkemeler tarafından korunurken bunların, bütünlüklü bir anlayışla tespit edilmesi gerekir. Yani temel haklar, hukuka konu

⁵¹⁰ CRUFT, LIAO, RENZO, (2015), s. 29-30.

⁵¹¹ KARAN, (2006), s. 16.

⁵¹² ÇAVUŞOĞLU, (1999), s. 35-36.

⁵¹³ Tüm bu tartışmalar için bkz. BARIN, Taylan; **Çokkültürcülük Teorisi ve Ulus Devlet Anlayışına Etkileri**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011, s. 62-69.

⁵¹⁴ Bu yönde bir yaklaşım ve tasnif denemesi James Nickel tarafından yapılmıştır. Nickel'e göre kültürel grup hakları, bir ülkede belli bir bölgede yoğun bir şekilde yaşayan kültürel gruplara tanınmalıdır. NICKEL, James W.; "Group Agency and Group Rights", **Ethnicity and Group Rights**, (Eds: Ian SHAPIRO, Will KYMLICKA), New York University Press, New York, 1997, s. 235-253, özellikle 252-253.

⁵¹⁵ GRIFFIN, (2008), s. 275-276.

⁵¹⁶ COŞKUN, (2014), s. 131.

⁵¹⁷ ANAYURT, (2000), s. 57.

⁵¹⁸ ANAYURT, (2000), s. 47, KAPANİ, (1993), s. 6.

olabilecek birtakım menfaatlerle karıştırılmamalıdır. Aksi takdirde haklar enflasyonu kaçınılmaz olur. Letsas, bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen Hatton Davası'nı örnek göstermektedir⁵¹⁹. Bu davada başvuru, Londra Heathrow Havaalanı'nın yakınlarında oturan bir Birleşik Krallık vatandaşıdır. Şikayeti ise değişen gece uçuşları nedeniyle gece uykusu uyuyamamasıdır. Başvuruyu değerlendiren Mahkeme, başvurunun uyuma hakkının, dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan “*özel ve aile hayatına saygı*” hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁵²⁰. Buna karşın Büyük Daire, başvurunun menfaatleri ile kamu menfaatleri arasında adil bir denge gözetildiği sonucuna ulaşmış; ihlal kararını ortadan kaldırmıştır⁵²¹. Karar, ihlal olmadığı yönündedir; ancak Letsas'a göre Mahkeme'nin yaklaşımı yanlıştır. Çünkü burada Mahkeme'nin tercihi, farklı menfaatlerin uzlaştırılmasından ibarettir. Mahkeme'nin tavrı, hakları menfaatlere indirgeyen, bu sebeple de haklar enflasyonuna sebebiyet veren bir tavidir. Halbuki eğer bir kimsenin “iyi uyuma hakkı (*right to sleep well*)” varsa bu hakkın temeli ve kapsamı da ortaya konmalıdır⁵²². İşte temel hak ve özgürlüklerin bütünlüklü bir biçimde ele alınması bu sebeple önemlidir. Bir hak ihlali olup olmadığının tespiti kadar hangi hakkın söz konusu olduğunu belirlemek de önemlidir. Bunun için de insan haklarının dayandığı temeller konusunda bilgiye sahip olmak gerekir.

2. Haklar Arasında Hiyerarşi Kurulup Kurulamayacağı Sorunu

Temel hak ve özgürlükler arasında hiyerarşi kurulması, birinci kuşak kişisel ve siyasal hak ve özgürlükler ile ikinci kuşak sosyal ve ekonomik özgürlükler arasındaki mahiyet farkından kaynaklanır. Liberteryen perspektife göre bunlardan birincisi, bireyin özerkliğinin korunabilmesi açısından daha büyük önem taşır. Bu düşünürler sosyal ve ekonomik hakların temel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilemeyeceğini öne sürerler⁵²³. Bu düşüncenin bertaraf edilmesi amacıyla Henry Shue tarafından yeni bir tasnif denemesi ortaya atılmıştır. Shue, öncelikli olarak temel haklar ile temel olmayan

⁵¹⁹ LETSAS, (2007), s. 127.

⁵²⁰ **Hatton and Others v. The United Kingdom, Application no. 36022/97**, Judgment, 02.10.2001, § 97.

⁵²¹ **Hatton and Others v. The United Kingdom, Application no. 36022/97**, Grand Chamber, 08.07.2003, § 102-103.

⁵²² LETSAS, (2007), s. 129-130.

⁵²³ Bu görüş, özellikle ünlü liberal düşünür Maurice Cranston tarafından savunulmuştur. Yazarın görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. COŞKUN, (2014), s. 144-146, ayrıca FREEMAN, (2008), s. 82.

haklar arasında ayırım yapar⁵²⁴. Yazara göre temel haklar, yalnızca kişisel haklara tekabül eden “*güvenlik hakları*” ve dokunulmazlıklardan ibaret değildir. Bunların yanında “*varlığını sürdürme hakları*” da temel hak ve özgürlükler içerisinde yer alır. Bu kavramsallaştırmayla Shue, asgari düzeyde ekonomik güvencelere sahip olmayı kast eder⁵²⁵. Her ne kadar Shue, temel hakların diğer haklardan daha değerli ve tatminkar ve listesinin de eksiksiz olmadığını ifade etmekte ise de⁵²⁶ Shue’nun bu iyiniyetli çabası, haklar arasında bir hiyerarşi kurulmasını engelleyememiştir. Çünkü yazar, temel haklar olmaksızın diğer hakların herhangi bir anlam ifade etmeyeceğini açıkça belirtmektedir⁵²⁷.

Haklar arasındaki hiyerarşi konusunda ilginç bir yaklaşım Alman hukukunda bulunmaktadır. Bu yaklaşım, temel haklar ile diğer haklar arasında değil, temel hakların kendi içerisinde bir derecelendirme düzeni olduğu yönündedir. Bu düzen ise belirli kriterler çerçevesinde oluşur. Bu kriterlerin her bir hakkın insan onuru garantisine yakınlığı ve sınırlandırılabilirlik koşulları olduğu belirtilmektedir⁵²⁸.

Haklar arasında hiyerarşi sorununun çözümü, temel hakların bütünlüğü kavramında yatmaktadır. Bu doğrultuda hiçbir hak, bir diğeri karşısında öncelikli olarak korunmaz veya farklı haklar arasında farklı koruma dereceleri de benimsenemez⁵²⁹. Çünkü önemli olan, bir temel hak ve özgürlüğün içerisinde yer aldığı olayda insan onuru ile bağlantısı ve bu ilkeyi korumak konusundaki normatif gücüdür. Bu durum, hukuki bakımdan iki şekilde kendini gösterir: Bunlar, (1) haklar arasında temel-temel olmayan haklar ayırımı ve (2) temel hak ve özgürlükler arasında üstünlük ve tercih önceliği yapılamamasıdır.

Temel hakların bütünlüğü kavramından, kişisel hakların negatif statü çerçevesine hapsedilemeyeceği sonucunun çıktığı ifade edilmektedir⁵³⁰. Yani ister

⁵²⁴ SHUE, Henry; **Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy**, Princeton University Press, New Jersey, 1980, s. 29-30.

⁵²⁵ TEPE, Harun; “Sosyal Haklar ve İnsan Hakları: Sosyal ve Ekonomik Haklar Olmadan İnsan Hakları Korunabilir mi?” **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu Bildiriler**, (ed: Nergiz MÜTEVELLİOĞLU, Mehmet ZANBAK), 2009, s. 99, SHUE, (1980), s. 20-28.

⁵²⁶ DONNELLY, (1995), s. 48.

⁵²⁷ SHUE, (1980), s. 30.

⁵²⁸ KANADOĞLU, O. Korkut; **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 6.

⁵²⁹ ALGAN, Bülent; **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 74.

⁵³⁰ SANCAR, (1996), s. 213.

kişisel, ister siyasal, isterse de sosyal ve ekonomik bir hak olsun, bütün haklar insan onuruna yakınlığı derecesinde korunmaktadır. Bu hususta en büyük örneği de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki içtihadı oluşturmaktadır. Bilindiği üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde esas olarak kişisel ve siyasal nitelikli haklar düzenlenmektedir. Yani sosyal ve ekonomik haklar Sözleşme'nin lafzıyla doğrudan koruma altına alınmamıştır. Buna karşın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kurulduğu tarihten bu yana istikrarlı bir şekilde sosyal ve ekonomik hakları, kişisel haklar içerisine entegre ederek koruma kapsamına almaktadır. Bu süreç, 1968 yılındaki Belçika Dil Davası ile başlamıştır⁵³¹. Mahkeme bu kararında, bir ülkenin resmi dili dışında belli bir dilde eğitim yapmak yükümlülüğü altında olmadığını belirtmiştir. Ancak mevzuatla buna imkan tanınmışsa, bu konudaki mevzuatın Flemenkçe veya Fransızca konuşan ailelere de aynı şekilde uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Böylece Mahkeme, bir sosyal ve ekonomik hak olan eğitim hakkını koruma kapsamına almıştır⁵³².

Ekonomik ve sosyal hakların kişisel haklara entegre edilerek bütünsel insan hakları yaklaşımının en ileri düzeyde kullanıldığı dava, 1979 tarihli Airey Davası olmuştur. Bu kararında Mahkeme, kocasından boşanmak isteyen kadının adli yardımdan mahrum bırakılmasını, adil yargılanma hakkının en önemli veçhelerinden biri olan mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirmiş ve ihlal kararı vermiştir⁵³³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ikinci kuşak hakların ötesinde üçüncü kuşak hakları da Sözleşme kapsamında gördüğü kararları da vardır. Bu doğrultuda Mahkeme, 2004 yılındaki Önerıldız davasında, üçüncü kuşak haklardan olan çevre hakkını, yaşam hakkı kapsamında değerlendirerek üçüncü kuşak hakları da koruma kapsamına dahil etmiştir⁵³⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirtilen yaklaşımının bireysel başvuru yolu vasıtasıyla Türk Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsediği görülmektedir. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, ülke çapında bir gün işe gitmeyerek topluca protesto yapan öğretmen ve diğer kamu görevlilerine uyarı cezası verilmesini Anayasanın 51. maddesinde yer alan sendikal hakkın ihlali olarak değerlendirmiştir. Bunu yaparken Mahkeme, bu hakkın Anayasanın 34. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11.

⁵³¹ DEMBOUR, (2012), s. 692, aynı yönde GEDİK, (2013), s. 108-110.

⁵³² Bu yönde bkz. ÇALIŞKAN, Ahmet Ziya; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğrenim Hakkı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 3-4, 2007, s. 304.

⁵³³ *Airey v. Ireland*, Application No: 6289/73, 09. 09. 1979, § 24.

⁵³⁴ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. GEDİK, (2013), s. 111-113; YILMAZ, (2010), s. 183-184.

maddesinde yer alan örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵³⁵. Yani Anayasa Mahkemesi de kişisel haklarla sosyal ve ekonomik haklar arasında bir astlık üstlük ilişkisi kurmamıştır; bunun yerine ikinci kuşak hakları, birincisinin içine dahil ederek koruma kapsamına almıştır. Elbette Anayasa Mahkemesi'nin bunu yapmasının sebebi, bireysel başvuruya ilişkin yetkisinin hem Anayasa hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan haklarla sınırlı olmasıdır. Aksi takdirde Mahkeme, sendikal hakkı elbette tek başına değerlendirmeye alabilirdi.

Haklar arasında temel – temel olmayan ayrımı yapılamaz; bu işin kolay kısmıdır. Esas sorun şudur: Temel hak ve özgürlükler arasında bir hiyerarşi kurmak mümkün müdür? Letsas bu soruya olumsuz cevap vermektedir. Yazara göre temel haklar arasında bir veya birkaçının her durumda üstün olması söz konusu olamaz. Temel haklar, içinde bulundukları bağlama göre farklı normatif roller oynarlar. Bu durum, farklı haklar kadar aynı hakkın farklı bağlamlarda değerlendirilmesini de gerektirir. Örneğin siyasi muhalefete yönelik mutlak bir sansür, ifade özgürlüğü bakımından ihlal teşkil eder. Buna karşılık Yahudi soykırımının reddine yönelik beyanların mutlak surette cezalandırılması, ifade özgürlüğüne yönelik bir ihlal teşkil etmemektedir⁵³⁶.

Letsas'ın değerlendirmeleri isabetlidir; ancak bu konuda çok tartışmalı bir husus vardır; o da şudur: İnsanın aklına ilk gelen en temel ve üstün hak yaşam hakkı değil midir? Bu hak olmazsa diğer hakların ne anlamı kalır? Gerçekten “*insanoğlunun üstün hakkı*” olarak yaşam hakkına saygının, bütün diğer hakların kullanılabilmesi için vazgeçilmez olduğu ifade edilmektedir⁵³⁷. Bu durumda yaşam hakkı, her halükarda diğer bütün haklar karşısında onlardan üstün ve öncelikli olarak tercih edilecek bir değer midir? Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pretty v. Birleşik Krallık Davası örnek verilebilir. Bu davada başvurucu, boynundan aşağısı hastalıktan ötürü felç olan ve kendisine bakamayacak durumda olan Diane Pretty'dir. Pretty, tedavisi olmayan bu hastalık sonucunda acı çekerek ölmek istememiş, fakat intihar edemeyecek durumda olduğu için kocasının yardımını talep etmiştir. Pretty'nin avukatı, bu takdirde başvurusunun kocası hakkında takibat başlatılmayacağına garanti edilmesini istemiştir.

⁵³⁵ Mahkeme'nin önüne bu şekilde 29 adet başvuru gelmiş, birisi dışında tamamında ihlal kararı verilmiştir. Örnek için bkz. **Hayati Aktop ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/4199**, Karar Tarihi: 10/6/2015.

⁵³⁶ LETSAS, (2007), s. 23.

⁵³⁷ KABOĞLU, (1989), s. 153.

Başsavcılık bu talebi kabul etmemiştir. İç hukuk yollarının tüketilmesinin ardından konu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelmiştir. Başvurucu, bu olayda Sözleşme'nin 2, 3, 8, 9 ve 14. maddelerinin ihlâl edildiğini iddia etmiştir⁵³⁸.

Pretty Davası'nda en büyük öneme sahip olan husus, özel hayata saygı ile yaşama hakkı arasında bir çatışmanın yaşanmış olmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iddiayı özel hayata saygı çerçevesinde değerlendirmiş, olay bağlamında Birleşik Krallık'ın takdir marjına atıf yaparak söz konusu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığını söyleyemeyeceğini belirtmiştir⁵³⁹. Mahkeme, bu kararında, yaşama hakkı ile diğer haklar arasında doğrudan bir astlık-üstlük ilişkisi kurmamıştır; bununla birlikte böyle bir olayda dahi tercihini bu yönde kullanarak rengini belli etmiştir. Kararın ardından çok hasta olan başvuru, bütün haklarının elinden alındığı hissiyatında olduğunu söylemiş ve karardan iki hafta sonra en çok korktuğu şekilde, solunum yetmezliğinden hayata veda etmiştir. Bu olay, büyük yankı uyandırmıştır⁵⁴⁰. Benzer bir olay, 2011 yılında yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Olayda başvuru, bipolar bozukluktan şikayetçidir ve intihar etmek istemektedir. Ancak elbette bipolar bozukluk olgusu, Pretty Davası'ndaki olgudan farklı olarak psikolojik bir bozukluktur. Bunu belirten Mahkeme, başvuruyu kabul etmemiştir; buna karşılık bir insanın ve onurlu bir ölümü seçebilme hakkını özel hayata saygı hakkı kapsamında görmüştür⁵⁴¹.

Temel hak ve özgürlükler bir bütündür. Oynadığı normatif role göre başka bir hak, yaşama hakkına dahi üstün gelebilir. Bu noktada şunu belirtmek gerekir: Haklar arasında bir hiyerarşi kurmak isabetsizdir; her hak içerisinde yer aldığı olayda oynadığı normatif rol bağlamında değerlendirilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Pretty Kararı'ndan bu yönde ders çıkardığını, yaşam hakkının karşısında özel hayata saygı hakkını tartışarak ifade etmiştir.

⁵³⁸ **Pretty v. United Kingdom, Application No: 2346/02**, 29.04.2002, § 4-7, 10, NOMER, Mert; “Yaşama Hakkına Saygı Nedeniyle Ölümü İstemek: Pretty – Birleşik Krallığa Karşı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 113, 2014, s. 44.

⁵³⁹ **Pretty v. United Kingdom, Application No: 2346/02**, 29.04.2002, § 37, NOMER, (2014), s. 48.

⁵⁴⁰ <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1394038/Diane-Pretty-dies-in-the-way-she-always-feared.html>, Erişim Tarihi: 27.03.2016.

⁵⁴¹ **Haas v. Switzerland, Application No: 31322/07**, 20.01.2011, § 51, 56.

II. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ÖZNESİNİN BELİRLENMESİNDE GENİŞLETİCİ YORUM

Temel hak ve özgürlükler yorumu ile ilk belirlenecek husus, hangi haklara kimin sahip olduğudur. Bu iki sorundan hangi haklar sorusu, temel hakların içerik ve kapsamında somutlaşır. Kimin haklara sahip olduğu sorusu ise temel hak ve özgürlüklerin öznesine ilişkindir. Bu kısımda belirtilen soruların cevapları karşılaştırmalı bir perspektiften Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında aranacaktır.

Temel hak ve özgürlüklerin öznesi haklara kimin sahip olduğu ile ilgilidir. Maddi hukukta ise hak sahibi olmak “*hak ehliyeti*” kavramıyla açıklanır. Hak ehliyeti, hakka sahip olma yeterliliğidir. Maddi hukuka mündemiç bu kavram usul hukukunda dönüşüme uğrar ve “*taraf ehliyeti*” adını alır. Yani hak ehliyetine sahip olan kişiler, bu haklarını yargı mercileri önünde arama hakkına da doğal olarak sahiptir. Bireysel başvuru hakkının öznesine ilişkin yapılan çalışmalarda haklı olarak hukuktaki ehliyet kavramının bireysel başvuruyla birlikte anayasa hukukuna teşmil edildiği belirlenmiştir⁵⁴².

1982 Anayasası’nın 148/3 ve 6216 Sayılı Kanun’un 45/1. maddelerinde kimlerin bireysel başvuru yapmaya ehil oldukları belirlenmiştir. Buna göre “*Herkes... Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*” Yani bireysel başvurunun öznesi herkeştir. Ancak bu durum herkesin tüm temel hak ve özgürlüklerin öznesi olduğunu göstermez. Bu sebeple “herkes” ibaresinin iki açıdan yorumlanarak somutlaştırılması gerekir. Birincisi, herkes, her temel hakka sahip olmayabilir. Örneğin Anayasa’nın “Siyasi Hak ve Ödevler” kısmında düzenlenen seçme, seçilme ve siyasette bulunma hakkının öznesinin yabancı ülke vatandaşları olması doğaldır ki mümkün değildir. İkincisi, “herkes” ibaresinden anlaşılması gerekendir. Herkes ibaresi her kişi anlamına gelir. Bu durumda hukuken kişilik tanınan herkes bu hakların öznesi olabilir. Yani gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de hak öznesi olması mümkündür. Ancak tüzel kişilerin hak özneliği de Anayasa Mahkemesi kararlarında aydınlanan yorumsal bir meseledir.

Son olarak kişilerin temel haklarının ihlal edildiğini iddia edebilmesi için bunların kişisel, güncel ve doğrudan bir haklarının ihlal edilmiş olması lazımdır. Buna

⁵⁴² Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİRİN, (2013), s. 146-150.

mağdurluk statüsü adı verilir⁵⁴³. “*Mağdur*” kavramının yorumu ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Alman Anayasa Mahkemesi’nden başlayarak temel hak ve özgürlükler yorumunun en önemli veçhelerinden birini oluşturur. Bunların incelenmesi gerekir.

A. Gerçek ve Tüzel Kişilerin Hak Özneliğinin Yorumlanması

Temel hakların sahibi kimdir sorusu, temel hak yargılaması esnasında ilgili kişinin hakkının kapsamı nedir veya bu hakka ne ölçüde müdahale vardır sorularından önce gelir. Bu sebeple mahkemelerin karşısına çıkan en önemli sorunlardan biri temel hak ve özgürlüklerin öznesinin belirlenmesidir⁵⁴⁴. Bunlar gerçek ve tüzel kişilerdir. Burada bunların karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda nasıl yorumlandığı önem arz etmektedir.

1. Gerçek Kişiler

Gerçek kişi kavramının tanımına bakıldığında bu ibarenin sınırlarını belirlemenin kolay olmadığı görülür. Gerçek kişi, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlayıp ölümü ile sona eren süreçte, bireyler için kullanılan bir terim olarak tanımlanmıştır. Yani gerçek kişiden kasıt, insandır⁵⁴⁵. Temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında insan kavramının özellikle iki konu açısından önem arz ettiğini söylemek gerekir. Bunlar cenin⁵⁴⁶ ve ölmüş insanların hak özneliğidir⁵⁴⁷.

Batı hukuk sistemlerinde ceninin hak özneliği yoğunlukla tartışılmaktadır⁵⁴⁸. Ancak Türk hukuk doktrininde konunun bu kadar ateşli bir biçimde tartışılmadığı

⁵⁴³ ÇINAR, İbrahim; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü”, **Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, (ed. Musa SAĞLAM), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013, s. 198.

⁵⁴⁴ DOUGLAS, (2012), s. 52.

⁵⁴⁵ HAMDEMİR, (2015), s. 222.

⁵⁴⁶ Genel kabul gören tanımlara göre, 1. ve 8. haftalar arasında anne karnındaki canlıya embriyo, 8. haftadan sonra ise cenin (fetüs) adı verilmektedir. Burada anne karnındaki canlıyı ifade etmek üzere embriyo, fetüs ve cenin sözcükleri aynı anlamda kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. ÇOBAN, Funda; “Bir İnsan Hakkı Olarak Güvenli Kürtaja Erişim”, **Artvin Çoruh Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 2, 2015, s. 82.

⁵⁴⁷ Bu yönde bir yaklaşım Douglas tarafından da ortaya konmuş, fakat Douglas cenin ve ölmüş insanların yanı sıra, mahkumların ve primatların da hak özneliğinin gündemde olduğunu belirtmiştir. DOUGLAS, (2012), s. 53, bu hususlar da İngiliz yargısal sisteminde önem arzetmekle birlikte, evrensel önemi haiz olan konuların cenin ve ölü insanlar olduklarında şüphe yoktur.

⁵⁴⁸ Konunun Alman doktrininde yoğunlukla tartışıldığı yönünde bkz. GÖZTEPE, (2017), s. 136, ünlü hukukçu Finnis, kürtajın ister liberal ister liberal olmayan her toplumda bir suç oluşturup

görülür. Türkiye’de bu konularda çıkarılan kanunların dahi sessiz sedasız yürürlüğe girdiği belirtilmiştir⁵⁴⁹. Bunun sebebi nedir? Acaba Türk hukuk doktrini bu konuda geri mi kalmıştır? Bu sorunun cevabını vermek için öncelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Batı ülkelerinde ulusal mahkemelerin yorumunu incelemek gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarına bakıldığında, Mahkeme’nin ceninin hukuki statüsü hakkında net bir belirleme yapmamak için büyük çaba gösterdiği görülür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen Vo v. Fransa Davası’nda başvuru kürtaj işlemine tabi tutulan mağdurdur. Çünkü hekim, 5 aylık hamile olan hastasını, başka bir hastasıyla karıştırarak spiral çıkarma işlemi gerçekleştirmeye çalışırken ceninin düşmesine sebep olmuştur. Başvuru, hekimin ayrı bir suç olan çocuk düşürme suçundan değil, fakat insan öldürme suçundan yargılanmasını istemiş, ancak hekim hakkında yalnız çocuk düşürme suçundan dava açılmıştır. Bunun üzerine başvuru, Fransız Ceza Hukuku mevzuatındaki düzenlemenin, Sözleşme’nin 2. maddesinde yer alan yaşam hakkını ihlal ettiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmuştur. Mahkeme, kararında öncelikle ceninin yaşam hakkının hukuki, tıbbi, felsefi ve dini boyutlarıyla oldukça tartışmalı olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple de Mahkeme’nin görüşüne göre bu konuda ortak bir Avrupa standardı oluşturulmasını söylemek mümkün değildir; yani konu Sözleşme’ye taraf ülkelerin takdir marjındaki bir meseledir. Buna karşın *“ceninin kişi haline gelme potansiyeli ve kapasitesi, onu ...yaşam hakkına sahip bir kişi saymaksızın insanlık onuru adına korumayı gerektirir”*⁵⁵⁰. Nihayet Mahkeme, bu davada yaşam hakkının da ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Alman Anayasa Mahkemesi’nin biri 1975, diğeri 1993’te verdiği iki norm denetimi kararı, ceninin hak özneliği konusunun yorumlanması açısından önemlidir. Alman Mahkemesi’nin ilk kararı, kürtaj işlemi gebeliğin ilk 12 haftasında annenin iradesine bırakan, ilk 22 haftada ise annenin sağlığının tehlikede olması veya doğacak çocuğun özürlü olma ihtimalinin yüksek olması koşuluna bağlayan kanunun iptali istemine ilişkindir. Alman Anayasa Mahkemesi, Almanya Anayasası’nın yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinde yer alan “Herkes” teriminin cenini kapsadığını açık bir

oluşturmayacağını tartışıldığını belirtmektedir. FINNIS, John; “Public Reason, Abortion and Cloning”, *Valparaiso University Law Review*, Cilt: 32, 1998, s. 361.

⁵⁴⁹ Bu yönde bkz. ŞİRİN, (2013), s. 155.

⁵⁵⁰ **Vo v. France, Application No: 53924/00**, 08.07.2004, § 84, italik kısım, T. Şirin’in çevirisinden alıntıdır.

biçimde belirterek kanun hükmünü iptal etmiştir⁵⁵¹. 1993 yılında ise Anayasa Mahkemesi, bu sefer gebeliğin ilk 12 haftasında bir hekime danışmak suretiyle yapılacak rahim tahliyesi işlemini düzenleyen kanun maddesini yine Anayasa'ya aykırı bulmuş, bunu yaparken tekrar ceninin yaşama hakkına vurgu yapmıştır⁵⁵². Yani Almanya'da kadının, hekim onayı olmadan kendi iradesiyle kürtaj olması mümkün değildir.

İngiltere'de, tıpkı Türkiye'de olduğu gibi gebeliği ilk 10 haftada annenin iradesiyle sonlandırmak mümkündür. Ancak bu yalnızca İngiltere ve Galler'de böyledir. Konu hakkında Birleşik Krallık'ta farklı düzenlemeler mevcuttur. Örneğin Kuzey İrlanda'da kürtaj mümkün değildir. Bu sebeple Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi konu hakkında sessiz kalmış⁵⁵³, ancak Yüksek Mahkeme'den önceki son temyiz mercii ve yetkisi coğrafi olarak sınırlı olan İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi, konu hakkında bir içtihat belirlemiştir. Mahkeme, 2017 yılında verdiği kararda, 24 haftalık ölü bebeğin, ölüm olayının üzerinden 6 gün geçtikten sonra hastaneye getirilmesinin ardından adli kolluğun yapacağı incelemenin hukuki niteliğini araştırmıştır. İngiliz mevzuatına göre adli kolluk, coğrafi yetki ve sorumluluk alanı içinde şüpheli bir biçimde “ölmüş kişi (*deceased person*)” tespit ettiği takdirde bu ölümü araştırmak amacıyla soruşturma başlatma yükümlülüğü altındadır. Ancak bebeğin sağ doğduğuna yönelik herhangi bir emare yoktur. Bu durumda belirtilen olayda adli kolluk, bu bebeği ölmüş kişi sayarak soruşturma başlatacak mıdır? Mahkeme, bu davada ceninin “ölmüş kişi” sayılamayacağını, çünkü ceninin bir “kişi” olmadığını belirtmiştir⁵⁵⁴. Bunun ardından da bebeğin sağ veya ölü doğup doğmadığı tespit edilemediği için adli kolluğun soruşturma başlatmasının isabetli olduğuna karar vermiştir.

Batıda ceninin hukuki statüsünün bu kadar çok tartışılması, konunun, Batı merkezli ahlak felsefesinin kadim fay hatlarından biri olan kürtaj ile alakalıdır. Batı ülkelerinin mahkemeleri için durum oldukça naziktir. Cenin, insan sayıldığı takdirde,

⁵⁵¹ ŞİRİN, (2013), s. 159-160, KOMMERS, (1989), s. 350.

⁵⁵² KANADOĞLU, (2000), s. 75.

⁵⁵³ Kuzey İrlanda'da kürtaj imkanı olmaması sebebiyle kürtaj olmak isteyen kadınlar, bunun için İngiltere'ye seyahat etmektedir. Nihayet hamile kalan 15 yaşındaki bir küçüğün ailesi, bu durumun insan onuruna aykırı olduğu yönünde dava açmış ve konu Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'ne taşınmıştır. Kasım 2016'da duruşması yapılan davada Yüksek Mahkeme hüküm verme işlemini ertelemiştir. Bu dava için bkz. **R (on the application of A) (A Child) (by her litigation Friend B) (Appellant) v Secretary of State for Health (Respondent)**, <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0220.html>.

⁵⁵⁴ **R. (on the application of T) v HM Senior Coroner for West Yorkshire** [2017] EWCA Civ 318 (CA (Civ Div)), § 38.

yaşam hakkına sahip olacaktır. Böyle bir durumda annenin yaşam, sağlık ve hatta özel hayat hakkı ile ceninin yaşam hakkı çatışan haklar haline gelebilecektir. Kürtaj işlemi de bu durumda ceninin yaşam hakkına meşru bir müdahale demektir. Halbuki Batı mahkemelerinde pek çok hakim, yaşam hakkını Hristiyan teolojisinden mülhem yaşamın kutsallığı (*sanctity of life*) mitiyle temellendirmektedir⁵⁵⁵. Ceninin yaşam hakkına müdahale meşru kabul edildiği takdirde bu argümanda bir gedik açılır ve açılan bu gedikten ötenazi yanlıları da geçer. Bu durumun Batı toplumlarındaki muhafazakar kitlelerde büyük hoşnutsuzluğa yol açması kaçınılmazdır. Yani yapılacak her yorum, son derece kamusallaşmış olan siyasal bir konuda mahkemelerin girmek istemedikleri bir alana müdahil olmaları ile sonuçlanacaktır. Bu sebeple sorun, yalnızca özgül bir hukuk tekniği sorunu değil, Batı ülkelerinin siyasa tercihinine ilişkin de bir sorundur⁵⁵⁶. Bu sebeple de Batı mahkemeleri konuya açık bir yorum getirmekten kaçınırlar.

Şimdi “Türkiye’de durum nedir?” sorusuna dönülebilir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir: S. Dönmezer’e göre, Batıda yıllarca tartışılıp çeşitli kesimlerin şiddetli muhalefetleri veya tasvipleriyle karşılaşan, iktidarlara ve siyasi seçimlere tesir eden kürtaj konusu, Türkiye’de, 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Kanunu’nun 1983 yılında yürürlüğe girmesi ile sükunetle düzenlenmiştir. Bu kanunun 5. maddesi gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından istek üzerine rahmin tahliye edileceğini düzenlemektedir⁵⁵⁷. Dönmezer ayrıca şunu ifade etmektedir: Kanunun sessizce kabul edilmesi, askeri yönetim döneminde kabul edilmesinin yanında Türk halkının gerçekleri görme ve kabul etme hususundaki salim tutumundan kaynaklanmaktadır⁵⁵⁸. İşin doğrusu, Batıda bu kadar can yakan bir konunun Türkiye’de sükunetle düzenlenmesi, Türkiye’deki ideolojik bölünmelerin kürtaj üzerinden tartışılmamasıyla alakalıdır.

⁵⁵⁵ Bu yönde bkz. HEYWOOD, Rob; MULLOCK, Alexandra; The Value of Life in English Law: Revered but not Sacred”, **Legal Studies**, Cilt: 36, Sayı: 4, 2016, s. 660 ayrıca Alman Anayasa Mahkemesi’nin yaşamdan ödün verilemeyeceği yönündeki görüşü hakkında bkz. KANADOĞLU, (2000), s. 75.

⁵⁵⁶ Bu yönde bkz. DÖNMEZ, Burcu; “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve İHM’in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşam Hakkının Sınırlandırılması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007, s. 100.

⁵⁵⁷ CAN, Sibel; “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/1, s. 83.

⁵⁵⁸ DÖNMEZER, Sulhi; “Çocuk Düşürtme Suçunun Dünü ve Bugünü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt. 50, Sayı.1-4, 1984, s. 3.

Bireysel başvuru konusuna eğilen yazarlar, Türk Anayasa Mahkemesi'nin de ceninin hukuki statüsü sorunuyla karşılaşacağını haklı olarak belirtmişlerdir⁵⁵⁹; öyle de olmuştur. Anayasa Mahkemesi, *Zeki Kartal Başvurusu*'nda konuya ilişkin kısmi bir yorum yapmıştır. Başvuru, Devlet Hastanesi'nde gerçekleştirilen doğum neticesinde anne karnındaki çocuğun ölü olarak doğurtulması sebebiyle hekimin sorumluluğuna ilişkindir. Bu başvuruda Anayasa Mahkemesi, öncelikle olayı yaşam hakkı kapsamında etkili bir soruşturma yürütülmediği iddiası olarak inceleyeceğini belirtmiştir⁵⁶⁰. Mahkeme, böylece önündeki sorunu görmezden gelmemiş, sorunun, ceninin yaşam hakkı olup olmadığı kapsamında değerlendirilmesini kabul etmiştir. Bunun ardından da Mahkeme doğmamış çocuğun hukuki statüsünün ne denli tartışmalı olduğunu şu şekilde ifade etmiştir: *Doğmamış bir çocuğun Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında kabul edilmesi çocuğun, annenin ve babanın hakları ile yakından ilgilidir. Bu haklar bazı durumlarda birbirleri ile örtüşmesine rağmen bazı durumlarda birbirleri ile çatışabilmektedir*⁵⁶¹.

Anayasa Mahkemesi, kararında ceninin yaşam hakkına ilişkin görüşleri özetledikten sonra Türk hukukunun yaklaşımına geçmiştir. Mahkeme'ye göre “doğmamış bir çocuğun ceza hukuku bağlamında açıkça insan olarak kabul edilmediği görülmektedir. Ancak ceninin ceza hukuku kapsamında açıkça insan olarak kabul edilmemiş olması, onun Türk Hukuk Sisteminde hiçbir şekilde korunmadığı anlamına gelmemektedir. ... annenin yaşam hakkının korunmasını düzenleyen hükümler dolaylı olarak ceninin yaşam hakkını da korumaktadır⁵⁶².”

Anayasa Mahkemesi'nin Batıdaki tartışmaları göz önüne alarak karar verdiği görülmektedir. Bu sebeple Mahkeme'nin yaklaşımı, Batı mahkemelerinin yaklaşımı ile

⁵⁵⁹ Bu yönde örnek için bkz. ŞİRİN, (2013), s. 155-156.

⁵⁶⁰ **Zeki Kartal Başvurusu, Başvuru No: 2013/2803**, Karar Tarihi: 21.01.2016, § 57.

⁵⁶¹ Anayasa Mahkemesi, bu paragrafta ayrıca ceninin hak özneliği konusu hakkındaki tartışmaları da şu şekilde özetlemiştir: “Bunlar yanında tıbbi, hukuki, dinî, etik ve kültürel birçok yönü bulunan ve bunların tamamından etkilenen insan yaşamının ne zaman başlamış sayılacağı hususu ile ilgili olarak döllemeden doğum anına kadar geçen süreç dikkate alınarak çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, insan yaşamının başlangıcı olarak döllelmeyi kabul etmiş ve bu andan itibaren ceninin yaşam hakkına sahip olduğunu ve korunması gerektiğini benimsemiştir. Bu görüşün karşısında yer alan görüş ise ceninin ancak canlı bir şekilde doğmasıyla birlikte birey kabul edilerek yaşam hakkının öznesi olabileceğini savunmuştur. Dölleme ile doğum kriteri haricinde gebeliğin evrelerine göre insan yaşamının başlangıcına ilişkin çeşitli görüşler de ileri sürülmüştür. Bunlardan bazıları, zigotun rahim duvarına yerleşmesini insan yaşamının başlangıcı olarak görmüş, bazıları ise insan yaşamının başlangıcında korteksin oluşumunu temel almış ve beynin elektriksel faaliyetlerinin başladığı gebeliğin sekizinci haftasını insan yaşamının başlangıcı olarak görmüştür. Kimileri ise ceninin anne rahmi dışında bağımsız olarak yaşayabilir hâle gelmesiyle insan yaşamının başlayacağını savunmuştur.” **Zeki Kartal**, § 65.

⁵⁶² **Zeki Kartal**, § 77.

paraleldir. Buna karşın Türk Anayasa Mahkemesi'nin konuyu ele alışında rahat ve özgürlükçü bir tavır dikkat çekmektedir. Mahkeme, ceninin hak özneliğine ilişkin bir tartışmadan kaçmamakta⁵⁶³, onun üstüne gitmekte ve ceninin bir yaşam hakkı olduğunu ima etmektedir. Mahkeme, bu hakkın annenin haklarıyla çatışma içerisinde olabileceğini de kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin ilerde bu konuda çok net bir yaklaşım ortaya koyacağı şüphelidir. Ancak Türkiye'de, Batının aksine kürtajın kürtajdan daha fazlası olmaması, Mahkeme'nin yaklaşımına yansımıştır. Bu husus, aynı zamanda bir hukuk sisteminde yorum ilkelerinin kullanımının o sistemin gerekleri ve öncelikleri doğrultusunda şekilleneceğinin de önemli bir kanıtıdır.

Gerçek kişilerin hak özneliği konusundaki bir diğer önemli husus, ölmüş kişilerin hak özneliğidir. Bu konu, özellikle iki yönüyle tartışılmalıdır. Birincisi, kişinin ne zaman ölmüş sayılacağı, ikincisi ise ölmüş kişinin hak öznesi olup olamayacağıdır.

Bir kişinin ne zaman ölmüş sayılacağı konusu, tıbbi gelişmelerle yakından alakalıdır. 20. Yüzyıl'a dek bir insanın ölümü solunumunun durması koşuluna bağlı olmuştur. Ancak 20. Yüzyıl'da beyin ölümünün gerçekleşmesiyle insanın ölmüş kişi sayılacağı kabulüne varılmıştır⁵⁶⁴. Bu konuda Birleşik Krallık'taki 1993 tarihli *Bland Davası* büyük önem taşır. Davaya konu olan olay 1989 yılında bir futbol karşılaşması esnasında gerçekleşen izdihamda (Hillsborough Faciası) solunumu ve kalbi duran Anthony Bland'ın, yaşam desteği ünitesine bağlı olarak 4 yıl boyunca hayatta tutulduktan sonra ailesinin isteğiyle tedavisinin durdurulmasına ilişkindir. Hakimler, kararın gerekçesinde beyin sapı faaliyetleri devam ettiği müddetçe kişinin canlı olduğuna hükmetmişlerdir⁵⁶⁵. Böylece kişinin ölümü, hukuki olarak mutlak surette beyin sapı faaliyetlerinin de durarak beyin ölümünün tam anlamıyla gerçekleşmesi şeklinde yorumlanmıştır. Bu davada muhafazakar İngiliz hakimler de Anthony Bland'ın halihazırda yaşadığı yorumunu yapmasına rağmen ailesi tarafından talep edilen yaşam desteği ünitesinin çekilmesi yönünde karar vermekte hiç de zorlanmamışlardır. Çünkü

⁵⁶³ Buna karşın hamilelik döneminde çocuğun özürü olarak doğacağı tespit edilebilecek olmasına rağmen hekim kusuru nedeniyle bu tespitin yapılamaması nedeniyle yapılan bir başvuruda, Anayasa Mahkemesi'nin ceninin haklarından hiç bahsetmediği, çocuğun tam ve sağ doğmuş olmasından ötürü hak öznesi olarak kabul edildiği görülmektedir. **İlker Başer ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/1943, Karar Tarihi: 09.09.2015.**

⁵⁶⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Çağlar; "Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Düşünceler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 51, Sayı: 1, 2002, s. 49-50.

⁵⁶⁵ **Airedale NHS Trust v Bland** [1993] AC 789.

yaşam desteği ünitesinin çekilmesi, icrai bir hareket (*act*) değil olsa olsa bir ihmali bir harekettir(*omission*)⁵⁶⁶. Böylece Bland'ın yaşamının kutsallığı çiğnenmemiştir. Hakimlerin bu karardaki ahlaki gerekçelerinin Bland'ı Tanrının ellerine bırakmak kadar ileri gittiği görülmektedir. Hakimlerden Stephen Brown P, Bland için “*Ruhu bedenini terketti; artık geriye kalan yalnızca bir kabuk*⁵⁶⁷.” demiş, Lord Goff, Bland'ı “*yaşayan ölü*⁵⁶⁸” olarak tanımlamıştır⁵⁶⁹.

Türkiye’de ölümün hangi metoda göre tespit edileceği 1.06.2000 tarih ve 24066 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği Ek 1’de düzenlenerek mevzuatta beyin ölümü yöntemi kabul edilmiştir⁵⁷⁰. Yargı kararlarında da bitkisel hayat ile beyin ölümü arasında bir ayrım yapıldığı sonucu çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin önüne doğrudan ölüm anının tespitine ilişkin bir olay gelmemiştir. Buna karşılık Mahkeme, 2016’da karar verdiği *Didem Aksoy Kaküllü ve Diğerleri Başvurusu*’nda bu konuda bir değerlendirme yapmıştır. Yaptığı bu değerlendirmede Mahkeme, eşinin 2005 yılında tedavi gördüğü hastanede bitkisel hayata girmesi üzerine, kendisi adına asaleten, eşi adına vekaleten ve çocuğu adına vesayeten dava açan Didem Aksoy Kaküllü’nün başvurusunu kabul edilebilir bulmuştur. Mahkeme, kararında başvuruçuların makul sürede yargılanma haklarının ihlal edilip edilmediğini değerlendirmiştir. Bunu yaparken de bitkisel hayattaki başvuruçunun 21.07.2015 tarihinde öldüğünü, ancak diğer başvuruçuların ilk derece mahkemesi önündeki davada taraf sıfatının devam ettiğini ifade etmiştir⁵⁷¹. Böylece Mahkeme, bitkisel hayattaki insanların taraf ehliyetini, dolayısıyla hak ehliyetini de kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi, *Uğur Sağlamtaş v Diğerleri Başvurusu*’nda da bitkisel hayattaki başvuruçunun yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vererek ona manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir⁵⁷². Böylece Mahkeme, ölümün bitkisel hayata girmekle gerçekleşmeyeceğini açıkça kabul ederek beyin ölümü yöntemini benimsediğini de ortaya koymuş olmaktadır.

⁵⁶⁶ Airedale NHS Trust v Bland, s. 840, 853, 866, 881.

⁵⁶⁷ “*His spirit has left him and all that remains is the shell of his body.*” Airedale NHS Trust v Bland, s. 804 (Stephen Brown P).

⁵⁶⁸ Airedale NHS Trust v Bland, s. 850 (Lord Goff).

⁵⁶⁹ SMITH, Stephen; “How We Value Life: George Bailey and the Life Not Worthy of Being Lived”, *The Right to Life and The Value of Life*, (ed. Jon YORKE), Routledge, 2016, s. 114.

⁵⁷⁰ PARLAK, Şafak; “Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 83, 2009, s. 210.

⁵⁷¹ *Didem Aksoy Kaküllü ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No: 2014/16476, Karar Tarihi: 22.12.2016, § 7.

⁵⁷² *Uğur Sağlamtaş ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No: 2013/2960, Karar Tarihi: 23.03.2016, § 107.

Ölüm anının belirlenmesi, kişiliğin sona ermesi açısından önemlidir. Ancak ölü kişilerin hak özneliği temel hak ve özgürlükler açısından bir başka önemli sorundur. Bu sorun, esasında özel hukukta kişilik haklarının ölüm sonrası korunması ile yakından ilgilidir. Ancak bu sorunun anayasa hukuku boyutu, ölmüş kişilerin hangi koşullar altında ve hangi haklara sahip olduğuyla ilgilidir.

İsviçre Hukukunda ölümün hak ehliyetini sona erdirmesi sebebiyle ölenin artık kendi haklarına veya yükümlülüklerine sahip olamayacağı kabul edilmektedir. Fakat bu durum, ölen kişinin korumasız olduğu anlamına gelmez. Bu koruma, ölen kişinin yakınlarının ölene karşı güçlü duygularla şekillenen hatıralarının korunması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır; buna “*hatırayı koruma doktrini*” (*Andenkensschutztheorie*) denmektedir⁵⁷³.

Alman Hukukunda baskın olan ve “*ölüm sonrası kişilik hakları doktrini*” (*Theorie von postmortalen Rechten*) olarak adlandırılan bir görüş, hak öznesi olarak ölenin kendisini görmekte, fakat ölenin haklarına yönelik bu ihlâlden kaynaklanan taleplerin yaşayan kişiler (yakınları) tarafından ileri sürüleceğini belirtmektedir⁵⁷⁴. Bu görüşün çıkış noktası Alman Anayasa Mahkemesi’nin ünlü Mephisto Kararı’dır. Karara konu olan olayda Mephisto isimli romanı yazan Klaus Mann, 1933 yılında Nazi rejiminden Amsterdam’a kaçmış ve 3 yıl sonra bu romanı yayımlamıştır. Roman, dönemin Nazi rejimine bir tepki niteliğindedir. Yazar romandaki şahısların birer hayal ürünü olduğunu belirtmiştir. Buna karşın roman kahramanlarının gerçek kişilerle benzerliğinin inkar edilemeyecek düzeyde olduğu belirtilmektedir. Akabinde müteveffa G. Gründgens’in evlatlık oğlu, 1963 yılında bu romanda babasından bahsedildiği gerekçesiyle yerel mahkemeden kitabın yayınına durdurma kararı almıştır⁵⁷⁵. Yayıncının başvurusu üzerine Alman Anayasa Mahkemesi, bu olayda insanın ölümünden sonra da kişiliğinden gelen insan onurunun korunması gerektiğini belirtmiştir. Böylece

⁵⁷³ PETEK, Hasan; **Kişilik Değerlerinin Ölümden Sonra Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015. s. 2-5.

⁵⁷⁴ PETEK, (2015), s. 3.

⁵⁷⁵ DOĞAN, Emsalgül; “Bir Karşılaştırma: Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 25.5.2009 tarihli E:2009/10444, K.2009/10167 Sayılı Kararı ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin Mephisto Kararı”, Anadolu Üniversitesi **Edebiyat ve Sanat’a Sansürde Yargı Kararları Sempozyumu’nda Sunulan Bildiri**, http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_bdfff7634c254331921d8193b8394f26.pdf, s. 5.

Mahkeme, ölüm sonrası da insanın bir hak öznesi olduğu düşüncesini benimsemiş görünmektedir⁵⁷⁶.

Ölü kişilerin temel haklarının korunmasında İsviçre hukukundaki hatırayı koruma doktrininin daha baskın olduğunu görmek mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 2015 yılındaki *Elberte v. Letonya Davası*’nda bu yönde yorum yapmıştır. Olayda, bir kişinin ölümünün ardından bilimsel amaçlarla ne kendisinin ne de eşinin rızası olmadan dokularının alınması söz konusu olmuştur. Mahkeme, eşin yaptığı başvuru üzerine bu durumun ölünün değil, fakat eşinin kişilik haklarını etkilediği şeklinde değerlendirme yapmıştır⁵⁷⁷.

Anayasa Mahkemesi, ölü kişilerin hak özneliğine yaklaşımı konusunda şu ana kadar çok net bir içtihat ortaya koymamıştır. Ancak Mahkeme’nin bazı kararlardaki yaklaşımının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yaklaşımına paralel olduğunu görmek mümkündür. Bu konuda önüne gelen bir olayda Anayasa Mahkemesi, Türk Silahlı Kuvvetleri’nden ilişkisi kesilenlerin bazı haklarının iadesine ilişkin 926 Sayılı Kanun’da yer alan başvurunun reddedilmesi üzerine mahrum kalınan hakların ilgilinin mirasçıları tarafından da aranabileceğine karar vermiştir. Mahkeme, gerekçesinde bunu şöyle açıklamıştır: “926 sayılı Kanun’un geçici 32. maddesi kapsamında başvuruları kabul edilen kişilere dul ve yetim aylığı bağlanması, emekli ikramiyesi ödenmesi, emekli ailesi kimlik kartı verilmesi, bu kişilerin sosyal tesislerden faydalanması gibi ekonomik ve sosyal olarak hak talep edebilme fırsatı karşısında adil yargılanma hakkı kapsamında ihtilaf konusu olan husustan dolayı güncel ve kişisel olarak doğrudan etkilendiği söylenebilir⁵⁷⁸.”

Ölü kişilerin insan onurundan kaynaklanan kişilik değerleri, bu kişilerin yaşayanlar arasındaki hatırasından kaynaklı olarak korunmaktadır. Böylece Mahkemeler ölü kişilerin değil, geride kalanların haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle harekete geçmektedirler. Bunun tek ve doğal istisnası yaşam hakkıdır. Ancak hemen belirtmek gerekir. Burada Anayasa Mahkemesi, ölen kişinin yaşam hakkının ihlal edilmesinden dolayı mağdur olan yakınlarına bu hakkı vererek hak öznesi ile mağdur arasında bir

⁵⁷⁶ BİNGÖL, Bilge; “Sanat Özgürlüğü”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2011, s. 131-132.

⁵⁷⁷ **Elberte v. Latvia**, Application No: 61243/08, 13.01.2015, § 98.

⁵⁷⁸ **Ayşedudu Özkan ve Diğerleri Başvurusu**, Başvuru No: 2013/2008, Karar Tarihi: 05.11.2015, § 33.

ayırım yapmaktadır. Mahkeme'ye göre, “Yaşam hakkının doğal niteliği gereği, yaşamını kaybeden kişi açısından bu hakka yönelik bir başvuru ancak yaşanan ölüm olayı nedeniyle mağdur olan ölen kişinin yakınları tarafından yapılabilecektir⁵⁷⁹.” Bu durumda şimdiye kadar yaşam hakkı ihlal edilen ve bu sebeple hayatını kaybeden kişinin annesi ve babası⁵⁸⁰, eşi⁵⁸¹ ve kardeşlerinin⁵⁸² başvuruda bulunması mümkün olmuştur. Fakat Anayasa Mahkemesi kararlarında ölenlerin yakınları bu kadarla sınırlı değildir. Mahkeme, önüne gelen olaylarda yakınları ölen kişilerin mağduriyet durumunu olayın özelliklerine göre değerlendirmektedir. Bu husus, kararlarda şu şekilde ifade bulunmaktadır: “...her olayda, ölen kişinin yakınlarının meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılmaları sağlanmalıdır⁵⁸³.”

2. Tüzel Kişiler

Tüzel kişiler, insana has özellikler taşımamakla birlikte hukuken kişi olarak kabul edilen belli bir amaç için örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca yönelmiş mal topluluklarıdır. Yani bunlar hukuken hak sahibi olmaya ve borç altına girmeye ehil kabul edilen hukuki kişilerdir⁵⁸⁴. Türk Anayasa Mahkemesi, 1989 tarihli bir kararında “‘Devlet, İl, Belediye, Dernek, Şirket, Vakıf’ gibi sözcükler, bireylerden farklı kimi örgütlerin varlığını duyurmaktadır⁵⁸⁵.” ifadeleriyle bunları örneklemiştir. Tüzel kişiler, özel hukuk ve kamu tüzel kişileri olmak üzere ikiye ayrılır. Türk hukukunda özel hukuk tüzel kişileri, özel hukuk hükümlerine göre faaliyetlerini yürütür. Kamu tüzel kişileri ise gerçek kişilerin serbest iradesiyle değil fakat kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur⁵⁸⁶. Böylece kamu tüzel kişileri, kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılmış olmaktadır⁵⁸⁷.

⁵⁷⁹ Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri, § 41, Ali Mükerrerem Furtun Başvurusu, Başvuru No: 2013/9020, Karar Tarihi: 06.10.2015, § 47.

⁵⁸⁰ Makbule Talay Başvurusu, Başvuru No: 2013/8592, Karar Tarihi: 06.01.2016, § 38, Zübeyt Çiftçi Başvurusu, Başvuru No: 2013/7900, Karar Tarihi: 19.11.2015, § 34.

⁵⁸¹ Filiz Aka Başvurusu, Başvuru No: 2013/8365, Karar Tarihi: 10.06.2015.

⁵⁸² Semiha Gür Başvurusu, Başvuru No: 2013/8691, Karar Tarihi: 06.01.2016, § 37.

⁵⁸³ Mehmet Kaya ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/6979, Karar Tarihi: 20.05.2015, § 96, benzer yönde bkz. Hüseyin Çat ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/8475, Karar Tarihi: 21.05.2015.

⁵⁸⁴ HAMDEMİR, (2015), s. 225.

⁵⁸⁵ ŞİRİN, (2013), s. 219, Anayasa Mahkemesi'nin E. 1988/15, K. 1989/9 Sayılı Kararı.

⁵⁸⁶ Bilindiği üzere, 16.04.2017 tarihinde yapılan referandumla kabul edilen anayasa değişikliği yürürlüğe girmeden önce kamu tüzel kişileri kanuna veya kanunun verdiği açık yetkiye dayanarak kurulabilmekteydi. Bu değişikliğin 16/B maddesiyle, 1982 Anayasası'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “ancak

Tüzel kişilerin hak öznesi olabilmesi geçmişten bu yana tartışılan bir husustur. Çünkü insan hakları, insan türüne özgü haklardır. Bu haklar, bireyin özerkliğinin kolektif yapılara karşı korunması işlevine hizmet eder. Halbuki tüzel kişilerin sahip oldukları birtakım hukuki haklar, bireysel özerkliğe değil, bilakis kolektif menfaatlara hizmet etmektedir. Bu menfaatlerin bireyin haklarına üstün gelmesi de kabul edilemez⁵⁸⁸. Örneğin bu sebeple Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, tüzel kişilerin mağdur sıfatı taşıyamayacaklarına karar vermiştir⁵⁸⁹.

Tüzel kişilerin hak özneliğine ilişkin yorum günümüzde değişime uğramıştır. Çünkü tüzel kişilerin gösterdiği kolektif faaliyetin yalnızca bireylerin haklarını sınırlayan değil, zaman zaman onların hakkını gözetten bir nitelikte olduğu anlaşılmıştır⁵⁹⁰. Nihayet gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gerekse de Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında da tüzel kişiler, hak öznesi olarak kabul edilmiştir⁵⁹¹.

Özel hukuk tüzel kişilerinin başvuru yapabilme imkanı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesinde tanınmıştır. Buna göre, “... *mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş (non-governmental organizations) veya kişi grupları (group of individuals) Mahkeme'ye başvurabilir.*” Bu maddeden hareketle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de mağdur sıfatını taşıyan kuruluşların Sözleşme'de yer alan haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme'ye başvurmaları mümkündür. Zaten 1978'deki önemli davalardan biri olan Sunday Times v. Birleşik Krallık Davası'ndan bu yana, Mahkeme, tüzel kişilerin kendi kişiliklerini ilgilendiren haklarını

kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak” ibaresi, “kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle” şeklinde değiştirilmiştir.

⁵⁸⁷ HAMDEMİR, (2015), s. 227.

⁵⁸⁸ Bu yönde bkz. ŞİRİN, (2013), s. 215.

⁵⁸⁹ van KEMPEN, Piet Hein; “Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons: Protection and Liability of Private and Public Juristic Entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR”, **Electronic Journal of Comparative Law**, Cilt: 14, Sayı: 3, <http://www.ejcl.org>, 2010, s. 2-3.

⁵⁹⁰ Tüzel kişilerin, Roma mitolojisindeki iki farklı tarafa bakan iki yüze sahip tanrı Janus gibi iki farklı yüzü olduğu belirtilmektedir. Bunlardan biri kolektif diğeri bireyseldir. Bu sebeple bunların hukuki pozisyonunun da değiştiği belirtilmektedir. Bu yönde bkz. BEULAY, Marjorie; “The Action of Legal Persons in the European System of Human Rights Protection – Collective or Individual Interest?”, **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, Sayı 12, 2013, s. 325.

⁵⁹¹ van KEMPEN, (2010), s. 4-5, Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, uzun süre tüzel kişileri hak öznesi kabul etmemiş, nihayet 2016 yılında yayımladığı bir tavsiye niteliğindeki görüşünde tüzel kişilerin hak özneliğini kabul etmiştir. “The Standing of Legal Entities in the Inter-American Human Rights System, Advisory Opinion OC-22/16, 26 February 2016”, **International Labor Rights Case Law**, Sayı: 3, 2017, s. 29-38.

doğrudan korumaktadır⁵⁹². Bu doğrultuda şimdiye dek tüzel kişilerin adil yargılanma, konut dokunulmazlığı, mülkiyet ve serbest seçim hakkı ile din ve vicdan ve ifade özgürlüğü koruma kapsamında görülmektedir⁵⁹³.

Özel hukuk tüzel kişileri mağdur olduklarını temellendirdikleri takdirde hak özneleri olabilmektedirler; bu işin kolay kısmıdır. İşin zor kısmı, bunların ne zaman mağdur olduğunun tespitidir. Öyle bazı hak ve özgürlükler vardır ki bunlara müdahale edildiği takdirde tüzel kişiyi oluşturan bireylerin mağdur sıfatının yanında tüzel kişinin de mağdur sıfatının kabulü gerekir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Besarabya Metropolitan Kilisesi v. Moldova Davası'nda bu yaklaşımı benimsemiştir. Mahkeme, kararında Kilise'nin, üyelerinin adına din ve vicdan özgürlüğü hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle başvuruda bulunabileceğine karar vermiştir⁵⁹⁴. Keza dernekler de bu kapsamdadır; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2008 yılında verdiği L'erablière A.S.B.L. v. Belçika Kararı'nda bu yaklaşımı açıkça belirtmiştir. Olayda başvuru, Belçika'nın Lüksemburg sınırındaki Marche-Nassogne bölgesinde faaliyet gösteren bir çevreci dernektir. Dernek, bir şirketin başvurusu üzerine değiştirilen imar planına karşı idare mahkemesine dava açmış, fakat dava husumet yokluğundan reddedilmiştir. Bunun üzerine dernek de mahkemeye erişim hakkının kısıtlandığı gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur⁵⁹⁵. Mahkeme, başvuru ileri sürdüğü husumetin, tüzel kişilik olarak sahip olduğu haklarla yeterli bağlantısının bulunduğu hükmetmiş, derneğin mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁹⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kendi bünyesinde çalışan bireylerin haklarını koruyan ticari şirketlerin de hak özneliğini kabul etmiştir. Bernh Larsen Holding ve Diğerleri v. Norveç Davası'nda, Norveç kamu görevlileri, ortak bir internet sunucusu olan üç şirketin hesaplarına girerek vergi kontrolü yapmışlar, ancak bu sunuculara girmeleri sayesinde çalışanların elektronik postalarına da ulaşmışlardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu davada, şirketin kendi hakları ile çalışanlarının haklarını korumak için yaptığı başvuruyu ayrı ayrı değerlendirilmemiştir. Mahkeme, hiç bir gerçek kişinin bu başvurunun tarafı olmamasının, kendisini özel hayatın korunması

⁵⁹² **Sunday Times v. the United Kingdom, Application No: 6538/74**, 26.04.1979, § 42-45.

⁵⁹³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. van KEMPEN, (2010), s. 18-24.

⁵⁹⁴ **Metropolitan Church of Bessarabia And Others v. Moldova, Application No: 45701/99**, 13.12.2001, § 101.

⁵⁹⁵ **L'erablière A.S.B.L. v. Belgium, Application No: 49230/07**, 24.02.2009, § 5-16.

⁵⁹⁶ **L'erablière A.S.B.L. v. Belgium**, § 30.

hakkını değerlendirmekten alıkoyamayacağını belirtmiştir⁵⁹⁷. Nihayet tüzel kişilikle gerçek kişinin hakkı arasında güçlü bir bağın bulunduğu bir diğer durum sendikaların durumudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında sendikalar da doğal olarak üyelerinin haklarını korurken hak öznesi olarak kabul görmektedir⁵⁹⁸.

Tüzel kişilerin hak özneliği, Türk anayasa hukukunda 6216 Sayılı Kanun'un 46/2. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, “*Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.*” Anayasa Mahkemesi'nin de tüzel kişiler konusundaki yaklaşımı yukarıdaki maddenin lafzi yorumuyla uyumludur. Mahkeme'ye göre “...*medeni haklara sahip gerçek ve tüzel kişiler, bireysel başvuru yönünden dava ehliyetine sahiptir*”⁵⁹⁹.

Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen *Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi Başvurusu*'nda, bir siyasi partinin üyesi olan gerçek kişiye partinin il yöneticisi sıfatıyla para cezası kesilmiştir. Anayasa Mahkemesi, gerçek kişiye kesilen para cezası ile siyasi partinin organ ve faaliyetleri arasında sıkı bir bağ bulunduğu gerekçesiyle siyasi partinin de mağdur sıfatıyla başvuru yapabileceğine hükmetmiştir⁶⁰⁰. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşıma istikrar kazandırdığını söylemek mümkün değildir.

Tüzel kişiliğin, üyelerini etkileyecek bir durumda nasıl başvuru yapacakları hususu *Türk Pediatrik Onkoloji Grubu Derneği Başvurusu*'nda tartışılmıştır. Olayda kanunla “*çocuk hematolojisi*” ve “*çocuk onkolojisi*” bilim dalları birleştirilmiştir. Bu dallarda uzmanlık eğitimi tamamlamış veya kanunun yayımı tarihi itibarıyla eğitimleri devam etmekte olan gerçek kişilerin durumları da böylece değişmiştir. Derneğin amacı ise tüzüğünde çocuk onkolojisi konusundaki bilimsel, teknolojik, mesleki ilerlemeleri desteklemek ve ...tıbbın bu dalında hizmet alan toplum bireylerinin çıkarlarını korumak olarak belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, derneğin başvuru yapabilmesi için şu kıstası belirlemiştir: “...*bireysel başvuruda bulunacakların, başvuruya konu ettiği kamu gücü*

⁵⁹⁷ **Bernh Larsen Holding AS and Others v. Norway, Application No: 24117/08**, 14.03.2013, § 90.

⁵⁹⁸ **National Union of Belgian Police v. Belgium, Application No: 4464/70**, 27.10.1975, ayrıca güncel örnekler için bkz. **Sindicatul Pastorul Cel Bun v. Romania, Application No: 2330/09**, 31.01.2012, **Trade Union of the Police in the Slovak Republic and Others v. Slovakia, Application No: 11828/08**, 25.09.2012.

⁵⁹⁹ **Bügdüz Köyü Muhtarlığı Başvurusu, Başvuru No: 2012/22**, Karar tarihi: 25.12.2012, § 24.

⁶⁰⁰ **Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi Başvurusu, Başvuru No: 2014/15220**, Karar Tarihi: 04.06.2015, § 43.

işlemi, eylemi ya da ihmali nedeniyle ya kişisel olarak doğrudan etkilenmiş olması ya da başvuru ile doğrudan mağdur arasında şahsi ve özel bir bağ bulunması gerekir⁶⁰¹.” Anayasa Mahkemesi’nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yorumsal kıstaslarını tekrarladığı görülmektedir. Buna karşın Mahkeme, hemen iki alttaki paragrafta şunu ifade etmiştir: “*söz konusu yasama işleminin başvuru derneğinin tüzel kişiliğine ait haklarına bir müdahale oluşturduğu söylenemez. Amacı çocuk onkolojisi alanında tıbbi kaliteyi artırmak olan ve yalnızca üyelerinin durumlarını etkileyen başvuru konusu yasama işleminin mağduru olmayan derneğin, bu işlem aleyhine bireysel başvuru yapma hakkı bulunmamaktadır⁶⁰².*” Anayasa Mahkemesi’nin bu başvuruda ortaya koyduğu gerekçe, üyelerinin haklarını korumak amacındaki dernekle üyeleri arasındaki bağı kesen bir karar olmuştur. Mahkeme, konu hakkındaki evrimsel yaklaşıma ayak uyduramamıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin tüzel kişilerin hak özneliği konusundaki şekilci yaklaşımı, kamu tüzel kişilerinin başvurularına da yansımıştır. *İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Başvurusu*’nda Anayasa Mahkemesi, kamu tüzel kişilerinin başvuru yapmalarını kabul edilemez bulmuştur. Aslında kamu tüzel kişilerinin hak özneliği tartışmalıdır. Çünkü bunlar, esasında kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılmış kuruluşlardır. Yani bunlar, hak öznesi olmaktan ziyade hakka müdahale eden kamu gücü işlemlerini yaparlar. Halbuki olayda üniversite, kendi mülkiyetinde olan bir taşınmaza kamulaştırmaz el atıldığı gerekçesiyle hukuk mahkemesinde dava açmıştır. Açtığı bu davayı kaybeden üniversite, mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle başvuru yapmıştır. Yani kendisi bir kamu tüzel kişisi olmakla beraber, üniversite, bu olayda fonksiyonel anlamda kamu gücüyle hareket etmemektedir. Bilakis, başvuru muhatap olduğu idari eylem, kendi üzerinde kullanılmış kamu gücünün bir sonucudur. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin tavrı çok nettir: “*6216 sayılı Kanun’un 46. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunamayacakları düzenlenmiş olup, anılan hükümde, başvuruya konu olayın özel hukuk ilişkisinden ya da kamu gücü*

⁶⁰¹ **Türk Pediatrik Onkoloji Grubu Derneği Başvurusu, Başvuru No: 2012/95, Karar Tarihi: 25.12.2012, § 21.**

⁶⁰² **Türk Pediatrik Onkoloji Grubu Derneği, § 23.**

kullanılmasından kaynaklanan bir olay olup olmadığı ayrımı yapılmamıştır. Bu açıdan ilgili idarenin içinde bulunduğu hukuki ilişkinin niteliğinin bir önemi yoktur⁶⁰³. ”

Hemen belirtmek gerekir. Kamu tüzel kişilerinin hak özneliği konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin tavrı da nettir. Mahkeme, Kutsal Manastırlar v. Yunanistan Davası’nda, ülkede faaliyet gösteren ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan manastırların, biçimsel olarak kamu tüzel kişisi olmalarına karşılık geniş anlamda bir kamu tüzel kişisi sayılamayacağına karar vermiştir. Çünkü Mahkeme’ye göre bunlar, gösterdikleri faaliyet bakımından kamu gücü ayrıcalığını kullanmamaktadırlar⁶⁰⁴.

Alman Anayasa Mahkemesi’nin kamu tüzel kişilerinin durumuna ilişkin yaklaşımı, en çok bilinen ve örnek gösterilen yaklaşımdır. Alman hukukunda, kural olarak kamu tüzel kişileri anayasa şikayetinde bulunamaz. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi, içtihatlarıyla bu kuralın kategorik ve şekilci bir biçimde yorumlanmasının önüne geçmiştir. Alman Mahkemesi’nin içtihadına göre iki istisna vardır: Birincisi, kamu tüzel kişilerinin adil yargılanma hakkıdır. Hukuk devletinin gereği olan bu hakkın ihlal edildiği gerekçesiyle kamu tüzel kişileri şikayette bulunabilir. İkinci istisna ise devlet tüzel kişiliğine bağlı olmakla birlikte bundan ayrı faaliyet gösteren ve doğrudan bir temel hakka özgülenmiş kurum ve kuruluşlardır. Bunlara örnek olarak üniversiteler, medya kuruluşları ve Almanya Anayasası’nın kamu tüzel kişiliği tanınmasına imkan verdiği kilise ve cemaatler gösterilmektedir⁶⁰⁵.

Gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerekse de Alman Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımı Türk doktrininde gayet iyi bilinmektedir. Buna karşın Türk Anayasa Mahkemesi’nin bu yaklaşımı benimsemek yerine konuya ısrarla şekilci yaklaştığı görülmektedir. Bunun sebebi, her zamanki gibi Türk Anayasa Mahkemesi’nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ihlal kararı veremeyeceği bir konunun üzerine gitmemesidir. Böylece Türk Anayasa Mahkemesi, meşruluğunu koruma ve aktivist

⁶⁰³ **İnsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Başvurusu, Başvuru No: 2013/1430**, Karar Tarihi: 21.11.2013, § 26. Buna karşın şunu belirtmek gerekir. Anayasa Mahkemesi kamu tüzel kişilerinin başvurularını kabul etmemekle birlikte bunların iştirakları olan ve özel hukuk hükümlerine göre faaliyet yürüten şirketlerin başvurusunu, bunların kamu gücü ayrıcalığıyla donatılmadığı gerekçesiyle kabul edilebilir bulmaktadır. **İstanbul Konut İmar Plan Turizm Ulaşım San ve Tic. Ltd. A.Ş. (KİPTAŞ) Başvurusu, Başvuru No: 2013/618**, Karar Tarihi: 07.07.2015, § 33.

⁶⁰⁴ **The Holy Monasteries v. Greece, Application No: 13092/87, 13984/88**, 09.12.1994, § 12-15.

⁶⁰⁵ Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİRİN, (2013), s. 230-234.

olduğu yönünde eleştiri almamak adına faydacı bir yaklaşımı, ilkesel bir tutuma tercih etmektedir.

B. Mağdur Kavramının Yorumlanması

6216 Sayılı Kanun'un 46/1. maddesine göre “*Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.*” Madde metninden anlaşılabacağı üzere bireysel başvuru yapabilmek için mağdur olmak gerekli olup, bu da ancak güncel ve kişisel bir hakkın ihlali ile mümkündür. Ancak bu kriterlere Alman Anayasa Mahkemesi tarafından eklenen bir de “doğrudanlık” kriteri mevcuttur. Bu kriterlerin yorumunun Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında da izlenmesi gerekir.

“Mağdur” kavramının yorumu temel hak ve özgürlüklerin yorumunda büyük bir yere sahiptir. Bu kavramın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında gösterdiği gelişim evrimsel yorumun en önemli örneklerinden birini oluşturur. Bu yorum, Türk Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansımıştır. Yani söylemsel olarak Türk Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihadını benimsemiştir. Buna göre; “*Bireysel başvuruda "mağdur" kavramı, davada menfaat veya dava ehliyeti gibi kurallardan bağımsız bir şekilde yorumlanır (Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri/İspanya, B. No: 62543/00, 10/11/2004, § 35). Ayrıca mağdur kavramının yorumu, günümüzde toplumun koşulları ışığında değişime tabi olup, bu kavram aşırı biçimcilikten uzak bir şekilde uygulanmalıdır (Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri/İspanya, § 38), (B. No: 2014/11438, 24/7/2014, § 20)*

Anayasa Mahkemesi, mağdurluk statüsünün koşullarını belirlemiştir. Buna göre de; “*bir kişinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmesi için üç temel ön koşulun birlikte bulunması gerekmektedir. Bu önkoşullar, başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalden dolayı, başvurucağının "güncel bir hakkının ihlal edilmesi", bu ihlalden dolayı "kişisel*

olarak" ve "doğrudan" etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvurunun kendisinin mağdur olduğunu ileri sürmesidir⁶⁰⁶."

1. Kişisellik Koşulu ve Soyut Dava (Actio Popularis) Açma Yasağı

Kişisellik koşulu, başvurunun başkalarının hakkını başvuru konusu yapmasını engelleyen kriterdir. Bu yönüyle kriterin, bireysel başvuruyu soyut davadan (actio popularis) ayırt ettiği ifade edilmektedir⁶⁰⁷. Anayasa Mahkemesi, kişisellik kriterini sıklıkla kullanmakta, ancak bu kriteri kullanırken "*doğrudan etkilenen kişi*" ibaresini tercih etmektedir. Mahkeme, taraf olmadığı bir davaya ilişkin gerekçeli karar hakkını ileri süren başvurunun başvurusunu kişi yönünden yetkisizlik sebebiyle reddederken şunu ifade etmiştir: "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'in 34. maddesinde yer alan "mağdur" kelimesi ile ihtilaf konusu eylem ya da ihmalden doğrudan etkilenen kişinin kast edildiğini belirtmektedir (Brumarescu/Romanya [BD], B. No: 28342/95, 28/10/1999, § 50)*"⁶⁰⁸. Anayasa Mahkemesi, "*doğrudan*" ifadesini kullanmaktadır. Ancak kastedilen başvurunun başkasının değil kendi hakkına ilişkin olarak başvuru yapmış olmasıdır. Yani başvuru kişisellik kriteri ile ilgilidir⁶⁰⁹. Anayasa Mahkemesi, bu yaklaşımını *Ayşe Hülya Potur Başvurusu*'nda daha da genişletmiştir: "*Başvurucu, ... soyut iddiasını, öncelikle kendisini doğrudan etkileyen somut olay ve olgular üzerinden ispatlayabilir. ... başvurunun, potansiyel ve kendisine yaklaşan bir ihlal tehdidi altında olduğunu inandırıcı bir şekilde açıklaması da bireysel başvurunun kabul edilmesini ... sağlayabilecektir. Bu iki koşuldan hiçbirinin gerçekleşmemesi halinde, ... başvurunun kişisel alanına nüfuz eden ve onu doğrudan etkileyen bir ihmalin ve tehdidin olmadığı sonucuna ulaşmak kaçınılmazdır*"⁶¹⁰." Demek ki Anayasa Mahkemesi, mağdur sıfatı için öncelikle kişisel alana nüfuz eden ve başvuru yapıldığı işlem, eylem veya ihmali aramaktadır. Anayasa Mahkemesi, böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında yer alan "*doğrudan mağdur*" kavramını aramış olmaktadır.

⁶⁰⁶ Tezcan Karakuş Candan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/5809, Karar Tarihi: 10.12.2014, § 18-20, Liberal Demokrat Parti Başvurusu, Başvuru No: 2014/11268, Karar Tarihi: 23.07.2014, § 15-17, Mahmut Tanal Başvurusu, Başvuru No: 2014/11368, Karar Tarihi: 23.07.2014, § 17- 19, Mahmut Tanal Başvurusu (2), Başvuru No: 2014/11438, Karar Tarihi: 23.07.2014, § 17- 19, Atilla Kart ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvurusu, Başvuru No: 2014/13634, Karar Tarihi: 08.09.2014, 21-23.

⁶⁰⁷ ŞİRİN, (2015), s. 34.

⁶⁰⁸ Bülent Ecevit Uçan Başvurusu, Başvuru No: 2013/5271, Karar Tarihi: 17.11.2014, § 39.

⁶⁰⁹ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİRİN, (2015), s. 34-35.

⁶¹⁰ Ayşe Hülya Potur Başvurusu, Başvuru No: 2013/8479, Karar Tarihi: 06.02.2014, § 23.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mağdur kavramına verdiği anlam evrimsel yorum ve özerk kavramlar doktrini sayesinde gelişmiştir. Böylece mağdur kavramının anlamında dardan geniş giden bir yorum söz konusu olmuştur⁶¹¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1976'da Avusturya'da çıkarılan ve kürtağı suç olmaktan çıkaran kanuna karşı başvuru yapan vatandaş⁶¹² ve 1997'de İngiltere'deki seçim sisteminin temel hakları ihlal ettiği iddiasıyla başvuru yapan 6 seçmenin⁶¹³ başvurularını kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme, bu yaklaşımı benimserken gerekçesini, Sözleşme ile kişilere *actio popularis* yapma olanağı verilmemesine dayandırmıştır⁶¹⁴. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2000 yılında, İlhan v. Türkiye Davası'nda, gözaltında kaybolan başvurusunun ağabeyinin kötü muamele gördüğü iddiasıyla açtığı davayı kabul edilebilir bulmuştur⁶¹⁵. Nihayet 2003 yılındaki Y.F. v. Türkiye Davası'nda da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, eşinin jinekolog muayenesinden geçirilmesi zorunlu tutulan eşin yaptığı başvuruyu da kabul edilebilir bulmuştur⁶¹⁶. Tüm bu davalar, anayasa hukuku doktrininde ihmal edilmiş bir kavram olan⁶¹⁷ *actio popularis* kavramının da incelenmesi gerektiğini gösterir.

Actio popularis kavramı Roma hukukundaki *actiones populares* kavramı için kullanılmaktadır; bu kavram bir kişinin hukuki yararı olmasa da başkası veya kamuoyunun hukuki yararının olduğu konularda dava açma yetkisini ifade eder. Böylece her erkek Roma vatandaşı, dava ehliyeti bulunmayan bir kölenin hakkı için dava açabildiği gibi bir grup adına da dava açabilmektedir. Ancak Roma hukukunda bu müessesenin gelişimi, birtakım sebeplere dayanmaktadır. M.Ö 5. Yüzyıl'da Romalılar, imparatorluğu yıkarak Cumhuriyet ilan etmişlerdir. Buna karşın Roma'da iktidarı ele geçirip güçlenen tiranların imparator ilan edilmelerinden hep korkulmuştur. *Actio popularis* ile yürütme erkinin geniş alanlara yayılmadığı, adli ve idari kolluk gibi bir kavramın bulunmadığı bir ortamda vatandaşların kamu adına dava açabilmelerine

⁶¹¹ Bu yönde bkz. ANAYURT, Ömer; **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 177.

⁶¹² **X v. Austria, Application No: 7045/75**, 10.12.1976, ANAYURT, (2004), s. 189.

⁶¹³ **Lindsay and Others v. the United Kingdom, Application No: 31699/96**, 17.01.1997, § 4.

⁶¹⁴ ACEVES, William J.; "Actio Popularis – The Class Action in International Law", **University of Chicago Legal Forum**, Cilt: 2003, Sayı: 1, 2003, s. 376-377..

⁶¹⁵ **İlhan v. Turkey, Application No: 22277/93**, 27.06.2000, § 53.

⁶¹⁶ **Y.F. v. Turkey, Application No: 24209/94**, 22.10.2003, § 31, ÇINAR, (2013), s. 209.

⁶¹⁷ Bu yönde bkz. ŞİRİN, (2013), s. 39.

imkan tanınmıştır. Böylece Romalı hakimler olan praetorlar, iktidar karşısında güçlendirilerek bir denge mekanizması yaratılmak istenmiştir⁶¹⁸.

20. Yüzyıl'ın ilk yarısından itibaren özellikle bazı Doğu Avrupa ülkelerinde anayasaya uygunluk denetimi actio popularis vasıtasıyla yapılmaya başlanmıştır. Böylece vatandaşın yalnızca oy vermekle yetinmeyeceği, kamuoyunu ilgilendiren önemli konularda mahkemelere başvuruda bulunarak hukukun objektif yapımının bir parçası olacağı düşünülmüştür. Ancak bu düşünceler, her vatandaşın kamu adına dava açmasının yaratacağı karmaşa ve iş yükü sebebiyle çok fazla taraftar bulamamıştır⁶¹⁹.

Doktrinde actio popularis ile bireysel başvuru usulleri arasında mutlak bir karşıtlık olduğu ileri sürülmektedir. Bununla birlikte pek çok Doğu Avrupa ülkesinde bireysel başvurunun kökenleri, modern anlamda actio popularis yoluyla yapılan anayasaya uygunluk denetimine dayanmaktadır. Macaristan bunların en bilinen örneği olup, burada bireysel başvuru, Alman hukukundaki gibi hukuki çareden değil fakat actio popularisten evrilmiştir⁶²⁰. Yani aslında actio popularis ile bireysel başvuru arasındaki sınır zaman zaman muğlak bir görünümündedir⁶²¹. Çünkü bir başvuruçunun kamu gücünün işlem, eylem veya ihmaliinden ne zaman mağdur olduğunu söylemenin oldukça güç olduğu başvurular vardır. Çevre hakkına ilişkin başvurular bunlardan biridir.

Tezcan Karakuş Candan ve Diğerleri Başvurusu'nda başvuruçular, Atatürk Orman Çiftliği'nin imar planının değiştirilmesi kararına karşı açtıkları davada verilen yürütmeyi durdurma kararının uygulanmadığı gerekçesiyle sağlıklı çevrede yaşama haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Ancak Anayasa Mahkemesi'ne göre “*mağdur olduklarını iddia eden başvuruçular ile yalnızca ulusal hukukları değiştirmeyi veya toplumun menfaatinin korunmasını amaçlayan başvurular arasında dikkatli bir ayırım yapılmalıdır. ...içtihatla “halk davası (actio popularis)” olarak isimlendirilen başvurular bireysel başvuru hakkı kapsamında kabul edilmemiştir*⁶²².” Mahkeme, 2014 yılında verdiği kararında, uyuşmazlığa konu plan ve projelerin başvuruçuların kişisel bir

⁶¹⁸ MERCER, Peter P; “The Citizen’s Right to Sue in the Public Interest: The Roman *Actio Popularis* Revisited”, **University of Western Ontario Law Review**, Cilt: 21, Sayı: 1, 1983, s. 103.

⁶¹⁹ MERCER, (1983), s. 98, 101. Kelsen’ göre bu müessese “*kapsamlı bir anayasal denetim için en geniş güvence sağlayan mekanizmadır.*” ŞİRİN, (2013), s. 41.

⁶²⁰ Bu yönde bkz. GÁRDOS-OROSZ, Fruzsina; “The Hungarian Constitutional Court in Transition – from Actio Popularis to Constitutional Complaint”, **Acta Juridica Hungarica**, 53, No 4, 2012, özellikle s. 306-307.

⁶²¹ Bu yönde bkz. ŞİRİN, (2013), s. 42-43.

⁶²² **Tezcan Karakuş Candan ve Diğerleri**, § 21.

hakkını etkilemediği gerekçesiyle başvuruyu kişi bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 2016 yılındaki *Mehmet Kurt Başvurusu*'nda Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını bireysel başvuru kapsamına görmüştür. Başvuruya konu olan olayda Rize Soğuksu Köyü'nde mukim başvuru, köy sınırları içinde hidroelektrik santrali projesi kapsamında inşa edilen şalt sahası hakkında çevresel etki değerlendirmesi kararı alınmamasını idari yargıya taşımış, ancak dava reddedilerek karar kesinleşmiştir. Bunun üzerine başvuru yüksek gerilim hatlarının evinin hemen üzerinden geçtiğini, sesin katlanılacak boyutlarda olmadığını, bu nedenle çevre sakinlerinin günlük yaşamlarını sürdüremedikleri gibi gece uyumalarının da mümkün olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, yaptığı değerlendirmede, başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve şu ifadeleri kullanmıştır: “Çevre hakkı, gerek yaşam hakkıyla gerekse sağlık hakkıyla olan yakın ilişkisi nedeniyle bugünkü nesli hatta daha çok gelecek nesilleri ilgilendirdiğinden günümüzde çok daha önemli hâle gelmektedir⁶²³.” Anayasa Mahkemesi, bu kararıyla üçüncü kuşak haklardan çevre hakkını değerlendirmiş ve başvuru sahibinin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda verilen iki kararı birlikte değerlendirildiğinde ortaya şu sonuç çıkmaktadır: Mahkeme, bazı kamu gücü eylem, işlem veya ihmallerinin toplumun tümünü, hatta gelecek nesillerin temel haklarını dahi etkileyebileceğini düşünmektedir; fakat bu müdahalelerin herhangi bir kişiyle gözle görünür sıkı bir bağı yoksa Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı bir şey de yoktur. Mahkeme'nin içtihadındaki bu ikircikli tutum, daha önce belirtildiği gibi bireysel başvuru müessesesinin hukuki niteliğinin en baştan yanlış kavranmasıyla ilgilidir.

Anayasa Mahkemesi'nin *actio popularis* konusundaki çelişkili tutumu, *Mahmut Tanal ve Diğerleri Başvurusu*'nda net bir biçimde ortaya çıkmıştır. Bu başvuru, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kurulan Soruşturma Komisyonu tarafından yürütülen bir soruşturma kapsamında, Komisyon'un çalışmaları ile ilgili olarak Ankara 7. Sulh Ceza Hakimliği'nce verilen yayın yasağı kararının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir. Bu başvuru, konusu olan yayın yasağı kararından Anayasa Mahkemesi'nin

⁶²³ **Mehmet Kurt Başvurusu, Başvuru No: 2013/2552**, Karar Tarihi: 25.02.2016, § 52.

kararına dek ilginç özellikler barındırmaktadır. Her şeyden önce Ankara 7. Sulh Ceza Hakimliği'nin aldığı karar ilginçtir. Karar uyarınca *“tüm yazılı, görsel ve internet ortamında yapılan yayınlar hakkında yayın yasağı konmasına”* karar verilmiştir; gerekçe de soruşturmanın gizliliğini ihlal ve hakkında soruşturma yürütülen kişilerin kişilik haklarının korunmasıdır⁶²⁴. Halbuki bunların korunması için *“yayın yasağı”* kararının alınmasına gerek yoktur. Soruşturmanın gizliliğini ihlal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 285. maddesinde düzenlenmiş bir suçtur. Keza kişilik haklarına saldırılar da haksız fiil teşkil ettiği takdirde gerekli hukuki ve cezai tedbirler alınacaktır. Yani Ankara 7. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin verdiği karar, halihazırda suç teşkil eden fiillerin önlenmesi için alınmış bir karardan fazlası değildir⁶²⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin konu hakkındaki kararında tartışılan husus başvuru sahiplerinin mağdur sıfatının bulunup bulunmadığıdır. Olayda toplam altı başvuru bulunmaktadır. Bunların ikisi milletvekili, ikisi basın mensubu, ikisi ise akademisyendir. Anayasa Mahkemesi konu hakkında yaptığı değerlendirmede, *actio popularis* kavramına atıf yaptıktan sonra; *“Başvurucular başvuruya konu kamu gücü işleminin kendilerini kişisel olarak ve doğrudan etkilediğini somut olarak gösteremedikleri gibi ...gizli olan soruşturma işlemlerinden bilgi sahibi olmalarında meşru menfaatlerinin bulunduğunu da gösterebilmiş değillerdir. ...başvurucuların ...mağdur oldukları yönündeki kabul, yürütülmekte olan herhangi bir soruşturma ile ilgili bilgi almak ve vermek isteyen ancak bu talebi kamu gücü tarafından karşılanmayan herkese mağdur statüsü kazandırabilecektir”*⁶²⁶. ifadelerini kullanmıştır. Böylece başvuru, kişi bakımından yetkisizlik kararıyla kabul edilemez bulunmuştur.

Mahmut Tanal ve Diğerleri Başvurusu'ndaki mağdur yorumu, Anayasa Mahkemesi'nin daha önce yaptığı özgürlükçü yoruma ters düşmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu kararın hemen birkaç ay öncesinde, sosyal medya hesabı Twitter'a Türkiye çapında getirilen erişim yasağının kaldırılması için idari yargıda dava açan ve yürütmeyi durdurma kararı alan, buna rağmen kararın uygulanmaması gerekçesiyle Mahkeme'ye başvuruda bulunan iki akademisyen ile bir milletvekilinin başvurusunu kabul edilebilir bulmuştur. Anayasa Mahkemesi, kararında, ülkede milyonlarca

⁶²⁴ Ankara 7. Sulh Ceza Hakimliği'nin 2014/4205 Sayılı D. İş Kararı, 25.11.2014.

⁶²⁵ İLKİZ, Fikret; “AYM Kararı ve Gündüz Fenerle Dolasmak”, <http://bianet.org/bianet/hukuk/162716-aym-karari-ve-gunduz-fenerle-dolasmak>, Erişim Tarihi: 15.06.2017.

⁶²⁶ Mahmut Tanal ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/18803, Karar Tarihi: 10.12.2014, § 27, 36.

kullanıcısı olan bu sitelere yönelik müdahalenin demokratik toplumda ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisine dikkat çekmiştir⁶²⁷.

Mahmut Tanal ve Diğerleri Başvurusu’nda dikkate alınması gereken bir husus da yapılan hatalardır. Karar, 16 üyenin katıldığı Genel Kurul toplantısında alınmıştır. Hüküm fıkrasında üyelerin bir kısmının başvuru sahiplerinin tamamı yönünden, bir kısmının ise akademisyen ve gazeteci olan başvuru sahipleri yönünden, bunların mağdur sıfatı oldukları gerekçesiyle karara katılmadıkları ifade edilmiştir. Basın mensubu olan iki başvuru sahibi hakkındaki değerlendirmeye bakıldığında ise kararın 7’ye karşı 9 oyla alındığı görülmektedir. Ancak basın mensuplarının mağdur sayılmayacağını belirten 9 üyenin içinde yer aldıkları anlaşılan 2 üye, “*Farklı Gerekçe*” başlığı altında şu ifadelerle yer vermişlerdir. “...gazeteci olduğunu beyan eden başvuru sahipleri açısından mağdur statüsünün bulunmadığı, başvurunun “kişi yönünden yetkisizlik” nedeniyle “kabul edilemez olduğu” yolundaki görüşe katılmıyoruz⁶²⁸.” Görüldüğü üzere bu bir “*Farklı Gerekçe*” değil, “*Karşıoy*”dur⁶²⁹. Bu iki üye, eğer basın mensubu olan iki başvuru sahibinin başvurusunun kabul edilebilir olduğunu düşünüyorlarsa, bu durumda kararın 9’a karşı 7 oyla kabul edilebilirlik olması lazımdır.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nü 82. maddesi; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 305. maddesinde düzenlenen hükmün tanzih müessesesinin işletilebileceğini hüküm altına almaktadır. Buna göre, “*Hüküm yeterince açık değilse veya icrasında tereddüt uyandırıyor yahut birbirine aykırı fıkralar içeriyorsa, icrası tamamlanıncaya kadar taraflardan her biri hükmün açıklanmasını veya tereddüt ya da aykırılığın giderilmesini isteyebilir.*” Anayasa Mahkemesi’ne basın mensubu ve akademisyenler tarafından hükmün tanzih için tekrar başvuru yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise bu başvuruyu reddetmiştir; gerekçesi de şudur: “...söz konusu iki üye

⁶²⁷ “Ülkemizde milyonlarca kullanıcı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur.” **Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/3986**, Karar Tarihi: 02.04.2014, § 36, aynı yönde bkz. **Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/4705**, Karar Tarihi: 29.05.2014, § 39.

⁶²⁸ **Mahmut Tanal ve Diğerleri**, Celal Müntaz Akıncı ve Maumner Topal’ın Farklı Gerekçesi.

⁶²⁹ Anayasa Mahkemesi, konu ile ilgili verdiği hükmün tanzih talebine ilişkin kararında bu kavramları şu şekilde tanımlamaktadır: “*Karşıoy, kurul halinde çalışan mahkemelerde azınlıkta kalan üyelerin çoğunluk kararına neden katılmadıklarını gösteren düşüncedir. Farklı gerekçede ise yine kurul halinde çalışan mahkemelerde sonuç itibarıyla çoğunluğun görüşüne katılmakla birlikte, sonuca götüren gerekçeye katılmama hali söz konusudur.*” **Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu Maddi Hatanın Düzeltilmesine ve Tanzih Talebinin Reddine Dair Karar, Başvuru No: 2014/18803**, Karar Tarihi: 11.03.2015, § 9.

*anılan başvuruçular yönünden de kabul edilemezlik oyu kullanmışlar, sadece çoğunluk görüşüne farklı gerekçe ile katılmışlardır*⁶³⁰.” Bu ifadeden şu anlaşılmaktadır: Bu iki üye toplantıda kişi bakımından yetkisizlik oyu kullanmışlar; ancak bilahare karşı oy yazmışlardır. Mahkeme kararını ilginç kılan husus tam olarak budur.

Mahmut Tanal ve Diğerleri Başvurusu’nda verilen karar, Anayasa Mahkemesi’nin verdiği birtakım özgürlükçü kararlardan geriye atılmış bir adım gibi görünmektedir. Doktrinde de bu yayın yasağından basın mensupları ve akademisyenlerin etkilenmediğini söylemenin anlaşılır olmadığı ifade edilmiştir⁶³¹. Anayasa Mahkemesi’nin kişisellik kriterine ilişkin kararlarda mağdur kavramına söylemsel olarak genişletici yorumla yaklaştığı açıktır. Ancak bu yaklaşımın etkili olabilmesi, Anayasa Mahkemesi’nin kavramın dinamik altyapısını kabullenmesiyle mümkündür.

2. Doğrudanlık Kriteri

Doğrudanlık kriterinin amacı, başvuruçuların özellikle doğrudan etkilenmedikleri yasama işlemleri ve düzenleyici idari işlemler gibi soyut ve kişilik dışı işlemlere karşı *actio popularis* başvurusunda bulunmalarını önlemektir. Bu sebeple doğrudanlık kriterinin kişisellik kriteriyle de önemli bir bağlantısı vardır⁶³². Ancak bu kriteri kişisellik kriterinden ayırmak lazımdır.

Kişisellik kriterinin kullanımında mesele, ilgili başvuruçunun kendisinin temel hakka yönelik bir müdahaleden doğrudan veya dolaylı etkilenip etkilenmediğidir. Örneğin yargısal işlemler ile birel idari işlemlerin hukuki sonuç doğurduğu aşikardır. Kişisellik kriterinde bu sonucun kimin üzerinde doğduğu değerlendirilir. Doğrudanlık kriterinde ise tartışılan, işlemin kendisinin kişisel bir sonuç doğurup doğurmadığıdır. Bu sebeple doğrudanlık kriteri, aslında kanun ve düzenleyici işlemler gibi soyut ve kişilik dışı işlemlere karşı bireysel başvurunun mümkün olduğu sistemlerde önem kazanmaktadır. Bu kriterle soyut işlemin kişileri doğrudan etkileyip etkilemediği tespit edilmektedir.

⁶³⁰ **Maddi Hatanın Düzeltilmesine ve Tavzih Talebinin Reddine Dair Karar**, § 10.

⁶³¹ ŞİRİN, (2015), s. 39.

⁶³² ŞİRİN, (2015), s. 39-40.

Doğrudanlık kriteri konusunda Alman Anayasa Mahkemesi'nin tavrı önemlidir. Mahkeme, 2005 yılında önüne gelen bir bireysel başvuruda önemli bir karar vermiştir. Başvuruya konu olan işlem, Uçuş Güvenliği Kanunu'nun 14/3. maddesinde yapılan bir değişikliktir. Bu hükme göre *“silah gücünün kullanılmasına, ancak mevcut koşullara göre uçuş aracının insan yaşamına karşı kullanılacağına anlaşılmaması ve bunun o andaki tehlikenin önlenmesi için tek çare olarak kabul edilmesi halinde izin verilebilir”*⁶³³. Hüküm, bir uçuş aracının başka insanların yaşamına karşı kullanılacağına, yani bir yere düşürüleceğinin anlaşılması üzerine Alman Savunma Bakanlığı'nın silahlı müdahalede bulunmasına imkan vermektedir. Ancak bu durumda uçakta bulunan yolcuların yaşam hakkı ne olacaktır? Bu sebeple kanun hükmünün yaşam hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle gerçek kişilerden oluşan 6 başvuru tarafından bireysel başvuruda bulunulmuştur.

Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre başvuru konusu hüküm, uçakları sıklıkla kullanan başvuru sahiplerinin hukuki durumunu başka herhangi bir idari işleme gerek kalmaksızın değiştirmektedir. Böylece bireysel başvuru da doğrudanlık kriterini karşılamış olmaktadır⁶³⁴. Alman Anayasa Mahkemesi, bu yaklaşımıyla bir kanunun yürürlüğe girdiği anda temel hakları doğrudan etkileyebileceği değerlendirmesi yapmıştır. Dahası Mahkeme, sonraki içtihadında da mağdur kavramının bu genişletici yorumuna istikrar kazandırmıştır. Mahkeme, 2013 yılında verdiği bir başka bireysel başvuru kararında, Anti-Terörizm Veritabanı Kanunu'nun veri toplama ve saklamaya ilişkin bazı hükümlerini tartışmıştır. Kararda kanun hükmünün uygulanması halinde kişilerin kendileri hakkında toplanan ve saklanan verilerden haberleri olmayacağı, böylece kanunun yürürlüğe girmesiyle doğrudan etki doğurduğu ifade edilmiştir⁶³⁵.

Türk anayasa hukukunda 6216 Sayılı Kanun'un 45/3. maddesiyle yasama işlemleri ve düzenleyici işlemler aleyhine doğrudan başvuru yapılmasını açıkça yasaklanmıştır. Bu durumda Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu kriteri kullanış biçimi, Türkiye açısından da özel bir önem arz eder hale gelir. Çünkü doğrudanlık kriteri, soyut

⁶³³ SAĞLAM, Fazıl; “Hukuk Devleti ve Terör”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 62, Sayı: 3, 2007, s. 294.

⁶³⁴ BVerfG, Judgment of the First Senate of 15 February 2006 - **1 BvR 357/05** - paras. (1-156), http://www.bverfg.de/e/rs20060215_1bvr035705en.html, § 78.

⁶³⁵ BVerfG, Judgment of the First Senate of 24 April 2013 - **1 BvR 1215/07** - paras. (1-233), http://www.bverfg.de/e/rs20130424_1bvr121507en.html, § 83.

ve kişilik dışı işlemlere karşı bireysel başvuru yolunun kural olarak açık olmadığı hukuk sistemlerinde mağdur kavramının geniş yorumlanmasını sağlamaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin doğrudanlık kriterine atıf yaptığı görülmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin hangi amaçla bu kritere atıf yaptığını kestirebilmek zordur. Çünkü Anayasa Mahkemesi, yasama işlemleri ve düzenleyici idari işlemlere karşı bireysel başvuru yapma yasağını oldukça şekilci yorumlamaktadır. Mahkeme, bu konuda önüne gelen davalarda bireylere doğrudan yasama işleminin iptalini isteme yetkisi tanınmadığını belirtmekle yetinmektedir⁶³⁶. Yalnızca tek bir başvuruda Anayasa Mahkemesi, kanunun açık hükmüne dayanılarak yapılan idari işlemin temel hakkı ihlal edip etmediğini değerlendirmiştir. Mahkeme, *Büyük Birlik Partisi ile Saadet Partisi Başvurusu*'nda, 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun ek 1. maddesinde öngörülen, hazine yardımından yararlanmak için yapılan son genel seçimde geçerli oyların en az % 3'ü oranında oy alma koşulunun uygulanması neticesinde ortaya çıkan işleme karşı yapılan başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve işin esasına geçmiştir⁶³⁷. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bir soyut ve kişilik dışı işlemin doğrudan etki doğurması üzerine tartıştığı görülmemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin genel tutumu, doğrudanlık kriterinin henüz Türkiye'de kullanım alanı olmadığını göstermektedir. Çünkü kanunun lafzi olarak bireysel başvuruya kapamadığı işlemler zaten doğaları gereği kişiler üzerinde doğrudan sonuç doğurmaktadır. Bu işlemler dışında kalanlar da kategorik olarak kabul edilemezlikle sonuçlanacaksa, bu kriterden bahsetmenin çok da anlamı yoktur. Doğrudanlık, Anayasa Mahkemesi, lafzi yorum ve klasik hermeneutiğin ötesine geçtiğinde anlam kazanabilir.

3. Güncellik Kriteri ve Bu Kriterin Süregelen İhlal Kavramından Ayrılması

Güncellik, Anayasa Mahkemesi'nin mağdur yorumunda aradığı bir diğer kriterdir. Bu kriter, (1)varsayımsal hak ihlali iddialarının Anayasa Mahkemesi önüne gelmesini engellemeye hizmet etmektedir. Ayrıca bu kriterin sağlanması için (2)somut

⁶³⁶ Aşağıda bkz. s. 142-148.

⁶³⁷ **Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi Başvurusu**, Başvuru No: 2014/8843, Karar Tarihi: 10.12.2015, § 36.

hak ihlalinin giderilmemiş olması da gerekmektedir. Aksi takdirde hak ihlalinin güncelliğinden bahsedilemez⁶³⁸.

Güncellik kriteri söz konusu olduğunda öncelikli olan hak ihlali iddiasının somutluğudur. Ancak bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve bilahare Alman Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği “potansiyel mağdur” kavramı büyük önem arzeder. Potansiyel mağdur kavramı, bir kanun veya uygulama, henüz bir kişinin hakkını ihlal etmemekle birlikte, her an ihlal edebilecekse veya ihlal tehdidi içerisinde bulunduruyorsa, bu işlemin bireysel başvuruya konu edilmesine yarar⁶³⁹. Bu durumda aslında yukarıda verilen Alman Anayasa Mahkemesi'nin Uçuş Güvenliği Kanunu'na ilişkin kararı, bu kavrama da örnek teşkil etmektedir. Çünkü başvuruda yalnızca yürürlüğe girmekle kişilerin yaşam hakkını ciddi anlamda tehdit edecek bir kanun söz konusudur.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin “potansiyel mağdur” kavramı konusunda genişletici yorum yapması bir tesadüf değildir. Bu yorum, aslında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 1978 tarihli *Klass ve Diğerleri v. Almanya Davası*'nda verdiği kararda ortaya konmuştur. Davaya konu olan olayda Almanya'da çıkarılan bir kanunla, Alman İstihbarat Servisi'ne şüpheli gördüğü kişilerin iletişimini istihbari amaçlarla dinleme yetkisi verilmesi söz konusudur. Ancak bu önleyici tedbir hakkında ilgililerin haberi olmasına imkan verilmemiş, böylece ilgililerin bu tedbire itiraz ederek hak aramalarının da önüne geçilmiştir. Bunun üzerine 5 Alman vatandaşı, bireysel başvuru da dahil olmak üzere iç hukuk yollarını tükettikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur⁶⁴⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Klass ve Diğerleri v. Almanya Davası*'nda öncelikle mağduriyetin varlığını değerlendirmiştir. Yaptığı değerlendirmede Mahkeme, Alman vatandaşlarının haklarında bir önlem alınsa dahi bundan haberdar olamayacaklarını, bu sebeple mağdur statüsünün de her davada alınan bu tedbirler ile başvuruçular arasındaki bağın sıklığına göre değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bunun ardından da avukat olan başvuruçuların bu tedbirler karşısında mağdur

⁶³⁸ Bu yönde bkz. ŞİRİN, (2015), s. 30.

⁶³⁹ ANAYURT, (2004), s. 178.

⁶⁴⁰ **Klass and Others v. Germany, Application No: 5029/71**, 06.09.1978, § 10-18.

sayılabileceğine kanaat getirmiştir⁶⁴¹. Bu başvuru ile 2013 yılında Alman Anayasa Mahkemesi'nin verdiği Anti-Terörizm Veritabanı Kanunu'na ilişkin kararın benzerliği dikkat çekicidir. Demek ki Alman Anayasa Mahkemesi, potansiyel mağduriyete ilişkin içtihadını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kendisini temel hak odaklı bir yaklaşıma zorlaması sonucunda geliştirmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, potansiyel mağduriyet konusundaki içtihadını zaman içinde geliştirmiştir. Mahkeme, bu doğrultuda, Marckx v. Belçika Davası'nda mirastan sınırlı bir biçimde yararlanan evlilik dışı çocuğun, Johnston ve Diğerleri v. İrlanda Davası'nda evlilik dışı ilişkiden çocuğu olan annenin mevcut yasal düzenlemeler karşısında mağdur sıfatlarını kabul etmiştir⁶⁴². Nihayet Dudgeon v. Birleşik Krallık ile Norris v. Birleşik Krallık Davaları'nda da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, eşcinsel birliktelikleri cezalandıran kanun hükümleri karşısında eşcinsel bireylerin mağdur olduklarına hükmetmiştir⁶⁴³.

Türk Anayasa Mahkemesi, güncellik kriterine ilişkin olarak potansiyel mağdur yaklaşımını kabul etmektedir. *Ayşe Hülya Potur Başvurusu*'nda Mahkeme, bu yaklaşımdan bahsetmiştir. Buna göre “*Başvurucu, ... soyut iddiasını, öncelikle kendisini doğrudan etkileyen somut olay ve olgular üzerinden ispatlayabilir. ... başvurusunun, potansiyel ve kendisine yaklaşan bir ihlal tehdidi altında olduğunu inandırıcı bir şekilde açıklaması da bireysel başvurunun kabul edilmesini ... sağlayabilecektir*”⁶⁴⁴. Anayasa Mahkemesi kararında yer alan bu gerekçe, güncellik kriterinin yorumu konusunda genişletici bir yaklaşımın ilk adımı olarak görülebilir. Çünkü Mahkeme, güncellik kriterinin potansiyel ve yaklaşmakta olan bir ihlal tehdidi söz konusu olduğunda da karşılanmış olacağını ifade etmektedir. Böylece potansiyel mağdur içtihadı da benimsenmiştir. Ancak bu başvuruda Mahkeme'nin bu kavramı tatbik etmeye fırsatı olmamıştır. Çünkü başvuru, bürokratların, yargı mensuplarının ve diğer kamu görevlilerinin gerektiği gibi yargılanmaması sonucunda ülkenin suç batağına itildiği ve

⁶⁴¹ **Klass and Others**, § 34-35.

⁶⁴² ANAYURT, (2004), s. 178-180.

⁶⁴³ ANAYURT, (2004), s. 180-182.

⁶⁴⁴ **Ayşe Hülya Potur**, § 23.

anayasal güvencelerin sağlanamaması nedeniyle halkın aciz ve çaresiz durumda olduğu şeklinde soyut iddialarla başvuruda bulunmuştur⁶⁴⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin önüne potansiyel mağduriyete ilişkin gelen ilk somut başvurunun *Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri Başvurusu* olduğunu söylemek mümkündür. Bu başvuruda başvuruçular 2839 Sayılı Milletvekili Seçim Kanunu'nun 33. maddesinde öngörülen ulusal düzeyde %10 seçim barajının uygulanmasıyla mağdur olacaklarını iddia etmişlerdir. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, başvuruçuların bir yasama işlemi aleyhine doğrudan başvuru yapıldığı anlaşıldığından başvuruyu kabul edilemez bulmuştur⁶⁴⁶. Böylece Anayasa Mahkemesi, 6216 Sayılı Kanun'un 45/3. maddesi uyarınca karar verdiğinden başvuruçunun mağduriyeti açısından güncellik kriterini de tartışmaktan kurtulmuştur.

Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri Başvurusu'nda yapılan değerlendirme isabetsizdir. Bir başvuruçunun "*potansiyel ve kendisine yaklaşan bir ihlal tehdidi altında olduğunu inandırıcı bir şekilde açıklaması*" mağduriyetin güncelliği için yeterlidir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında "*potansiyel ve yaklaşan bir ihlal tehdidi*" ibaresini kullanmış olması, ancak potansiyel mağduriyet kavramından haberi olduğunu gösterir⁶⁴⁷; ancak bu kavramı tatbik ettiğini göstermez. Bu sebeple 6216 Sayılı Kanun'un yasama işlemleri ve düzenleyici idari işlemlere karşı bireysel başvuru yolunu kapatan 45/3. maddesi, lafzi yöntemle geleneksel öğretiyi uygun olarak yorumlandığında yine aynı kanunun 46/1. maddesinde belirtilen güncellik kriteri anlamsız hale gelmektedir.

Güncellik kriteri konusunda bir diğer husus hak ihlalinin giderilmemiş olmasıdır. Bireysel başvuru yolunda esas olan; bir hak ihlal edildiği takdirde bu ihlali ortadan kaldırarak hakkı yerine yerleştirmektir. Doğaldır ki bu yapıldığı takdirde mağduriyet güncel olmaktan çıkar. Şirin'in belirttiği gibi örneğin konusu parasal nitelik taşıyan davalarda tazminat ödenmesi mağduriyeti sona erdirir⁶⁴⁸. Ancak bu her hak için böyle değildir. Örneğin bir kişinin kolluk kuvvetlerince öldürülmesi sonucunda yaşam hakkının ihlali durumunda hakkın yerine yerleştirilmesi söz konusu değildir. Böyle bir

⁶⁴⁵ Ayşe Hülya Potur, § 1.

⁶⁴⁶ *Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No: 2014/8842, Karar Tarihi: 06.01.2015, § 27.

⁶⁴⁷ Bu yönde geniş bilgi için bkz. ŞİRİN, (2015), s. 33-34.

⁶⁴⁸ ŞİRİN, (2015), s. 30.

durumda devletin, ölenin mağdur olan yakınlarına tazminat ödemek zorunluluğu olacağı gibi, doğaldır ki sorumluları bulup cezalandırmak gibi pozitif bir yükümlülüğü de vardır. Anayasa Mahkemesi, bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: “*Mağdur sıfatının ortadan kalkması, özellikle ihlal edildiği ileri sürülen hakkın niteliği ve ihlali tespit eden kararın gerekçesi ile bu kararın ardından, ilgili açısından uğradığı zararların varlığını devam ettirip ettirmediğine bağlı bulunmaktadır. Başvuruculara sunulan telafi imkânının uygun ve yeterli olup olmadığı kararı, söz konusu anayasal temel hak ve özgürlüğün ihlalinin niteliği göz önünde bulundurularak dava koşullarının tamamının değerlendirilmesi sonucunda verilebilecektir*”⁶⁴⁹.

Yukarıda belirtilen hususlardan anlaşılması gereken şudur: Güncellik kriteri, (1) varsayımsal bir ihlal iddiasının veya (2) giderilmiş bir ihlal üzerine yapılan başvurunun engellenmesine hizmet eder. Bu sebeple güncellik kriterinin temel hak ve özgürlükler yorumunda önemli yer tutan bir başka kavramdan ayrılması gerekir. Bu kavram “*süregelen ihlal*” kavramıdır.

Süregelen ihlal (veya devam eden durum) kavramı, zaman bakımından yetkiye ilişkin bir kavramdır. Bu kavram, Anayasa Mahkemesi’nin güncel kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına atıfla tanımlanmıştır. Buna göre; “*Sözleşme’nin onaylanmasından önce başlayan ihlal oluşturan bir eylem ya da olay bu tarihten sonra da devam etmekte ise bu durumda “devam eden bir durum” söz konusu olduğundan, Mahkemenin davaya bakmaya yetkisi bulunmaktadır*”⁶⁵⁰.

Süregelen ihlal kavramı, bir temel hak ihlalinin Anayasa Mahkemesi’nin zaman bakımından yetkisinin başladığı tarihten önce gerçekleşmesine karşın bu ihlal sürekli bir nitelik taşıdığı için yargılamaya konu olmasına hizmet eder. Bu durum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ilk defa De Becker v. Belçika Davası’nda ortaya

⁶⁴⁹ Sadık Koçak ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/841, Karar Tarihi: 23.01.2014, § 84, K. A. Başvurusu, Başvuru No: 2014/19101, Karar Tarihi: 10/12/2014, § 53, Ahmet Doğan Başvurusu, Başvuru No: 2014/11359, Karar Tarihi: 16.09.2015, § 34, ayrıca Anayasa Mahkemesi, 6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun uyarınca ödenmiş tazminatların da mağduriyetin güncelliğini ortadan kaldıracaklarını ifade etmektedir. Bu yöndeki Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Emine Sağırbaş ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/9793, Karar Tarihi: 17.07.2014, § 32, Mürvet Karayılan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/9792, Karar Tarihi: 11.03.2015, § 43, 47.

⁶⁵⁰ Agavni Mari Hazaryan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/4715, Karar Tarihi: 15.06.2016, § 104-105.

konmuştur⁶⁵¹; bu davada bir mahkumiyet kararından dolayı belirli haklardan yoksun bırakılan bir başvuru söz konusudur. Başvurunun yapıldığı tarihte de başvuru, bu mahkumiyet kararından ötürü Belçika topraklarına girememektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu davada başvuruçunun Sözleşme'nin Belçika tarafından aldığı mahkumiyet kararını incelememiştir; bu mahkumiyetin doğurduğu ve devam eden hak yoksunluklarının temel hakları ihlal edip etmediğini incelemiştir⁶⁵².

Süregelen ihlal kavramı, Türkiye'de özellikle Emval-i Metruke mevzuatı kapsamında devlet tasarrufuna geçen taşınmazlar açısından önem kazanmaktadır. Çünkü bu taşınmazların eski malikleri olan kiliseler veya gerçek kişilerin mirasçıları, süregelen ihlal içtihadı doğrultusunda temel haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedirler⁶⁵³. Başvuruçuların bu konudaki umutları ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Loizidou Davası'nda Türkiye aleyhine yaptığı yorumdur⁶⁵⁴.

Loizidou Davası ile bu davalar birbirinden farklı mahiyettedir. Loizidou Davası'nda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye'nin Kıbrıs'ta uluslararası hukuka aykırı bir şekilde bulunduğu varsayımıyla hareket ederek bu sebeple bu topraklar üzerinde kamulaştırma yetkisi kullanamayacağına karar vermiştir⁶⁵⁵. Halbuki Türkiye'nin kendi topraklarında, 1915-1923 yılları arasında yürürlüğe konulan Emval-i Metruke mevzuatıyla savaş koşullarında ülkeyi terk edenlerin veya savaşta düşman saflarına geçenlerin taşınmazlarını Hazine mülkiyetine intikal ettirme yetkisine sahip olmadığını kabul etmek mümkün değildir⁶⁵⁶.

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen Emval-i Metruke'ye ilişkin *Agavni Mari Hazaryan Başvurusu*'nda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konu hakkındaki içtihatlarını takip etmiştir. Mahkeme, bu doğrultuda kişinin mülkünden yoksun bırakılmasının anlık bir eylem olduğunu, devam eden bir ihlal oluşturmadığını ifade etmiştir. Ayrıca bu başvuruda Emval-i Metruke Kanunu uyarınca mülkünden yoksun bırakıldığı gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde açılan 1997 tarihli bir

⁶⁵¹ Yukarıda bkz. s. 39.

⁶⁵² **De Becker v. Belgium**, § 13.

⁶⁵³ **Agavni Mari Hazaryan ve Diğerleri**, § 111, **Kilikya Ermeni Katolikosluğu Başvurusu**, Başvuru No: 2015/7661, Karar Tarihi: 15.06.2016, § 46.

⁶⁵⁴ Başvuruçuların da başvurularında bu davayı örnek göstermektedirler. **Agavni Mari Hazaryan ve Diğerleri**, § 115.

⁶⁵⁵ **Loizidou v. Turkey**, § 64.

⁶⁵⁶ ABDULLAHZADE, (2013), s. 336-337.

dava da örnek gösterilmiştir. Söz konusu başvuruda mevzuat gereği kaçak ve yitik kişilerden olduğu gerekçesiyle 1967 yılında mülkiyetten yoksun bırakma söz konusudur⁶⁵⁷. Nihayet 2015 yılında karara bağlanan Saint De Vincent Şefkat Rahibeleri Birliği v. Türkiye Davası'nda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuruçunun mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilse bile mülk sahibi sıfatının 1965 ve 1978 yıllarında iptal edildiğinden bahisle zaman bakımından yetkisizlik kararı vermiştir⁶⁵⁸.

Loizidou Davası, Türkiye'ye süregelen ihlaller konusunda çok şey öğretmiştir. Türkiye, bu davanın ardından 7 yıl ödeme yapmayı reddettikten sonra nihayet 2003 yılında bu davanın kendisi açısından bağlayıcı bir içtihat oluşturmayacağı şerhiyle ödeme yapmayı kabul etmiştir⁶⁵⁹. Bu temkinli yaklaşımı Anayasa Mahkemesi'nin içtihadında da görmek mümkündür. Mahkeme, süregelen ihlaller konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadını da özümseyerek kendi yorumsal çerçevesini oluşturmaktadır. Bu doğrultuda Emval-i Metruke mevzuatı çerçevesinde başka mahallere nakledilen, kaybolan ya da firari olan kişilerin mülkiyet haklarına müdahale anlık müdahale sayılacaktır. Ancak bunun için elbette önem arz eden husus davanın canlı tutulmamış olmasıdır⁶⁶⁰.

Anayasa Mahkemesi davanın canlı tutulmadığı durumlarda bir hakkın varlığından bahsetmenin imkanı olmadığını *İhsan Vurucuoğlu Başvurusu*'nda ortaya koymuştur. Davada; *“Başvurucu, uluslararası sözleşme niteliğinde olan Mübadele Sözleşmesi gereği iskân verilen taşınmazların mülkiyetinin Maliye Hazinesi adına tescilinin Sözleşme'nin ve mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde olduğunu, ayrıca murisinin Safranbolu ilçesinden ayrılırken bu ilçedeki iskân haklarından feragat ettiğine dair verdiği taahhütnamenin geçerliliğinin bulunmadığını ileri sürmüştür. Anılan iddialar Ankara 8. İdare Mahkemesince değerlendirilmiş; başvuruçunun murisine pek çok kez alacaklarını alma imkanı tanındığı halde bu haklarını kullanmadığı, son olarak mülga 4796 sayılı Kanunla mübadillere verilen malların kesin tasfiyeye tabi tutulmasının sağlandığı, bu süreçte başvuruçunun murisinin alacaklarını alma haklarını kullanmadığı ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde*

⁶⁵⁷ Agavni Mari Hazaryan ve Diğerleri, § 106-110.

⁶⁵⁸ Agavni Mari Hazaryan ve Diğerleri, § 106.

⁶⁵⁹ SMIT, Anneke; *The Property Rights of Refugees and Internally Displaced Persons*, Routledge, New York, 2012, s. 18.

⁶⁶⁰ AKYILMAZ, S. Gül; *Osmanlı Devleti'ndeki Hukuki Düzenlemeler Çerçevesinde Ermeniler ve Geride Bıraktıkları Mallar (Emval-i Metruke)*, Avrasya İncelemeleri Merkezi Rapor No: 16, 2017, s. 62.

belirtilen 10 yıllık sürenin geçtiği, bu nedenle Yunanistan'da bırakılan malvarlığı değerinin ödenmesinin mümkün olmadığı, diğer taraftan, başvurucunun murisinin, iskan haklarından feragat ederek Safranbolu'dan ayrıldığı ve Adapazarı'na taşındığı, mülga 675 sayılı Kanun'da belirtilen 5 yıl oturma şartını da gerçekleştirmediği gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir⁶⁶¹.”

Başvuru hakkında özet nitelikli bilgileri veren Anayasa Mahkemesi, verdiği kararın takip eden paragraflarında oldukça önemli belirlemeler yapmıştır. Buna göre; “17/2/1926 tarih ve 743 sayılı mülga Türk Medeni Kanunu incelendiğinde, tapu kaydı bulunmayan taşınmazlar üzerinde iskân hakkı verilmesi taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için yeterli değildir. Bunun dışında belli sürelerde taşınmaz üzerinde zilyetlik şartı da aranacaktır (mülga 743 sayılı Kanun m.638 ve 639). Başvurucu veya murisi tarafından mülkiyetin kazanılması için aranan bu şart gerçekleştirilmediği gibi, başvurucunun murisi iskân hakkından feragat ederek iskân verilen yerden ayrılmıştır. Ankara 8. İdare Mahkemesince verilen kararın gerekçesi, mülga 675 sayılı Kanun'un birinci maddesi, başvurucunun murisinin Safranbolu ilçesindeki iskân haklarından feragat ettiğine dair dilekçesi ile değişik tarihlerde çıkarılan kanunlara rağmen taşınmazı alma hakkının kullanılmadığı dikkate alındığında, başvurucunun iddia ettiği hakkın mevcut olmadığı ortaya çıkmaktadır. Lozan Antlaşması ve Mübadele Sözleşmesi'nde, mübadele sonucu Türkiye'ye gelenlere ev ve iskân verileceği belirtilmiş olup, iskân hakkı verilmesiyle mülkiyetin kazanılacağı belirtilmemiştir.

Başvurucu tarafından tazminat talebiyle Ankara 8. İdare Mahkemesine açılan davada verilen, başvurucunun iddia ettiği hakkın mevcut olmadığından davanın reddine ilişkin hüküm de bir tespit hükmü olup, başvurucunun iddia ettiği hakkın mevcut olduğunu göstermemektedir.

Belirtilen hususlar çerçevesinde başvurucunun dedesine Safranbolu ilçesinde verilen iskân hakkı, başvurucunun taşınmazın mülkiyetini kazanmasını sağlamadığı ve başvuru lehine Anayasa'nın 35. maddesi kapsamına giren korunmaya değer bir menfaat doğurmadığı anlaşılmaktadır⁶⁶².”

⁶⁶¹ İhsan Vurucuoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2013/539, Karar Tarihi: 16.05.2013, § 33,

⁶⁶² İhsan Vurucuoğlu, § 34-36.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararında başvurunun mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilecek bir hakkı olmadığına karar vermiştir. Bunun da temel sebebi, başvurunun eski maliki olduğu taşınmaz üzerinde ihtilaf bulunması, yani eski malikin mülkiyeti kaybetmesinin o dönemde yürürlükte olan mevzuat açısından hukuka aykırı olduğunun tespit edilememesidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılacak bir başvuruda 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinin uygulanabilmesi için bir hakkın mevcut olması veya mevcudiyeti konusunda meşru bir beklentinin olması gerekmektedir. Bu anlamda gayrimenkulün davacının malvarlığına dâhil olması için söz konusu taşınmazın tapuda o kişi üzerine kayıtlı olması gerekir.

Özellikle ihtilafli taşınmazlar üzerinde 1. fıkra anlamında mülkiyet hakkının olduğu söylenemez ve bu ihtilafı başvuruçular aleyhine çözen milli mahkeme kararları, açıkça keyfilik ve usulsüzlük içermediği sürece, Mahkeme'nin denetiminin dışındadır⁶⁶³. İşte tüm bu sebeplerle Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararı büyük bir önem taşımaktadır.

Güncellik kriteri daha önce belirtildiği gibi, varsayımsal bir iddianın bireysel başvuruya konu edilmesini önler. Ayrıca ihlal varsa ve giderilmişse bu durumda da güncellik kriterinin yokluğundan dolayı kişi bakımından yetkisizlik söz konusu olur. Süregelen ihlallerde ise mesele ihlal iddiasının güncelliği değildir. Eğer süregelen bir ihlal varsa bu ihlal zaten varsayımsal olamaz. Ancak Anayasa Mahkemesi önündeki temel hakkın ihlali, Mahkeme'nin zaman bakımından yetkisi içerisinde kalan sürede gerçekleşmiyorsa bu durumda anlık bir ihlal söz konusu olup, verilecek karar zaman bakımından yetkisizliktir.

III. TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLERİN İÇERİK ve KAPSAMININ BELİRLENMESİNDE GENİŞLETİCİ YORUM

Kapsam kavramı, Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde “*Sınırları içine başka konuları veya anlamları alma durumu, şümul*⁶⁶⁴.” şeklinde tanımlanmıştır. Bir temel hak ve özgürlüğün kapsamının belirlenmesi, hakkın tatbik edilmesi için gereklidir; bu sebeple

⁶⁶³ ABDULLAHZADE, (2013), s. 334.

⁶⁶⁴ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

kavram, hakkın öznesi ve içeriğinin yorum yoluyla belirlenmesinin ardından Mahkeme'nin çözmesi gereken bir sorun olarak karşımıza çıkar⁶⁶⁵.

Bireysel başvuruda temel hak ve özgürlüklerin içerik ve kapsamının yorumlanması, Anayasa'nın yorumlanması açısından Anayasa Mahkemesi'nin en hayati görevlerinden biridir. Anayasa Mahkemesi, *K. V. Başvurusu*'nda temel hak ve özgürlüklerin kapsamının yorum yoluyla belirlenmesinin Anayasa açısından taşıdığı önemi şu şekilde ifade etmiştir: *“Anayasa hükümlerinin yorumlanması işin doğası gereği temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve sınırlarının belirlenmesini de içermektedir. Bu nedenle anayasal önemin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması açısından önem taşıma şeklinde ifade edilebilecek iki unsurunun bulunduğunu kabul etmek gerekir*⁶⁶⁶.”

Öncelikli olarak temel hak ve özgürlüklerin kapsamının belirlenmesine ilişkin kuramsal birtakım hususları açıklığa kavuşturmak gerekir. Bunun ardından ise temel hak ve özgürlüklerin kapsamının belirlenmesinde Türk Anayasa Mahkemesi açısından büyük önemi olan iki grup hukuki metnin yorumu ayrıntılı bir biçimde ele alınacaktır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi'nin temel hakların kapsamını belirlerken; Anayasa ile 6216 Sayılı Kanun hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini nasıl yorumladığı önem arz etmektedir.

A. Temel Hakların İçerik ve Kapsamının Belirlenmesinde Kuramsal Yaklaşım

1. Norm Somutlaşması Kavramı

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler kısa ve çerçeve niteliktedir. Bu hükümler çoğu zaman somut unsurlar içermek yerine “Herkesin ... hakkı vardır” şeklinde formüle edilmişlerdir. Bu hükümleri ete kemiğe büründürmek için⁶⁶⁷ bunların

⁶⁶⁵ VAN DER SCHYFF, Gerhard; “Interpreting the Protection Guaranteed by Two-Stage Rights in the European Convention of Human Rights: The Case for Wide Interpretation”, **Shaping Rights in the ECHR: The Role of The European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, (Eds: Eva BREMS, Janneke GERARDS), Cambridge University Press, 2013, s. 66.

⁶⁶⁶ **K. V. Başvurusu, Başvuru No: 2014/2293**, Karar Tarihi: 01.12.2016, § 61, **Devran Duran Başvurusu, Başvuru No: 2014/10405**, Karar Tarihi: 25.05.2017, § 108.

⁶⁶⁷ Conor Gearty, eserinde “*put the legal flesh on the bare bones of the human rights*” ifadesini kullanmaktadır. Bu deyim Türkçemizde “ete kemiğe büründürmek” deyiimiyle karşılanabileceği düşünülmüştür. GEARTY, Conor; **Principles of Human Rights Adjudication**, Oxford University Press, Oxford, 2004, s.13.

yargısal makamlar tarafından somutlaştırılması gerekir. Bu somutlaştırma temel hak ve özgürlük hükmü ile norm arasındaki farkla açıklanır.

Daha önce belirtildiği gibi hukuk normu ile norm metni farklı şeylerdir. Bu teori Alman anayasa hukukçusu Friedrich Müller'e aittir⁶⁶⁸. Müller'in teorisine göre hukuk normu, norm metninden çok daha fazlasıdır. Norm metni, bir emir veya yasak içeren yazılı bir kuraldır. Norm ise bu metnin yorumlanması ve anlamlandırılması sonucunda ortaya çıkan programı ifade eder⁶⁶⁹. Bunu trafik ışıkları örneği ile açıklamak mümkündür. Örneğin kırmızı ışıkta duran bir sürücü, bu ışığın kendisine dur komutu verdiğini anlamaktadır. Sürücünün o anda ne yapması gerektiğini yazılı kural söylemez; bunu söyleyen ışıklar vasıtasıyla somutlaşmış olan hukuk normudur⁶⁷⁰.

Trafik ışıkları örneğinde hangi ışığın ne anlama geldiğini belirten açık bir kural vardır. Ancak daha önce ifade edildiği gibi hukuk kuralları her zaman bu kadar açık olmazlar. Bu durumda norm somutlaşması da büyük önem kazanır. Temel hak ve özgürlük normlarının kısa ve çerçeve nitelikli olmaları sebebiyle bunların yorumunun norm somutlaşması ile özdeş olduğu ifade edilmiştir⁶⁷¹.

İngiliz hukukçu Douglas'a göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler, doğaları gereği lafzi bir belirsizlik barındırırlar. Bu belirsizliğin iki veçhesi bulunur⁶⁷². Bunlardan birincisi yukarıda belirtildiği gibi bu hükümlerin kısa ve çerçeve nitelikli olmasıdır. İkincisi ise çok daha özgül bir durumu ifade eder: Temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler, ilgili oldukları haklara mündemiç başka haklar barındırırlar⁶⁷³. Birinci veçhesiyle temel hak ve özgürlükler yorumu, hukuk kurallarının yorumuna ilişkin genel ilkelerle aynıdır. Hukuk kuralları, ne denli yoruma açıksa temel hak ve özgürlükler de o denli açıktır. Ancak ikinci veçhesiyle temel hak ve özgürlükler yorumu, mahkemelerin şimdiye kadar çok da aşına olmadıkları bir faaliyeti beraberinde getirmektedir. Mahkemeler, temel hak ve özgürlük kurallarını, içinde bulunulan her normatif olay ile yer ve zamana göre yorumlamak mecburiyetindedirler. Çünkü mahkemelerin görevi, temel hak ve özgürlükler hükümlerini birinci veçheye göre yorumlamak olduğu kadar,

⁶⁶⁸ BOYAR (2008), s. 42.

⁶⁶⁹ ALEX, (2002), s. 39-40.

⁶⁷⁰ Örnek için bkz. ALEX, (2002), s. 20

⁶⁷¹ Huber'in norm somutlaşması hakkındaki görüşleri için bkz. SANCAR, (1996), s. 119-122.

⁶⁷² DOUGLAS, (2012), s. 17-18.

⁶⁷³ Aynı yönde bkz. DOUZINAS, (2000), s. 375.

bu hükümlere mündemiç hakları da sınırlı bir metnin kapsamından türetmektir. Bu sebeple temel hak ve özgürlükler, hükümden norma geçişte hukukun klasik pozitif yapısından farklı bir yapıya bürünürler⁶⁷⁴. İngiliz hukukunda kendine yer bulan bu yaklaşım, Alman hukukundaki norm somutlaşması kavramının da anlamını ortaya koyar. Alman hukukçu Huber de norm somutlaşmasını; “*zamanın akışı ve toplumsal dönüşüm içinde norm programlarının tamamının gerçekleştirilmesi yoluyla anayasayı geliştirmek, tüketmek, zenginleştirmek ve hukuk yaratmak*⁶⁷⁵” olarak tanımlamaktadır. Böylece norm somutlaşması, yaşayan belge içtihadının, dolayısıyla yeni hermeneutik yaklaşımının da temelini teşkil eder.

Anayasa Mahkemesi, *K. V. Başvurusu*’nda yaşayan belge içtihadına olan eğilimini isim vermeden ortaya koymuştur. Buna göre; “*Mahkeme, bir meseleyle ilgili olarak daha önce Anayasa’nın ilgili hükümlerini yorumlamış olsa bile değişen durumları dikkate alarak yeniden yorumlama ihtiyacı duyabilir. ... Sosyal ve ekonomik koşulların değişmesi, temel hak ve özgürlüklerle ilgili mevzuatın yeniden düzenlenmesi ya da belli bir meseleyle ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin yorumları arasında Anayasa’nın uygulanması bakımından tereddüte neden olabilecek bir farklılığın ortaya çıkması gibi durumlar Anayasa’nın yeniden yorumlanması ihtiyacını ortaya çıkarabilir*⁶⁷⁶.”

2. Temel Hakların İçerik ve Kapsamının Yorumlanması Konusunda Özgül Bir Örnek: Birleşik Krallık

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ulusal hukuklarda temel hak ve özgürlük anlayışını şekillendirdiği kabul edilmektedir. İç hukuklarında bireysel başvuru yolu bulunan bazı Kıta Avrupası ülkeleri, Anayasa Mahkemeleri sayesinde temel hakların iç hukukla uyumlaştırılması sürecine nispeten daha kolay uyum sağlamaktadırlar⁶⁷⁷. Türkiye’de ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı bireysel başvuru yoluyla hukuk sistemine henüz yerleşmektedir. Bu sebeple benzer bir süreci, Türkiye ve Doğu Avrupa ülkelerinden önce yaşayan Birleşik Krallık’ın bu konudaki tecrübesini incelemekte fayda vardır.

⁶⁷⁴ Bu yönde bkz. DOUGLAS, (2012), s. 23, ayrıca DOUZINAS, (2000), s. 254-255.

⁶⁷⁵ Huber’den aktaran SANCAR, (1996), s. 120.

⁶⁷⁶ *K. V.*, § 63.

⁶⁷⁷ Bunlara örnek olarak İspanya, Almanya ve Avusturya gösterilmektedir. Bu yönde bkz. KELLER, SWEET, (2008), s. 683-685.

Birleşik Krallık'ta 2000 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Hakları Kanunu'nun (*Human Rights Act*) 1/1 ve 1/2. maddelerinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2 ila 12 ve 14. maddeleri ile Sözleşme'ye Ek 1, 2, 3 Nolu Ek Protokoller ve 13 Nolu Ek Protokol'ün 1. maddelerinde yer alan hakların iç hukukta da uygulanacağı ifade edilmiştir. Türkiye ise 1982 Anayasası'na şu hükmü koymuştur. “*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.*” Yani Türkiye de Birleşik Krallık gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan haklara doğrudan pozitif bir hukuk metninde, hem de Anayasası'nda atıf yapmıştır. Böylece Birleşik Krallık gibi Türkiye de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yorumunu kendisi hakkında verilen pek çok ihlal kararından sonra iç hukukuna yerleştirmeye başlamıştır⁶⁷⁸.

Birleşik Krallık'ta geçmişte vahim temel hak ihlalleri olmuştur. Bunlara bir örnek olarak meşhur bir cinayet davası gösterilebilir. 1993 yılında, İngiltere'nin Kirby Kasabası'nda 10 yaşında iki çocuk, 2 yaşındaki James Bulger'ı kaçırap eziyet ederek öldürmüşlerdir. Olay ülkede ve toplumda büyük bir yankı ve infial uyandırmıştır⁶⁷⁹. O dönemde Birleşik Krallık ceza mevzuatı uyarınca ceza ehliyeti yaşı 10'dur. Çocuklar hakkında ceza davası açılmış, ancak davanın çocuk mahkemesinde değil yetişkin mahkemesinde görülmesine karar verilmiştir. Bu mahkemede kural olarak duruşmalar alenidir; ancak hakim kararıyla yaşı küçük olan sanıkların kimlik bilgileri veya fotoğraflarının yayımlanması yasaklanmıştır⁶⁸⁰.

Yapılan yargılama sonucu sanık iki çocuk 10 yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir. Mahkumiyet kararının hemen ardından ise sanıkların kimlik ve fotoğraflarının yayımlanması üzerindeki yasak hakim tarafından kaldırılmıştır. Böylece

⁶⁷⁸ Birleşik Krallık'ta İnsan Hakları Kanunu'nun yürürlüğe konmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlal kararlarının etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. WARBRICK, Colin; “The European Convention on Human Rights and the Human Rights Act: The View from the Outside”, **Judicial Reasoning under the Human Rights Act**, (Eds: Helen FENWICK, Gavin PHILLIPSON, Roger MASTERMAN), Cambridge University Press, 2007, s. 25, 34-35.

⁶⁷⁹ Bu konuda gazeteler, bu çocukları şans eseri görüp bunların henüz bebekken boğulması gerektiğini söyleyenlerle röportajlar yapacak kadar ileri gitmişlerdir. Bu konuda bkz. HAYDON, Deena; SCRATON, Phil; “Condemn A Little More, Understand A Little Less: The Political Context and Rights’ Implications of the Domestic and European Rulings in the Venables-Thompson Case”, **Journal of Law and Society**, Cilt: 27, Sayı: 3, Eylül 2000, s. 424.

⁶⁸⁰ **T. v. the United Kingdom**, Application no. 24724/94, 16.12.1999, § 9-10.

11 yaşındaki iki küçüğün isimleri ve fotoğrafları alenilemiştir⁶⁸¹. Kararın ardından sanık avukatları, cezanın hafifletilmesi için İçişleri Bakanlığı'na başvurmuşlardır. Çünkü 1991 tarihli Ceza Adaleti Kanunu'nun 35. maddesi, hakim tarafından verilen hapis cezasının miktarını Kraliçe adına azaltma veya arttırma yetkisi vermektedir. Konu hakkında İçişleri Bakanlığı çok tartışılan bir karara imza atmıştır. Bakanlık, sanık avukatlarına, suç mağdurunun ailesine gelen destek mektupları ve toplanan imzaları hatırlatmış, bunun ardından da sanık iki çocuğun cezasını 10 yıldan 15 yıla çıkarmıştır⁶⁸². Temel hukuk bilgisine sahip bir kişinin bu karar karşısında dehşete düşmemesi imkansızdır. Yargısal bir karar neticesinde hükmedilmiş bir hapis cezasının miktarı, yürütme organı tarafından yetersiz bulunarak arttırılmaktadır. Ancak o dönemki Birleşik Krallık Yüksek Temyiz Mahkemesi (*House of Lords*), bu karara karşı yapılan başvuruda, İçişleri Bakanlığı'nın ceza miktarında yapmış olduğu değişikliği hukuka uygun bulmuştur⁶⁸³. Konu 1999 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelmiş, Mahkeme, oybirliğiyle Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının, oyçokluğuyla da 3. maddede düzenlenen kötü muamele yasağının ihlal edildiğine hükmetmiştir⁶⁸⁴.

Birleşik Krallık'ta bazı hakimler ve hukukçular, narsistik bir inatçılıkla Bentham döneminden kalan geleneksel faydacı hukuk anlayışını koruma peşindedirler⁶⁸⁵. James Bulger Cinayeti Davası da bu anlayış konusunda ipuçları barındırmaktadır. Diğer pek çok ülkede birtakım vahim temel hak ihlalleri meydana gelmektedir. Ancak bu davada kamusal makamlar, olayın yarattığı toplumsal infial doğrultusunda temel hakları, hem de bir harmoni içerisinde göz göre göre, bilerek ve isteyerek ihlal etmişlerdir. Şaşırtıcı olan budur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlal kararının ardından dahi medya kuruluşlarında, İngiliz hukuk sisteminden çok daha yetersiz ve olgunlaşmamış hukuk sistemlerinden gelen bir avuç Avrupalı hakimin, İngiltere'ye çocuk katilleriyle nasıl baş etmesi gerektiğini öğretemeyeceği şeklinde yazılar yayımlanmıştır⁶⁸⁶.

Birleşik Krallık, belirtilen koşullar altında geleneksel hukuk anlayışını Avrupa temel haklar düzenine uyumlaştırmaya çalışmaktadır. Bu doğrultuda 1990'lı yılların

⁶⁸¹ **T. v. the United Kingdom**, § 15.

⁶⁸² **R. v Secretary of State for the Home Department Ex parte Venables and Ex parte Thompson**, [1998] A.C. 407, House of Lords, 12.06.1997, s. 407, **T. v. the United Kingdom**, § 20-21.

⁶⁸³ Ex parte Venables and Ex parte Thompson, s. 536-538.

⁶⁸⁴ **T. v. the United Kingdom**, § 77-78, 88-89.

⁶⁸⁵ DOUGLAS, (2015), s. 247-248.

⁶⁸⁶ Yazı, İngiltere'nin *The Sun* Gazetesi'nde yayımlanmıştır. HAYDON, SCRATON, (2000), s. 440.

başlarından itibaren verdikleri kararlarda Temyiz Mahkemesi hakimleri, birtakım temel hakların izini Anglosakson hukukunda sürmeye başlamışlardır. Britanya hukuk düzeninde “temel hak ve özgürlükler” kavramı için kullanılan kavram, “*anayasal haklar (constitutional rights)*” kavramıdır⁶⁸⁷. Bu kavram ilk defa 1994 yılında Leech Davası’nda kullanılmıştır. Dava, bir hapishane müdürünün gerekli gördüğü takdirde mahkumlara gelen mektupları inceleme yetkisine ilişkindir. Davaya bakan Temyiz Mahkemesi, bu durumun mahkumların anayasal haklarına bir müdahale oluşturduğunu ifade etmiştir⁶⁸⁸. Böylece Mahkeme, Britanya’yı temel hak ve özgürlükler kavramıyla nihayet tanıştırmıştır. Ancak bu durumda eğer Britanya hukukunda temel hak ve özgürlükler varsa, bu hak ve özgürlükler hangi metinde yer almaktadır? Magna Carta, Bill of Rights gibi kadim anayasal metinler bunun belirlenmesi için yetersiz kalmaktadır; çünkü bunlar, modern temel haklar belgelerinden ziyade monarkı sınırlandıran klasik anayasal metinlerdir⁶⁸⁹. Bu doğrultuda İngiliz hakimler yüzünü ilk önce Avrupa Birliği’ne çevirmiştir. İlk defa 2002 yılındaki Thoburn davasında Lord Laws LJ tarafından 1972 tarihli Avrupa Toplulukları Kanunu’nun anayasal bir metin olduğu, bu kanunla Britanya’da modern anlamda bir “anayasal haklar” kataloğunun yaratılmaya başlandığı ifade edilmiştir⁶⁹⁰. Ancak Britanya hukuk sistemine temel hak ve özgürlükler ve bunların yorumunun kesin bir biçimde yerleşmeye başlaması, 1998 tarihinde Parlamento tarafından kabul edildikten sonra 2000 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Hakları Kanunu ile olmuştur.

İnsan Hakları Kanunu, Britanya’da bir temel hak ve özgürlükler kataloğu yaratmamış, yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan hakların iç hukukta uygulanmasını öngörmüştür. Bu durum, İngiliz mahkemelerinin de önüne büyük bir sorun çıkarmıştır: Parlamantonun üstünlüğü ilkesinin anavatanında, mahkemeler bu sınırlı metinde yer alan haklara mündemiç diğer hakları yorum yoluyla türetebilecek midir? Bu husus, Yüksek Temyiz Mahkemesi’nin Simms Kararı’nda tartışılmıştır. Lord

⁶⁸⁷ Örneğin Robert Alexy’nin ünlü “*Theorie der Grundrechte*” isimli eseri, İngilizceye “*Theory of Constitutional Rights*” şeklinde çevrilmiştir. Çünkü Almandaca “temel” sıfatını karşılayan “grund” sözcüğü, İngilizcede bu sıfatı karşılayan “basic” veya “fundamental” şeklinde çevrilirse, bu kavramlar hakkında pek de bilgisi olmayan pek çok İngiliz hukukçusunun bu hakları, insan hakları kavramıyla karıştırmaları oldukça muhtemeldir. Bu kavramların İngiliz hukukundaki konumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. RIVERS, Julian; “*A Theory of Constitutional Rights and The British Constitution*”, **A Theory of Constitutional Rights** içinde, (Robert ALEXYY), Oxford University Press, 2002, s. xix-xxiii.

⁶⁸⁸ **R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Leech**, [1994] QB 198, s. 210.

⁶⁸⁹ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. DICKSON, Brice; **Human Rights and The United Kingdom Supreme Court**, Oxford University Press, 2013, s. s. 19-20.

⁶⁹⁰ **Thoburn v Sunderland City Council** [2002] EWHC 195 Admin, [2003] QB 151, s. 185-186.

Hoffman’a göre; “*Mahkemeler, aksi yönde açık bir ifade veya zorunluluktan kaynaklanan bir uygulama yoksa, (yasama organından çıkan) genel nitelikli hükümlerin lafzını bireyin temel haklarına uygun bir biçimde ele alacaktır*”⁶⁹¹. Böylece Birleşik Krallık mahkemeleri, parlamentonun üstünlüğü ilkesine uygun olarak kanunilik ilkesinden taviz vermeksizin temel hakları da çeşitlendirebilecektir⁶⁹². Bu ifade, norm somutlaştırması yoluyla temel hak ve özgürlüklerin türetilmesi ve iç hukuka yerleştirilmesi yaklaşımına da uygundur. Bu yönüyle hukuksal hermeneutiği de özetlemektedir.

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, yukarıdaki esaslar doğrultusunda, 2000’li yıllardan bu yana temel hak ve özgürlükleri formüle etme çabası içindedir. Ancak 2006 yılındaki Watkins Davası’nda geline noktanın dahi geri adım atılmıştır. Bu davada verilen kararda büyük etkisi olan Lord Bingham’a göre İnsan Hakları Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle mahkemelerin temel hak ve özgürlükler üretmeye çalışmasını gerektiren kahramanca çabalara gerek kalmamıştır⁶⁹³. Bu yaklaşım, doktrinde çok eleştirilmesine rağmen⁶⁹⁴ İngiliz mahkemelerinin genel yaklaşımını özetlemektedir. Bu yaklaşımın yetersizliği, İngiliz siyasal tarihinde son dönemin en önemli olaylarından biriyle ortaya çıkmıştır.

Birleşik Krallık’ta iktidar partisi, 2015 yılında yapılan genel seçimlerini kazanmak adına Avrupa Birliği üyeliğini referanduma sunacağına söz vermiştir. Seçimleri kazanan parti sözünü tutmuş ve 23 Haziran 2016 tarihinde Birleşik Krallık’ın Avrupa Birliği üyeliği oya sunulmuştur. Referandum sonucunda % 52 oranında Birlik’ten ayrılma kararı çıkmıştır. Bunun ardından ülke, köklü bir siyasal değişimi tartışmaya başlamıştır. Buradaki temel hukuki sorun ise şudur: Referandum sonucu uyarınca Avrupa Birliği ile ilişkiyi sonlandırmak için, Birlik kurucu antlaşmalarından olan Lizbon Antlaşması’nın 50. maddesi uyarınca Avrupa Birliği Konseyi’ne bir bildirimde bulunarak ayrılma sürecinin başlatılması lazımdır. Ancak referandum sonucu, Britanya yürütme organının bu bildirimde bulunması için yeterli midir yoksa bunun için parlamentonun ayrıca bir karar alması mı gerekir? Referandum sonucunda bu husus tartışılmaya başlanmış; nihayet hükümet, referandum sonucunun kendisini bu

⁶⁹¹ **R v Secretary of State for the Home Department ex parte Simms**, [2000] 2 AC 115, s. 131F–G.

⁶⁹² DICKSON, (2013), s. 25.

⁶⁹³ **Watkins v Secretary of State for the Home Department**, [2006] UKHL 17, s. 62-64.

⁶⁹⁴ DICKSON, (2013), s. 29.

bildirimi vermek adına yetkilendirdiğini, bu bildirimi yapmak için ayrıca bir yasama işlemiyle yetkilendirilmesine gerek olmadığı yönünde karar almıştır⁶⁹⁵.

Birleşik Krallık hükümetinin, çıkış bildirimi verme kararı alması üzerine Londra’da büyük bir güzellik salonunun sahibi olan Gina Miller, bu karara karşı dava açmıştır. Çünkü Gina Miller, Avrupa Birliği mevzuatı uyarınca Birlik üyesi ülkelerle ortaklıklar kurmuş, antlaşmalar yapmıştır. Birleşik Krallık’ın Birlik’ten çıkması halinde Miller, Avrupa Birliği mevzuatınca tanınan birtakım temel haklarından mahrum kalacaktır; bu durumda Parlamento’nun bu yönde bir iradesi olmaksızın bazı temel haklar pozitif hukuk düzeninden çıkarılmış olmaktadır⁶⁹⁶.

Miller Davası, Birleşik Krallık’ta büyük yankı uyandırmıştır. Çünkü bu dava, yalnızca siyasal bir tercihi değil, Birleşik Krallık’ın parlamentonun üstünlüğü ilkesinden temel hak ve özgürlüklere kadar pek çok anayasal ilkesini ilgilendirmektedir. Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, bu davada başvuru Miller’ı haklı bulmuştur. Bunun birinci sebebini de parlamentonun üstünlüğü olarak göstermiştir. Ancak bu davada Mahkeme, Bölge Mahkemesi’nin içtihadından ilham alarak temel hak ve özgürlükleri üstü kapalı da olsa kabullenmek durumunda kalmıştır. Buna göre Birleşik Krallık’ta temel haklar üç kategoriye ayrılıp incelenebilecektir⁶⁹⁷. (1) Birleşik Krallık hukukunda yer alıp aynı zamanda Avrupa Birliği mevzuatı ile tanınan bu sebeple varlığını sürdürecektir haklar; (2) Avrupa Birliği mevzuatıyla Birleşik Krallık vatandaşlarına diğer üye ülkelerde yararlanmaları için tanınmış haklar ve (3) Avrupa Birliği’ne üye olmaktan kaynaklanan (Avrupa Parlamentosu seçimleri için oy hakkı gibi) ve Birlik’ten çıkılmasıyla yok olacak haklar.

Yüksek Mahkeme’nin bu yorumuna göre, Birleşik Krallık’ın taraf olduğu sözleşmelerde yer alan hakları iç hukukta uygulamaya yönelik çıkarılan kanunlar, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen maddi anayasa hükümleri olarak kabul görmektedir. Bu durumda Birleşik Krallık, Avrupa Birliği’nden çıksa bile İnsan Hakları Kanunu

⁶⁹⁵ PHILLIPSON, Gavin; “A Dive into Deep Constitutional Waters: Article 50, the Prerogative and Parliament”, *The Modern Law Review*, Cilt: 79, Sayı: 6, 2016, s. 1064-1065.

⁶⁹⁶ **R (Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union**, [2017] 2 W.L.R. 583, s. 605-606.

⁶⁹⁷ **R (Miller and another)**, s. 603.

sayesinde bir temel hak ve özgürlükler kataloğuna sahip olacaktır⁶⁹⁸. Bu kanunun temel hakların yorumu konusundaki hükümleri ise özellikle önemlidir.

İnsan Hakları Kanunu’nun “*Sözleşme Haklarının Yorumu*” başlıklı 2/1. maddesinin (a) bendi uyarınca “*Mahkemeler, Sözleşme haklarıyla ilgili bir mesele ortaya çıktığında, bu meselelerin ilgili olduğu ölçüde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları, bildirileri ve tavsiye niteliğindeki görüşlerini dikkate almak zorundadır*⁶⁹⁹.” Birleşik Krallık Mahkemeleri’nin yoruma ilişkin görevleri bununla da sınırlı değildir. Kanun’un “*Yasamanın Yorumu*” başlıklı 3/1. maddesine göre ise “*Kanunlar (primary legislation) ve yürütmenin düzenleyici işlemleri (subordinate legislation), mümkün olduğu ölçüde Sözleşme hakları ile bağdaşır biçimde anlaşılacak ve uygulanacaktır*⁷⁰⁰.”

Birleşik Krallık İnsan Hakları Kanunu’nun belirtilen maddeleri, ulusal hukuklardaki temel hak ve özgürlükler yorumunun da temel olarak iki soruna dayalı olduğunu göstermektedir. Birincisi, iç hukuk düzenlemelerinin yorumudur. Ulusal mahkemeler, iç hukuktaki pozitif hükümleri, temel hak ve özgürlükler odaklı bir anlayışla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı doğrultusunda yorumlamak zorundadırlar. İkincisi ise yepyeni bir sorundur. Ulusal mahkemeler, artık sadece iç hukuktaki pozitif hükümleri değil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı doğrultusunda yorumlayıp iç hukuklarına aktarmak zorundadırlar. İşte bu iki sorun, ulusal hukuklarda temel hak ve özgürlüklerin içerik ve kapsamının yorumu konusunu özetler. Türk Anayasa Mahkemesi’nin temel hak ve özgürlüklerin içerik ve kapsamını yorumlayışı da (1) Anayasa ve 6216 Sayılı Kanun hükümlerinin yorumu ve (2) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı doğrultusunda yorumu üzerinden ele alınmalıdır.

⁶⁹⁸ Bu yönde bkz. BJORGE, Eirik; EU Rights as British Rights”, **University of Bristol Law School Blog**, 14.11.2016, <http://legalresearch.blogs.bris.ac.uk/2016/11/eu-rights-as-british-rights/>, Erişim Tarihi: 07.07.2017.

⁶⁹⁹ *A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any—judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights,*

...
whenever made or given, so far as, in the opinion of the court or tribunal, it is relevant to the proceedings in which that question has arisen.

⁷⁰⁰ *So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.*

B. Anayasa ve 6216 Sayılı Kanun'un Bireysel Başvurunun Kapsamına İlişkin Hükümlerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Doğrultusunda Yorumu

1. Hakkın Anayasa'da ve Sözleşme'de Yer Alması Koşulu

Türk anayasa hukukunda bireysel başvurunun konusu, ilk ve en temel olarak 148. maddeye 2010 yılında eklenen 3. fıkrayla belirlenmiştir. Buna göre; “(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) 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.” Demek ki bir hukuki işlem veya eylemin bireysel başvurunun konusu olabilmesi için, (1) *Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında olanlardan birini*, (2) “*kamu gücü tarafından, ihlal*” eden bir işlem ya da eylem olması gerekir⁷⁰¹. 1982 Anayasası'nda hangi hakların yer aldığı bellidir. Bu konuda herhangi bir sorun yoktur. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan haklar konusu izaha muhtaçtır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak bilinen sözleşmenin adı, *İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme*'dir. Bu sözleşme, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından İkinci Dünya Savaşı sonrasında hazırlanmış, 4 Kasım 1950 tarihinde 15 ülke tarafından imzalanmıştır; imzacı ülkelerin iç hukukundaki işlemleri tamamlamalarının ardından da 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile Sözleşme, uygun bulunmuştur. Onaylanmasının ardından Kanun'un ve Sözleşme'nin Resmi Gazete'de yayımlandığı tarih 19.03.1954'tür. Sözleşme'nin onay belgesi 18.05.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiştir. Bu tarih, Sözleşmenin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği tarihtir. Ancak Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin organları olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuru yetkisini 28.01.1987'de tanımış ve Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın zorunlu yargı yetkisini ise 21.01.1990'da kabul etmiştir. Bilahare Komisyon

⁷⁰¹ ŞİRİN, (2015), s. 58.

ve Divan 11 Nolu Ek Protokol’le birleşerek tam bir mahkeme statüsüne ve işleyişine geçilmiştir⁷⁰².

Görüldüğü gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, imzalandığı şekliyle kalmamıştır. Aradan geçen yıllar içinde Sözleşme, ek protokollerle güçlendirilmiş ve değiştirilmiştir. Örneğin 1950 yılında imzalanan Sözleşme’de mülkiyet hakkı yer almaz. Çünkü İkinci Dünya Savaşı’nın neden olduğu ekonomik sorunlar, yeniden yapılanmak zorundaki Avrupa Konseyi’ne üye ülkelerin böyle kapsamlı bir sorumluluk altına girmelerini güçleştirmiştir. Halbuki bu hakkın tanınması, yeni kurulan serbest piyasa düzeninde hak koruma sistemi için elzemdir. Bu sebeple, mülkiyet hakkı, 1952 yılında, 1 Nolu Ek Protokol ile Sözleşme’ye dahil edilmiştir⁷⁰³.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruya geri döndüğümüzde karşımıza şu soru çıkar: Anayasa’nın 148. maddesinin 3. fıkrasında yer alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alma koşulu nasıl yorumlanacaktır? Ek protokollerde yer alan haklar buna dahil midir? Nitekim Türkiye; 4, 9 ve 12 Nolu Ek Protokollere taraf değildir; ancak bunları imzalamıştır. 10 Nolu Ek Protokol Türkiye tarafından imzalanmamış, zaten yürürlüğe de girmemiştir. 7 Nolu Ek Protokol ise 01.08.2016 tarihinde Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. Bunlar dışında halen imza ve onaya açık olan 1, 6, 13 ve 14 Nolu Protokollere Türkiye taraftır⁷⁰⁴. Kısacası Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin her ek protokolüne taraf değildir.

6216 Sayılı Kanun’un 45/1. maddesi ile ek protokoller meselesi çözüme kavuşturulmuştur. Fıkraya göre; “*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.*” Fıkra metninde açıkça belirtilmektedir: Anayasa Mahkemesi’nin konu bakımından yetkisi, Anayasa’da yer alıp, aynı zamanda Sözleşme ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerde yer alan haklarla sınırlıdır. Öyleyse bu durum Anayasa’ya uygun mudur? Nitekim kanunun, Anayasa metninde yer almayan bir sınırlama getirdiği görülmektedir.

⁷⁰² Konu hakkında bkz. DOĞAN, İlyas; **İnsan Hakları Hukuku**, Astana Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2013. s. 538-539, GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ (2007), s. 13.

⁷⁰³ DİNÇ, Güney; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 51, 2004, s. 133.

⁷⁰⁴ AYDIN, (2011), s. 129.

Doktrinde 6216 Sayılı Kanun'un 45/1. maddesinin Anayasa'nın 148/3. maddesine aykırı olduğu ifade edilmektedir. Sağlam'a göre kanuna, “ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller”in de eklenmiş olması aslında anayasaya göre bir genişleme gibi görünse de, gerek norm programı gerekse normun nesnel (maddi) içeriği açısından anlamsız hatta abes (absürd) bir daraltma niteliği taşımaktadır. Çünkü burada önemli olan, Türkiye'nin protokole taraf olması değildir. Burada uygulanacak olan protokol değil, ona tekabül eden anayasa kuralıdır. ... Böyle bir daraltma, hiç kuşkusuz Anayasa'daki formülün amaç ve kapsamına açıkça aykırıdır⁷⁰⁵.” Ancak Anayasa Mahkemesi, bu eleştiriyi dikkate almamıştır.

Anayasa Mahkemesi, ek protokollerde yer alan haklara ilişkin kararlarında “konu bakımından yetkisizlik” gerekçesiyle başvuruları kabul edilemez bulmaktadır. Bu kararlardan önemli bir tanesi *Sebahat Tuncel Başvurusu*'dur. Bu başvuruda Anayasa Mahkemesi, öne sürülen seyahat özgürlüğünün ihlal edildiği ve eşitliğe aykırı davranıldığı iddialarını, söz konusu hakları düzenleyen 4 ve 12 Nolu Ek Protokoller'e Türkiye'nin taraf olmadığı gerekçesiyle incelememiştir⁷⁰⁶.

Anayasa Mahkemesi'nin 7 Nolu Ek Protokol Türkiye açısından yürürlüğe girmedeği dönemdeki kararları, konu bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemezlik şeklindedir⁷⁰⁷. Buna karşılık Mahkeme, yürürlükte olmadığı dönemde dahi 7 Nolu Ek Protokol'de yer alan cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkını, Türk hukukunda kanunca tanınan hallerde mahkemeye erişim hakkı kapsamında görerek konu bakımından yetkisine dahil etmiştir⁷⁰⁸. Buna karşın Mahkeme, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin yargılama usulüne ilişkin verdiği kararlarında, iki dereceli yargılanma hakkının ek protokol kapsamında olduğuna dikkat çekerek kabul edilemezlik içtihatlarına devam etmiştir. Mahkeme'nin bu konudaki gerekçesi de şu şekildedir: “...AYİM nezdinde temyiz, yani iki dereceli yargılanma hakkı, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmadığı gibi, AİHS ve buna ek

⁷⁰⁵ SAĞLAM, Fazıl; “Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, **Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler**, (Eds: Ece GÖZTEPE, Aykut ÇELEBİ), Metis Yayınları, İstanbul, 2012, s. 430-431.

⁷⁰⁶ **Sebahat Tuncel Başvurusu, Başvuru No: 2012/1051**, Karar Tarihi: 20/02.2014, § 55.

⁷⁰⁷ **Faris Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/1026**, Karar Tarihi: 20/5/2015, § 42.

⁷⁰⁸ **İsmail Taşpınar Başvurusu, Başvuru No: 2013/3912**, Karar Tarihi: 06/02/2014, § 60, **Emine Karagülmez Başvurusu, Başvuru No: 2013/3673**, Karar Tarihi: 11/12/2014, § 23, **Ali Atlı Başvurusu, Başvuru No: 2013/500**, Karar Tarihi: 20/03/2014, § 49.

*Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına da girmemektedir*⁷⁰⁹.”

Anayasa Mahkemesi'nin istikrar kazanmış içtihadı 4 ve 12 Nolu Ek Protokoller'de yer alan hakları bireysel başvuru kapsamının dışında bırakmaktır⁷¹⁰. Bu durumda ne yapılması gerekir? Bunun cevabı da yine F. Sağlam tarafından verilmektedir: “*Yasanın açık lafzına karşı yorum (contra legem yorum) yapılamayacağından, 6216 sayılı yasanın 45. maddesinde yer alan “Türkiye'nin taraf olduğu” ibaresinin, şayet soyut norm denetimi harekete geçirilmemişse somut norm denetimiyle iptalinin sağlanması gerekir*⁷¹¹.” Belirtilen hususta soyut norm denetimi yoluna gidilmemiştir. Çünkü bireysel başvuruya konu olan hakların ek protokollerle sınırlandırılması, zaten yine muhalefet tarafından teklif edilerek iktidarla üzerinde uzlaşılan bir konudur⁷¹². Bu durumda somut norm denetimine gidilmesi lazımdır. 6216 Sayılı Kanun'un 45/1. maddesinde yer alan “*Türkiye'nin taraf olduğu*” ibaresi, açık bir biçimde bireysel başvuru davasında Anayasa Mahkemesi tarafından uygulanacak kuraldır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda verdiği kararlar, Mahkeme'de bu konuda bir anayasaya aykırılık şüphesinin dahi uyanmadığını göstermektedir.

Kanunla ek protokollerde yer alan hakların koruma kapsamı dışında bırakılması, kendisi de bir temel hak olan bireysel başvurunun sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Bu sınırlama, Anayasa'nın 148/3 maddesine aykırılık teşkil eder⁷¹³. Ancak bunun sebebi, 6216 Sayılı Kanun'da yer alan “*ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller*” ibaresinin, Anayasa'nın 148/3 maddesinde yer alan “*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi biri*” ibaresine, Anayasa'da öngörülme-yen bir sınır getirmiş olması değildir. Bilakis, böyle bir somutlaştırmanın elzem olduğu ifade de

⁷⁰⁹ Aynı şekilde gerekçelendirilen tespit edilebilmiş bireysel başvuru kararlarının sayısı 16'dır. Kararların tamamında Mahir Akarsu Başvurusu'na atıf yapılarak bu gerekçe kullanılmaktadır. **Mahir Akarsu Başvurusu, Başvuru No: 2012/1096**, Karar Tarihi: 20/2/2014, § 45.

⁷¹⁰ Konu hakkında oldukça ayrıntılı bir çalışma ve bu durumun eleştirisi için bkz. YILMAZ, Didem; “6216 Sayılı Kanundaki “Taraf Olma” Koşulu ve AİHS'e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 64, Sayı 3, 2015, s. 821-824.

⁷¹¹ SAĞLAM, (2012), s. 432.

⁷¹² **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993)**, Sıra Sayısı: 696, s. 19, ayrıca GÖZTEPE, Ece; “Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4. Protokolle Bağlı mıdır? Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Açısından Bir Değerlendirme”, **Rona Aybay'a Armağan, Legal Hukuk Dergisi**, Özel Sayı, 2014, s. 1127.

⁷¹³ Ayrıca Anayasa'da yer alan hakların kullanımının uluslararası yürürlük koşuluna bağlanmış olmasının da 148/3. maddeye aykırılık teşkil ettiği ifade edilmektedir. YILMAZ, (2015), s. 824.

edilmektedir⁷¹⁴. Bu ifadenin anayasaya aykırılığı, bireysel başvurunun altında yatan ilke olan temel hak ve özgürlüklerin etkin korunmasına yönelik olarak Anayasa'nın öngördüğü bütüncül amaca aykırı olmasından kaynaklanmaktadır. Yani bu kanunun yapım aşamasında, kanun gerekçelerine yansıyan temel amaç, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye hakkındaki ihlal kararlarından kaçınılması olabilir; ancak kuşkusuz Anayasa Mahkemesi'nin kendi yorumunda dayanacağı öncelikli amacın temel hak ve özgürlükleri korumak olması lazımdır. Yani Anayasa Mahkemesi, klasik yorum öğretisinden sıyrılarak evrimsel yorum ilkesini kullanmalıdır.

Bireysel başvurunun kapsamına ilişkin evrimsel yorum ihtiyacı, yukarıda belirtilen hususlarla sınırlı değildir. Bu konuda tartışılması gereken bir husus daha vardır: O da Türkiye'nin 4 Nolu Ek Protokolle bağlı olup olmadığı sorunudur. Çünkü 4 Nolu Ek Protokol, Türkiye tarafından 19.10.1992 tarihinde imzalanmış, 23.02.1994 tarih ve 3975 Sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuş ve 94/5749 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla onaylanarak, onay kararnamesi, 14.07.1994 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Yani Türkiye, iç hukuk bakımından bir uluslararası sözleşmenin onaylanması için gerekli bütün işlemleri tamamlamıştır. Ancak sorun şudur: Türkiye, bu işlemleri tamamladığı halde, uluslararası hukuk nezdinde yükümlülük altına girmek için gerekli olan sözleşmeyi uluslararası makama tevdi (*submission*) işlemini gerçekleştirmemiştir⁷¹⁵. Böyle bir durumda Türkiye, iç hukuk açısından 4 Nolu Ek Protokol hükümleriyle bağlı sayılabilir mi?

Göztepe'ye göre; *“bireysel başvuru hakkının ölçü normu AİHS değil, bir iç hukuk metni olarak Anayasa'dır. Bu saptamadan hareketle, uluslararası hukuk alanında Türkiye açısından uygulanabilir olmayan bir andlaşmanın iç hukuktaki onay işlemlerinin tamamlanması, bu hukuk metninin sadece iç hukukla sınırlı olarak uygulanabilir olması için yeterlidir*⁷¹⁶.”

Göztepe'nin düşüncesi, iç hukukta onay işlemleri tamamlanan 4 Nolu Ek Protokol'un, Türkiye'yi, uluslararası hukuk bakımından değilse de iç hukuk bakımından yükümlülük altına soktuğu yönündedir. Bu konuda dikkat çekici bir örnek Kontacı tarafından verilen Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin gördüğü Teoh Davası'dır.

⁷¹⁴ Bu yönde bkz. GÖZTEPE, (2014), s. 1127.

⁷¹⁵ GÖZTEPE, (2014), s. 1129.

⁷¹⁶ GÖZTEPE, (2014), s. 1147.

Davaya konu olan olayda, aslen Malezya vatandaşı olan Teoh, Avustralya'ya gelerek Avustralya vatandaşı Jean Lim ile evlenmiştir. Jean Lim aynı zamanda Teoh'un vefat eden erkek kardeşinin eski hayat arkadaşıdır ve ilk evliliğinden bir çocuğu, Teoh'un erkek kardeşiyle ilişkisinden üç çocuğu vardır. Jean Lim, Teoh ile evlendikten sonra üç çocuk sahibi daha olmuştur. Bu üç çocuk, Teoh'un bakmakla yükümlü olduğu çocuklardır. Teoh, evlendikten sonra sürekli oturma izni almak için başvuru yapmıştır. Ancak başvuru sonuçlanmadan, uyuşturucu bulundurma ve ticareti suçunu işlediği şüphesiyle gözaltına alınmıştır. Bunun ardından da Göçmen Bakanlığı, Teoh'un kalıcı oturma izni başvurusunu reddetmiştir⁷¹⁷.

Göçmen İdaresi'nin verdiği ret kararına karşı Teoh, dava açmıştır. Uzun bir yargılama sürecinin ardından dosya Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Avustralya Yüksek Mahkemesi, konu hakkında Avustralya'da çok tartışılan bir karar vermiştir. Mahkeme'ye göre Teoh'un Avustralya'da sürekli oturma izni başvurusunun reddedilmesi yedi çocuğun bakımını ve refahını tehlikeye düşürmektedir. Bu durumda Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde yer alan "çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ilkesi"ni uygulamak gerekir. Ancak ortada bir sorun vardır: Avustralya, bu sözleşmeyi iç hukuk işlemlerini tamamlayarak onaylamış, ancak henüz makama tevdi etmemiştir. Avustralya Yüksek Mahkemesi, bu konuda ilginç bir karar vermiş ve bir ülkenin uluslararası bir sözleşmeyi onaylamasının, dünyaya ve kendi ülkesinin vatandaşlarına Sözleşme hükümleri doğrultusunda hareket edeceğini beyan ettiği pozitif bir açıklama olduğunu, bunun da o ülkenin vatandaşlarında Sözleşme hükümlerinin kendilerine uygulanacağı konusunda haklı bir beklenti oluşturduğunu ifade etmiştir⁷¹⁸. Böylece Mahkeme, Teoh'un kalıcı oturma izni almasının önündeki engeli kaldırmıştır.

Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin belirtilen kararı şunu ifade eder: Bir ülke, iç hukuktaki işlemleri tamamlayarak bir uluslararası sözleşmeyi onayladıysa, artık bu sözleşme, iç hukukta uygulanabilir niteliktedir. Mahkeme'nin bu kararı, daha sonra oldukça eleştirilmiş ve bu içtihattan kısmi bir geri dönüş de söz konusu olmuştur. Ancak

⁷¹⁷ **Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh** (1995) 183 CLR 273, s. 287.

⁷¹⁸ "ratification of a convention is a positive statement by the executive government of this country to the world and to the Australian people that the executive government and its agencies will act in accordance with the Convention. That positive statement is an adequate foundation for a legitimate expectation, absent statutory or executive indications to the contrary, that administrative decision-makers will act in conformity with the Convention.", Minister Of State For Immigration And Ethnic Affairs V. Ah Hin Teoh, s. 291.

bu karar, yine de Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin verdiği en özgün kararlardan biri olarak gösterilmektedir⁷¹⁹; Türkiye'nin ek protokoller sorununa da çözüm olması mümkündür.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek Protokolleri'ne ilişkin ilginç bir görüş, Türk hukuk doktrininde yer almaktadır. Yılmaz'a göre 6216 Sayılı Kanun'un 45/1 maddesindeki "taraf olma" koşulunun farklı yorumlanması gerekir. Böylece Türkiye açısından imza ile resmiyet kazanmış tüm protokoller, "Türkiye'nin tarafı" olduğu protokoller şeklinde anlaşılıp, bireysel başvuru yolunda ihlal iddiasını destekleyen ölçü normlar olacaktır. Yani uluslararası hukuk açısından taraf olmak, bir uluslararası sözleşmenin devlet bakımından yürürlüğe girmesinin ardından gerçekleşiyorsa, ulusal hukukta bunun ilk imza ile gerçekleştiğini iddia etmek mümkündür⁷²⁰. Bu durumda 4, 7 ve 12 Nolu Ek Protokoller'de yer alan hakların Anayasa'daki karşılıklarının iç hukukta uygulanmasının önündeki engel kalkmış olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin 6216 Sayılı Kanun'un 45/1 maddesinin daraltıcı yorumunu terketmesi, istikrarlı ve bütünlüklü bir içtihat açısından gereklidir. Bunun yolu, bütüncül bir yaklaşım yaratılmak isteniyorsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu kanunu, somut norm denetimi yoluyla iptal etmesinden geçmektedir. Aksi bir yorumda, Anayasa Mahkemesi, taraf olunmayan ek protokollerde yer alan hakları korumasız bırakmış olacaktır. Bu durum, bütüncül bir temel haklar yaklaşımına ters düşer.

2. Aleyhine Başvuru Yapılamayacak İşlemlere İlişkin Kuralların Yorumu

6216 Sayılı Kanun'un 45/1 maddesine göre Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, kamu gücünün eylem, işlem ve ihmallerine karşı yapılır. Anayasa Mahkemesi'ne göre; *"kamu gücü"nü kullanan organlar devlet tüzel kişiliği içinde yer alan yasama, yürütme ve yargı organları ve bu organlara tâbi olan merciler ile yerinden yönetim kuruluşlarıdır*⁷²¹. Yani aleyhine başvuru yapılabilecek işlemler geniş anlamda kamu gücü işlemleridir. Bu kavram, devletin üç organı olan yasama, yürütme

⁷¹⁹ Bu yönde bkz. GROVES, Matthew; "Treaties and Legitimate Expectations – The Rise and Fall of Teoh in Australia", **Judicial Review**, Cilt: 15, Sayı 4, 2010, s. 325-326.

⁷²⁰ YILMAZ, (2015), s. 834.

⁷²¹ **Ali Kemal Renklioğlu Başvurusu, Başvuru No: 2012/171, Karar Tarihi: 12/2/2013, § 15.**

ve yargının sahip olduğu devlet yetkileri, ayrıcalıkları ve üstünlüklerinin tamamını ifade eder⁷²².

Genel kurala göre, kamu gücünün işlem ve eylemlerine karşı bireysel başvuru yapılabilecektir. Ancak 6216 Sayılı Kanun'un 45/3. maddesi buna istisna getirmektedir. Buna göre; *“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.”* Bu hükme göre bireysel başvurunun konusu olabilecek kamu gücü işlemlerine dört istisna getirilmiştir. (1) Yasama işlemleri, (2) yürütmenin düzenleyici işlemleri, (3) Anayasa Mahkemesi kararları, (4) Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler.

a. Yasama İşlemleri

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının en önemli sınırlarından biri yasama işlemlerine karşı bu yolun kapatılmış olmasıdır. Yasama işlemleri kanunlar ve parlamento kararlarından oluşur. Kanun hükmüne göre bunlara karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamaz. Parlamento kararları, yasama organının iç yapısına ve çalışma düzenine ilişkin olarak veya yasama organının yürütme ve yargı organlarıyla ilişkileri çerçevesinde aldığı kararlar olarak tanımlanmaktadır⁷²³. Bunlar çok çeşitlidir. Bu sebeple Teziç, kimi kamu hukukçularının parlamento kararını, özgünlükten yoksun bir kategori olarak kanun türündeki işlemlerin karşısı olarak tanımladıklarını belirtmektedir⁷²⁴. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruda kanun kavramının tanımı açısından benzer bir yol izlemiştir: *“Bir yasama işlemi olarak kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisinin iradesinin ürünüdür. Kanun, parlamento kararı dışında kalan ve Anayasa'nın yetki verdiği Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından Anayasa'da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlemlerdir”*⁷²⁵.

⁷²² UÇAR, İsmail; “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 20, Sayı 3, 2016, s. 333, ayrıca kamu gücünün bireysel başvuru açısından ifade ettiği anlam hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİRİN, (2013), s. 263 vd.

⁷²³ GÖZLER, Kemal; **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2000, s. 375.

⁷²⁴ TEZİÇ, Erdoğan; “Parlamento Kararı ve Kanun”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, 5. Cilt, 1988, s. 121.

⁷²⁵ **Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/256**, Karar Tarihi: 25/6/2014, § 87, **Bülent Polat Başvurusu, Başvuru No: 2013/7666**, Karar Tarihi: 10/12/2015, § 76.

Burada önem taşıyan husus, yasama organının iç yapısını ve işleyişini düzenleyen parlamento kararlarından ziyade kanunlara karşı bireysel başvuru yapamama kuralıdır. Esasında bireysel başvuru esnasında, hak ihlaline sebep olduğu yönünde kanaat oluşan bir kanunun somut norm denetimine götürülmesi, 6216 Sayılı Kanun'un tasarısında yer almış, fakat bilahare tasarıdan çıkarılmıştır. Tasarının 49. maddesinin 6. fıkrası hükmü şu şekildedir: “(6) *Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar.*” Bu hükmün madde metninden çıkarılması alt komisyon incelemesi aşamasında olmuştur; gerekçe ise şudur: “İsa Gök, komisyonlar ve bölümlere Yargıtay'a dahi verilmeyen bilirkişi ve keşif imkanı verilmesine itiraz etmiştir. Ayrıca altıncı fıkra Anayasaya aykırı bir şekilde yeni bir iptal davası açma imkanı yaratıldığını söylemiştir. Anayasa Mahkemesi hem hakim hem savcı durumuna düşürülmemelidir. Diğer üyelerimiz de bu itirazlara aynen katılmışlardır. ...Bu görüşler doğrultusunda maddenin üçüncü fıkrasının, bilirkişi incelemesi ve keşifle ilgili bölümü ayrıca altıncı fıkrası metninden çıkarılmıştır⁷²⁶.” Görüldüğü kadarıyla kanun koyucu, bireysel başvuru yolu vasıtasıyla kanunun anayasaya uygunluk denetimi yapılmasının yolunu kapatmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin ise bu konuda uzlaştırıcı bir orta yol izlemeye çalıştığı görülmektedir.

Öncelikle yasama işlemlerinin hangi durumlarda hak ihlallerine sebep olabileceği ortaya konmalıdır. Bu hususta T. Şirin'in tasnifi şu şekildedir⁷²⁷: (1) *Uygulandığı an ihlal yaratacak kanun hükümleri sorunu* ve (2) *Bir ihlalin ontolojik olarak farklı türde yorumlanması mümkün olmayan bir kanundan kaynaklanması sorunu*. Yazar, bunlardan birinci gruba 6360 Sayılı Kanun uyarınca ikamet ettiği beldenin köye dönüştürülmesi nedeniyle eğitim, sağlık, ulaşım, çevre gibi temel kamu hizmetlerine erişimde sorun yaşayabileceği ihtimalinden bahisle yapılan *Süleyman Erte Başvurusu*'nu göstermektedir. İkinci gruba ise depremde dolayı ölen başvurunun yaşama hakkının 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca sorumlu olduğu ileri sürülen memurlar hakkında soruşturma izni verilmemesi sebebiyle etkili soruşturma yapılamamış olması sebebiyle ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu* girmektedir. Yine

⁷²⁶ **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993)**, Sıra Sayısı: 696, s. 20, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf>, Erişim Tarihi: 09.11.2016.

⁷²⁷ ŞİRİN, (2015), s. 87.

yukarıda bahsedilen evli kadının soyadına ilişkin *Sevim Akat Ekşi ile Gülsim Genç Başvuruları* da aynı doğrultudadır⁷²⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin kanundan kaynaklanan ihlaller doğrultusunda yaptığı ayırım tamamıyla kendine özgü bir ayırmadır. Bu ayırım, Anayasa Mahkemesi tarafından açıkça ortaya konmamıştır. Ancak konu hakkındaki kararların incelenmesinden Mahkeme'nin 6216 Sayılı Kanun'un "*Yasama işlemleri ... aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı*" hükmünde yer alan "*doğrudan*" ifadesini çok farklı bir biçimde yorumlayarak karar verdiği görülmektedir. Mahkeme, *Süleyman Erte Başvurusu*'nda, başvurucunun iddialarını, *güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilendiğine ilişkin güçlü ve ikna edici gerekçeler sunmadan ileri sürdüğünü* belirtmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, ilginç bir şekilde kişi yönünden değil, fakat konu yönünden yetkisizlik sebebiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir⁷²⁹.

Anayasa Mahkemesi'nin önüne, dosyayı, bireysel başvurudan somut norm denetimine taşınmasını talep eden başvurular gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, kararlarında şu ifadeleri kullanmıştır:

"... bireylere doğrudan yasama işleminin iptalini isteme yetkisi tanınmamıştır.

*...Bir yasama işleminin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda, doğrudan yasama işlemi aleyhine değil, ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı bireysel başvuru yapılabilir*⁷³⁰."

⁷²⁸ ŞİRİN, (2015), s. 87-89.

⁷²⁹ **Süleyman Erte Başvurusu, Başvuru No: 2013/469**, Karar Tarihi: 16.04.2013, § 18, Halbuki bir kişinin güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan ihlal edilmediyse kişi yönünden yetkisizlik kararı verilmesi lazımdır; çünkü bu durum mağdur sıfatına ilişkin bir sorundur. Bu yönde bkz. ŞİRİN, (2015), s. 87.

⁷³⁰ **Süleyman Erte**, § 15-17, **Kamil Çakır Başvurusu (2), Başvuru No: 2013/1125**, Karar Tarihi: 25.06.2015, § 94, **Tuncer Arıklı Başvurusu, Başvuru No: 2013/2858**, Karar Tarihi: 23.03.2016, § 62, **Elife Berktaş Başvurusu, Başvuru No: 2013/4684**, Karar Tarihi: 19.11. 2015, § 41, **Ada Deniz Acentalıkları Ve Danışmanlık Ltd. Şti. Başvurusu, Başvuru No: 2013/6405**, Karar Tarihi: 15.12.2015, § 51-52, **Deniz Seki Başvurusu, Başvuru No: 2014/5170**, Karar Tarihi: 25.06.2015, § 87-88.

“Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolu, kamusal bir düzenlemenin soyut bir biçimde Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak kabul edilemez⁷³¹.”

Yukarıda verilen ifadelerden anlaşılan şudur: Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yolunda bakmakta olduğu dosyada uygulanan kanun hükmünün somut norm denetimine götürülmesini kesinlikle kabul etmemektedir. Çünkü bu kanuna karşı “doğrudan” yapılmış bir başvurudur. Ancak Anayasa Mahkemesi, *Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi Başvurusu*’nda, 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun ek 1. maddesinde öngörülen, hazine yardımından yararlanmak için, yapılan son genel seçimde geçerli oyların en az % 3’ü oranında oy alma koşuluna karşı yapılan başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve işin esasına geçmiştir. Mahkeme, kararında *“Milletvekili Genel Seçimleri’nde %3’lük barajın altında kalarak devlet yardımından faydalanamayan başvuru sahiplerinin iddialarının -başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla- doğrudan yasama işlemine değil, yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki örtülü işleme karşı olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvuru sahiplerinin bireysel başvuru anlamında mağdurluk statülerinin bulunduğu kabulü gerekir⁷³².”* şeklinde hüküm tesis etmiştir. Bir başka kararında ise Anayasa Mahkemesi, *“Başvuru formunun talep kısmında her ne kadar doğrudan yasama işleminin iptali talep edilmiş ise de ...yasama işleminin uygulanması sonucu hakkında kesinleşen cezanın infazında ...denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmamasından şikâyetçi olmuştur. Bu durumda başvurunun, salt yasama işleminin iptali talebini içermediği, yasama işleminin uygulanması ile ortaya çıkan durumun eşitsizlik doğurduğu iddiasının da şikâyet konusu edildiği kabul edilmelidir⁷³³.”* diyerek başvuru sahibinin başvurusunu kabul edilebilir bulmuştur.

Konu bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımı da ortaya çıkmış olmaktadır. Anayasa Mahkemesi’ne göre, eğer soyut ve kişiselleşmemiş bir yasama işleminin temel hakkı ihlal ettiği iddiasıyla başvuru yapılıyorsa bu durumda başvuru kabul edilemez. Ancak eğer bu yasama işlemine dayanılarak bir kişi hakkında idari veya yargısal bir işlem tesis edilmişse bu durumda

⁷³¹ Gökhan Ünal Başvurusu, Başvuru No: 2012/30, Karar Tarihi: 05.03.2013, Arif Güneş Başvurusu, Başvuru No: 2012/837, Karar Tarihi: 05.03.2013, § 14, *Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri*, § 24.

⁷³² *Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi*, § 36.

⁷³³ İbrahim Uysal Başvurusu, Başvuru No: 2014/1711, Karar Tarihi: 23.07.2014, § 22.

mağdurluk statüsünün kabulü lazımdır; bu sebeple başvuru kabul edilebilir bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu tasnifi yaparken “*Yasama işlemleri ... aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı*” hükmünü yorumlamakta oldukça zorlandığı görülmektedir. Belirtilen hüküm, Mahkeme'nin konu bakımından yetkisine ilişkin bir hükümdür. Halbuki Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı ayırım kişi bakımından yetkiye ilişkin bir ayırımdır. Yani Anayasa Mahkemesi, konu bakımından yetkiyle kişi bakımından yetkiyi birbirine karıştırmaktadır⁷³⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin tavrını anlayışla karşılamak gerekir. Çünkü kanun, yasama işlemine karşı doğrudan başvuru yapılmasını engellemiştir; ancak öyle bazı işlemler vardır ki anlamı açık bir kanunun idare veya mahkemeler tarafından uygulanması neticesinde temel hakları ihlal edebilmektedir. Bu işlemlerin bireysel başvurunun kapsamı dışında tutmak temel hakların ihlal edilmesine göz yummak demek olur⁷³⁵; daha kötüsü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de işlemin nereden kaynaklandığına bakmaksızın ihlal kararı vermektedir. Yani Anayasa Mahkemesi yine iki ateş arasındadır. Mahkeme'nin bu mengeneden kurtulmak amacıyla belirtilen şekilde yorum yaptığını söylemek mümkündür.

Yukarıda belirtilen *Büyük Birlik Partisi ile Saadet Partisi Başvurusu*'nda Mahkeme, kabul edilebilirlik kararı vererek esasa geçmiş, ancak genel seçimlerde kullanılan geçerli oyların % 3'ünü alamadıkları için hazine yardımından yararlanmayan başvuruçular hakkında yapılmış bu işlemin ölçülü olduğu gerekçesiyle ihlal bulmamıştır⁷³⁶. Bu durumda merak edilen konu şudur: Eğer Anayasa Mahkemesi, böyle bir işlemin bir temel hakkı ihlal ettiğine karar verirse ne olacaktır? Çünkü belirtilen işlemin dayanağı olan 2820 Sayılı Kanun'un ek 1. maddesinde toplam geçerli oyların en az % 3'ünü alma şartı tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirtilmektedir. Bu durumda kanun ortadan kalkmadan temel hak ihlali nasıl giderilecektir?

Bir ihlalin ontolojik olarak farklı türde yorumlanması mümkün olmayan bir kanundan kaynaklanması sorunu, tam olarak budur. Bu sorun somut bir biçimde *Gülsim Genç ve Sevim Akat Ekşi Başvuruları*'nda ortaya çıkmıştır. Başvurularda konu olan olaylarda, daha önce belirtildiği gibi Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi

⁷³⁴ Bu yönde bkz. ŞİRİN, (2015), s. 42.

⁷³⁵ Bu yönde bkz. HAMDEMİR, (2015), s.192, ŞİRİN, (2013), s. 283.

⁷³⁶ **Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi**, § 55-56.

uygulanmaktadır. Bu madde şu şekildedir: “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir.” Bu durumda evlenen kadının kocasının soyadını hiç almadan yalnızca kendi soyadını kullanması mümkün değildir; nitekim nüfus idarelerinin bu kanunu belirtilen şekilde yorumlamaları beklenemez. Dahası, aynı konuyu inceleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu durumun Sözleşme’nin 8. maddesinde yer alan özel hayat ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine hükmetmiş, Türkiye’yi tazminat ödemeye mahkum etmiştir⁷³⁷. Anayasa Mahkemesi ise bu iki kutup arasından Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasını kullanarak sıyrılmaya çalışmıştır. Mahkeme, önüne gelen başvurularda şu şekilde karar vermiştir:

“Anayasa’nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca..., uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.

Başvuruya konu yargılama kapsamında ... ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, uyumsuzluğu karara bağlayan derece mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun’un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır⁷³⁸. ”

Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki kararıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin kanunlarla aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde Sözleşme’nin uygulanacağını ifade etmektedir. Halbuki Sözleşme’nin doğrudan herhangi bir maddesi evli kadının yalnızca kendi soyadını kullanmasını düzenlememektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu sonuca Sözleşme’nin 8. maddesini yorumlayarak ulaşmıştır⁷³⁹. Anayasa Mahkemesi, bu konuda verdiği kararıyla aslında Türk hukuk sisteminin özgül

⁷³⁷ Ünal Tekeli v. Turkey, Application No: 29865/96, 16.02.2005.

⁷³⁸ Sevim Akat Ekşi, § 44-45, Gülsim Genç, § 39-40.

⁷³⁹ Ünal Tekeli v. Turkey, § 42.

sorunlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yanı sıra ve hatta ondan daha çok, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumunun bağlayıcı olduğunu göstermektedir. Daha önce belirtildiği gibi, bir hukuk sisteminde yorum araçları o hukuk sisteminin amaç ve öncülleri doğrultusunda, hatta ilgili hukuk dalının özelliklerine göre şekillenir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin öncelikli amacının kendi temel hak ve özgürlük anlayışını geliştirmekten ziyade Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadına uyum sağlamak, böylece uluslararası bir yaptırımdan korunmak olduğu sonucunu çıkarmak zor değildir. Çünkü bu yorum oldukça devrimci bir yorum olmakla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin spesifik olarak işaret etmediği olaylarda uygulanabilirliği yoktur. Bu konuda Anayasa Mahkemesi, yasama işlemine karşı doğrudan başvuru yapılamayacağı sınırlamasını elinde tutmakta, kanun koyucunun zahiri niyetine uyum sağlamaya çalışmaktadır.

Sorunun çözümü için Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygunluk denetimi yapmasından başka çare görünmemektedir. Ancak bir görüşe göre Anayasa Mahkemesi'nin önündeki bireysel başvuruda uygulayacağı kurallar, 6216 Sayılı Kanun'da yer alan usule ilişkin kurallardan ibarettir; bu sebeple de somut norm denetiminin şartlarından davada uygulanacak kural şartının gerçekleştiğini ileri sürmek mümkün değildir. Buna göre hak ihlaline yol açtığı iddia olunan yasama işleminin (kanun veya kanun hükmünde kararnamenin) somut norm denetimi yoluyla veya başka bir yolla anayasaya aykırılığı ileri sürülemez⁷⁴⁰. Buna karşın doktrindeki baskın görüş Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru incelemesinde somut norm denetimi yapması gerektiğini savunmaktadır. Hatta Şirin, bu konuda Alman öğretisinde kabul gören çözümü önermektedir. Buna göre davada geniş anlamda uygulanacak ve taraflar için etki doğuracak, ilgili kanunun geçerliliğinin uyuşmazlığın çözümü için önem teşkil ettiği durumlarda bu kanunun anayasaya uygunluk denetiminin yapılmasında sakınca yoktur⁷⁴¹.

⁷⁴⁰ Bu yönde bkz. İYİMAYA, Ahmet; "Bireysel Başvuru İncelemesinde Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 116, 2016, s. 437-438. Öykü Didem Aydın ise farklı bir gerekçeyle bu görüşe katılmaktadır. Yazara göre Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetimi yapması, ancak yasama işlemleri aleyhine doğrudan başvurulamayacağı kuralı somut norm denetimine götürülerek iptal edildikten sonra yapılabilir. AYDIN, (2011), s. 145-146.

⁷⁴¹ ŞİRİN, (2015), s. 91, ayrıca ALTIPARMAK, Kerem; **Van Depreminin Hukuki Artçıları: Anayasa Mahkemesi'nin Bayram Oteli Kararı**, TESEV Raporu, İstanbul 2014, s. 9-10.

Hukuksal hermeneutik teorisi tam da böyle zamanlarda lazımdır. Çünkü yasamanın zahiri niyetiyle bağlı olmak, bu durumda, yorumcuyu temel hak ve özgürlüklerin korunması gibi bir amacın dışına çıkarmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu noktada geleneksel yorum öğretisinin kabullerinden sıyrılması gerekir. Yalnızca tarihsel yorum yöntemi kullanılarak yapılacak bir yorum, bireysel başvurunun temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından büyük önem arz ettiği gerçeğinin göz ardı edilmesine sebep olur. Anayasa Mahkemesi'nin amaçsal yorum yapması lazımdır; bu da ancak Mahkeme'nin 6216 Sayılı Kanun'u durum ve zamanın gereklerine yorumlamasıyla, yani evrimsel yorumla mümkündür. Aksi takdirde benimsenecek geçici çözümler, temel hak ihlalinin ortadan kaldırmadığı gibi Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü de arttırır. Sorunun çözümü ise Mahkeme'nin bireysel başvuru incelemesinde anayasaya aykırı olduğu yönünde şüphe oluşan kanunu Genel Kurul'a taşıyarak anayasaya uygunluk denetimi yapmasından geçer.

b. Düzenleyici İdari İşlemler

6216 Sayılı Kanun'un 45/3 maddesinde *düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı* ibaresi yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki içtihadı yasama işlemlerine ilişkin içtihadıyla benzerdir; çünkü bu işlemler içerikleri itibariyle kanunlara benzerler. Düzenleyici idari işlemler; genel, soyut ve kişilik dışı olan idari işlemlerdir. İdare, düzenleyici işlemlerle kurallar koyar. Bunlar; kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlerdir. Diğer düzenleyici işlemlerin kapsamına idarenin “tebliğ”, “sirküler”, “yönerge”, “genel emir” vb. isimler altında çıkardığı kural işlemler girmektedir⁷⁴².

Anayasa Mahkemesi'ne kanun hükmünde kararname dışında kalan düzenleyici idari işlemlerden kaynaklanan temel hak ihlali iddiası geldiği tespit edilememiştir⁷⁴³. Buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin önüne kanun hükmünde kararnameden kaynaklı temel hak ihlali iddiasıyla başvuruların sıklıkla geldiği görülmektedir. Bunun en önemli örneği 659 Sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli

⁷⁴² AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER, Murat; KAYA, Cemil; **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 70.

⁷⁴³ Aynı yönde bkz. ŞİRİN, (2015), s. 92.

İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 14. maddesinden kaynaklanan sorundur⁷⁴⁴.

659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 14. maddesi şu şekildedir: *Tahkim usulüne tabi olanlar dahil adli ve idari davalar ile icra dairelerinde idarelerin vekili sıfatıyla hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri ve avukatlar tarafından yapılan takip ve duruşmalar için, bu davaların idareler lehine neticelenmesi halinde, bunlar tarafından temsil ve takip edilen dava ve işlerde ilgili mevzuata göre hükmedilmesi gereken tutar üzerinden idareler lehine vekalet ücreti takdir edilir.* Maddede düzenlenen husus, idarelerin vekili sıfatıyla görev yapan kamu avukatları ve hukuk müşavirlerine, idare lehine sonuçlanan davalarda, davanın müddeabihi ile orantılı bir vekalet ücreti ödenmesidir. Böylece davanın tarafları arasında idarenin vekilleri aleyhine eşitsizlik yaratan bir durumun ortadan kaldırılması amaçlanmıştır⁷⁴⁵.

659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 02.11.2011'de yürürlüğe girmiştir. Kararnamenin yürürlüğe girmesinin ardından ise hiç beklenmedik bir sorun ortaya çıkmıştır: İdari yargılama usulünde o dönem ıslah müessesesi bulunmamaktadır. Bu sebeple tam yargı davası açan kişiler, davanın açıldığı tarihte uğradıkları zarar miktarını tam olarak tespit etme imkânı bulamadıkları için herhangi bir hak kaybına uğramamak adına tazminat taleplerini yüksek tutmaktadırlar. Bu kişiler, bilirkişi incelemeleri sonucunda talep ettikleri tazminatın çok daha altında kalan meblağlar almışlardır; bu normaldir. Ancak 659 sayılı KHK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte bu kişiler talep ettikleri tazminat miktarı ile bilirkişi tarafından tespit edilen ve hükme esas alınan tazminat miktarı arasındaki fark üzerinden aleyhe vekâlet ücreti ödemek zorunda kalmışlardır⁷⁴⁶. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen ilk dava olan *Özkan Şen Başvurusu*'nda, başvuru, askerlik görevi sırasında meydana gelen mayın patlaması sonucunda yaralanmış, idare aleyhine 200.000 TL maddi, 100.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ise yapılan inceleme sonucunda 5.311 TL maddi, 20.000 TL de manevi tazminata hükmetmiş, fazlaya ilişkin talepleri reddetmiştir. Bilindiği üzere idarenin vekalet ücreti, reddedilen

⁷⁴⁴ ÇINAR, İbrahim; "Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Islah", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı 7, 2016, s. 496 vd.

⁷⁴⁵ Bu durum, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kararlarında yer alan 659 Sayılı KHK'nın 14. maddesinin gerekçesinden anlaşılmaktadır.

⁷⁴⁶ ÇINAR, (2016), s. 496.

maddi ve manevi tazminat talebi üzerinden hesaplanacaktır. Böylece Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, başvuruçunun fazladan talep ettiğine hükmettiği yaklaşık 275.000 TL üzerinden oransal hesap yapmış, başvuruçunun 18.531,34 TL ödemesine hükmetmiştir⁷⁴⁷. Yani başvuruçu davadan alacağı tazminatın çok büyük bir kısmını vekalet ücretine ödemek zorunda kalmıştır. Bunun üzerine de başvuruçu, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin başvuruları kabul etmeye başladığı 23.09.2012 tarihinden itibaren geçen 3 yıl 6 aylık süre içinde idari yargı alanında verilen 241 ihlal kararının 25'inin bu konuda verildiği belirtilmektedir⁷⁴⁸. Anayasa Mahkemesi ise konuyu, 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin mahkemeler tarafından tatbik edilmesiyle ortaya çıkan yargısal işlemin ölçülü olup olmadığının değerlendirmesini yaparak ele almaktadır. Mahkeme, bu külfeti, mahkemeye erişim hakkı bakımından şu şekilde yorumlamaktadır:

“Taraflardan birinin yargılamadaki başarı oranına göre ... lehine veya aleyhine mahkeme masraflarının hükmedilmesine yönelik düzenlemeler mahkemeye erişim hakkına müdahale oluşturmakta ise de abartılı, zorlama veya ciddiyetten yoksun talepleri disipline etmeye yönelik orantılı müdahaleler meşru görülebilir. Ancak, bu sınırlamaların hakkın özüne zarar vermeyecek nitelikte, meşru bir amaca dayalı ve kullanılan aracın sınırlama amacı ile orantılı olması, kamu yararının gerekleri ile bireyin hakları arasında kurulmaya çalışılan adil dengeyi bozacak şekilde birey aleyhine katlanılması zor külfetler yüklememiş olması gerekir⁷⁴⁹.”

Konuya ilişkin somut olaylarda Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusundaki en önemli yorum ilkelerinden biri olan ölçülülük ilkesini kullanmakta, bu yolla mahkemenin 659 Sayılı KHK'ya dayanarak tesis ettiği işlemde ihlal bulmaktadır. Bu durumda iki husus önem arzeder: (1) Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumu, hukuk sisteminin anayasallaşması bakımından

⁷⁴⁷ **Özkan Şen Başvurusu, Başvuru No: 2012/791**, Karar Tarihi: 07.11.2013, § 16.

⁷⁴⁸ Bu davaların ayrıntılı bir listesine ulaşmak için bkz. ÇINAR, (2016), s. 497, dipnot 48.

⁷⁴⁹ **Özkan Şen**, § 61-62, bu yönde önemli bazı kararlar için bkz., **Sadık Koçak ve Diğerleri**, § 124, **Mustafa Özer Başvurusu, Başvuru No: 2014/4683**, Karar Tarihi: 21.1.2015, § 35, **Metin Taşdemir Başvurusu, Başvuru No: 2014/6991**, Karar Tarihi: 26.02.2015, § 23, **Tanju Taş Başvurusu, Başvuru No: 2014/9052**, Karar Tarihi: 11.12.2014, § 37-38.

ne anlam ifade eder? (2) İdare lehine hükmedilen vekalet ücreti ile mahkemeye erişim hakkında ne oranda bir denge kurulacaktır?

Birinci yönüyle bakıldığında Anayasa Mahkemesi'nin yorumu oldukça ilginçtir. 659 Sayılı KHK'nın 14. maddesinde “...*idareler lehine vekalet ücreti takdir edilir.*” ibaresi yer almaktadır. Yani kanunun açık bir hükmü vardır; bu hüküm, mahkemeleri hesaplanacak oran üzerinden vekalet ücreti takdir etmeye mecbur etmektedir. Bu durumda eğer bu tedbir ölçüsüz ise hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi gerekmez mi?

Esasında 659 Sayılı KHK'nın 14. maddesinde yer alan “*hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri*” ibaresi soyut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüştür. İptal isteminin gerekçesi ise dar anlamda kamu görevlisi olan bu kişilerin idare adına takip ettikleri davalardan vekalet ücreti almasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olmasıdır. Çünkü idari davalarda, davacı her zaman vekille temsil edilmez. Ancak davalı idarenin her zaman vekili olur. Anayasa Mahkemesi, konu hakkında herhangi bir ölçülülük değerlendirmesi yapmaksızın hükmü anayasaya uygun bulmuştur⁷⁵⁰. Bunun ardından Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygun bulduğu bu hükmün ilk derece ve temyiz mahkemeleri tarafından birebir uygulanmasında temel hak ihlalleri bulmuştur. Bu durum, bireysel başvurunun yorumsal mantığını da ortaya koymaktadır. Anayasa Mahkemesi, yalnızca yazılı kuralı değil, bu kuralın birebir uygulanmasıyla ortaya çıkan neticeyi özgül anayasa hukuku çerçevesinde değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi, böylece yorum yoluyla hukuk sistemini anayasallaştırma eğilimindedir.

Anayasa Mahkemesi'nin yorumu, anayasaya uygun bir yazılı kuralın tatbik edilmesinin kamu yararı ile temel hak ve özgürlükler arasında adil bir denge oluşması için yeterli olmadığını göstermektedir. Ancak bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin her bir somut olayda adil bir dengenin nasıl ortaya konacağını açıkça belirtmesi lazımdır. Örneğin bir başvuruda Anayasa Mahkemesi, hak kazandığı tazminat ve vekâlet ücreti karşısında ödeme yükümlülüğü altına girdiği vekalet ücretinin, kazanılan tutarın yaklaşık % 13'ü oranına tekabül ettiği gerekçesiyle mahkemeye

⁷⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 2011/145 E. ve 2013/70 K. Sayılı Kararı, R.G. Tarih-Sayı: 23.11.2013-28830.

erişim hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir⁷⁵¹. Öyleyse mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi için aleyhe takdir edilen vekalet ücretinin, kazanılan miktarın ne kadarı olması lazımdır? Maalesef bu konuda bir değerlendirme Anayasa Mahkemesi kararlarında yer almamaktadır. Ancak ilginç bir yaklaşım, İ. Çınar tarafından ortaya atılmıştır. Çınar'a göre Anayasa Mahkemesi ihlal kararı verirken hükmedilen aleyhe vekâlet ücretinin hükmedilen tazminat miktarının %15'i kadar olmasını ölçüt olarak almaktadır. Yazarın iddiasına göre Mahkeme, yaptığı ölçülülük testinde bu oranın altında kalan durumlarda ise mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediğine karar vermektedir⁷⁵². Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarında böyle bir ölçüt tespit edilememiştir. Bu durumda ilk derece ve temyiz mahkemelerinin bu oranı bilmeleri nasıl beklenebilir? Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin hukuku anayasallaştırma işlevini görürken yaptığı evrimsel yorumu açıkça ortaya koyması gerekir. Bu yorumun, ilgili kanunun lafzına birebir uymayan sonuçlar doğurması gizlenecek bir durum değildir. Bilakis bu durum hukuk sisteminde önemli bir yer tutan temel hak ve özgürlüklere halel gelmemesi için elzem ve meşrudur.

c. Anayasa Mahkemesi Kararları

6216 Sayılı Kanun'un 45/3. maddesi, Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı bireysel başvuru yolunu kapamıştır. Kural olarak Anayasa Mahkemesi kararları, objektif nitelikte kararlardır; kişiler üzerinde doğrudan sonuç doğurmazlar. Ancak Türk hukuk sisteminde Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasında Yüce Divan olarak yargılama yapmanın yanı sıra siyasi partilerin kapatılması davalarına bakmak da yer almaktadır. Bu sebeple belirtilen hüküm eleştirilmektedir. Aslında temel mesele, belirtilen bu davaların ceza hukuku konusunda uzmanlaşmış mahkemelerde değil Anayasa Mahkemesi'nde görülmesinden kaynaklanmaktadır⁷⁵³. Anayasa Mahkemesi'nin önüne bireysel başvuru yürürlüğe girdikten sonra gelen bir Yüce Divan ve siyasi partilerin kapatılması işi bulunmamaktadır. Ancak ilerde böyle bir durumda karşılaşılmaması halinde Anayasa Mahkemesi'nin bu işlere bakmasının yorumsal bir sorun yaratacağı kuşkusuzdur.

⁷⁵¹ **Mustafa Coşğun Başvurusu, Başvuru No. 2013/7873**, Karar Tarihi: 20.05.2015. §.44.

⁷⁵² ÇINAR, (2016), s. 498, Yazar bu hususu ileri sürerken herhangi bir kaynağa atıf yapmamıştır; ancak kendisi Anayasa Mahkemesi raportörüdür. Yazarın bu durumu uygulamadan bildiği değerlendirilmekle birlikte, bu konuda kesin bir bilgi de yoktur. Anayasa Mahkemesi'nin bu durumu açıklığa kavuşturması arzu edilir.

⁷⁵³ Bu yönde bkz. UZUN, Cem Duran; **Yeni Anayasa'da Yüksek Yargı**, Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı Yayınları, Sayı: 158, s. 32-33.

d. Anayasanın Yargı Denetimi Dışında Bıraktığı İşlemler

6216 Sayılı Kanun'un 45/3. maddesi, Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere karşı bireysel başvuruda bulunulamayacağını belirtmektedir. Bu işlemler doktrinde şu şekilde belirtilmektedir.

- a) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar, (md. 90/4)
- b) Tahkim yolu öngörülen kamu imtiyaz şartlaşma sözleşmeleri (md. 125/1)
- c) Silahlı Kuvvetler mensupları ile hakimler ve savcılar hakkındaki disiplin kararları,
- d) Olağanüstü Hal ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, (148/1)⁷⁵⁴
- e) Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları, (159/10)
- f) Spor federasyonlarının disiplin işlemleri kararlarına karşı başvurulacak zorunlu tahkim yolunda tahkim kurulunun verdiği kararlar (md. 59/3) ⁷⁵⁵.

Yukarıda yer alan hususlardan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararları (e)⁷⁵⁶ ve tahkim kurulu (f) kararlarına⁷⁵⁷ karşı yapılan bireysel başvurular, Anayasa Mahkemesi tarafından konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu husustaki kararların *contra legem* Anayasa hükümlerine dayandığına kuşku yoktur. Buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin Sayıştay ve Yüksek

⁷⁵⁴ 6177 Sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklik neticesinde Olağanüstü Hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler artık çıkarılamayacağı gibi, sıkıyönetim de Anayasa metninden çıkarılmıştır.

⁷⁵⁵ HAMDEMİR, (2015), s. 207, burada belirtilen hususlardan cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ve Yüksek Askeri Şura kararları, 21.02.2017 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan ve 16.04.2017'de referandumla kabul edilen anayasa değişikliği ile anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler olmaktan çıkmıştır.

⁷⁵⁶ ŞİRİN, (2015), s. 93, bu konudaki kararlar için bkz. **Naz Aydemir Başvurusu, Başvuru No: 2013/850**, Karar Tarihi: 19.12.2013, **Nesin Kayserilioğlu Başvurusu, Başvuru No: 2013/1581**, Karar Tarihi: 16.04.2013, **İsmet Özkorul Başvurusu, Başvuru No: 2013/7582**, Karar Tarihi: 11.12.2014.

⁷⁵⁷ ŞİRİN, (2015), s. 93, **Abdurrahman Akyüz Başvurusu, Başvuru No: 2012/620**, Karar Tarihi: 12.02.2013.

Seçim Kurulu kararlarına karşı verdiği kararlar, Mahkeme'nin yorumu açısından da büyük öneme sahiptir.

Anayasa'da gerek Sayıştay gerekse de Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine herhangi bir mercie başvurulamayacağı ifade edilmiştir. Her ikisi konusunda kesin bir yargıya varabilmek için bu kararların yargısal mı yoksa idari bir karar mı olduğunu saptamak gerekir⁷⁵⁸. Sayıştay'ın hukuki niteliği konusunda Anayasa Mahkemesi, uzun yıllar daraltıcı bir yaklaşım benimsemiřtir⁷⁵⁹. Ancak Mahkeme'nin yaklaşımı, 2014 yılında değişmiştir. Buna göre; *“Sayıştay yargılama dairesi, hesap yargılaması kapsamında sorumluların hesap ve işlemlerinin kanuna uygun olup olmadığını inceledikten sonra neticeye göre ya sorumluların beraatına ya da kamu zararının sorumlulardan tazminine karar vermektedir. Dolayısıyla Sayıştayın, hesap yargılaması kapsamında baktığı yargısal işin Anayasa'nın 152. maddesi anlamında bir dava olduğu anlaşılmaktadır*⁷⁶⁰.”

Anayasa Mahkemesi, nihayet somut norm denetimi yolunda Sayıştay'ı hesap yargılaması yapan bir mahkeme olarak kabul etmiştir. Bu durumda Sayıştay kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun açık olması lazımdır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki itihamı henüz net değildir. Çünkü Mahkeme'nin önüne doğrudan Sayıştay kararından etkilenen kişilerce başvuru yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen başvurulardan ilki olan *A.Z. Başvurusu*'nda başvurucu, kendisine kamu tarafından ödeme yapılan kişidir. Sayıştay'ın başvurucuya yapılan ödemeyi usulsüz bulmasıyla, başvurucu kendisine yapılan ödemeyi iade etmek zorunda kalacağından bahisle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, başvurucu lehine fazla ödeme yapılması nedeniyle sorumlular hakkında verilen tazmin hükmüne konu Sayıştay ilamlarının, başvurucu hakkında hüküm içermediğini belirterek başvurucunun güncel ve kişisel bir hakkının ihlal edilmediğine hkmetmiřtir⁷⁶¹. Daha eski tarihli bir diğer başvuru ise Sayıştay'da yapılan yargılama sonucunda, sorumlunun müdafisi lehine vekalet creti denmemiş

⁷⁵⁸ Bu yönde yaklaşım için bkz. HAMDEMİR, (2015), s. 218.

⁷⁵⁹ Bu konudaki itiham hakkında bkz. GRGN, Emin; AYDIN, Yakup; “Sayıştay Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı: 84, 2012, s. 76-81.

⁷⁶⁰ **Anayasa Mahkemesi'nin 2014/172 E.ve 2014/170 K. Sayılı Kararı**, R.G. Tarih-Sayı: 10.1.2015-29232.

⁷⁶¹ **A.Z. Başvurusu, Başvuru No: 2013/3228**, Karar Tarihi: 10.12.2015, ř 32-33.

olması sebebiyle yapılmıştır. Mahkeme, başvuruyu aynı gerekçeyle reddetmiştir⁷⁶². Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen HSYK kararlarına ilişkin başka bir başvuruda karşı oy kullanan bir üye, Sayıştay kararlarına karşı bireysel başvuru yapılabileceğini ifade etmiştir⁷⁶³. Buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda kesin bir değerlendirmede bulunmadığını belirtmek gerekir.

Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler konusunda en önemli içtihat Yüksek Seçim Kurulu'nun işlemleri aleyhine yapılan bireysel başvuruda verilen karar olmuştur. Bu karar, temel hak ve özgürlüklerin yorumu açısından da büyük önem taşımaktadır. Çünkü Anayasa Mahkemesi, geçmişten bu yana seçim kurullarının hukuki niteliği hakkında daraltıcı bir yorum benimsemiştir. Mahkeme, 1992 yılında, bir ilçe seçim kurulu tarafından yapılmak istenen somut norm denetimi başvurusunu ilk incelemede reddetmiştir. Çünkü Mahkeme'ye göre, “...*Başta Yüksek Seçim Kurulu olmak üzere seçim kurulları Anayasa'nın yargı bölümünde yer almadıkları gibi yargı organlarının sahip olması gerekli olan ... anayasal niteliklerin tümüne de sahip değildirler*”⁷⁶⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin seçim kurullarını “*davaya bakmakta olan mahkeme*” olarak görmediği içtihat, doktrinde yıllarca eleştirilmiştir⁷⁶⁵. Bunun ardından bireysel başvuru yolunun yürürlüğe girmesiyle de Mahkeme'nin nihayet içtihadını yeniden ele alarak genişletici yorum yapacağı umulmuştur⁷⁶⁶. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvurunun hızlı bir şekilde hukuk sistemine girdiği yıllarda görünürde bu beklentilere cevap vermiş, *İsmail Taşpınar Başvurusu*'nda seçim kurulu kararlarının adil yargılanma hakkının konusu olabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme, Mersin Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası'nın başkanlık seçimlerine katılamayan başvurusunun, ilçe seçim kurulu başkanı önüne taşıdığı seçim uyuşmazlığının yargısal bir uyuşmazlık olduğunu, ilçe seçim kurulunun da bu uyuşmazlığı mahkeme sıfatıyla çözdüğüne hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi, yaptığı değerlendirmede yargısal faaliyete ilişkin üç unsura işaret etmiştir. Bunlar; (1) bir hukuki uyuşmazlığın tüm yönleriyle esastan çözümlenerek karara bağlanması ve bu kararın kesin hüküm niteliği

⁷⁶² **Atilla İnan Başvurusu, Başvuru. No: 2012/615**, Karar Tarihi: 21.11.2013, § 33-34.

⁷⁶³ **İsmet Özkorul**, Erdal Tercan'ın Karşı Oyu.

⁷⁶⁴ **Anayasa Mahkemesi'nin 1992/12 E. ve 1992/7 K. Sayılı Kararı**, R.G. Tarih-Sayı :13.05.1992-21227.

⁷⁶⁵ Bir örnek için bkz. BAŞLAR, Kemal; **Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı**, Pozitif Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 20-26.

⁷⁶⁶ Bu yönde bkz. KILIÇ, Ayhan; “Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Yolu”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı: 3, 2013, özellikle s. 68-72.

taşınması, (2) uyuşmazlığı çözüme bağlayan organın bağımsızlık ve tarafsızlığı ve (3) "kanunla kurulmuş olma" ölçütüdür⁷⁶⁷. Seçim kurullarının bu üç unsurun tamamını taşıdığına hükmeden Anayasa Mahkemesi, bu kurulları yargısal faaliyet yürüten bir mahkeme olarak görmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi, belirtilen kararında çok ilginç ifadeler kullanmıştır. Mahkeme'ye göre "...Kanun'un ... maddesinde...İlçe Seçim Kurulu Başkanının kararına karşı herhangi bir kanun yolu öngörülmemiş ve kararların kesin olduğu belirtilmiştir. Söz konusu kuralla, SMMM ve Birlik organlarının seçimlerine ilişkin şikâyetlerin ivedilikle sonuçlandırılması ve birlik organlarının belirlenmesi olduğu açıktır. Bir başka ifade ile kanun koyucu, önemsiz sayılabilecek bazı itirazlardan ötürü verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulmasına kanun ile sınır getirmiştir. Nitekim başvuruya konu Akdeniz İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının kararı kanuna uygun bir şekilde kesin olarak verilmiştir⁷⁶⁸."

Mahkeme'nin bu ifadesi temel hak ve özgürlüklerin yorumu açısından oldukça sakıncalıdır. Anayasa Mahkemesi, kararında, İlçe Seçim Kurulu Başkanı kararlarının kesin olduğunu belirtmektedir. Ancak Başkan'ın kararlarına kesinlik özelliği veren Anayasa hükmü değil, kanun hükmüdür. Anayasa Mahkemesi başvuruyu "açıkça dayanaktan yoksunluk" sebebiyle reddetmiş olsa da bu durum Anayasa Mahkemesi'nin temel hakları genişletici yorum şöyle dursun, daha da daraltıcı yorum yaptığını göstermektedir. 6216 Sayılı Kanun, yalnızca Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler aleyhine bireysel başvuru yolunu kapatırken, Anayasa Mahkemesi, bu yasağı kanunun da yargı denetimine kapattığı işlemlere doğru genişletmektedir.

Anayasa Mahkemesi, nihayet 2015 yılındaki *Atilla Sertel ve Oğuz Oyan Başvuruları*'nda Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı bireysel başvuruya gidilemeyeceği değerlendirmesini yapmıştır. Mahkeme, kararında şu ifadeleri kullanmaktadır: *Anayasa...hükmünde geçen "Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz."* ibaresi ve 298 sayılı Kanun'un 132. maddesinde geçen *"Kurulun kararı kesindir. Aleyhine hiçbir mercie ve kanun yoluna başvurulamaz."* ibaresinin ne anlam ifade ettiğine bakılmalıdır. Anılan hükümlerde yer alan "merci" ifadesiyle başvurulacak idari ve yargısal tüm yer veya makamların kastedildiği anlaşılmaktadır ve Anayasa Mahkemesi de buna dâhildir. Buna göre anılan

⁷⁶⁷ İsmail Taşpınar, § 35-45.

⁷⁶⁸ İsmail Taşpınar, § 62.

hükümler karşısında, YSK kararlarının Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuruya konu olması mümkün değildir⁷⁶⁹.

Anayasa Mahkemesi, bu kararıyla Yüksek Seçim Kurulu'nun tüm işlemlerine karşı bireysel başvuru yolunu kapatmıştır. Mahkeme'nin böyle bir tutum benimsememesi gerektiği, çünkü Kurul kararlarının idari değil yargısal kararlar olduğu, bu kararlara karşı bireysel başvuru yolu kapatıldığı takdirde mantıken diğer yüksek mahkemelerin verdiği kararların da bireysel başvuruya kapalı olması gerektiği doktrinde ayrıntısıyla ifade edilmiştir⁷⁷⁰. Bu kararın bir başka sakıncası daha vardır; o da bu kararların karşı oyunda belirtildiği üzere Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine bireysel başvuru yolunun kapatılmasının serbest seçim hakkı üzerinde yaratacağı korkunç bir içtihadî sınırlama olmasıdır. Bu yolu kapatmakla Anayasa Mahkemesi, Sözleşme ve Anayasa'da bulunan seçme ve seçilme haklarını korumak adına çok sınırlı bir yetkiye sahip olacaktır⁷⁷¹. Özellikle Türkiye'de pek çok konudaki seçim uyuşmazlığının Yüksek Seçim Kurulu'na nihai olarak çözüldüğü göz önüne alındığında, Mahkeme'nin bu yorumunun kendisini neredeyse serbest seçim hakkı konusundaki tüm iş yükünden kurtardığını söylemek mümkündür. Bu durumun Mahkeme'yi bireysel başvurunun temel hak ve özgürlüklere etkin bir koruma sağlama amacından oldukça uzağa savurduğu görülmektedir.

C. Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Doğrultusunda Sözleşme Haklarının Kapsamını Yorumlaması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Avrupa'da temel hak ve özgürlük anlayışını şekillendirdiği belirtilmişti. Bu durum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yeni hermeneutik yaklaşımını uygulamasıyla önce yukarıdan aşağı bir süreçle başlamıştır. Ancak bu etki kısa zamanda tepki doğurmuştur. Avrupa Konseyi üyesi ülkeler, bu etkiye kendi ulusal hukuklarındaki temel haklar anlayışıyla cevap vermeye çalışmaktadırlar. Yani temel hak ve özgürlükler günümüzde yalnızca yukarıdan aşağı

⁷⁶⁹ **Atila Sertel Başvurusu, Başvuru No: 2015/6723**, Karar Tarihi: 14.07.2015, § 40, **Oğuz Oyan Başvurusu, Başvuru No: 2015/8818**, Karar Tarihi: 14.07.2015, § 28.

⁷⁷⁰ Bu yönde bkz. ŞİRİN, (2015), s. 94.

⁷⁷¹ **Atila Sertel**, Alpaslan Altan ve Erdal Tercan'ın Karşı Oyları.

alışan bir mekanizma ile değil, aşağıdan yukarı gösterilen yargısal bir tepkiyle de řekillenmektedir⁷⁷².

Son zamanlarda yapılmış önemli bir çalışmaya göre dünyanın her yerinde çeşitli etkenler neticesinde evrensel bir temel hak ve özgürlükler yaklaşımı oluşmaktadır. Bu yaklaşım insan haklarının evrenselliğinden farklıdır. Temel hak ve özgürlüklere kaynaklık eden modern ilke olan insan haklarından ayrı olarak artık evrensel bir temel hak ve özgürlükler modeli şekillenmektedir. Bu modele, küresel temel (anayasal) haklar modeli adı verilmektedir⁷⁷³.

Temel hak ve özgürlüklerin her yargısal sistemde aynı şekilde kabul gördüğü söylenemez. Ancak günümüzde temel hak ve özgürlükleri, belli bir coğrafyayla sınırlamak mümkün değildir; ilgili hukuki düzenlemeler, ülkelerin anayasalarına girmiş ve girmektedir. Dahası bu düzenlemelerin yorumu da çeşitli ülkelerin yargısal sistemlerinde gittikçe ortak bir uygulamayla küresel bir şekil almaktadır⁷⁷⁴. Bu doğrultuda öncelikle temel hak ve özgürlüklerin yapısına ilişkin güncel kuramları ele almak gerekir.

1. Sözleşme Haklarının Ulusal Mahkemeler Tarafından Yorumlanmasına İlişkin Kuramlar

a. Aşamalı Yargılama Hakları (Two-Stage Rights) Kuramı

Temel hak ve özgürlüklerin kapsamını, benzer bir kavramla karıştırmamak gerekir. Bu kavram temel hak ve özgürlüklerin sınırlarıdır. Her hakkın bir kapsamı vardır; ama her hakkın sınırı yoktur⁷⁷⁵. Bu durumda hakkın kapsamı ile sınırı arasında bir fark ortaya çıkar. Bu fark, temel hakların kapsamına ilişkin yepyeni bir

⁷⁷² Bu yönde bkz. BJORGE, Eirik; “Bottom-Up Shaping of Rights: How the Scope of Human Rights at the National Level Impact upon Convention Rights”, **Shaping Rights in the ECHR: The Role of The European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, (Eds: Eva BREMS, Janneke GERARDS), Cambridge University Press, 2013, s. 212-214.

⁷⁷³ MLLER, Kai; **The Global Model of Constitutional Rights**, Oxford University Press, 2012, s. 15-17.

⁷⁷⁴ MLLER, (2012-a), s. 15.

⁷⁷⁵ VAN DER SCHYFF, (2013), s. 66.

sınıflandırmayı beraberinde getirmiştir. Bu sınıflandırma tek ve iki aşamalı yargılama haklarıdır⁷⁷⁶.

Tek aşamalı yargılama hakları, sınırlandırılmayan hakları ifade eder; bunlar mutlak haklardır. Bu hakların bir kapsamı vardır; ancak sınırları yoktur. Bunun doğal sonucu olarak da tek aşamalı bir yargılama hakkına müdahale hakkın da ihlalinin doğurur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3, 4 ve 7. maddelerinde yer alan işkence ve kötü muamele yasağı, kölelik yasağı ve suç ve cezalara ilişkin esaslar bu haklardandır. Eğer bir olay bu haklardan birinin kapsamına giriyorsa, yani hakka müdahale edilmişse hak ihlali doğmuştur. Bu sebeple bu haklara tek aşamalı yargılama hakları denir⁷⁷⁷.

İki aşamalı yargılama hakları, hem kapsamı hem de sınırları olan haklardır; bunlar yukarıda belirtilen haklar dışında kalanlardır. Bunlara bir müdahale olması doğrudan hak ihlali sonucunu doğurmaz. Bu haklara müdahale, sınırlandırıcı yorum ilkeleriyle haklılaştırılabilir. Bu sebeple bu haklara önce bir müdahalenin olup olmadığı tespit edilir; bunun ardından müdahalenin ölçülü ve demokratik toplum düzeninde gerekli olup olmadığı incelenir. Burada iki aşama bulunduğundan bu haklara da iki aşamalı yargılama hakları denir⁷⁷⁸. İki aşamalı yargılama haklarının durumu, temel hak ve özgürlüklerin kapsamı ile sınırı arasındaki farkı da açıklar. Eğer bir hakka müdahalenin haklılaştırılması mümkün değilse bu durumda yalnızca hakkın kapsamının belirlenmesi yeterlidir. Ancak müdahale haklılaştırılabilirse, bu durumda yargılama faaliyeti yalnızca hakkın kapsamının değil, fakat sınırlarının da belirlenmesine yöneliktir⁷⁷⁹.

Aşamalı yargılama kuramı, ilk defa 1986 yılında Kanada Yüksek Mahkemesi'nin baktığı Oakes Davası'nda ortaya konmuştur⁷⁸⁰. Davaya konu olan olayda Kanada vatandaşı David Edwin Oakes, 8 küçük ilaç şişesi içinde haşhaş yağı ile polis tarafından yakalanmış ve Narkotik Denetim Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca uyuşturucu ticareti suçundan ceza almıştır. Çünkü bu madde, uyuşturucu madde ile yakalanan kişinin,

⁷⁷⁶ GERARDS, Janneke; SENDEN, Hanneke; "The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law*, Cilt: 7, Sayı: 4, 2009, s. 622-623.

⁷⁷⁷ VAN DER SCHYFF, (2013), s. 66.

⁷⁷⁸ VAN DER SCHYFF, (2013), s. 67.

⁷⁷⁹ Geniş bilgi için bkz. GERARDS, SENDEN, (2009), s. 624-626.

⁷⁸⁰ MILLER, Bradley W.; "Justification and Rights Limitations", *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, (ed: Grant HUSCROFT), Cambridge University Press, 2008, s. 94.

uyuşturucu ticareti yapmadığını ispat etmesini öngörmektedir. Yani uyuşturucu madde ile yakalanan kişinin doğrudan ticaret yaptığı varsayılmaktadır. Sanık, maddenin Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Kanada Yüksek Mahkemesi, önce aşamalı yargılama kuramını ortaya koymuştur. Bunun ardından suçsuzluk karinesinin, tek aşamalı yargılamaya tabi mutlak bir hak olduğunu belirtmiştir; Mahkeme'ye göre bir kamu gücü işlemi suç ve cezalara ilişkin bu esasa müdahale ediyorsa, bu hak ihlal edilmiştir⁷⁸¹.

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin kararında yaptığı bu aşamalı test günümüzde Oakes testi adıyla anılmaktadır. Bu test, temel hak yargılamasının usulünü belirlemektedir. Kamu gücünün bir temel hakkına müdahalede bulunduğunu iddia eden kişi bunu ispatlamakla yükümlüdür. Eğer bu hak mutlak haklardan biriye ve başvuru, hakka müdahale edildiğini ispatlarsa hak ihlal edilmiştir. Ancak müdahalede bulunulan hak, mutlak haklardan biri değilse ilk aşamadan ikinci aşamaya geçilirken ispat yükü de kamuya geçer. Bu aşamada artık kamu gücü, hakka niçin müdahale ettiğini açıklamak ve bunun ölçülü ve demokratik toplumda gerekli olduğunu ispatlamak zorundadır⁷⁸².

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda, ispat yükü, öncelikle bir temel hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvuruçular üzerindedir. Anayasa Mahkemesi, 2017 tarihinde verdiği *Sabah Yıldızı Radyo Başvurusu*'nda bu durumu şu şekilde ifade etmektedir. “*Anayasa Mahkemesine başvuru konusu olaylarla ilgili delilleri sunmak suretiyle olaylar hakkındaki iddialarını ve dayanılan Anayasa hükmünün kendilerine göre ihlal edildiğine dair açıklamalarda bulunarak hukuki iddialarını kanıtlamak başvuruçuya düşer*”⁷⁸³.” Buna göre başvuruçular, muhatabı oldukları işlem veya eylemin temel hak ve özgürlüklerle bağlantısını kurmak yükümlülüğü altındadırlar. Bu durumda bunların temel hakların altında yatan modern ilkeler bütünü olan insan haklarının felsefi pozisyonunu da kavramaları icap eder.

Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmaması için başvuruçunun, hakkına müdahale edildiğini kanıtlaması yeterlidir. Başvuruçunun müdahale edilen hakkını

⁷⁸¹ **R v. Oakes** [1986] 1 S.C.R. 103, § 60-61.

⁷⁸² LAVRYSEN, Laurens; “The Scope of Rights and the Scope of Obligations”, **Shaping Rights in the ECHR: The Role of The European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, (Eds: Eva BREMS, Janneke GERARDS), Cambridge University Press, 2013, s. 164.

⁷⁸³ **Sabah Yıldızı Radyo Başvurusu, Başvuru No: 2014/12727**, Karar Tarihi: 25.05.2017, § 20.

yanlış göstermiş olması başvurunun sıhhatine etki etmez. Bu durum *Tahir Canan Başvurusu*’ndan itibaren Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konmuştur. Mahkeme’ye göre; “*Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder*⁷⁸⁴.” Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda yer alan iki karardaki yaklaşımı değerlendirildiğinde ortaya şu çıkmaktadır: Bireysel başvuruda başvuru, muhatabı oldukları işlem veya eylemin temel haklarını niçin ihlal ettiğini göstermek zorundadırlar; ancak bu işlem veya eylemlerin hangi hakkın kapsamına gireceğini belirlemek görev ve yetkisi Anayasa Mahkemesi’ne aittir. Bu durumun “*jura novit curia (hakim hukuku resen uygular)*” ilkesinin doğal bir sonucu olduğu doktrinde ifade edilmiştir⁷⁸⁵. Bu doğrultuda aşamalı yargılama kuramı, temel haklar yargılaması yapan mahkemelere de yol gösterici niteliktedir.

Temel hak ve özgürlüklerin yorumunda aşamalı yargılama kuramı eleştiriye uğramıştır. Çünkü bu kuram, birtakım hakların sınırlandırılarak dengelenmesinin mümkün olmadığını varsaymaktadır. İşkence ve kötü muamele yasağı bunlardan biridir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gäfgen v. Almanya Davası, ilginç bir örnek teşkil etmektedir. Davaya konu olan olayda Gäfgen isimli Alman vatandaşı, 11 yaşında bir çocuğu kaçırarak öldürmüştür. Buna karşın başvuru, ailesini arayarak çocuğun yaşadığını söylemiş ve fidye talep etmiştir. Bilahare, Alman polisi tarafından yakalanmış ve yaşadığı sanılan çocuğun yerini söylemezse uzman kişiler tarafından işkence yapılacağı tehdidiyle ciddi şekilde korkutulmuştur. Bunun üzerine başvuru, çocuğu öldürdüğünü itiraf ederek yerini kolluğa bildirmiştir. Ardından da yargılanmış ve müebbet hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Ancak başvuru, bu olayda kolluğun kendisini işkence tehdidiyle korkutmasının işkence ve kötü muamele yasağına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne taşımıştır. Mahkeme de başvurunun temel hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir⁷⁸⁶.

Gäfgen Davası, işkence üzerine yazılmış bir film senaryosu gibidir. Bu dava insanlığın en kadim sorularından birinin temel hak ve özgürlükler çerçevesinde tartışılmasını sağlamıştır: Başkasının ya da başkalarının hayatını tehdit eden acil bir durum, işkenceyi haklılaştırabilir mi? Bu soru Greer tarafından yanıtlanmaya

⁷⁸⁴ **Tahir Canan Başvurusu, Başvuru No: 2012/969**, Karar Tarihi: 18.09.2013, § 16.

⁷⁸⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİRİN, (2015), s. 75-77.

⁷⁸⁶ **Gäfgen v. Germany, Application no. 22978/05**, 01.06.2010, § 10-23, ayrıca 107.

çalışılmıştır; eğer kaçırılan çocuk yaşıyor olsa idi bu çocuk da eziyet tehdidi altında olacaktı. Devletin ise bu tehdidi ortadan kaldırmak konusunda pozitif bir yükümlülüğü vardır. Yazar, bu durumda en temel mutlak hak olarak gösterilen işkence ve kötü muamele yasağının dahi yatay olarak uygulandığında bir dengeleme sürecine konu edilebileceğini ileri sürmüştür⁷⁸⁷.

Aşamalı haklar kuramı, temel hak ve özgürlüklerin kapsamını belirleme açısından önemli bir ayrımdır. Ancak yukarıdaki olay göz önüne alındığında bu ayrımın yeterli olmadığı görülmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin kapsamının dikey ve yatay boyutları da dikkate alınarak yeni bir sınıflandırma yapılmalıdır. Bu sınıflandırma, Phillipson ve Williams tarafından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi göz önüne alınarak yapılmıştır. Yazarlara göre Sözleşme hakları, üç başlık altında incelenebilir⁷⁸⁸. Bunlar, (1) doğası gereği yalnızca devlete karşı ileri sürülebilen usuli haklar, (2) kural olarak devlete karşı ileri sürülebilen mutlak haklar ve (3) hem devlete hem de bireylere karşı ileri sürülebilen sınırlandırılması mümkün haklardır.

Bu tasnife göre birinci grupta usuli güvence hakları yer alır. Bunlar adil yargılanma hakkı (md.6) ve suç ve cezalara ilişkin esaslardır (md.7)⁷⁸⁹. Bunlara Sözleşme'nin 1 Nolu Ek Protokolü'nün 3. maddesinde yer alan serbest seçim hakkını da eklemek gerekir. Bu haklar, doğaları gereği, Sözleşme'de yer alan maddi hakların korunması açısından önem taşırlar; özellikleri yalnızca devlete karşı ileri sürülebilmeleridir. Nitekim adil yargılama yapacak olan yargısal makamlar kamusal makamlardır. Ayrıca hiçbir çağdaş hukuk düzeninde suç isnat etme yetkisi özel kişilere tanınmamış olup, yalnızca kamu buna yetkilidir. Bu sebeple bu haklar, kural olarak devlete karşı ileri sürülür⁷⁹⁰.

İkinci grupta yer alan haklar, Sözleşme'nin 2 ila 5. maddelerine yer alan yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, kölelik ve angarya yasağı ile kişi özgürlüğü ve güvenliğidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2010 yılında yayımladığı öncelik

⁷⁸⁷ GREER, Steven; "Should Police Threats to Torture Suspects Always be Severely Punished? Reflections on the Gafgen Case", **Human Rights Law Review**, Cilt: 11, Sayı: 1, 2011, s. 81-82, 87.

⁷⁸⁸ PHILLIPSON, Gavin; WILLIAMS, Alexander; "Horizontal Effect and Constitutional Constraint", **The Modern Law Review**, Cilt: 74, Sayı: 6, 2011, s. 895-896.

⁷⁸⁹ "...adil yargılanma hakkı, kişilere ,hakkın kapsamına giren uyumsuzluklara ilişkin yargılamalar yönünden "usuli güvenceler" sağlar (Anghel/İtalya, B. No: 5968/09, 25/6/2013, § 68)." ÇELİK, (2014), s. 14, aynı yönde bkz. **Cihan Yeşil Başvurusu, Başvuru No: 2013/8635**, Karar Tarihi: 06.05.2015, § 42.

⁷⁹⁰ PHILLIPSON, WILLIAMS, (2011), s. 895.

politikası belgesinde, bu haklara “*çekirdek haklar (core rights)*” adını vermekte ve bunların ihlali iddiasına öncelik tanımaktadır⁷⁹¹. Aslında bu hakların tamamı, aşamalı yargı kuramına göre mutlak nitelikte değildir. Örneğin yaşam hakkının sınırlandırılması mümkündür⁷⁹². Keza kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı da doğal olarak devlet tarafından sıklıkla sınırlanan haklardan biridir. Ancak bu hakların özelliği, bireyin güvenliğini dış müdahalelere karşı korumasıdır. Bu sebeple bu hakların kapsamını belirleyen hükümler, diğer haklara ilişkin hükümlere nispeten daha nettir⁷⁹³.

Üçüncü grupta yer alan haklar Sözleşme’nin 8 ila 11. maddelerinde yer alan özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğüdür. 1 No’lu ek protokolün 1 ve 2. maddelerinde yer alan mülkiyet ve eğitim hakları da bunların arasındadır. Bu hakların özelliği, kendilerini düzenleyen maddelerin lafzının son derece genel olmasıdır. Böylece bu haklar, diğer hakların türetilmesine de diğerlerinden daha elverişlidir. Ayrıca bu haklar yalnızca devlete karşı değil, aynı zamanda açık bir biçimde başka bireylere karşı ileri sürülme kapasitesine sahiptir⁷⁹⁴.

b. Ulusal Mahkeme Kararlarında İki Karşıt Yöntem: Aynalama (Mirror) Prensibi ve Diyalog Yaklaşımı

Temel hak ve özgürlüklerin kapsamının belirlenmesinde hakların bütünlüğü doğrultusunda insan onurunun korunması birincil ilkedir⁷⁹⁵. Hakların yukarıda olduğu gibi tasnif edilmesi pedagojik bir zorunluluktan kaynaklanır. Şimdi incelenmesi gereken ise ulusal mahkemelerin bu tasnif doğrultusunda temel hakların kapsamını nasıl belirlediğidir. Bu doğrultuda Avrupa ulusal mahkemelerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına yaklaşımı iki temel başlık altında incelenebilir. Bunlardan ilki aynalama prensibidir; diğeri ise diyalog yaklaşımıdır.

⁷⁹¹ http://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf, Erişim Tarihi: 17.07.2017.

⁷⁹² SMET, Stijn; “Conflicts between Absolute Rights: A Reply to Steven Greer”, **Human Rights Law Review**, Cilt: 13, Sayı: 3, 2013, s. 473.

⁷⁹³ PHILLIPSON, WILLIAMS, (2011), s. 895.

⁷⁹⁴ PHILLIPSON, WILLIAMS, (2011), s. 896.

⁷⁹⁵ Yukarıda yer alan tüm hak kategorilerinin yorumlanması konusunda insan onurunun önemli rol oynadığı doğrultusunda bkz. DUPRE, Catherine; **The Age of Dignity: Human Rights and Constitutionalism in Europe**, Bloomsbury, 2016, s. 74.

Aynalama prensibi Birleşik Krallık mahkemeleri tarafından ortaya konmuştur. Burada İnsan Hakları Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle hakların kapsamının hangi doğrultuda belirleneceği konusunda bir tartışma başlamıştır. Bir kısım hukukçu, temel hakların kapsamının belirlenmesi için ortak hukuk (*common law*) ilkelerinin esas alınması taraftarıdır. Bu gruba göre ne de olsa dünyada insan haklarının öncüsü ortak hukukun bizatihi kendisidir⁷⁹⁶. Diğer bir kısım hukukçu ise hakların kapsamının Britanya mahkemelerinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı doğrultusunda belirlenmesi taraftarıdır⁷⁹⁷. Britanyalı hakimler ise temel hak ve özgürlükler konusunda uzun yıllardan bu yana süren akademik ve siyasi tartışmaların ortasındadır. Ulusal mahkemeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadını ne şekilde takip edecektir? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının iç hukuka üstünlüğü kabul mü edilecektir? Bu koşullar altında Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi eski başkanlarından Lord Bingham tarafından bir prensip geliştirilmiştir. Bu prensip “*Aynalama (Mirror) Prensibi*”dir; bu prensibin geliştirildiği dava ise 2004 tarihli Ullah Davası’dır⁷⁹⁸.

Ullah Davası'nın konusu, Pakistan vatandaşı bir kişinin ülkesine iade edildiği takdirde işkence ve kötü muamele göreceği endişesiyle Birleşik Krallık'tan sığınma talep etmesine ilişkindir. Bu talep doğrultusunda dava en son o dönemki Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi'nin (House of Lords) önüne gelmiştir. Temel sorun ise burada ortaya çıkmıştır. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sınırdışı edilen kişinin gideceği ülkede kötü muamele görme ihtimalinin yüksek olduğu tespit edildiğinde, sınırdışı işleminin doğrudan temel hak ihlali oluşturduğu görüşündedir⁷⁹⁹. Öyleyse Birleşik Krallık mahkemeleri İnsan Hakları Kanunu doğrultusunda bu içtihadı aynen benimseyecek midir? Bu soru Başkan Lord Bingham tarafından şu şekilde yanıtlanmıştır: “*Ulusal mahkemelerin görevi, Strasbourg içtihadı zaman içerisinde geliştikçe buna ayak uydurmaktır. Daha fazlası değil, ancak kesinlikle daha azı da değil*⁸⁰⁰.” Aynalama prensibinin özü budur; bu prensibe göre ulusal mahkemeler,

⁷⁹⁶ Bir örnek için bkz. TUGENDHAT, Michael; **Liberty Intact: Human Rights in English Law**, Oxford University Press, 2016, s. 4-6.

⁷⁹⁷ . Bu cenahtaki görüşler ise sınıflarda, İngiliz hukukunun ne kadar harika olduğu öğretilirken dışarda protesto yapan madencilerin dayak yediği Birleşik Krallık'ın, insan hakları konusunda Avrupa'nın en iyisi olduğunu sanan bir “*fantezi adası (fantasy island)*” olduğunu ifade etmeye kadar gitmiştir. GEARTY, Conor; **On Fantasy Island: Britain, Europe and Human Rights**, Oxford University Press, 2016, s. 1-2.

⁷⁹⁸ DICKSON, (2013), s. 39.

⁷⁹⁹ Aşağıda bkz. s. 169-173.

⁸⁰⁰ “*The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less.*” **R (Ullah) v Special Adjudicator**, [2004] UKHL 26, [2004] 2 AC 323, s. 350, (Lord Bingham).

genişletici yorum yaparken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirlediği standardın altına düşmeyeceklerdir; yani ulusal mahkemelerin genişletici yorumunun alt sınırı bu içtihatır.

Aynalama prensibi eleştiriye uğramıştır. Çünkü bu prensip, aslında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının klasik hermeneutikçi bir yaklaşımla yorumlanmasını beraberinde getirir. Örneğin 2007 yılındaki *Al-Skeini ve Diğerleri Davası*'nda Lord Brown tarafından ilginç bir öneri ortaya atılmıştır. Buna göre prensibin, “*Daha azı değil, ancak kesinlikle daha fazlası da değil*” şekline dönüşmesi lazımdır. Çünkü ulusal mahkemeler, hakkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadından daha dar yorumlarsa bu hata yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından düzeltilebilir; ancak mahkemeler hakları gereğinden geniş yorumlarsa devletlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurma imkanı yoktur⁸⁰¹. Böylece aynalama prensibinin geniş tatbiki sonucunda Lord Bingham'ın arzu ettiğinden çok daha farklı bir yere varılmaktadır. Bu prensip benimsendiğinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı, ulusal mahkemeler için alt sınır değil, bilakis üst sınır olmaktadır. Ulusal mahkemeler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararların ötesinde bir temel haklar yorumunu benimsemekte zaafa düşmektedir. Bu da temel hak ve özgürlüklerin etkin bir biçimde korunmasını engellemektedir⁸⁰².

Aynalama prensibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına uyum sağlama konusundaki ilk paradigmadır. Yani bu prensip, kronolojik olarak evrensel bir temel haklar yaklaşımına hizmet etmesi amacıyla benimsenir; ancak zaman içinde kaçınılmaz bir biçimde aşınır. Zaman içerisinde bu prensibin etkisiz olduğunu gören hukukçular, ulusal mahkemeler ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasındaki ilişkinin niteliğini değiştiren bir başka yaklaşıma dikkat çekmişlerdir. Bu yaklaşım, diyalog yaklaşımıdır⁸⁰³.

⁸⁰¹ **R (Al-Skeini) v Secretary of State for Defence**, [2007] UKHL 26, [2008] 1 AC 153, s. 208, (Lord Brown).

⁸⁰² Bu prensibin detaylı eleştirisi hakkında 2017 yılının Ekim ayında Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi Başkanı olan Barones Hale tarafından yazılmış detaylı eleştiri için bkz. HALE, Brenda; “*Argentoratium Locutum*: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?”, **Human Rights Law Review**, Cilt: 12, Sayı: 1, 2012, s. 68-71.

⁸⁰³ MASTERMAN, Roger; **Supreme, Submissive or Symbiotic? United Kingdom Courts and The European Court of Human Rights**, The Constitution Unit Report, University College London, 2015, s. 24.

Diyalog yaklaşımı ulusal mahkemelerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını durağan bir biçimde ele almasına karşı çıkar. Ulusal mahkemelerin görevi, yalnızca uluslararası içtihadı beslemek değil, hakları yorumlarken çeşitlendirerek bu içtihadı örnek de olmaktır. Böylece ulusal mahkemelerle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasındaki ilişkinin niteliği, temel hak ve özgürlüklerin eşgüdümü (synergetic) bir şekilde gelişmesine imkan verir⁸⁰⁴.

Diyalog yaklaşımı, aynalama prensibi gibi Birleşik Krallık Mahkemeleri tarafından 2009 yılındaki Horncastle Davası'nda formüle edilmiştir. Bu davada dolaylı kanıtın ceza hükmüne esas alınması sebebiyle adil yargılanma hakkının iddiası söz konusudur. Davaya bakan hakimler oybirliği ile kararın gerekçesinde, Birleşik Krallık mahkemelerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadını takip edeceğini, ancak nadiren de olsa bu içtihadın iç hukuktaki temel haklar yorumunun gereklerini ne ölçüde dikkate aldığını da belirleyeceğini, gerektiği takdirde ulusal mahkemelerin gerekçelerini ortaya koyarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadından ayrılabilirliklerini ifade etmiştir. Hakimlere göre böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ile Birleşik Krallık mahkemelerinin içtihadı arasında *değerli bir diyalog* süreci başlayacaktır⁸⁰⁵.

Horncastle Davası'ndaki başvuru, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'ndeki temyizlerini kaybetmelerinin ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne dava açmıştır. Ne de olsa ulusal mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden farklı bir içtihat benimsemiştir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, oybirliği ile başvuruyu esastan reddetmiştir. Mahkeme, başvuru tamamlanırken Birleşik Krallık iç hukukunda yer alan düzenlemelerin adil yargılanma hakkı açısından yeterli korumayı sağladığını belirtmiştir⁸⁰⁶.

Diyalog yaklaşımının isim babası Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi olabilir. Ancak bu yaklaşıma maddi olarak hayat veren ulusal mahkeme şüphesiz Alman Anayasa Mahkemesi'dir. Alman Anayasa Mahkemesi, Avrupa kamu düzeni açısından oldukça önemli bir mahkeme olarak gösterilmektedir. Diğer önemli mahkemeler ise Strazburg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Lüksemburg'taki Avrupa

⁸⁰⁴ Bu yönde bkz. GREENE, Alan; "Through the Looking Glass? Irish and UK Approaches to Strasbourg Jurisprudence", *Irish Jurist*, Cilt: 55, Sayı: 1, 2016, s. 113-114.

⁸⁰⁵ **R v Horncastle and Others**, [2010] 2 AC 373, s. 432.

⁸⁰⁶ **Horncastle and Others v. United Kingdom**, Application No: 4184/10, 16.03.2015, özellikle § 130-135.

Toplulukları Adalet Divanı'dır. Gerçekten Alman Mahkemesi'nin kuruluşundan bu yana ortaya koyduğu yorum ilkeleri, Avrupa'daki bu iki önemli uluslararası mahkemenin içtihadıyla başa baştır. Bu doğrultuda biraz da müstehzi bir biçimde, Alman Anayasa Mahkemesi'nin bulunduğu Karlsruhe şehri ile Strazburg ve Lüksemburg arasında, üstünde zaman zaman kara bulutlar dolaşan bir "Bermuda şeytan üçgeni" olduğu ifade edilir⁸⁰⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Alman mahkemeleri arasındaki ilişki 21. Yüzyıl'ın başlarından itibaren gerilmeye başlamıştır. İlk olarak, 2004 yılında, yemek yerken çekilen fotoğraflarının Alman basınında yer almasının özel hayatın gizliliği hakkını ihlal ettiğini ileri süren Monako Prensesi von Hannover Davası'nda bu durum ortaya çıkmıştır⁸⁰⁸. Bu konuda Alman Anayasa Mahkemesi basın özgürlüğüne ağırlık vererek von Hannover'ı haksız bulmuştur. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Monako Prensesi'nin kamuya mal olmuş bir kişi olmasının yemek yerken görüntülenmesine tahammül etmek zorunda olduğu anlamına gelmediğini, bu fotoğrafların yayımlanmasında ayrıca ne gibi bir kamu yararı olduğunun açıklanması gerektiğini ifade ederek Almanya'yı mahkum etmiştir⁸⁰⁹.

Yine 2004 yılı içinde Alman Anayasa Mahkemesi'nde görülen Görgülü Davası'nda çatışma daha da derinleşmiştir. Başvurucu, Almanya'da yaşayan çocuğunu ziyaret etme hakkına Alman mahkemelerinde kavuşamayınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuş ve ihlal kararı almıştır. Ancak bu davada da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının uygulanabilmesi için yetkili Alman mahkemelerinin tekrar yargısal bir karar vermesi lazımdır; dahası bu yargısal kararın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının gösterdiği doğrultuda olması lazımdır⁸¹⁰. Kendi mahkemelerinin karar gerekçeleriyle dahi bağlı olmayan bir Kıta Avrupası mahkemesinin, hele ki temel hak ve özgürlükleri yıllarca çeşitlendirerek somutlaştırdığına ve Avrupa'nın en iyilerinden olduğuna inanan Alman ulusal mahkemelerinin yaşadığı ikilem böylece anlaşılabilir. Ulusal mahkemeler bu kararlar

⁸⁰⁷ RACKOW, Julia; "From Conflict to Cooperation: The Relationship Between Karlsruhe and Strasbourg", **The UK and European Human Rights, A Strained Relationship?** (eds. Katja S. ZIEGLER, Elizabeth WICKS, Loveday HODSON), Hart Publishing, Oxford, 2015, s. 385.

⁸⁰⁸ RACKOW, (2015), s. 380-381.

⁸⁰⁹ **von Hannover v. Germany, Application No: 59320/20**, 03.06.2004, § 74-75.

⁸¹⁰ PETERS, Birgit; "Germany's Dialogue with Strasbourg: Extrapolating the *Bundesverfassungsgericht's* Relationship with the European Court of Human Rights in the Preventive Detention Decision", **German Law Journal**, Cilt: 13, Sayı: 16, 2012, s. 759-760.

karşısında deyim yerindeyse kazan kaldırmışlardır; böylece bu davalar bireysel başvuru yoluyla tekrar Alman Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. İki ateş arasında kalan Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yerine getirilmesi iç hukukta yürütme ve yargı organlarının kaçamayacağı bir sorumluluktur. Bu sebeple ulusal mahkemeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını birebir takip etmek zorunda değildir; ancak kesinlikle dikkate almak zorundadır. Aksi bir tutumu benimseyecek ulusal mahkeme, bunun sebebini açıklamalıdır. Böylece ulusal hukuk da uluslararası kamu hukuku ile bir uyum içinde olmalıdır⁸¹¹. Alman Anayasa Mahkemesi, böylelikle diyalog yaklaşımını ismini vermeden ortaya koymuştur. Bu yaklaşım daha sonra da devam ettirilmiştir⁸¹².

Diyalog yaklaşımı, aynalama prensibinin tam tersi sonuçlar doğurmaktadır. Aynalama prensibi iyi niyetli ve genişletici bir çaba olarak başlamaktadır; ancak bu prensip ulusal mahkemelerin kendine güvensizliği nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını körü körüne takip etmeye çalışması sonucunu getirmektedir. Böylece bu prensip klasik hermeneutiğe denk gelir. Diyalog prensibi ise ulusal mahkemelerin daha yakın oldukları olay ve olgular doğrultusunda temel hakları yorumlaması ve tatbik etmesiyle hayat bulur. Bu yaklaşım, hem İngiltere'de hem de Almanya'da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının ne ölçüde bağlayıcı olacağı sorunu çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Bu ülkelerde ulusal mahkemelerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı konusundaki şüpheli tutumu, başta hakların geniş yorumlanması açısından olumsuz gibi görünür; halbuki bu şüpheli tutumu benimseyen mahkemeler, kendi ulusal hukuklarında temel hakları geniş yorumlama sorumluluğunu da üstlenmiş olurlar. Bu mahkemeler, kararlarında önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yorumuna direnmişlerdir; bilahare bu mahkemeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile temel hakları çeşitlendirici ve somutlaştırıcı bir diyalog sürecine girmişlerdir. Bu sebeple belirtilen yaklaşım döngüsel bir süreç, yani yeni hermeneutiğe denk gelir. Şimdi yapılması gereken ise bu süreçleri Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında izlemektir.

⁸¹¹ BVerfG, Order of the Second Senate of 14 October 2004 - 2 BvR 1481/04 - paras. (1-72), http://www.bverfg.de/e/rs20041014_2bvr148104en.html, § 47-48.

⁸¹² Bu yaklaşım özellikle "önleyici tutma (sicherungsverwahrung)" adı verilen ve hükümlünün rehabilite olduğuna inanılmadığı durumlarda, cezası bitse dahi salınmayacağını öngören Alman hukuku müessesesi tartışılırken daha net ifade edilmiştir. Bu yönde bkz. PETERS, (2012), s. 771-772.

2. Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kapsamındaki Haklar Yorumunda Aynalama Prensibi ve Diyalog Yaklaşımını Kullanma Biçimi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan haklar çerçeve niteliktedir; bu yüzden bu haklar, somutlaştırılmaya muhtaçtır. Örneğin Sözleşme'nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğünün basın özgürlüğüne teşmil edilip edilemeyeceği konusunda açıklık yoktur. Bu sorunun cevabını Sözleşme metninde bulmak imkansızdır⁸¹³. Halbuki 1982 Anayasası, 12. maddesinden başlayarak 75. maddeye kadar geniş bir haklar kataloğuna sahiptir. Örneğin basın özgürlüğü, 1982 Anayasası'nın 28. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yolunda basın özgürlüğüne ilişkin ihlal iddialarını değerlendirecek midir, yoksa Sözleşme'de yer almadığı için bu iddiaları ret mi edecektir? Bu soruyu sormak bile abestir. Anayasa Mahkemesi, basın özgürlüğünü elbette dikkate alacaktır ve almıştır. Bu durum, açıklanması gereken önemli bir hususu ortaya koyar. Anayasa Mahkemesi, temel hakları etkin bir biçimde korumak için Anayasa'da öngörülen güvenceleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin genişletici içtihadı doğrultusunda yorumlamak zorundadır. Önem arz eden husus, Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının altında yatan anlayışla felsefi ve tutarlı bir ilişki geliştirmesidir. Bu da 6216 Sayılı Kanun'un 45/1 maddesinde yer alan “*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler...den, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi biri*” ibaresinin, Anayasa ve Sözleşme metinlerinde yer alan hükümlerden ziyade, Anayasa Mahkemesi'nin yorumunda somutlaşacağını gösterir. Anayasa Mahkemesi'ni norm somutlaştırması yapmaya zorlayan husus tam olarak budur.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurunun koruma kapsamına giren haklar kataloğunu belirleyen kararları, temelde üç husus üzerine yoğunlaşmaktadır: Bunlar; (1) Türkiye'nin taraf olmadığı ek protokollerde bulunan, fakat Anayasa'da da yer alan haklar, (2) Türkiye'nin taraf olmadığı ek protokollerde yer almasına karşılık Anayasa'da açıkça yer almayan haklar⁸¹⁴ ve (3) Türkiye'nin taraf olduğu Sözleşme ve Ek Protokolleri'nde açıkça yer almayan, fakat Anayasa'da da yer alan haklardır. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurunun kapsamı açısından bu hakları değerlendirirken

⁸¹³ GEARTY, (2004), s. 9.

⁸¹⁴ Konu hakkında detaylı açıklama ve bu hakların tablosu için bkz. YILMAZ, (2015), s.838-849.

aynalama prensibini kullanır. Yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni klasik hermeneutikçi bir yaklaşımla takip eder.

a. Türkiye’nin Taraf Olmadığı Ek Protokollerde ve Anayasa’da Yer Alan Haklar

Anayasa Mahkemesi, bu konuda lafzi ve daraltıcı bir yorum benimsemiştir; yani 6216 Sayılı Kanun’un 45/1 maddesinden taviz vermemektedir. Göztepe bu yaklaşıma örnek olarak 4 Nolu Ek Protokol’ün 1. maddesinde düzenlenen borçtan dolayı özgürlükten mahrum bırakma yasağı ile 12 Nolu Ek Protokol’de düzenlenen doğrudan ayrımcılık yasağı konusundaki kararları göstermektedir⁸¹⁵.

Anayasa Mahkemesi, *Erdinç Engin Başvurusu*’nda, net bir biçimde olmasa da genel tavrına ilişkin ilk ipuçlarını vermiştir. Bu başvuruda başvuru, taahhüdü ihlal eylemi sebebiyle, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilememesinden dolayı özgürlüğü kısıtlama yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa’nın 38/8. maddesinde açıkça düzenlenen bu yasak, aynı zamanda 4 Nolu Ek Protokol’ün 1. maddesinde yer almaktadır. Mahkeme, başvurunun sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirmemesinden ötürü değil, kamuya karşı yüklendiği bir taahhüdü yerine getirmeyerek kamu otoritesine olan itimadı sarstığı için tazyik hapsi ile cezalandırıldığını ifade etmiştir. Bu sebeple Mahkeme, taahhüdü ihlal eylemlerinin konusunun sözleşmeden kaynaklanmadığını belirterek başvuruyu, “açıkça dayanaktan yoksunluk” gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur⁸¹⁶. Yani Anayasa Mahkemesi, başvurunun iddialarını konu bakımından yetki hususuna hiç değinmeyerek farklı bir sebeple reddetmiştir. Buna karşın Anayasa Mahkemesi’nin iddiayı Anayasa’nın 38/8 kapsamında değerlendirseydi bile, konu bakımından yetkisizlik sonucuna varacağına ilişkin önemli ipuçları verdiği belirtilmektedir⁸¹⁷.

Anayasa Mahkemesi’nin Türkiye’nin taraf olmadığı ek protokollere ilişkin en net değerlendirmesi, bağımsız bir hak olarak ayrımcılık yasağına ilişkin yaptığı değerlendirmedir. 12 Nolu Ek Protokol’ün “Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması” başlıklı 1/1 maddesine göre; “*Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir*

⁸¹⁵ GÖZTEPE, (2017), s. 117

⁸¹⁶ **Erdinç Engin Başvurusu, Başvuru No: 2012/695**, Karar Tarihi: 12/2/2013, § 28-29.

⁸¹⁷ GÖZTEPE, (2017), s. 117, **Erdinç Engin**, § 25.

azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.” Bu madde, açıkça, Anayasa’nın “kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesi hükmü ile paraleldir. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bireysel başvurularda ayrımcılık yasağını bağımsız bir hak olarak kabul etmemekte, bu hakkın yalnızca Sözleşme’de yer alan başka bir haktan yararlanmada ayrımcılık gözetildiği takdirde uygulanacağını belirtmektedir. Onurhan Solmaz Başvurusu’nda Anayasa Mahkemesi, bu hususu şöyle ifade etmiştir: “Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir. ...başvurucunun ayrımcılık yasağı kapsamında incelenmesi gereken iddiasının, soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir⁸¹⁸.”

Anayasa Mahkemesi, bağımsız bir hak olarak ayrımcılık yasağına ilişkin içtihadını, 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu’nun 10. maddesi ile 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu’na eklenen geçici 32. maddesindeki haklardan yararlanmak isteyenlerin başvurularında tekrar etmiştir. Bu madde, 12 Mart ve 12 Eylül dönemlerinde Türk Silahlı Kuvvetleri’nden ilişkisi kesilenlerin bazı haklarının iadesine ilişkindir. Bu dönemlerde Türk Silahlı Kuvvetleri’nden ilişkisi kesilenler, maddede belirtilen (emeklilik) haklarına kavuşabilmek için önce Milli Savunma Bakanlığı’na başvuracaklardır; bu dönemde her ilişkisi kesilene değil, yalnızca Milli Savunma Bakanı tarafından uygun görülenlere emeklilik hakları, dolayısıyla itibarları iade edilecektir. Anayasa Mahkemesi, bu konuda önüne gelen başvurularda 12 Nolu Ek Protokol’de düzenlenen bağımsız ayrımcılık yasağını dikkate almamış, Onurhan Solmaz Başvurusu’ndaki içtihadını yinelemiştir⁸¹⁹.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi’nin yorumu daraltıcıdır. Bu konuda Anayasa Mahkemesi’nin tamamen geleneksel yorum öğretisine bağlı kaldığı görülebilir. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi, bu içtihadı yinelerken insan haklarının evrensel bir biçimde kavranması yaklaşımına da uzak düşmektedir. Çünkü bu tutum, uluslararası

⁸¹⁸ Onurhan Solmaz Başvurusu, Başvuru No: 2012/1049, Karar Tarihi: 26/3/2013, § 18, 33.

⁸¹⁹ Ancak Anayasa Mahkemesi, bu kararlarında konu bakımından yetkisizlik kararı vermemiştir. Mahkeme, başvurulardaki ayrımcılık yasağının ihlali iddiasını, Sözleşme’nin 14. maddesi bakımından değerlendirdiği için açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermemiştir. Cem Ateşkan Başvurusu, Başvuru No: 2013/4694, Karar Tarihi: 10/6/2015, § 31-34; Yümrü Dilek Başvurusu, Başvuru No: 2013/4189, Karar Tarihi: 21/5/2015, § 60-63; Ö. Ö. Başvurusu, Başvuru No: 2013/3157, Karar Tarihi: 10/6/2015, § 41-44,

bir müeyyideyle karşı karşıya kalmayacağı için kendi ülkesinin anayasasında yer alan hakları korumaktan kaçınan bir anlayışın ürünüdür.

b. Türkiye'nin Taraf Olmadığı Ek Protokollerde Yer Alıp Anayasa'da Açıkça Yer Almayan Haklar

Kendi ülkesinin anayasasında açıkça yer alan hakları, Türkiye'nin taraf olmadığı ek protokollerde yer aldığı için koruma kapsamında görmeyen bir Mahkeme, Anayasa'da açıkça yer almayan hakları bu kapsamda görebilir mi? Bu konuda önemli örneklerden biri, yukarıda belirtildiği gibi, cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkıdır. Esas olarak bu hak 7 Nolu Ek Protokol'de yer almaktadır; Türkiye de bu protokole taraftır. Ancak Türkiye, iç hukukta mevcut işlemler ile uluslararası makama tevdi işlemlerini tamamlayarak bu protokole 01.08.2016 tarihinden itibaren taraf olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin konu hakkındaki yaklaşımı ise bu tarihten önce ve sonrası açısından herhangi bir değişiklik göstermemiştir. Yani Mahkeme, 7 Nolu Ek Protokol'e taraf olunmayan dönemlerde ortaya koyduğu içtihadı değiştirmemiştir. Çünkü Anayasa Mahkemesi, bu hakkın Anayasa'da yer almadığını ifade etmekte, bu sebeple kendisini konu bakımından yetkisiz görmektedir⁸²⁰. Ancak Mahkeme, bu hakkın, kanunla tanınması halinde, Anayasa'da yer alan mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde değerlendirileceğini şu şekilde belirtmektedir: “*Mahkemeye erişme hakkı sadece ilk derece mahkemesine dava açma hakkını değil, eğer iç hukukta itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise üst mahkemelere başvurma hakkını da içerir*”⁸²¹. Buradan çıkan sonuç şudur: İki dereceli yargılanma hakkı, Anayasa'da güvence altına alınmamıştır. Buna karşın Türk hukukunda ceza yargısı, hukuk yargısı ve idari yargıda, ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı gidilecek kanun yolları bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu yargı yollarında üst mahkemeye başvurma hakkını, mahkemeye erişim hakkının bir gereği olarak değerlendirmektedir. Yani Mahkeme, lafzi yorumu aşarak haklar kataloğunu genişletmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin evrimsel yorum yöntemiyle haklar kataloğunu genişlettiği bir diğer konunun, yabancılar hakkında verilen sınır dışı kararlarının

⁸²⁰ “iki dereceli yargılanma hakkı, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmadığı gibi...” **Mahir Akarsu**, § 45.

⁸²¹ **Emine Karagülmez**, § 23, **Ali Atlı**, § 49.

yargısal denetimi olduğu söylenebilir. Bu konuda Sözleşme'ye iki ayrı ek protokolde iki ayrı madde bulunmaktadır. Birincisi, 4 Nolu Ek Protokol'ün 4. maddesidir. Madde şu şekildedir: *Yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi yasaktır.* Bu hükmün 1982 Anayasası'nda açık bir karşılığı yoktur; bununla birlikte Anayasa'nın 16. maddesinde yer alan *temel hak ve hürriyetlerin, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği* hükmü, ek protokoldeki bu hükmün karşılığı olarak gösterilmektedir. İkincisi, 7 Nolu Ek Protokol'ün 1. maddesidir. Madde şu şekildedir:

“Yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usuli güvenceler

1 Bir devlet ülkesinde kurallara uygun olarak ikamet eden bir yabancı, yasaya uygun şekilde verilmiş bir kararın uygulanması dışında sınır dışı edilemez ve

a sınır dışı edilmesine karşı gerekçeleri öne sürebilmesine,

b durumunu yeniden inceletmeye,

c yukarıdaki amaçlarla, yetkili bir merci önünde veya bu merci tarafından tayin edilecek biri ya da birileri önünde temsil ettirmesine,

izin verilecektir.” 7 Nolu Ek Protokol'ün 1/1. maddesi hükmünün de 1982 Anayasası'nda karşılığı yoktur. Ancak bu hükmün de Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan kişi hürriyeti ve güvenliği ile bağdaşır olduğu ifade edilmektedir⁸²².

4 ve 7 Nolu Ek Protokoller'in her iki maddesi, bir ülkeden yabancıların sınır dışı edilmesi ile ilgilidir. Bunlardan ilki toplu olarak, ikincisi bireysel olarak yabancıların sınır dışı edilmesini düzenler. İlkinde bir ülkede bulunan yabancıların, o ülkede yasal yollarla bulunup bulunmamalarına bakılmaksızın toplu ayrımcılığa tabi tutulmaları engellenir. İkincisi ise bir ülkede yasal yollarla bulunan yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin hususları düzenleyen usuli güvencelerdir⁸²³.

⁸²² Her iki madde hakkında bilgi için bkz. YILMAZ, (2015), s. 840-841.

⁸²³ Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERGÜL Ergin; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme Geri Gönderme ve Geri Verme**, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012, s. 91-98.

Yabancıların bir ülkeden sınır dışı edilmesi, uluslararası hukuk açısından devletlerin egemenlik yetkisinin doğal bir sonucudur⁸²⁴. Ancak bu işlemler, pek çok temel hak ve özgürlüğü ihlal etme potansiyelini bünyesinde taşır; bu sebeple sınır dışı, bir insan hakları sorunudur⁸²⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, konu hakkındaki kararlarında, çoğunlukla sınır dışı işlemlerini, Sözleşme'nin 3, 5 ve 13. maddeleri açısından değerlendirmektedir⁸²⁶. Çünkü sınır dışı işlemleri esnasında ve sonucunda bu maddelerde yer alan işkence ve kötü muamele yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve nihayet etkili başvuru hakkının ihlal edilmesi söz konusu olabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruların kabul edilmeye başlandığı 23 Eylül 2012 tarihinden bu yana yabancıların sınır dışı ve idari gözetim altında tutulmaları ile ilgili pek çok karar vermiştir. Mahkeme'nin verdiği kararlar, iki ana konu üzerine yoğunlaşmıştır⁸²⁷: Bunlar; (1) sınır dışı işleminin yaşam ve maddi ve manevi varlığın korunması hakkı bakımından ve (2) yabancının idari gözetim altında tutulması sırasındaki koşulların kişi özgürlüğü ve güvenliği ile maddi ve manevi varlığın korunması hakkı bakımından değerlendirilmesidir.

Anayasa Mahkemesi, öncelikli olarak sınır dışı işleminin yaşam ve maddi ve manevi varlığın korunması hakkı ile birlikte etkili başvuru hakkına yönelik bir ihlal oluşturabileceğini verdiği tedbir ara kararlarında ifade etmektedir. Buna göre; *“...başvurulmasına rağmen idari yargı mercilerince yürütmeyi durdurma talebinin ve buna karşı yapılan itirazın reddine karar verilmiş ve kişinin yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik tehlike devam ediyorsa anayasal haklara saygı ilkesi Mahkemenin bu başvuruları incelemesini gerektirir....*

... bireysel başvuruda bulunulması durumunda, idari davaya konu edilen uyuşmazlığın konusunu oluşturan hak ve özgürlükler kategorisi dikkate alınarak bir

⁸²⁴ BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK; Gülüm; “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 108, 2013, s. 212,

⁸²⁵ AYBAY, Rona; “Bir İnsan Hakkı Olarak Sınır Dışı Edilme”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, 2003, s. 142.

⁸²⁶ YILMAZ, (2015), s. 844, ayrıca Mahkeme'nin Türkiye hakkında verdiği kararlar için bkz. SİRMEN, K. Sedat; “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 67, Sayı 3, 2009, s. 39-43.

⁸²⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de bu iki konu üzerine yoğunlaştığı görülmektedir. Bu yönde bkz. YILMAZ, (2015), s. 844.

*çözüm üretilmesi, eğer başvurunun yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi ve kişiselleşmiş bir riskin varlığı kapsamlı dayanaklar ile ortaya konulmuş ise bireysel başvuru Mahkemece incelenmeli ve gerekirse tedbire hükmedilmelidir*⁸²⁸. ”

Anayasa Mahkemesi, yukarıda belirtilen kararların gerekçesinde, açıkça, sınır dışı işlemi hakkında yürütmeyi durdurma kararı verilmemişse, idari yargı önündeki uyuşmazlığın konusunu oluşturan hak ve özgürlükler kategorisinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Böylece Mahkeme, sınır dışı işleminin ardından, kişinin gittiği ülkede, yaşam ve maddi ve manevi varlığının korunması hakkına yönelik bir ihlale maruz kalması ihtimalini değerlendirmiştir⁸²⁹. Bu husus, Mahkeme kararlarında şu şekilde yer almaktadır: “*Anayasa Mahkemesi, sınır dışı işlemlerine karşı yapılan başvurularda, geri gönderilen ülkenin koşullarını dosyaya sunulan bilgi ve belgelerle sınırlı kalmaksızın ulusal ve uluslararası kuruluşların ve hükümetlerin düzenlemiş olduğu insan hakları raporlarından da yararlanmak suretiyle resen araştırmaktadır*”⁸³⁰.

Anayasa Mahkemesi’nin değerlendirdiği ikinci husus, hakkında sınır dışı kararı verilen yabancıların idari gözetim altında tutulurken içinde bulundukları koşullardır. Mahkeme, değerlendirme yaparken bu koşulların kişi özgürlüğü ve güvenliği ile maddi ve manevi varlığın korunması (işkence ve kötü muamele yasağı) açısından değerlendirme yapmaktadır. Mahkeme’nin bu konuda yaptığı değerlendirmede de oldukça sıkı ve aktif bir tutum izlediğini söylemek mümkündür. Bu konuda da Mahkeme’nin önüne çok sayıda başvuru gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu başvurular

⁸²⁸ Bu kararda ayrıca sınır dışı işlemine karşı idari yargıya gidilmesinin kendiliğinden işlemin icrasını durdurmayacağı da ifade edilmiştir. **Laura Alejandra Caceres Başvurusu, Başvuru No: 2013/1243**, Karar Tarihi: 16/4/2013, § 25-26. Anayasa Mahkemesi’nin bu değerlendirmesinin sebebi, başvurunun idari yargıdaki yargısal süreci devam ederken, henüz Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun yürürlüğe girmemiş olmasıdır. Aslında Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı verdiği tarihten henüz 5 gün önce Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu yürürlüğe girmiş ve Kanun’un 53/3. maddesinde, yabancının yargı yoluna başvuracağı süre içinde ve yargı kararı kesinleşinceye kadar sınır dışı işleminin gerçekleştirilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZOĞLU, Esat Caner; “Yabancıların Sınırdışı Edilmesinin Anayasa Mahkemesinde Yargısal Denetimi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı 5, 2015, s. 908-911.

⁸²⁹ Bu kararların sayısı oldukça fazladır; ihlal kararı verilen önemli kararlar için bkz. **R. B. Başvurusu, Başvuru No: 2013/9673**, Karar Tarihi: 30/12/2013; **K.A. Başvurusu, I. M. ve Z. M. Başvurusu, Başvuru No: 2015/2037**, Karar Tarihi: 19/2/2015; **Mohammad Abdul Khaliq Başvurusu, Başvuru No: 2015/6721**, Karar Tarihi: 14/5/2015.

⁸³⁰ **Eiza Kashkoeva Başvurusu, Başvuru No: 2016/9483**, Karar Tarihi: 25/5/2016, § 17, **Oyatullo Kurbonov ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru N: 2016/10071**, Karar Tarihi: 31/5/2016, § 22, **H. S. Başvurusu, Başvuru No: 2016/22512**, Karar Tarihi: 2/11/2016, § 22, **T. A. A. Başvurusu, Başvuru No: 2016/22510**, Karar Tarihi: 3/11/2016, § 18, **M. T. A. Başvurusu, Başvuru No: 2016/22509**, Karar Tarihi: 2/11/2016, § 19, **Y. T. Başvurusu, Başvuru No: 2016/22418**, Karar Tarihi: 1/11/2016, § 25.

konusunda genelde olumlu yönde tedbir ara kararı vermemiştir⁸³¹. Bununla birlikte Mahkeme, bu konudaki başvuruların tamamını kabul edilebilir bulmuş ve esasına geçmiştir. Yine bu başvuruların tamamına yakınında, Anayasa'nın 17. maddesi ile bağlantılı olarak 40. maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir; yani işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ve bu muameleye karşı başvuru yollarının etkili bir başvuru yolu olmadığına karar vermiştir. Dahası, aynı kararlarda Anayasa Mahkemesi, kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenleyen Anayasa'nın 19. maddesi konusunda da ihlal olduğuna ve tazminata hükmetmiştir⁸³².

Anayasa Mahkemesi'nin özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yarashonen v. Türkiye Kararı'na atıf yaptığı görülmektedir. Gerçekten Yarashonen Kararı'ndaki gerekçelendirmeyle Anayasa Mahkemesi'nin benzer davadaki gerekçelendirmesinin paralel olduğunu görmek mümkündür⁸³³. Yani Anayasa Mahkemesi'nin sınır dışı edilecek kişilerin tutulduğu geri gönderme merkezlerindeki kötü koşullar hakkında verdiği kararlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konuda verdiği bir ihlal kararlarıyla paraleldir. Böylece Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gidecek dosyaları, sınır dışı işlemine uygulanacak hukuku temel hak ve özgürlükler eksenli bir yaklaşıma zorlayarak engellemeye çalışmaktadır. Sulh Ceza Hakimlikleri'nin de Anayasa Mahkemesi'nin içtihadını dikkate almaya başladığı görülmektedir⁸³⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin sınır dışı edilenlerin haklarına ilişkin kararlarında ihlal bulunduğu maddeler, Sözleşme'nin Türkiye'nin taraf olduğu ana metninde ve Anayasa'da açıkça yer almaktadır. Buna karşın bu kararların tamamı, aslında 7 Nolu Ek Protokol'un 1/1. maddesinde belirtilen hususlara ilişkindir. Bu kararlar, sınır dışı edilecek olan yabancılara ilişkin usuli güvencelerin korunmasına hizmet etmiştir. Yani Anayasa

⁸³¹ Örnekler için bkz. **K.I. Başvurusu, Başvuru No: 2016/4754**, Karar Tarihi: 16/3/2016, **Gülbahar Rahmanova Başvurusu, Başvuru No: 2015/509**, Karar Tarihi: 19/1/2015, **Gulistan Ernazarova Başvurusu, Başvuru No: 2015/508**, Karar Tarihi: 16/1/2015, **G. B. ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/19481**, Karar Tarihi: 9/1/2015, **Ahmed Mouaz Kajjouk Başvurusu, Başvuru No: 2015/17332**, Karar Tarihi: 19/11/2015.

⁸³² **T.T. Başvurusu, Başvuru No: 2013/8810**, Karar Tarihi: 18/2/2016, **A.V. ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/1649**, Karar Tarihi: 20/1/2016, **F.A. ve M.A. Başvurusu, Başvuru No: 2013/655**, Karar Tarihi: 20/1/2016.

⁸³³ **Yarashonen v. Turkey, Application No: 72710/11**, 24.06.2014.

⁸³⁴ Örneğin *K.A. Başvurusu*'nda, Anayasa Mahkemesi'nin tedbir kararının ardından İstanbul 4. Sulh Ceza Hakimliği, başvuru yollarının idari gözetim altında bulundurulmasına son vermiş ve sınır dışı işlemleri hemen yapılamıyorsa, salıverilerek 15 günde bir imzaya gelmesine karar vermiştir. **K.A.**, § 60.

Mahkemesi, haklar kataloğunu, bakmaya yetkili olduğu hakların kapsamını genişleterek belirlemiştir. Mahkeme'nin yaklaşımında yukarıdaki katı tutumundan eser yoktur.

c. Türkiye'nin Taraf Olduğu Sözleşme ve Ek Protokolleri'nde Açıkça Yer Almayan, Fakat Anayasa'da Yer Alan Haklar

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da yer alan sosyal ve ekonomik hakları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hakların kapsamına dahil ederek koruma altına almaktadır. Bu da elbette Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konuda yıllar içinde gelişen evrimsel yorumundan kaynaklanır.

Sosyal ve ekonomik haklar lafzen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almaz. Buna karşın bu haklar temel hak ve özgürlükler kataloğunda önemli bir yer tutmaktadır. Birinci bölümde açıklandığı gibi Batılı liberteryan düşünürlerce, sosyal haklar, temel haklar kapsamından çıkarılmaya çalışılsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, istikrar kazanmış içtihadında, bu hakları Sözleşme'de yer alan haklara dahil ederek değerlendirmiştir⁸³⁵. Aynı yaklaşımın Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsendiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, sendikal hakkı örgütlenme özgürlüğü içerisinde değerlendirmiştir. Bu konuda yapılan başvurularda ülke çapında bir gün işe gitmeyerek topluca protesto yapan öğretmen ve diğer kamu görevlilerine disiplin cezası verilmesini Anayasanın 51. maddesinde yer alan sendikal hakkın ihlali olarak görmüştür⁸³⁶. Yani Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde lafzen bulunmayan bir hakkı, örgütlenme özgürlüğü içerisinde değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, sendikal hakkın ihlaline ilişkin verdiği kararlarda genişletici yorum araçlarından özerk kavramlar doktrinini kullanmaktadır. Mahkeme, kararlarında bu yorum ilkesinden açıkça bahsetmiştir: *"Anayasa Mahkemesinin görevi iç hukuktaki bir kural veya önlemin kamu gücünü kullanan organlarca yorumlanışını Anayasa'nın amacı ve konusu ile bağdaşır olup olmadığı yönünden ele almaktır. Bu sebeple de Anayasa Mahkemesi, mahkemeler veya kamu gücünü kullanan diğer*

⁸³⁵ Yukarıda bkz. s. 95-98.

⁸³⁶ Örnekler için bkz. **Selda Demir Taze Başvurusu, Başvuru No: 2014/7668**, Karar Tarihi: 10/6/2015, **Hayati Aktop ve Diğerleri**.

organlarca bir kural hakkındaki yorumu dikkate almakla birlikte Anayasal hakların etkili ve gerçek bir korunmasının sağlanmasını amaçlamakta ve kendisine gelen şikâyetleri incelerken başvuruya özgü koşulları göz önünde bulundurmaktadır.

... "Örgütlenme" kavramının Anayasa çerçevesinde özerk bir anlamı vardır ve bireylerin devamlı olarak ve eşgüdüm içerisinde yürüttükleri faaliyetlerin hukukumuzda örgütlenme olarak tanınmaması Anayasa hükümleri kapsamında örgütlenme özgürlüğünün zorunlu olarak gündeme gelmeyeceği anlamına gelmez⁸³⁷."

Özerk kavramlar doktrininin kullanan Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurunun konu bakımından kapsamını sosyal haklara doğru genişletmektedir. Daha da önemlisi, Anayasa Mahkemesi, iç hukuktaki bir kural ve önlemin yorumlanışı bakımından Anayasa'nın konusu ve amacı ile uyumlu olup olmadığını değerlendirmektedir. Yani Mahkeme, yapılan hukuki işlem ve eylemlerin, Anayasa hükümlerinin amacı ile bağdaşır olup olmadığını inceleyerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki başlangıç noktasını yakalamıştır. Bu durum, Mahkeme'nin bu konuda yaşayan belge içtihadına da eğilimli olduğunu gösterir.

Anayasa Mahkemesi, genişletici yaklaşımını, Kristal İş Sendikası'nın başvurusunda devam ettirmiştir. Bu başvuruda sendika, yürütülen toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde anlaşma sağlanamaması üzerine aldıkları grev kararının Bakanlar Kurulu kararı ile ertelenmesi ve bu erteleme kararına karşı yaptıkları yürütmenin durdurulması talebinin reddedilmesi nedeniyle, toplu iş sözleşmesi ve grev haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme'nin grev hakkına ilişkin değerlendirmesi ise şu şekildedir:

"Sendika hakkı, örgütlenme özgürlüğünün bir parçasını oluşturmaktadır. Bu hak, mensuplarının menfaatlerini korumak üzere yapılan sendikal faaliyetlere izin verilmesini de gerektirmektedir. Bu çerçevede her ne kadar ayrı bir hak grubu teşkil

⁸³⁷ **Yücel Yaşar Başvurusu, Başvuru No: 2013/7199**, Karar Tarihi: 25/3/2015, § 33-34. **İsmail Aslan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/7197**, Karar Tarihi: 8/9/2015, § 35-36, **Tayfun Cengiz Başvurusu, Başvurusu. No: 2013/8463**, Karar Tarihi: 18/9/2014, § 30, **Abidin Aydın Tüfekçi Başvurusu, Başvuru No: 2013/1315**, Karar Tarihi: 15/4/2015, § 29.

etmeseler de grev ve toplu sözleşme hakkı, üyelerinin menfaatlerini korumak için sendikaların kullanabileceği en önemli yollardandır⁸³⁸. ”

Yukarıda belirtilenler dışında Anayasa Mahkemesi, bir kişinin çalışarak hak ettiği ücret alacaklarını da mülkiyet hakkına dahil ederek değerlendirmektedir. Mahkeme, bu değerlendirmeyi yaparken çalışma hakkı ile mülkiyet arasında bir bağlantı kurmaktadır. *“Başvurucu her ne kadar eşitlik ilkesiyle çalışma ve ücrette adaletin sağlanması hakkından söz etmekteyse de bu ilke ve haklar tek başına bireysel başvuru konusu edilebilecek haklardan olmadığından bu iddialar başvurusunun alacağı somutlaşmış olması hâlinde ancak mülkiyet hakkı çerçevesinde değerlendirilebilir⁸³⁹. ”* Bunun yanında Anayasa Mahkemesi’nin sosyal güvenlik hakkını mülkiyet hakkına dahil ederek değerlendirdiği bir kararı da bulunmaktadır⁸⁴⁰.

Sosyal ve ekonomik haklara ilişkin verdiği kararlar, bireysel başvuruda korunacak haklar kataloğunun belirlenmesinde Anayasa Mahkemesi’nin oldukça genişletici bir yorum yaptığını göstermektedir. Mahkeme, özellikle özerk kavramlar doktrini ile sosyal hakların Sözleşme haklarıyla ilişkisini kurmaktadır. Böylece bu hakları da “sınırlı sayılmamış haklar doktrinini” kullanarak haklar kataloğuna dahil etmektedir.

Konuyu toparlamak gerekirse Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda sayılan üç grupta yer alan haklar konusunda oluşturduğu içtihat çelişkilidir. Mahkeme, açıkça Anayasa’da yer almasına rağmen birinci gruptaki hakları değerlendirmeye almamaktadır. İkinci gruptaki haklar ise açıkça Anayasa’da yer almamasına rağmen korunmaktadır. Üçüncü gruptaki haklar ise Sözleşme metninde yoktur; buna karşın korunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, niçin belli bir grup hakkı geleneksel yorumu aşarak korurken belli birtakım haklarda lafzi yorumun ötesine gitmez?

Her üç grupta yer alan haklara ilişkin kararlara bakıldığında, Anayasa Mahkemesi’nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ihlal kararlarından kaçmaktan başka bir amacı olduğunu söylemek pek mümkün görünmemektedir. Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin baktığı yerlerde yorumunu

⁸³⁸ **Kristal-İş Sendikası Başvurusu, Başvuru No: 2014/12166**, Karar Tarihi: 2/7/2015, § 27.

⁸³⁹ **Kenan Halis Kızıldağ Başvurusu, Başvuru No: 2013/1390**, Karar Tarihi: 15/0/2015, § 23.

⁸⁴⁰ **Ahmet Bozkurt Başvurusu, Başvuru No: 2013/3081**, Karar Tarihi: 20/2/2014, § 21.

genişletirken, bu denetim dışında kalan alanlarda hak eksenli bir bakış geliştirmeyi başaramamıştır⁸⁴¹.

Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye şubesi değildir. Ancak bunu kanıtlamak için Mahkeme'nin belli bir hukuksal hermeneutik anlayışı geliştirmesi gerekir. Aksi takdirde Mahkeme, hakları etkin koruyamayacağı gibi, kendisini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin şubesi olmakla eleştirenleri de tatmin edemeyecektir.

3. Sözleşme Haklarının İçerik ve Kapsamının Belirlenmesinde Aynalama Prensibi

Türk Anayasa Mahkemesi, aynalama prensibini bireysel başvuru kapsamının belirlenmesinde kullandığı gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin taraf olunan hükümlerini yorumlarken de bu prensibi kullanmaktadır. Böylece Türk hukukundaki temel hakların kapsamı da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı doğrultusunda belirlenmektedir.

a. Usuli Hakların Kapsamının Belirlenmesinde Aynalama Yaklaşımı

Bireysel başvuru yolu kabul edilmeden önce Türkiye'nin karşı karşıya kaldığı en büyük sorun adil yargılanma hakkının ihlali iddiaları olmuştur. Bireysel başvuruların alınmaya başlandığı 23 Eylül 2012 tarihinden 31 Aralık 2016 tarihine kadar geçen sürede verilen ihlal kararlarının % 77'si adil yargılanma hakkının ihlali gerekçesiyle verilmiştir. Aynı süre içerisinde yapılan başvuruların % 53'ü de bu hakkın ihlal edildiği iddiasıyla yapılmıştır⁸⁴².

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrası, adil yargılama kavramını oluşturan hak ve ilkeleri saymıştır⁸⁴³. Buna göre bu ilkeler, yargılamanın a) kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde, b) makul sürede, c) aleni ve d) hakkaniyete uygun olarak yapılmasıdır. Ancak adil yargılanma hakkının yalnızca maddede sayılan ilkelerden ibaret olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen ilkelerden bir kısmı, madde metninden

⁸⁴¹ Benzer eleştiri için bkz. ŞİRİN, (2015), s. 8.

⁸⁴² <http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselbasvuru/istastik-31122016.pdf>, Erişim Tarihi: 20.07.2017.

⁸⁴³ İNCEOĞLU, Sibel; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.5.

çıkarılmakta iken, bir kısmı ise geniş bir yorumla madde hükmüne zımnen dahil unsurlar olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tespit edilmiştir⁸⁴⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin madde metninden zımni olarak çıkardığı ilkeler ise mahkemeye başvurma hakkı, silahların eşitliği, çekişmeli yargı vb. birtakım ilkelerdir⁸⁴⁵. 6. maddenin ikinci fıkrasında suçsuzluk karinesi ve 3. fıkrasında ise sanığın hakları yer almaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkının kapsamını belirlerken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını esas almaktadır. Bu durum aynalama prensibinin güzel bir örneğini oluşturur. Mahkeme, ilk verdiği kararlardan olan *Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu*'nda şu ifadeleri kullanmaktadır: “Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümüleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı bir çok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir⁸⁴⁶.”

Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu'ndaki yaklaşımın “daha fazlası değil, ancak kesinlikle daha azı da değil” yaklaşımıyla paralel olduğunu görmek mümkündür. Bu yönüyle yorum genişleticidir. Bunun ardından Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı şu hale gelmiştir: “Anayasa'da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin "medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların" ve bir "suç isnadının" esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır⁸⁴⁷.” Anayasa

⁸⁴⁴ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Ocak-Haziran 1994, Cilt: 49, No: 1-2, s. 200.

⁸⁴⁵ İNCEOĞLU, (2008), s.5.

⁸⁴⁶ **Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun Başvurusu, Başvuru No: 2012/12**, Karar Tarihi: 17.09.2013, § 42, **Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/13**, Karar Tarihi: 02.07.2013, § 38.

⁸⁴⁷ **Ümit Yalçın Başvurusu, Başvuru No: 2014/12984**, Karar Tarihi: 26.02.2015, § 24-25.

Mahkemesi, hakkın kapsamını daraltarak belirleyen bu gerekçesinde, aslında genişleyerek belirleme amacı olan *Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu*'na atıf yapmıştır. Ancak burada yukarıda belirtildiği gibi Mahkeme'nin yaklaşımı, "daha azı değil, ancak kesinlikle daha fazlası da değil" yaklaşımına dönüşmüştür. Anayasa Mahkemesi, ilk önce adil yargılanma hakkının kapsamını belirlemek için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını alt sınır olarak esas almıştır. Bilahare Mahkeme, bu yaklaşımı hakkın kapsamında üst sınıra çevirmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin adil yargılanma hakkının kapsamını belirleme biçimi birtakım sonuçları beraberinde getirmiştir. Bu konuda Türk doktrininde en dikkat çeken başvurular şüphesiz *Onurhan Solmaz ve Adnan Oktar Başvuruları* olmuştur. Her iki başvurunun ortak özelliği şudur: Başvurucular, her iki başvuruda da kendilerine basın yoluyla hakaret edildiği gerekçesiyle suç duyurusunda bulunmuşlar, ancak yapılan soruşturma sonucunda kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmiştir. İlgili ceza mevzuatı gereği bu kararlara karşı yetkili Ağır Ceza Mahkemesi'ne itirazda bulunan başvuru sahipleri bu yoldan da sonuç alamamışlardır. Bunun üzerine başvuru sahipleri adil yargılanma haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunmuşlardır⁸⁴⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin *Onurhan Solmaz ve Adnan Oktar Başvuruları*'nda yaptığı değerlendirme, adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde önemli bir rol oynamıştır. Buna göre; "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre, bir ceza davasında üçüncü kişilerin suçlanması veya cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler, AİHS'nin 6. maddesinin koruma alanı dışında kalmaktadır*⁸⁴⁹." Anayasa Mahkemesi'nin bu ifadesi doktrinde çok eleştirilmiştir. Ancak bu eleştirinin doğrudan sebebi Anayasa Mahkemesi'nin hakkın kapsamını "*medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların*" ve bir "*suç isnadının*" esasının karara bağlanması ile sınırlaması değildir. Temel mesele, Mahkeme'nin bu sonuca ulaşırken Anayasa'yı değil, Sözleşme'nin ilgili hükmünün

⁸⁴⁸ Bu davalar hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. GÖZTEPE, (2017), s. 119-120, KONTACI, (2014), s. 112-113.

⁸⁴⁹ *Adnan Oktar Başvurusu*, Başvuru No: 2012/917, Karar Tarihi: 16.04.2013, § 22, *Onurhan Solmaz*, § 24.

kapsamını sınırlandırıcı bir biçimde belirleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını dikkate almış olmasıdır⁸⁵⁰.

Adil yargılanma hakkının kapsamı, işlendiği iddia edilen bir suçtan zarar gördüğünü öne süren kişilerin öç almaları yönünde genişletilemez. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen *Perez v. Fransa Davası*'nda ifade edilmiştir⁸⁵¹. Anayasa Mahkemesi de verdiği kararlarda belirtilen karara atıf yaparak bu yaklaşımı benimsemiştir⁸⁵². Ancak dikkatli olunması gereken bir husus vardır: Temel hakların evrimsel yapısı, suç mağdurlarının adalete ulaşma haklarını gittikçe daha çok dikkate alır hale gelmiştir. Bu doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen 1996 tarihli *Doorson v. Hollanda Davası*'nda gizli tanıkların adil yargılanma hakkı güvencelerine sahip olup olmadığı tartışılmıştır. Mahkeme verdiği kararında, “6. madde, açıkça tanıkların menfaatlerinin dikkate alınmasını öngörmemektedir. Bununla birlikte bunların yaşam güvenlikleri tehlikeye düşebilir. Bu sebeple adil yargılanma ilkeleri, sanıkların menfaatleri, tanık ve suç mağdurlarının menfaatleri karşısında dengelenmelidir⁸⁵³.” ifadesini kullanmaktadır. Bu yorum, kendisi usuli güvenceleri ifade eden adil yargılanma hakkının çehresinin her an değişebileceğini göstermektedir. Çünkü günümüzde adil yargılanma hakkı suçtan zarar görenler ile tanıkların haklarına doğru genişlemeye başlamaktadır. Bu durum adil yargılanma hakkının yeni keşfedilmeye başlanan yatay uygulanabilirliği ve bu konuda devletin pozitif yükümlülüğü doktrini ile meşrulaştırılmaktadır⁸⁵⁴. Anayasa Mahkemesi de bu evrimsel yorum yapıldığında buna hazır olmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımını, usuli güvenceler içeren bir diğer hak olan seçme ve seçilme hakkının kapsamının belirlenmesi açısından incelemek gerekir. Adil yargılanma hakkı gibi bu hakkın belirlenmesinde de aynalama prensibinin kullanıldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımı net bir biçimde *Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvurusu*'nda ortaya koymuştur. Bu başvuruda başvuruçular, 2014 yılında yapılan Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçiminin iptal edilmesi talebinin reddine ilişkin Yüksek Seçim Kurulu kararının serbest seçim haklarını ihlal

⁸⁵⁰ Bu yönde bkz. KONTACI, (2014), s. 114.

⁸⁵¹ **Perez v. France, Application No: 47287/99**, 12.02.2004, § 70.

⁸⁵² Örnek için bkz. **Ercan Kanar Başvurusu, Başvuru No: 2013/533**, Karar Tarihi: 09.01.2014, § 42.

⁸⁵³ **Doorson v. Netherlands, Application No: 20524/92**, 26.03.1996, § 70.

⁸⁵⁴ Bu yönde bkz. STARMER, Keir; “Human Rights, Victims and the Prosecution of Crime in the 21st Century”, **Criminal Law Review**, Sayı: 11, 2014, s. 784-785.

ettiğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi ise başvuruyu kabul edilebilir bulmamıştır. Mahkeme'ye göre; “*AIHS kapsamında korunan hak, yasama organının seçimi ile ilgili olup Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca mahalli idare niteliğinde olan Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçimiyle ilgili ihlal iddiaları, bağımsız bir hak olarak AIHS kapsamında değerlendirilmediğinden, bu hakka yönelik ihlal iddialarının bireysel başvuru konusu yapılabilmesi mümkün değildir*⁸⁵⁵.” Anayasa Mahkemesi'nin bu başvuruda aldığı konum da adil yargılanma hakkında aldığı konum gibi doktrinde eleştiriye uğramıştır⁸⁵⁶. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin serbest seçim hakkı konusunda son dönemde gittiği genişlemeler dikkate alındığında ulusal hukukta bu soruna çözüm bulunması gerekliliği ortadadır.

Anayasa Mahkemesi'nin serbest seçim hakkı konusundaki çelişkili tutumunu ortaya koymak için hükümlülerin oy kullanma yasağı incelenmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konu hakkındaki güncel içtihatlarından biri Hirst v. Birleşik Krallık Davası olmuştur. Bu davada müebbet hapis cezası ile cezalandırılmış bir hükümlünün oy hakkından mahrum bırakılması tartışılmıştır. O dönem İngiliz mevzuatında hükümlülerin oy kullanmasına yönelik herhangi bir düzenleme yoktur; hükümlüler, bu sebeple hiçbir surette oy kullanamamaktadırlar⁸⁵⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, sınırlama getiren uygulamaların tümü, bazı suç kategorileri açısından ve mahkeme kararına dayanılmak şartı ile hükümlülerin oy hakkını sınırlandırmaktadır⁸⁵⁸. Bu durumda hükümlülerin oy hakkı sınırlandırılabilir; ancak bunun ölçülü ve demokratik toplum düzeninde gerekli olması gerekir. Böylece Birleşik Krallık'ın hükümlülerin tamamı açısından oy hakkına sınır getirmesi, ölçülü ve demokratik toplum düzeninde gerekli görülmeyerek serbest seçim hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir⁸⁵⁹.

Türkiye'de hükümlülerin oy kullanması mutlak bir biçimde yasaklanmamıştır. Anayasa'nın 67. maddesine göre belli suçlardan hüküm giyenler ve taksirli suçlar hariç olmak üzere bir yılı aşkın süreli hapis cezasına çarptırılan hükümlüler oy kullanamazlar.

⁸⁵⁵ **Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvurusu, Başvuru No: 2014/5425**, Karar Tarihi: 23.07.2014, § 35.

⁸⁵⁶ GÖZTEPE, (2015), s. 8.

⁸⁵⁷ KARAGÖZ, Kasım; “Mahkumların Oy Hakkı Üzerindeki Yasağın Demokrasi Teorisindeki Yerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, **Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, s. 198.

⁸⁵⁸ KARAKAŞ DOĞAN, Fatma; “Mahkumların Oy Hakkı: AİHM'nin Söyler v. Türkiye Kararı ile Yüksek Seçim Kurulu Kararı Işığında”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 112, 2014, s. 115.

⁸⁵⁹ **Hirst v. United Kingdom, Application No: 74025/01**, 06.10.2005, § 76-85.

Buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin önüne Hirst Davası'na benzer bir dava gelmesi uzun sürmemiştir. *Musa Kaya Başvurusu*'nda, 1997 yılından bu yana hükümlü olan başvuru, oy kullanamadığından bahisle temel hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin konu hakkında değerlendirmesi ise şu şekilde olmuştur: “mahkumlara yönelik oy kullanma yasağı'nın, Anayasa'nın 67. maddesiyle uyumlu olduğu, diğer bir ifadeyle taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin oy kullanma hakkına bizzat Anayasa tarafından sınırlama getirildiği, dolayısıyla başvuru tarafından Anayasa tarafından korunmayan bir hakka yönelik başvuruda bulunulduğu görülmektedir⁸⁶⁰.”

Anayasa Mahkemesi, *Musa Kaya Başvurusu*'nda Anayasa'nın açık hükmü karşısında esasa girmeden başvuruyu kabul edilemezlikle sonuçlandırmıştır. Mansur Yavaş Başvurusu'nda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi lafzını dikkate alan Anayasa Mahkemesi, bu sefer, tersi bir yoruma gitmiştir⁸⁶¹. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin “daha azı değil, ama kesinlikle daha fazlası da değil” yaklaşımına yakın durduğunu söylemek mümkündür.

b. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin Tutuklama Kararları Konusundaki Yorumu

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşme'nin, hakkında en çok başvuru yapılan ve ihlal kararı verilen fıkralarından biri ise 5/1-c fıkrasıdır. Bu sebeple fıkra temel hak ve özgürlüklerin yorumu bakımından da büyük öneme sahiptir. Fıkraya göre “Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

...c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;”

⁸⁶⁰ *Musa Kaya Başvurusu*, Başvuru No: 2014/19397, Karar Tarihi: 25.03.2015, § 21.

⁸⁶¹ ŞİRİN, (2015), s. 74.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin belirtilen maddesi, şüpheli veya sanığın yakalanması, gözaltına alınması ve tutuklanmasına ilişkindir. Türkiye'de ise "tutuklama kararlarının" özel bir öneme sahip olduğu ifade edilmektedir. Özellikle, tutuklama kararlarının "makul sebeplere dayanmadığının" çok sık ileri sürülüyor olması, Anayasa'nın 19. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesine aykırılık iddialarını gündeme taşımaktadır⁸⁶². Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru yolunun ihdası ile birlikte tutukluluk konusunda çok çeşitli tartışmaları içeren başvuruları karara bağlamıştır⁸⁶³. Bunlar arasında Anayasa Mahkemesi'nin temel haklar yorumu açısından önemli olarak görülebilecek olanlar; tutuklama kararlarının yeterli gerekçeye sahip olmadığı ve tutuklulukta makul sürenin aşıldığı iddialarıdır⁸⁶⁴.

Tutuklamaya dair kararların yeterli gerekçeye sahip olmadığı iddiası, söz konusu kararların formül (şablon) gerekçelere dayandığı, somut olayın özelliklerini tartışmadığı, her bir şüpheli veya sanık için ayrı ve bireysel değerlendirme yapılmadan toptan bir değerlendirme ile karar verildiği noktasında toplanmaktadır⁸⁶⁵. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yolunun ihdasından itibaren tutuklu başvuruçuların bu yönde yaptıkları başvuruları kabul edilebilir bulmaktadır. Ancak Mahkeme, tutuklama kararı verecek olan merciin olay ve olgulara çok daha yakın olduğunu ifade etmekte, bu sebeple doğal olarak olguları değerlendirmek gibi bir maddi bir denetimden kaçınmaktadır⁸⁶⁶. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, tutuklama nedenlerinin gerekçelendirilmesi konusunda birtakım usuli şartları sıkı bir biçimde denetlemektedir. *Mustafa Ali Balbay Başvurusu*'nda Mahkeme, bunu şu şekilde ifade etmiştir: *"Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri hükme bağlanmıştır. Buna göre bir*

⁸⁶² TUNÇ, Hasan; "Türk Hukukunda Tutuklama Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Hakkı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 1-2, 2013, s. 1647.

⁸⁶³ Murat Aydın'a göre Anayasa Mahkemesi bugüne kadar tutukluluğa ilişkin olarak toplam 11 başlık altında sıralanabilecek bireysel başvuruları karara bağlamıştır. Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN, Murat; **Anayasa Mahkemesinin, Bireysel Başvurular Nedeniyle Verdiği Kararlar Işığında Tutuklamaya Bakış**, http://www.murataydin.name.tr/images/bireysel_basvuru_ve_tutuklama.pdf, 12.05.2014, Erişim Tarihi: 27.07.2017, s. 13-42.

⁸⁶⁴ Benzer yönde bir yaklaşım ve inceleme için bkz. BALO, Yusuf Solmaz; "Tutuklama Koruma Tedbirinin Bireysel Başvuruya Konu Olması ve Anayasa Mahkemesi'nin İmtihani", **Ceza Hukuku ve Krimnoloji Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 1, 2015, s. 27-40.

⁸⁶⁵ AYDIN, (2014), s. 19.

⁸⁶⁶ **Ramazan Aras Başvurusu, Başvuru No: 2012/239**, Karar Tarihi: 02.07.2013, § 49.

kişinin tutuklanabilmesi öncelikli olarak suç işlediği hususunda kuvvetli belirti bulunmasına bağlıdır.”

...Tutukluluk, 5271 sayılı Kanun'un 100. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 100. maddeye göre kişi ancak hakkında suç işlediğine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde tutuklanabilir. ...Buna göre, (a) şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa, (b) şüpheli veya sanığın davranışları; 1) delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, 2) tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa tutukluluk kararı verilebilecektir⁸⁶⁷.”

Anayasa Mahkemesi'ne göre tutuklamanın devamına karar verilirken, davanın genel durumu yanında, tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun dikkate alınması ve böylece tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi gerekir⁸⁶⁸. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, aynı mahiyetteki başvurularda farklı sonuçlara varabilmektedir. Örneğin tutukluluğun devamına ilişkin karara yönelik itiraz incelemesinde bildirilen Cumhuriyet savcısı mütalaasının şüpheliye veya sanığa bildirilmemesi nedeniyle çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği iddiası konusunda Mahkeme içtihadı, anayasal ve kişisel önemin varlığına göre değişmektedir. Bu doğrultuda Mahkeme, 2017 yılında *Devran Duran Başvurusu*'nda verdiği kararda, öncelikli olarak “*tutukluluk ve tutukluluğa itiraz incelemeleri sırasında alınan savcılık görüşünün şüpheli/sanık veya müdafine bildirilmemiş olmasının Anayasa'nın 19. maddesinin 8. fıkrasının ihlaline sebebiyet verdiği pek çok kararda belirttiğini*” ifade etmiştir. Böylece bundan önceki davalarda içtihadını net bir biçimde ortaya koyduğundan bu özgül davada bunun anayasal bir öneminin kalmadığını belirtmiştir⁸⁶⁹. Bu durumda başvurunun kabul edilebilir olması anayasal önem gibi objektif bir kavramdan, subjektif bir kavram olan kişisel öneme geçiş yapmaktadır. Mahkeme, gerekçesinin devamında Cumhuriyet savcısının yazılı görüşünün yalnızca “*talebin (itirazın) reddi*” şeklinde olduğunu ve

⁸⁶⁷ **Mustafa Ali Balbay Başvurusu, Başvuru No: 2012/1272**, Karar Tarihi: 04.12.2013, § 72, 74.

⁸⁶⁸ BALO, (2015), s. 32.

⁸⁶⁹ **Devran Duran**, § 116, ayrıca bu yönde örnek için bkz. **Firas Aslan ve Hebat Aslan Başvurusu, Başvuru No: 2012/1158**, Karar Tarihi: 21.11.2013, § 76-80.

sanık açısından bu görüşün hiçbir kişisel önem arz etmediğini belirterek başvuruyu “*anayasal ve kişisel önemden yoksun olması*” sebebiyle kabul edilemez bulmuştur⁸⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi’nin anayasal ve kişisel önemden yoksun olma kriterini uygularken büyük bir hassasiyetle hareket etmesi gerekir. Buna karşın Mahkeme kararında da belirtildiği gibi bu içtihatlar artık Türk anayasa hukukunda kalıplaşmış içtihatlar olarak görülmektedir. Böylece Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa’nın 19/7. ve 8. maddesi ile aynı doğrultudaki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5/1. maddesini yorumlayış biçimi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı doğrultusunda kişi özgürlüğü ve güvenliğinin etkin bir biçimde korunmasına hizmet etmiştir⁸⁷¹.

Tutuklulukta makul sürenin hesaplanması bireysel başvuru açısından önem arz eden bir diğer durumdur. Türk hukukunda Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 102. maddesinde soruşturma ve kovuşturma evrelerinde kişilerin tutulabileceği azami süreler düzenlenmiştir. Kanunda, ağır ceza mahkemesinin görevine giren ve girmeyen işler bakımından bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluk süresi en çok 1 yıl 6 aydır. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise en çok 5 yıldır⁸⁷².

Anayasa Mahkemesi öncelikle, devam eden bir dava nedeniyle tutuklu bulunan kişilerin bireysel başvuruda bulunma imkanı olup olmadığını incelemektedir⁸⁷³. Mahkeme’ye göre; “*Devam eden tutukluluğun hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda şikâyetlerin temel amacı, tutukluluğun hukuka aykırı olduğunun ya da devamını haklı kılan sebep veya sebeplerin bulunmadığının tespitidir. Bu tespit yapıldığı ...kişinin serbest kalmasının yolu açılacaktır. ...belirtilen nedenlerle ve serbest bırakılmayı temin edebilecek bir karar alma amacıyla yapılacak bireysel başvuruların, olağan kanun yolları tüketilmek şartıyla, tutukluluk hali devam ettiği sürece yapılabilmesi mümkündür*”⁸⁷⁴.

Anayasa Mahkemesi, tutuklulukta geçen sürelerin belirtilen miktarları aşması halinde ihlal kararı vermektedir. Bu durumda da bir kimsenin kendisi hakkında açılan

⁸⁷⁰ Devran Duran, § 118-122.

⁸⁷¹ Benzer yönde bkz. BALO, (2015), s. 47-48.

⁸⁷² BALO, (2015), s. 33-34.

⁸⁷³ AYDIN, (2014), s. 33.

⁸⁷⁴ Mehmet İlker Başbuğ Başvurusu, Başvuru No: 2014/912, Karar Tarihi: 06.03.2014, § 47.

farklı ceza davaları devam ederken tutuklu olarak geçirdiği sürelerin hesaplanması sorunu ortaya çıkmıştır. Çünkü ilk derece mahkemelerinin uygulaması *iddianamede düzenlenen her bir suç için tutukluluk süresinin bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği*⁸⁷⁵” yönünde olmuş, bu husus da bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede “... *azami tutukluluk süresinin kişinin yargılandığı dosya kapsamındaki tüm suçlar açısından en fazla beş yıl olması gerektiği anlaşılmaktadır. Tutuklama tedbiri, bir yaptırım olmadığından aynı dosya kapsamındaki her bir suç için azami tutukluluk süresinin ayrı ayrı hesaplanması kabul edilemez*⁸⁷⁶.” ifadelerini kullanmıştır. Böylece Mahkeme, her bir suç için ayrı tutukluluk süresi hesaplandığında kanunda öngörülen azami süreyi aşabilecek bir uygulamanın da önüne geçmiştir. Bu durum bireysel başvuru içtihadının ilk derece mahkemelerinin temel hak ve özgürlükler yorumuna etkisini göstermesi açısından da önemlidir.

Nihayet Anayasa Mahkemesi’nin tutukluluk müessesesine ilişkin yorumunda sıklıkla eleştirilen bir husus, yine aynalama prensibinin kullanılmasından kaynaklanan bir sorundur. Bu da tutukluluk süresinin bitişine ilişkindir⁸⁷⁷. Mahkeme’ye göre “*Makul sürenin hesaplanmasında sürenin başlangıcı, başvurunun ilk kez yakalanıp gözetilme alındığı durumlarda bu tarih, doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihidir. Sürenin sonu ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı ya da ilk derece mahkemesince hüküm verildiği tarihtir*⁸⁷⁸.” Anayasa Mahkemesi, bu gerekçeyle şunu ortaya koymaktadır: İlk derece mahkemesinde yargılanan kişinin tutukluluk durumu, mahkemenin vereceği mahkumiyet kararıyla sona erer. Böylece kişinin temyizde geçen tutulma süresi, tutukluluk süresine dahil değildir. Buna “*hükmen tutukluluk*” denir. Anayasa Mahkemesi bunu incelemeyiz.

Hükmen tutukluluk içtihadı, ilk olarak Yargıtay tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu yöndeki içtihadından ilham alınarak benimsenmiştir⁸⁷⁹. Anayasa Mahkemesi de bu içtihadı sorgulamadan kabullenmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi

⁸⁷⁵ Murat Narman Başvurusu, Başvuru No: 2012/1137, Karar Tarihi: 02.07.2013, § 47.

⁸⁷⁶ Murat Narman, § 49, Ramazan Çelik Başvurusu, Başvuru No: 2012/152, Karar Tarihi: 20.02.2014, § 43.

⁸⁷⁷ Bu yönde bkz. GÖZTEPE ÇELEBİ, Ece; “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 32, 2015, s. 22.

⁸⁷⁸ Savaş Çetinkaya Başvurusu, Başvuru No: 2012/1303, Karar Tarihi: 21.11.2013, § 56.

⁸⁷⁹ BALO, (2015), s. 37.

bir kere daha, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadındaki daraltıcı yorumu üst sınır kabul ederek⁸⁸⁰ aynalama prensibini tatbik etmiştir.

Çözülmesi gereken temel sorun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tutukluluk konusunda niçin böyle bir yorum benimsediğidir. Bu yorum, ilk defa 1968 tarihli Wemhoff v. Almanya Davası'nda yapılmış, bilahare istikrar kazanmıştır. Daha önce belirtildiği gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, aralarında ciddi farklar bulunan Sözleşme'ye taraf pek çok ülke için asgari standartlar yaratmaya çalışan uluslararası bir kuruluştur. Mahkeme de bu standartları göz önüne alarak stratejik bir yorum yapmaktadır⁸⁸¹. Bununla birlikte Mahkeme'nin bu yaklaşımı durağan değildir. M v. Almanya Davası'nda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilk derece mahkemesi tarafından verilen hüküm ile sonraki tutma veya salıverilmenin yeniden incelenmesi kararları arasındaki bağlantının gittikçe zayıflayacağını ifade etmiştir. Buna göre; *“Böyle durumlarda, başlangıçta hukuka uygun olan bir tutuklama, keyfi bir hürriyetten yoksun bırakmaya dönüşecek ve dolayısıyla 5. maddeye aykırı olacaktır”*⁸⁸².

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesi, sanık kavramını *“kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişi”* olarak tanımlamıştır. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin yorumu, Türk ceza muhakemesi hukuku sistemine ve hatta felsefesine tamamen terstir⁸⁸³. Buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin hükmen tutukluluk yorumu, *Hebat Aslan ve Firas Aslan Başvurusu* üzerinden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin tutukluk yorumunu tartışma konusu dahi etmeyerek kararı benimsemiştir⁸⁸⁴.

Tutukluluk süreleri konusunda Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı yorum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını üst sınır kabul eden önemli örneklerden biri olarak

⁸⁸⁰ Bu yönde bkz. GÖZTEPE ÇELEBİ, (2015), s. 23.

⁸⁸¹ Bu yönde bkz. ALGAN, Bülent; “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Yaklaşımı: Hebat Aslan ve Firas Aslan Kararı Örneği”, **Anayasa Yargısı**, Sayı: 32, 2015, s. 200-201.

⁸⁸² ÖZEN, Muharrem; GÜNGÖR, Devrim; OKUYUCU ERGÜN, Güneş; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2010/4, s. 184.

⁸⁸³ Bu yönde özellikle bkz. İNCİ, Z. Özen; Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:9, Sayı:25, Ağustos 2014, s. 107-109.

⁸⁸⁴ ALGAN, (2015), s. 194, karar için bkz. **Hebat Aslan ve Firas Aslan v. Türkiye**, Başvuru No: 15048/09, 28.10.2014.

kayda geçmiştir; bu sebeple de doktrinde yaygın bir biçimde eleştirilmektedir⁸⁸⁵. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin yorumu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da benimsendiği için başarılı görünmektedir. Halbuki bu yorum, aynalama prensibinin klasik bir örneğini oluşturur. Anayasa Mahkemesi, Türk ceza muhakemesi hukukunun temel hak ve özgürlükleri daha etkin koruyan yaklaşımını benimsemediği müddetçe Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yorumsal inisiyatifi de elinde tutacaktır. Mahkeme'nin konu hakkında bugün sessiz kalmış olması, ileride Türkiye aleyhine bir yorumu benimsemeyeceği anlamına gelmez. Aynalama prensibinin geçici büyü, her an yeni bir yorumla bozulabilir. Diyalog yaklaşımı da bu yüzden önemlidir.

4. Sözleşme Haklarının İçerik ve Kapsamının Belirlenmesinde Diyalog Yaklaşımı

Türk Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında temel olarak aynalama prensibini kullanmaktadır. Ancak bu prensip, zaman zaman Mahkeme'ye dar gelmektedir. Bu prensipten sıyrılmaya çalışan Mahkeme'nin yapması gereken diyalog yaklaşımının farkında olmaktır. Mahkeme, bu yaklaşımı benimsediği ölçüde de Türk hukukunu anayasallaştırmaya, böylece temel hak ve özgürlükleri etkin korumaya adaydır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi'nin önemli bir kavramı nasıl kullandığını ele almak gerekir. Bu kavram “kişisel özerklik”tir.

a. Diyaloğa Temel Alınan İlke: İnsan Onuru Olarak Kişisel Özerklik Kavramı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin insan onuru kavramını ilk defa 1975'te Tyrer v. Birleşik Krallık Davası'nda kullandığı ifade edilmişti. Bilahare Mahkeme, bu kavramı şekillendirmeye başlamıştır. 1990 yılındaki Cossey v. Birleşik Krallık Kararı'nda yazılan bir karşı oyda kavram şu şekilde tanımlanmıştır: “*İnsan onuru ve insan özgürlüğü, kişinin kendine ve kendi kaderine, kişiliğine en uygun olduğuna inandığı biçimde şekil vermekte serbest olmasını ifade eder*⁸⁸⁶.” 1998 yılındaki başka bir davada bu sefer bir başka hakim, karşı oyunda “kendi kaderini tayin hakkı”nın Sözleşme'de açıkça yer almamasına rağmen, Sözleşme'nin kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenleyen 5. maddesi ile özel hayat ve aile hayatına saygı hakkını

⁸⁸⁵ ALGAN, (2015), s. 205-206, GÖZTEPE ÇELEBİ, (2015), s. 8-10.

⁸⁸⁶ Cossey v. the United Kingdom, Application No: 10843/84, 27.09.1990, (Hakim Martens'in Karşı Oyu)

düzenleyen 8. maddesine temel oluşturduğunu ifade etmiştir⁸⁸⁷. Böylece önce karşı oylarda sessiz sedasız yer alan bu tanım, Mahkeme'nin içtihadını şekillendirmeye başlamıştır⁸⁸⁸. Nihayet 2002 yılındaki *Pretty v. Birleşik Krallık Davası* ile yaklaşım resmen benimsenmiştir. Buna göre; “*Sözleşme’nin 8. maddesinin kendi kaderini tayin hakkı gibi bir hak içerdiğini ortaya koyan herhangi bir içtihat bulunmamasına karşın Mahkeme; kişisel özerklik nosyonunu, Sözleşme’nin öngördüğü güvencelerin yorumlanmasına temel teşkil eden (underlying) önemli bir ilke olarak kabul eder*”⁸⁸⁹.

Türk Anayasa Mahkemesi, insan onuru kavramını kişiliğin serbestçe geliştirilmesi kavramı ile somutlaştırmaktadır. Buna göre; “*Sözleşme’nin denetim organlarının içtihatlarında, “bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi” kavramının, özel yaşama saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alındığı anlaşılmaktadır. Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında, kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir*”⁸⁹⁰.

Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan Başvurusu’nda konuya ilişkin önemli açıklamalar yapılmıştır. Özellikle bir üyenin farklı gerekçesinde kavram, detaylı bir şekilde incelenerek, bu kavramın yalnızca özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına mündemiç olmadığı, bilakis tüm temel hakların neşet etmesinde Mahkeme’ye yol gösterici bir temel oluşturduğu ortaya konmuştur⁸⁹¹.

Kişisel özerklik kavramının içtihadi gelişimi, yaşayan belge içtihadının en açık örneklerinden biridir. Bu içtihat, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından sonraki davalarda da benimsenmiştir⁸⁹². Bu içtihadi gelişim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ilişkin çok ilginç bir gelişmeyi de ortaya koyar. Sözleşme’de yer alan mütevazı ve genç haklardan biri olan özel hayat ve aile hayatının gizliliği hakkı, kişisel

⁸⁸⁷ *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, Application No: 22985/93, 30.07.1998, (Hakim Van Dijk’in Karşı Oyu).

⁸⁸⁸ KOFFEMAN, N. R., (The Right to) Personal Autonomy in the Case Law of the European Court of Human Rights, Leiden Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 5-6.

⁸⁸⁹ *Pretty v. the United Kingdom*, § 61.

⁸⁹⁰ *Sevim Akat Ekşi*, § 27-28, Anayasa Mahkemesi, aynı yaklaşımı, devlet memurluğundan çıkarma cezasının özel hayatın gizliliği hakkına müdahale ettiği durumlarda da kullanmıştır. Bu konudaki örnekler için bkz. *Serap Tortuk Başvurusu*, Başvuru No: 2013/9660, Karar Tarihi: 21.01.2015, § 35, *Şengül Kayan Başvurusu*, Başvuru No: 2013/1614, Karar Tarihi: 03.04.2014, § 36.

⁸⁹¹ *Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan Başvurusu*, Başvuru No: 2014/13327, Karar Tarihi: 08.03.2018, Hasan Tahsin Gökcan’ın Farklı Gerekçesi, § 4, 20, özellikle 7.

⁸⁹² Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. KOFFEMAN, (2010), s. 8-10.

özerklik vasıtasıyla diğer haklara da temel teşkil etmektedir. Bu gelişme, 21. Yüzyıl'da insan hakları alanındaki belki de en büyük gelişmedir. Sözleşme'de yer alan ve devlete karşı ileri sürülen neredeyse mutlak nitelikli hakların anası, artık insan onurunu somutlaştırma açısından büyük önem arzeden kişisel özerklik haline gelmektedir⁸⁹³. Bu durum, modern bir ilke olarak insan haklarının evrimsel konumunu da ortaya koyar.

Douglas'a göre insan hakları, bireyin hayatını nasıl yaşayacağı konusunda seçme özgürlüğünü güvence altına alır. Rasyonel bir varlık olarak insanın hayatında pek çok seçim yapması gerekir. İnsanın kendi hayatını etkileyen bu seçimleri, başkasının aynı yöndeki seçimleri ile çatışmadıkça saygı görecektir⁸⁹⁴. Böylece kişisel özerklik, insan hakları kavramının ahlaki olarak temellendirilmesini de sağlamış olacaktır.

Kişisel özerklik kavramının yorumsal esnekliği, ulusal mahkemeler ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı arasında bir diyalog kurulmasını sağlar. Çünkü bu kavram, olay ve olgulara daha yakın olan ulusal mahkemelerin daha sıkı ve yakından bir denetim yapmasını gerektirir. Böylece ulusal mahkemeler, temel hak ve özgürlükleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına göre daha isabetli yorumlayabilecektir.

b. İşkence ve Kötü Muamele Kavramlarının Tespitinde Kişisel Özerklik Yaklaşımı

Kişinin seçim yapma imkanının haksız yere sınırlandırılması, kişinin bir insan olarak en temel özelliği olan istencinin kullanılmasının önüne geçer. Bu sebeple her olayda önemli olan insanın türüne ait bu özelliğin yadsınıp yadsınmadığını belirlemektir. Örneğin işkence ve kötü muamele yasağı yalnızca insanın bedensel veya ruhsal acı çekmesine sebep olmaz. Ayrıca kişinin insani gereksinimlerinin yadsınması söz konusudur. Bu durum, kişinin ahlaki seçimler yapma kapasitesini de ortadan kaldırır; bu sebeple işkence ve kötü muamele insan onuruna aykırılık teşkil eder⁸⁹⁵.

Türk Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yolunun ihdasından itibaren işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin çeşitli başvuruların muhatabı olmuştur. Bu

⁸⁹³ Bu yönde ayrıntılı açıklama için bkz. DOUGLAS, Benedict; "Too Attentive to Our Duty: The Fundamental Conflict Underlying Human Rights Protection in The UK", **Legal Studies**, 2017, Cilt 38, Sayı: 3, 2018, s. 361-363.

⁸⁹⁴ DOUGLAS, (2018), s. 370.

⁸⁹⁵ Türk doktrininde bu yaklaşıma benzer bir yaklaşım için bkz. ALTIPARMAK, Kerem; "Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?", **Anayasa Yargısı**, Sayı: 32, 2015, s. 165.

sebeple Anayasa Mahkemesi, işkence yasağı konusunda sıkı bir denetim yapmaya zorlanmıştır. Belirtilen denetimi yaparken Mahkeme'nin önüne çıkan sorunların aşılması, aynalama prensibinden fazlasını gerektirmektedir.

Anayasa Mahkemesi, öncelikle işkence ve kötü muamele yasağı ile bireyin kişiliğini geliştirme hakkı arasında bir ayırım yapmaktadır: *Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup, bu düzenlemede yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile bireyin kendini gerçekleştirme ve kendine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir.* Bu paragrafı takiben Mahkeme, işkence ve kötü muamele kavramları arasındaki farklılaşmayı da yoğunluk üzerinden belirler:

Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kimseye “işkence”, “eziyet” yapılamayacağı ve kimsenin “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” muamele ve cezaya tabi tutulamayacağı düzenlenmiş olup, hüküm Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında güvence altına alınmış olan hukuksal çıkarları kapsamaktadır. Belirtilen düzenlemede yer alan ifadeler arasında bir yoğunluk farkı bulunmakta olup, kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en ağır şekilde zarar veren muamelelerin “işkence”, bu seviyeye varmayan fakat yine de vücutta zarar ya da yoğun fiziksel veya ruhsal ızdırap veren insanlık dışı muamelelerin “eziyet”, küçük düşürücü ve alçaltıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” muamele veya ceza olarak belirlenmesi mümkündür⁸⁹⁶. Bu içtihadı göre işkence ve kötü muamele kapsamına girecek muameleler, belli bir ağırlığa ulaşmalıdır. Eğer muameleler belirli ağırlığa ulaşmıyorsa, Anayasa'nın işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen 17/3. maddesi kapsamında değil, maddi ve manevi varlığın korunması hakkını düzenleyen 17/1. maddesi kapsamında değerlendirilecektir. Buna göre, bir muamelenin hangi kapsama girdiğini belirlemede Anayasa Mahkemesi'nin tavrını belirleyen geleneksel ölçüt acı ve ıstırapın ağırlığı olmuştur. Buna göre ayırım teorik olarak basittir: Bir uygulama kişide ağır ve yoğun bir acı ve ıstıraba sebep oluyorsa işkence olarak nitelendirilir. Daha az acı ve ıstıraba neden oluyorsa eziyettir. Daha da az acı ve ıstıraba neden oluyorsa insan

⁸⁹⁶ Ümit Yalçın, § 51, I. Y. Başvurusu, Başvuru No: 2012/1213, Karar Tarihi: 17.07.2014, § 29-30, Işıl Yaykır Başvurusu, Başvuru No: 2013/2284, Karar Tarihi: 15.04.2014, § 31-32.

haysiyetiyle bağdaşmayan muameledir. Daha da az acı ve ıstıraba neden oluyorsa bu kapsama da girmez. Böylece işkence ve kötü muamele ile bu muamele kapsamına girmeyen eylemler arasında yoğunluğa göre dikey bir ilişki kurulmuştur⁸⁹⁷.

Anayasa Mahkemesi, belirtilen ayrımı, genellikle psikolojik şiddet (mobbing) davalarında yapmaktadır. Böylece kendisine psikolojik şiddet uygulandığını, ancak suç duyurusunda bulunmalarına rağmen kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildiğini ileri sürülen kişilere; çektikleri ıstırabın işkence ve kötü muamele kapsamına girecek derecede yoğun olmadığını ifade ederek bunların haklarını hukuk davası yoluyla aramaları gerektiğini belirtmiştir⁸⁹⁸. Ancak Mahkeme'nin bu yaklaşımı haklı olarak eleştirilmektedir. Anayasa Mahkemesi, çekilen acının yoğunluğunu ölçüt olarak aldığı bu muameleler arasındaki sınır gittikçe bulanıklaşmaktadır. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin işkence ve kötü muamele içtihadını ıstırabın ağırlığını ve yoğunluğunu ölçüt olarak geliştirmesi mümkün değildir⁸⁹⁹.

İşkence ve kötü muamele kavramlarının kapsamının belirlenmesinde yeni bir ölçüte ihtiyaç olduğu açıktır. Bu ölçüt, insan haklarına ilişkin son dönemde yapılan çalışmalarda kişisel özerklikte somutlaşan insan onuru olarak gösterilmektedir. Bu durumda bir muamelenin belirtilen kapsamda değerlendirilmesi, bu muameleye maruz kalan kişinin kendi iradesi hilafına hareket etmesi ile söz konusu olur. İnsanın insan olmaktan kaynaklanan özelliğinin yadsınması tam olarak budur; kişi, bu muameleler ile kendine ve insanlığa yabancılaştırılmaktadır⁹⁰⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına bakıldığında, acı ve ıstırabın yoğunluğu ölçütünün geçmişteki davalarda sıklıkla kullanıldığı görülmektedir. Buna karşın işkence ve kötü muamele yasağının kapsamı gittikçe kişisel özerklik nosyonu doğrultusunda belirlenmektedir⁹⁰¹. Bu nosyon somut olaylarda nasıl kullanılacaktır? Bu

⁸⁹⁷ ALTIPARMAK, (2015), s. 159-160.

⁸⁹⁸ **Aslı Kırmızı Demirseren Başvurusu, Başvuru No: 2013/5680**, Karar Tarihi: 15.04.2014, § 40-42, **Gülşin Oral Başvurusu, Başvuru No: 2013/6129**, Karar Tarihi: 16.09.2015, § 46-48, **Şehnaz Ayhan Başvurusu, Başvuru No: 2013/6229**, Karar Tarihi: 15.04.2014, § 32-34, **Yusuf Burak Çelik Başvurusu, Başvuru No: 2013/2538**, Karar Tarihi: 20.11.2014, § 31-33, **Mesut Özbezen Başvurusu, Başvuru No: 2013/8175**, Karar Tarihi: 15.04.2014, § 39-41.

⁸⁹⁹ ALTIPARMAK, (2015), s. 182-183.

⁹⁰⁰ Bu yönde bkz. GRIFFIN, (2008), s. 52-53.

⁹⁰¹ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. ALTIPARMAK, (2015), s. 167-168, ayrıca uluslararası sözleşmelerde işkence ve kötü muamele yasağının insan onurunu ortadan kaldıracak veya tahrip edecek eylemlere teşmil edildiği yönünde bkz. ANAYURT, Ömer; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 1-2, 2008, s. 424.

sorunun cevabı, dinamik bir yaklaşımla Altıparmak tarafından verilmiştir. Yazara göre işkencenin tarihten günümüze süzülen üç amacı olmuştur. Bunlardan tarihsel olarak ilki ceza muhakemesi aracı olarak işkencedir. Geçmişte bu yöntemle maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılması oldukça yaygındır. Halbuki günümüzde gelişen teknoloji sayesinde maddi gerçeğe ulaşma konusunda işkence yöntemi terkedilmektedir. Ancak bu durum işkencenin tarihe karışmaya başladığı anlamına gelmez. Bu yöntem artık bir cezalandırma ve caydırma aracı olarak da kullanılmaktadır. Bu durumda bireylerin de çoğu zaman işkenceye uğramak korkusuyla bazı temel haklarını dahi kullanmaktan vazgeçtikleri vakidir⁹⁰². Bu durum, işkencenin insanı kendisine yabancılaştırarak, kendini gerçekleştirmesi üzerinde ne derece olumsuz olduğunu gösterir.

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen olaylarda işkence ve kötü muamele yasağının kapsamını belirlerken kişisel özerklik doktrininin kullandığı takdirde, Mahkeme içtihadı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı arasında değerli bir diyalog sürecinin başlaması mümkündür. Bir kişinin her olayda çektiği acı ve ıstırapın yoğunluğunu ölçecek kadar kendini yetkili gören bir Mahkeme'den, kişinin her bir olayda kendi istenç ve iradesinin ne ölçüde yadsındığını tespit etmesini beklemek çok da fazla olmasa gerektir.

c. Temel Hakların Birbirleriyle Bağlantılı Olarak İhlal Edilmiş Olması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, her olayı normatif özelliklerine göre değerlendirir. Böylece kişisel özerklik nosyonu da her olayda ihlal edilip edilmediği belirlenecek bir değer haline gelmektedir. Sözleşme'nin özel hayat ve aile hayatının gizliliğini düzenleyen 8. maddesinin önemi de burada ortaya çıkar. Mahkeme, pek çok hakkı yorumlarken bu maddeye başvurmaktadır. Böylece Mahkeme, 8. maddeyi, kişisel özerkliği koruma potansiyeli sebebiyle diğer haklarla korunan güvencelerin temeli olarak kabul etmektedir⁹⁰³. Bu doğrultuda da Sözleşme hükümlerinin bu nosyonla bağlantılı olarak ihlal ettiğini belirterek 8. madde ile diğer maddelerin bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar vermektedir⁹⁰⁴.

⁹⁰² ALTIPARMAK, (2015), s. 181-182.

⁹⁰³ DOUGLAS, (2018), s. 371.

⁹⁰⁴ **Al Nashiri v Poland, Application No: 28761/11**, 24.07.2014, (3, 5 ve 8. maddeler); **Mizzi v Malta, Application No: 26111/02**, 12.04.2006; **Michaud v. France, Application No: 12323/11**, 06.12.2012, § 118, (6 ve 8. madde); **Leyla Sahin v. Turkey, Application No: 44774/98**, 10.11.2005. (8 ve 9. maddeler);

K. Möller, kişisel özerklik nosyonunun hak yorumuna esas alınmasının temelinde, yukarıda açıklanan küresel temel haklar modeli yattığını belirtmektedir⁹⁰⁵. Böylece ulusal hukuklarda da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumuyla uyumlu bir süreç gelişmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi de önüne gelen birtakım bireysel başvurularda hakların birbirleriyle bağlantılı olarak ihlal edildiğini kabul etmiştir; böylece Mahkeme, kişisel özerklik nosyonunun gerektirdiği bütüncül insan hakları anlayışına yakın durmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin temel hakları birbirleriyle bağlantılayarak hak ihlali kararı verdiği ilk davalar tutuklu milletvekillerinin tutukluluklarına ilişkin davalar olmuştur. *Mehmet Haberal Başvurusu*'nda Anayasa Mahkemesi, milletvekili olan başvurucunun Anayasa'nın 67/1. maddesinde düzenlenen seçilme hakkı ile 19/7. maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının birbiri ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, bu kararının gerekçesinde seçilme hakkının sadece seçimlerde aday olma hakkını değil, aynı zamanda seçildikten sonra milletvekili olarak parlamentoda bulunma hakkını da ihtiva ettiğini, milletvekili-seçmen ilişkisinden hareketle, ifade özgürlüğünün halkın seçilmiş temsilcileri için özellikle önemli olduğunu, zira milletvekilinin seçmeni temsil ettiğini, onların taleplerine dikkat çekerek menfaatlerini savunduğunu, dolayısıyla bir muhalif milletvekilinin ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin daha sıkı bir denetimi gerektirdiğini ifade etmiştir⁹⁰⁶. Bilahare Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımını tutuklu diğer milletvekillerine ilişkin başvurularda da devam ettirmiştir⁹⁰⁷.

Anayasa Mahkemesi'nin seçilme hakkına ilişkin yaptığı değerlendirme ifade özgürlüğüyle alakalıdır. Milletvekillerinin tutuklu olarak yargılanmaları, seçmenlerinin iradesini parlamentoya yansıtmakla görevli olan bu kişileri belirtilen görevden mahrum bırakacaktır. Bu yaklaşım Anayasa Mahkemesi tarafından basın özgürlüğüne de teşmil edilmiştir. Mahkeme, *Erdem Gül ve Can Dundar Başvurusu*'nda, başvuruçuların

Vördur Ólafsson v. Iceland, Application no. 20161/06, 27.04.2010. § 46 (8 ile 10 ve 11. maddeler); **Dickson v United Kingdom, Application No: 44362/04**, 04.12.2007, (8 ve 12. madde); **Merger v France, Application No: 68864/01**, 22.12.2004, (8. madde ile 1 Nolu Ek Protokolün 1. maddesi).

⁹⁰⁵ MÖLLER, (2012-a), s. 88.

⁹⁰⁶ **Mehmet Haberal Başvurusu, Başvuru No: 2012/849**, Karar Tarihi: 04.12.2013, § 96.

⁹⁰⁷ **Kemal Aktaş ve Selma Irmak Başvurusu, Başvuru No: 2014/85**, Karar Tarihi: 03.01.2014, § 54, **Faysal Sarıyıldız Başvurusu, Başvuru No: 2014/9**, Karar Tarihi: 03.01.2014, § 54, **İbrahim Ayhan Başvurusu, Başvuru No: 2013/9895**, Karar Tarihi: 02.01.2014, § 53, **Gülser Yıldırım Başvurusu, Başvuru No: 2013/9894**, Karar Tarihi: 02.01.2014, § 53.

Anayasa'nın 19/3. maddesinde güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin de ihlal edildiğine hükmetmiştir⁹⁰⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin *Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu*'nda ortaya koyduğu gerekçe esas olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin daha önce verdiği *Nedim Şener v. Türkiye Davası*'na dayanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu davada “*ağır şekilde cezalandırılan suçlar için yürütülen bir ceza yargılaması çerçevesinde başvurana uygulanan tutuklamanın başvuranın Sözleşmenin 10. maddesi tarafından koruma altına alınan ifade özgürlüğünün kullanımına bir “müdahale” olduğunu değerlendirmektedir*⁹⁰⁹.” Mahkeme, bunun ardından bahse konu müdahalenin ölçülü ve demokratik toplumun gereklerine uygun olup olmadığını incelemiş ve ihlal kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, *Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu*'nda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında ortaya konan genel ilkeyi özümsemiş ve sıkı bir denetim yaparak tatbik ettiğini göstermiştir. Mahkeme, “*herhangi bir somut olgu ortaya konulmadan ve tutuklamanın gerekliliğine ilişkin gerekçeler belirtilmeden başvuru sahiplerinin tutuklanmış olmasının ifade ve basın özgürlüklerine yönelik caydırıcı bir etki doğurabileceği açıktır*⁹¹⁰.” şeklinde hüküm tesis ederek tutuklama tedbirinin ölçüsüz olduğuna kanaat getirmiştir. Bilahare 15.07.2016'da gerçekleşen darbe girişimini planlayan terör örgütünün üyesi olduğu gerekçesiyle tutuklanan bir hakimin başvurusu olan *Mercan v. Türkiye Davası*'nda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye'de hakları koruyan etkin bir hukuk yolu olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru müessesesini göstermiştir. Mahkeme, bu değerlendirmeyi yaparken *Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu*'nda verilen kararın bu tezi desteklediğini açıkça belirtmektedir⁹¹¹.

Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu, ulusal bir mahkemeye Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasında oluşan diyaloga iyi bir örnektir. Bu başvuruda Anayasa

⁹⁰⁸ *Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu*, Başvuru No: 2015/18567, Karar Tarihi: 25.02.2016, § 100.

⁹⁰⁹ *Nedim Şener v. Turkey*, Application No: 38270/11, 08.07.2014, § 96, aynı yönde bkz. *Ahmet Şık v. Turkey*, Application No: 53413/11, 08.07.2014, § 85. Çeviri, Adalet Bakanlığı'nın resmi çevirisidir. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/nedimsener.pdf>, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetsik.pdf>.

⁹¹⁰ *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 99.

⁹¹¹ *Mercan v. Türkiye*, Başvuru No: 56511/16, 08.11.2016, § 25, (Fransızca kararın Türkçe Çevirisi).

Mahkemesi, yalnızca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını aynalamamıştır. Anayasa Mahkemesi, tutuklama tedbirinin basın mensupları üzerindeki caydırıcılık potansiyelini ifade ederek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının temelini teşkil eden sorunu belirlemiştir. Bu diyalogun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının altında yatan düşüncenin kavranması sayesinde geliştiğini görmek mümkündür. Ancak Mercan v. Türkiye Davası'nda verilen karar, Mahkeme'nin temel hak ve özgürlüklerin etkin korunması ihtiyacını görmezden geldiği eleştirilerini beraberinde getirme tehlikesini barındırmaktadır⁹¹². Bu sebeple belirtilen diyalog sürecinin geliştirilmesi ve istikrarlı bir içtihat yaratılması, Anayasa Mahkemesi'nin de en öncelikli ihtiyaçlarından biridir.

d. Din ve Vicdan Özgürlüğü ile Ayrımcılık Yasağının Kişisel Özerklik Doğrultusunda Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin en cömert olduğu alanlardan biri din ve vicdan özgürlüğü hakkının kapsamının belirlenmesidir. Mahkeme, *Esra Nur Özbey Başvurusu*'nda din ve vicdan özgürlüğünün kapsamını belirlerken oldukça sıkı bir denetim yapmıştır. Başvuru, başvurunun inancı nedeniyle giydiği pardösüsünü adliye kapısında çıkartmaya zorlanması nedeniyle din ve inanç özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkindir. Anayasa Mahkemesi, bu olayda hakkın kapsamını şu şekilde belirlemiştir: “Kadınların İslam dininin bir emri olduğu inancıyla vücutlarını örtecek şekilde pardösü ve benzeri kıyafetler giymelerinin, Anayasa'nın 24. maddesinin olağan anlamının kapsamında değerlendirilebilecek bir konu olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu itibarla, dini inanç gereği giydiği kıyafete sınırlama getiren kamu gücü işlem ve eylemlerinin kişinin dinini açığa vurma hakkına bir müdahale teşkil ettiği kabul edilmelidir⁹¹³.” Anayasa Mahkemesi, bu belirlemenin ardından müdahalenin ölçülü ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme, “mevzuatın açık hükmüne rağmen başvurunun üzeri orada bulunan bayan görevli tarafından aranmamış, eğer durumun gerektirdiği düşünülüyorsa başvurunun kıyafetini

⁹¹² TURKUT, Emre; “Has the European Court of Human Rights Turned a Blind Eye to Alleged Rights Abuses in Turkey?”, <https://www.ejiltalk.org/has-the-european-court-of-human-rights-turned-a-blind-eye-to-alleged-rights-abuses-in-turkey/>, Erişim Tarihi: 10.08.2017.

⁹¹³ *Esra Nur Özbey Başvurusu*, Başvuru No: 2013/7443, Karar Tarihi: 20.5.2015, § 62.

çıkartabilmesi için kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler de alınmamıştır⁹¹⁴.” diyerek din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin *Esra Nur Özbey Başvurusu*’nda yaptığı yorum, kişisel özerklik alanına müdahale edilen bir kişinin hakkının geniş yorumlanması açısından olumludur. Ancak Mahkeme’nin bu kararı, temel hakları, bilinçli bir biçimde insan onuru temelinde yorumladığını göstermemektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi, pardösüsünü çıkarmayan kişinin din ve vicdan özgürlüğünü yorumlarken kullandığı bu yaklaşımı bir başka kararında yadsımıştır.

Şehmus Özsubaşı Başvurusu’nda vejetaryen bir mahkum olan başvuru, vejetaryen olup olmadığının tespiti için devlet hastanesine gönderilmesinin kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı ile ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiasıyla başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ise bu başvurunun öncelikle din ve vicdan özgürlüğü kapsamına girip girmediğini incelemiştir. Mahkeme’ye göre; “Anayasa’nın 24. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “vicdan”, “dinî inanç” ve “kanaat” kavramlarının tanımlanmasının zor olduğu açıktır. Bu zorluk sebebiyle kapsamlı bir tanım yapmak yerine bir davranışın Anayasa’nın 24. maddesinin koruma alanında kalıp kalmadığı her somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Bununla birlikte bir inanç veya kanaatin anılan koruma kapsamında olabilmesi için mutlak olarak dinî nitelikte olması gerektiği söylenemez.

.... Başvurucunun vejetaryen olduğunu beyan ederek et ve türevlerini yememesinin, iç dünyasının bir dışa vurumu olarak kabul etmek mümkün ise de ... Vejetaryenlik dinsel, ahlaki ve beslenmeye ilişkin nedenlere dayanan bir durum olabilir. Ancak vejetaryenliğin Anayasa’nın 24. maddesi kapsamında ileri sürülebilmesi ve korunabilmesi için en azından bir inancın motivesi veya etkisi ile yapılmasının ortaya konması gereklidir. Başvurucunun, cezaevi idaresine yaptığı başvuru ve daha sonrasında yargı mercilerinde dile getirdiği itirazlarında vejetaryenlik tercihinin neden kaynaklandığını ortaya koymaması nedeniyle ...vejetaryenliğin Anayasa’nın 24. maddesi kapsamında ele alınabilmesi mümkün değildir.⁹¹⁵.”

⁹¹⁴ *Esra Nur Özbey*, § 97.

⁹¹⁵ *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*, Başvuru No: 2013/2582, Karar Tarihi: 03.03.2016, § 33, 37.

Anayasa Mahkemesi'nin din ve vicdan özgürlüğünün kapsamını belirlerken verdiği bu iki karar çelişkilidir. Birinci kararında Mahkeme, kamu gücünün müdahalesini din ve vicdan özgürlüğü kapsamında görmüştür. İkincisinde ise başvurucunun vegan ve vejetaryen olmasını bu kapsamda görmemiştir. Bunun sakıncası bu karara muhalif kalan 8 üyenin gerekçesinde şu şekilde belirtilmiştir: *“Vejetaryenlik toplum içinde yaygınlaşan ve belirli bir inanç temeline dayanan genel kabul görmüş bir olgudur. ...somut olayda vejetaryenliğin yeterli düzeyde ikna ediciliğe, ciddiyete, tutarlılığa ve öneme sahip bir kanaatin dışı vurumu olarak kabul edilmesi gerekir. Bu niteliği gözetildiğinde vejetaryenliğin hangi inanca veya felsefi kökene dayandığının ortaya konulması zorunluluğundan da söz edilemez⁹¹⁶.”* Anayasa Mahkemesi, ilk kararda hakkın kapsamı için yaptığı geniş ve cömert yorumu, ikinci kararında vejetaryenlik için yapmamıştır. Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlükleri faydacı bir yaklaşımla koruduğuna ilişkin önemli bir örnektir.

Anayasa Mahkemesi'nin faydacı tutumu, din ve vicdan özgürlüğünün kapsamının belirlenmesi ile sınırlı değildir. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağını yorumlarken de benzer bir yaklaşım göstermektedir. Mahkeme, özellikle din ve vicdan özgürlüğü söz konusu olduğunda ayrımcılık yasağına geniş yorum getirmektedir. Ancak Mahkeme'nin bu yaklaşımı kişisel özerkliği koruyan her hak için yaptığını söylemek mümkün değildir.

Tuğba Arslan Başvurusu'nda Anayasa Mahkemesi, din ve vicdan özgürlüğü ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını tartışmıştır. Bu başvuruda, başvuru bir duruşmaya başörtülü olarak katılması nedeniyle hâkimin duruşmanın yapılamayacağını belirterek müvekkiline kendisini bir başka avukatla temsil ettirmesi için süre vermesi ve duruşmayı ertelemesinin din ve vicdan özgürlüğü ve ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, kararında şunu ifade etmiştir: *“Ayrımcılık yasağı ilkesi, din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini içerir.*

⁹¹⁶ Şehmus Özsubaşı, (8 üyenin Ortak Karşı Oyu), § 11.

Başvurucuya yöneltilen farklı muamelenin, din özgürlüğü hakkında yararlanma ile ilgili olduğu açıktır.

.... olayda tüm kadın avukatların duruşmada başlarının açılması istenmekle beraber bu durum başvurunun kişisel tercihi olan bir dinsel davranışı açığa vurmaması, başka bir deyişle başvurunun "kişisel niteliği" sayılması gereken dinin emirlerini yerine getirme arzusunun dışı vurum davranışı olan başörtüsü kullanması sebebiyle başvuru olumsuz yönde etkilemektedir⁹¹⁷." Anayasa Mahkemesi, bunun ardından başvurunun din ve vicdan özgürlüğü hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılığa tabi tutulduğunu belirlemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin *Tuğba Arslan Başvurusu*'ndaki gerekçesinde, bir kişinin cinsel ve cinsiyet kimliği üzerinden ayrımcılığa tabi tutulmaması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak Mahkeme'nin din ve vicdan özgürlüğü ile bağlantılı olarak yaptığı geniş yoruma istikrar kazandırabildiğini söylemek mümkün değildir. Bu durum *Cemal Duğan Başvurusu*'nda ortaya çıkmıştır. Başvuruya konu olan olayda otoyol kenarında bulunan bir transseksüel kişinin trafiği tehlikeye düşüren davranışlarda bulunduğu gerekçesiyle hakkında idari para cezası kesilmesine ilişkindir. Ancak olayda bu kişi polis merkezine götürülmüş ve Ahlak Büro Amirliği'nde götürülerek bir saat kadar orada tutulmuştur. Kişinin kamu görevlilerine fuhuş amacıyla orada bulunduğunu söylediği belirtilmiştir. Ancak hakkında bu sebepten herhangi bir işlem yapılmamıştır. Başvurucu ise cinsel kimliği üzerinden özel hayata saygı hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılığa tabi tutulduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, *Cemal Duğan Başvurusu*'nda ayrımcılığı kabul etmemiştir. Mahkeme'nin gerekçesi şu şekildedir: "...trafik para cezasının başvurunun trafiği tehlikeye düşüren davranışları nedeniyle ilgili Kanun'a uygun olarak verilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Trafik kuralları herkes yönünden bağlayıcı olup cinsel tercihleri veya taşıt yolu üzerinde bulunma amaçları ne olursa olsun kişilerin trafiği tehlikeye düşürmeleri durumunda haklarında 2918 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması çok doğaldır⁹¹⁸." Anayasa Mahkemesi'nin bu karardaki gerekçesi, *Tuğba Arslan Başvurusu*'ndaki pozisyonundan farklıdır. Mahkeme'nin ilk

⁹¹⁷ *Tuğba Arslan*, § 114-115-116.

⁹¹⁸ *Cemal Duğan Başvurusu*, Başvuru No: 2014/19308, Karar Tarihi: 15.02.2017, § 47.

başvurudaki geniş ve cömert yorumunu, ikinci başvuruda görmek mümkün değildir. İlk başvuruda, Mahkeme, başvurucunun kişisel tercihi sebebiyle ayrımcılığa maruz kaldığını ifade etmektedir. İkincisinde ise Mahkeme, başvurucunun polis karakoluna götürülerek burada UYAP kayıtlarının incelenmesini⁹¹⁹, bilahare kendisine trafiği tehlikeye düşürdüğü belirtilerek ceza kesilmesini çok normal bulmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumuna cevabı aynı başvurudaki bir üyenin yazdığı karşıoyda bulmak mümkündür: “...kabul etmek gerekir ki, çoğunluğun § 44'te isabetle vurguladığı gibi “ayrımcılığı kanıtlamak kolay değildir.”

Başvurucuya uygulanan idari para cezası işleminin ayrımcılıktan kaynaklanmadığını söylemek mümkünse de aynı şeyi başvurucunun polis merkezine götürülüp, bir saat kadar orda bekletilmesi veya alıkonulması uygulaması için söyleyemeyiz⁹²⁰.”

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bazı kararlarında kişisel özerklik yaklaşımını benimsediğini görmek mümkündür. Böylece Mahkeme'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile bir diyalog sürecini başlatabilmesi umulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin aynı konulardaki çelişkili yorumları umutsuzluğa sevk edicidir. Mahkeme, bazen geniş bazen daraltıcı yorum yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir durumda aynalama prensibini sıklıkla kullanması da anlaşılır hale gelmektedir. Diyalog yaklaşımı zor bir yaklaşımdır. Bu yaklaşımla temel hak ve özgürlükleri yorumlamak Mahkeme'nin yorumsal inisiyatif alması demektir. Halbuki aynalama, kolaycı bir yaklaşımdır. Tek yapılması gereken ilgili yoruma temel oluşturacak bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı bulmaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun işlevini yerine getirebilmesi, ancak Anayasa Mahkemesi'nin istikrarlı ve bütüncül bir içtihat geliştirmesi ile mümkündür. Bunun için de Mahkeme'nin insan haklarının temelini oluşturan insan onuru kavramının yorumsal önemini anlaması gerekir. Ancak bu da yetmez; Mahkeme'nin ayrıca bu kavramın her olayda oynadığı normatif rolü de kişinin hayatına ilişkin seçme hakkını

⁹¹⁹ Cemal Duğan, § 59.

⁹²⁰ Cemal Duğan, Engin Yıldırım'ın Karşıoyu, § 6-7.

koruyan kişisel özerklik⁹²¹ çerçevesinde dürüst ve yaratıcı bir biçimde yorumlaması gerekir.

⁹²¹ DOUGLAS, (2018), s. 368-370.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN YORUM İLKELERİ VASITASIYLA SINIRLANDIRILMASI VE DENGELENMESİ

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda önem arz eden üç temel yorum ilkesi bulunmaktadır. Bunlar pozitif yükümlülükler doktrini ile temel hakların yatay etkisi, ölçülülük ilkesi ve ikincillik doktrini.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılacak kıstaslar günümüzde evrim geçirmektedir. Doktrindeki klasik cümleyle başlamak gerekirse hiçbir hukuk sisteminde temel hak ve özgürlüklerin sınırsızca kullanılması mümkün değildir⁹²². Ancak günümüzde artık bu hakların sınırları kamu düzeninden başkalarının temel hak ve özgürlüklerine doğru genişlemektedir. Bu durumda belli birey ya da bireylerin temel haklarındaki bir genişleme, diğer birey veya bireylerin haklarının sınırlandırılmasını gerektirmektedir. Bu sebeple öncelikle belirtmek gerekir ki devletin pozitif yükümlülükleri ile temel hakların yatay etkisi birbirine bağlıdır. Bu yorum ilkeleri genişletici bir yaklaşımla ortaya çıkmıştır; ancak bu ilkeler esas itibarıyla bireyler arasındaki ilişkilerin devlet müdahalesiyle dengelenmesine yarar. Böylece temel hakların sınırlandırılmasının yanında artık çok daha önemli bir kavramdan bahsetmek gerekir: Bu da temel hak ve özgürlüklerin kendi içinde dengelenmesidir. Belirtilen sebeple söz konusu yorum ilkeleri, hem genişletici hem de sınırlandırıcı özellik gösteren melez yorum ilkeleridir. Ancak bunlar son tahlilde hakların sınırlarının belirlenmesine de hizmet etmektedirler.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başat kıstasın başkalarının hak ve özgürlükleri olmaya başlaması, ölçülülük ilkesinin görünümünü değiştirmektedir. Alman anayasa hukukunun BMW'si olarak dünyaya ihraç edilen bu kavram⁹²³, ortaya çıktığı günlerde kamu yararı ile temel hak ve özgürlükler arasında bir denge kurulmasına hizmet etmiştir. Ancak ölçülülük ilkesi, bireyin temel haklarını kamu yararı

⁹²² Bu yönde bkz. HAKYEMEZ, Yusuf Şevki; “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 2, 2002, s. 19, ANAYURT, Ömer; *Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 133.

⁹²³ LETSAS, George; “Rescuing Proportionality”, *The Philosophical Foundations of Human Rights*, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew, LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 323.

lehine sınırlandırmaktan ziyade temel hakların kendi içinde bir dengelenme sürecine konu edilmesini beraberinde getirmektedir⁹²⁴. Alman hukukunda doğan bu süreç önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargılamasına etki etmiştir. Günümüzde ise gittikçe ulusal hukuklardaki temel hak ve özgürlük yargılamasının en önemli konularından biri haline gelmektedir⁹²⁵.

Nihayet ikincillik ilkesi ve takdir marjı doktrini, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan diğer yorum ilkeleridir. Bu ilkeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin geliştirdiği özgün ilkelerdendir; Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin kapsamını ve niteliğini tayinde taraf devletlere belli bir öncelik ve serbestiyet tanınmasını ifade eder. Bu durumda ikincillik ve takdir marjının belirlenmesinde esas alınacak hukuki ve hatta felsefi kıstasların tartışılmasında fayda vardır.

I. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER DOKTRİNİ VE TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ

Tarihsel yönüyle bakıldığında temel hak ve özgürlükler, devletin üstün gücünün sınırlandırılmasına, böylece hukuk devletinin yerleşmesine hizmet etmiştir. Bu da temel hak ve özgürlüklerin ilk planda devlete karşı ileri sürülen birtakım güvenceler olarak anlaşılmasını beraberinde getirmiştir⁹²⁶. Bu güvenceler hakların korunmasında devletin negatif yükümlülüklerini oluşturur. Ancak bu kabul, zaman içinde pozitif yükümlülükler doktrini ve nihayet temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisi kavramıyla değişime uğramıştır. Böylece temel hak ve özgürlüklerin kapsamının devletin yalnızca bu haklara dokunmamasını ifade eden negatif yükümlülüklerden, bunları korumak için pozitif tedbirler almasını gerektiren tedbirlere doğru genişlediği belirtilmektedir⁹²⁷. Ancak devletin üzerine düşen yükümlülükler konusunda niçin böyle bir ayrıma gidilmiştir? Devletin ister maddi, ister usulî boyutuyla olsun, üzerine düşen yükümlülükleri aynı özenle yerine getirmesi hukuk devletinin bir gereği değil midir? Bu

⁹²⁴ Türk doktrininde konu hakkında çalışma için bkz. KANADOĞLU, (2000), s. 3 vd.

⁹²⁵ Bu yönde bkz. SMET, Stijn; "Introduction: Conflicts of Rights in Theoretical and Comparative Perspectives", **When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights** içinde, (Eds. Stijn SMET, Eva BREMS), Oxford University Press, 2017, s. 3-4.

⁹²⁶ Bu yönde bkz. ERGÜL, (2013), s. 436.

⁹²⁷ Bu yönde bkz. SUNAY, Reyhan; "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 23, Sayı: 1, 2015, s. 12.

soruların cevaplarını Batıda pozitif yükümlülüklerin ortaya çıkış sürecinde aramak gerekir.

Pozitif yükümlülükler doktrini, sosyal ve ekonomik hakların koruma kapsamına dahil edilmesi sürecinde ortaya çıkmıştır⁹²⁸. Bu dönemde sosyal ve ekonomik hakların dava edilebilirliği ise tartışmalıdır⁹²⁹. Pozitif yükümlülükler doktrini ile devletin hakları üçüncü kişilere karşı koruma ve gerçekleştirme yükümlülüğü ortaya çıkmıştır⁹³⁰. Böylece pozitif yükümlülükler doktrini, ilk ve en temel olarak temel hak ve özgürlükler yoluyla refahın adil dağılımına hizmet etmeye başlamıştır⁹³¹.

Pozitif yükümlülükler doktrininin 1970’lerde Avrupa hukuk doktrinini meşgul etmeye başladığı ifade edilmektedir; bu dönemde Doğu Avrupa’daki sosyalist rejimlerden kaçan (*self-exiled*) birtakım yazarlar, temel hakların yalnızca devletin edimiyle değil, fakat özel kişilerin edimleriyle de ihlal edilebileceğini belirtmişlerdir. Bu tip ihlallerin giderilmesi de devletin sorumluluğundadır⁹³². Bununla birlikte pozitif yükümlülükler doktrini, eleştiriye de uğramıştır. Buna göre doktrinde bunlardan temel hakları genişletici yoruma bir örnek olması sebebiyle övgüyle bahsedilmektedir. Halbuki temel hakları korumada devletin negatif yükümlülükleri ile pozitif yükümlülükleri arasında ayrıma gidilmesi doğru değildir; çünkü böylece sanki birincisinin ikincisinden daha öncelikli olarak korunması gerektiği gibi bir algı ortaya çıkmış, bu da pozitif yükümlülükleri faydacı bir temele oturtmuştur⁹³³. Devletin pozitif yükümlülüklerinin yukarıda belirtilen tartışmalar ışığında incelenmesi gerekir. Bunun

⁹²⁸ Pozitif yükümlülükler doktrini ile ekonomik ve sosyal haklar arasındaki bağlantı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BREMS, Eva; “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, (eds: Daphne BARAK-EREZ, Aeyal M. GROSS), Hart Publishing, 2007, s. 138-139.

⁹²⁹ Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların dava edilebilirliği konusundaki tartışma hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. ALGAN, (2007), s. 143-154.

⁹³⁰ BOYAR, Oya; “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** içinde (ed. Sibel İNCEOĞLU), Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 50.

⁹³¹ Sosyal ve ekonomik hakların toplumdaki zenginliğin yeniden dağıtımı işlevi (*redistributive implications*) bulunduğu ve pozitif yükümlülüklerin de kişisel ve siyasal haklara ilişkin açık uçlu hükümler vasıtasıyla bu hakların hayata geçmesini sağlayan bir yöntem olduğu yönünde bkz. SHANY, Yuval; “Stuck in a Moment in Time: The International Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights”, **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, (eds: Daphne BARAK-EREZ, Aeyal M. GROSS), Hart Publishing, 2007, s. 99-100.

⁹³² Pozitif yükümlülükler doktrininin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından benimsenmesinde özellikle 1971 yılında yayımlanan “*Privacy and Human Rights*” isimli eserde yer alan makalelerin katkısı olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. XENOS, Dimitris; **The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights**, Routledge, 2012, s. 20.

⁹³³ DEMBOUR, (2006), s. 79.

için Batı hukuk doktrinde maddi-usuli ve dikey-yatay pozitif yükümlölükler olmak üzere iki boyutlu bir tipoloji kullanılmaktadır⁹³⁴.

A. Maddi ve Usulî Pozitif Yükümlölükler Ayrımı

Maddi ve usulî yükümlölükler ayrımı, pozitif yükümlölükler doktrini konusundaki ilk ve en temel ayrımdır. Klasik bir söylemle buradaki ayrımı belirleyen ölçüt devletten beklenen eylemin esasında yatmaktadır⁹³⁵. Maddi yükümlölükler, güvence altına alınan hakların tam olarak kullanılabilmesi için yapılması gereken düzenlemeler ve alınması gereken tedbirler olarak kabul edilmektedir. Devlet, bu hususlara riayet etmeden düzenleme yaptığı takdirde pozitif yükümlölüklerin maddi boyutunu ihlal etmiş olur. Usuli yükümlölükler ise kişilerin hakkını araması için alınması gereken usuli tedbirleri içerir. Bunlar, kişinin yeterli hukuk yollarına başvurarak hakkını aramasını sağlar. Böylece (haklarının ihlâl edildiğini ileri süren) kişilerin etkili bir soruşturma hakkı güvence altına alınmış olur⁹³⁶.

1. Pozitif Yükümlölüklerin Maddi Boyutu (Gerçekleştirme Yükümlölüğü)

Maddi ve usulî yükümlölükler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında eş zamanlı olarak ortaya çıkmamıştır. Kronolojik olarak bakıldığında pozitif yükümlölükler doktrini ilk olarak maddi boyutuyla algılanmıştır. Yani bu yükümlölükler devlete bir konuda gerekli hukuki düzenlemeleri yapma ve bunları hayata geçirme borcu yüklemiştir.

İlk defa 1968 yılındaki Belçika Dil Davası'nda bahsedilmiş olmasına rağmen pozitif yükümlölüklerin ismen açıkça ortaya konması, 1979 gibi nispeten geç bir tarihte Marckx v. Belçika Davası'nda gerçekleşmiştir. Karara konu olan olay, evlilik dışı çocukla evlilik birliği içinde doğan çocuğun eşit haklara sahip olmamasıdır. Çünkü o

⁹³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. LAVRYSEN, Laurens; **Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights**, Intersentia, 2016, s. 45-47.

⁹³⁵ AKANDJI-KOMBE, Jean Francoise; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlölükler**, İnsan Hakları El Kitapları No: 7, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s. 16.

⁹³⁶ Güvence altına alınan hakların tam olarak kullanılabilmesi için gerekli tedbirler; polis müdahalesini düzenleyen kurallar koymak, cezaevlerinde gerekli düzenlemeleri yapmak, transseksüellerin hukuki statüsünü resmen tanımak, AIHS kurallarını evlat edinme prosedürüne veya daha geniş bir şekilde aile hukukuna dâhil etmek vb. gibi birtakım tedbirler olarak gösterilmektedir. ÇIMRIN, Çiğdem; "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Bakımından Devletlerin Pozitif Yükümlölüğü", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 128, 2017, s. 15-16.

dönem yürürlükte bulunan Belçika Medeni Kanunu'na göre, evlilik dışı doğan bir çocuğun soybağı doğumla değil, fakat tanıma ile kurulmaktadır. Bu sebeple kanunun ifadesiyle “gayrimeşru (*illegitimate*)” olan bu çocuğun aile hukukundan kaynaklanan hakları ile evlilik birliği içinde doğan çocuğun hakları arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır⁹³⁷. Bu davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “...Devletin *negatif yükümlülüklerine özel hayata etkili bir biçimde saygıyı sağlayan pozitif yükümlülükler de eklenebilir. ... Devlet bundan dolayı ulusal hukuk düzeninde bekar anne ve çocuğu arasındaki ilişkide olduğu gibi aile bağlarına uygulanacak rejimi belirleyerek, ilgililere normal bir aile hayatı sürdürme imkanı tanıyacak şekilde hareket etmelidir*”⁹³⁸ demiştir. Böylece Mahkeme, Sözleşme'nin özel hayat ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi ve mülkiyet hakkını düzenleyen 1 Nolu Ek Protokol'ün 1. maddesinin, ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Marckx v. Belçika Davası'nın önemi, sosyal ve ekonomik bakımdan önemli bir eşitsizliğin pozitif yükümlülükler doktrininin maddi boyutu ile giderilmiş olmasıdır. Ancak bu davada öne sürülen karşı oylar aslında bu doktrinin Batı ülkelerindeki tartışmalı durumunu da gözler önüne sermektedir. Daha önce ifade edildiği gibi Golder v. Birleşik Krallık Davası'nda, Sözleşmenin “*dikkatli ve muhafazakar*” bir yoruma tabi tutulması gerektiğini ifade eden İngiliz hakim Gerald Fitzmaurice, Marckx v. Belçika Davası'nda da olayın özel hayat ve aile hayatı hakkının kapsamına girmediğini, çünkü ortada Sözleşme'nin lafzında geçtiği anlamıyla bir aile olmadığını öne sürmüştür⁹³⁹. Hakim Fitzmaurice'in karşı oyu bununla da sınırlı değildir. Hakim, Sözleşme'de kapsamı ortaya konan mülkiyet hakkının, bireylere bu konuda devletin kendilerine tanımadığı bir yetkiyi talep etme hakkı vermediğini, mülkiyet hakkını düzenleyen hükmün mülk sahiplerinin mülkiyet haklarının korunması amacıyla kaleme alındığını ifade etmiştir⁹⁴⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, itirazlara rağmen maddi boyutuyla pozitif yükümlülükler doktrininin 1979 yılındaki Airey Davası'nda kullanmıştır. Airey kararında Mahkeme, devletin yalnızca özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına ilişkin Marckx v.

⁹³⁷ ÖZMAN, Aydoğan; “Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 36, Sayı: 1, 1979, s. 126-127.

⁹³⁸ **Markcx v. Belgium, Application No: 6833/74**, 13.06.1979, § 31, BOYAR, (2013), s. 55.

⁹³⁹ **Markcx v. Belgium** (Hakim Fitzmaurice'in Karşı Oyu)

⁹⁴⁰ **Markcx v. Belgium** (Hakim Fitzmaurice'in Karşı Oyu)

Belçika Davası'nda ortaya koyduğu içtihadı tekrarlamıştır⁹⁴¹. Mahkeme, bu davada kocasından boşanmak isteyen kadının adli yardımdan mahrum bırakılmasını, başvurusunun iddiasını mahkemede etkili bir biçimde ortaya koyamaması olarak nitelendirmiştir. Ardından da devletin, yalnızca temel hakları ihlal etmekten kaçınmasının yeterli olmayıp, aynı zamanda gerekli tedbirleri almak yükümlülüğü altında olduğunu açıkça ortaya koymuştur⁹⁴².

Maddi boyutuyla pozitif yükümlülükler kavramı, kişisel ve siyasal haklara ilişkin açık uçlu hükümlerin ekonomik ve sosyal hakları da içerecek şekilde geniş yorumu sonucu ortaya çıkmıştır. Böylece bu doktrin, ekonomik ve sosyal hakların işlevlerinden olan refahın adil ve eşit dağıtımının bir yöntemi haline gelmiştir. Bu durumda temel hak ve özgürlükler de yalnızca devletin müdahalesine karşı değil, fakat toplumdaki refah ve zenginliğin adil dağıtımı için kullanılmış olmaktadır⁹⁴³. Ancak böyle bir durumda Batılı liberteryen hukukçular, derhal temel hakları daraltıcı biçimde yorumlama eğilimine kaymaktadırlar. Hakim Fitzmaurice'in *Markcx v. Belçika Davası*'ndaki karşıoyu da bunun göstergesidir.

Pozitif yükümlülükler doktrininin kuramsal temelini belirleyen temel tartışma, bu doktrinin devlete yüklediği yükümlülüklerin devleti müdahaleci bir konuma getirip getirmediği ile ilgilidir. Bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu kavramı tanımlamaktan defaatle kaçınmıştır. Bu doktrini ele alan çalışmalarda pozitif yükümlülüklerle ilgili belli karakteristiklerin bir kısmı şu şekilde sıralanmaktadır⁹⁴⁴:

— *Pozitif yükümlülükler teorisi, Sözleşme'nin etkin koruma sağlaması ve teorik değil gerçek hakları koruması gerektiği kaygısının bir sonucudur.*

— *Teori, Mahkeme'nin yorumuna göre Sözleşme'de korunan medeni ve politik haklar ile ekonomik ve sosyal haklar arasındaki sınırın çok net ve keskin olmadığı anlamına gelmektedir.*

⁹⁴¹ **Airey v. Ireland**, § 32.

⁹⁴² **Airey v. Ireland**, § 24-25.

⁹⁴³ SHANY, (2007), s. 99-100.

⁹⁴⁴ YILMAZ, (2010), s. 107-108.

— *Sözleşme’de korunan hakların etkin korunması prensibi, devletlerin “pozitif önlemler alması”, devletin sadece “pasif kalmakla” yetinemeyeceği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla pozitif yükümlülük bir “yapma borcu”dur.*

Yukarıda verilen ifadelerde yer alan pozitif yükümlülükler tanımı, belirtildiği üzere ekonomik ve sosyal boyutu olan bir tanımdır; bu yönüyle de maddi boyutu güvence altına almaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 2000’li yıllarda verdiği kararlarda oluşturduğu içtihat, pozitif yükümlülüklerin geleneksel amacından uzaklaşarak faydacı bir temele oturmasına yol açmıştır⁹⁴⁵. Buna örnek olarak Goodwin v. Birleşik Krallık Davası’nda verilen karar gösterilebilir. Mahkeme, bu kararında; *“Pozitif yükümlülüğün varlığını tespit etmek için, toplumun genel çıkarları ile bireyin kişisel çıkarları arasında kurulması gereken adil denge dikkate alınmalıdır. Söz konusu arayış Sözleşme’nin tamamında mevcuttur”*⁹⁴⁶.” ifadelerini kullanmıştır. Bu ifade, temel hakların zaman zaman hukuki birtakım menfaatlerle dengelenmesini beraberinde getirmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hatton v. Birleşik Krallık Davası’nda verdiği kararla pozitif yükümlülüklerin maddi boyutunu iyiden iyiye faydacı bir temele oturtmuştur. Bu davada Mahkeme, Londra Heathrow Havaalanı yakınlarında oturan başvurusunun gece uçuş tarifelerinin değişmesinden ötürü uyuyamamasını gürültü kirliliği çerçevesinde değerlendirmiştir. Bu çerçevede Mahkeme, durumun, ister özel hayata saygıyı düzenleyen 8. maddenin 1. fıkrası doğrultusunda devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde; ister aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan bu hakka yönelik kamusal bir müdahale çerçevesinde değerlendirilsin, başvurusunun hakkı ile kamu yararı arasında adil bir denge kurulması gerektiğini ifade etmiştir⁹⁴⁷. Burada kurulan denge, uçuş tarifesinin değişmesinin getireceği menfaatten yoksun kalma ile başvurusunun uykusu arasında kurulmuştur. Bu sebeple hukuka konu olacak menfaatler temel haklarla karıştırılmıştır⁹⁴⁸.

⁹⁴⁵ Dembour, daha da ileri giderek negatif yükümlülükler ile pozitif yükümlülükler arasında bir ayrım yapmanın, birincisine asli, ikincisine tali bir rol verdiği gerekçesiyle, en baştan itibaren faydacı bir yaklaşım olduğunu savunmaktadır. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. DEMBOUR, (2006), s. 79.

⁹⁴⁶ Çeviri Yılmaz’a aittir. YILMAZ, (2010), s. 109, **Christine Goodwin v. United Kingdom, Application No: 28957/95**, 11.07.2002, § 72.

⁹⁴⁷ **Hatton v. United Kingdom**, § 98, aynı yönde bkz. **Powell and Rayner v. United Kingdom, Application No: 9310/81**, 21.02.1990, § 45.

⁹⁴⁸ LETSAS, (2007), s. 127.

Pozitif yükümlülükler doktrininin maddi boyutuna ilişkin kriter, kamu yararı ile temel hak ve özgürlükler arasında kurulması gereken adil bir denge olarak belirlenmiştir. Öyleyse Türk Anayasa Mahkemesi'nin pozitif yükümlülüklerin maddi boyutu konusundaki tutumu nedir? Mahkeme, özellikle özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının pozitif yönünü dikkate alırken bu soruyu şu şekilde cevaplamaktadır: “...dengenin kurulması, ...vakalar özelinde devletin aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin icrası ile yakından ilgilidir.

...aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddia edilen önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve özellikle velayet ve kişisel ilişkiye ilişkin uyumsuzluklar söz konusu olduğunda ebeveyn ve çocuğun menfaatleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekmektedir⁹⁴⁹.”

Belirtilen ifadeler, Anayasa Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ayak izlerinden gittiğini göstermektedir. Böylece Türk Anayasa Mahkemesi'nin de ilk bakışta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından benimsenen faydacı yaklaşımı benimsediğini söylemek mümkün görünür. Halbuki Türk Anayasa Mahkemesi'nin bu dengeyi faydacı bir amaçla gözettiğini söylemek oldukça güçtür.

Pozitif yükümlülükler doktrininin ortaya çıkışında birbirini tamamlayan Marckx v. Belçika ve Airey v. İrlanda Davaları ile Goodwin v. Birleşik Krallık Davaları'ndaki hukuki sorunlar Türk hukukuna yabancıdır. Bu sorunlar, o ülkelerin tarihteki mezhebi anlayışlardan tevarüs ettikleri birtakım uygulamaların günümüze uzantısıdır. Bu uygulamalardan kurtulmak, büyük siyasi tartışmalara sebep olduğundan pozitif yükümlülükler doktrininin de yumuşatılması gerekmiştir. Böylece ilkenin faydacılık temelli yorumlanarak genel kabul görmesi amaçlanmıştır. Halbuki Türk Anayasa Mahkemesi'nin velayet ve kişisel ilişki davalarında özel hayat ve aile hayatına saygı hakkıyla kamu yararı arasında kurmaya çalıştığı denge faydacı bir temele oturmamaktadır. Bu durum ayrıca A.Z.Ö Başvurusu'nda verilen kararda da görülebilir. Başvuruya konu olan olayda başvuru, eşinden şiddet görmüş, başvurusunun beyin

⁹⁴⁹ **Marcus Frank Cerny Başvurusu, Başvuru No: 2013/5126**, Karar Tarihi: 02.07.2015, § 60, 73, aynı yönde bkz. **Beşir Doğan Başvurusu, Başvuru No: 2013/2335**, Karar Tarihi: 15.12.2015, § 29, ayrıca adil yargılanma hakkının pozitif boyutu ile kamu yararı hakkında denge kurulması gerektiği yönünde bkz. **Osman Konuktar Başvurusu, Başvuru No: 2013/5670**, Karar Tarihi: 23.03.2016, § 47.

felci hastalığı olan iki büyük oğlundan büyüğü de intihar etmiştir. Bu sebeple başvurucunun kimlik bilgilerinin değiştirilmesi ve kendisine geçici maddi yardım yapılmasına ilişkin tedbirlere hükmedilmiştir. Fakat bu tedbirler geç uygulanmıştır. Anayasa Mahkemesi, verdiği kararda pozitif yükümlülüklerin maddi boyutunu hatırlattıktan sonra, yalnızca hükmedilen tedbirlerin geç uygulanmasından ötürü başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde öngörülen maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir⁹⁵⁰

Pozitif yükümlülükler konusunda Türk Anayasa Mahkemesi'nin faydacı yaklaşıma tamamıyla uzak olmadığını belirtmek gerekir. Bu konuda Türk Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen ve Hatton Davası'na bir nebze benzerlik gösteren *D.Ö. Başvurusu* örnek gösterilebilir. Olayda başvuru, evinin çevresindeki cami ve mescitlerden okunan sabah ezanının sesinden ötürü rahatsız olması sebebiyle idari yargıda açtığı tam yargı davasının reddedildiği gerekçesiyle başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, yaptığı değerlendirmede, başvurunun, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirileceğini belirttikten sonra şu ifadeleri kullanmıştır: “... sabah saatlerinde yüksek sesle ezan okunmasından rahatsız olan bireyin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile çoğunluğun inancının bir gereği olan, inananları namaza çağırma niteliği taşıyan ezanın sesinin kamusal alana verilmesi konusunda toplumun menfaatinin dengelenmesi söz konusudur. Bu menfaatlerin demokratik toplumlarda çoğulculuk ve hoşgörü temelinde dengelenmesi gerektiği açıktır⁹⁵¹. ”

Anayasa Mahkemesi, böylece *D.Ö. Başvurusu*'nda yaptığı değerlendirmede, sabah namazına gidenlerin din ve vicdan özgürlükleri ile başvurucunun özel hayatına saygı hakkı arasında bir dengeleme yapmıştır. Başvuruyu Hatton Davası'ndan farklı kılan husus budur. Burada yapılan dengeleme, farklı menfaatler arasında bir dengeleme değil, temel haklar arasında yapılan bir dengelemedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesi, bir başka açıdan faydacı bir görünüm arz etmektedir. O da yapılan değerlendirmedeki “çoğunluğun inancının bir gereği olan” ifadesidir. Acaba Anayasa Mahkemesi, yaptığı dengelemede ağırlığı çoğunluğun hakkına mı vermiştir? Eğer öyleyse bu değerlendirme, temel hakların sayısal üstünlük ölçütü

⁹⁵⁰ A.Z.Ö Başvurusu, Başvuru No: 2014/546, Karar Tarihi: 19.12.2017, § 83-84.

⁹⁵¹ D.Ö. Başvurusu, Başvuru No: 2014/3977, Karar Tarihi: 30.06.2016, § 45.

çerçevesinde dengeleneceği anlamına gelir⁹⁵² ki bu dört başı mamur bir faydacı değerlendirmedir⁹⁵³. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin pozitif yükümlülüklerin maddi boyutu konusunda yapacağı değerlendirmelerde bu açıdan da hassas olması gerekir.

Pozitif yükümlülükler doktrininin maddi boyutu konusunda Türk Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bir diğer önemli bir örnek *Melahat Karkin Başvurusu*'dur. Bu başvuruda başvuru, eşine ait olan aile konutu üzerinde ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılarak aile konutunun satılmasının çeşitli temel haklarını ihlal ettiğini iddia etmektedir. Anayasa Mahkemesi ise başvuruyu Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan aile hayatına saygı kapsamında değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin pozitif yükümlülükler doktrinine ilişkin önemli değerlendirmeler yaptığı görülmektedir. Buna göre; “...pozitif yükümlülükler bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (Murat Atılğan, § 26; Marcus Frank Cerny, § 40; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. X ve Y/Hollanda, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23; Hokkanen/ Finlandiya, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 55).

Anayasa'da pozitif yükümlülüklerle işaret eden çok sayıda düzenleme bulunmaktadır. Anayasa'nın devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen 5. maddesinde “(...), kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” ifadelerine yer verilmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 10. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer verilen “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. (...)”

⁹⁵² Bu yaklaşım, doktrinde yaygın bir biçimde eleştirilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SMET, (2017), s. 12.

⁹⁵³ Bu başvuruda Adalet Bakanlığı görüşü de “gürültü olarak nitelendirilen olayların bireyler üzerinde meydana getirdiği rahatsızlık ile toplumun çoğunluğu tarafından kabul edilmiş dini uygulamanın devamında ulaşılmak istenen faydanın karşılaştırılması ve adil bir denge kurulması” gerektiği yönündedir. D.Ö., § 22.

düzenlemeleri ile 16., 42., 48., 56., 57., 60., 63. ve 130. maddelerinde yer verilen düzenlemeler gerçekleştirme yükümlülüklerini ortaya koyan ifade ve hükümlerdir⁹⁵⁴.”

Anayasa Mahkemesi, başvurucunun aile hayatına saygı hakkını koruma konusunda devletin sahip olduğu pozitif yükümlülüğü değerlendirmiştir. Buna göre; *“aile hayatına “saygının” gereklerinin devletin negatif veya pozitif yükümlülükleri çerçevesinde incelenmesinde en önemli nokta, bireyin hukuki menfaati ile kamu menfaati arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının belirlenmesidir⁹⁵⁵.”* Anayasa Mahkemesi, bu dengeyi kurmanın hukuk mahkemesinin görevi olduğunu belirtmiş ve daha sonra konu hakkındaki Yargıtay içtihadı değişmiş olsa da somut olay açısından hukuk mahkemesinin bu dengeyi kurma konusundaki takdir yetkisine müdahale etmesinin söz konusu olmadığını belirtmiştir; böylece de başvuruda aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. Halbuki burada Anayasa Mahkemesi’nin kurması gereken denge, temel haklar arasında olmalıdır. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin bundan kaçındığı görülmektedir. Bu sebeple Mahkeme’nin yaptığı değerlendirmenin de yine faydacı bir temele oturduğunu söylemek mümkündür.

Pozitif yükümlülükler doktrininin maddi boyutu belirlenmesi, Anayasa Mahkemesi’nin benimsediği insan hakları yaklaşımını da ortaya koymaktadır. Çünkü bu belirleme yapılırken gerek somut olayın özellikleri gerekse de ulusal hukukun öncülleri, yapılacak değerlendirmeyi de şekillendirmektedir⁹⁵⁶. Bu durum, Anayasa Mahkemesi tarafından şu şekilde ifade edilmektedir. *“Güvence altına alınan hakkın veya hukuksal yararın niteliği ve bunun birey bakımından önemi gibi unsurlara bağlı olarak bu yetkinin kapsamı daralmakta veya genişlemekte ve özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda bu yükümlülüklerin türü ve kapsamı her bir olay özelinde farklı değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir⁹⁵⁷.”*

Anayasa Mahkemesi’nin ifade ettiği gibi Türk hukukunda pozitif yükümlülüklerin maddi boyutu anayasal bir temele sahiptir. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadından daha ileri düzeyde bir yaklaşım benimsendiğini

⁹⁵⁴ Melahat Karkin Başvurusu, Başvuru No: 2014/17751, Karar Tarihi: 13.10.2016, § 37-38.

⁹⁵⁵ Melahat Karkin, § 46.

⁹⁵⁶ Pozitif yükümlülükler ile takdir marjı arasındaki ilişki bu noktada kurulmakta olup, bu yükümlülüklerin kapsamının belirlenmesinde devletin geniş bir takdir marjı olmasının sebebi de budur. Bu yönde bkz. LAVRYSEN, (2016), s. 185.

⁹⁵⁷ Fatma Julia Ekinciler Başvurusu, Başvuru No: 2013/2758, Karar Tarihi: 17.02.2016, § 70.

göstermektedir. Türk Anayasa Mahkemesi bu hususta Batılı mahkemelerin aksine hiç zorlanmamaktadır. Çünkü devleti, temel hakları gerçekleştirme yükümlülüğü altında görmekte şaşılacak bir şey yoktur. Batılı hukukçuların övgüyle bahsettiği pozitif yükümlülükler kavramını Türkiye’de türetmek hiç de zor değildir; bu kavram Türk hukukuna zaten mündemiçtir. Fakat yapılması gereken, bu kavramın toplam fayda değil, hak temelli bir adalet anlayışı temelinde değerlendirilmesidir.

2. Pozitif Yükümlülüklerin Usulî Boyutu

Pozitif yükümlülüklerin usulî boyutu, kronolojik olarak maddi boyuttan sonra ortaya çıkmıştır. Buna karşın usulî boyut, gerek Anayasa Mahkemesi, gerekse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından maddi boyuttan çok daha fazla kullanılmaktadır. Bunun sebebinin açıklanmasında fayda vardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında usulî yükümlülüklerin daha yaygın bir kullanımının olması, bunun maddi yükümlülükler kadar tartışmalı olmamasına bağlanabilir. Maddi yükümlülükler söz konusu olduğunda sosyal ve ekonomik haklar gibi zor bir konuya giren mahkemeler, usulî yükümlülükler söz konusu olduğunda devletin bir hakkı korumak için yeterli düzeyde tedbir alıp almadığını incelemektedir⁹⁵⁸. Yani birincisi Batı dünyasında önemli bir kavram olan serbest piyasa düzenini sarsabilir; fakat ikincisi için böyle bir tehlike söz konusu değildir. Tam da bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de devletin usulî yükümlülüklerinin kapsamını belirlemekte maddi yükümlülükler kadar zorlanmamıştır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında usulî yükümlülüklerin maddi yükümlülüklerden daha çok dikkat çekmeye başladığı görülebilir⁹⁵⁹. Hatta usulî pozitif yükümlülüklerin, yaşam hakkı özelinde negatif yükümlülüklere dahi baskın geldiği belirtilmiştir; doğal olarak bu durum maddi boyutun feda edilmesi tehlikesini beraberinde getirmekte ve bu sebeple eleştirilmektedir⁹⁶⁰.

Pozitif yükümlülüklerin usulî boyutuna ilişkin en önemli hususlardan biri etkin soruşturma yükümlülüğüdür (*effective official investigation*). Bu kavram ilk defa McCann v. Birleşik Krallık Davası’nda ortaya konmuştur. Etkin soruşturma

⁹⁵⁸ Bu yönde bkz. LAVRYSEN, (2016), s. 52.

⁹⁵⁹ AKANDJI-KOMBE, (2007), s. 17.

⁹⁶⁰ DEMBOUR, (2006), s. 106, dipnot 71.

yükümlülüğünün ihlali nedeniyle ihlal kararı verilen ilk dava ise Aksoy v. Türkiye Davası'dır⁹⁶¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özellikle Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerine yönelik ihlal iddialarına ilişkin olarak, 1990'lı yılların ikinci yarısında sonuçlandığı bir dizi davada etkin soruşturma yükümlülüğü kavramını sıklıkla kullanmıştır⁹⁶². Mahkeme, bu dönemde verdiği kararların çoğunu Türkiye'ye karşı vermiştir. Bu davalar Kaya, (19 Şubat 1998); Ergi, (28 Temmuz 1998); Yaşa, (2 Eylül 1998); Çakıcı, (8 Temmuz 1999); Kılıç, (28 Mart 2000); Mahmut Kaya, (28 Mart 2000) ve Akkoç, (10 Ekim 2000) Davaları olarak gösterilmektedir⁹⁶³.

Pozitif yükümlülüklerin usulî boyutunun ismen açıkça ortaya konduğu en önemli davalardan biri Öneriyıldız v. Türkiye Davası'dır. Bu dava 28 Nisan 1993 tarihinde İstanbul'da Ümraniye çöplüğünün patlaması sonucu hayatını kaybeden dokuz kişinin yaşam hakkına ilişkindir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu davada, devletin pozitif yükümlülükleri doğrultusunda, gerekli yasal düzenlemeleri yapması ve yaşam hakkını koruyan önleyici tedbirler alması gerektiğini belirtmiştir⁹⁶⁴. Bunun ardından da *“Devlet, bu faaliyetlerin teknik yönlerini de dikkate alarak, bir faaliyetin işleyişindeki kusurları ve çeşitli düzeylerde görevliler tarafından yapılan hataları ortaya çıkarmak için gerekli usulleri de getirmelidir”*⁹⁶⁵ demiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Öneriyıldız kararıyla pozitif sorumluluk alanlarında ve dolayısıyla Sözleşme'nin koruması kapsamında kalan ilkelere bir genişletmeye gittiği ifade edilmektedir⁹⁶⁶. Görüldüğü üzere bu genişlemede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'ye ilişkin içtihadı önemli bir rol oynamıştır. Türk Anayasa Mahkemesi'nin usulî yükümlülükler konusundaki yaklaşımını belirleyen temel husus da budur.

⁹⁶¹ ŞENOL, Cem; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 62.

⁹⁶² Bunlara örnek olarak *Mc Cann v. Birleşik Krallık* ve *Kaya v. Türkiye* davaları (2. madde) ile *Aksoy v. Türkiye* ve *Assenov v. Bulgaristan* (3. madde) davaları gösterilmektedir. ŞENOL, (2013), s. 65.

⁹⁶³ AKANDJI-KOMBE, (2007), s. 27, dipnot 100.

⁹⁶⁴ YILMAZ, (2010), s. 183-184.

⁹⁶⁵ **Öneriyıldız v. Turkey, Application No. 48939/99**, 30.11.2004, § 92, YILMAZ, (2010), s. 184.

⁹⁶⁶ GEDİK, (2013), s. 113.

Şirin, Anayasa Mahkemesi'nin etkin soruşturma yükümlülüğü kapsamında şu unsurların tespit edilebileceğini belirtmektedir. *Soruşturmaya derhal, resen başlama, soruşturmayı bağımsız ve tarafsız yürütme, soruşturmayı ilgililerin denetimine ve katılımına açık bir şekilde yürütme ve sonlandırma ile yargılama sonunda suçun sabit olması durumunda caydırıcı bir ceza verme şeklindedir*⁹⁶⁷. Anayasa Mahkemesi, bunların yanında “*derece mahkemelerinin, bu tür olaylara ilişkin yürüttükleri yargılamalarda bir sonuca varırken Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği seviyede derinlik ve özenle bir inceleme yapıp yapmadıklarını ya da ne ölçüde yaptıklarını*” da değerlendirmektedir. Keza “*yürütülecek soruşturmaları makul bir süratle gerçekleştirilme ve soruşturmalarda özen gösterilme zorunluluğu*” da ilave bir husus olarak belirtilmiş olup, Mahkeme bu hususu da göz önüne alacağını belirtmiştir⁹⁶⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin belirtilen unsurlar konusunda genel bir hassasiyete sahip olduğu söylenebilir. Öyle ki *Cemil Danişman Başvurusu*'nda Anayasa Mahkemesi, söz konusu unsurları da aşarak bir ceza yargılaması yapılmasını etkin soruşturma yükümlülüğünün içinde dahi görmüştür. Başvuruya konu olan olayda, başvurusunun şizofreni hastası oğlunun yaklaşık 2 saat içinde kollukla üç kere çatışmaya girdiği, bu çatışmalar esnasında 3 kolluk görevlisini öldürdüğü belirlenmiştir. Bunun ardından başvurusunun oğlu kolluk kuvvetleri ile girdiği silahlı çatışmada öldürülmüştür. Başvurusunun olay ile ilgili olarak yaptığı suç duyurusu neticesinde savcılık tarafından soruşturma başlatılmış ve şüpheliler hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Bunun üzerine başvuru, oğlunun güvenlik güçlerinin yaptığı operasyonda gereksiz bir şekilde silah kullanılması sonucu öldüğünü, yaralı olarak ele geçirildiği sırada polisler tarafından darp edildiğini ve bu konuda etkin bir soruşturma yürütülmediğini ifade ederek başvuruda bulunmuştur⁹⁶⁹.

Anayasa Mahkemesi, *Cemil Danişman Başvurusu*'nda olguları değerlendirmeye yetkisi olmadığını belirtmiş; ancak olguların yeterince aydınlatıldığını ifade etmiştir. Buna göre; “*Olay hakkında yürütülen Savcılık soruşturmasının, ...oldukça kapsamlı ve derinlemesine bir şekilde olayın gerçekleşme şeklini ve meydana gelen ölümden olası sorumlu kişileri tespiti imkân sağlayacak nitelikte olduğu görülmektedir.*”

⁹⁶⁷ ŞİRİN, (2015), s. 235.

⁹⁶⁸ **Makbule Talay**, § 63-64.

⁹⁶⁹ **Cemil Danişman Başvurusu**, **Başvuru No: 2013/6319**, Karar Tarihi: 16.07.2014, § 8-22.

...Başvuru konusu olay gibi, ölüm olayının öncesi tamamen kamu makamlarının kontrolü altında gerçekleşmese bile olaya karışan ve doğrudan eylemleri ile ölüme neden olan kişilerin güvenlik güçleri olduğu ve olay sonrası kontrolün tamamen bu kişilerde olduğu durumlarda, olayın gelişimi ve karşılıklı tarafların eylemlerinin derinlemesine ve çok boyutlu bir değerlendirmesinin yapılabilmesi için resmi soruşturmanın, olaya karışan kişilerin olası cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığını belirleyebilmek adına, soruşturma aşamasını geçerek bir kovuşturma sürecini içermesi gerektiğinin evleviyetle kabulü gerekmektedir⁹⁷⁰.

“...Savcılık tarafından yürütülen soruşturmada yaşanan ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmasını ve olası sorumlu kişilerin belirlenmesini sağlayabilecek nitelikte oldukça ayrıntılı bir incelemenin yapıldığı görülmekle birlikte, çok yönlü bu olayda olası cezai sorumluluğun kalkıp kalkmadığı konusunda bir ceza mahkemesinin kapsamlı bir inceleme ve değerlendirme yapması imkânını ortadan kaldıracak bir kararın verilmesi nedeniyle, etkili resmi bir soruşturma yürütülmediği ve yaşam hakkının usulî boyutunun ihlaline yol açıldığı kanaatine varılmıştır⁹⁷¹.”

Anayasa Mahkemesi’ne göre güvenlik güçlerinden kaynaklanan ölüm olaylarında her ne kadar savcılık ayrıntılı bir soruşturma yürütse bile, olayın bir ceza mahkemesine intikal ettirilmesi ve burada olguların değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, bunu etkin soruşturma yükümlülüğünün bir gereği olarak görmüştür. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının da önündedir.

Anayasa Mahkemesi’nin genel olarak usulî yükümlülükler konusunda hassas davrandığı görülmektedir. Bu konuda Mahkeme’nin cezasızlık sorununu besleyen durumlar konusunda genel olarak isabetli bir yaklaşım sergilediği ifade edilmektedir⁹⁷². Buna göre yaşam hakkına yönelik ihlallerin cezalandırılması yükümlülüğü, usulî yükümlülüklerin bir sonucudur. Bu ödevin layığıyla yerine getirilmemesi de cezasızlık denen olguya vücut vermektedir⁹⁷³. Anayasa Mahkemesi, yaşam hakkının ihlalinden kaynaklanan durumlarda cezai bir soruşturma yürütülerek gerektiğinde ilgililerin cezalandırılması hususunu şu şekilde ifade etmiştir: “Devletin yaşam hakkı kapsamında

⁹⁷⁰ Cemil Danışman, § 107-108.

⁹⁷¹ Cemil Danışman, § 118.

⁹⁷² ŞİRİN, (2015), s. 236.

⁹⁷³ ALTIPARMAK, (2014), s. 5.

*sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin bir de usuli yönü bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmi bir soruşturma yürütmek durumundadır*⁹⁷⁴.”

Anayasa Mahkemesi’nin özellikle ölüm olayından sorumlu olan kamu görevlilerinin yargılanması konusunda verdiği kararlar, cezasızlık sorununa ilişkindir. Mahkeme, *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri ile Mehmet Ali Emir ve Diğerleri* Başvuruları’nda 4483 Sayılı Kanun uyarınca Van Valisi ile Afet ve Acil Durum Başkanlığı görevlileri hakkındaki şikayetleri işleme koymayan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı kararının yaşam hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir⁹⁷⁵. Yine benzer bir değerlendirme, evin balkonunda bulunan çocuğun kolluk tarafından atılan gaz fişeğiyle başından vurularak ölümüne sebebiyet verilmesi ve sorumlular hakkında soruşturma izni verilmemesi konusunda yapılmıştır⁹⁷⁶.

Anayasa Mahkemesi’nin cezasızlık sorununu tespit ettiği görülmektedir. Ancak Mahkeme’nin bu sorunu, sınırlı bir biçimde uyguladığı ve belli başlı bazı alanlara teşmil etmekte çekingen davrandığını söylemek mümkündür. Bu durum *Özer Er Başvurusu*’nda ortaya çıkmıştır. Başvuruya konu olan olayda başvuru, 2004 yılında, 9 yaşındaki kızını sık sık boğaz ağrısı çekmesi sebebiyle özel bir hastaneye götürmüştür. Burada yapılan tetkikler sonucunda hastanın bademcik ameliyatı olmasına karar verilmiştir. Hasta aynı gün ameliyata alınmış, anestezi den sonra solunum yetmezliği çekmeye başlamış, ameliyat sonlandırılmasına ve müdahaleye rağmen kurtarılamamıştır. Tabipler Odası, anestezi uzmanı ve doktora disiplin cezası vermiş, buna karşın başvuru konunun suç duyurusu üzerine 2009 yılında Eyüp Cumhuriyet Başsavcılığı kovuşturmayla yer olmadığına karar vermiştir. İtiraz üzerine Ağır Ceza Mahkemesi de itirazı reddetmiş, başvuru kanun yararına bozma yoluna gitmiştir. Nihayet Yargıtay 9. Ceza Dairesi tarafından anılan kararlar bozularak, dosya

⁹⁷⁴ *Serpil Kerimoğlu*, § 54, *Mehmet Ali Emir ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No: 2012/850, Karar Tarihi: 07.11.2013, § 48.

⁹⁷⁵ *Serpil Kerimoğlu*, § 84, *Mehmet Ali Emir ve Diğerleri*, § 69.

⁹⁷⁶ *Turan Uytun ve Kevzer Uytun Başvurusu*, Başvuru No: 2013/9461, Karar Tarihi: 15.12.2015.

Başsavcılığa gönderilmiş ve 2011 yılında dava açılabilmiştir. Ancak açılan dava, 2012 yılında zamanaşımı gerekçesiyle düşmüştür⁹⁷⁷.

Anayasa Mahkemesi'nin *Özer Er Başvurusu*'nda yaptığı değerlendirme şu şekildedir: “*Anayasa Mahkemesine göre tıbbi müdahale sırasında bir doktor ya da başka bir sağlık personeli tarafından yapılan bir hata yahut hastalık hakkında konulan yanlış bir teşhis nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasının ileri sürüldüğü başvurularda tüketilmesi gereken uygun hukuki çare tazminat yoludur. Dolayısıyla bu tarz tıbbi değerlendirme hatalarına ilişkin başvurularda ceza soruşturmasının uzun sürdüğü yönündeki şikayetlerin -bu durum tazminat yolunun etkililiğini olumsuz olarak etkilemediği sürece- ayrıca incelenmesi gerekmez*”⁹⁷⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararı sakıncalıdır. Çünkü Mahkeme, bu noktada sağlık personelinin faaliyetleri ile diğer kişilerin yaşam hakkını ihlal eden faaliyetleri arasında bir ayrıma gitmektedir. Bu durum, taksirle öldürme fiillerinden ötürü ceza verilmesini, kasten öldürme fiillerinden ayırdığı gibi, sağlık personeli ile diğer kişiler arasında da haksız bir ayırım yapmaktadır. Böylece belirtilen meslek grubu veya taksirle öldürme fiilini gerçekleştirenlerin ceza alıp almamalarının yaşam hakkının usuli boyutunu ilgilendirmede olduğu gibi bir sonuç çıkar ki bu oldukça isabetsiz ve kamu vicdanını yaralayıcı sonuçlara gebedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı, oğlu bir motosiklet kazasında yaralanan, buna karşın hastanede boş yatak olmadığı gerekçesiyle başka bir hastaneye sevk edilen ve hayatını kaybeden Nimet Bacaklılar Başvurusu'nda da tekrarladığı, fakat bir nebze yumuşattığı görülmektedir. Buna göre “...kasıtlı olmayan fiiller nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında kamu makamlarının muhakeme hatası veya dikkatsizliği aşan bir kusuru olduğu veya olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkiler kapsamında tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda ilgililer diğer hukuk yollarına başvurmuş olsalar dahi kişilerin hayatının tehlikeye girmesine neden olanlar hakkında bir ceza soruşturması yürütülmesi gerekir (Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 60).

⁹⁷⁷ *Özer Er Başvurusu*, Başvuru No: 2014/11770, Karar Tarihi: 15.03.2018, § 10-22.

⁹⁷⁸ *Özer Er*, § 66, ayrıca bu konuda detaylı açıklama için bkz. § 52-56.

Aynı durum yetkili kişi ve kurumların mesleki ödevlerini hiçe sayarak sağlık kuruluşlarına başvuran hastanın hayatına veya vücut bütünlüğüne zarar vermeleri halinde sağlık alanında yürütülen faaliyetlerde de geçerlidir⁹⁷⁹.”

Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda belirtilen hususlarda verdiği kararların sakıncalı yanı karşıyoda ortaya konmuştur. Buna göre; “oğlunun ölümünde yoğun bakım ünitesinde yer olmadığı gerekçesiyle onu hastaneye kabul etmeyen sağlık personelinin kusuru veya ihmali olup olmadığını belirleyecek olan etkili yargısal yol ceza soruşturması ve kovuşturmasıdır⁹⁸⁰.” Bu ifade de bu denli hassas bir konuda maddi gerçeği ortaya çıkarmanın en isabetli yolunun ceza muhakemesi olduğunu ortaya koymaktadır; bunun yapılmaması da kaçınılmaz biçimde cezasızlık sorununa yol açacaktır.

Nihayet *Hamdullah Aktaş Başvurusu*’nda Anayasa Mahkemesi’nin konu hakkındaki son görüşü Genel Kurul tarafından ortaya konmuştur. Başvuru, tıbbi ihmal sonucu çocukta kalıcı bir sakatlığa yol açılmasına ilişkindir. Mahkeme, bu kararında yukarıda belirtilen cezasızlık sorununu çözmeye çalışmıştır. Bunu yaparken de Mahkeme’nin yükümlülüğünün olay ve olgulara ilişkin karar vermek olmadığını, fakat bunların değerlendiriliş ve gerekçelendiriliş biçimin uygun telafi imkanlarını sağlayacak biçimde olması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre; “İlke olarak tıbbi ihmellere ilişkin şikayetler konusunda temel başvuru yolu, hukuki sorumluluğu tespit adına takip edilecek olan hukuk veya idari tazminat davası yoludur.

... Diğer taraftan bu yöndeki pozitif yükümlülüğünün sonuç yükümlülüğü olmayıp uygun araçların kullanılması yükümlülüğü olması, her davada başarılı olunması veya mağdurların olaylarla ilgili beyanlarıyla bağdaşan bir sonuca varılması gerektiği anlamına gelmemektedir. Bununla beraber kural olarak dava, olayın gerçekleştiği koşulları belirleyecek ve iddiaların doğruluğunun kanıtlanması halinde sorumlularının tespit edilerek uygun telafi imkanlarını sağlayacak nitelikte olmalıdır (Nail Artuç, § 45; Hilmi Düzgüner, § 50)⁹⁸¹.”

⁹⁷⁹ **Nimet Bacaklılar Başvurusu, Başvuru No: 2014/19349**, Karar Tarihi: 15.03.2018, § 69-70.

⁹⁸⁰ **Nimet Bacaklılar**, Zühtü Arslan’ın Karşılığı, § 14.

⁹⁸¹ **Hamdullah Aktaş Başvurusu, Başvuru No: 2015/10945**, Karar Tarihi: 19.07.2018, § 44, 46.

Anayasa Mahkemesi, *Hamdullah Aktaş Başvurusu*'nda ilk derece mahkemelerinin usuli inceleme konusundaki yükümlülüklerinden bahsettikten sonra olayda yapılan değerlendirmelerin başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğini ifade etmiştir. Buna göre de; *“talep sonucunu etkileyen temel iddiaların gerekçede karşılanmaması nedeniyle derece mahkemelerinin kararlarının konuyla ilgili yeterli gerekçe içermediği kabul edilmelidir”*⁹⁸².

Anayasa Mahkemesi, böylece tıbbi ihmallerden ötürü gerçekleşen fiillerden doğan sorumluluğun kapsamını genişletmiş, bu durumun kişilerin maddi ve manevi varlığının korunmasıyla, yani kişisel özerklik nosyonuyla bağlantılı olduğunu ortaya koymuştur. Her ne kadar bu başvuru cezasızlık sorunu ile doğrudan bağlantılı değilse de aynı içtihadın ceza mahkemelerinin olay ve olguları değerlendirme biçimi konusunda da cari olacağı şüphesizdir.

Usulî yükümlülüklerle ilişkin olarak cezasızlık sorununun tespit edilmiş olmasına karşın Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımında sorunlu alanlar olduğu da belirtilmektedir⁹⁸³. Özellikle yaşam hakkının usulî boyutu dışında kalan haklar konusunda Anayasa Mahkemesi zaman zaman çelişkili yaklaşımlar gösterebilmektedir. Bu yaklaşıma örnek olarak *Deniz Yazıcı Başvurusu* gösterilebilir. Başvuruya konu olan olayda başvuru, kolluk kuvvetleri ile girdiği sözlü tartışma neticesinde bunlar tarafından şiddete maruz bırakılmış, yapılan yargılama neticesinde sorumluların basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama suçunu işledikleri sabit görülerek haklarında mahkumiyet kararı verilmiştir. Ancak sorumlular hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, verdiği kararda hem esas hem de usul yükümlülüğü açısından işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme şu hususları ifade etmektedir: *“...Sulh Ceza Mahkemesinin, kötü muamele olayının failleri hakkında yaptığı yargılama sonunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vererek, takdir yetkisini son derece ciddi ve hukuka aykırı bu eylemin, hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğini gösterme şeklinde kullanmak yerine, bu eylemin sonuçlarını olabildiğince aza indirmek yönünde kullandığı anlaşılmıştır. Oysa kötü muameleye yönelik kavuşturmalar, hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve teşvik gösterildiği görünümü verilmesinin engellenmesi ve*

⁹⁸² **Hamdullah Aktaş**, § 61.

⁹⁸³ ŞİRİN, (2015), s. 235.

böylelikle hukuk devletine ve yargıya olan güvenin sağlanması adına, suçun sabit görüldüğü durumlarda öngörülen cezaların ivedilikle uygulanması gerekir⁹⁸⁴.”

Bu gerekçeye karşın Anayasa Mahkemesi ihlalin ortadan kaldırılması için dosyayı mahkemeye tekrar göndermek yerine başvuru lehine tazminata hükmetmeyi yeterli görmüştür⁹⁸⁵. Halbuki derece mahkemesinin başvuru hakkında karar verirken yalnızca başvuru üzerindeki fiziki etkilerini değil, aynı zamanda bu durumun kamu düzenine olan güveni sarsıcı yönünü de göz önüne alması gerekir. Olayı özgül anayasa hukukuna aykırı kılarak temel hakkın ihlaline sebebiyet veren öncelikli olgu bu ise Anayasa Mahkemesi’nin de dosyayı, gereğinin yapılması için mahkemesine göndermesi beklenirdi.

3. Maddi ve Usulî Yükümlülüklerin Kapsamının Tespitinin Güçlüğü

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, maddi yükümlülükler ile usulî yükümlülükler arasındaki farkın önleyici (*preventive*) ve giderici (*remedial*) tedbirlerin alınmasına yönelik olduğunu ifade etmektedir⁹⁸⁶. Buna karşın uygulamada bu iki tedbirin alınması aynı anda pozitif yükümlülüklerin hem maddi hem de usulî boyutuna hizmet edebilmektedir. Dahası öyle bazı durumlar vardır ki aynı somut olayın devletin hem maddi hem de usulî yükümlülükleri kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Akandji-Kombe buna örnek olarak Kurt v. Türkiye Davası’nı göstermektedir. Bu davada kamu makamları tarafından tutulan bir kişinin devletin gözetimi altında kaybolması üzerine annesi tarafından yapılan bir başvuru söz konusudur. Mahkeme, devletin etkili soruşturma yükümlülüğünü yerine getirmemesini devletin usulî bir yükümlülüğünü yerine getirmedeki bir eksiklik olarak değerlendirmiştir. Ancak bunun yanında bu yükümlülüğün yerine getirilmemiş olmasını başvuru açısından Sözleşme’nin 3. maddesinde yer alan kötü muamele yasağının ihlali olarak görmüştür⁹⁸⁷.

Etkili bir soruşturma yürütme, devletin, hem maddi hakkın ihlal edilmesinden dolayı hem de usulî yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olduğundan dolayı sorumlu tutulmasına yol açabilmektedir. Burada etkili bir soruşturmanın bulunmaması

⁹⁸⁴ Deniz Yazıcı, § 113.

⁹⁸⁵ Bu kararın eleştirisi için bkz. ŞİRİN, (2015), s. 235.

⁹⁸⁶ Bu doğrultuda ayrıntılı açıklama için bkz. Öneriyıldız v. Turkey, § 89-96.

⁹⁸⁷ Kurt v. Turkey, Application No: 15/1997/799/1002, 25.05.1998, § 130-133.

kendiliğinden bir yerine getirmeme anlamına gelmektedir. Fakat bu durum kaybolan kişinin ailesini etkiliyorsa, tüm bunlara ek olarak insanlık dışı ve/veya onur kırıcı muamele anlamına gelebilir⁹⁸⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi son zamanlarda devletin maddi yükümlülüklerini usulî yükümlülükler kapsamında değerlendirmektedir. Bu doğrultuda Mahkeme, Sözleşme’de yer almayan temel hakların korunması için de gerekli usulî tedbirlerin alınması gerektiğini ifade etmiştir. Nihayet Mahkeme, ulusal hukukta tanınan bir hakkın korunması konusunda da devletin gerekli usulî tedbirleri almak yükümlülüğü olduğunu belirtmektedir⁹⁸⁹. Böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin son yıllardaki içtihadında, usulî yükümlülükler ile maddi yükümlülükler arasında sıkı bir ilişkinin kurulduğu ifade edilmektedir⁹⁹⁰. Bu durum, maddi ve usulî yükümlülüklerin kapsamının tespitinde belirgin bir kriter bulmanın ne denli zor olduğunu göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi, maddi ve usulî yükümlülüklerin kapsamının tespiti konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı doğrultusunda karar vermektedir. Önüne gelen *C.K. Başvurusu*’nda Anayasa Mahkemesi, işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruda, aynı somut olayı hem maddi hem de usulî yükümlülükler kapsamında incelemiştir. Mahkeme’ye göre; *“İşkence ve kötü muamele yasağına ilişkin şikâyet incelemelerinin, devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri dikkate alınarak maddi ve usule ilişkin boyutları bakımından ayrı ayrı yapılması gerekmektedir. Devletin negatif yükümlülüğü, bireyleri işkence ya da insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye ya da cezaya tabi tutmama sorumluluğunu içerirken pozitif yükümlülük, hem bireyleri bu tür muamelelerden korumayı (önleyici yükümlülük) hem de etkili bir soruşturma yoluyla sorumluların tespiti ve cezalandırılmasını (soruşturma yükümlülüğü) içermektedir. İşkence ve kötü muamele yasağının maddi boyutu, negatif yükümlülük ile önleyici yükümlülüğü kapsamaktadır. Pozitif yükümlülüğün iki unsurundan biri olan soruşturma yükümlülüğü ise usul boyutunu oluşturmaktadır.”*

⁹⁸⁸ AKANDJI-KOMBE, (2007), s. 17.

⁹⁸⁹ Bu yönde bkz. LAVRYSEN, (2016), s. 55-56.

⁹⁹⁰ BREMS, Eva; “Procedural Protection: An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights”, **Shaping Rights in the ECHR: The Role of The European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, (Eds: Eva BREMS, Janneke GERARDS), Cambridge University Press, 2013, s. 147.

“... Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında bazen soruşturma yapılmamış olması ya da yeterli soruşturma yapılmamış olması tek başına kötü muamele teşkil edebilmektedir⁹⁹¹.”

Belirtilen hususlar, devletin pozitif yükümlülüklerinde maddi ve usulî boyut ayrımının her zaman net bir biçimde ortaya konamayacağını göstermektedir. Bu sebeple kamu görevlilerinin temel haklara riayet ederek hareket etmesi ve bunların eylemlerinden kaynaklanan fiillerin soruşturulması kadar devletin maddi yükümlülüklerinin de önem taşıdığını belirtmek gerekir. Devletin pozitif yükümlülüklerine uygun hareket edip etmediği noktasında dikkate alınması gereken ölçüt somut olay özelinde insan onurunun korunması olmalıdır.

B. Temel Hakların Yatay Etkisi ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması

Devletin pozitif yükümlülükleri doktrininden yola çıkılarak ulaşılan bir kavram günümüzde hukukun anayasallaşması açısından çok önemlidir; bu kavram temel hakların yatay etkisidir. Devletin, temel hak ve özgürlükleri pozitif edimlerle korumak gibi bir yükümlülüğü vardır; ancak bu edimler de başkaları üzerinde birtakım hukuki sonuçlar yaratır. Örneğin devlet, bir gazetede fotoğrafları basılan kişinin özel hayatın gizliliği hakkını korumak yükümlülüğü altındadır. Ancak bu durumda devletin işlemi gazetenin basın özgürlüğünü de ilgilendirmektedir. Bu durumda devletin müdahalesi, iki farklı kişinin birbirlerine karşı öne sürdüğü iki farklı temel hakkın (basın özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği hakkı) dengelenmesini gerektirir. Bu da temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisini oluşturur. Alman doktrininde buna *drittwirkung* (üçüncü taraf etkisi) adı verilir; çünkü buradaki ilişkide devlet ve birey arasındaki hukuki ilişki, üçüncü bir kişinin de temel hakkını ilgilendirmektedir⁹⁹².

Temel hakların yatay etkisi, Alman hukukunda ortaya çıkmıştır. Buna karşın kavramın son zamanlarda en çok tartışıldığı ülkelerden biri Birleşik Krallık'tır. Bunun sebebi, temel hakların yatay etkisinin kabul edilmesi halinde, bu doktrin ile bireyin hak ve özgürlüklerinin diğeri veya diğerleri lehine sınırlandırılacak olmasıdır. Halbuki

⁹⁹¹ C. K. Başvurusu, Başvuru No: 2013/8728, Karar Tarihi: 15.12.2015, § 46, 75, ayrıca benzer yönde bkz. Zeki Bingöl (2) Başvurusu, Başvuru No: 2013/6576, Karar Tarihi: 18.11.2015, § 74.

⁹⁹² Bu yönde bilgi ve bu doktrinin Almanya'daki gelişimi için bkz. ALEXY, Robert; “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, *Ratio Juris*, Cilt: 16, Sayı: 2, 2003, s. 132-134.

liberteryan bir perspektiften bakıldığında temel hak ve özgürlüklerin varoluş amacının, bireyi değil yalnızca devleti sınırlandırmak olduğu öne sürülmektedir. Ancak daha sosyal demokrat bir çerçeveden bakıldığında temel hak ve özgürlüklerin yalnızca devlet ile birey arasındaki ilişkiyi düzenlemeyi amaçladığı kabul edilemez⁹⁹³. Buna göre temel hak ve özgürlükler, bireyler arasında da yatay bir biçimde uygulanabilir. Bu sebeple temel hakların yatay etkisi, mevzuatta yer almasa bile bu doktrinin kaçınılmaz bir hukuki etkisi mevcuttur⁹⁹⁴.

Batı ülkelerindeki doğrudan yatay etki tartışmasının sebeplerini yukarıda yer alan açıklamalarda bulmak mümkündür. Bu ülkeler için doğrudan yatay etkiyi tanımak her şeyden önce bir egemenlik sorunudur. Çünkü uluslararası bir sözleşmede yer alan hükümler ve bunların dayandığı evrensellik iddiasındaki ilkeler, doğrudan yatay etki vasıtasıyla ulusal hukuklara sızmaktadır. Böylece yargı, temel hak ve özgürlükler vasıtasıyla devlet dışı özel hukuk kişileri üzerinde güç kazanmaktadır; bu da millet veya halk egemenliği doktrini ile anayasacılık arasında kaçınılmaz bir gerilim ortaya çıkarmıştır⁹⁹⁵. Doğrudan yatay etkinin ortaya çıkardığı bir diğer sorun ise refahın adil dağılımı sorunudur. Doğrudan yatay etki, devletin özel hukuk ilişkilerine, yani liberal toplum düzenine açık bir müdahalesini gerektirir. Bu durumda devletin, özellikle özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş hukuki ilişkilere temel hak ve özgürlükler hükümleri vasıtasıyla müdahalesi söz konusu olur⁹⁹⁶. Tüm bu sebeplerle doğrudan yatay etki, Batılı liberteryan hukukçuların yoğun bir doktrinsel saldırısı altındadır.

Temel hakların yatay etkisi doktrini, Britanyalı hukukçular tarafından birtakım sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Bunların en ayrıntılı ve pedagojik açıdan en uygun

⁹⁹³ YOUNG, Alison L.; "Mapping Horizontal Effect", **The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law** içinde, (Ed: David HOFFMAN), Cambridge University Press, 2011, s. 30-31.

⁹⁹⁴ Bu yönde bkz. BEYLEVELD, Deryck; PATTINSON, Shaun; "Horizontal Applicability and Horizontal Effect.", **Law Quarterly Review**, Sayı: 118, 2002, s. 626-627.

⁹⁹⁵ Bu yönde bkz. van der WALT, Johan; **The Horizontal Effect Revolution and Question of Sovereignty**, De Gruyter, 2014, s. 12-14, ayrıca bu sorunun çözülmesi için İngiliz hukukçuların hatırı sayılır bir çaba gösterdikleri görülmektedir. Örneğin Phillipson ve Williams, Birleşik Krallık'ta temel hakların yatay etkisi doktrininin mahkemeler tarafından Ortak hukuk (Common law) ile uyumlu olarak tedrici (*incremental*) bir şekilde benimsenmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. PHILLIPSON, WILLIAMS, (2011), s. 903-907.

⁹⁹⁶ Bu yönde bkz. KMENT, Martin; "Comparative Analysis of the 'Horizontal Effect' of the Human Rights Act", **German Yearbook of International Law**, Sayı: 45, 2002, s. 365.

olanı Ian Leigh'in tasnifidir. Leigh'e göre temel hakların yatay etkisi altı başlık altında incelenebilir. Bunlar şunlardır⁹⁹⁷:

1. Doğrudan kanundan kaynaklanan (bireyler arası) yatay etki,
2. Devletin sorumluluğundan kaynaklanan (devletle birey arası) yatay etki
3. Ara (intermediate) yatay etki
4. Onarıcı veya usuli yatay etki
5. Dolaylı yatay etki
6. Tam veya doğrudan yatay etki.

Leigh'in tasnifinde ilk üç madde Birleşik Krallık'taki mevzuattan kaynaklanan yatay etki türleri olarak gösterilmektedir⁹⁹⁸. Bunlar İnsan Hakları Kanunu'nun, bireylerin birbirlerinin haklarına saygı gösterme yükümlülüğünü ifade eden 3. ve herhangi bir kamusal makamın (devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinin) bireylerin temel haklarına saygı göstermesi gerektiğini düzenleyen 6/1. maddelerinin lafzından türetilmektedir⁹⁹⁹. Temel hakların yatay etkisi konusunda önem taşıyan tasnif ise son üç maddedir. Bunlardan doğrudan ve dolaylı yatay etki, doktrinde en çok bilinen ve tartışılan hususlardır. Bu sebeple bu iki madde yatay etki tartışmasında asli ve merkezi bir yer tutar. Onarıcı veya usuli yatay etkinin ise bu merkezi tartışmanın etrafında dönen tali bir unsur olduğu belirtilmektedir¹⁰⁰⁰.

1. Doğrudan Yatay Etki

Temel hak ve özgürlüklerin doğrudan yatay etkisi, temel hak ve özgürlük normlarının özel hukuka tabi kişiler arasında uygulanabilir olduğu durumları ifade eder. Yani temel hakların yatay etkisinden bahsediliyor ise temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal hükümlerin doğrudan özel hukukta öne sürülebilmesi ve temel hakları ihlal

⁹⁹⁷ LEIGH, Ian; "Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?", *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 48, 1999, s. 74-85.

⁹⁹⁸ YOUNG, (2011), s. 18-19.

⁹⁹⁹ LEIGH, (1999), s. 74-79.

¹⁰⁰⁰ YOUNG, (2011), s. 24-25.

ettikleri gerekçesiyle özel hukuk kişilerine müeyyide uygulanabilmesi gerekir¹⁰⁰¹. Bu bağlamda Ergül’ün belirttiği gibi doğrudan etkide, “doğrudanlığın” neye ilişkin olduğunu tespit etmeden çok anlamlı bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. “Doğrudan etki”deki “doğrudanlık” temel hak ve özgürlükleri düzenleyen anayasal hükümlerin sadece kamu gücü işlemleri üzerinde değil, ama aynı zamanda özel hukuk kişilerinin davranışları üzerinde de etkiye sahip olduğunun kabul edilmesi demektir. Bu husus, doğrudan etkiyi, dolaylı etkiden ayıran özelliştir¹⁰⁰². Örneğin Almanya’da doğrudan yatay etki kuramı kullanılarak verilen iki karardan bahsedilmektedir. Alman Yargıtayı’nın verdiği bu kararlardan ilkinde A, B’nin sağlığı ile ilgili bir raporu sigorta şirketine vermiştir. Mahkeme, A’nın, B’nin haysiyetinin korunması ve kişisel gelişimine ilişkin Anayasanın birinci maddesinin birinci ve ikinci paragraflarında belirtilen düzenlemeleri ihlal ettiğine karar vermiştir. Bir başka olayda davacının fotoğrafı uyuşturucu madde ticareti suçu ile bağlantılı olduğu imasıyla kullanılmıştır. Bunun üzerine davacı, kendi fotoğrafını alenileştiren kişiye karşı tazminat davası açmıştır. Maddi zarar ispatlanamamakla birlikte Mahkeme davacının haysiyetinin korunması ve kişisel gelişimine ilişkin haklarının ihlal edildiğinden bahisle tazminata hükmetmiştir¹⁰⁰³.

Doğrudan yatay etkinin, yargısal olarak yaygın bir biçimde benimsenmediği görülmektedir. Çünkü bunun kabul edilmesi, kamu hukukuna ait birtakım ilke ve kuralların özel hukuk üzerinde bir hegemonya kurmasına yol açar. Örneğin eşitlik ilkesinin kamu hukuku ile özel hukuktaki görünümü bakımından ciddi bir fark vardır. Kamu hukukunda eşitlik ilkesi, devletin tüm herkese eşit mesafede olması gerektiği şeklinde anlaşılmaktadır. Bu alanda farklı muamele istisnaidir ve eğer devlet kişilere farklı muamelede bulunuyorsa, bunun haklı ve geçerli bir sebebi olmalıdır. Özel hukuk ilişkilerinde ise durum tam tersidir; devlete yüklenen eşit davranma borcu, aynı şekilde özel hukuk kişilerine yüklenemez. Çünkü bu durumda özel hukukun temeli olan sözleşme serbestisinin alanı büyük oranda daralmış olacaktır¹⁰⁰⁴. Örneğin bir kimseye

¹⁰⁰¹ Bu yönde bkz. PHILLIPSON, WILLIAMS, (2011), s. 879-880.

¹⁰⁰² ERGÜL, (2013), s. 450.

¹⁰⁰³ ERGÜL, (2013), s. 445, dipnot 33, bu kararların künyesi şu çalışmada bulunmaktadır: BARAK, Aharon; “Constitutional Human Rights and Private Law”, **Human Rights in Private Law** içinde (Eds: Daniel FRIEDMAN, Daphne-BARAK EREZ), Hart Publishing, 2001, s. 16, dipnot 13 ve 14.

¹⁰⁰⁴ Bu konuda bilgi için bkz. GRABOWSKA, Barbara; “Horizontal Impact of Human Rights – Dialogue Between Constitutional and International Law”, **Transnational Legal Processes and Human Rights** içinde, (Eds: Kyriaki TOPIDI, Lauren FIELDER), Routledge, 2016, s. 65-67.

evini belli bir kişiye kiralaması veya belli bir kişiyle bir özel hukuk sözleşmesi yapması yönünde bir külfet yüklenemez.

Doğrudan yatay etkinin lehine birtakım görüşler bulunmaktadır. Bu doğrultuda ilk olarak Alman iş hukukçusu Hans Nipperdey'den bahsetmek gerekir. Nipperdey, 1950'li yıllarda doğrudan yatay etkinin ateşli bir savunucusu olmuştur; ancak ilerleyen yıllarda yazarın dolaylı yatay etki lehine bir görüşe kaydığı ifade edilmektedir¹⁰⁰⁵. Nipperdey'in tavrı, aslında doğrudan yatay etki ile dolaylı yatay etki kavramlarının birbirini kronolojik olarak tamamlayan iki farklı paradigma olması ile açıklanabilir. Yani temel hakların yatay etkisi, doğrudan yatay etki şeklinde ortaya çıkmış ve savunulmuştur; ancak bunun uygulanmasındaki zorluğu gören hukukçular, zamanla dolaylı yatay etki görüşüne kaymışlardır¹⁰⁰⁶. Böylece özel hukuk kişileri arasındaki hukuki ilişkilerde temel hak ve özgürlükleri gözetmek ve bunlara göre karar vermek yükümlülüğü devlete yüklenen pozitif bir yükümlülük haline gelmiştir.

Beyleveld ve Pattinson'a göre iki kavramın hassasiyetle ayrılması gerekir. Bunlar doğrudan yatay etki ve doğrudan uygulanabilirlik (*horizontal applicability*) kavramlarıdır. Bunlardan birincisi temel hakların ontolojik olarak bireyler arasında uygulanabilirliğidir. Yani bir kimsenin kendisine hakaret edilmemesini, kişilik haklarına saygı gösterilmesini istemesi durumunda hakların yatay uygulanabilirliğinden söz etmek mümkündür. Bu durumda hakların yatay olarak uygulanabilirliği elbette vardır. Ancak temel hak ve özgürlüklere özel hukuk kişilerinden yönelen ihlallerin engellenmesi için hukuki çerçevenin çizilmiş olması gerekir. Bu da temel hakların yatay uygulanabilirliğinin hukuken tanınmasıyla olur. Doğrudan yatay etki de budur¹⁰⁰⁷.

Beyleveld ve Pattinson'ın yatay uygulanabilirlik tezi Birleşik Krallık hukukçuları arasında yankı uyandırmıştır¹⁰⁰⁸. Bunun çok basit bir sebebi vardır: Bu iki yazar Birleşik Krallık'ta temel hakların yatay etkisine pozitif bir temel bulmayı amaçlamaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bir iç hukuk enstrümanı

¹⁰⁰⁵ ERGÜL, (2013), s. 444.

¹⁰⁰⁶ Nitekim yatay etki doktrininin ilk defa tartışılmaya başladığı yıllarda Alman Anayasa Mahkemesi'nin verdiği Lüth Kararı, Mahkeme'nin Nipperdey'in teorisini benimsemediğini gösteren en önemli hususlardan biri olarak gösterilmektedir. Bu yönde bkz. CIACCHI, Aurelia Colombi; "European Fundamental Rights and Private Litigations: Judicial Dialogue and Judicial Governance", **Judicial Cooperation in European Private Law** içinde (eds: Fabrizio CAFAGGI, Stephanie LAW), Edward Elgar Publishing, 2017, s. 217, 218.

¹⁰⁰⁷ BEYLEVELD, PATTINSON, (2002), s. 633-635.

¹⁰⁰⁸ Bu yönde bkz. PHILLIPSON, WILLIAMS, (2011), s. 881.

olmadığından özel hukuk kişilerine doğrudan uygulanamaz. Ancak İnsan Hakları Kanunu, bu sözleşmede yer alan haklara atıf yapmaktadır; söz konusu haklar da yatay olarak uygulanabilir haklardır. Demek ki Birleşik Krallık'ta, temel hakların yatay etkisini pozitif olarak tanıyan kanun hükümleri bulunmaktadır. Böylece temel hakların yatay etkisinin tanınmasının önünde hiçbir engel kalmamış olmaktadır¹⁰⁰⁹.

Yapılan tüm eleştirilere rağmen doğrudan yatay etkinin çeşitli hukuki durumlar özelinde kabul gördüğü Avrupa ülkeleri bulunmaktadır. Bunlara İsviçre, İspanya, İrlanda ve kısmen Fransa örnek gösterilmektedir. Avrupa dışında Güney Afrika ve Hindistan da doğrudan etki doktrininin uygulandığı ülkelerdendir¹⁰¹⁰.

Fransa ve İspanya'da tüm temel hak ve özgürlüklerin değil, fakat belirli birtakım hak ve özgürlüklerin doğrudan yatay etkisinin tanındığı görülmektedir. Fransa'da bu hak ve özgürlükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan haklardır. Bu durum, Fransa Anayasası'nın 55. maddesinde uluslararası antlaşmaların Fransız ulusal hukukunun doğrudan bir parçası olmasının doğal bir sonucudur¹⁰¹¹. İspanya'da ise anayasa şikayeti (*recurso de amparo*) yoluyla bazı haklara doğrudan yatay etki tanınmıştır¹⁰¹².

Doğrudan yatay etkinin tanındığı bir diğer Avrupa ülkesi olan İrlanda'da durum oldukça ilginçtir. İrlanda'da doğrudan yatay etki doktrini 1970'lerden bu yana uygulama alanı bulmaktadır. Ancak aslında bu uygulama eşit koşullarla donatılmış bireyler arasında değildir; bu ülkede doğrudan etki bireyin kolektif yapılara karşı korunmasına hizmet etmektedir. Bu konuda 1973 tarihinde karara bağlanan Meskeel v CIE Davası örnek olarak gösterilmektedir. Söz konusu davaya konu olan olayda, İrlanda'da faaliyet gösteren bir kamu iktisadi teşebbüsü olan CIE Taşımacılık Şirketi, işçilerinin üye olduğu dört sendika ile birden anlaşmış, anlaşma doğrultusunda şirket, tüm işçilerinin iş sözleşmelerini feshederek kendileriyle tekrar iş sözleşmesi tesis

¹⁰⁰⁹ BEYLEVELD, PATTINSON, (2002), s. 645-646.

¹⁰¹⁰ OLIVER, Dawn; FEDTKE, Jörg; "Comparative Analysis", **Human Rights and The Private Sphere: A Comparative Study** içinde, (Eds: Dawn OLIVER, Jörg FEDTKE), Routledge, 2007, s. 477-482.

¹⁰¹¹ HUNTER-HENIN, Myriam; "France: Horizontal Application and the Triumph of the European Convention on Human Rights", **Human Rights and The Private Sphere: A Comparative Study** içinde, (Eds: Dawn OLIVER, Jörg FEDTKE), Routledge, 2007, s. 103-104.

¹⁰¹² RODRIGUEZ LÍBOREIRO, Andrea; "Spain: A Jurisdiction Recognising the Direct Horizontal Application of Human Rights", **Human Rights and The Private Sphere: A Comparative Study** içinde, (Eds: Dawn OLIVER, Jörg FEDTKE), Routledge, 2007, s. 384.

edilmesini bu dört sendikadan birine üye olma şartına bağlamıştır¹⁰¹³. Davacı, bu dört sendikadan herhangi biriyle sözleşme imzalamayı reddettiğinden sözleşmesi yenilenmemiştir. Dava, nihayet İrlanda Yüksek Mahkemesi'nin önüne geldiğinde, Mahkeme hakimlerinden Walsh J, İrlanda hukuku açısından önemli bir içtihat ortaya koymuştur. Buna göre; “... bir kimse anayasal bir hakkının yadsınması veya ihlal edilmesi sonucunda bir zarara uğramışsa, söz konusu hakkını ihlal eden kişi veyahut kişilerden zararının tazminini talep etme hakkına sahiptir¹⁰¹⁴.”

Yukarıda yer alan ifade, İrlanda anayasa hukuku açısından önemli bir ifade olmuştur. Çünkü bu dava, bir kamu tüzel kişisine (CIE Taşımacılık Şirketi) açılmış olmasına karşılık, İrlanda Yüksek Mahkemesi, aynı yıl baktığı Glover v BLN Ltd Davası'nda bu içtihadı, bir özel hukuk tüzel kişisi olan BLN Şirketi'ne teşmil etmiş ve şirketi, temel bir hakkı ihlal ettiği gerekçesiyle tazminata mahkum etmiştir. Böylece İrlanda'da doğrudan yatay etki vasıtasıyla “anayasal haksız fiil sorumluluğu” (*constitutional tort*) kavramının kabul edildiği görülmektedir¹⁰¹⁵.

Meskeel v CIE Davası, yatay etkiye niçin üçüncü taraf etkisi (*drittwirkung*) adı verildiğine güzel bir örnektir. Burada bir kamu tüzel kişisi ile dört özel hukuk tüzel kişisinin imzaladığı bir sözleşme vardır. Fakat üçüncü bir kişi olan davacı bu sözleşmeden etkilendiğinden dava açmış, İrlanda Yüksek Mahkemesi de temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiği gerekçesiyle sözleşmenin geçersizliğine hükmetmiştir. Böylece Mahkeme, kural olarak kamu hukukunun bir kuralına dayanarak özel hukuka müdahale etmiş olmaktadır.

İrlanda'daki Meskeel v. CIE Davası'ndan tam 32 yıl sonra Türkiye'de çok benzer bir uyuşmazlık yaşanmıştır. İstanbul Fatih Belediye Başkanlığı ile Belediye ve Özel İdare Çalışanları Birliği Sendikası (BEM-BİR-SEN) arasında, 01.05.2005 ilâ 31.12.2006 tarihleri arasında geçerli olmak üzere bir “Sosyal Yardım Sözleşmesi” düzenlenmiştir. Bu sözleşmeye göre adı geçen sendikaya üye olan kamu görevlileri, sosyal denge yardımı adı altında maaşlarına ek bir tazminat alacaklardır. Sendika üyesi

¹⁰¹³ O'CINNEIDE, Calm; “Irish Constitutional Law and Direct Horizontal Effect – A Successful Experiment?”, **Human Rights and The Private Sphere: A Comparative Study** içinde, (Eds: Dawn OLIVER, Jörg FEDTKE), Routledge, 2007, s. 220.

¹⁰¹⁴ “... if a person has suffered damages by virtue of a breach of a constitutional right or the infringement of a constitutional right, that person is entitled to seek redress against the person or persons who have infringed that right.”, **Meskeel v CIE**, [1973] IR 121, s. 133, O'CINNEIDE, (2007), s. 220.

¹⁰¹⁵ O'CINNEIDE, (2007), s. 221.

olmayanlar da bu haktan yararlanabilecektir; fakat o da bir şarta bağlanmıştır. Bu şart, Sendika üyesi olanların ödediği üyelik aidatının iki katı kadar aidatı Sendikaya ödemektir¹⁰¹⁶.

Anayasa Mahkemesi, yaptığı değerlendirmede doğrudan veya dolaylı yatay etkiden hiç bahsetmemiştir. Ancak Mahkeme, yapılan sözleşmede yer alan hükmü, başvurucunun sendikaya üye olmama hakkına yapılmış bir müdahale olarak görmüştür. Mahkeme çoğunluğuna göre müdahale, demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olup, başvurucunun hakkı ile müdahale arasında makul bir dengenin varlığından bahsedilmesi mümkündür¹⁰¹⁷. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kararı isabetli değildir; çünkü sendikaya üye olan kamu görevlileri ile üye olmayan kamu görevlileri arasında haklılaştırılması mümkün olmayan bir eşitsizlik yaratıldığı aşıkardır. Bu şekilde kamu görevlilerinin sendikaya üye olmama hakkı da ihlal edilmiştir¹⁰¹⁸.

Yukarıda verilen bireysel başvuru kararı beraberinde şu soruyu gündeme getirmektedir: Türkiye’de doğrudan yatay etkinin uygulama alanı veya daha doğru bir deyişle doğrudan yatay etki doktrinine ihtiyaç var mıdır? Bu konuda Gören’in açıklaması şu şekildedir: *“Türk hukukunda temel hakların önemli bir bölümü Medeni Kanun’da ve başka özel yasalarda somutlaştırılmış olduğundan temel hakların özel hukuka doğrudan uygulanması sorunu pratikte büyük bir sorun yaratmamıştır*¹⁰¹⁹”. Gerçekten de doğrudan yatay etkiyi en çok tartışan ülkelerin başında Anglo-sakson ülkeleri gelmektedir. Bunun da sebebi bu ülkelerde merkezileşmiş bir anayasa yargısının ve düzenli olarak kodifiye edilmiş bir Medeni Kanun veya Ceza Kanununun bulunmamasıdır. Bu durumda genel mahkemelerin de anayasal hükümleri, dolayısıyla temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümleri özel hukuk ilişkilerine uygulayıp uygulayamayacağı sorunu ortaya çıkar. Kişilik haklarının gerek Medeni Kanun gerekse de Ceza Kanunu’nda yer aldığı ve merkezileşmiş anayasa yargısının bulunduğu Kıta Avrupası sistemlerinde ise temel sorun, adli ve idari yargının belirtilen kanunları yorumlarken temel hak ve özgürlük hükümlerinden ne derecede faydalanacağıdır. Bu da bizi dolaylı yatay etki doktrinini tartışmaya götürecektir.

¹⁰¹⁶ Adalet Mehtap Buluryer Başvurusu, Başvuru No: 2013/5447, Karar Tarihi: 16.10.2014, § 102.

¹⁰¹⁷ Adalet Mehtap Buluryer Başvurusu, § 103-109.

¹⁰¹⁸ Adalet Mehtap Buluryer Başvurusu, Üye Engin Yıldırım’ın Karşı Oyu.

¹⁰¹⁹ ERGÜL, (2013), s. 453, GÖREN, Zafer, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi”, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu* içinde, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2001, s. 29.

2. Dolaylı Yatay Etki

Temel hak ve özgürlüklerin yorumlanması açısından dolaylı yatay etki büyük bir öneme sahiptir. Çünkü dolaylı yatay etki, özel kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerinin temel hak ve özgürlük normlarına uygun bir biçimde yorumlanmasını gerektirir¹⁰²⁰. Dolaylı etki görüşü, Alman hukukçu Dürig tarafından ortaya atılmış ve Alman Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir¹⁰²¹. Bu kavram, temel hakların hukuk sisteminin içinde ve üzerinde objektif bir değer sistemi olmasından yola çıkmaktadır. Hukuk düzeninin birliği içinde özel hukuk alanındaki hiçbir kural temel haklara ve temel hakların sahip olduğu bu objektif değerlere aykırı olamaz. Bu da özel hukukun genel kuralları ve soyut (belirsiz) kavramlarının temel hakların ışığında yorumlanması ve özel hukuk boşluklarının temel hakların ışığında doldurulması ile mümkündür. Buna Alman hukukunda *Ausstrahlungswirkung* (yayılma etkisi) denir. Böylece temel hak ve özgürlükler, özel hukuk alanına sızmaktadır. Kanunlar da anayasanın getirdiği objektif değer sistemi doğrultusunda yorumlanmakta ve böylece hukukun anayasallaşması denilen vakıa ortaya çıkmaktadır¹⁰²². Konuyu önemli kılan da budur.

Temel hakların dolaylı yatay etkisi, farklı hukuk sistemlerinde farklı argümanlarla temellendirilmiştir. Örneğin Anglo-sakson hukuk dünyasında Kanada ve Amerikan Yüksek Mahkemeleri'nin benimsediği devlet eylemi (*state action*) doktrini bulunmaktadır. Kıta Avrupası hukukunda ise koruma yükümlülüğü teorisinin ağır bastığı görülmektedir.

Devlet eylemi doktrinine göre iki özel hukuk kişisi arasındaki uyuşmazlık yargıya yansıdığına, her ne kadar uyuşmazlığın taraflarından biri devlet değilse de yargının uyuşmazlığı çözerken tarafların temel haklarını dikkate alması gerekir. Yani bu yaklaşımın altında “yargı eylemine konu olan özel hukuk talepleri de anayasal hakların uygulanması için bir zemin oluşturur” düşüncesi yatmaktadır¹⁰²³. Ancak bu doktrin yukarıda belirtilen ülkelerde yıllar içinde zorlukla kabul edilmiştir; dahası bu doktrinin bireyi devletten korumayı mı amaçladığı, yoksa kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yaparak hukukun sistemi koruyucu serbestlik özelliğine haksız bir şekilde

¹⁰²⁰ GÖZLER, Kemal; **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 539.

¹⁰²¹ ALEX, (2002), s. 355.

¹⁰²² BELLING, (2014), s. 10.

¹⁰²³ Bu konuda Kanada ve Amerikan Yüksek Mahkemelerinin kararları hakkında bilgi için bkz. ERGÜL, (2013), s. 459-461.

müdahale mi ettiği hala tartışılmaktadır¹⁰²⁴. Yüzyıllar boyunca özgürlük anlayışını, devletin bireye, başta ticaret olmak üzere, yol açması gibi bir fikirden yola çıkarak kurgulayan bir yaklaşımın bu fikri bu kadar çok tartışması şaşılacak bir durum değildir. Ancak devleti, bireye özgürlük sunmakla yükümlü kılan¹⁰²⁵ Kıta Avrupası ülkelerinin hukukçuları için bu doktrin, basit ve yetersizdir¹⁰²⁶.

Kıta Avrupası hukukunda temel hakların dolaylı yatay etkisinin koruma yükümlülüğünden türediğini görmek mümkündür. Bu noktada koruma yükümlülüğüne temel dayanak oluşturan, özel hukuk kaynaklı Alman icadı bir öğretiden bahsetmek gerekir: Bu, “Normun Koruma Amacı teorisi”dir (*Die Lehre vom Schutzzweck der Norm*).

Özel hukuk terminolojisinde herkese ödev yükleyen mutlak hakların korunmasını içeren kanun hükümleri, doktrinde davranış normları olarak adlandırılır. Bu davranış normlarının düzenlenme amacının neler olduğu sorusuna cevap, aynı zamanda söz konusu norma uymakla yükümlü tutulan kişilerin sorumluluğunun hangi zararlar nedeniyle ve kime karşı olacağını belirler¹⁰²⁷. Normun koruma amacı teorisinin asıl hedefi, bir davranış hukuka aykırı olduğu halde, ortaya çıkan zararlar, ihlal edilen normun önlemek istediği zararlar içine girmiyor ise söz konusu zararlardan failin sorumlu tutulmamasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Bu teori, bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığını değil, o fiilin belli bir kişiye tazminat sorumluluğu getirip getirmediğine odaklanır. Yani aslında bu teori, fiil ile zarar arasında bir illiyet bağı bulunsu bile, zararın tazminini gerektiren hukuk kuralının somut uyuşmazlığa

¹⁰²⁴ Devlet eylemi doktrini, özellikle Amerika Birleşik Devletleri’nde yoğunlukla tartışılmakta ve bu konu muhafazakarlarla demokratlar arasında siyasi bir fay hattı oluşturmaktadır. Bu tartışmalar için bkz. HUNN, Wilson R., “The State Action Doctrine And The Principle Of Democratic Choice”, **Hofstra Law Review**, Cilt: 34, Sayı: 4, 2006, s. 1383-1386, MINOW, Martha; “Alternatives to the State Action Doctrine in the Era of Privatization, Mandatory Arbitration, and the Internet: Directing Law to Serve Human Needs”, **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cilt: 52, Sayı: 1, 2017, s. 147-152.

¹⁰²⁵ Örneğin Kment, belirtilen yaklaşımın Britanya ve Alman hukuk sistemlerini ayıran önemli bir özellik olduğunu belirtmektedir. KMENT, (2002), s. 364-365.

¹⁰²⁶ Örneğin Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi’nin yatay etki yaklaşımını temel haklara özgüleyerek yalnızca bu alanda kullanırken, Alman Anayasa Mahkemesi’nin bu yaklaşımı özel hukuka teşmil edebildiği ifade edilmektedir. MATHEWS, Jud; “State Action Doctrine and the Logic of Constitutional Containment”, **University of Illinois Law Review**, Cilt: 2017, Sayı: 2, 2017, s. 672.

¹⁰²⁷ AYDINLI, H. İbrahim; “İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2005, s. 6.

uygulanıp uygulanamayacağını belirler. Böylece amaçsal yorum ile hukuk kuralının sınırı çizilmiş olur; onun normatif alanı netleştirilir¹⁰²⁸.

Normun koruma amacı teorisine verilen klasik örnek şudur: Yürürlükte bulunan bir hükme göre, buzlu havalarda bina malikleri binalarının önündeki buzu kül serperek eritmek zorundadır. Bir konser organizatörü, bir müzisyen ile sözleşme yapmıştır. Bu müzisyen, konser gecesi, bir binanın önünden geçerken bina maliki buzu eritmediğinden, ayağı kayarak düşmüş ve konserini verememiştir. Burada müzik organizatörünün, konserin verilmemesinden dolayı uğradığı zarar için bina malikine karşı tazminat davası açma hakkı yoktur. Zira ihlal edilen norm, yolcuları korumakta olup, müzik organizatörünü koruma amacını gütmemektedir¹⁰²⁹.

Normun koruma amacı teorisine başka bir örnek, İngiliz borçlar hukukunun en önemli davalarından biri olarak gösterilen Donoghue v. Stevenson Davası olarak verilebilir. Davaya konu olan olayda davacı, komşusunun evine misafir gitmiştir. Komşusu burada kendisine ağzı kapalı bir bira ikram etmiş, davacı da içi görünmeyen şişenin kapağını kendisi açarak birayı içmiştir. Ancak biranın içine bir salyangoz düştüğü, davacının bunu fark etmeyerek birayı içtiği sonradan anlaşılmış ve davacı hastalanmıştır. Bunun üzerine davacı, tedavi masraflarını bira üreticisinden istemiştir. İlk derece mahkemesi, yaptığı ilk değerlendirmede davacının birayı satın almadığı, bu sebeple üretici ile arasında hukuki-akdi bir ilişki olmadığı gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Fakat Temyiz Mahkemesi (House of Lords) verdiği kararda bir kimsenin başkasına eylem veya ihmalleriyle verdiği zarardan sorumlu olacağını belirtmiştir. İlginç olan Mahkeme hakimlerinden Lord Atkin'in "komşunu sev" emrinden yola çıkmasıdır. Hakim, bu kuralda yer alan komşunun "*eylem ve ihmallerimizden yakından ve doğrudan etkilenen kişi*" olduğunu ifade etmiştir¹⁰³⁰. Böylece hakim, normun koruma amacı teorisine benzer bir mantığı, sınırlandırıcı değil, fakat genişletici bir yorumla kullanmıştır.

Alman hukukunda ortaya çıkan bu teoriyi Türk hukukunda ilk ifade eden Eren'e göre normun koruma amacı teorisi, haksız fiil sorumluluğunu sınırlandırmayı

¹⁰²⁸Bu yönde bkz. EREN, Fikret; "Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi", **Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975, s. 465.

¹⁰²⁹ Örnek için bkz. EREN, (1975), s. 472.

¹⁰³⁰ **Donoghue v. Stevenson**, [1932] A.C. 562, s. 580.

amaçlar¹⁰³¹. Fakat bu ifadeyi sorumluluk sanki daha genişmiş de bu teori ile sınırlandırılmaktadır şeklinde değil, halihazırda bir hükmün koruma alanının mevcut sınırlarını tespit etmek olarak anlamak gerekir. Çünkü aslında yapılan faaliyet, bir hükmün koruma alanının sınırlarını belirlemektir; böylece hükmün normatif alanını belirleyerek hükmün kapsamı içerisinde kalan fiilleri ve hükümden faydalanabilecek kişileri tespit etmek mümkün olur¹⁰³². Tam da bu husus normun koruma amacı teorisi ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler arasında bağlantının kurulduğu yerdir. Temel hak ve özgürlüklerin değerlendirilmesi ve normatif alanının belirlenmesinde de aynı faaliyet yürütülmektedir. İşte bu faaliyetin özel hukuk alanıyla çakıştığı yerlerde temel hakların dolaylı yatay etkisi söz konusu olur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkı arasında kurduğu denge, normun koruma amacı teorisinin temel hak ve özgürlükler açısından kullanıldığı bir alan olarak gösterilebilir. Şöyle ki, Mahkeme, belli başlı bazı kişiler için özel hayata saygı hakkının sınırlarını nispeten daha geniş belirlemektedir. Örneğin kamunun hiç tanımadığı bir kişiye ilişkin yapılan bir haberde tercih, özel hayatın gizliliği hakkından yana kullanılabilir. Fakat örneğin kamuya mal olmuş kişilere, üst düzey devlet görevlilerine, siyasetçilere vb. ilişkin yapılan haberlerde Mahkeme, bu kişilerin özel hayatına ilişkin birtakım hususların bilinmesinde vatandaşların haber alma hakkı ve medya kuruluşlarının ifade özgürlüklerine ağırlık verebilmektedir¹⁰³³. Böylece aslında Mahkeme, farklı normlardan hangisini kullanacağını olay ve olguların ışığında tespit etmekte, bunu yaparken de normun koruma amacı teorisinde olduğu gibi önündeki temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerin sınırlarını belirlemektedir. Böylece haksız fiil sorumluluğunun da sınırları belirlenmiş olmaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yolu ile birlikte özellikle ifade özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkının çatıştığı durumlarda normun koruma amacı

¹⁰³¹ EREN, (1975), s. 465.

¹⁰³² Abik'e göre teorinin iki fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlar; kurucu ve sınırlandırıcı fonksiyonlardır. Yazara göre ilk olarak bu teori ile “sorumluluğu kurucu unsurlar sınırlanmakta, sorumluluğun doğup doğmayacağı saptanmaya çalışılmaktadır.” İkinci olarak ise teori, “zararlı sonuçlardan hangilerinin sorumlu kişiye yüklenebileceği, bu hususta hangi noktaya kadar gidilebileceğini belirlemektedir.” ABİK, Yıldız; “Normun Koruma Amacı Teorisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 59, Sayı: 3, 2010, s. 362-363. Belirtilen ifadeler, normun koruma amacı teorisinin, sorumluluğun sınırlarını hukuka en uygun şekilde belirlemeyi amaçladığını göstermektedir.

¹⁰³³ Bu meselenin tartışıldığı davalara örnek olarak daha pek çok davanın yanında, daha önce bahsedilen von Hannover v. Almanya Davası gösterilebilir. Bu yönde bkz. **von Hannover v. Germany**, § 63.

teorisini –bilmeden de olsa- uygulamaktadır. Mahkeme, öncelikli olarak artık klasikleşen bir şekilde bu iki hak arasında denge kurmak gerektiğini ifade etmektedir: Buna göre; “*Mevcut başvuruda başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan kişisel itibarın korunmasını isteme hakkı ile ulusal günlük gazetenin Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğü ve bu özgürlükle bağlantılı olarak Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü arasında bir denge kurulması gerekmektedir (bkz. İlhan Cihaner, § 49)*¹⁰³⁴.”

Anayasa Mahkemesi, bu iki hak arasında bir dengeleme yapılması gerektiğini vurguladıktan sonra ise yaptığı değerlendirmede kişilik haklarının koruma kapsamının belirlemesini yapmaktadır. Buna göre; “*...sıradan bireyler ile kamusal şahıs ya da siyasi kişilik olarak kamusal alanda hareket eden bireyleri ayırmak yerinde olur. Kamu tarafından tanınmayan bir kişi kişisel itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkına ve özel hayat hakkına ilişkin özel bir korumadan yararlanmayı talep edebilirken, kamu tarafından tanınan bireyler için bu derecede bir koruma söz konusu değildir. ...Mesela resmi bir görevi yerine getiren siyasi kişilikler hakkında demokratik toplumdaki bir tartışmaya katkı sunabilecek olaylardan bahseden bir haber ile böyle bir görev yerine getirmeyen bir kişinin özel hayatıyla ilgili detaylar üzerine yapılan haber bir tutulamaz*¹⁰³⁵.”

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolunda kullandığı bu ifadeler, Mahkeme'nin temel hak ve özgürlükleri birbirlerine karşı sınırlar ve dengelerken, normun koruma amacı teorisini kullandığını göstermektedir. Çünkü bu dengeleme yapılırken belirlenen husus kişilik haklarını koruyan hükümlerin normatif alanıdır. Dahası bu görev yalnızca Anayasa Mahkemesi'ne değil, aynı zamanda ilk derece mahkemelerine de aittir. Tam da bu sebeple temel hak ve özgürlüklerin hukuk düzeni üzerinde yayılcı bir etkisi vardır. Bu hükümler, yalnızca Anayasa Mahkemesi değil, fakat ilk derece mahkemeleri tarafından da göz önüne alınmak zorundadır. Böylece koruma alanı da temel hakların yatay etkisine uygun bir biçimde tespit edilmiş olur.

Anayasa Mahkemesi normun koruma amacı teorisine uygun bir biçimde yorum yaptığında bir içtihat mahkemesi olarak farklı nitelik ve mahiyetteki olaylarda daha

¹⁰³⁴ Kadir Sağdıç Başvurusu, Başvuru No: 2013/6617, Karar Tarihi: 08.04.2015, § 42.

¹⁰³⁵ Kadir Sağdıç, § 61.

güvenle yorum yapabilecektir. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkı arasında dengeleme yaparken birtakım ilkesel kıstaslar belirlediği görülmektedir. Mahkeme, bu kıstaslarla Dworkin'in kurucu yorum teorisine benzer bir biçimde birtakım ilkeler formüle etmektedir. Buna göre; *“İfade Özgürlüğü ile İtibarın Korunmasını İsteme Hakkı Arasında Adil Denge”* başlığı altında dengelemeye ilişkin ortaya konan ilkeler şu şekildedir: *“Anayasa Mahkemesi ...önceki kararlarında başvurusunun müdahale edilen ifade özgürlüğü ile başvurusunun ifadeleri nedeniyle davacının müdahale edilen şeref ve itibar hakkının korunması arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğini değerlendirmiştir. (Nilgün Halloran, § 27; İlhan Cihaner (2), § 39). Bu, soyut bir değerlendirme olmayıp Anayasa Mahkemesi başvurusunun kullandığı ifadelerin türünün kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin ve kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine bakar (Nilgün Halloran, § 41; Ergün Poyraz (2), § 56). Bunun için başvuru tarafından söylenen sözlerin yazının tamamı ve söylendiği bağlamdan kopartılmaksızın olayın bütünselliği içinde değerlendirilmesi gerekir¹⁰³⁶.*

Temel hakların dolaylı yatay etkisi, Avrupa ulusal hukuklarında genel kabul görmüştür. Ancak bu konuda tartışılan bir başka hususa değinmek gerekir. Dolaylı yatay etkinin uygulanması konusunda İngilizce doktrinde Phillipson tarafından zayıf ve güçlü yatay etki modelleri geliştirilmiştir¹⁰³⁷. Buna göre zayıf yatay etki, özel hukukun temel hak ve özgürlüklerle eşgüdümlü bir biçimde yorumlanarak geliştirilmesini ifade etmektedir. Güçlü yatay etki ise özel hukuk hükümlerinin kat'i surette temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlere aykırı yorumlanamaması anlamına gelmektedir¹⁰³⁸. Bu modeller, 1998 gibi nispeten geç bir tarihte İnsan Hakları Kanunu ile tanışan Birleşik Krallık hukukçularının kendi aralarındaki tartışmanın bir ürünüdür. Doktrindeki bir kısım yazara göre ortak hukuk, temel hak ve özgürlüklerle ortak ve eşgüdümlü olarak gelişmelidir; bu da temel hak ve özgürlüklerin ortak hukuka asgari düzeyde müdahalesi

¹⁰³⁶ Eyüp Hanoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2015/13431, Karar Tarihi: 23.05.2018, § 39, ceza davalarına ilişkin olmakla birlikte aynı yönde bkz. Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş ve Cumhuriyet Vakfı Başvurusu, Başvuru No: 2014/11876, Karar Tarihi: 27.12.2017, § 47, Osman Oktay Ekşi Başvurusu, Başvuru No: 2014/3092, Karar Tarihi: 27.12.2017, § 32,

¹⁰³⁷ PHILLIPSON, Gavin; “The Human Rights Act, “Horizontal Effect” and the Common Law: a Bang or Whimper?, *The Modern Law Review*, Cilt: 62, Sayı: 6, 1999, s. 830-831.

¹⁰³⁸ PHILLIPSON, (1999), s. 830-831, YOUNG, (2011), s. 39.

ile mümkündür. Bir diğer grup yazar ise temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerin olduğu yerde ortak hukuk yerine bu hükümlerin ışığında bir uygulama geliştirilmesi taraftarıdır¹⁰³⁹.

Güçlü ve zayıf yatay etki modellerinin doktrinde hakim modeller olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁴⁰. Bu görüş isabetlidir; fakat Türk hukukunda güçlü ve zayıf yatay etki modelleri arasında ayırım yapmak anlamsızdır. Çünkü Türk hukukunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerin öncelikle uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir tartışmaya rastlamak mümkün değildir. Zira 2004 yılında 1982 Anayasası'na eklenen 90. maddenin beşinci fıkrası bu durumu şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya koymaktadır. Buna göre; *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”* Bu durumda Birleşik Krallık hukukçularının yaptığı gibi ulusal hukuk ile temel hak ve özgürlükler arasında bir gerilim hattı çizmeye gerek yoktur. Dahası, önceden belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi, evli kadının kızkılık soyadını kullanması konusunda verdiği kararda açıkça Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin mahkeme kararlarına esas alınmaması gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁴¹; çünkü konu hakkında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hükümlerin öncelikle uygulanması gerekmektedir.

Dolaylı yatay etkinin tesir kuvveti konusunda Türk hukukunda bir sorun yoktur. Dolaylı yatay etki ile özel hukuk müesseseleri temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler doğrultusunda gelişeceği gibi aynı zamanda temel hak ve özgürlüklere aykırı bir özel hukuk müessesesi geliştirilmesi de mümkün değildir. Böylece dolaylı yatay etki, ister güçlü, ister zayıf yönüyle olsun Türk hukukunda dikkate alınmalıdır. Bu durum Türk Anayasa Mahkemesi'nin içtihadında izlenebilir. Mahkeme, devletin koruma yükümlülüğünü temel hakların dolaylı yatay etkisine teşmil etmektedir.. Örneğin *T. A. A. Başvurusu*'nda Anayasa Mahkemesi, AIDS hastası bir kişinin işten çıkarılması konusunda karar vermiştir. Buna göre *“...uyuşmazlık, gerçek kişiler arasındaki iş sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkindir. Dolayısıyla kamu makamlarının herhangi bir müdahalesi söz konusu değildir. Bununla birlikte devletin, kişilerin maddi ve manevi varlığını ve özel hayata saygı hakkını etkili olarak koruma ve*

¹⁰³⁹ Bkz. yukarıda s. 162.

¹⁰⁴⁰ ERGÜL, (2013), s. 461.

¹⁰⁴¹ **Sevim Akat Ekşi**, § 44-45, **Gülsim Genç**, § 39-40.

saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu yükümlülük bireylerin birbirlerine karşı eylemleri bakımından da anılan hakların korunması için gerekli önlemlerin alınmasını da içerir (Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 32; Marcus Frank Cerny [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36). Bu nedenle başvuru konusu uyuşmazlık devletin pozitif yükümlülüğü çerçevesinde incelenmelidir¹⁰⁴². ”

...özel hukuk ilişkilerinde kamusal makamların yükümlülükleri, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine üçüncü kişilerin müdahalesinin önlenmesi için gerekli önlemlerin alınması ve mahkemelerce korunma sağlanmasıdır. Kamu makamlarınca gerekli yapısal önlemler alınmış olsa da uyuşmazlık konusu davayı yürüten mahkemelerce verilen kararlarda, üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı bireylere korunma imkanı sağlanmadığı durumlarda bu yükümlülükler gereği gibi yerine getirilmemiş olacaktır. Bu, kamusal makam olan mahkemeler aracılığıyla bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasız bırakıldığı anlamına gelecektir¹⁰⁴³.

Anayasa Mahkemesi, devletin koruma yükümlülüğünün kapsamını dolaylı yatay etkiye teşmil ettiği gibi, söz konusu olayda Yargıtay ve İş mahkemesi kararlarının da kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına yönelik bir ihlal oluşturduğunu tespit etmiştir. Buna göre; “Yargıtay ve İş Mahkemesi kararlarında, hastalığın “bulaşıcı” olması hususuna odaklanılarak bu riskin gerçekleşmemesi için tek çözümün başvuruçunun iş yerinden uzaklaştırılması olduğu kabul edilmiştir. ... Yargıtay ve İş Mahkemesinin kararlarında, iş yerinde alternatif iş imkanlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle başvuru ile işveren arasında çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurulmadığı anlaşılmıştır¹⁰⁴⁴. ” Böylece Anayasa Mahkemesi, Batı doktrininde sıklıkla tartışılan AIDS hastalarına yönelik ayrımcılık yasağına ilişkin bir ihlal kararı vermemekle birlikte, bu hastalara yönelik alternatif iş imkanlarına yönelik bir araştırma yapılmadan hastanın iş akdinin sona erdirilmesini ihlal olarak görmüştür. Böylece bunların iş akdinin belirtilen hastalık sebebiyle sona erdirilmesinin önüne geçerek önemli bir ayrımcılık olgusunu önlemiştir.

¹⁰⁴² T. A. A. Başvurusu, Başvuru No: 2014/19081, Karar Tarihi: 01.02.2017, § 78.

¹⁰⁴³ B. K. Başvurusu, Başvuru No: 2014/14189, Karar Tarihi: 25.10.2017, § 59.

¹⁰⁴⁴ T. A. A., § 99.

Anayasa Mahkemesi'nin dolaylı yatay etkiye ilişkin verdiği kararların genelde iş hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin olduğu görülebilir. Mahkeme, *Ömür Kara ve Onursal Özbek Başvurusu*'nda bir işverenin, çalışanlarının elektronik postalarına girmesini bu kapsamda görmüş ve ihlal kararı vermiştir. Mahkeme, söz konusu kararın gerekçesinde; *“Çatışan çıkarların belirlenmesi, doğru dengeğin kurulması ve müdahalelerin işverenin meşru amacıyla ölçülü olup olmadığının tespiti öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. Olayın tüm tarafları ile doğrudan temas halinde bulunan derece mahkemelerinin olayın koşullarını değerlendirmek açısından daha avantajlı konumda bulunduğu da tartışmasızdır. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır¹⁰⁴⁵.”*

Anayasa Mahkemesi, bu gerekçesiyle dolaylı etki doktrinin kapsamını da belirlemiş olmaktadır. Buna göre özel hukukta çatışan menfaatler ilk derece mahkemeleri tarafından temel hak ve özgürlükler ışığında yorumlanacaktır; Anayasa Mahkemesi'nin görevi ise ilk derece mahkemelerinin yaptığı bu yorumun temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlere uygun olup olmadığını belirlemektir. Böylece temel hak ve özgürlüklerin, özel hukukun özerkliğine zarar gelmeden yine özel hukuk hükümleri ile eşgüdümlü olarak gelişmesi amaçlanmaktadır. Aynı zamanda ilk derece mahkemelerinin de temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümleri özel hukuk uyuşmazlıklarında dikkate alması gerekmektedir. Böylece dolaylı yatay etki, Batı doktrininde güçlü ve zayıf yatay etki şeklinde formüle edilen ikili bir amaca hizmet etmiş olacaktır.

3. Onarıcı (Usuli) Yatay Etki

Önceki bölümlerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen hakların üçe ayrıldığı, bunlardan yalnızca 8 ila 11. maddelerinde hakların yatay uygulanabilirliği olduğu belirtilmişti. Gerçekten yukarıda anlatılan doğrudan ve dolaylı yatay etkiye ilişkin mahkeme kararlarına bakıldığında genelde belirtilen haklar arasında bir

¹⁰⁴⁵ **Ömür Kara ve Onursal Özbek Başvurusu, Başvuru No: 2013/4825**, Karar Tarihi: 24.03.2016, § 55, ayrıca Mahkeme'nin şu ifadeleri de dolaylı yatay etki doktrininin uygulanması açısından önem arz etmektedir. *“Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı kapsamında kalan temel haklar, yalnızca kamusal gücün doğrudan uygulanmasıyla değil; kimi zamanda özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklara konu olacak şekilde üçüncü kişilerin müdahaleleriyle zedelenebilmektedir. ...ikinci durumda devletin üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı bireylere ne tür bir koruma imkanı sunması gerektiği ve hangi çerçevede yükümlülükler taşıdığı hususunda her olayın kendine özgü koşullarına göre değerlendirmelerde bulunulması gerekmektedir.”*, § 45.

dengeleme yapıldığı görülmektedir. Fakat son zamanlarda gittikçe yükselen bir eğilim de göze çarpmaktadır. O da temel hakların yatay etkisinin belirtilen haklar dışındaki haklara da teşmil edilmesidir.

Temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisinin örneğin adil yargılanma hakkına sıklıkla teşmil edildiği görülmektedir. Bu hak, doğası gereği yalnızca devlete karşı ileri sürülebilen bir haktır; buna karşın adil yargılanma hakkı, örneğin medyada çıkan bir haber neticesinde ihlal edilebilir. Keza tahkimlerin karara bağlanması da adil yargılanma hakkının özel hukuk kişileri arasında bir dengelemeye konu olmasını beraberinde getirebilmektedir¹⁰⁴⁶. Bu durumda mahkemelerin adil yargılanma hakkı ile ifade özgürlüğü arasında veya iki tarafın adil yargılanma hakkı arasında bir denge kurma yükümlülüğü doğmaktadır. Doktrinde buna usuli (veya onarıcı) yatay etki adı verilmektedir¹⁰⁴⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin son dönemde verdiği kararlarda adil yargılanma hakkını da dengelemeye konu edilecek haklar arasında değerlendirdiği görülmektedir. Mahkeme, *Bédat v. İsviçre Davası*'nda adil yargılanma hakkı ile haber verme/alma hakkı arasında bir dengelemeye gitmiştir. Davaya konu olan olayda ölümlü trafik kazası nedeniyle yürütülen bir soruşturma dosyasındaki bazı gizli bilgiler bir gazete tarafından yayınlanmıştır. Gizli bilgileri elde edip yayınlamak suçlaması ile gazeteci hakkında yapılan yargılama sonucu para cezasına hükmedilmiştir. Bunun üzerine gazeteci, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Mahkeme, yapılan bu yayının ceza soruşturması sürecine olan etkisini değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre adil yargılanma hakkı ile ifade hürriyeti aynı düzeyde saygı ve korumayı gerektirir. Bu sebeple olayda her iki hakkın dengelenmesi gerekmiştir. Ceza soruşturmasına dair gizli bilgilerin korunması, hem adalet sisteminin düzenli işleyişinin hem de başta masumiyet karinesi olmak üzere yargılanan kişilerin

¹⁰⁴⁶ PHILLIPSON, WILLIAMS, (2011), s. 895, dipnot 93.

¹⁰⁴⁷ Esasında usuli yatay etkinin alt başlıkları konusunda Leigh tarafından bir ayırım yapılamamasına karşın, Young, bu etkiyi, usuli (procedural) ve hak arama yoluna özgü (remedial) etki olarak ikiye ayırmaktadır. Bunlardan birincisi Mahkemelerin kanundan açıkça kaynaklanan yetkisine dayanarak verdiği yargısal kararın Sözleşme'ye uygun olmasını ifade etmektedir. İkincisi ise Mahkemenin takdir yetkisini kullanarak verdiği bir karar neticesinde uygun gördüğü bir hak arama talebinin Sözleşme'ye uygun olmasını ifade eder. Bu yönde bkz YOUNG, (2011), s. 22, BENNETT, Thomas D.C., "Privacy, Third Parties and Judicial Method: Wainwright's Legacy of Uncertainty", *Journal of Media Law*, Cilt: 7, Sayı: 2, 2015, s. 258.

haklarının korunması amacına hizmet etmektedir. Ayrıca, mahkemelerin olaya ilişkin kanaat oluşturma ve karar verme süreçlerinin de tarafsızlık ilkesi ve adil yargılanma hakkı açısından korunması gerekir. Özellikle soruşturma aşamasında yapılan bu tür yayınlar, henüz deliller tam olarak toplanmadığı, taraflar pozisyonlarını, taleplerini belirlemediği, suçlamalar resmi olarak yapılmadığı için soruşturma ve yargılama makamlarını olumsuz olarak etkileme potansiyeline sahiptir¹⁰⁴⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin henüz adil yargılanma hakkını temel hakların yatay etkisine teşmil etmediği görülmektedir. Bununla birlikte usuli yatay etkinin çağdaş hukuk doktrininde önemi büyüktür. Çünkü bu doktrin temel hakların dengelenmesinin yalnızca özel hukuku ilgilendiren bir sorun olmadığını ortaya koymaktadır. Usuli yatay etkinin söz konusu olduğu durumlarda spesifik olarak devlet tarafından ihlal edilebileceği ileri sürülen haklar dahi kendi içinde bir dengelemeye konu edilmektedir. Artık temel hak ve özgürlüklerin dengelenmesini, bu konudaki en önemli yorum ilkelerinden biri olan ölçülülük ilkesi vasıtasıyla incelemek gerekir.

II. ÜÇ AŞAMALI TEST ve ÖLÇÜLÜLÜK DEĞERLENDİRMESİ

Ölçülülük ilkesi, Alman Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ortaya çıkmıştır. Bilahare bu ilke, Almanya'dan tüm dünyaya ihraç edilmiştir. Günümüzde de en çok tartışılan ve gerek ulusal mahkemeler gerekse uluslararası kuruluşlar tarafından uyumsuzluk çözümünde sıklıkla başvurulanan bir yorum ilkesidir¹⁰⁴⁹.

Ölçülülük ilkesi söz konusu olduğunda temel hak ve özgürlüklerin karşısında kamu düzeni kavramının konduğu görülmektedir. Bu kavram, temel hak ve özgürlüklerin ulusal anayasalara girmesinden bu yana kadim bir sınırlandırma sebebi olarak görülmüştür¹⁰⁵⁰. Fakat günümüzde bu kavram yerine artık bireyin hak ve özgürlüklerinin başkalarının hak ve özgürlükleri doğrultusunda sınırlandırılması söz konusudur. Esas olarak kamu düzeninin tesisi bireylerin hak ve özgürlüklerinin sağlanması ile mümkün olduğu için bu iki kavramsallaştırma arasında fark gözetilmesinin gereksiz olduğu da ileri sürülmüştür. Buna göre özgürlük ve düzen arasında çatışmalı (antagonik) bir ilişki yoktur. Bu ikisi birbirinden ayrılmayan; fakat iki

¹⁰⁴⁸ **Bédat v. Switzerland, Application No: 56925/08**, 29.03.2016, § 68.

¹⁰⁴⁹ Bu yönde bkz. LETSAS, (2015), s. 316.

¹⁰⁵⁰ Bu yönde bkz. KAPANI, (1993), s. 228.

farklı kutupta yer alan kavramlardır ve her ikisi arasında kurulacak denge insanlığın devamı için elzemdir¹⁰⁵¹.

İkisi arasında bir denge kurulacaksa hak ve özgürlükler ile kamu düzeni arasında çözülmesi gereken hukuki bir gerilim ortaya çıkmaktadır; o da şudur: bazen ve bazıları için haklar meşru bir biçimde sınırlandırılırken hakların herkes için güvence altına alınması nasıl mümkün olacaktır¹⁰⁵²? Çağdaş demokratik düzenlerde temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması için kamu düzeninin sağlanabilmesi şarttır. Ancak kamu düzeninin sağlanabilmesi için de temel hak ve özgürlüklerin sınırlarının belirlenmesi gerekir. Böylece özgürlükleri korumak için özgürlükleri sınırlandıran bir hukuki düzenin varlığına ihtiyaç ortaya çıkar¹⁰⁵³. Özgürlüklerin sınırlarını belirleyecek tek siyasal otorite ise devlet olarak inşa edilir¹⁰⁵⁴. Devletin yasama, yürütme ve yargı olarak somutlaşan temel organlarının en önemli görevlerinden biri budur. Bu doğrultuda yasamanın görevi, temel hak ve özgürlükleri güvence altına alacak kanunların yapımıdır. Bu kanunların somutlaştırılarak temel hak ve özgürlüklerin normatif sınırlarının belirlenmesi de son zamanlarda tüm çağdaş demokratik düzenlerde yargı erkinin görevi haline gelmiş, böylece yargının gücüne güç katılmıştır¹⁰⁵⁵.

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolu ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında yeni bir döneme girilmiş olmaktadır. Bundan sonra yargı ve özgül olarak Anayasa Mahkemesi, yorum yoluyla temel hak ve özgürlüklerin sınırları konusunda derinlikli bir içtihat yaratma yükümlülüğü altındadır¹⁰⁵⁶. Peki Türk yargısının bu görevi yerine getirmesi için başvurabileceği ana kaynak nedir? Bu soruya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı şeklinde cevap vermek mümkündür; çünkü Anayasa Mahkemesi’nin temel hak ve özgürlüklere müdahalenin sınırlandırılması konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin uyguladığı içtihadi yöntemi uyguladığı görülmektedir. Bu yöntemin adı üç aşamalı testtir.

¹⁰⁵¹ ANAYURT, (1998), s. 133.

¹⁰⁵² DEMİR GÜRSEL, Esra; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Pek Hassas Terazisi ve Demokratik Toplum Anlayışı”, **Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları** içinde, (Ed: Bora ERDAĞI), Notabene Yayınları, Ankara, 2015, s. 59.

¹⁰⁵³ KOSKENNIEMI, Martin; **From Apology to Utopia: the Structure of International Legal Argument**, Cambridge University Press, 2006, s. 71.

¹⁰⁵⁴ DEMİR GÜRSEL, (2015), s. 60.

¹⁰⁵⁵ Bu duruma doktrinde “yargısal denetimin genişlemesi” adı verilmektedir. Bu olgu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GINSBURG, Tom; **Judicial Review in New Democracies Constitutional Courts in Asian Cases** Cambridge University Press, 2003, s. 3.

¹⁰⁵⁶ Bu durum, aynı zamanda bireysel başvurunun objektif işlevidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİRİN, (2013), s. 69-71.

Çalışmanın önceki bölümlerinde, kamu gücünün bir temel hakkına müdahale ettiğini öne süren kişinin, bu müdahaleyi ispatlamakla yükümlü olduğu belirtilmişti. Bu durumda devletin de bu müdahalenin meşru olduğunu ispatlaması gerektiği de ifade edilmişti¹⁰⁵⁷. İşte bunlardan ilki ispat yükünün kişide olduğu bir aşamayı ifade eder; ikincisinde ise yargının kamu gücünün hakka müdahalesinin meşru olup olmadığını tartışması gerekmektedir. Gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerekse de Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında bu ikinci aşama kendi içinde birbirlerini takip eden üç alt aşamaya ayrılır. Birinci aşamada müdahalenin kanuni olup olmadığı, ikinci aşamada müdahalenin meşru bir amaca yönelik olup olmadığı, nihayet üçüncüsünde ise müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığı incelenir.

Üç aşamalı test, genel olarak Sözleşme'nin 8 ila 11. maddeleri arasındaki haklar ile 1 No'lu Ek protokol'ün 1. maddesindeki mülkiyet hakkına müdahalelerde uygulanır. Ancak bu test, uygun düştüğü ölçüde ek protokollerde yer alan diğer haklara da uygulanmaktadır. Üç aşamalı test yöntemi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 1970'lerdeki yeni hermeneutik yaklaşımının kadim bir meyvesidir. Bu üç aşamanın incelenmesi lazımdır.

A. Kanunilik İlkesine Uygunluk

Temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunulmasında kanunilik ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8 ila 11. maddelerinin ikinci fıkralarının lafzından kaynaklanmaktadır. Bu maddelerde ortak olarak ilgili haklara müdahalenin “*yasa ile öngörülmüş*” olması gerektiği ifade edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İngilizce metninde, belirtilen temel haklara müdahale için getirilen koşulun “*prescribed by law*” ve “*in accordance with the law*” ifadeleriyle karşılandığı görülmektedir. Bu ifadeler aslında Türk hukukunda teknik anlamda bir yasama işlemi olan kanunu değil, hukuk anlamını ihtiva eder. Yani İngilizce metne göre sınırlama, “yasa ile öngörülmüş” değil, “hukuken öngörülmüş” bir sınırlama olmalıdır. Bu durumda temel hakka yönelik müdahale, şekli anlamda kanun ile yapılmış olabileceği gibi, diğer düzenleyici işlemlerle de yapılabilir; önemli olan

¹⁰⁵⁷ Yukarıda bkz. s. 162.

müdahalenin hukuken öngörülebilir olmasıdır¹⁰⁵⁸ Fransızca metinde ise “*prévues par la loi*” ifadeleri kullanılmaktadır. Bu ifade, kendisi de bir Kıta Avrupası sistemi olan Türk hukuk sistemi ile uyumlu olup, müdahalenin şekli anlamda “yasa ile öngörölmüş” olması koşulunu ifade etmektedir¹⁰⁵⁹. Bu durumda Mahkeme’nin bu iki farklı sistemi uzlaştırması gerekmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kanunilik testini ilk defa 1978 tarihli Sunday Times v. Birleşik Krallık Davası’nda tartışmış ve uygulamıştır. Bu davaya konu olan olayda, bir ilaç firmasının ürettiği bir ilacın hamile kadınlar tarafından da kullanılabileceğini belirterek ilacı piyasaya sürmesi söz konusudur; fakat bu ilacı kullanan pek çok annenin çocuğu sakat olarak doğmuştur. Bunun üzerine firma, bu annelerle uzlaşma yoluna gitmeye çalışsa da Sunday Times isimli gazete tarafından firmaya ahlaki ve hukuki sorumluluğunu yerine getirmediği ve bu yönde bir yazı yayımlanacağı bildirilmiştir. Bunun üzerine firma, ulusal mahkemeye başvurarak tedbir kararı aldırılmış, bu karar İngiliz Temyiz Mahkemesi tarafından da onanmıştır. Bunun üzerine gazete, ortada herhangi bir hukuki düzenleme olmamasına rağmen ifade özgürlüğünün sınırlandığı gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmuştur¹⁰⁶⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sunday Times v. Birleşik Krallık Davası’nda yaptığı değerlendirmede Fransızca ve İngilizce metinlerin ikisinde de yer alan ifadelerin eşit derecede muteber olduğunu ifade etmiştir. Bu durumda her iki ifadenin de Sözleşmenin konusu ve amacına uygun ve mümkün olduğu ölçüde birbirleri ile uyumlu olacak şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. Bunun ardından da Mahkeme, her iki metinden çıkan sonucun hukuken öngörülebilir olmasının yeterli olduğunu, hakların sınırlandırılması için mutlaka özgül bir biçimde bu sınırlamanın belirtilmesi

¹⁰⁵⁸ DOĞRU, Osman; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi (Özel ve Aile Hayatına Saygı), 14 Mayıs 2012 tarihinde Anayasa Mahkemesi’nde Sunulan Tebliğ, **Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları**, (Eds. Musa SAĞLAM, Serdar GÜENER, Recep KAPLAN), Anayasa Mahkemesi Yayınları, II. Cilt, Ankara, 2013, s. 691.

¹⁰⁵⁹ Bu yönde bkz. GREER, Steven; **The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights**, Council of Europe Publishing, Starsbourg, 1997, s. 9.

¹⁰⁶⁰ DOĞRU, (2013), s. 692, ayrıca bkz. **Kruslin v. France, Application no. 11801/85**, 24. 04.1990, § 28-29.

gerekmediğini, sınırlamaya yönelik hukuki işlemin muhatapları tarafından ulaşılabilir ve öngörülebilir olmasının yeterli olduğunu belirtmiştir¹⁰⁶¹.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin üç aşamalı testte benimsediği kanunilik ilkesinin yaklaşımının çıkış noktası Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne paraleldir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; *“Anayasa Mahkemesinin kanunilik ilkesi bağlamındaki görevi, hukuk kurallarının birden fazla yorumunun varlığının hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği etkileyip etkilemediğini tespit etmektir”*¹⁰⁶². Böylece Anayasa Mahkemesi de temel hak ve özgürlükleri sınırlandırırken yalnızca şekli anlamda kanun değil, fakat maddi anlamda kanun anlayışını da dikkate almaktadır. Mahkeme, bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: *“...bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabulü için, müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zaruridir. Bununla birlikte, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli değildir. Kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirmekte olup, bu noktada yasanın niteliği önem kazanmaktadır. Kanunla sınırlama ölçütü, sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmekte, böylece uygulayıcının keyfi davranışlarının önüne geçtiği gibi kişinin hukuku bilmesine de yardımcı olmakta, bu yönüyle hukuk güvenliği güvencesi sağlamaktadır”*¹⁰⁶³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kanunilik ilkesine yaklaşımı Huvig v. Fransa ile Kruslin v. Fransa Davaları'nda daha da belirginleşmiştir. Mahkeme'nin bu davalarda ortaya birtakım kıstaslar koyduğu görülmektedir. Buna göre temel hakka yönelik yapılacak bir müdahalenin kanunilik ilkesi açısından dört temel soruya olumlu yanıt vermesi gerekmektedir¹⁰⁶⁴. Bunlar şunlardır: Ulusal hukuk düzeninde müdahale edilen işlem veya eylemi müeyyideye bağlayan bir hukuki düzenleme var mıdır? İlgili hukuki düzenleme ulaşılabilir midir? İlgili hukuki düzenleme, kişi açısından gerçekleştirdiği eylemin sonuçlarını öngörebileceği ölçüde açık mıdır? İlgili hukuki

¹⁰⁶¹ **Sunday Times v. the United Kingdom**, § 48-49.

¹⁰⁶² **Mehmet Arif Madenci Başvurusu, Başvuru No: 2014/13916**, Karar Tarihi: 12.01.2017, § 81, **Hakan Altınca Başvurusu, Başvuru No: 2016/13021**, Karar Tarihi: 17.05.2018, § 46.

¹⁰⁶³ **Halime Sare Aysal Başvurusu, Başvuru No: 2013/1789**, Karar Tarihi: 11.11.2015, § 62.

¹⁰⁶⁴ GREER, (1997), s. 10.

düzenleme, hukuk düzeninde öngörülen hakka keyfi müdahaleyi önleyecek güvenceleri sağlamakta mıdır¹⁰⁶⁵?

1. Bir Hukuki Düzenlemenin Varlığı

Ulusal hukuk düzeninde ilgili eylem veya işlemi müeyyideye bağlayan hukuki bir düzenlemenin olup olmadığı sorusuna yanıt ararken yalnızca şekli anlamda kanun aranmaz. Hatta müdahalenin düzenleyici işlemle de yapılmış olması da gerekmez. Eğer konu hakkında yerleşik bir mahkeme içtihadı mevcutsa, bu dahi hukuki düzenlemenin var olduğu anlamına gelir¹⁰⁶⁶. Bu durumda kanunun yanında, tüzük, yönetmelik veya diğer düzenleyici işlemler gibi Anglosakson hukukunda bağlayıcılığı bulunan mahkeme kararları da kanunilik ilkesinin karşılanmış olması için yeterlidir¹⁰⁶⁷.

Anayasa Mahkemesi'nin kanunilik ilkesine bakışı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden daha da katıdır. Türk Anayasa Mahkemesi'nin temel hakların sınırlandırılması için mutlaka şekli anlamda bir kanunun varlığına ihtiyaç duyduğunu belirtmek gerekir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, şekli anlamda kanundan kaynaklanan bir diğer mevzuat veya yargısal içtihadın varlığı durumunda kanunilik ilkesinin karşılandığını kabul etmektedir. Bu durumu Mahkeme şöyle ifade eder: *"Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu önceden öngörebilecekleri kadar hukuki belirlilik taşıması gerekir.*

...Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır¹⁰⁶⁸.

Bu durumda sınırlama, belirtildiği gibi, 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde öngörülen şekilde ancak kanunla yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin, ancak şekli bir kanunun uzantısı olan düzenleyici işlemler ve yargı içtihatları ile bir temel hakka

¹⁰⁶⁵ Bu kriterlerin formülasyonu için bkz. **Huvig v. France, Application No: 11105/84**, 24. 04.1990, § 27-36, aynı yönde bkz. **Kruslin v. France**, § 27-36.

¹⁰⁶⁶ DOĞRU, (2013), s. 692.

¹⁰⁶⁷ Bu yönde bkz. **Malone v. The United Kingdom, Application No: 8691/79**, 02.08.1984, § 66.

¹⁰⁶⁸ **Necmiye Çiftçi ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/1301**, Karar Tarihi: 30.12.2014, § 55, 57.

müdahalede bulunulabileceğini kabul ettiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, bunu da şu şekilde ifade etmiştir: “*Anayasa’ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Buna karşın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılacağına ilişkin Anayasa’nın 13. maddesi, bir kanun hükmü olmaksızın yürütme ve idarenin bir hak ve hürriyeti ilk elden düzenleyici işlemle sınırlamasına izin vermez*¹⁰⁶⁹.”

2. Müdahalenin Ulaşılabilirliği, Belirliliği ve Öngörülebilirliği

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ulaşılabilirlik ve belirlilik kıstaslarını birlikte incelediği görülmektedir. Örneğin *Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davası*’nda başvuru bir grup mahkumdur; bu kişiler hapiste kaldıkları süre boyunca mektuplarının sansürlendiği ve bu süre boyunca gerekli hukuki yardımı alamadıkları gerekçesi ile Mahkeme’ye başvurmuşlar ve başvurularında kendilerine uygulanan tedbirlerin kanunilik kıstasını karşılamadığını iddia etmişlerdir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yaptığı değerlendirmede temel hakkın sınırlandırmasına dayanak oluşturan kanun ve onun altındaki mevzuatın yayımlandığını, bu sebeple ulaşılabilir olduğunu, ancak bu mevzuata dayanılarak çıkarılan talimatların mahkumlara tebliğ edilmediğini belirlemiştir. Ancak Mahkeme, bu mevzuatın öngörülebilir ölçüde açık olduğunu ifade etmiş ve ihlal bulmamıştır¹⁰⁷⁰.

Türk Anayasa Mahkemesi’nin, kanunun öngörülebilirliği konusunda belirlediği ilkeler için *Bülent Polat Başvurusu*’nu incelemek gerekir. Bu başvuruda başvuru, elektronik posta yazışmaları dikkate alınarak arkadaşlarıyla müstehcen içerik paylaşması sebebiyle subay sözleşmesinin yenilenmemesi işlemi nedeniyle özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Üstelik başvurunun elektronik postalarının inceleneyeceğini açıkça ifade eden bir kanun hükmü bulunmamaktadır; müdahale, 2937 Sayılı Kanun’un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine dayandırılmıştır. Madde metni ise şu şekildedir: “*Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının Devlet istihbaratına ilişkin görevleri şunlardır:*

a) Kendi konularında;

¹⁰⁶⁹ Tuğba Arslan, § 87.

¹⁰⁷⁰ *Silver and Others v. The United Kingdom*, Application No: 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983, § 87 ve 93, DOĞRU, (2013), s. 693.

...

3. İstihbarata karşı koymak.”

Bu hüküm ışığında Anayasa Mahkemesi, başvurucunun elektronik postalarının incelenmesinin kanuni dayanağı olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme’ye göre “Anayasa Mahkemesi, Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerektiğini ve Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlemesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kurallarını saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakmasının yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağını kabul etmiştir (AYM, E.2014/133, K.2014/165, 30/10/2014). Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik kanuni düzenlemelerde, kanun koyucu tarafından temel esaslar, ilkeler ve çerçeve belirlendikten sonra diğer ayrıntıların düzenleyici işlemler ile belirlenebileceği kabul edilmiştir (Mehmet Koray Eryaşa, § 63).

82. “Belirlilik” ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir¹⁰⁷¹.

Anayasa Mahkemesi bu açıklamaların ardından belirlediği ilkeleri somut olaya uygulayarak şu sonuca varmıştır:

...TSK personelinin e-postalarının istihbarata ve istihbarata karşı koyma hassasiyeti çerçevesinde denetleneceğini açıkça düzenle(n)mediği görülmekle birlikte istihbarata karşı koymanın kamu kurum ve kuruluşlarının görevi olarak belirlendiği ve Genelkurmay Başkanının, istihbarat hizmetini Kuvvet Komutanlıkları ve bağlı kuruluşları aracılığıyla yürüteceği belirtilmekle bu konuda yetkilendirildiği anlaşılmaktadır. ...kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülemez. (Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, § 61).

¹⁰⁷¹ Bülent Polat Başvurusu, Başvuru No: 2013/7666, Karar Tarihi: 10.12.2015, § 78, 82.

Bu kapsamda ilgili kanuni düzenlemenin, söz konusu sınırlamaya ilişkin temel çerçeveyi ortaya koymakla birlikte özellikle uygulama koşulları ve prosedürel ayrıntıları düzenleyici işlemlere bırakması mümkündür. Ancak bu ihtimalde de söz konusu düzenleyici işlemin yine muhataplarınca ulaşılabilir olması ve içeriği hakkında ilgilileri yeterince aydınlatacak nitelik ve açıklıkta olması gerekmektedir (Halime Sare Aysal, § 62).

...14/5/2007 tarihli Genelkurmay Başkanlığı MY 411-7 TSK-NET E-posta Sistemi Yönergesi (Yönerge) oluşturulmuştur. Bu Yönerge'yle sistemin görev dışı kullanımı, toplumsal ahlaka uygun olmayan resim, ses, görüntülü ve yazılı dosyaların gönderilmesi yasaklanmış; e-posta sistemini amacı dışında kullanan personel hakkında eylemi ayrı bir suç teşkil etmese dahi yasal işlem yapılacağı düzenlenmiştir.

... anılan Yönerge'nin, askerî personelin resmî e-posta hesabından gönderilen iletilerin denetlenebileceğine ilişkin yeterli açıklıkta hükümler içerdiği anlaşılmıştır. Söz konusu hükümlerin, gerek TSK personelinin görev bilgisayarları aracılığıyla ulaşabileceği intranet ortamında 14/5/2007 tarihinde yayımlanarak personele ilan edilmiş; gerekse başvuruca imza karşılığı duyurulduğu dikkate alınarak başvuruca açısından yeterli derecede ulaşılabilir ve öngörülebilir olduğu kanaatine varılmıştır¹⁰⁷².

Anayasa Mahkemesi, ilkesel olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını tekrarlamıştır. Buna karşın Mahkeme'nin bu ilkeleri somut olaya uygularken hatalı değerlendirmeler yaptığı görülmektedir. Bu değerlendirmeler ise ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik koşullarıyla alakalıdır. Öncelikli olarak kanunda yer alan *istihbarata karşı koyma* ifadesinin yeterince açık ve hukuken öngörülebilir bir çerçeve çizdiğini söylemek mümkün değildir. Bunun yanında kanunun dayandığı düzenleyici işlemlerin ulaşılabilirliği konusunda sorun vardır. Bu hususlar karşılıyda şu şekilde belirtilmiştir: “...Genel Kurmay Başkanlığının e-posta denetim birimi oluşturulması emir içeriğinin yerine getirilmesine ilişkin emirde yer alan emrin imza karşılığı tebliğ esasına ilişkin hususların açıklığa kavuşturulmadığı ve hatta yukarıda değinilen sonraki tarihli ...aynı konudaki emirlerin imza karşılığı tebliğ edilmişliği dikkate alındığında, idarenin

¹⁰⁷² **Bülent Polat**, § 87-96'dan özetlenmiştir.

internet ortamında sunumunun tebliği koşulunu karşıladığı görüşüne katılma olanağı yoktur.

Hakkın kullanımına gelecek sınırlamada beklenen kanunilik unsuru, kanun ya da yetki veren hukuki düzenlemenin açık ve kesin öngörülebilirliğini aramakta ve hukuki güvenliğin tesisinde önemli olduğuna işaret etmektedir¹⁰⁷³.”

Bülent Polat Başvurusu’nda kamusal müdahalenin kanunilik şartını taşıdığına kanaat getirilmiştir. Çünkü 2937 Sayılı Kanun’un “İstihbarata karşı koymak.” şeklinde bir ibare yer almaktadır. Buna dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemler silsilesi ile de başvurunun elektronik postalarına girilmesinde sorun yoktur. Şimdi yeri gelmişken Anayasa Mahkemesi’nin benzer bir başka başvurudaki çok ilginç kararını bu değerlendirme ile kıyaslamak gerekir. Bu başvuru *B.S. Başvurusu*’dur.

B.S. Başvurusu, dini inanç gereği başörtüsü kullanılması nedeniyle devlet memurluğundan çıkarılmanın din özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir. Başvurucu bu gerekçeyle devlet memurluğundan çıkarılmış, daha sonra disiplin affı ile başka bir kamu kurumunda çalışmaya başlamış, ancak eski kurumuna iadesi için yaptığı başvuru reddedilince dava açmış ve başvuru yollarını tükettikten sonra konuyu Anayasa Mahkemesi’ne taşımıştır. Böylece Anayasa Mahkemesi de doğal olarak başvurunun din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahalenin önce kanuniliğini ve meşru amaçla yapılıp yapılmadığını sonra da ölçülülüğünü değerlendirmek zorunda kalmıştır.

Anayasa Mahkemesi, yaptığı değerlendirmede önce kamu kurumlarında uygulanan başörtüsü yasağının kanuni olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme’nin değerlendirmesi şu şekildedir: “...başörtüsü yasağı *Yönetmelik*’in 5. maddesindeki -olay tarihinde yürürlükte olan- “Kadınlar; ...görev mahallinde baş daima açık ... olur.” şeklindeki düzenlemeye dayandırılmıştır.

... 657 sayılı Kanun’un ek 19. maddesinde yer alan “Devlet memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin öngördüğü kılık ve kıyafet kurallarına uymak mecburiyetindedirler” şeklindeki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde

¹⁰⁷³ **Bülent Polat**, Serruh Kaleli’nin Karşılığı.

Yönetmelik'teki düzenlemenin bir dayanağının ... 657 sayılı Kanun'un ek 19. maddesi olduğu söylenebilir.

Ancak ek 19. maddenin yürütme ve idareye devlet memurlarının kılık ve kıyafetlerini belirleme konusunda oldukça kapsamlı bir yetki verdiği ve bu yetkinin sınırı konusunda herhangi bir hüküm içermediği dikkate alındığında başvurucuya yönelik müdahalenin kanunilik şartını taşıyıp taşımadığı konusunda ciddi tereddütler söz konusudur¹⁰⁷⁴.

Yukarıda belirtilen kararda yer alan gerekçe oldukça ilginçtir. *Bülent Polat Başvurusu*'nda temel hakka müdahalenin kanunilik şartına kanaat getiren Mahkeme, bu sefer kanunun verdiği yetkinin kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğunu ifade etmektedir. Madem öyledir; o zaman Anayasa Mahkemesi'nin de müdahalenin kanunilik şartını taşımadığını belirterek yargılamayı orada sonlandırması ve temel hakkın ihlal edildiğine karar vermesi gerekir. Ancak Anayasa Mahkemesi şunu tercih etmiştir: *“Anayasa Mahkemesi bu başvuruda, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu konusunda aşağıda yaptığı değerlendirmeleri nazara alarak müdahalenin kanuniliği konusunda nihai bir sonuca varmayı gerekli görmemektedir¹⁰⁷⁵.”*

Anayasa Mahkemesi'nin *Bülent Polat Başvurusu* ile *B.S. Başvurusu*'nda yaptığı değerlendirmelerin karşılaştırılmasından çıkan sonuç, bir mahkemenin karar verirken ortaya koyduğu ilkeler konusunda ne kadar hassas olması gerektiğini de gösterir niteliktedir. Anayasa Mahkemesi, bu başvurulardan birincisinde yaptığı değerlendirmeyi, ikinci başvuruda o kadar da net bir biçimde ortaya koyamamıştır. Bunu yapamadığı gibi, içtihadını değiştirerek birinci başvurunun tersine bir değerlendirmede yapamamıştır. Tüm bunlar yerine, kendisine Anayasa ile temel hakka kanuni bir müdahale olup olmadığını belirleme görevi verilen bir mahkeme, ciddi tereddütlerin varlığından bahsetmiş, ardından da *müdahalenin kanuniliği konusunda nihai bir sonuca varmayı gerekli görmemiştir*. Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda en kısa zamanda net bir standart ortaya koyarak tereddütleri gidermesinde fayda vardır.

¹⁰⁷⁴ **B.S. Başvurusu, Başvuru No: 2015/8491**, Karar Tarihi: 18.07.2018, § 85-87.

¹⁰⁷⁵ **B.S.**, § 88.

3. Hakkı Keyfi Müdahaleden Koruyacak Güvenceyi Sağlama

Kanunilik ilkesi bakımından ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik kıstaslarıyla bağlantılı son bir ilkeden bahsetmek gerekir. Bu da kanunun, hakkın keyfi biçimde sınırlandırılmasını önleyecek kadar açık olması gerekliliğidir. Anayasa Mahkemesi, daha önce belirtildiği üzere şekli bir kanuna dayanan düzenleyici işlemler ve mahkeme içtihatlarının öngörülebilirlik kriterini karşılayacağını kabul etmektedir. Buna karşın yine *Bülent Polat Başvurusu*'nda istihbarata karşı koymak amacıyla alınmış bir önlem neticesinde elektronik postalara girilerek buradaki müstehcen içerikten ötürü ilgilinin sözleşmesinin yenilenmemesi, keyfilik yasağı kriterini karşılamamaktadır. Çünkü bu ikisinin arasında bir rabıta yoktur.

Anayasa Mahkemesi, kanuna dayalı bir sınırlama yapılacaksa, bunun da sınırları olması gerektiğini şu şekilde ifade etmektedir: *“Hak ve özgürlüklerin ve bunlara yapılacak müdahalelerin ve sınırlandırmaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfi müdahaleyi engelleyen ve hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir. Kanunla düzenleme zorunluluğu, hakka yapılacak müdahalenin uygulanmasının kanun çerçevesini aşmayacak şekilde tüzük, yönetmelik, tebliğ ve genelge gibi yürütme organının çıkardığı ikincil düzenlemelerle yapılmasına mani değildir¹⁰⁷⁶.”*

Bu durum kaçınılmaz olarak kanun tarafından ikincil düzenlemelere bırakılan hususların keyfilikten uzak ele alınmasını gerektirir. Buna göre de *“Kanunun, ...ilgili normun keyfiliğe karşı uygun bir koruma sağlaması, yeterli bir netlikte yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini tanımlaması gerekmektedir¹⁰⁷⁷.”*

“...hak ya da özgürlüğe müdahale eden kural belirli ölçülerdeki takdir alanını elbette uygulayıcıya sunabilir. Fakat bu takdir alanının sınırlarının da yeterli açıklıkta belirlenmesi ve kuralın asgari bir kesinlik içermesi zaruridir¹⁰⁷⁸.”

¹⁰⁷⁶ Tahsin Erdoğan Başvurusu, Başvuru No: 2012/1246, Karar Tarihi: 06.02.2014, § 60, Ayşe Başçı ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/5367, Karar Tarihi: 25.02.2015, § 72.

¹⁰⁷⁷ Bülent Kaya Başvurusu, Başvuru No: 2013/2941, Karar Tarihi: 11.05.2016, § 63.

¹⁰⁷⁸ Mehmet Zahit Şahin Başvurusu: Başvuru No: 2013/4708, Karar Tarihi: 20.04.2016, § 49.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, ilkesel yaklaşım bazında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kıstaslarını kullanmaktadır. Ancak halihazırda Mahkeme'nin ilkesel içtihatları somut olaya uygulayışı konusunda sorunlu alanlar mevcuttur. Anayasa Mahkemesi, kanunilik ilkesini yorumlarken bu ilkenin gerektirdiği öngörülebilirlik ve keyfiliği önleyici derecede açıklığı kabul etmekte oldukça zorlanmaktadır.

B. Meşru Amaca Yönelme

Üç aşamalı testin ikinci aşaması müdahalenin meşru amaca yönelik olmasıdır. Doğru'ya göre bu aşama, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin en az tartıştığı husustur¹⁰⁷⁹. Ancak Mahkeme içtihadının zaman içindeki değişimi, Mahkeme'nin güncel konumunu anlamak açısından çok önemlidir. Bu doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önceki yıllarda sıklıkla başvurmadiğı, ancak gittikçe Mahkeme içtihadında daha görünür hale gelen bir maddeden bahsetmek gerekir. Bu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 18. maddesidir. Madde metni oldukça kısa olup, şu şekildedir: *“Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz.”*

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında meşru amaç gözetilmesi, esas olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında sebebe bağlılık ilkesini de ifade etmekte olup, bu da meşru amaç ölçütünün kuramsal çerçevesini oluşturmaktadır. Bu sebeple önce sebebe bağlılık ilkesini, bilahare de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gelişen yorumunu değerlendirmekte fayda vardır.

1. Sebebe Bağlılık İlkesi

Daha önce belirtildiği üzere Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlükler, ancak ilgili maddelerinde öngörülmüş olan sebeplerle sınırlandırılabilirler. 2001 yılından önce yapılan değişiklikten önce 1982 Anayasası, konuyu farklı düzenlemekteydi. Buna göre temel hak ve özgürlükler, ilgili maddede değil, Anayasa'nın 11. maddesinde belirtilen sebeplerin biri veya birkaçıyla sınırlandırılabilmekteydi; bunlara da genel sınırlandırma sebepleri denmekteydi. 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinde genel sınırlama sebepleri kaldırılarak her bir

¹⁰⁷⁹ DOĞRU, (2013), s. 693.

hakkın öngörüldüğü kendi maddelerinde mevcut sebeplerle sınırlandırılması esası benimsenmiştir. Bu sebeple herhangi bir sınırlandırma sebebi içermeyen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmaz hale geldiği, kendi maddelerinde bazı sınırlama nedenleri yer alan temel hak ve özgürlüklerin ise bu maddelerde yer almayan sınırlandırma sebepleri bakımından sınırsız hale geldiği eleştirisi yapılmıştır¹⁰⁸⁰.

Herhangi bir sınırlandırma sebebi içermeyen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmayacağı eleştirisine, hakların nesnel sınırlılığı teorisi ile cevap verildiği görülmektedir¹⁰⁸¹. Bu teoriye göre hiçbir temel hak ve özgürlük sınırsız değildir. Ancak bu sonuca varmak için bütün temel hak ve özgürlükler için geçerli olan önerme ve öncüllere gerek yoktur. Hakların sınırsız olamayacakları, onların “norm alanlarının” nesnel sınırlılığının bir sonucudur¹⁰⁸².

Temel hak ve özgürlüklerin sınırları ile bunların sınırlandırılması kavramları arasında bir fark gözetilmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin norm alanının sınırları, anayasada yer alan sınırlama sebeplerine dayanmaz. Yani bu sınırlar, temel hak ve özgürlüğün koruduğu alana dışarıdan müdahale edilerek bu alanın daraltılmasından farklıdır; bunlar, bizzatı ile ilgili temel hak ve özgürlüğe mündemiçtir. Bu nedenle sınırlandırma kavramı kurucu (inşai) niteliktedir. Temel hakların sınırlarının belirlenmesi faaliyeti ise açıklayıcı (izhar edici) bir özellik gösterir¹⁰⁸³.

Türk Anayasa Mahkemesi’nin hakkın nesnel sınırları teorisini kabul ettiği görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki Mahkeme, yalnızca adil yargılanma hakkı açısından böyle bir değerlendirme yapmış, diğer haklar açısından bu teoriyi henüz kullanmamıştır. Anayasa Mahkemesi, bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: *“Anayasa’nın 36. maddesinde herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de bu hakkın hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da doğasından ve*

¹⁰⁸⁰ Bu yönde bkz. GÖZLER, Kemal; “Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: :2001/4, s. 64.

¹⁰⁸¹ Bu teori hakkında Türk doktrininde yapılmış önemli bir çalışma Fazıl Sağlam’ın çalışmasıdır. SAĞLAM, Fazıl; **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 130.

¹⁰⁸² SAĞLAM, (1982), s. 47, bu teori Friedrich Müller’e attır. Bu yönde bilgi için bkz. ATAKAN, Arda; “Friedrich Müller’in “Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı” Teorisi Üzerine Bir İnceleme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 3-4, 2010, s. 3.

¹⁰⁸³ SAĞLAM, (1982), s. 22-23, ATAKAN, (2010), s. 7.

Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan ilke ve haklardan kaynaklanan bazı nesnel sınırları bulunmaktadır. Bu, Anayasa'nın bütünlüğü ilkesinin bir sonucudur. Böyle durumlarda hakkın nesnel sınırları ile çatışan diğer hak ve ilkeler dikkate alınmalı, bir dengeleme yapılmalıdır¹⁰⁸⁴.

Anayasa Mahkemesi, görüldüğü üzere, her ne kadar bu teoriyi adil yargılanma hakkı bağlamında kullanmış ise de özel sınırlandırma sebebi öngörülmemiş hakların doğasından kaynaklanan birtakım sınırları olduğunu da kabul etmiştir. Bu durumda da çatışan hak ve ilkeler arasında bir dengeleme yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu ifadelerle Alexy'nin teorisine göz kırptığı görülmektedir. Buna göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin kanuni hükümler, tanımlayıcı hukuk normları iken ilkeler, doğaları gereği kendi aralarında dengelenmesi gereken ve birbirleriyle yarışan normlardır¹⁰⁸⁵.

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 18. Maddesi Çerçevesinde Meşru Amaç Ölçütü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 18. maddesinin esas amacı antidemokratik eğilimlere karşı bir önleme mekanizması oluşturmaktır. Bu yönüyle madde esas olarak, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında demokratik toplum düzeninde gerekli olma ölçütünün yanında, ona ek bir standardı ifade eder¹⁰⁸⁶. Ancak demokratik toplum düzeninde gerekli olma ölçütünün, ölçülülük ilkesiyle büyük bağlantısı vardır. Böylece söz konusu ölçüt, esas olarak hakka yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığı ile ilgili olmaktadır. Halbuki Sözleşme'nin 18. maddesinde yer alan ölçüt bambaşka bir ölçüttür. Bu madde, Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için yapılacak kamusal müdahalenin, meşru bir amaç taşımaması halinde uygulanmaktadır. Bu durumda söz konusu ölçütün, hakkın sınırlandırılmasında orantılılıkla ilgili olmadığı anlaşılır. Bu maddenin ihlali, temel hakların, öngörülen amaç dışında gayrimeşru ve hatta gayrihukuki siyasi veya ticari vb., amaçla sınırlandırılması durumunda söz konusu

¹⁰⁸⁴ **Ufuk Rifat Çobanoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2014/6971**, Karar Tarihi: 01.02.2017, § 41, aynı yönde bkz. **Hüseyin Özkıral Başvurusu, Başvuru No: 2014/13399**, Karar Tarihi: 16.09.2015, § 40, **Abdulatif Akgül Başvurusu, Başvuru No: 2014/10531**, Karar Tarihi: 30.12.2014, § 47, **Erol Aydeğer Başvurusu, Başvuru No: 2013/4784**, Karar Tarihi: 07.03.2014, § 44.

¹⁰⁸⁵ ALEXY, (2002), s. xxviii, özellikle 47-48.

¹⁰⁸⁶ KÖKSAL, Tuğçe Duygu ; “İfade Özgürlüğüne Müdahalenin Amaç Dışı Kullanılması: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 18. Madde Uygulaması”, **İfade Özgürlüğü Üzerine Makaleler: Uluslararası Kapanış Sempozyumu'na Katkı Kitabı**, Avrupa Konseyi Yayınları, 2017, s. 284.

olmaktadır. Yani bu maddede belirtilen husus, temel hakka müdahalenin demokratik toplumda gerekli (zorunlu) olmaması değildir; müdahalenin demokratik toplum düzeni ile hiç alakası olmaması, hatta bu düzenin gereklerine tamamen ters bir şekilde siyasi veya ticari bir amaç güdülmüş olmasıdır. Bu sebeple 18. maddenin ihlali, demokratik toplum düzeninde gerekli olma ölçütünün ihlalinden çok daha ağır bir ihlaldir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bütünleşik bir Avrupa kamu düzenini sağlamaya yönelik olarak egemen devletlerin, egemenliklerini sınırlandırarak akdettikleri bir uluslararası sözleşmedir. Bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin istikrar kazanmış içtihadında, egemen devletlerin belirtilen yönde iyi niyetli hareket ettikleri karinesi mevcuttur. Buna karşılık kamusal makamlar tarafından temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlandırmaların altında gizli ve meşru olmayan bir amaç güdüldüğünü ispatlamak mümkündür. Bu konudaki ispat yükü ilk ve en temel olarak başvurucuya düşmektedir. Ancak temel hak ve özgürlüklere müdahalenin gizli bir amaçla yapıldığı konusunda şüphe yeterli olmayıp, tedbire gerekçe gösterilen amaçtan farklı bir amaç güdüldüğünün inandırıcı delillerle ortaya konması gerekmektedir¹⁰⁸⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 18. maddesi, bağımsız bir madde olmayıp, özerk uygulaması olan bir düzenlemedir. Yani bu maddenin ihlal edilmiş olması için, Sözleşme'de öngörülen bir başka temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında meşru olmayan bir amacın güdülmüş olması gerekir. Bununla birlikte 18. madde ile bağlantılı olarak ihlal edildiği iddia edilen temel hakkı değerlendirirken Mahkeme ihlal bulmasa bile bu, kendiliğinden 18. maddenin de ihlal edilmediğini göstermez. Bilakis, ilgili temel hak ve özgürlük ihlal edilmemiş dahi olsa, 18. maddenin ihlaline karar verilebilmektedir¹⁰⁸⁸; bu da söz konusu düzenlemenin özerk niteliğini göstermektedir.

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 18. Maddeye İlişkin İçtihadı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 18. maddesini ilk defa 1974 ve 1976 yıllarında Kamma v. Hollanda ile Engels ve Diğerleri v. Hollanda Davaları'nda

¹⁰⁸⁷ KÖKSAL, (2017), s. 285.

¹⁰⁸⁸ KÖKSAL, (2017), s. 286-287, ayrıca bkz. TAN, Floris; "Guide on Article 18 of the Convention – Limitation on use of restrictions on rights", https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_18_ENG.pdf, Erişim Tarihi: 29.11.2018., s. 6.

tartışmıştır. Kamma Davası, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun, Engels ve Diğerleri Davası ise Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın konu hakkındaki ilk içtihatlarıdır¹⁰⁸⁹. Engels ve Diğerleri Davası’nda Mahkeme, disiplin hapsine çarptırılan subayların adil yargılanma hakları konusunda değerlendirme yapmaya gerek görmezken¹⁰⁹⁰ ifade özgürlüklerinin 18. madde ile bağlantılı olarak ihlal edilmediğine karar vermiştir¹⁰⁹¹. Bilahare Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne 18. maddenin ihlal edildiği iddiasıyla çeşitli başvurular gelmiştir. Fakat Mahkeme, 2004 yılına kadar bu maddenin ihlal edildiği yönünde hiçbir iddiaya itibar etmemiştir¹⁰⁹². Nihayet Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, daha önce belirtildiği gibi, Selahattin Demirtaş Kararı’ndan önce ise yalnızca 12 kararda 18. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının 18. madde ile bağlantılı olarak ihlal edildiği ilk başvuru, 2004 yılında verilen Gusinskiy v. Rusya kararıdır¹⁰⁹³. Bu olayda dolandırıcılık suçuyla ilişkili olarak tutuklanan medya şirketi sahibi olan başvurunun, tutukluluğu devam ederken kendisine bir anlaşma sunulmuştur. Bu anlaşmanın konusu, başvurunun sahibi olduğu medya şirketini devlete satması karşılığında, hakkındaki bütün suçlamaların düşürülmesidir. Mahkeme, bakanın da imzasının bulunduğu bu anlaşmayı dikkate alarak söz konusu tutuklamanın ticari görüşmelerin bir parçası olarak (yani ticari amaçla) yapıldığını tespit ve ifade etmiştir¹⁰⁹⁴.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 18. maddesinin siyasi amaçla ihlal edildiğinin kabul edildiği ilk dava, Cebotari v. Moldova Davası olmuştur. Bu davada Oferta Plus isimli şirketin genel müdürü (CEO) olan başvurunun, tutuklanmasının altında yatan sebebin, başvurunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvuru yapmasını engellemek olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, yaptığı değerlendirmede, öne sürülen iddiaların objektif bir gözlemciyi başvurunun üzerine atılı suçları işlediğine dair makul bir şekilde ikna edemeyeceğini belirtmiştir. Bu sebeple, Mahkeme, söz

¹⁰⁸⁹ **Kamma v. the Netherlands, Application No. 4771/71**, Commission’s report of 14 July 1974.

¹⁰⁹⁰ **Engel and Others v. Netherlands**, § 93.

¹⁰⁹¹ **Engel and Others v. Netherlands**, § 104.

¹⁰⁹² Bunlara şu davalar örnek gösterilebilir: **Winterwerp v. The Netherlands, Application No: 6301/73**, 24.10.1979, § 39, **Ashingdane v. The United Kingdom, Application No: 8225/78**, 28.05.1985, § 44-48, **Timurtaş v. Turkey, Application No: 23531/94**, 13.06.2000, § 116-118, **Kucheruk v. Ukraine, Application No: 2570/04**, 06.09.2007, § 177.

¹⁰⁹³ ŞİRİN, Tolga; “Politik Amaçlı Tutuklama Yasağı İHAS Md. 18 ve Anayasa Şikâyeti” **Güncel Hukuk Dergisi**, Nisan 2016, s. 52.

¹⁰⁹⁴ ŞİRİN, (2016), s. 52, **Gusinskiy v. Russia, Application No: 70276/01**, 19.05.2004, § 76 vd.

konusu olayda, kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenleyen Sözleşme'nin 5. maddesi ile bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹⁰⁹⁵.

Hemen belirtmek gerekir: Mahkeme'nin 18. maddeye ilişkin değerlendirmesinde ihlal bulması, başvuruçular tarafından ortaya konan ve amaç dışı niyetle doğrudan bağlantı gösteren hukuki delillerin mevcudiyetine bağlı olmaktadır; bu amaç dışılık ise genelde siyasi bir amaç güdülmelerinden kaynaklanmaktadır¹⁰⁹⁶. Bu durum, Mahkeme'nin devam eden içtihadından anlaşılmaktadır. Buna karşılık 18. maddenin ihlal edildiği konusundaki şüphe, bu maddenin ihlal edildiği anlamına gelmez. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2013 yılındaki Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya Davası'nda, temel haklara yönelik müdahalede karma bir amaç güdüldüğü yönünde şüphe bulunduğunu, ancak siyasi bir amaç güdülmeseydi dahi başvuruçuya aynı suçlamaların yöneltebileceğini belirtmiştir. Dahası bu suçlamaların sağlıklı bir temele dayandığını, bu sebeple başvuruçunun kendisine yöneltilen makul iddialara cevap verme yükümlülüğünden kurtulamayacağını ifade etmiştir¹⁰⁹⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılından itibaren 18. maddeye ilişkin içtihadını daha cesur bir biçimde kullanmaya başlamıştır. Bu tarihte önce Lutsenko v. Ukrayna Davası'nda, bilahare 2013 yılında Tymoshenko v. Ukrayna Davası'nda Mahkeme ihlal kararları vermiştir¹⁰⁹⁸. Her iki davada da başvuruçular Ukrayna'daki muhalefet partilerinin liderleridir. Bu kişiler hakkında özellikle bakan ve başbakan oldukları dönemde karıştıkları yolsuzluklar sebebiyle ceza soruşturmaları açılmıştır. Daha sonra bunlar, çıkarıldıkları Ukrayna yargısal makamları tarafından tutuklanmışlardır. Her iki davada da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tutuklamada siyasi amaç güdüldüğüne hükmederek Sözleşme'nin 5. maddesi ile bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹⁰⁹⁹.

Nihayet Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 18. maddeye ilişkin içtihadını Ilgar Mammadov v. Azerbaycan ve Merabishvili v. Gürcistan Davaları'nda daha da belirginleştirmiştir. Ilgar Mammadov Davası'nda Azerbaycan'da muhalif bir internet

¹⁰⁹⁵ **Cebotari v. Moldova, Application No: 35615/06**, 13.11.2007, § 52-53.

¹⁰⁹⁶ KÖKSAL, (2017), s. 288.

¹⁰⁹⁷ **Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, Application No: 11082/06, 13772/05**, 25.07.2013, § 908-909.

¹⁰⁹⁸ KÖKSAL, (2017), s. 287.

¹⁰⁹⁹ **Lutsenko v. Ukraine, Application No: 6492/11**, 03.07.2012, § 108-110, **Tymoshenko v. Ukraine, Application No: 49872/11**, 30.04.2013, § 299-301.

bloğu açan ve bu blogta birtakım yazılar paylaşan başvurucunun tutuklanmasında, Hükümetin saklamaya çalıştığı bilgileri açıklayan başvurucunun susturulması amacı güdüldüğünü belirleyen Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesi ile bağlantılı olarak 18. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹¹⁰⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 18. maddeyi gittikçe artan bir sıklıkla kullanması, birtakım tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Mahkeme, bu maddeyi kullanmakla egemen bir ülkenin temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesinde iyi niyetli davranmadığını ve gizli bir amaç güttüğünü ifade etmektedir; bu da egemen ülkeler açısından oldukça ağır bir ihlal sebebi olmaktadır. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında 18. maddenin uygulanmasında yüksek bir eşiğin uygulanmasını gerektirmektedir. Bu eşiğin uygulanmasında zaman zaman egemen devletlere haksızlık edildiği eleştirisi yapıldığı gibi¹¹⁰¹, söz konusu eşiğin belirlenmesinde Mahkeme içtihadının istikrarsızlığının ve çekingenliğinin temel hak ve özgürlüklerin etkin bir biçimde korunmasına engel teşkil ettiği eleştirileri de yapılmıştır¹¹⁰².

Merabishvili v. Gürcistan Davası'nda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi, konu hakkındaki istikrarlı içtihadını oluşturma yolunda önemli bir adım atmıştır¹¹⁰³. Bu davada Mahkeme, iki husus konusunda önemli belirlemeler yapmıştır: Birincisi, gizli amacın ispat edilmesindeki yüksek eşik, ikincisi ise müdahalenin yapılmasında meşru ve gayrimeşru amaçların birlikte bulunmasıdır¹¹⁰⁴.

İspat yükü konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kendisini yüksek eşikle bağılıktan kurtarmıştır. Buna göre artık Mahkeme, temel haklara müdahalenin gizli bir amaçla yapıldığının ispat edilmesi için yüksek bir eşiğin aşılmasında esnemeye gidebilecektir. Bu durum, yüksek eşik içtihadının terkedildiği anlamına gelmemekle

¹¹⁰⁰ **Ilgar Mammadov v. Azerbaijan, Application No: 15172/13**, 22.05.2014, § 143-144.

¹¹⁰¹ Bu yönde örnek olarak bkz. **Selahattin Demirtaş v. Turkey, Application No: 14305/17**, 20.11.2018, Hakim Işıl Karakaş'ın Kısmi Karşılığı, § 4.

¹¹⁰² Bu yönde bkz. **Navalnyy v. Russia, Application No: 101/15**, 17.10.2017, Hakimler Keller ve Dedov'un Kısmi Karşıoyları, **Tchankotadze v. Georgia, Application No: 15256/05**, 21.06.2016, Hakimler Sajó, Tsotsoria And Pinto De Albuquerque'nun Kısmi Karşıoyları, § 7-10.

¹¹⁰³ HERI, Corrina; **Merabishvili, Mammadov and Targeted Criminal Proceedings: Recent Developments under Article 18 ECHR**, <https://strasbourgobservers.com/2017/12/15/merabishvili-mammadov-and-targeted-criminal-proceedings-recent-developments-under-article-18-echr/>, 15.12.2017, § 3. Erişim Tarihi: 01.12.2018.

¹¹⁰⁴ HERI, (2017), § 3.

beraber, Mahkeme, bu eşiğin aşıldığı yönünde bir tespiti maddi olgular ve olay bağlamında yapacaktır¹¹⁰⁵. Böylece Mahkeme, artık 18. maddenin ihlal edildiğini, eskisinden çok daha rahat bir biçimde tespit edebilecektir. Bu içtihat, temel hakların etkin bir biçimde korunması noktasında olumlu karşılanmaktadır¹¹⁰⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önemli belirlemeler yaptığı ikinci konu, müdahalenin yapılmasında gizli bir amaç güdülmesidir. Başvurucunun temel hakkına müdahale edilmesini gerektiren durumların varlığı ile Hükümetin bu haklara müdahale etmesinde ayrıca gizli bir amaç gütmemesinin birlikte söz konusu olması durumunda Mahkeme, müdahalenin yapılmasında “*esas amaç (predominant purpose)*” denetimi yapacaktır. Bu doğrultuda Mahkeme, temel haklara yapılan müdahalenin amacının zaman içinde gelişip değişebileceğini ve bu konudaki takdirin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ait olacağını belirtmektedir¹¹⁰⁷. Yani Mahkeme, bu konuda devletin iyi niyetle hareket edip etmediğini belirleme konusunda kendisinde geniş bir takdir yetkisi görmektedir. Bu durum eleştirilmektedir; çünkü her iki amacın birlikte varolduğu durumlarda Mahkeme'nin egemen devlet lehine karar vermesi, gerek başvuru gerekse de egemen devlet açısından oldukça siyasi ve keyfi değerlendirmelerin yapılmasını beraberinde getirebilecektir¹¹⁰⁸.

Yukarıda verilen bilgiler ışığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 60 yıllık serüveninde yeni bir sayfa açtığını görmek mümkündür. Mahkeme, son yıllarda benimsediği usul incelemesi yaklaşımını terketme yönünde önemli sinyaller vermektedir. Mahkeme'nin bu tavrı, esas olarak son yıllarda gittikçe yükselen popülarist ve otoriter rejimlere bir gözdağı olarak da algılanmaktadır¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁵ **Merabishvili v. Georgia, Application No: 72508/13**, 28.11.2017, § 316-317.

¹¹⁰⁶ HERI, (2017), § 12-13.

¹¹⁰⁷ Bu yönde bkz. **Merabishvili v. Georgia**, özellikle § 305-308.

¹¹⁰⁸ ÇALI, Başak; “**Merabishvili v. Georgia: Has the Mountain Given Birth to a Mouse?**”, <https://verfassungsblog.de/merabishvili-v-georgia-has-the-mountain-given-birth-to-a-mouse/>, 3 Aralık 2017, § 16-18. Erişim Tarihi: 01.12.2018.

¹¹⁰⁹ Doğrudan belirtilmese de bu yönde çıkarımlar yapılabilecek kaynaklar için bkz. BOWRING, Bill; *The Crisis of The European Court of Human Rights in the Face of Authoritarian and Populist Regimes*, İstanbul Barosu tarafından 9 Eylül 2018'de düzenlenen panelde sunulan bildiri, **International Conference on Law, State of Emergency and Judicial System in Turkey-2**, 2018, özellikle s. 20, ayrıca bkz. ÇALI, (2017).

4. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Meşru Amaç Denetimini Siyasi Amaç Denetimine Teşmil Etmesi Gerekliliği

Anayasa Mahkemesi de artık bu aşamada temel haklara yönelik müdahalelerin altında yatan bir siyasi, ticari vb. amaç olup olmadığını denetlemek durumunda kalma konusunda uluslararası bir baskıyla karşı karşıyadır. Buna karşın 1982 Anayasası'nın ilgili düzenlemeleri, Türk Anayasa Mahkemesi'ni Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminden gelen bu baskıyı karşılayacak enstrümanlarla donatmaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde, 2001 yılında yapılan değişiklik sonucunda madde şu hali almıştır: *“Temel hak ve hürriyetler, (...) yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak (...) sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasa'nın sözüne ve ruhuna (...) aykırı olamaz.”*

Anayasa Mahkemesi'nin soyut ve somut norm denetimi kararlarında amaç unsuru yönünden denetim yaptığı görülmektedir. Bu doğrultuda Mahkeme, genellikle kanunların genel objektif kurallar koyup koymadığını denetlemekte ve bunun için kanun gerekçeleri ile meclis tutanaklarından yararlanmaktadır. Bu durumda Mahkeme, “*yetki saptırması*” adı verilen bir doktrini kullanmakta olup, bu doktrinin esası, kanunun kamu yararı dışında kalan bir amaçla çıkarılmasını engellemektir¹¹¹⁰. Bu yaklaşımın bireysel başvuru kararları yönünden de sürdürülmemesi için bir neden olmadığı haklı olarak belirtilmektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metni ve içtihadını da referans alan “uluslararası sisteme uygun yorum pratiği bulunduğu ifade edilmektedir¹¹¹¹. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, uygulamakta olduğu üç aşamalı testin ikinci aşamasında meşru amaca yönelme hususunda yaptığı denetimi, Sözleşme'nin 18. maddesinde yer alan temel haklara müdahalenin meşru amaçlar dışında yapılması yasağına teşmil etmek durumundadır. Çünkü Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gittikçe gelişen Sözleşme'nin 18. maddesine ilişkin içtihadına cevap verme yükümlülüğü altındadır. Aksi takdirde, bu maddeyi aşmak için alınacak tedbirlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde akim kalması ve Mahkeme'nin 18. madde içtihadını Türkiye açısından tekrar ederek geliştirmesi mukadder olacaktır.

¹¹¹⁰ BOYAR Oya; “Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı” **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa** içinde, (Ed. Sibel İNCEOĞLU) Avrupa Konseyi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 94-95.

¹¹¹¹ ŞİRİN, (2016), s. 54.

C. Ölçülülük İlkesinin Kapsamının Belirlenmesi ve Ölçülülük Testi

Çatışan hak ve ilkelerin birbirleriyle dengelenmesi gerekliliği günümüzde kabul gören meşru amacı da ortaya koymaktadır. Buna göre daha önce belirtildiği gibi özgürlük, özgürlüğü korumak için yine özgürlükle sınırlandırılacaktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırları, başkalarının temel hak ve özgürlükleri ile sınırlı olduğuna göre¹¹¹², hakların norm alanını belirlemek için yargının artık dengeleme için özel bir terazi kullanması lazım gelir. Bu terazinin adı da ölçülülük ilkesidir.

Ölçülülük kavramını anlamak için kendimize neyin neye göre ölçülü olacağını sormamız gerekir. Bu durumda terazinin bir kefesinde sınırlandırılan temel hak ve özgürlük olduğu şüphesizdir. Öyleyse yargı, terazinin diğer kefesine neyi koymaktadır? İşte bu sorunun yanıtı, ölçülülük ilkesine yönelik en önemli tartışmalardan birini beraberinde getirir. Çünkü terazinin bir diğer kefesine başka bir temel hak ve özgürlük konduğunda bu, hak temelli bir yaklaşımı ifade eder. Bir temel hak ve özgürlüğün sınırı, bir başka temel hak ve özgürlük olabilir. Ancak terazinin diğer kefesine bir başka menfaat konduğunda ne olacaktır? Bu durumda göz göre göre bir temel hak ve özgürlüğün norm alanı daraltılmış, müdahale, temel hak ve özgürlüklerle ilgisiz bir başka menfaat ile meşrulaştırılmış olmayacak mıdır¹¹¹³? Dahası böyle bir durumda ulusal düzeyde başka birtakım yerel menfaatlere feda edilebilen hak ve özgürlüklerin evrensel bir nitelik gösterdiği de söylenemeyecektir. Bu hususların ölçülülük kavramı etrafında tartışılması gerekir.

1. Ölçülülük Kavramının Anlam ve Kapsamı ile Benzer Kavramların Ölçülülük Karşısındaki Durumu

Ölçülülük, doğası gereği bir tartım ve dengeleme sürecidir¹¹¹⁴. Ölçü kavramı, Türk Dil Kurumu Büyük Sözlüğü'nde şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Bir niceliği, o*

¹¹¹² Hemen belirtelim ki 1982 Anayasası, birtakım hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başkalarının hak ve özgürlüklerini zaten sınırlandırma sebebi olarak kabul etmiştir. Örneğin Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği, 21. maddesinde yer alan konut dokunulmazlığı ve 22. maddesinde yer alan haberleşme hürriyeti gibi. Ancak daha önce belirtildiği gibi, Anayasa'nın bu sebebi koymakla öngördüğü amaç, hakkın norm alanının belirlenmesi değil, hakka dışarıdan yapılacak müdahale ile hakkın norm alanından daha dar bir ölçüde sınırlandırılmasına imkan tanınmasıdır.

¹¹¹³ İnsan hakları yargısında, bu ilkeye yönelik en güçlü eleştirilerden birinin karşı karşıya getirilen haklarla diğer menfaatlerin kıyaslanabilir kabul edilemeyecekleri olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. DEMİR GÜRSEL (2015), s. 71.

¹¹¹⁴ Bu yönde bkz. ALEX, (2002), s.67.

nicelik için kabul edilmiş birimlerden birine göre oranlayarak değerlendirme, mizan¹¹¹⁵. Ölçülülük ise “*Ölçülü, dengeli olma durumu, ılım, itidal¹¹¹⁶*” şeklinde tanımlanmaktadır. Kavramın İngilizce mehazı olan “*proportionality*” ile Almanca mehazı olan “*verhältnismäßigkeit*” kavramları da benzer bir anlamı ifade etmekte olup, esas itibarıyla orantılılık sözcüğünün karşılığı olarak kullanılmaktadır.

Ölçülülük ile birlikte kullanılan birtakım kavramlar mevcuttur. Bunlar “*demokratik toplum düzeninde gereklilik*”, “*hakkın özü*” ve nihayet “*adil denge*” kavramlarıdır. Bunlardan ilk ikisinin ölçülülük ilkesi ile ilişkisi tartışmalıdır; sonuncusu ise ölçülülük ilkesinin bir sureti niteliğindedir.

Türk Anayasa Mahkemesi, hakkın özü ve demokratik toplum düzeninde gereklilik ile ilgili şu tespitleri yapmaktadır: “*...Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık gösterir. Bununla birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaması gerekir.*”

...öze dokunan sınırlamalar, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük" ilkelerine evleviyetle aykırı olacağından, Anayasa koyucu temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük" ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek görmemiştir.

Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen ... "Demokratik toplum düzeninin gerekleri"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre, sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Bu konudaki AİHM kararı için bkz. Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 48).

¹¹¹⁵ TDK Büyük Türkçe Sözlük.

¹¹¹⁶ TDK Büyük Türkçe Sözlük.

“Aralarında sıkı bir ilişki bulunan, “temel hak ve hürriyetlerin özü”, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük ilkesi” kavramları, bir bütünün parçaları olup, “demokratik bir hukuk devleti”nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır¹¹¹⁷.”

Anayasa Mahkemesi’ne göre ölçülülük ilkesi, hakkın özü ve demokratik toplum düzeninde gereklilik testinin ardından yapılacak son bir testtir. Halbuki doktrinde ölçülülük ilkesinin kimi zaman, hakkın özünden ya da demokratik toplum düzeninde gereklilik ilkesine aykırı olmama noktasından önceki sınırlama alanının denetlenmesini sağladığı¹¹¹⁸, kimi zaman ise hakkın özü testinin başa alındığı, eğer sınırlama hakkın özüne dokunmuyorsa, ölçülülük ve demokratik toplumda gereklilik bakımından değerlendirildiği ifade edilmektedir¹¹¹⁹. Alman Anayasa Mahkemesi’nin bu sıralamayı ölçülülük – demokratik toplum düzeninde gereklilik– hakkın özü şeklinde formüle ettiği belirtilmektedir¹¹²⁰; halbuki Anayasa Mahkemesi’nin sıralaması, yukarıda belirtildiği gibi bunun tam tersidir. Burada da Türk Anayasa Mahkemesi’nin takip ettiği sıralama benimsenerek bu kavramların açıklanması yoluna gidilecektir. Bunun sebebi hakkın özü konusundaki farklı kuramların, bu kavramı konumlandırma biçimidir; bunun da aşağıda açıklanması gerekir.

a. Hakkın Özü Kavramı

Hakkın özünü ihlal eden sınırlandırmalar, klasik olarak bir hakkın kullanımını, o hakkın içini boşaltıp onu anlamsız kılacak şekilde imkansız hale getiren veya ilgili hakkın kullanımını aşırı derecede zorlaştıran sınırlandırmalar olarak tanımlanmaktadır¹¹²¹. Hakkın özünün ihlali ise iki şekilde gerçekleşebilmektedir. Birincisi, objektif, ikincisi sübjektif ihlaldir. Objektif ihlal, özgül olarak yasama

¹¹¹⁷ İsmail Aslan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/7197, Karar Tarihi: 08.09.2015, § 52-60, Mehmet Ali Aydın Başvurusu, Başvuru No: 2013/9343, Karar Tarihi: 04.06.2015, § 66-72, Bekir Coşkun Başvurusu, Başvuru No: 2014/12151, 04.06.2015, § 49-52.

¹¹¹⁸ METİN, Yüksel; “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, 2017, s. 4.

¹¹¹⁹ UYGUN, Oktay; “Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi”, Edip F. Çelik’e Armağan: Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet içinde, (Ed: Turgut TARHANLI), İstanbul, 1995, s. 400.

¹¹²⁰ SAĞLAM, (1982), s. 144-145.

¹¹²¹ ALEXY, (2002), s. 193, ayrıca bkz. **Assessing the necessity of measures that limit the fundamental right to the protection of personal data: A Toolkit**, Avrupa Birliği Kişisel Verilerin Korunması Denetçiliği Raporu, 2017, s. 24, dipnot 8,

https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-06-01_necessity_toolkit_final_en_0.pdf.

tarafından gerçekleştirilebilecek bir ihlal şeklidir. Buna göre hakkın kullanımını anlamsız hale getirebilecek olan kanuni sınırlandırmalar bu kapsama girer. Son zamanlarda Avrupa Birliği'nde Birlik düzeyindeki uyuşmazlıkları çözme yetkisine sahip olan Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) tarafından bu yönde bir karar verilmiştir. Divan, 2015 yılında, kişisel verilerin korunmasına ilişkin Schrems Davası'nda bu kriteri kullanmış ve tarihinde ilk ve tek olarak hakkın özü kriterinin objektif ihlaline hükmetmiştir¹¹²².

Davaya konu olan olayda Birlik üyesi ülke vatandaşlarının kişisel verilerinin Birlik dışına çıkarılması mümkün değilken çıkarılan bir Avrupa Birliği direktifi ile Avrupa Birliği üyesi ülkelerdeki kişilerin kişisel verilerinin ABD'ye aktarılması ve burada güvenle saklanmasına cevaz verilmiştir. Avusturyalı bir hukuk öğrencisi olan Schrems tarafından bu direktife karşı Kıta Avrupası hukukundaki itiraz (somut norm denetimi) yoluna benzeyen “*preliminary ruling*” usulü ile dava açılmıştır. Açılan dava sonucunda Divan, söz konusu Birlik direktifinin özel hayatın gizliliği ve hak arama özgürlüğünün özüne dokunduğu gerekçesiyle iptal etmiştir¹¹²³. Nihayet Divan, hakkın özünün ihlal edildiğine karar verdiği bu davada, Birlik direktifinin ölçülü veya demokratik toplumda gerekli olup olmadığını tartışmamış, Birlik direktifinde yer alan ilkelerin içeriğini incelemenin gerekli olmadığına hükmetmiştir¹¹²⁴.

Hakkın özünün subjektif ihlali, bir hakkın tüm hak sahipleri için değil, hak sahibi olan belli bir kişi veya grup açısından ihlalini ifade eder¹¹²⁵. Hakkın özünün subjektif ihlaline ilişkin önemli bir ayrım vardır. Buna göre hakkın özü kavramını hakkın özü göreceli (*relative*) ve mutlak (*absolute*) öz kuramları ile ayırmak mümkündür¹¹²⁶.

Sağlam'a göre temel hakkın normatif alanı ve özünü birbiri içine geçmiş iki daire şeklinde düşünmek mümkündür. Bu durumda kanun koyucunun hareket serbestisine sahip olan alan, küçük daire ile büyük daire arasında kalan alandır. Küçük

¹¹²² BRKAN, Maja; “The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core”, *European Constitutional Law Review*, Sayı: 14, 2018, s. 337.

¹¹²³ **Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner**, ECJ Case C-362/14, Schrems, ECLI:EU:C:2015:650., § 94-95.

¹¹²⁴ **Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner**, § 98.

¹¹²⁵ BRKAN, (2018), s. 356.

¹¹²⁶ ALEX, (2002), s. 193.

daire içerisindeki alan ise hakkın özünü ifade eder ve bu alana dokunulamaz¹¹²⁷. Bu kuram mutlakiyet kuramı (*absolute theory*) olarak adlandırılır. Eğer hakkın özü, bir hakkın dokunulamayacak çekirdeği ise bu durumda bu kavramın hiçbir surette adil denge testine tabi tutulmaması gerekmektedir. Halbuki görecelilik kuramında (*relative theory*) hakkın özü, ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirilmeye elverişlidir. Çünkü öyle bazı haklar vardır ki, bu hakkın sınırlandırılması, o hakkın koruduğu eylemin yapılamayacağı anlamına gelir. Örneğin haberleşmenin tespit edilmesi, hakim kararıyla yapılsa dahi, bu haberleşmenin gizliliğinin ortadan kalktığı anlamına gelir. Bu sebeple mutlak manada hakkın özü kavramının temel hak ve özgürlüklerin yorumlanması konusunda ortaya çıkardığı sorunları aşabilmek için hakkın özü konusunda görecelilik kuramı geliştirilmiştir. Hakkın özünün göreceli kabul edildiği durumlarda, söz konusu hak, kamu düzeni veya başka bir temel hakkın korunması amacıyla sınırlandırılabilir; böylece hakkın özü söz konusu olsa bile ölçülülük ilkesi hala işlev görebilir. Buna karşılık eğer mutlak öz söz konusuysa burada ölçülülük değerlendirmesi değil, hakkın özü değerlendirmesi yapılır¹¹²⁸.

Mahkemelerin temel hakların sınırlandırmasında kullandıkları sıralamanın farklı olmasının sebebi mutlak – göreceli öz ayrımıdır. Hakkın özünün mutlak dokunulamayacak alan olduğu kabul edilirse bu alana dokunulup dokunulmadığı da en son tespit edilir. Ancak görecelilik kuramı benimsenirse öz değerlendirmesi ölçülülük testi çerçevesinde yapılacaktır. Alexy'ye göre Alman Anayasa Mahkemesi, mutlakiyet kuramını benimsemiş olmakla birlikte, Mahkeme'nin görecelilik kuramı kapsamında değerlendirilebilecek kararları da bulunmaktadır. Bu doğrultuda Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu iki kuramı yerine göre kullandığı söylenebilecektir¹¹²⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hakkın özü konusunda mutlakiyet veya görecelilik kuramlarından birini seçtiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Mahkeme'nin Christine Goodwin v. Birleşik Krallık kararında evlenme hakkına, Matthews v United Kingdom kararında ise seçme hakkına ilişkin bu kavramı kullandığı,

¹¹²⁷ SAĞLAM, (1982), s. 3.

¹¹²⁸ CHRISTOFFERSEN, (2009), s. 145.

¹¹²⁹ Bu yönde bkz.ALEXY, (2002), s. 194-195.

ancak kuramsal açıdan herhangi bir tutarlı tercihte bulunmadığı haklı olarak belirtilmiştir¹¹³⁰.

Hakkın özü kavramının son derece belirsiz bir kavram olduğu haklı olarak ifade edilmiştir¹¹³¹. Günümüzde mahkemeler, kamu gücünün temel hakka bir müdahalesi olup olmadığını tartışırken hakkın özü kavramını çok nadiren kullanmaktadırlar. Halbuki Türk Anayasa Mahkemesi'nin bu kavramı geçmişte çok cömert kullandığı haklı olarak belirtilmektedir¹¹³². Bireysel başvuru yolunda ise Anayasa Mahkemesi'nin bu kavramı çok sık kullanmadığı görülmektedir. Bunun temel sebebi, hakkın özü kavramının genelde objektif olarak ihlal ediliyor olması, yani hakkın özüne müdahalenin genelde kanunla yapılıyor olmasıdır. Kural olarak bireysel başvuru yolunda yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine bireysel başvuru yoluna gidilemeyeceğinden Mahkeme, bireysel başvuruda hakkın özünün objektif ihlaline zaten karar veremeyecektir. Bu durumda ancak hakkın özünün subjektif olarak ihlal edilmesi söz konusudur; fakat Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolunda henüz böyle bir karar verdiği görülmemiştir.

Önem arz eden husus, hakkın subjektif ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda Anayasa Mahkemesi'nin mutlakiyet veya görecelilik kuramlarından hangisini benimseyeceğidir. Anayasa Mahkemesi'nin şimdiye kadar verdiği norm denetimi kararlarında bu tercihi mutlakiyet kuramından yana kullandığını görmek mümkündür; fakat bundan sonra verilecek kararlarda Alexy'nin de ifade ettiği gibi görecelilik kuramının öngördüğü temel hak güvenceleri gözden kaçırılmamalıdır¹¹³³. Aksi takdirde örneğin haberleşmenin gerektiği takdirde hakim kararıyla denetlendiği durumlarda, haberleşmenin gizliliğinin ortadan kalktığını söylemek mümkündür. Bu durumda hakkın özü kriterinin mutlak biçimde uygulanması, hakkın aşırı bir biçimde korunmasına yol açmış olacak¹¹³⁴, bu kriter anlamsızlaşacaktır.

¹¹³⁰ BRKAN, (2018), s. 349.

¹¹³¹ SAĞLAM, (1982), s. 145, ayrıca bu eleştiriler için bkz. GÖZLER, Kemal; **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 357-358.

¹¹³² SAĞLAM, (1982), s. 145.

¹¹³³ ALEXY, (2002), s. 195.

¹¹³⁴ Örnek için bkz. GÖZLER, (2108), s. 358.

b. Demokratik Toplum Düzeninde Gereklilik (Zorlayıcı Toplumsal İhtiyaç Ölçütü)

Temel hak ve özgürlüklerin demokratik toplum düzeninde gerekli oldukları halde sınırlandırılmaları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen sınırlandırma sebeplerinden birisidir. Buna göre Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde yer alan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü ile toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, demokratik toplumda gerekli olduğu halde sınırlandırılabilir¹¹³⁵.

Sözleşme'de bir sınırlandırma sebebi olarak yer almasından dolayı "*Demokratik toplum düzeni*" kavramı yalnızca siyaset bilimi açısından değil, anayasa hukuku ve insan hakları doktrini açısından da büyük önem arz eder hale gelmiştir. Türk Anayasa Mahkemesi de bu kavramı uzun süreden beri temel hakların sınırlandırılmasında bir sınır olarak değerlendirmektedir¹¹³⁶. Ancak bu kavram yalnızca bir sınırlandırma sebebi değil aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak da görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre "*Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz*"¹¹³⁷. Bu durumda kavramın temel hak ve özgürlükler bakımından nasıl bir anlam ifade ettiği ortaya konmalıdır. Bu da kavramın kendisi hakkında bilgi verdikten sonra önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sonra da bireysel başvuru yargılamasında nasıl kullanıldığını açıklamakla mümkündür.

Doktrinde "demokratik toplum" konusunda yapılmış çalışmalar mevcuttur. Bu çalışmalar Robert Dahl ile başlamış, Lijphart'la devam etmiş olup¹¹³⁸, nihayet Stein Ringen tarafından demokratik topluma ilişkin birtakım kriterler ortaya konmuştur¹¹³⁹.

¹¹³⁵ Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi rejimindeki normatif yeri için bkz. EREN, Abdurrahman; **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 106 vd.

¹¹³⁶ Örnek için bkz. **Anayasa Mahkemesi'nin E.2006/142, K.2008/148 Sayılı Kararı**, Karar Tarihi. 24/9/2008.

¹¹³⁷ **Selda Demir Taze**, § 47.

¹¹³⁸ Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TUNÇ, Hasan; **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, Gazi Kitabevi, 2018, s. 193-195.

¹¹³⁹ Ringen'in ortaya koyduğu kriterler şunlardır: (1) Tam olarak işleyen bir genel siyasetin varlığı, (2) Siyasal kurumların herkese açık olması, (3) Yönetmelik istikrarı, (4) Yürütme gücünün el değiştirmesini sağlayan kurumsallaşmış süreçler, (5) Kamu hizmetine girmede liyakat, (6) Yürütmenin başındaki kişiyi dengeleyecek anayasal sınırlar, (7) İfade özgürlüğünün kurumsallaşmış olması, (8) Rekabet ve katılım.

Ancak burada demokratik toplum kavramının içini doldurmaya çalışan pek çok siyaset bilimi kaynaklı kuramı açıklamaktansa, bu koşulu temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması boyutuyla kavrayan Morlino ve Munck'un demokratik toplum kuramından bahsetmek gerekir.

Morlino'ya göre demokrasinin asgari koşulları usuli ve maddi koşullar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹¹⁴⁰. Bunlardan usuli koşullar;

- Temel hak ve özgürlüklerin tanınarak güvence altına alındığı bir hukuk devleti,
- Seçimsel ve kurumsal hesap verebilirlik
- Rekabet ve katılımdır.

Maddi koşullar ise şu şekildedir:

- Özgürlük ve eşitliğin tanınmış olması,
- Genel ve eşit oy ilkesi ile siyasi faaliyette bulunma hakkının tanınmış olması
- Herkesin insan onuruna yaraşır düzeyde asgari standartlarda yaşayacak şekilde sosyal haklara sahip olmasıdır¹¹⁴¹.

Demokrasinin asgari koşulları konusunda tüm bu yaklaşımları dikkate alarak kapsayıcı bir çalışma yapan Munck'a göre ise demokrasinin asgari koşullarını belirlemeye çalışan her yazar, konuyu farklı yönleriyle ele almakta, bu da doktrinsel bir karmaşaya sebep olmaktadır¹¹⁴². Demokratik toplumun koşullarını daha basit bir şekilde

RINGEN, Stein; "The Measurement of Democracy: A New Paradigm", **Society**, Cilt: 48, Sayı: 1, 2011, s. 15.

¹¹⁴⁰ Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için MORLINO, Leonardo; CARLI, Luiss G.; "How to Assess a Democracy: What Alternatives", **Report to be delivered at XV International Academic Conference on Economic and Social Development, organized by the National Research University Higher School of Economics (HSE), with participation of the World Bank and the International Monetary Fund**, HSE Publishing House, Moskova, 2014, s. 9-18, <https://www.hse.ru/data/2014/03/25/1318948855/Morlino,%20Carli-text.pdf>.

¹¹⁴¹ MORLINO, CARLI, (2014), s. 18-21.

¹¹⁴² MUNCK, Gerardo L. Munck; What Is Democracy? A Reconceptualization of the Quality of Democracy", **Democratization**, Cilt: 23, Sayı: 1, 2016, s. 1-2.

ele almak isteyen Munck, bu konu üzerine eğilen yazarların genellikle iki kavramsallaştırma altında toplanabileceklerini ifade etmektedir.

(1) Çoğunlukçu Kavramsallaştırma; Bu kavramsallaştırmayı savunan yazarlar, demokrasilerde genel siyasetin belirlenmesi çoğunluğun yetkilendirdiği kişilerce gerçekleştiğini ifade ederler. Bunlara göre çoğunluk yalnızca siyasi iktidarı belirleyen bir kalabalıktan ziyade, genel siyaset yapımına da katılmaktadır. Bu görüşü savunan bir yazara göre “çoğunluğun iradesi, tüm seçmen ve alternatiflere eşit davranmak adına usuli anlamda adaleti sağlayacak tek iradedir¹¹⁴³.”

(2) Hukuki-Yargısal Kavramsallaştırma; Bu kavramsallaştırmayı savunan yazarlar, doktrinde de baskın görüşü oluşturmaktadırlar. Bunlara göre hukuk devleti olmadan demokrasi olmaz. Bu sebeple sert ve yazılı anayasanın varlığı ve bu anayasanın kurduğu etkin bir denge ve denetleme mekanizması çerçevesinde temel hak ve özgürlüklerin güçlü ve bağımsız bir yargı vasıtasıyla korunması demokrasinin en önde gelen koşullarından biridir¹¹⁴⁴.

Munck’a göre yukarıda belirtilen iki uçta yer alanlardan birinci grubun demokrasinin usuli gereği olan çoğunluğun karar alma hakkına ağırlık verirken; ikinci grup, demokrasinin dayandığı değerlerin korunması adına zaman zaman usuli gereklerden ödün verebilmektedir¹¹⁴⁵.

Munck’un tasnifi, temel hak ve özgürlüklerin yorumu açısından en kullanışlı olanıdır; çünkü bu tasnif temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında demokratik toplum düzeni kavramına anlam kazandırır. Yazarın belirttiği şekliyle hukuki-yargısal kavramsallaştırma, özgürlüklerin korunması için özgürlüklerin sınırlandırılmasının gerekli olduğu bir toplum düzeninde gittikçe önem kazanmaktadır. Çünkü demokrasinin gerektirdiği ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü gibi birtakım hak ve özgürlüklerin kullanılması, çoğulcu demokrasi anlayışının vazgeçilmezlerinden biridir; böylece bu kavram hukuk devletine eşlik eden bir yapıya bürünür¹¹⁴⁶. İşte bu sebeple Avrupa İnsan

¹¹⁴³ McGANN, Anthony J.; **The Logic of Democracy: Reconciling Equality, Deliberation, and Minority Protection**, University of Michigan Press, 2006, s. 84.

¹¹⁴⁴ MUNCK, (2016), s. 14, MURPHY, Walter F.; **Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order**, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2007, s. 196-203.

¹¹⁴⁵ Demokrasinin usuli ve maddi kavramsallaştırması hakkında bkz. MUNCK, (2016), s. 16-21.

¹¹⁴⁶ DEMİR, GÜRSEL, (2015), s. 61.

Hakları Sözleşmesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını, demokratik toplum düzeninde gerekli olması şartına bağlamaktadır.

Demokratik toplum kavramına metodolojik yaklaşım bu şekilde belirlenebilir. Fakat demokratik toplum düzeninde gerekliliğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargılama usulündeki yeri nedir? Önem arz eden, bu kavramın usuli bir ilke olarak ölçülülük testinden farklı bir anlam ifade edip etmediği hususudur. Doktrindeki baskın görüş, demokratik toplum düzeninde gereklilik testinin ölçülülük testinin özel bir görünümü olduğudur. Buna göre temel hakkın sınırlandırılması konusunda yapılacak değerlendirmenin demokratik toplum düzeni esas alınarak yapılması gerekir¹¹⁴⁷. Böylece temel hakkı sınırlandıracak tedbirin yalnızca meşru değil aynı zamanda demokratik bir toplum düzeninde belli bir gerekliliğe cevap veriyor olması beklenir. Bu durumda demokratik toplum düzeninde gereklilik kriteri, diğer sınırlandırma sebepleri doğrultusunda uygulanan ölçülülük standartlarından daha talepkar bir standardı ifade etmektedir¹¹⁴⁸.

Nihayet 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde yer alan “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” kavramının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metninde belirtilen “*demokratik toplumda gereklilik*” kavramı ile kastedilen anlamı karşılamadığını belirtmek gerekir. Bunlardan birincisi, demokratik toplumun varlığı için gerekli koşullardır; ikincisi ise temel hakkı sınırlandıran tedbirin özelliğidir¹¹⁴⁹.

Anayasa Mahkemesi, belirtilen kavramlar arasında Anayasa'da öngörülen “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ibaresini kullanmaktadır. Halbuki Gözler'in belirttiği gibi “*demokratik toplum düzeni için gerekli olma*” ibaresinin kullanılması gerekir¹¹⁵⁰. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı ibarenin farklı olması, anlamın farklı olduğunu göstermez. Türk Anayasa Mahkemesi bunu şu şekilde ifade etmiştir: “*Anayasa Mahkemesinin "demokratik toplumda gereklilik" ölçütüne yaklaşımı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) konuyla ilgili ilk kararlarından itibaren Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında geçen "gerekli" kavramının içeriğini*

¹¹⁴⁷ GÖZLER, (2018), s. 353.

¹¹⁴⁸ Bu yönde bkz. LAVRYSEN, Laurens; “System of Restrictions”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights** içinde, (Eds: Pieter van DIJK, Fried van HOOFF, Arjen van RIJN, Leo ZWAAK), Intersentia, 2018, s. 317.

¹¹⁴⁹ GÖZLER, (2018), s. 350.

¹¹⁵⁰ GÖZLER, (2018), s. 353.

açıklama biçimi ile benzerlik göstermektedir. AIHM'e göre "gerekli" kavramı, "toplumsal bir ihtiyaç baskısı"nı (*pressing social need*) ima etmektedir. ... Bu çerçevede bir müdahale, meşru amaçla orantılı bir müdahale olmalıdır; ikinci olarak müdahalenin haklılığı için kamu makamlarının gösterdikleri gerekçeler konuyla ilgili ve yeterli olmalıdır¹¹⁵¹." Görüldüğü üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında bir hakkın demokratik toplum düzeninde gereklilik doğrultusunda sınırlandırılması, "zorlayıcı toplumsal ihtiyaç (*pressing social need*)" kavramıyla somutlaştırılmaktadır¹¹⁵². Bu kavram Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul görmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadından mülhem iki koşulu zorlayıcı toplumsal ihtiyaç kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Bunlardan birincisi müdahalenin, meşru amaçla orantılı olması, ikincisi ise gerekçelerin konuyla ilgili ve yeterli olmasıdır. Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninde gerekli olma kistaslarını bu şekilde belirttikten sonra, bu sebeple yapılacak bir sınırlandırmanın son çare olması gerektiğini ifade etmiştir. "*Anayasa Mahkemesi "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, toplumsal bir ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır. Bu koşulları taşımayan bir tedbir, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51)*"¹¹⁵³.

Anayasa Mahkemesi, böylece demokratik toplum düzeninin gerektirdiği hallerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını son çare olarak belirtmiştir. Peki son çare kriterinin ifade ettiği anlam nedir? Bunun için Amerikan hukukunda belirlenen açık ve yakın tehlike kriterini esas almak mümkündür. Çünkü bu kriter "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu" ve "Türk Ceza Kanunu"nda yapılan değişikliklerle 2003 ve 2004 yıllarında mevzuatımıza girmiş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin de bireysel başvuruda demokratik toplum düzeninde gereklilik testini genel olarak toplantı ve

¹¹⁵¹ Murat Türk Başvurusu (2), Başvuru No: 2013/7082, Karar Tarihi: 29.06.2016, § 65, Tayfun Cengiz, § 56.

¹¹⁵² Bu kavramın kullanıldığı ilk karar, Sunday Times Kararı'dır. Sunday Times v. United Kingdom, § 62.

¹¹⁵³ Kemal Gözler Başvurusu, Başvuru No: 2014/5232, Karar Tarihi: 19.04.2018, § 41.

gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı söz konusu olduğunda uyguladığı görülmektedir¹¹⁵⁴. Nihayet bu kriterin somutlaştırılmasının, demokratik bir toplumda yaşama hakkına sahip olan Türk insanının, söyleyeceği sözün ya da yazacağı yazının suç olup olmadığı noktasında, neredeyse paranoyaya varan kaygılarını bertaraf edecek ve özgürlük bilincini hızlandıracağı öne sürülmüştür¹¹⁵⁵.

Açık ve yakın tehlike kriteri, tarihte ilk defa Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin 1919 yılında verdiği Schenck v. United States Davası'nda ortaya çıkmıştır¹¹⁵⁶. Esasında söz konusu kriteri ortaya ilk atan kişi de söz konusu davada görüşünü bildiren Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin efsanevi yargıçlarından Oliver Wendell Holmes'tür. Bu kritere göre, ifade özgürlüğü ile ilgili her davada bakılması gereken şey “sözcüklerin açık ve mevcut tehlike yaratacak şekilde” kullanılıp kullanılmadığıdır. Sözcüklerin açık ve mevcut bir tehlike yaratmaları ise bunların her somut olayda kullanıldıkları koşullar ve kullanılış biçimlerine göre belirlenmektedir. Bu durumda sözcüklerin kullanılış biçimlerinin açık ve mevcut tehlike yaratacak bir hal almaları hiçbir mahkeme tarafından ifade özgürlüğü çerçevesinde koruma göremez¹¹⁵⁷.

Aslında Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin açık ve yakın tehlike kriterini ortaya atışı ile birlikte Birinci Dünya Savaşı yıllarında ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünün oldukça katı bir biçimde sınırlandığı görülmektedir. Çünkü esasında bu kavram o dönemde Amerika Birleşik Devletleri'nin içinde bulunduğu savaş koşullarında ifade özgürlüğünü sınırlandırmak amacıyla kullanılmıştır. Bu duruma örnek olarak Frohwerk v. United States Davası gösterilebilir. Davada bir yerel gazetede Frohwerk isimli bir yazarın “*Askerlerimizi Fransa'ya (savaşa) göndermek unutulmaz ve affedilemez bir hatadır.*” şeklindeki sözleri, açık ve yakın bir tehlike yaratacak sözler

¹¹⁵⁴ Bu yönde önem arzeden başvurular için bkz. **Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/920**, Karar Tarihi: 25.05.2017, **Yonca Verdioğlu Şık Başvurusu, Başvuru No: 2014/17177**, Karar Tarihi: 19.04.2018.

¹¹⁵⁵ SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar; “Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları”, **Liberal Düşünce**, Sayı: 51-52, 2008, s. 240.

¹¹⁵⁶ HAZAR, Zeynep; “Basın Özgürlüğü ve Ulusal Güvenlik”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 1-2, 2013, s. 1534, SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar; **Türkiye’de Basın Özgürlüğü**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 70.

¹¹⁵⁷ STONE, Geoffrey R., SEIDMAN, Louis Michael, SUNSTEIN, Cass R., TUSHNET, Mark V., KARLAN, Pamela S., **Constitutional Law**, Wolters Kluwer, Aspen Publishers, Sixth Edition, 2009, s. 1033, *Bu davada verilen karardan anlaşılacağı gibi, Birinci Değişiklik hükmünün lafzından hareket ederek düşünceyi açıklama özgürlüğünün ve onun özel bir türünü oluşturan basın özgürlüğünün sınırsız olduğunu ileri süren yaklaşım, Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir.* SALİHPAŞAOĞLU, (2007), s. 70.

olarak görülmüş ve Hakim Holmes'ün de etkisiyle anılanın on yıla kadar hapsine karar verilmesi hukuka uygun bulunmuştur¹¹⁵⁸.

Açık ve yakın tehlike kriterinin esas olarak sıklıkla kullanıldığı dönem, çıkış amacına da uygun bir biçimde İkinci Dünya Savaşı sonunda Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkan komünizm akımlarına karşı mücadele dönemi olmuştur. Kritere, bu dönemde Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi tarafından sıklıkla başvurulmuş ve Amerikan toplumunun içinde bulunduğu komünizm histerisi çerçevesinde Mahkeme tarafından yoğunlukla kullanılmıştır¹¹⁵⁹. Yüksek Mahkeme Dennis Davası'nda, Komünist Parti'nin liderlerini, Smith Yasasının 2. maddesi uyarınca, Birleşik Devletlerde herhangi bir hükümeti yıkmak amacıyla yazılı ya da basılı matbuatı basmak, yayımlamak, redaksiyonunu yapmak, piyasaya sürmek, dağıtmak, satmak ya da alenen göstermekten suçlu bulmuştur. Yüksek Mahkeme Komünist Parti liderlerini, hükümetin zor ve şiddet yoluyla devrilmesi öğretisini (komünizmi) savunmalarının sınırlandırılmasını, hükümeti yıkmak konusunda "açık ve mevcut tehlike" yarattığı gerekçesiyle Anayasa'ya uygun bulmuştur¹¹⁶⁰. Buna göre hükümet onu devirmeyi amaçlayan bir grubun, bir düşünce sisteminin esaslarını üyelerine öğrettiğini (beyin yıkadığını) ve liderlerinin onları, şartların elverişli olduğunu hissettiklerinde harekete geçecek bir şekilde belirli bir yöne sevk ettiğini fark ederse, açık ve mevcut tehlike vardır. Hükümetin harekete geçmesi için ayaklanmanın gerçekleşmesi gerekmez¹¹⁶¹.

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, açık ve mevcut tehlike kriterini, ortaya çıkışından 1957 yılına kadar özgürlük karşıtı bir biçimde yorumlamıştır. Yüksek Mahkeme'nin içtihadını değiştirdiği karar ise Smith Yasası'nı yeniden yorumladığı Yates Davası olmuştur. Söz konusu davada Yüksek Mahkeme altıya karşı bir oyla aldığı kararında yasaklananın soyut düşünce değil somut eylemler olduğu belirtilmiştir¹¹⁶².

¹¹⁵⁸ Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. STONE, SEIDMAN, SUNSTEIN ve diğerleri, (2009), s. 1036-1037.

¹¹⁵⁹ SALİHPAŞAOĞLU, (2007), s. 70-71, HAZAR, (2013), s. 1535.

¹¹⁶⁰ HAZAR, (2013), s. 1535, STONE, SEIDMAN, SUNSTEIN ve diğerleri, (2009), s. 1052-1056.

¹¹⁶¹ STONE, SEIDMAN, SUNSTEIN ve diğerleri, (2009), s. 1053.

¹¹⁶² HAZAR, (2013), s. 1535, ayrıca Yates kararı ve kararın alınmasında öncü bir rol oynayan Yargıç Harlan'ın görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. STONE, SEIDMAN, SUNSTEIN ve diğerleri, (2009), s. 1059-1061.

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, 1969 yılında görülen *Brandenburg v. Ohio* davasında ise hükümetin ifade özgürlüğünü yasaklayıp yasaklayamayacağı sorununu tekrar ele alınmıştır. Buna göre bir ifadenin sınırlanabilmesi için onun aynı zamanda “hukuk dışı bir eyleme kışkırtması ya da bu eylemi doğurması gerekir diyerek Mahkeme, açık ve mevcut tehlike kriterinin ortaya çıkışından bu yana en özgürlükçü yorumu benimsemiştir¹¹⁶³. Esasında bu dava da Amerika Birleşik Devletleri’nde ırkçı bir ideolojiyi benimseyerek bu ideoloji doğrultusunda faaliyet gösteren Ku Klux Klan üyelerinin çekmiş oldukları bir filmin açık ve mevcut bir tehlike oluşturup oluşturmadığında ilişkindir¹¹⁶⁴.

Açık ve mevcut tehlike kriteri, özellikle baskı dönemlerinde, diğer bir deyişle zor zamanlarda ifade özgürlüğü için tehlikeli olma potansiyeline sahiptir¹¹⁶⁵. Tüm bunlara rağmen bu kriter Amerika sınırlarını aşmış, birçok ülkenin yargı sisteminde, hatta Avrupa İnsan Mahkemesi kararlarında benimsenen bir kriter haline gelmiştir. Bu kriterin Türk hukuk sistemine Avrupa Birliği uyum çalışmaları kapsamında “açık ve yakın tehlike” halini alarak geçmesi, ifade özgürlüğü bakımından olumlu bir gelişme olarak kabul edilse de bu kriterin yargı organları tarafından nasıl yorumlanacağı ve nasıl uygulanacağı konusu çok daha önemlidir¹¹⁶⁶.

Türk Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yolunda açık ve yakın tehlike kriterini kullanmamıştır. Ancak Mahkeme’nin sıklıkla toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına getirilen sınırlamaların hukuka uygunluğu konusunda karar verdiği gözlemlenmektedir. Her şeyden önce Mahkeme’ye göre; “*Barışçıl amaçlarla bir araya gelmiş kişilerin toplantı hakkını kullanırken kamu düzeni açısından tehlike oluşturmayan ve şiddet içermeyen davranışlarına devletin sabır ve hoşgörü göstermesi çoğulcu demokrasinin gereğidir*¹¹⁶⁷. Buna karşılık toplanma özgürlüğünün kullanımından kaynaklanan kamu düzenine yönelik tehditlerin gerçeklik değeri taşıması hâlinde yetkili makamlar bu tehditleri bertaraf edecek tedbirleri alabilirler¹¹⁶⁸” Anayasa

¹¹⁶³ HAZAR, (2013), s. 1536.

¹¹⁶⁴ Dava ve dava konusu film hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. STONE, SEIDMAN, SUNSTEIN ve diğerleri, (2009), s. 1061-1064.

¹¹⁶⁵ HAKYEMEZ, Yusuf Şevki; **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Seçkin Yayınları, 2000, s. 76, HAZAR, (2013), s. 1536.

¹¹⁶⁶ HAZAR, (2013), s. 1536-1537.

¹¹⁶⁷ **Dilan Ögüz Canan Başvurusu, Başvuru No: 2014/20411**, Karar Tarihi: 30.11.2017, § 38, **Osman Erbil Başvurusu, Başvuru No: 2013/2394**, Karar Tarihi: 25.03.2015, § 54.

¹¹⁶⁸ **Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri**, § 81.

Mahkemesi, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanan kişilere müdahale eden devletin, tehlikeliliği de gerekçelendirmesi gerektiğini şu şekilde ifade etmektedir: *“Gösterinin veya basın açıklamasının yerinin özgüllüğü gibi özel nedenlerle bu hakka sınırlama getirildiği durumlarda göstericilere -yetkili mercilerin emirleri uyarınca- yapılacak müdahalelerin kamu düzeninin sağlanması için gerekli olduğunun ve cezaların kamu düzeninin bozulması veya bozulma tehlikesinin ortaya çıkması sebebiyle verildiğinin kamu gücünü kullanan yetkili mercilerin kararlarında (örneğin ceza tutanağını düzenleyen polis raporlarında veya derece mahkemelerinin gerekçelerinde) gösterilmesi gerekir¹¹⁶⁹.”*

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında demokratik toplum düzeninde gerekliliği, kamu düzeninin ciddi anlamda bozulması veya bozulma tehlikesinin olması kriteri ile somutlaştırmaktadır. Kamusal makamların bu hususları yeterince gerekçelendiremedikleri durumlarda, sınırlama hukuka uygun kabul edilemez. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu kriteri kullanma biçimi çok önemlidir. Yukarıda belirtildiği gibi bu sınırlandırma dar yorumlanmalıdır. Mahkeme bunu tespit etmiştir; fakat Mahkeme içtihadı, özellikle toplantı ve gösteri yürüyüşünün sınırlandırılması konusunda çelişkilidir. Mahkeme, 18 Nisan 2018 ve 19 Nisan 2018 tarihinde karar verdiği *Ali Orak ve İrfan Gül Başvurusu* ile *Yonca Verdioğlu Şık Başvurusu*’nda çelişkili bir tutum sergilemiştir.

Ali Orak ve İrfan Gül Başvurusu’nda Anayasa Mahkemesi, barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanmalarına rağmen ceza alan ve haklarındaki hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı başvuruçuların, ceza tehdidi altında olmalarını demokratik toplum düzeninde gerekli görmemiş ve ihlale hükmetmiştir¹¹⁷⁰. Buna karşılık *Yonca Verdioğlu Şık Başvurusu*’nda Mahkeme, Gezi Parkı olayları sırasında yaralanan başvuruçunun toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına yapılmış olan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını tartışmıştır. Mahkeme’ye göre *“...yaygın şiddet olaylarının devam ettiği ve -barışçıl olsa dahi- her türlü protesto eyleminin şiddete dönüşme ihtimalinin var olduğu başvuru konusu olayda, toplanma hakkına yapılan müdahalenin Gezi Parkı olaylarının kamu düzenini ciddi surette sarsan*

¹¹⁶⁹ Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri, § 92.

¹¹⁷⁰ Ali Orak ve İrfan Gül Başvurusu, Başvuru No: 2014/10626, Karar Tarihi: 18.04.2018, § 65-66.

yaygın şiddet hareketleri içeren karakteri gözetildiğinde demokratik bir toplumda gerekli olma kriterini taşıdığı ve ölçülü olduğu sonucuna ulaşılmıştır¹¹⁷¹.”

Yonca Verdioğlu Şık Başvurusu’nda Anayasa Mahkemesi, verdiği kararıyla daha önce oluşturduğu içtihadından ayrılmış görünmektedir. Bir başka başvuruda Mahkeme, şunu ifade etmiştir: “...toplanma hakkının amacı şiddete karışmayan ve fikirlerini barışçıl bir şekilde ortaya koyan bireylerin haklarının korunmasıdır. Bunun dışında toplantının veya gösteri yürüyüşünün hangi amaçla yapıldığının bir önemi yoktur.

Bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasadışı olması veya yasalara aykırı olarak düzenlenmesi tek başına toplantı veya yürüyüşün barışçıl niteliğini ortadan kaldırmaz (bkz. Oya Ataman/Türkiye, B. No: 74552/01, 5/12/2006 § 39). Dolayısıyla halka açık yerde yapılan her türlü gösterinin günlük hayatın akışında belli bir karışıklığa sebep olabileceği ve olumsuz tepkilere yol açabileceği açıktır. Bu durumların varlığı toplantı hakkının ihlal edilmesini haklı gösteremez (bkz. Achouguian/Ermenistan, B. No: 33268/03, 7/7/2008, § 90; Berladir ve diğerleri/Rusya, B. No: 34202/06, 10/7/2012, §§ 38-43; Disk ve Kesk/Türkiye, B. No: 38676/08, 27/11/2012, § 29)¹¹⁷².

Yukarıdaki ifadeleriyle Anayasa Mahkemesi, şiddete karışmayan bireylerin barışçıl gösteri hakkının korunması gerektiğini ifade etmiştir. *Ali Orak ve İrfan Gül Başvurusu*’nda da Mahkeme’nin konumu benzer şekildedir. Ancak *Yonca Verdioğlu Şık Başvurusu*’nda Mahkeme’nin konumu, bu içtihadın zıttıdır. Bu durum karşısında şu şekilde belirtilmektedir: “Başka kişilerin suç teşkil eden eylemlerinin, kamu düzeninin bozulmasından endişe duyularak, temel hak ve hürriyetlerini barışçı biçimde kullanmak isteyen kişilerin haklarının da sınırlandırılması için gerekçe yapılması, bu hak ve hürriyetleri etkisiz hale getirebilecektir. Böyle bir durumun, sadece ...AİHM ve AYM kararlarına ters düşmekle kalmayıp, tüm hak ve hürriyetler açısından da ciddi sakıncalar doğuracağı açıktır¹¹⁷³.” Bu durum, demokratik bir toplumda zorlayıcı bir ihtiyaçtan kaynaklanmayacak sınırlandırmalara da yol açabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun kendinden beklenen işlevleri yerine getirmesi de mümkün olmayacaktır.

¹¹⁷¹ *Yonca Verdioğlu Şık*, § 98.

¹¹⁷² *Osman Erbil*, § 48-49.

¹¹⁷³ *Yonca Verdioğlu Şık*, Üye Engin Yıldırım ile Üye Osman Alifeyyaz Paksüt’ün Karşıoyları, § 4.

2. Ölçülülük Testi ve Adil Denge

Ölçülülük ilkesinin kullanıldığı yer doğal olarak ölçülülük testidir. Günümüzde bu test yargısal bir vakıadır; Kanada'dan İsrail'e, Güney Afrika'dan Hindistan'a kadar pek çok ulusal hukuk sisteminde uygulandığı gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi gibi uluslararası ve Avrupa Birliği gibi uluslararası sistemlerde de uygulanmaktadır¹¹⁷⁴. Ancak her ulusal mahkeme veya uluslararası organın ölçülülük ilkesini uygulamak konusunda aynı derecede hevesli olduğunu söylemek mümkün değildir. Dahası, doktrinde de ölçülülük ilkesine yönelik ciddi eleştiriler bulunmaktadır.

Ölçülülük ilkesi konusundaki tartışmalı durumu açıklamak için doktrinde birbiri ardına gelen iki makaleyi örnek vermekte fayda vardır. Bu makaleler, 2015 tarihli “*Philosophical Foundations of Human Rights*” isimli editoryal çalışmada yer almaktadır. Birincisi George Letsas tarafından yazılmış olan “*Rescuing Proportionality (Ölçülülüğü Kurtarmak)*” isimli makaledir. İkincisi ise hemen ardından gelen ve bu makaleye cevap niteliği taşıyan ve Guglielmo Verdirame tarafından kaleme alınan “*Rescuing Human Rights from Proportionality (İnsan Haklarını Ölçülülükten Kurtarmak)*” isimli makaledir.

Bu makalelerden birincisi, baskın yargısal konumun ölçülülük ilkesini, faydacı bir şekilde kullanmak yönünde olduğunu, halbuki ölçülülük ilkesinin fayda – maliyet hesabı olmadığını, mahkemelerin de bu ilkeyi bu şekilde anlaması gerektiğini hipotez edinmiştir¹¹⁷⁵. İkinci makale ise ölçülülük konusunda umutsuzdur. Buna göre bu testin bir fayda – maliyet hesabına dönüşmesi kaçınılmazdır. Çünkü ölçülülük testinde bir müdahalenin, yani bir hakkın varlığı kabul edilmiştir; ancak bu hakka yapılan müdahale, temel hakla dengelenerek karar verilmektedir. Bu durumda temel haklar nasıl dokunulmaz olabilir? Ölçülülük ilkesi ile dokunulmaz olduğu iddia edilen hakların kapsamıyla oynanmış olmaktadır. Yazar bunu bir arazinin parseli ve çitle çevrilmesi mecazıyla açıklamaktadır. Buna göre bir parsel söz konusuysa, parselin içindeki alan dokunulmaz olmalıdır. Halbuki çitle çevrili bir alanda çiti her zaman geriye almak ve söz konusu alanla oynamak mümkündür. İşte ölçülülük ilkesi temel hakların kapsamı içerisinde kalan alanda kamu gücünün oynamasına izin verir. Bu durumda ölçülülük

¹¹⁷⁴ Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. METİN, (2017), s. 39-54.

¹¹⁷⁵ LETSAS, (2015), s. 318.

ilkesinin faydacı bir felsefenin kurban olması kaçınılmazdır ve insan haklarının bu ilkedan kurtarılması lazımdır¹¹⁷⁶.

Ölçölülük kavramı hakkında açıklanacak olan tüm hususların yukarıdaki tartışma göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekir. Çünkü bu ilke hakkında yapılacak her değerlendirme, sonuçta bu görüşlerden birini ya destekleyecek ya da ona karşı bir argüman oluşturacaktır. Ölçölülük ilkesinin alt unsurları ele alındığında bu durum daha net ortaya çıkar.

Ölçölülük ilkesinin temel olarak üç alt unsuru bulunmaktadır. Bunlar, elverişlilik, gereklilik (veya etkililik) ve orantılılık (dar anlamda ölçölülük) unsurlarıdır¹¹⁷⁷. Bu unsurlardan ilk ikisinde sınırlandırma seçilen aracın amaca uygunluğu ve etkililiği incelenir. Son ilke ise temel hakların gerek kamu düzeniyle, son zamanlarda ise kendi içinde dengelendiği bir aşamayı ifade eder¹¹⁷⁸. Bu sebeple yukarıda belirtilen tartışma özellikle son aşamada yoğunlaşır.

a. Elverişlilik ve Gereklilik İlkelerinin Değerlendirilmesi

Ölçölülüğün ilk iki alt unsuru olan elverişlilik ve gereklilik ilkeleri şu şekilde tanımlanmaktadır: *“Elverişlilik” öngörülen müdahalenin ulaşmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, “gereklilik” ulaşmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, ...ifade etmektedir¹¹⁷⁹.”*

¹¹⁷⁶ VERDIRAME, Guglielmo; “Rescuing Human Rights from Proportionality”, **The Philosophical Foundations of Human Rights**, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew, LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015, özellikle s. 348.

¹¹⁷⁷ Bu noktada ölçölülük konusunda en önemli çalışmalardan birini yapmış İsrail Yüksek Mahkemesi eski başkanı Aharon Barak’ın “Proportionality” isimli eserinden bahsetmek gerekir. Yazar bu eserde ölçölülüğün dört unsurdan olduğunu ifade etmiş ve yukarıda belirtilen unsurlara “meşru amaç” unsurunu da eklemiştir. BARAK, Aharon; **Proportionality**, (İbraniceden İngilizceye Çeviren: Doron KALIR), Cambridge University Press, 2012, s. 245 vd. Ancak daha önce belirtildiği gibi mahkemeler bu unsura, ölçölülük testi içinde yer vermemektedir. Bu test, üç aşamalı testin bağımsız bir aşaması olarak ele alınmaktadır.

¹¹⁷⁸ GERARDS, Janneke; “How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights”, **International Journal of Constitutional Law**, Cilt: 11, Sayı 2, 2013, s. 469.

¹¹⁷⁹ Bu konuda pek çok kararın yanında Anayasa Mahkemesi’nin içtihadı bireysel başvuru açısından ilk defa ortaya koyduğu karar için bkz. **Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/817**, Karar Tarihi: 19.12.2013, § 38.

Elverişlilik ilkesinin, kanun koyucunun her durumda en iyi (optimal) aracı kullanmasını zorunlu kılmadığı ifade edilmektedir. Buna göre istenilen neticenin her halükarda gerçekleşmesi zorunlu değildir. Kullanılan aracın başlangıçta ulaşmak istenen amacı soyut düzeyde gerçekleştirmesinin mümkün görülmesi ve hatta amacın kısmen gerçekleşmesi de yeterlidir. Bu nedenle temel hakları sınırlandıran bir kanunun elverişlilik ilkesine aykırılıktan dolayı iptal edildiğine sıklıkla rastlanmamaktadır. Bu sebeple elverişlilik ilkesinin pratikteki önemi oldukça sınırlıdır¹¹⁸⁰.

Elverişlilik ilkesi, sınırlandırma aracı ile meşru amaç arasında rasyonel bir bağlantı olup olmadığının değerlendirilmesidir¹¹⁸¹. Belirtilen sebeple bu kriter, amaç unsuru ile yakın ilişki içerisindedir. Bu durumda önemli olan görüldüğü üzere kanun koyucunun amacı olmaktadır. Çünkü esas itibarıyla gerek yürütme gerekse de yargı işlemleri, kanun koyucunun öngördüğü amaca ulaşılmasını sağlar. Bu sebeple de elverişlilik ilkesinin Türk hukukunda yer aldığı şekliyle bireysel başvuruda değerlendirilmesi zorlaşmaktadır. Çünkü bilindiği üzere Türk anayasa hukukunda yasama işlemleri ile yürütmenin düzenleyici işlemlerine karşı bireysel başvuru yolu kapalıdır.

Gereklilik ilkesinin özünü, elverişli birçok araç arasından ilgililer açısından en az sınırlayıcı aracın (*least intrusive means*) seçilmesi oluşturmaktadır. Görüldüğü üzere bu aşamada farklı araçların kendi arasında bir tartım süreci söz konusudur. Bu sebeple gereklik aşamasında en az sınırlandırıcı aracın seçilmesinde Pareto verimliliği (veya optimumu) adı verilen bir kuramdan faydalanıldığı görülmektedir¹¹⁸². Bu kuram, adını İtalyan iktisatçı ve düşünür Vilfredo Pareto'nun adından almaktadır. Kurama göre genel refah düzeyi ancak, başka bir kişinin yararını azaltmadan en az bir kişinin sağladığı yararda bir artış sağlanabildiği zaman yükseltilebilir. Böylece gereklik ilkesinin anlamı da açıklığa kavuşmuş olur. Hakkın sınırlandırılmasında öyle etkili bir araç seçilmelidir ki bu araç, sınırlandırmanın öngördüğü amaca en elverişli, aynı zamanda da en etkin

¹¹⁸⁰ METİN, (2017), s. 9 -10.

¹¹⁸¹ Barak, bu sebeple belirtilen aşamaya rasyonel bağlantı testi adını vermektedir. BARAK, (2012), s. 303 vd.

¹¹⁸² ALEX, (2002), s. 105, dipnot, 222, ayrıca bkz. RIVERS, Julian; "Proportionality and Variable Intensity of Review" *The Cambridge Law Journal*, Cilt: 65, Sayı 1, 2006, s. 198.

araç olmalıdır¹¹⁸³. Böylece sınırlandırma ancak hakka müdahale edilmediği takdirde bir başka anayasal ilkeye zarar geleceği durumlarda yapılmış olacaktır¹¹⁸⁴.

Ölçülülük ilkesinin kötü şöhreti böylece anlaşılır. Birincisi, her ne kadar gereklilik ilkesi, bir fayda – maliyet hesabının yapılmadığı bir aşama olarak ifade edilse de amaca ulaşmada en gerekli aracın seçilmesi, mutlaka bir dengeleme faaliyetini gerektirir. İkincisi, görüldüğü üzere bu dengeleme faaliyeti, fikirleri İtalyan faşizmine istemeden de olsa dayanak olmuş bir iktisatçının, toplumun genel faydasına ilişkin bir kuramından hareketle yapılmaktadır. Ancak tüm bu yapılanların Dworkin’in ortaya koyduğu gibi birbiri ile yarışan ilkeler arasında yapıldığı, bu sebeple de bu ilkeler arasında tercih yapmaya yaradığı ifade edilmektedir¹¹⁸⁵. Böylece ölçülülük ilkesine de basit bir fayda – maliyet hesabının ötesinde incelikli bir şekilde yaklaşılmaya çalışılmaktadır¹¹⁸⁶.

Türk Anayasa Mahkemesi, temel hakların kamu düzeni gereği sınırlandırılması konusunda değerlendirme yaparken açık bir biçimde elverişlilik, gereklilik ve orantılılık aşamalarını ayırmamıştır. Fakat bireysel başvuruda, özellikle mahkemeye erişim hakkını ilgilendiren hususlarda Anayasa Mahkemesi’nin gereklilik testini kullandığı söylenebilir. Bu durum özellikle idari yargıda dava açma süresinin aşıldığı durumlarda¹¹⁸⁷, adli yargıda da zamanaşımı söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır.

İdari yargıda süreaşımından ötürü verilen ret kararları hakkında Anayasa Mahkemesi’nin yaptığı değerlendirme şu şekildedir:

“Dava açma ya da kanun yollarına başvuru için belli sürelerin öngörülmesi, bu süreler dava açmayı imkansızlaştırmadıkça -hukuki belirlilik ilkesinin gereği olarak mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmaz. Ancak mevzuatta öngörülen süre kurallarının hukuka açıkça aykırı olarak yanlış uygulanması veya bu sürelerin hatalı

¹¹⁸³ BARAK, (2012), s. 321.

¹¹⁸⁴ RIVERS, (2006), s. 199.

¹¹⁸⁵ Bu yönde özellikle bkz. FLORES, Imer B.; “Proportionality in Constitutional and Human Rights Interpretation”, **Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, Sayı: 7, 2013, s. 88-102, özellikle 101-102.

¹¹⁸⁶ VERDIRAME, (2015), s. 346.

¹¹⁸⁷ Bu yöndeki davalar hakkında bkz. **Şener Berçin Başvurusu, Başvuru No: 2013/5516**, Karar Tarihi: 22.01.2015, **Haluk Pek Başvurusu, Başvuru No: 2013/9094**, Karar Tarihi: 04.02.2016, ayrıca bu kararların derlendiği kaynak olarak bkz. **Bireysel Başvuruda İdari Yargıya İlişkin İhlal Kararları**, (Hazırlayan: Mehmet Sadık YAMLI), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2016, s. 23 vd. ve 93 vd.

hesaplanması nedenleriyle kişilerin dava açma ya da kanun yollarına başvuru haklarını kullanmasına engel olunması mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir (Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. , § 38)¹¹⁸⁸.”

Anayasa Mahkemesi’nin gereklilik testini ortaya koyduğu başvuru ise adli yargıda zamanaşımı kuralının katı yorumlanmasından ötürü davaya konu olan *Yaşar Çoban Başvurusu*’nda yapılmıştır. Buna göre; “Hukuki güvenlik ve istikrarın sağlanması bakımından dava açma hakkının belli bir süreyle sınırlandırılması tek başına mahkemeye erişim hakkını ihlal etmemekte ise de öngörülen sürenin makul olması, diğer bir ifadeyle haktan yararlanılmayı imkansız kılacak veya aşırı derecede zorlaştıracak kadar kısa olmaması gerekir. Dava açma süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken dava ile elde edilecek hakkın niteliği, davanın konusu ve kişinin dava hakkının doğduğunu öğrenme imkanına sahip olup olmadığı gibi hususlar gözönünde bulundurulmalıdır. Öngörülen sürenin dava açmak için gerekli araştırma ve hazırlıkların yapılmasına, gerekiyorsa hukuki ve teknik yardım alınmasına yetecek ve hakkın önemiyle orantılı bir uzunlukta olmaması durumunda ölçüsüz olduğu söylenebilir

Dava açma süresinin işlemeye başladığı an da mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçülülüğü bağlamında büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda dava açma süresinin, hak sahibinin henüz dava hakkının doğduğundan haberdar olmadığı ve somut koşullar çerçevesinde haberdar olduğunun kabulünü haklı kılan nedenlerin bulunmadığı bir dönemde işlemeye başlaması dava hakkının varlığını anlamsız kılabileceğinden ölçülülük ilkesini zedeleyebilir.

...mahkemeler, dava açma süresi öngören kanun hükümlerini yorumlarken sınırlamanın istisna olduğu ilkesini gözeterek aşırı şekilcilikten kaçınmalı ve yorum kurallarının imkan verdiği ölçüde davayı ayakta tutma yolunda bir yaklaşım benimsemelidir. Bununla birlikte mahkemelerin sürenin varlık sebebini anlamsız kılma pahasına yorum kurallarının sınırlarını zorlayarak kanunda öngörülen dava açma süresini bertaraf etmesi hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinin zedelenmesine neden

¹¹⁸⁸ **Fatma Altuner Başvurusu, Başvuru No: 2014/17714, Karar Tarihi: 26.10.2017, § 53.**

*olabilir. Bu nedenle süreye ilişkin kanun hükümlerinin yorumunda hukuki güvenlik ve istikrar ilkesi ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki hassas denge gözetilmelidir*¹¹⁸⁹.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı öncelikle terminolojik açıdan bir eleştiriye tabi tutulabilir. Kararda yer alan “*öngörülen sürenin makul olması, diğer bir ifadeyle haktan yararlanılmayı imkansız kılacak veya aşırı derecede zorlaştıracak kadar kısa olmaması gerekir.*” ibaresi hakkın özü kavramı ile karıştırılabilir. Çünkü kullanılan ifade, bu kavramın tanımında yer alan ifadeyle hemen hemen aynıdır. Ancak burada belirtilmek istenen husus, hakkın sınırlanmasında amaca en uygun aracın, yani dava açma süresi olarak makul bir sürenin belirlenmesidir. Bu, aslında mahkemeye erişim hakkının özünü ilgilendiren bir husus olmayıp, gereklilik aşamasına ilişkindir.

Nihayet Anayasa Mahkemesi, yukarıda belirtilen içtihadını adli yargıya konu olmuş bir uyuşmazlığa istinaden ortaya koymasına karşılık, bu içtihadı idari yargıda süreaşımı konusuna da teşmil etmiştir¹¹⁹⁰. Bu durum, idare mahkemelerinde süre konusunda Avrupa İnsan Hakları İctihadı ile de uyumludur¹¹⁹¹. Böylece söz konusu içtihat, genel olarak mahkemelerin mahkemeye erişim hakkı ile hukuki istikrar ilkesi arasında yapacakları bir tercihe yön vermektedir. Mahkemeler, yapacakları değerlendirmede, yukarıda belirtildiği gibi ancak hakka müdahale edilmediği takdirde bir başka anayasal ilkeye (hukuki istikrar) zarar geleceği durumda sınırlandırma yapabileceklerdir.

b. Orantılılık (Adil Denge) İlkesi ve Eleştirileri

Dworkin'in ilke temelli hukuk anlayışı, yukarıda görüldüğü gibi ölçülülük ve adil denge ilkesiyle uyumlu olarak yorumlanmaya çalışılsa da aslında bu konuda bir sorun vardır. Dworkin'e göre temel haklar, hukuk devletinde kozlardır¹¹⁹². Eğer durum böyleyse, yani bir kimse gerekçelendirebildiği bir temel hakka sahipse, bu hak, doğal olarak bir talep içerecek ve bu talep kamu yararına üstün gelecektir. Bu sebeple kamu yararı ile temel hakların birbirleri ile kıyaslanarak dengelenmesi sorunlu bir yaklaşım

¹¹⁸⁹ Yaşar Çoban Başvurusu, Başvuru No: 2014/6673, Karar Tarihi: 25.07.2017, § 65-67.

¹¹⁹⁰ Örnek için bkz. Ertuğrul Dalbaş Başvurusu, Başvuru No: 2014/7805, Karar Tarihi: 25.10.2017, § 64, ayrıca bkz. Fatma Altuner, § 55-56.

¹¹⁹¹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EVREN, Çınar Can; “İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Onüçüncü Maddesi Uyarınca Yapılacak Başvurularda Süre ve Adil Yargılanma Hakkı”, **Memleket Siyaset Yönetim (MSY)**, Cilt: 10, Sayı 24, 2015, s. 76 vd.

¹¹⁹² DWORKIN, (1978), s. xi, 90-92.

olarak kabul görür¹¹⁹³. Ancak Dworkin'in kendisinin de her hakkın her koşulda galebe çalacağını ima etmediği kesindir¹¹⁹⁴. Yazar, temel hakların, birtakım kolektif amaçlara feda edilmesine karşıdır; ancak yine kendisi, bu hakların özellikli bir aciliyet (*special urgency*) karşısında haklı olarak sınırlandırılabilirliğini belirtmektedir¹¹⁹⁵. Dahası Dworkin, birbiriyle yarışan haklar söz konusu olduğunda bunlar arasında bir dengelemeye gidilmesi gerektiğini de açıkça belirtmiştir¹¹⁹⁶. Bu sebeple Dworkin'in temel haklar kuramının orantılılık değerlendirmesi ile ters düşmediği ifade edilmiştir¹¹⁹⁷.

Geniş anlamda ölçülülük ve onun kendine has bir aşaması olan orantılılık kavramının yoğunlukla eleştirildiğine şahit olmak mümkündür¹¹⁹⁸. Doktrinde bu konuda son 10 yılda ciddi tartışmalar olmuştur. Ölçülülüğe yönelik en önemli eleştiriler Möller tarafından beş başlık altında şu şekilde tespit edilmiş ve sayılmıştır¹¹⁹⁹:

- Ölçülülük doktrini, etik açıdan duyarsız olduğundan etik meseleleri görmezden gelmektedir.
- Bu doktrin, aynı zamanda etik meseleleri yanlış değerlendirmektedir.
- Ölçülülük ve özel anlamda orantılılık, birbirleriyle kıyaslanamayacak hususları kıyaslamaktadır.
- Ölçülülük, kendisi etik olarak tarafsız olmasına karşılık hakimleri etik olarak taraf tutmaya sevk etmektedir.
- Nihayet bu ilke, hakimin izlenimlerine dayandığından keyfiliği beraberinde getirir.

¹¹⁹³ VERDIRAME, (2015), s. 346.

¹¹⁹⁴ MÖLLER, Kai; "Proportionality: Challenging the Critics", **International Journal of Constitutional Law**, Cilt: 10, Sayı 3, 2012, (2012-b), s. 710.

¹¹⁹⁵ DWORKIN, (1978), s. 92.

¹¹⁹⁶ DWORKIN, (1978), s. 199.

¹¹⁹⁷ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. WEINRIB, Jacob; "When Trumps Clash: Dworkin and the Doctrine of Proportionality", **Ratio Juris**, Cilt: 30, Sayı 3, 2017, s. 343-344.

¹¹⁹⁸ İngilizce doktrinde de bu konuda uzun bir aradan sonra yapılmış çalışmaların ilklerinden biri Başak Çalı'ya aittir. ÇALI, Başak; "Balancing Human Rights: Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions", **Human Rights Quarterly**, Cilt: 29, Sayı 1, 2007, s. 253-254 ve 269-270.

¹¹⁹⁹ MÖLLER, (2012-b), s. 716-730.

Möller'in ortaya koyduğu bu eleştiriler içinde bir ve iki ile üç ve dört numaralı eleştiriler birbirlerinin devamı niteliğindedir¹²⁰⁰; bunlar esas itibarıyla üç noktada toplanabilir:

- *Ölçülülük değerlendirmesi etik açıdan sorunludur.*

Bu eleştiri, daha önce de belirtildiği gibi ölçülülüğün bir fayda – maliyet hesabına dayanmasından kaynaklanır. Buna göre ölçülülük değerlendirmesi, etik bir meseleyi dikkate almaksızın, temel hakkın sınırlanmasının yalnızca teknik yönüne odaklanmaktadır. Bu sebeple usulen faydalı olsa da yapılan dengeleme, etik açıdan değerlendirilmemiş olmaktadır¹²⁰¹. Ölçülülük ilkesinin en önemli eleştirilerinden birini yapmış olan Tsakyrakis'e göre bunun doğal sonucu olarak da ölçülülük değerlendirmesinde artık neyin doğru neyin yanlış olduğu değerlendirilmemektedir. Mahkemelerin temel sorunu, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği değil, o hakka yönelik müdahalenin ölçüsü olmaktadır. Bu sebeple ölçülülük değerlendirmesi etik açıdan yalnızca duyarsız değil, aynı zamanda tehlikeli ve yanıltıcı; bu usul, insan haklarına bir saldırıdır ve mahkemeleri insan haklarına odaklanmaktan uzaklaştırmaktadır¹²⁰².

- *Ölçülülük ve adil denge ilkesi, birbirleriyle kıyaslanamayacak hususları kıyaslamaktadır.*

Ölçülülük ilkesinin özü orantılılıktır; bu da sınırlanan temel hakkın bir başka temel hak veya kamu yararı ile arasında denge kurulmasını gerektirir. Ancak gerek diğer temel haklar gerekse de kamu yararının kapsamını belirlerken yapılacak hatalar rasyonel olarak dengelenemeyecek hususların birbirleri ile kıyaslanmasını beraberinde getirecektir. Buna kıyaslanamazlık sorunu (*incommensurability problem*) adı verilir¹²⁰³. Yine Tsakyrakis'e göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Otto Preminger – Institut

¹²⁰⁰ Yazar da bunu kısmen ifade etmiştir. MÖLLER, (2012-b), s. 724.

¹²⁰¹ WEBBER, Grégoire; **The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights**, Cambridge University Press, 2009, s. 89-100, özellikle 90-91.

¹²⁰² TSAKYRAKIS, Stavros; "Proportionality: An Assault on Human Rights", **International Journal of Constitutional Law**, Cilt: 7, Sayı 3, 2009, s. 487-488.

¹²⁰³ Bu yönde bilgi için özellikle bkz. ENDICOTT, Timothy; "Proportionality and Incommensurability", **Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning** içinde (Eds: Grant HUSCROFT, Bradley MILLER, Grégoire WEBBER), Cambridge University Press, 2014, s. 315-319, özellikle 317, ayrıca bkz. SMET, Stijn; **Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma**, Routledge, 2016, s. 88-89.

v. Avusturya Davası'nda yaptığı orantılılık değerlendirmesi buna güzel bir örnek oluşturmaktadır. Davaya konu olan olayda, çekilen bir filmde, Hristiyanlık dininin peygamberi ile annesi ve Tanrı, Deccal'le anlaşarak insanlara karşı komplo kurmaktadır; ayrıca bunlar arasında müstehcen içerikli görüntüler de filmde yer almaktadır. Bunun üzerine Avusturya hükümeti filmin dağıtımını yasaklamış, başvuru da dava açmıştır. Olay, iç hukuk yollarının tüketilmesinin ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Mahkeme, yaptığı değerlendirmede sınırlandırmanın demokratik toplumda gerekli olduğunu belirlemiştir. Buna karşın Mahkeme üyelerinin bu davada yaptığı orantılılık değerlendirmesinde, dengelemeye ilişkin çelişkili ifadeler bulunmaktadır¹²⁰⁴.

Otto Preminger – Institut v. Avusturya Davası'nda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üyelerinin çoğunluğu, başvurunun ifade özgürlüğü ile başkalarının hak ve özgürlükleri arasında bir adil denge gözetmeye çalışmıştır¹²⁰⁵. Mahkeme üyelerinin azınlığı ise dini duyguların korunmasının din ve vicdan özgürlüğü kapsamında olmadığını belirtmişler, buna karşılık aynı azınlık yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olduğu sonucuna ulaşmışlardır¹²⁰⁶. Bu durumda azınlığa göre terazinin bir kefesinde başvurunun ifade özgürlüğü olduğu açıktır; durum buysa terazinin diğer kefesinde başkalarının din ve vicdan özgürlüğü yoksa ne vardır? Bu soru yanıtız kalmıştır.

Nihayet yukarıda açıklanan Hatton v. Birleşik Krallık Davası'nda bu sorun daha görünür hale gelmiştir. Bu davada başvurunun gece uykusu, özel hayat kapsamında görülmüş ve bu hak, havaalanındaki uçuş tarifelerinin değiştirilmesinin kamu yararına yapacağı etki ile dengelenmeye çalışılmıştır.

Görüldüğü üzere kıyaslanamayacak hususların kıyaslanması, orantılılık konusunda mevcut en önemli eleştirilerden biridir; bu sebeple bu eleştirinin hafife alınmaması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁰⁷. Doktrinde bu eleştirilere Waldron tarafından mutlak ve kısmi kıyaslanamazlık kuramlarıyla karşılık verilmiştir; bu kuram, eleştirilerin ardından ele alınacaktır.

¹²⁰⁴ TSAKYRAKIS, (2009), s. 479.

¹²⁰⁵ **Otto Preminger – Institut v. Austria**, Application no: 13470/87, 20.09.1994, § 55-56.

¹²⁰⁶ **Otto Preminger – Institut v. Austria**, Hakim Palm, Pekkanen ve Makarczyk'in Ortak Karşılığı, § 6.

¹²⁰⁷ URBINA, Francisco J.; **A Critique of Proportionality and Balancing**, Cambridge University Press, 2017, s. 39.

- Ölçülülük ve orantılılık değerlendirmesi keyfiliği beraberinde getirir.

Bu eleştiri, konu ölçülülük olduğunda tahmin edilebilecek bir eleştiridir; yukarıda örnek verilen davalar incelendiğinde terazinin iki kefesine konacak anayasal değerlerin, hakimlerin dünya görüşleri doğrultusunda belirlenebileceğini söylemek mümkündür. Bu durum kaçınılmazdır; öyleyse ölçülülük değerlendirmesi de zorunlu olarak keyfiliği beraberinde getirmektedir¹²⁰⁸. İlginçtir ki bu yönde ilk eleştiri, kendisi de önde gelen bir postmodernist olan Habermas'tan gelmiştir. Habermas, Alman Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük değerlendirmesinin keyfi ve rasyonel olmayan standartlara dayandığını belirtmiştir¹²⁰⁹.

Tüm bu eleştirilere son dan başlayarak yanıt verilebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki hakimlerin olduğu yerde yapılacak her türlü hukuki değerlendirmenin keyfilikle malul olma potansiyeli vardır. Hakimlerin bir konuda keyfi değerlendirme yapıyor olması, o usulün yanlış olduğu anlamına gelmez¹²¹⁰. Ancak eleştirilere göre ölçülülük ilkesi, hakimleri keyfi değerlendirme yapmaya zorlamaktadır. Bu durumda özellikle orantılılık konusunda geliştirilen zayıf ve güçlü kıyaslanamazlık kuramlarından bahsetmek gerekir.

Waldron'a göre orantılılık ve adil denge konusunda, birbirleriyle kıyaslanamaz hususların kıyaslanmaya çalışıldığı eleştirisinde haklılık payı vardır. Ancak burada mutlak bir biçimde kıyaslanamayacak olan hususlar ile kısmi olarak kıyaslanamazlık arasında bir ayrım yapmak gerekir. Buna göre mutlak kıyaslanamazlık (*strong incommensurability*), hiçbir surette kıyaslanamayacak iki değer arasında bir tercihi ifade eder. Yazar buna; Truva anlatısında, Truva'ya savaş açan Kral Agamemnon'un, Tanrıça Artemis'i kızdırdığı için rüzgar çıkmadığından gemileri hareket ettiremediğinin ve ancak kızını kurban ederse rüzgar çıkacağını kahin tarafından kendisine bildirilmesi üzerine kızını kurban etme kararı vermesini örnek göstermektedir. Kötü şöhretli

¹²⁰⁸ Bu yönde bkz. TSAKYRAKIS, (2009), s. 482, WEBBER, (2009), s. 89.

¹²⁰⁹ HABERMAS, Jürgen; **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**, Wiley and Sons, 1998, s. 259.

¹²¹⁰ MÖLLER, (2012-b), s. 728.

Agamemnon, burada kıyaslanamayacak iki hususu kıyaslamış, bir tarafa kızının hayatını diğer tarafa ise kendi sefer ve yağma hırsını koymuştur¹²¹¹.

Mutlak kıyaslanamazlığın söz konusu olduğu durumlarda bir dengeleme yapmak imkansızdır. Bu durumlarda hareketsiz kalınır; ancak bir de kısmi kıyaslanamazlığın (*weak incommensurability*) söz konusu olduğu durumlar mevcuttur. Örneğin ifade özgürlüğü ile başkalarının itibarı kıyaslanabilecek iki değeri ifade eder. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır. Bu iki değer kıyaslanabiliyor olması, bunlardan birinin seçiminde fayda - maliyet hesabı yapılmasını değil, bilakis yarışan bu değerlerin pratik akıl, yani etik doğrultusunda kıyaslanmasını gerektirir¹²¹². Daha önce örnek verilen Hatton v. Birleşik Krallık Davası ele alındığında bu durumu somutlaştırmak mümkündür. Böyle bir davada bir iktisadi menfaat bağlantılı kamu yararı ile temel hak arasında yapılacak bir dengeleme, fayda – maliyet hesabı ile değil, iki değer arasında hangisinin önce geleceğine yönelik yapılacak etik bir değerlendirme ile mümkün olabilir. Hatta Möller, söz konusu davada, fayda – maliyet hesabı dahi yapılmadığını, Mahkeme'nin, özgül bir iktisadi menfaat için yöre sakinlerinin maruz kaldığı gürültü kirliliği miktarının meşru olup olmadığının belirlendiğini ifade etmektedir¹²¹³. İşte bu noktada kıyaslanamazlık sorununun ne kadar ciddiye alınması gerektiği ve çoğu zaman yanlış anlaşılmasının mümkün olduğu ortaya çıkmaktadır¹²¹⁴.

Temel hak ve özgürlük anlayışını, yalnızca devletin belli haklara dokunmaması üzerine tesis eden Batılı düşünürlerin konuya yaklaşımlarında zaman zaman ciddi sorunlar tespit edilebilir. Bu konuya daha önce belirtildiği gibi Gäfgen Davası ile örnek vermek mümkündür. Davaya konu olan olayda Gäfgen isimli Alman vatandaşı, 11 yaşında bir çocuğu kaçırarak öldürmüştür. Buna karşın başvuru, ailesini arayarak çocuğun yaşadığını söylemiş ve fidye talep etmiştir. Bilahare şahıs, Alman polisi tarafından yakalanmış ve yaşadığı sanılan çocuğun yerini söylemezse uzman kişiler tarafından işkence yapılacağı tehdidiyle ciddi şekilde korkutulmuştur. Bunun üzerine başvuru, çocuğu öldürdüğünü itiraf ederek yerini kolluğa bildirmiştir. Ancak başvuru, bu olayda kolluğun kendisini işkence tehdidiyle korkutmasının işkence ve kötü muamele yasağına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları

¹²¹¹ WALDRON, Jeremy; "Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer", **Hastings Law Journal**, Cilt: 45, Sayı 4, 1994, s. 816.

¹²¹² WALDRON, (1994), s. 816-818.

¹²¹³ MÖLLER, (2012-b), s. 721.

¹²¹⁴ URBINA, (2017), s. 39.

Mahkemesi'ne taşımıştır. Mahkeme de başvurucunun temel hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir¹²¹⁵.

Greer'a göre eğer kaçırılan çocuk yaşıyor olsa idi bu çocuk da eziyet tehdidi altında olacaktır. Devletin ise bu tehdidi ortadan kaldırmak konusunda pozitif bir yükümlülüğü vardır. Yazar, bu durumda en temel mutlak hak olarak gösterilen işkence ve kötü muamele yasağının dahi yatay olarak uygulandığında bir dengeleme sürecine konu edilebileceğini ileri sürmüştür¹²¹⁶.

Greer'a cevap bir başka yazar tarafından verilmiştir. Smet'e göre bu davada, Gäfgen'e yönelik işkence ve kötü muamele yasağı ile çocuğa yönelik işkence ve kötü muamele yasağının farklı olduğunu vurgulamıştır. Buna göre, olayda Gäfgen'in hakkı negatif boyuttur; çocuğun hakkı ise devletin bir pozitif yükümlülüğüdür. Bir hakkın negatif boyutu ise mutlaka pozitif boyutundan önde gelir; bu sebeple devletin hakkın negatif boyutunu ön plana koyarak çocuğu kurtarmak için başka yollar araması gerekir¹²¹⁷. Bu görüşler, Batılı faydacı liberteryanizmin vardığı noktayı göstermek açısından oldukça çarpıcıdır. Hakların pozitif ve negatif boyutları arasında yapılan bu ayırım, kıyaslanamaz değerlerin dengelemeye tabi tutulduğunda ne denli tehlikeli sonuçlara yol açabileceğinin de göstergesidir.

Orantılılık - adil denge değerlendirmesine eleştirel yaklaşım, özellikle son 10 yılda bu kavramların yargısal anlamda gelişmesine büyük katkılar sağlamıştır. Bu sebeple söz konusu eleştiriler oldukça ciddi bir biçimde tartışılmış ve hala tartışılmaktadır. Buna karşın orantılılık - adil denge testi dünyada yaygınlıkla kullanılmaya devam edilmektedir. Bu da söz konusu değerlendirmenin temel hak yargılaması söz konusu olduğunda daha uzun yıllar yapılacağını göstermektedir. Bu konuda şimdiye kadar üzerinde uzlaşmaya varılmış bir husus varsa, o da bahsedilen değerlendirmenin faydacı bir felsefeden ziyade, rasyonel temellere dayanan etik bir yaklaşımla yapılması gerektiğidir. Ancak doktrinde etik bir yaklaşımın içinin nasıl doldurulacağı noktasında oluşmuş bir fikir birliğinden söz etmek mümkün değildir.

¹²¹⁵ **Gäfgen v. Germany**, § 10-23, ayrıca 107.

¹²¹⁶ GREER, (2011), s. 81-82, 87.

¹²¹⁷ SMET, (2013), s. 489-498.

c. Türk Anayasa Mahkemesi İçtihadında Orantılılık (Adil Denge) Değerlendirmesi

Orantılılık – adil denge değerlendirmesi konusuna Türk Anayasa Mahkemesi nasıl cevap vermektedir? Ya da daha önemlisi acaba Türk Anayasa Mahkemesi bu konuya açık bir cevap vermekte midir? Bu hususların yargı kararlarında izlenmesi gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Türk Anayasa Mahkemesi’nin orantılılık değerlendirmesi yapmak konusunda bir tereddüdü bulunmamaktadır. Mahkeme’ye göre elverişlilik ve gereklilik değerlendirmelerinin ardından gelen orantılılık ilkesi, “*bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir*”¹²¹⁸.

Yukarıda görüldüğü üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde orantılılık ilkesinin en sorunlu olduğu alanlardan biri, din ve vicdan özgürlüğü olmuştur. Türk Anayasa Mahkemesi de dengeleme konusunda en ayrıntılı içtihatlarından birini daha önce de konu edilen *Esra Nur Özbey Başvurusu*’nda vermiştir. Bu başvuruda başvuru, inancı nedeniyle giydiği pardösüsünü adliye kapısında çıkartmaya zorlanması nedeniyle din ve inanç özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme’nin tartıştığı ilk sorun, tıpkı Otto-Preminger-Institut Davası’nda olduğu gibi dinsel duyguların din ve vicdan özgürlüğü kapsamında olup olmadığıdır. Mahkeme’ye göre “*Demokratik ve çoğulcu laiklik anlayışının kabul edildiği toplumlarda inanç, düşünce ve hayat tarzları birbirleriyle çatışan insanların barışçıl biraradalığını ve toplumda her türlü inancın kendisini ifade edebileceği çoğulcu bir ortamı sağlamak olanağı vardır. Bu olanak din ve vicdan özgürlüğünün "inanınların dinsel duygularına saygı gösterilmesi hakkı"nı doğurmaktadır*”¹²¹⁹.” Anayasa Mahkemesi, böylelikle önce hakkın kapsamını tespit etmiş ve dinsel duyguların bu kapsamda değerlendirileceğini ifade etmiştir. Bunun ardından da yapılması gereken dengelemeyi şu şekilde belirtmiştir: “*Somut olayda çözümlenmesi gereken mesele, başvuruçunun din ve vicdan özgürlüğüne saygı gösterilmesi hakkı ile "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" ve "kamu düzeninin sağlanması" için yapılan güvenlik aramasında*

¹²¹⁸ Mehmet Akdoğan ve Diğerleri, § 38.

¹²¹⁹ Esra Nur Özbey, § 87.

*başvurucunun kıyafetini çıkartmaya zorlanması arasında meydana gelen ve birbiriyle çatışmalı menfaatlerin ağırlıklarının tartılması hususunu içermektedir*¹²²⁰.”

Anayasa Mahkemesi’nin *Esra Nur Özbey Başvurusu*’nda yaptığı dengelemenin, etik açıdan hak temelli bir deontolojiye dayandığını söylemek mümkündür. Ancak Mahkeme’nin söz konusu tutumunun istikrarlı olduğu söylenemez. Daha önce de belirtildiği gibi, *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*’nda, son derece öznel değerlendirmeler neticesinde terazinin kefeleri gerektiği gibi doldurulamamıştır. *Esra Nur Özbey Başvurusu*’nda pardösü giymeyi dinsel duygular içinde değerlendiren ve bunu kamu yararı ile dengelemeye girişen Anayasa Mahkemesi, *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*’nda vejetaryenliği bu kapsamda değerlendirmemiş, bu sebeple terazinin bir kefesine din ve vicdan özgürlüğünü koymamıştır¹²²¹.

Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda belirtilen iki kararı birlikte değerlendirildiğinde ortaya tehlikeli bir sonuç çıkmaktadır: Orantılılık değerlendirmesi, Tsakyrakis’in belirttiği gibi aslında hakimlerin tarafsızlık maskesi altına gizledikleri dünya görüşlerini yansıtan öznel değerlendirmelere dayanmaktadır¹²²². Çünkü Mahkeme hakimleri, *Esra Nur Özbey Başvurusu*’nda temel hakkın ihlal edildiğine zaten karar vermişler, bunu da orantılılık – adil denge değerlendirmesi ile haklılaştırmışlardır. Halbuki *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*’nda, vejetaryenliği din ve vicdan özgürlüğü kapsamında görmediğinden Mahkeme’nin orantılılık – adil denge değerlendirmesini kullanmasına da gerek kalmamıştır.

Hemen itiraz edilebilir: *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*’ndaki mesele, bir orantılılık meselesi değil, temel hakların kapsamına ilişkin bir meseledir. Bu sebeple belirtilen başvurunun *Esra Nur Özbey Başvurusu* ile orantılılık değerlendirmesi açısından kıyaslanması gerekmez. İşte eleştirilerin odaklandığı husus budur. *Şehmus Özsubaşı Başvurusu*’ndaki mesele, bir orantılılık meselesi olmadığı gibi *Esra Nur Özbey Başvurusu*’nda da orantılılığa ilişkin bir mesele yoktur. Tüm mesele, bir hususun temel hak ve özgürlükler kapsamına girip girmediğidir. Temel hak yargılamasında da zaten hakimler, esas olarak bu tartışmayı yapmakta, ancak kendi görüşlerini adil denge maskesi altına gizlemektedirler. Böylece gerçek sorun tartışılmamaktadır; halbuki

¹²²⁰ *Esra Nur Özbey*, § 88.

¹²²¹ *Şehmus Özsubaşı*, § 37.

¹²²² TSAKYRAKIS, (2009), s. 491.

yapılması gereken temel haklar konusunda fikir farklılıklarını açıkça ortaya koymak ve bunları dürüstçe tartışmaktır¹²²³.

Anayasa Mahkemesi'nin *D.Ö. Başvurusu* ve *D.Ö. (4) Başvurusu*'nda yine din ve vicdan özgürlüğü ile maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı arasında dengeleme yapılmıştır. Bu dengelemeye konu olan olaylarda Anayasa Mahkemesi'nin hak temelli deontoloji yaklaşımından faydacılık temelli bir anlayışa kaydığı da görülmektedir. Her ikisi de aynı kişi tarafından yapılan bu başvurularda başvuru, birinci başvuruda sabah ezanının yüksek sesle okunmasının; ikincisinde ise Ramazan ayında gece vakti davul çalınmasının özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

D.Ö. Başvurusu'nda Anayasa Mahkemesi, dengelemeyi şu şekilde yapmıştır: “...rahatsız olan bireyin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile çoğunluğun inancının bir gereği olan, inananları namaza çağırma niteliği taşıyan ezanın sesinin kamusal alana verilmesi konusunda toplumun menfaatinin dengelenmesi söz konusudur. Bu menfaatlerin demokratik toplumlarda çoğulculuk ve hoşgörü temelinde dengelenmesi gerektiği açıktır.”

...

...demokratik hoşgörü ve çoğulculuk, toplumun büyük çoğunluğunun inancı doğrultusunda bazı uygulamalara izin verilmesini kaçınılmaz kılmakta ve bir arada yaşamının getirdiği bu tür kültürel ve dini uygulamalara belli ölçüde tahammül etme yükümlülüğü doğurmaktadır. Fakat bu yükümlülük, uygulamaların bireylerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını ihlal edecek boyuta ulaşmasına ve katlanılamaz bir yük teşkil etmesine izin verilmesi anlamına gelmemelidir¹²²⁴.”

D.Ö. (4) Başvurusu'nda Anayasa Mahkemesi bu sefer, Ramazan ayında gece vakti davul çalınmasını değerlendirmiştir. Bu değerlendirmesinde de Mahkeme şu ifadeleri kullanmıştır: “Başvurucu, yaşadığı toplum tarafından gelenek olarak kabul edildiği şekliyle davul sesine maruz kalmaktadır. Sesin gece uyku saatlerinde oluşması nedeniyle başvuru kişinin yaşam kalitesinin etkilendiği tartışmasızdır. Ancak maruz

¹²²³ TSAKYRAKIS, (2009), s. 491.

¹²²⁴ *D.Ö.*, § 45, 51.

kalınan sesin ortalama bir insanda oluşturacağı etkinin ve sese maruz kalma süresinin kural olarak katlanılmayacak boyuta eriştiğini söylemek güçtür¹²²⁵.”

Anayasa Mahkemesi’nin her iki kararında başvurucunun, İslam dininin Sünni mezhebinin dini ritüel ve ayinlerine katılmaya zorlanması sebebiyle din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia ettiği görülmektedir. Ancak Mahkeme, her iki başvuruda da başvurucunun din ve vicdan özgürlüğü bağlamında bir değerlendirme yapmamış, onun yerine başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile “çoğunluğun” din ve vicdan özgürlüğü arasında bir dengeleme yapmıştır. Bu durum her ne kadar eleştirilse de¹²²⁶ belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi’nin, söz konusu olayı, başvurucunun din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirmeyerek maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında görmesi isabetlidir. Çünkü Mahkeme’nin de tespit ettiği gibi “*ibadete katılmayacak veya katılsa dahi davul çalınarak uyandırılmak istemeyen bireylerin bu şekilde uyandırılması, ses yüksekliğiyle ilgili olup uyandırılma olgusu, tek başına ibadete zorlama olarak değerlendirilemeyecektir*”¹²²⁷.

Anayasa Mahkemesi, başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi ile özel hayat ve aile hayatına saygı hakkını değerlendirmeye alarak hakkın kapsamını isabetle belirlemiştir. Buna karşın Anayasa Mahkemesi’nin yaptığı değerlendirmede gerekçesini, “çoğunluğun” din ve vicdan özgürlüğüne dayandırması faydacı bir değerlendirme değildir. Halbuki burada değerlendirilmesi gereken husus, özgül bir dini ibadet için yöre sakinlerinin maruz kaldığı gürültü kirliliği miktarının meşru olup olmadığının belirlenmesidir¹²²⁸. Burada yapılacak değerlendirmede çoğunluğun bu ibadete katılıp katılmaması önemli olmayıp, yapılması gereken başkalarının din ve vicdan özgürlüğünün neden başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi ile özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına tercih edildiğini açıklamaktan ibaret olmalıdır.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında “*sınırlandırmayla ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge*

¹²²⁵ D.Ö. Başvurusu (4), Başvuru No: 2014/3735, Karar Tarihi: 12.06.2018, § 45.

¹²²⁶ <https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/179596-aym-ezan-sesi-basvurusunda-once-karar-vermis-sonra-kilif-bulmus>.

¹²²⁷ D.Ö. Başvurusu (4), § 36.

¹²²⁸ Hatton Davası doğrultusunda benzer yönde bkz. MÖLLER, (2012-b), s. 721.

*kurulmasına özen gösterilme(si)*¹²²⁹ gerektiğini ifade etmektedir. Ancak Mahkeme'nin orantılılık – adil denge konusunda verdiği kararlarda, bu dengenin hangi ölçütlere dayandığı net bir biçimde ortaya konamadığı haklı olarak belirtilmiştir. Bu doğrultuda temel hakların kamu yararı ve kamu düzeni gibi muğlak kavramlarla karşı karşıya getirildiği durumlarda, bu ilişkiyi somutlaştıracak ölçütlerin yokluğunun sorunlu olduğu ifade edilmektedir¹²³⁰.

Anayasa Mahkemesi, orantılılık – adil denge değerlendirmesi yaparken iki hususa dikkat etmelidir. Bunlardan birincisi, dengelenecek hakkın kapsamını geniş bir yorumla dürüst ve adil bir biçimde tespit etmektir. İkincisi de dengelenecek hakkın kapsamını tespit ettikten sonra, bu hak ile terazinin diğer kefesindeki menfaatin kıyaslanabilir olup olmadığını belirlemek, eğer söz konusu menfaat etik açıdan açıkça bir temel hak ile kıyaslanamayacak bir menfaatse temel hakka öncelik vermektir.

III. İKİNCİLLİK İLKESİ ve TEDRİCİ GELİŞME KURAMI

İkincillik ilkesi, temel olarak toplumun çeşitli fonksiyonlarının yürütülmesi sorumluluğunun öncelikle daha küçük ve alt kademedeki sosyal birimlere devredilmesi gerektiğini işaret eden tarihsel bir ilkedir. Bu durumda daha büyük ve üst kademedeki sosyal birimler küçük birimlerin yetersiz kaldığı durumlarda devreye girecektir¹²³¹. Bu ilke, bilahare Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargılama usulü açısından büyük önem arz eder hale gelmiştir.

İkincillik ilkesi, sosyolojik olarak Batı Avrupa tarihine özgü bir ilkedir. Bu ilke, 16. yüzyıldan itibaren Katolik Kilisesi'nin Orta ve Batı Avrupa'daki birleştirici işlevini yitirmesiyle gündeme gelmiştir¹²³² ve modern anlamda federalizmle bağlantılıdır. Federal sözcüğü etimolojik olarak Latince'den gelmektedir. Sözcüğün Latincesi "Feoderatus" olup, bu, antlaşma yoluyla bağlılık anlamındadır ve antlaşma anlamına gelen "feodus" ile güvenme anlamına gelen "fidere" sözcüklerinin birleşmesinden

¹²²⁹ **Ata Türkeri Başvurusu, Başvuru No: 2013/6057**, Karar Tarihi: 16.12.2015, § 43.

¹²³⁰ DURMUŞ, Betül; "Bireysel Başvuru Kararlarında Demokratik Toplumda Gereklik Ölçütü", <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Betu%CC%88l-Durmus%CC%A7-Bireysel-Bas%CC%A7vuru-Kararlar%C4%B1nda-Demokratik-Toplumda-Gereklik-O%CC%88lc%CC%A7u%CC%88tu%CC%88.pdf>, s. 5.

¹²³¹ YILMAZ, (2010), s. 222, CHRISTOFFERSEN, (2009), s. 227.

¹²³² ARISOY, Alper; "Avrupa'da Federalizm Geleneği ve Avrupa Bütünleşmesinde Federalist Akımlar", **Ege Akademik Bakış**, Cilt. 10, Sayı. 4, 2010, s. 1199.

türetilmiştir. Anlam olarak ise bağımsız otoritelerin ve topluluklarının belli bazı ilke ve kurallar çerçevesinde bir araya gelmesini ifade etmektedir¹²³³. Böylece federal hiyerarşiyi meydana getiren birimlerin hangilerinin hangi alanlarda yetki sahibi olacakları ikincillik ilkesi uyarınca belirlenmektedir¹²³⁴.

İkincillik ilkesi, feodal kökenlere sahip olduğundan yerel ve ulusal birimler ile merkezi birim arasında güç paylaşımını düzenlemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ikincillik ilkesini, Avrupa toplum düzenindeki anlamından devşirmiştir. Mahkeme, bu ilkeyi usuli ve maddi ikincillik olmak üzere iki temel veçhesiyle kullanmıştır¹²³⁵. Bunlardan usuli ikincillik (*procedural subsidiarity*) ilkesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uyuşmazlıkların öncelikli olarak bir ülkede yargılama yapan ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemeleri tarafından çözülmesini öngörür; bu sebeple usuli ikincillik ilkesinin doğal sonucu, Mahkeme'ye başvurmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmesinin şartıdır. Maddi ikincillik ilkesi ise uluslararası bir organ tarafından yapılan temel hak yargılaması esnasında, denetimin sıklığı ve içeriğinin isabeti konusunda ulusal mahkemelere bırakılan bir takdir alanını ifade eder. Böylece bu ilkenin sonucu da takdir marjı ve temyiz mercii doktrini olmaktadır¹²³⁶.

İkincillik ilkesine mündemiç ilkeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen olayda inceleme yaparken kendini ulusal mahkemeler lehine sınırlandırmasına hizmet eder. Ancak günümüzde ikincillik, ilkesi, artık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tek taraflı teşvikiyle gelişen bir ulusal temel hak ve özgürlükler yorumu üzerine inşa edilmemektedir. Günümüzde bu ilke, ulusal mahkemelerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile diyalog kurarak kendi yorumunu ona tedrici bir biçimde yaklaştırması ve böylece hem yukarıdan aşağı hem de aşağıdan yukarı bir mekanizma

¹²³³ Bu yönde bkz. RODDEN, Jonathan; "Comparative Federalism and Decentralization: On Meaning and Measurement", **Comparative Politics**, Cilt. 36, No. 4, 2004, s. 489.

¹²³⁴ CALABRESI, Steven G.; BICKFORD, Lucy D.; Federalism and Subsidiarity, Perspectives From U.S. Constitutional Law, in **Federalism and Subsidiarity**, (eds. James E FLEMING, Jacob T. LEVY) Nomos, 2014, s. 125.

¹²³⁵ Bu ayırım Samantha Besson tarafından yapılmış olup, yazar, söz konusu tasnifi esas olarak üçlü bir ayırımla yapmış ve maddi ve usuli ikincilliğin yanına, icrai (remedial) ikincilliği koymuştur. İcrai ikincillik ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının icrasına ilişkindir. Bu kısım, temel hak ve özgürlüklerin yorumu konusunda diğer iki ilkenin bir uzantısı niteliğindedir; bu sebeple bu tasnife yer verilmemiştir. Bu yönde bkz. BESSON, Samantha; "Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights?", **The American Journal of Jurisprudence**, Cilt: 61, Sayı 1, 2016, s. 82-83

¹²³⁶ BESSON, (2016), s. 82-83, s. 79-81, benzer yönde bkz. GÖKCAN, Hasan Tahsin; "Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 135, 2018, s. 16.

kurularak evrensel bir temel haklar modeli geliştirilmesini öngörmektedir. Böylece burada incelenecek olan ikincillik ilkesi ve bununla bağlantılı yorum ilkeleri, bizi çalışmanın en başına, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile ulusal mahkemeler arasında yorum yoluyla kurulan diyaloga götürecektir.

A. Usuli İkincillik: İdari ve Yargısal Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı ve Bu Kuralın İstisnaları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35. maddesine göre, Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği kanısında olan bireyin, ilgili devleti Mahkeme'ye şikâyet edebilmesi için, uluslararası hukuka uygun olarak, iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekir. İç hukuk yollarının tüketilmesi gereği, sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin getirdiği bir kural olmayıp, uluslararası bir hukuk kuralıdır. Bu kurala göre, sözleşmeden doğan ihlalleri çözmeye birinci derecede yetkili makamlar iç hukuk makamlarıdır. Bu kapsamda Sözleşme'nin amacı, ulusal hukuk düzenlerinin yerini almak değil, onun olası eksikliklerini gidererek, onu tamamlamaya çalışmaktır¹²³⁷.

İç hukuk yolları genel olarak yargısal yollar, idari ve siyasal yollar olarak üç gruba ayrılabilir¹²³⁸. Bunlardan en etkili olanı kuşkusuz yargısal yollardır. Yani kural olarak tüketilmesi gereken yollar yargı yolları olmakla birlikte, eğer idari bir makam itiraz mercii olarak öngörülmüşse, belirtilen bu idari yolların da tüketilmesi gerekir. Bir yolun tüketilmesi gereken hukuki yollar arasında yer alabilmesi için, sorunu hukuki olarak çözecek mercii görevli olması, sorunu çözüp çözmemenin kurumun takdirine bırakılmaması gerekir. Yani, tüketilmesi gereken yolun etkili olması gerekir¹²³⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediğini re'sen incelemektedir. Başvurucu, iç hukuk yollarının tüketildiğini ispat

¹²³⁷ ANAYURT, (2004), s. 200, GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, (2007), s. 63.

¹²³⁸ GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, (2007), s. 64.

¹²³⁹ Eğer uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak kişilere başvuru yerleri gösterilmiş ve bunlar da kişiler tarafından bilinebilir, kullanılabilir ve istenen hakkında kesinkes bir sonuç alınabilir nitelikteyse başvuru yolunun etkililiğinden söz edilebilir. ANAYURT, (2004), s.208.

etmek zorundadır; fakat tüketilmesi gereken başka bir iç hukuk yolu varsa, bunun da ispat yükümlülüğü şikâyet edilen devlete düşer¹²⁴⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında usuli ikincilik ilkesinden kaynaklanan uygulamalar, Türk anayasa hukukunda da bireysel başvuru açısından da benzer şekilde öngörülmüştür. 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: *“İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.”*

Temel hak ihlallerinin önlenmesi, Anayasa'nın üstünlüğünün sağlanması öncelikle yasama organı, idare ve diğer yargı mercilerinin görevidir. Zira yasama organı, idare ve olağan yargı mercileri bireysel hak ihlallerinin önlenmesinde daha etkin konumdadırlar. Söz konusu şikâyetlerin Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirilmesinden önce ilgili mercilerin bu ihlalleri gidermeleri beklenmektedir. Bütün bu aşamalardan geçtikten sonra bireysel başvuru en son, nihai çare olarak devreye girecektir¹²⁴¹.

Anayasa Mahkemesi'ne göre; *“6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması, başka bir deyişle bireysel başvuru yapıldığı tarihte başvuru koşullarının tamamının sağlanmış olması gerekir”*¹²⁴². Bu durumda Anayasa Mahkemesince karara bağlanmadan önce başvuru yolu sonuçlanmış ve bu tarih itibarıyla tüketilmiş olsa bile, başvuru tarihindeki durum dikkate alınarak inceleme yapılmakta ve başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezliğine karar verilebilmektedir.

¹²⁴⁰ Bu yöndeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı için bkz. GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, (2007), s. 70.

¹²⁴¹ EKİNCİ, Hüseyin; SAĞLAM, Musa; **Sorularla Bireysel Başvuru**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2014, s. 47-48.

¹²⁴² **Ümit Ata Başvurusu, Başvuru No: 2012/254**, Karar Tarihi: 06.02.2014, § 33.

1. Maddi ve Şekli Anlamda Tüketilme

Anayasa Mahkemesi, idari ve yargısal yolların tüketilmesi kuralını hem şekli hem de maddi anlamıyla kavramaktadır. Başvuru yollarının şekli anlamda tüketilmesi, hukuki başvuru yollarının ilgili mevzuatta öngörülen usullere uygun olarak, kullanılmış olmasıdır¹²⁴³. Yani başvuru, dikey anlamda mevcut tüm usuli yollara başvurmuş, fakat bunlardan sonuç alamamış olmalıdır. Ancak bu başvuruların da usulüne göre yapılmış olması lazımdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre; *“Bir kanun yoluna başvurulmuş olması tek başına bu yolun tüketildiği anlamına gelmez. Bir kanun yolunun tüketildiğinden söz edilebilmesi için öncelikle usulüne uygun bir başvuru yapılması, yapılan başvurunun sonucunun beklenmesi ve inceleme süresince öngörülmüş olan yöntem, biçim, süre ve diğer koşullara uygun hareket edilmesi gerekir”*¹²⁴⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin şekli anlamda tüketme kavramını yorumlayışında özellikle hukuk ve ceza muhakemesindeki alternatif yolların tüketilmesinin gerekli olup olmadığı önemlidir. Anayasa Mahkemesi, bazı davalarda ceza muhakemesi yollarının tüketilmiş olmasını yeterli görmemekte, aynı zamanda hukuk yollarının da tüketilmiş olmasını aramaktadır¹²⁴⁵. Mahkeme, *Işıl Yaykır Başvurusu*'nda; *“fiziksel ve zihinsel bütünlüğe ait unsurlara karşı yapıldığı iddia edilen müdahaleler ile ilgili olarak, başvuru tarafından yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulmuş olduğu nazara alındığında, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için etkili başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiği söylenemez”*¹²⁴⁶ ifadelerini kullanmaktadır. Dahası, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu içtihadı, ölümlü bir olaya dahi teşmil ettiği görülmektedir¹²⁴⁷. Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadından bir ayrılıştır; bu tutumun rasyonel bir temele de dayandığını söylemek mümkün olmadığından, Mahkeme'nin yaklaşımı doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir¹²⁴⁸.

¹²⁴³ ÇELİKAY, Hakan Sabri; “Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının “Başvuru Yollarının Tüketilmesi” Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 73, Sayı 1, 2015, s. 38.

¹²⁴⁴ **Hilal Özkök Başvurusu (2), Başvuru No: 2013/5028**, Karar Tarihi: 14.01.2014, § 28.

¹²⁴⁵ ŞİRİN, (2015), s. 106, ÇELİKAY, (2015), s. 42.

¹²⁴⁶ **Işıl Yaykır**, § 46.

¹²⁴⁷ **Mehmet Ali Emir**, § 62.

¹²⁴⁸ ŞİRİN, (2015), s. 108.

Maddi anlamda tüketme şartı temel hak ihlali ile ilgili iddiaların Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru konusu yapılmadan önce, bahsi geçen ihlal iddialarının diğer mahkemeler önünde açıkça ileri sürülmesinin gerekli olup olmamasına ilişkindir¹²⁴⁹. Anayasa Mahkemesi, başvuru yollarının tüketilmiş olması için ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemeleri önünde temel hak ihlali iddiasının öne sürülmüş olmasını aramaktadır. Ancak maddi anlamda tüketme kuralı, temel hak ihlali iddialarına ilişkin anayasal hükümlerin derece mahkemelerinde açıkça ifade edilmesini gerektirmez, önemli olan bu iddialara ilişkin maddi vakıaların mutlaka ileri sürülmesidir¹²⁵⁰. Anayasa Mahkemesi, bu durumu *Bayram Gök Başvurusu*'nda şu şekilde ifade etmiştir: “*Başvurucunun bireysel başvuru konusu şikayetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve delilleri zamanında bu makamlara sunması, bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir.*”

...olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler önünde dayanılmayan iddialar Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet konusu edilemeyeceği gibi genel mahkemelere sunulmayan yeni bilgi ve belgeler de Anayasa Mahkemesine sunulamaz¹²⁵¹. ”

2. Başvuru Yollarının Tüketilmesi Koşulunun İstisnaları

Bireysel başvuru, temel hakların korunmasında ikincil bir yol olması sebebiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Bununla beraber başvuru yollarının tüketilmesi ilkesinin mutlak şekilde uygulanmasının temel hak ve özgürlüklerin etkin kullanımını ve korunmasını engelleme ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle başvuru yollarının tüketilmesi kuralının bazı istisnaları olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu konuda ne Anayasa ne de 6216 sayılı Kanun'da bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bireylerin özel ve istisnai koşullar altında kanunlarda öngörülmüş diğer hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünden muaf tutulabilmeleri, başvuru yollarının tüketilmesi kuralının bireysel başvurunun amacı

¹²⁴⁹ ÇELİKİYAY, (2015), s. 46.

¹²⁵⁰ ÇELİKİYAY, (2015), s. 48.

¹²⁵¹ **Bayram Gök Başvurusu, Başvuru No: 2012/946, Karar Tarihi: 26.03.2013, § 18, 20.**

dikkate alınarak aşırı şekilcilikten uzak ve belli ölçüde esneklikle uygulanması gerektiği yaklaşımının bir gereğidir¹²⁵².

Anayasa Mahkemesi uygulamasına ilişkin yapılan değerlendirmeler göz önüne alındığında, başvuru yollarının tüketilmesi koşuluna getirilen istisnaları şu şekilde saymak mümkündür¹²⁵³:

- *Başvuru yolunun ulaşılabilir olmaması,*
- *Başvuru yollarının etkisiz olması,*
- *Başvuru yollarının tüketilmesi kuralına sıkı sıkıya uyulmasının telafisi imkansız bir zarara yol açacak olması,*
- *Başvuru yolunda müstakar (yerleşik) içtihat sebebiyle makul bir başarı şansının bulunmamasıdır.*

Başvuru yolunun ulaşılabilir olmaması: Bu istisna, Şirin tarafından ortaya konan bir istisnadır. Yazar bu konuda *Menduh Ataç Başvurusu*'nu örnek göstermektedir. Başvuruda kanun yararına bozma yolu tartışılmış ve bu yol, başvuru yollarının tüketilebileceği değil, fakat kamusal makamların tüketilebileceği bir yol olarak görüldüğünden bu yolun tüketilmesi koşulu aranmamıştır¹²⁵⁴. Esasında bu durum, bir istisna dahi olmayıp burada başvuru yolunun zaten tüketilebileceği bir yolun mevcut olmadığını ifade etmek gerekir.

Başvuru yollarının etkisiz olması: İdari ve yargısal yolların tüketilmesinin önemli bir istisnası, Anayasa Mahkemesi tarafından *Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu*'nda somutlaştırılmıştır. Başvuruya konu olan olayda twitter.com isimli internet sitesi, 5651 Sayılı Kanun uyarınca kapatılmış, ancak başvuru yolları bu karara karşı açtıkları davada yürütmeyi durdurma kararı almışlardır. Buna karşın bu idare mahkemesinden alınan bu karar derhal uygulanmamış, başvuru yolları da bunun üzerine

¹²⁵² EKİNCİ, SAĞLAM; (2014), s. 61.

¹²⁵³ Bu istisnalar şu kaynaklardan derlenmiştir: BİLGİN, Ahmet Burak; “3 Yıllık Bireysel Başvuru Uygulamasında “Tüketme” Kuralına İlişkin Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı: Olumlu ve Olumsuz Örnekler/Yaklaşımlar”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 14, Sayı 159, 2016, s. 1269, ayrıca ŞİRİN, (2015), s. 114.

¹²⁵⁴ Menduh Ataç Başvurusu, Başvuru No: 2103/1751, 13.06.2013, § 16, ŞİRİN, (2015), s. 114.

ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla başvuruda bulunmuşlardır. Mahkeme'nin yaptığı değerlendirme şu şekildedir:

“Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Söz konusu idari uygulamaya ilişkin yukarıda belirtilen yürütmeyi durdurma kararına rağmen başvuru sahiplerinin ihlal iddiasına konu olan twitter.com isimli siteye erişimin halen mümkün olmadığı görülmektedir. Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır. Bu durumda yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının söylenemeyeceği ve böylece başvuru sahiplerinin idare mahkemesine başvurmalarının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılmıştır¹²⁵⁵.”

Devam eden yargılamalarda, makul sürede yargılama yapma yükümlülüğünün yerine getirilmediği iddiası ile bireysel başvuruda bulunulabilmesi, başvuru yollarının tüketilmesi kuralının istisnalarından birini teşkil etmektedir. Bu durumda başvuru yollarının tüketilmesi şartının aranması, makul sürede yargılama yapma yükümlülüğüne aykırı davranılması nedeniyle meydana gelen sonuçları ortadan kaldırmayacaktır. Aksine, makul olmadığı iddia edilen yargılama faaliyetinin daha da uzamasına ve başvuru açısından zararın daha da artmasına ve ihlalin sonuçlarının ağırlaşmasına neden olacaktır¹²⁵⁶.”

Başvuru yollarının tüketilmesi kuralına sıkı sıkıya uyulmasının telafisi imkansız bir zarara yol açacak olması: Anayasa Mahkemesi, temel haklara yönelik telafisi imkansız bir zarara yol açacak işlemlere örnek olarak sınırdışı işlemlerini göstermektedir. *Laura Alejandra Caceres Başvurusu*'nda Mahkeme, bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “... idare mahkemeleri sınır dışı edilme kararı hukuka aykırıysa

¹²⁵⁵ Yaman Akdeniz Ve Diğerleri, § 26.

¹²⁵⁶ EKİNCİ, SAĞLAM; (2014), s. 62.

ya da ilgilinin sınır dışı edilmesi halinde gönderileceği ülkede yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılırsa yürütmeyi durdurma kararı verebilir. Ancak başvurulmasına rağmen idari yargı mercilerince yürütmeyi durdurma talebinin ve buna karşı yapılan itirazın reddine karar verilmiş ve kişinin yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik tehlike devam ediyorsa anayasal haklara saygı ilkesi Mahkemenin bu başvuruları incelemesini gerektirir. Bu durumda ilgili bireysel başvuru yapabilmek için idari yargı mercileri önündeki davanın sonuçlanmasını beklemek zorunda bırakılamaz¹²⁵⁷.”

Laura Alejandra Caceres Başvurusu’na ilişkin olarak şu hususu belirtmek gerekir: Bu başvuru, idare mahkemesinin yürütmeyi durdurma istemini reddetmesi üzerine yapılmış bir başvurudur. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi, başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiş, konuyu geçici tedbir boyutuyla incelemiştir¹²⁵⁸ ancak bu kararı verirken yukarıda belirtilen ilkeyi ortaya koymuştur.

Başvuru yolunda müstakar (yerleşik) içtihat sebebiyle makul bir başarı şansının bulunmaması: Anayasa Mahkemesi, nihayet belli bir konuda müstakar (yerleşik) içtihat bulunması sebebiyle başvuru yolunun başarısız olması kesin olduğunda da tüketme kuralını uygulamamaktadır. Bu ilke *Deniz Baykal Başvurusu* ile *Orhan Ersoy Başvurusu*’nda ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu başvurularda, dava konusuyla ilgili içtihadı göre yapacağı bir temyiz başvurusunun başarısızlıkla sonuçlanacağını ispat etmesi durumunda, başvurucunun başvuru yollarını tüketmesine gerek olmayacağına hükmetmiştir¹²⁵⁹. Mahkeme bu hususu şu şekilde belirtmektedir: “*Temyiz mahkemesinin yakın zamanda vermiş olduğu ve başvurucunun davasına da uygulanacak nitelikteki bir karar varsa ve temyiz mahkemesinin bu kararını değiştirmesi ihtimal dâhilinde görünmüyorsa başvuru, iç hukuk yollarını tüketmiş sayılacaktır*”¹²⁶⁰.

Anayasa Mahkemesi, zaman içinde bu istisnayı uygularken kendi içtihadında çelişkiye düşmüştür. *Sep İnşaat Sanayi Ve Ticaret Limited Şirketi Başvurusu*’nda

¹²⁵⁷ **Laura Alejandra Caceres**, § 25.

¹²⁵⁸ BİLGİN, (2016), s. 1276.

¹²⁵⁹ BİLGİN, (2016), s. 1283.

¹²⁶⁰ **Deniz Baykal Başvurusu**, Başvuru No: 2013/7521, Karar Tarihi: 04.12.2013, § 30, **Orhan Ersoy Başvurusu** (3), Başvuru No: 2013/7322, Karar Tarihi: 20.03.2014, § 25.

Anayasa Mahkemesi, davanın Yargıtay'da temyiz edilmesi üzerine kısmen kabul kısmen reddedilmesi üzerine tekrar temyiz başvurusunda bulunulmamasının, başvuru yollarının tüketilmesi kuralına istisna oluşturmayacağı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur¹²⁶¹. Halbuki olayda davacının tekrar temyize başvurmak istememesindeki sebebin aynı sonucu almak için yine yıllar boyunca beklememek istemesi olduğu anlaşılmaktadır¹²⁶². Bu başvuru hakkında son olarak şu tespiti yapmak gerekir: Esas olarak Anayasa Mahkemesi'nin bu değerlendirmesine, 15 üyeden 3 üye karşı oy kullanmıştır; 4 üye ise başvurunun süresi içinde yapılmadığı için kabul edilemez olduğu gerekçesiyle karara katılmışlardır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı bakışında 8'e karşı 7 gibi bir çoğunlukla belirtilen argümanın benimsendiği görülmektedir. Bu sebeple söz konusu içtihadın ilerleyen zamanlarda değişmesi mümkün olabilecektir.

B. Maddi İkincillik: Takdir Marjı ve Temyiz Mercii Doktrinleri

Maddi ikincillik ilkesi esasa ilişkindir. Bu da Anayasa Mahkemesi'nin ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemelerinin yaptığı yargısal denetimin sıklığı ve içeriği üzerinde hangi ölçüde duracağı ile alakalıdır. Anayasa Mahkemesi ile diğer mahkemeler arasında kurulan ilişki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile ulusal mahkemeler arasında kurulan ilişkiye benzemeye başlamaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uluslararası bir organdır; bu durumda öncelikle Anayasa Mahkemesi ile yine aynı ülkenin ulusal mahkemeleri arasında takdir marjı ilişkisi nasıl kurulabilir? Bu sorunun yanıtlanması gerekir.

1. Takdir Marjı Doktrini

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise yargılamasında istisnai ve ikincil nitelikte bir inceleme yapmaktadır. Bu sebeple Mahkeme, başarılması hiç de kolay olmayan bir

¹²⁶¹ “Somut olayda, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 20/9/2007 ve 8/4/2010 tarihli temyiz incelemeleri ile 24/6/2011 tarihli karar düzeltme incelemesi yaparak bozduğu kararlardan sonra İlk Derece Mahkemesinin bozma ilamlarına uymak suretiyle verdiği 26/9/2012 tarihli karara karşı başvuru temyiz yoluna başvurmadan bireysel başvuruda bulunmuştur. Dava konusu uyuşmazlığa ilişkin Yargıtay Dairesinin farklı bir sonuca ulaşmasına engel ulusal düzeyde bir içtihat nedeniyle temyiz başvurusunun başarısız olacağı ispat edilmediği gibi ilgili Yargıtay Dairesinin kararını değiştirmesi ihtimalinin de bulunması gözönünde bulundurulduğunda İlk Derece Mahkemesince verilen son karara karşı da olağan kanun yollarının tüketildiği söylenemez.” **Sep İnşaat Sanayi Ve Ticaret Limited Şirketi Başvurusu, Başvuru No: 2013/311**, Karar Tarihi: 25.02.2016, § 39.

¹²⁶² Bu yönde bkz. **Sep İnşaat Sanayi Ve Ticaret Limited Şirketi**, Üye Serruh Kaleli'nin Karşılığı.

görev ile karşı karşıyadır. Bir yandan egemenliklerine kıskançlıkla sahip çıkan ulus devletlerin kendi ülkelerindeki işlemlerinin insan haklarına uygunluğunu denetleyecek, bir yandan da Sözleşme’de düzenlenen hakların etkin bir şekilde korunmasını sağlayacaktır. Bu durum, taraf devletlerin Avrupa Konseyi üyeliğinden ve Sözleşme sisteminden dışlanmamalarına özen gösteren bir anlayışın gelişmesini gerektirmiştir¹²⁶³.

Belirtilen sebeplerle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, taraf devletlerin egemenlik yetkilerine saygı göstermek amacıyla taraf devletlerin Sözleşmeden kaynaklanan ödevlerinin kapsamını ve niteliğini tayinde taraf devletlere belli bir serbestiyet tanımıştır. İşte devletlerin sahip olduğu bu serbestîye ulusal takdir yetkisi ya da takdir (değerlendirme) marjı adı verilmektedir¹²⁶⁴. Bu doktrin, ilk defa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından *Handyside v. Birleşik Krallık Davası*’nda verilen kararda ortaya konmuştur¹²⁶⁵. Bilahare bu kavram, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile ulusal mahkemeler arasında kurulan ilişki açısından oldukça dikkat çeker hale gelmiştir¹²⁶⁶.

a. Takdir Marjı Doktrininin Gelişimi ve Kapsamı

Takdir marjı doktrininin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdindeki içtihadı gelişimi, 1956 yılındaki Yunanistan v. Birleşik Krallık ile 1961 yılındaki *Lawless v. İrlanda Davaları*’na kadar götürülmektedir. Bu davalarda kavramdan açıkça bahsedilmemekle birlikte “*Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike*” teriminin yorumlanışında devletlerin sahip olduğu takdir marjının büyük rol oynadığı bilinmektedir¹²⁶⁷. Bunun ardından kavram, Belçika Dil Davası’nda ima edilmiş, nihayet 1976’daki *Handyside Davası*’nda açıkça ifade edilmiştir¹²⁶⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, son olarak 2008 yılında takdir marjı doktrini hakkında detaylı olarak şu değerlendirmeyi yapmıştır: “*Yetkili ulusal makamlara bir takdir marjı bırakılmak zorundadır... Takdir marjının kapsamı, Sözleşmedeki hakların niteliği, bireyler için önemi, müdahalenin niteliği, müdahale ile ulaşılmak istenen amaç*

¹²⁶³ ÇOBAN, (2008), s. 190.

¹²⁶⁴ ÇOBAN, (2008), s. 189.

¹²⁶⁵ *Handyside v. The United Kingdom, Application No: 5493/72*, 07.12.1976, § 48-49.

¹²⁶⁶ Bu yönde bkz. THOMASSEN, (2013), s. 97-100.

¹²⁶⁷ Takdir marjı doktrininin gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİRİN, Tolga; “Takdir Marjı Doktrini Ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, *Legal Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 2, Sayı 4, 2013, s. 365-367.

¹²⁶⁸ ARAI-TAKAHASHI, (2002), s. 6-7.

da dâhil olmak üzere birçok faktöre dayanır ve çeşitlenir. Söz konusu hakkın, kişinin yakın ve kilit haklardan etkili biçimde yararlanması için çok önemli olması halinde marj daha dar bir eğilim gösterir... Kişinin varlığı veya kimliğinin özellikle önemli bir alanının tehlike altında olması durumunda, Devlete bırakılan marj, sınırlanacaktır... Buna karşılık, söz konusu menfaatin görece önemi hakkında veya bunun en iyi nasıl korunacağına ilişkin Avrupa Konseyine üye devletler arasında konsensüsün olmadığı durumlarda marj genişleyecektir¹²⁶⁹.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal takdir marjı doktrinini pek çok farklı bağlamda kullanmaktadır. Mahkeme'nin hem Sözleşmenin uygulanmasındaki kendi rolünü belirlerken hem de Sözleşmenin düzenlediği hakların içeriğini ve taraf devletlerin sözleşmeden kaynaklanan ödevlerinin kapsamını tespit ederken bu doktrine başvurduğu belirtilmektedir¹²⁷⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bugüne dek verdiği kararlarda takdir marjı doktrinini iki farklı biçimde kullanması söz konusu olmaktadır. Bunlardan birincisi hukukilik denetimi ile siyasi denetim arasında ayırım yapılmasını sağlayan, böylece evrensel insan hakları hukuku ile ulusal insan hakları siyasetini birbirinden ayıran maddi takdir marjı kavramıdır. Bu kavrama göre insan hakları hukukunun gerektirdiği asgari ölçülerde düzenlemeler yapılması, ulusal makamların ve özellikle yasama organının adeta bir yükümlülüğü haline gelmektedir¹²⁷¹.

Takdir marjı doktrininin ikinci kullanılış biçimi, yapısal takdir marjı kavramıyla somutlaşmaktadır. Buna göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen olayda yapacağı inceleme, Mahkeme'nin uluslararası bir statüsünün bulunması sebebiyle ulusal mahkemelerin yapacağı incelemeden daha farklı olacaktır. Bu doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yapacağı incelemede ulusal makamların olayları yorumlayış biçimlerini, ancak hakka yönelik meşru olmayan bir müdahale olduğu takdirde ve bu müdahalenin açık bir takdir hatası içermesi sebebiyle denetleyebilecektir¹²⁷².

¹²⁶⁹ Çeviri Şirin'e aittir. ŞİRİN, (2013), s. 368.

¹²⁷⁰ ÇOBAN, (2008), s. 192.

¹²⁷¹ LETSAS, George; “Two Concepts of Margin of Appreciation”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 26, Sayı: 4, 2006, s. 706.

¹²⁷² LETSAS, (2006), s. 706.

Önüne gelen somut olayda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yapacağı incelemenin kapsamı ve sınırları konusunda önünde iki yol vardır. Bunlardan birincisi, Mahkeme'nin ulusal mahkemelerin kararlarını göz ardı ederek Sözleşme hükümlerini doğrudan doğruya somut olaylara kendisinin uygulamasıdır. İkincisi ise kendisini tamamen ulusal makamların Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirirken iyi niyetli ve makul davranıp davranmadıklarını incelemeye sınırlamasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu alternatiflerden herhangi birisine sıkı sıkıya bağlı kalmayı reddetmiştir. Önüne gelen davalarda olayın niteliğini dikkate alarak farklı tutumlar benimsemiştir. Mesela, mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili başvurularda Mahkemenin denetimi ulusal makamların kararlarının makul bir dayanağının olup olmadığıyla sınırlı kalırken bireysel özgürlük hakları ile ilgili olarak daha sıkı bir denetim uygulamaktadır¹²⁷³.

Takdir marjı doktrini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kullandığı bir yorum ilkesi olarak diğer iki yorum ilkesi ile bağlantılıdır. Bunlardan birincisi, devletin pozitif yükümlülükleridir. Kamu gücünü kullanan kurumların temel hakları gerçekleştirmek için üzerlerine düşen yükümlülüklerin kapsamını tayin etmede takdir marjı doktrini önemli bir rol oynar¹²⁷⁴. İkincisi ise ölçülülük ilkesinin kullanımında takdir marjı doktrininin yeri ve önemidir. Doğaldır ki demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük değerlendirmesi yapan ulusal mahkemeler, farklı olaylar bağlamında birtakım temel haklara veya bu haklar karşısındaki birtakım menfaatlere öncelik verecektir. Bu sebeple takdir marjı doktrini, ölçülülük ilkesinin diğer yüzü olarak adlandırılmıştır¹²⁷⁵.

Türk hukukunda bireysel başvuru yolunun gelmesi ile birlikte Anayasa Mahkemesinin yapacağı incelemenin kapsamı ve sınırları hakkında tartışmalar gündeme gelmiştir. Tüm bu tartışmalar sürerken Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni izleyerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Mahkeme'nin yargı yetkisini tanıyan ülkelerdeki mahkemeler arasındaki yapısal anlamda takdir marjı ilişkisine benzer bir ilişki kurduğu ve bu yönde hüküm tesis ettiği görülmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, takdir marjı doktrinini, esas olarak yukarıda belirtilen iki yorum ilkesinin ipini gevşetmek veya sıkılamak için kullanmaktadır. Bu sebeple takdir

¹²⁷³ ÇOBAN, (2008), s. 197-198.

¹²⁷⁴ Bu yönde bkz. LAYRYSEN, (2016), 225-226.

¹²⁷⁵ ARAI-TAKAHASHI, (2002), s. 14.

marjı doktrininin bu yorum ilkeleriyle olan ilişkisini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi içtihadından izlemekte fayda vardır.

b. Devletin Pozitif Yükümlülüklerinin Belirlenmesinde Takdir Marjı

Takdir marjı doktrininin, devletin pozitif yükümlülükleri söz konusu olduğunda geniş bir kullanım alanı olduğu görülmektedir. Arai-Takahashi, takdir marjı doktrininin yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen konular dışında yaygın bir biçimde kullanıldığını ifade etmektedir¹²⁷⁶. Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 21. Yüzyıl başından bu yana verdiği kararlara bakıldığında, takdir marjı doktrinini bu alanlara dahi teşmil ettiği tespit edilmiştir¹²⁷⁷. Böylece takdir marjı doktrini, hakkın kapsamının belirlenmesinde önemli bir yorum ilkesi olarak kullanılmıştır.

Daha önce belirtildiği gibi devletin pozitif yükümlülükleri maddi ve usuli yükümlülükler olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan devletin etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin yükümlülükler usuli yükümlülüklerdir. Maddi yükümlülükler ise güvence altına alınan hakların tam olarak kullanılabilmesi için yapılması gereken düzenlemeler ve alınması gereken tedbirler olarak kabul edilmektedir. Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, devletin pozitif yükümlülüklerinin belirlenmesinde takdir marjı doktrinini usuli ve maddi pozitif yükümlülüklerin kapsamını tayin etmede ne şekilde kullandığını açıklamak gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin takdir marjı, öncelikle devletin etkin soruşturma yükümlülüğünün sınırlarını tayin amacıyla kullanılmıştır. İstanbul'da, 28 Nisan 1993 tarihinde Ümraniye çöplüğünün patlaması sonucu hayatını kaybeden kişilerin yaşam hakkına ilişkin Öneriyıldız Davası'nda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İstanbul'un bu bölgesindeki sosyal, ekonomik ve şehirciliğe ilişkin sorunların nasıl çözüleceği konusunda kendi görüşlerini yerel makamların görüşlerinin yerine koymanın kendi görevi olmadığını hatırlatmıştır. Mahkeme ayrıca yerel otoritelerin öncelikleri ve kaynakların nasıl kullanılacağını belirleme konusunda geniş takdir yetkisine sahip olduklarını

¹²⁷⁶ ARAI-TAKAHASHI, (2002), s. 220.

¹²⁷⁷ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. LAVRYSEN, (2016), s. 193.

belirtmiştir¹²⁷⁸. Ancak Mahkeme'ye göre, *“bu tehlike ölümcül hale gelmeden önce Ümraniye çöplüğüne gaz tahliye sistemlerinin yerleştirilmesi etkin bir önlem olabilirdi ve bu 1982 Anayasasının 65. maddesine aykırı bir şekilde kaynakların aşırı kullanımı teşkil etmez ya da hükümetin iddia ettiği siyasal sorunlara yol açmazdı. Bu Türk hukukuna aykırı olmayacağı gibi Hükümetin mahkemenin önünde dile getirdiği insani kaygıların da daha iyi bir göstergesi olurdu*¹²⁷⁹.

Görüldüğü gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sosyal problemlerin çözümünde uygulanacak politikaların ne olması gerektiği konusunda taraf devlet makamlarının yerine geçerek karar vermekten imtina etmektedir. Ancak Mahkeme, yaşam hakkını tehdit eden bir tehlikenin bertaraf edilmesi için alınacak etkin bir tedbirin alınmaması sonucu meydana gelen ölüm olayından devleti sorumlu tutmaktadır¹²⁸⁰.

Konu hakkındaki bir diğer ilginç karar Adalı v. Türkiye Davası'dır. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde yaşayan muhalif bir gazetecinin meçhul kişilerce öldürülmesi ile ilgili Adalı davasında Mahkeme taraf devletlerin Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkından kaynaklanan yükümlülüklerinin güç kullanımı sonucu meydana gelen ölümlerde etkin bir soruşturma yapılmasını da kapsadığını hatırlattıktan sonra bu soruşturmanın karşılaması gereken asgari standartları ortaya koymuştur. Yapılan soruşturmanın eksikliklerini de tek tek belirtmiştir. Buna göre; *öldürme olayı evin önünde gerçekleşmesine rağmen, evin terasında ve içinde herhangi bir araştırma yapılmamış, parmak izi aranmamış, olay mahallinin resimleri çekilmemiş, yapılan balistik inceleme KKTC polislerinin elindeki kayıtlarla sınırlı tutulmuş Türkiye polislerinin elindeki kayıtları kapsamamış, bazı önemli tanıklar dinlenmemiş ya da ilgisi olabilecek şahıslar sorgulanmamıştır*.

Cinayetin nedenini bulmaya yönelik bir soruşturma yürütülmemiş, maktülün gazeteci olarak faaliyetleri ile cinayet arasında bir ilişki olup olmadığı yeterince araştırılmamıştır. Ayrıca Mahkeme kamu otoriteleri tarafından yürütülen soruşturmanın kamuoyu denetiminden uzak oluşu ve maktülün ailesinin soruşturma dosyasına ulaşamamasını da göz önüne almıştır. Bütün bu nedenlerle taraf devletin

¹²⁷⁸ ÇOBAN, (2008), s. 206.

¹²⁷⁹ Öneriyıldız v. Turkey, § 107.

¹²⁸⁰ ÇOBAN, (2008), s. 207.

*ölüm olayını etkin bir şekilde soruşturma pozitif ödevini yerine getirmediğine ve yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir*¹²⁸¹.

Görüldüğü gibi Mahkeme bu olayda taraf devletin pozitif ödeviyle ilgili takdir yetkisini oldukça dar tutmuş ve nelerin yapılması gerektiğine kendisi karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı incelemelerde de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin benimsemiş olduğu takdir yetkisi doktrininin genel esaslarıyla benimsendiğini söylemek mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi, *Fatih Birol ve Remziye Birol Başvurusu*'nda tıpkı Öneriyıldız ve Adalı Davalarında olduğu gibi devletin yaşam hakkı söz konusu olduğunda çok daha etkin bir soruşturma yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmiştir.

Söz konusu karara konu olan olayda başvuruçular, oğullarının askerlik görevini yerine getirdiği sırada idarenin kusuru sonucu intihar ettiğini, olay hakkında yürütülen ceza soruşturmasından sonuç alınamadığını, idare aleyhine açtıkları maddi ve manevi tazminat davasının reddedildiğini belirterek Anayasa'da düzenlenen yaşam hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşler, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi ise verdiği kararında şu ifadeleri kullanmıştır: Buna göre; *Yaşam hakkının korunması, silâh altındaki bir askerin askeri makamların kontrolü altında iken “şüpheli” bir biçimde ölmesi durumunda, bağımsız ve tarafsız bir şekilde etkili ve uygun resmi bir soruşturmanın yürütülmesini de gerekli kılmaktadır. Bu şekilde yukarıda bahsi geçen yasal ve idari çerçevenin etkili bir şekilde uygulanması temin edilebilecektir. Bu amaçla yürütülen araştırma ve soruşturmanın öncelikle olayların tam olarak nasıl meydana geldiğinin belirlenmesini, ikinci olarak ise sorumluların tespit edilmesini ve gerek görüldüğünde cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte olması gerekir. Bu kapsamda yürütülen işlemler, ön soruşturma aşamasının ötesine geçmeli ve yargı aşaması da dâhil bütün süreç 17. maddenin gereklerine cevap vermelidir. Böylelikle, derece mahkemeleri hiçbir durumda mağdurların yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığına karşı yapılan saldırıları cezasız bırakmamalıdır*¹²⁸².

¹²⁸¹ Adalı v. Turkey, Application No. 38187/97, 31.03.2005. § 228.

¹²⁸² Fatih Birol ve Remziye Birol Başvurusu, Başvuru No: 2013/19, Karar Tarihi: 07.03.2013, § 73, Sadık Koçak ve Diğerleri, § 77).

Açıkça görüldüğü üzere yaşam hakkı söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesi, tıpkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi devletin etkin bir soruşturmayı nasıl yapması gerektiğine ilişkin detaylı ve kapsamlı açıklamalar yapmaktadır. Bu durum, devletin usuli pozitif yükümlülüklerinin belirlenmesinde önemli doktrinlerden biri olan takdir marjı doktrininin, iç hukukta Anayasa Mahkemesi tarafından da aynı doğrultuda kullanıldığını göstermektedir. Öyleyse Anayasa Mahkemesi, maddi yükümlülüklerin kapsamını belirlerken takdir marjı doktrinini nasıl kullanmaktadır? Bu sorunun cevabı yine Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiştir:

“Anayasa Mahkemesi, devletin bir alanda pozitif yükümlülüğünün olup olmadığına karar verirken toplumun genel çıkarları ve bireyin çıkarları arasında ulaşılmaya çalışılan dengeye önem verecektir. Devletin bu yükümlülüğü -kaçınılmaz olarak- devletin ve toplumun idare edilmesi ile ilgili zorluklara, öncelikler ve kaynaklar hakkındaki seçimlere bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Bu sebeple pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde devletin takdir marjı da hesaba katılacaktır. Demokratik bir toplumda böyle bir yükümlülük, kamu gücünü kullanan organlar için imkansız veya adil olmayan bir yük oluşturduğu şeklinde yorumlanmamalıdır¹²⁸³.”

Daha önce belirtildiği üzere Türk hukukunda, Batı Avrupa ülkelerinin sistemsal tercihinin aksine devletin pozitif yükümlülüklerini türetmek zor değildir. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin maddi pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde takdir marjını kullanım biçimi sorunludur. Çünkü Mahkeme, bu konuda *“Devletin bu yükümlülüğü, devletin ve toplumun idare edilmesi ile ilgili zorluklara, öncelikler ve kaynaklar hakkındaki seçimlere bağlı olarak değişiklik gösterecektir.”* demektedir. Böylece Anayasa Mahkemesi’nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Batı Avrupa ülkelerinin liberteryen çevrelerinden çekinerek oluşturduğu faydacı içtihadı benimsediği görülmektedir. Bu görüş, esas itibarıyla iptidai bir yaklaşım olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların maliyetli, yani kaynak-yoğun haklar olduğu görüşünden kaynaklanmaktadır¹²⁸⁴.

Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kaynak-yoğun haklar olduğuna ilişkin görüş, 1982 Anayasası’nın 65. maddesinde pozitif temel bulmaktadır. Maddeye göre

¹²⁸³ **Bizim Fm Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş. Başvurusu, Başvuru No: 2014/11028, Karar Tarihi: 18.10.2017, § 57.**

¹²⁸⁴ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi ve bu görüşün eleştirisi için bkz. ALGAN, (2007), s. 131-134.

“Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” Anayasa’da yer alan bu hüküm, eleştiriye uğramıştır. Buna göre hüküm konusunda tarihsel yorumu aşan bir yorum yapmak gerekir. 65. maddenin devletin bu alandaki anayasal yükümlülüklerini, özellikle de “önlemler alma yükümlülüğü”nü bir kalemde ve tümüyle sildiği ya da belirsiz bir süre için ertelenmesine imkan verdiği düşünülemez. Devlet, özellikle sosyal haklardan yararlanmayı sağlayıcı somut önlemler alma yükümlülüğünü yerine getirirken, sınırlı olduğu dönemlerde bile mali kaynaklarını “eşitlik”, “sosyal adalet” ve “sosyal devlet” ilkeleri ile Anayasa’nın bazı maddelerinde açıkça öngörülen özel koruyucu kurallar uyarınca “öncelik sıralaması” yaparak kullanmak zorundadır. Devletin, mali kaynaklarının “yetersiz” olduğu gerekçesiyle bu anayasal ilke ve kuralları kâğıt üzerinde bırakacak politikalar belirlemesi ve uygulaması, saptadığı politikaları uygulamaktan kaçınması anayasal yükümlülüğünü yerine getirmemesi anlamına gelir¹²⁸⁵. Dahası bu madde, devlete ekonomik, sosyal ve kültürel hakları tanımama imkanı verecek şekilde yorumlanamaz. Buna göre kaynak eksikliği gerekçesi, devletleri, herkesi için asgari ölçüde de olsa bir hakkı güvence altına alma yükümlülüğünden kurtarmamaktadır¹²⁸⁶.

Anayasa Mahkemesi, *Şuayip Şen Başvurusu*’unda devletin maddi pozitif yükümlülüklerinin kapsamının belirlenmesi konusunda önemli belirlemeler yapmıştır. Söz konusu başvuruya konu olan olayda başvurucunun çocuğu prematüre olarak doğmuştur; gittikleri hastanede teçhizat eksikliği sebebiyle başvuru, uzman doktor tarafından özel bir hastaneye yönlendirilmiştir. Tedavinin ardından 10.193 TL çıkan faturayı başvuru ödemiş, bilahare bu masrafı Sosyal Sigortalar Kurumu’ndan istemiştir. Kurum, başvurucunun anlaşmalı hastanelere gitmediği gerekçesiyle başvuruyu reddetmiş ve 9 yıl kadar süren yargılamalar neticesinde başvuru, 2013 yılında iş mahkemesi kararıyla masrafının ancak 1.069,53 TL’lik kısmını geri alabilmiştir¹²⁸⁷. Bunun üzerine de, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmuştur.

¹²⁸⁵ GÜLMEZ, Mesut; “Sosyal Haklarda “Yeni” Değil “İleri” Anayasa”, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu IV, Bildiriler** içinde, Petrol-İş Yayını, İstanbul, 2012, s. 63-64.

¹²⁸⁶ ALGAN, (2007), s. 134.

¹²⁸⁷ *Şuayip Şen Başvurusu*, **Başvuru No: 2014/4859**, Karar Tarihi: 14.09.2017, § 7-15.

Anayasa Mahkemesi, *Şuayip Şen Başvurusu*'nda verdiği karar oldukça ilginçtir; Mahkeme, öncelikle şu belirlemeyi yapmıştır: “Devletin bireylere sağlık hizmeti sunma konusundaki yükümlülüğü, ülkenin sosyal ve ekonomik gerçekleriyle yakından ilgilidir. Bu nedenle devlet, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılabilmesi noktasında, kaynakların tahsis edildiği alanlara ilişkin bazı sınırlamalar öngörebilir. Dolayısıyla sağlık hizmeti sunma konusunda devletin pozitif yükümlülüğünün ekonomik sınırları belirlenirken devletin kamu kaynaklarını kullanma konusundaki takdir hakkı ile tedavi ücretlerinin bireylere yüklediği ekonomik külfet arasında makul bir denge kurulmalıdır.

Devletin vücut bütünlüğünü koruma konusundaki ödevi, sağlık hizmetlerinin mutlak anlamda ücretsiz olarak sağlanacağı şeklinde yorumlanamaz. ... kamu kaynaklarını kullanma ve hangi kamu hizmetlerine öncelik tanınacağını belirleme konusunda kamu otoritelerinin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

...mağduriyetin, devletin sağlık hizmeti sunma konusundaki pozitif yükümlülüğüne ilişkin bir eksiklikten kaynaklanmadığı ve bu yönde derece mahkemelerince ilgili ve yeterli gerekçeler oluşturulduğu anlaşılmaktadır¹²⁸⁸.

Anayasa Mahkemesi, görüldüğü üzere öncelikle bir hakkın varlığını kabul etmiş ve olayı kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı içinde görmüştür. Bunun ardından ise Mahkeme'nin *devletin kamu kaynaklarını kullanma konusundaki takdir hakkı ile tedavi ücretlerinin bireylere yüklediği ekonomik külfet arasında makul bir denge kurulması gerektiğini* ve bu dengeyi kurmada devletin geniş bir takdir marjından faydalanacağını ifade ettiği görülmektedir. Bu durum eleştirilebilir bir durumdur; söz konusu olayda başvuru, aciliyet kesbeden bir durumda uzman doktorun yönlendirmesi ile Kurum'la anlaşmalı olmayan bir özel hastaneye gitmiştir. Devletin bu konudaki takdir marjının geniş olması, başvurucuya hiçbir kusur izafe edilemeyeceği durumda dahi devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınmasını haklılaştırmamaktadır.

Şuayip Şen Başvurusu'nda verilen kararın ilginç kısmı ise tam bundan sonra başlamaktadır. Anayasa Mahkemesi, başvurunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir; ancak 9 yıl

¹²⁸⁸ *Şuayip Şen*, § 36-37, 41.

süren yargılamayı uzun bulmuş ve makul sürede yargılama hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Hem de çok ilginç bir biçimde bu hakkın ihlal edilmiş olmasından ötürü başvurucuya talep ettiği tam 10.000 TL manevi tazminatın ödenmesine hükmetmiştir¹²⁸⁹.

Somut olayda başvuru, aslında bireysel başvurusundan ihlal kararı alamamıştır; ancak öyle görünmektedir ki başvuru, karar sonrasında, yargılamanın uzun sürmesine oldukça müteşekkir olmuştur. Eğer bu yargılama uzun sürmemiş olsa idi, belki başvuru, davanın Anayasa Mahkemesi'nin zaman bakımından yetkisinin başladığı 2012 yılından önce bitmesi halinde Mahkeme'ye başvuramayacaktı. Ancak başvuru, yargılamanın uzun sürmesi sayesinde yoksun kaldığını iddia ettiği maddi değere kavuşmuştur; bu arada Anayasa Mahkemesi'nin de mevcut uygulamadan ayrılmayı gerektirecek bir içtihadî ilke geliştirmesine gerek kalmamıştır. Halbuki bu durum bireysel başvurunun işlevine ters düşmektedir; çünkü Anayasa Mahkemesi'nden beklenen tam olarak hak temelli bir doğrultuda yargısal ilkeler geliştirmektir. Bu sebeple geçici çözümlerle uyuşmazlık çözmeye çalışan bir Anayasa Mahkemesi'nin içtihadında da istikrarlı bir tutum geliştirmesi beklenemez.

c. Ölçülülük İlkesinin Uygulanmasında Takdir Marjı

Daha önce belirtildiği gibi takdir marjı doktrini, ölçülülük ilkesinin diğer yüzüdür. Ölçülülük ilkesinde yapılan değerlendirme ne kadar sıkı olursa kamusal makamlara bırakılmış olan takdir marjı o ölçüde daralmış olacaktır¹²⁹⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, daha önce belirtildiği gibi bu doktrini uygularken ulusal makamların takdir marjından açıkça bahsetmektedir. Bu hususu Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında gözlemlemek mümkündür. Buna göre; “Sözleşme'nin 1 O. maddesinin (2) numaralı fıkrası bağlamında "zorunluluk" sıfatı "acil bir sosyal ihtiyaç"ın varlığına işaret eder. Böyle bir ihtiyacın var olup olmadığının ve bunun giderilmesi için ne tür tedbirler alınması gerektiğinin değerlendirilmesinde ulusal otoriteler belli bir takdir marjına sahiptir. Bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp görevi sınırlamanın Sözleşme'nin 1 O. maddesinde korunan ifade özgürlüğüyle bağdaşmadığı hakkında nihai hükmü vermek olan AİHM'in denetimine tabidir. AİHM'in

¹²⁸⁹ Şuayip Şen, § 53.

¹²⁹⁰ ARAI-TAKAHASHI, (2002), s. 14.

denetim fonksiyonunu icra ederkenki görevi, bir bütün olarak davanın somut koşulları ışığında müdahaleye bakmak ve ulusal otoriteler tarafından müdahaleyi haklılaştırmak için gösterilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını ve "izlenen amaçla orantılı" bulunup bulunmadığını belirlemektir (Küchl/Avusturya, § 64)¹²⁹¹."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, takdir marjı doktrinin, ulusal anlamda takdir alanı anlamıyla kullanırken, ulusal mahkemeler, bu doktrini yapısal anlamıyla kullanmaktadır. Örneğin Rivers, bu sebeple İngiliz mahkemelerinin kavramı kullanırken “takdir marjı (margin of appreciation)” ifadesinden ziyade “margin of discretion,”, “discretionary area of judgement,” veya “judicial deference” kavramlarını kullandığını ifade etmektedir¹²⁹². Bu kavramlar, Türkçeye çevrilirken yine takdir alanı veya takdir yetkisi şeklinde çevrilebileceğinden Türkçe kullanımda, ulusal takdir yetkisi ile yapısal takdir yetkisinin aynı sözcüklerle karşılanmasına karşılık farklı anlamlar içereceğini ifade etmek gerekir. Türk Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya ilişkin erken içtihadında bu doktrini kullanmıştır. *Kamuran Reşit Bekir Başvurusu*’nda, başvuru, hükümlü olarak bulunduğu ceza infaz kurumu tarafından, adına gönderilen Azadiya Welat gazetesinin bazı sayfalarının çıkartılarak gazeteye erişiminin engellenmesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, yaptığı değerlendirmede şu hususları belirtmiştir:

“Cezaevinde, hükümlü ve tutuklulara verilecek süreli veya süresiz yayınlarda idarenin temel alacağı referansın 5275 sayılı Kanun’un 62. maddesinde belirtilen kurum güvenliğini tehlikeye düşürme ve müstehcen nitelikteki haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan yayınlar çerçevesinde cezaevinde suçun önlenmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması olduğu açıktır. Bu bağlamda, cezaevi idaresinin takdir marjının geniş olduğu ve bu meşru amaçlarla bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğüne yapılacak sınırlamaların daha geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir¹²⁹³”

Anayasa Mahkemesi, böylece ölçülülük ilkesinin ipini, takdir marjı doktrini ile kamusal makamlar lehine gevşetmiş olmaktadır. Mahkeme, özellikle cezaevindeki güvenlik önlemleri konusunda sonraki kararlarında bu yaklaşımı sürdürmüştür. Bundan başka mahkemeye erişim hakkının kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde de takdir

¹²⁹¹ **Birsan Berrak Tüzünataç Başvurusu, Başvuru No: 2014/20364**, Karar Tarihi: 05.10.2017, § 26.

¹²⁹² RIVERS, (2006), s. 175.

¹²⁹³ **Kamuran Reşit Bekir Başvurusu, Başvuru No: 2013/3614**, Karar Tarihi: 08.04.2015, § 66.

marjının kullanıldığı görülmektedir¹²⁹⁴. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesinin ipini, takdir marjı doktrini ile sıkıdığı alanlar da elbette bulunmaktadır. Bunlardan birincisi daha önce de belirtilen Anayasa'nın 51. maddesindeki sendikal hakkın ihlaline ilişkin başvurulardır. Anayasa Mahkemesi, *Tayfun Cengiz Başvurusu*'nda, üyesi olduğu sendikanın tüm Türkiye'de yaptığı göreve gelmeme çağrısına katılarak görevine gelmeyen memurun uyarma cezası ile cezalandırılmasını değerlendirdiği kararında bu yaklaşımı kullanmıştır¹²⁹⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesi ile takdir marjı doktrinini en ileri düzeyde kullandığı başvurulardan birine örnek olarak *B.S. Başvurusu* gösterilebilir. Başvuru, dini inanç gereği başörtüsü kullanılması nedeniyle devlet memurluğundan çıkarılmanın din özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi bu başvuruda şu hususları belirtmiştir: “...*düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiş yalnızca ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bu özgürlüklerin sınır bölgeleri olan alanlarda devlet otoritelerinin müdahalelerinde daha geniş bir takdir marjına sahip oldukları kabul edilmiştir (Cemal Halis, B. No: 2014/118, 13/7/2016, § 30). O halde başörtüsü kullanarak dinin açıklanmasının yasaklanabilmesi için başkalarının hak ve özgürlüklerden yararlanmalarının engellendiğini gösteren çok önemli gerekçelere dayanılması gerekir*”¹²⁹⁶.” Anayasa Mahkemesi, böylece ifade özgürlüğü konusunda kamusal makamların takdir marjının çok dar olduğunu ve belli başlı birtakım konulara hasredilebileceğini göstererek takdir marjının ipini bu sefer oldukça sıkı tutmuştur.

2. Temyiz Mercii Doktrini

Temyiz mercii doktrini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadıyla ortaya çıkmıştır¹²⁹⁷. Bu doktrin, aynı zamanda dördüncü derece yargı doktrini olarak da adlandırılmaktadır; çünkü ilk derece, istinaf, temyiz yollarından sonra Mahkeme'yi

¹²⁹⁴ **Osman Gümüşçü Başvurusu (2)**, Başvuru No: 2013/7006, Karar Tarihi: 13.04.2016, § 14.

¹²⁹⁵ **Tayfun Cengiz**, § 37, Anayasa Mahkemesi, bu içtihadı belirledikten sonra, aynı yönde onlarca davada uygulamıştır. Diğerleri arasında örnekler için bkz. **Elif Ertan Başvurusu**, Başvuru No: 2014/1948, Karar Tarihi: 06.01.2015, ayrıca bkz. **Hikmet Aslan Başvurusu**, Başvuru No: 2014/11036, Karar Tarihi: 16.06.2016, § 38.

¹²⁹⁶ **B.S.**, § 65.

¹²⁹⁷ **Schenk v. Switzerland**, Application No: 10862/84, 12.07.1988, § 140, **Garcia Ruiz v. Spain**, Application No: 30544/96, 21.01.1999, § 28.

dördüncü derece bir yargı organı görerek, temel hak ve özgürlükleri ilgilendirmediği halde yapılan başvurular bu kapsamda değerlendirilmektedir¹²⁹⁸.

Türk anayasa hukuku bakımından temyiz mercii doktrininin önemi, doğrudan Anayasa’da düzenlenmiş olmasından anlaşılabilir. Anayasa’nın 148. maddesinin 4. fıkrası şu şekildedir: “*Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.*” Ancak daha önce de belirtildiği gibi bu hükmün sorunlu olduğu ifade edilmektedir. Çünkü bireysel başvuruya konu olan uyuşmazlıkların çözümü için önemli olan özgül anayasa hukukuna aykırılıkların tamamı, aslında ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemelerinin kanun yollarında göz önüne alması gereken hususlardan başka şeyler değildir¹²⁹⁹. Ancak Anayasa’nın bu sorunlu hükmü 6216 Sayılı Kanun’un 49. maddesinin altıncı fıkrası ile biraz da olsa somutlaşmıştır. Madde hükmüne göre; “*Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.*”

Kanun maddesinin ifadesinden anlaşılması gereken, bireysel başvuru yolunda incelenecek olan hususların anayasa hukukuna özgü hususlar olarak belirlendiğidir. Eleştiriler, Anayasa koyucu tarafından bireysel başvuru yolunun işlevini kavrayamayışından kaynaklanmaktadır. Anayasa hükmünün lafzı sorunlu olmakla birlikte, elbette Anayasa Mahkemesi’nin yorumu, temel hak yargılama usulüne uygun bir biçimde gelişmiştir. Mahkeme’ye göre; “*Bir mahkemenin maddi vakıaları ya da hukukun uygulanmasına dair yapmış olduğu iddia edilen hataları incelemek, eğer o hatalar Anayasa’da korunan hak ve özgürlükleri ihlal etmiyorsa Anayasa Mahkemesinin görevi değildir*”¹³⁰⁰.

Anayasa Mahkemesi kararları, temyiz mercii doktrini ile temel haklar arasında yapılacak olan dengelemenin bağlantılı olduğunu göstermektedir. Mahkeme, bir kararında, ilk derece ve istinaf ile temyiz mahkemelerinin bu aşamaları değerlendirmemesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür. Mahkeme’ye göre; “*İdare ve derece mahkemeleri bireylerin sendika hakkı ile bir bütün olarak*

¹²⁹⁸ GÖKCAN, (2018), s. 20.

¹²⁹⁹ GÖZTEPE, (2011), s. 22-23.

¹³⁰⁰ **Emine Karagülmez**, § 28.

toplumun menfaatleri arasında bir çatışma bulunduğunu göstermemiş, böyle bir çatışma varsa çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurulmasına çalışmamıştır.

...Dolayısıyla derece mahkemelerinin kararlarında sendika hakkına yapılan müdahalenin "toplumsal bir ihtiyaç baskısı"na tekabül ettiğinin ve bu sebeple de demokratik toplum düzeninin sürekliliği için gerekli olduğunun ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterildiği söylenemez¹³⁰¹."

Temyiz mercii doktrini, en çok adil yargılanma hakkı söz konusu olduğunda tartışılmaktadır. Çünkü doğal olarak yargılamanın sonucunun adil olmadığını ifade eden başvuru, standart bir biçimde adil yargılama haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle başvuru yapmaktadırlar. Esas itibarıyla bir başvurunun adil yargılanma hakkı kapsamına girebilmesi için konusunun medeni hak ve yükümlülüklerle veya suç isnadıyla ilgili olması gerekir. Başvuru, bu kapsama girmiyorsa konu bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez bulunur¹³⁰². Başvurunun Mahkeme'nin konu bakımından yetkisine girmesi halinde ise; *"Bireysel başvuruların genel olarak dört ana başlık altında yapılan inceleme sonunda açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilebilmektedir. Bunlar, temyiz mercii başvuruları, açık veya görünür bir ihlalin olmadığı başvurular, kanıtlanmamış şikâyetler ile karmaşık ve zorlama şikâyetlere ilişkin başvurulardır"*¹³⁰³.

Anayasa Mahkemesi temyiz mercii doktrinini adil yargılanma hakkı yanında mülkiyet hakkına ilişkin verdiği kararlarda da kullanmaktadır. Özellikle mülkiyet hakkının söz konusu olduğu durumlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkına ilişkin ulusal makamların verdiği kararlar ile kendisi arasında çizdiği temyiz mercii doktrini ilişkisi, Anayasa Mahkemesi ile derece mahkemeleri arasında kurulmuş olmaktadır.

¹³⁰¹ **Birleşik Metal İşçileri Sendikası Başvurusu, Başvuru No: 2015/14862**, Karar Tarihi: 09.05.2018, § 55-56.

¹³⁰² GÖKCAN, (2018), s. 20-21, 49 numaralı dipnot.

¹³⁰³ **Mehmet Şerif Ay Başvurusu, Başvuru No: 2012/1181**, Karar Tarihi: 17.09.2013, § 25, ayrıca bkz. ALGAN, (2014), s. 255.

a. Mülkiyet Hakkına İlişkin Başvurular

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin, aynı zamanda suç niteliği taşıması halinde, mülkiyet hakkının korunması ile ilgili pozitif yükümlülüklerin, gerektiğinde ceza davası açılması konusunda da devlete yükümlülük yüklediğine karar vermiştir. Bu kapsamda gerek idari soruşturma ve karar mekanizmaları gerekse yargı makamları, mülkiyet hakkının korunması için etkin bir şekilde gayret göstermek durumundadırlar.

Buna karşın Mahkeme, devletler tarafından gösterilen tüm çabalara rağmen çözümlenememiş ya da cezalandırılmamış pek çok suç olduğunu dikkate almaktadır. Bu durumda devletlerin yaşam hakkına ya da işkence yasağına ilişkin suçlar hakkında etkin bir soruşturma yapma yükümlülüğünün, mülkiyet hakkına karşı suçlara ilişkin soruşturma yapma ve ceza davası açmasına ilişkin pozitif yükümlülüğüne nazaran daha kesin olduğunu vurgulamaktadır¹³⁰⁴. Yani devletler, mülkiyete karşı işlenen suçlara nazaran, daha ciddi suçlara ilişkin soruşturmalara ağırlık verme konusunda bir yükümlülük altındadır.

Türkiye’den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne giden bireysel başvurulara bakıldığında mülkiyet hakkına ilişkin başvurularda niceliksel bakımdan ilk sırada gelen konunun terör ve terörle mücadelede doğan zararlar olduğu görülmektedir. Konu hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin öncü niteliğindeki içtihadı ise Akbayır v. Türkiye davasında ortaya koymuş olduğu ilkeleri içeren içtihatır.

Davada başvuru, esas olarak (aile yaşamı ve özel yaşama saygı hakkını düzenleyen) Sözleşme'nin 8. maddesi, (etkili başvuru yolu hakkını düzenleyen) 13. maddesi ve (mülkiyet hakkını düzenleyen) 13. maddesine dayanarak, özellikle tazmin komisyonları tarafından yanlış bir şekilde değerlendirme yapılmasından kaynaklanan zararlarından ya da taleplerinin haksız bir şekilde reddedilmesinden, ya da manevi zararları nedeniyle tazminat verilmemesinden şikayetçi olmuşlardır. “*Mahkeme, görevinin bir ilk derece mahkemesi gibi hareket etmek olmadığını hatırlatmaktadır.*

¹³⁰⁴ Mülkiyet hakkına ilişkin davalarda takdir yetkisinin uygulanışına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları için bkz. **Blumberga v. Latvia, Application No. 70930/01**, 14.10.2008, § 68-72. **Budayeva and the Others v. Russia Application No:15339/02, 21166/02,20058/02, 11673/02 ve 15343/02**, 29.09.2008.

Bütün bu başvurular açıkça temelsiz olduğundan, Mahkeme, başvuruların kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir¹³⁰⁵.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yukarıda belirtilen kararı ve kararda benimsemiş olduğu temel ilkeler, Anayasa Mahkemesi’nin konu hakkında verdiği kararlar konusunda da adeta Mahkemeye yol gösteren kararlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bilindiği üzere 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararlardan Doğan Zararların Önlenmesi Hakkında Kanun’dan doğan uyuşmazlıklar hakkında da Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulması söz konusu olmuştur. Anayasa Mahkemesi ise verdiği kararlarında şu ifadeleri kullanmıştır.

“...ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda bariz bir takdir hatası içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır. Bu çerçevede, kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular bariz bir takdir hatası içermedikçe Anayasa Mahkemesince esas yönünden incelenemez¹³⁰⁶.”

Esasında Anayasa Mahkemesi’nin konu hakkında önüne gelen birden fazla dosyada kararlarında yukarıda belirtilen ifadeleri aynen kullanmıştır. Kararın devamında ise Anayasa Mahkemesi, doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Akbayır kararına atıf yapmakta ve söz konusu içtihadı benimsediğini açıkça göstermektedir. Buna göre; “Mahkemenin bu kararı, ilgili hükmün (5233 sayılı Kanun’un 2. maddesi) yorumu kapsamında başvuru sahiplerinin zararının tazmin edilebilmesi için köyün ya da mezranın tamamen boşalmış/boşaltılmış olması veya anılan yerleşim yerlerinde sadece geçici köy korucularının kalması şartını arayan Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına (§§ 26–28) uygun olup herhangi bir bariz takdir hatası ve açık keyfilik içermemektedir.

¹³⁰⁵ Akbayır and Others v. Turkey, Application No: 30415/08, 28.06.2011,

¹³⁰⁶ Mehmet Gürgen Başvurusu, Başvuru No: 2013/3202, Karar Tarihi: 06.02.2014, § 37-39, Celal Demir Başvurusu, Başvuru No: 2013/3309, Karar Tarihi: 06.02.2014, § 37-39.

...

başvurucu tarafından ileri sürülen iddialarının kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu, mülkiyet hakkı ve özel hayatı koruma yükümlülüğü kapsamında bir inceleme yapılmasının mümkün olmadığı ve derece mahkemesi kararının bariz takdir hatası veya açık keyfilik de içermediği anlaşıldığından başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir¹³⁰⁷.”

Tüm bu açıklamalardan anlaşılabacağı üzere Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kapsamında yaptığı incelemenin sınırlarını, derece mahkemelerinin bariz takdir hatası veya açık keyfilik içeren kararları olarak belirlemiştir. Bu durum, Anayasa Mahkemesi ile derece mahkemeleri arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile ulusal makamlar arasında olduğu gibi bir temyiz mercii doktrini bağlamında ikincillik ilişkisinin kurulduğunu göstermektedir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu ilişkiyi “*bariz takdir hatası veya açık keyfilik*” kavramıyla somutlaştırmaktadır.

b. Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Başvurular

Anayasa Mahkemesi, bariz bir takdir hatası veya açıkça keyfilik içermediği müddetçe ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemelerinin takdirine müdahale etmemektedir. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi tarafından adil yargılanma hakkı söz konusu olduğunda derece mahkemelerinin yapmış oldukları işlemlere müdahale konusunda belli kıstaslar geliştirmiştir. Buna göre; “*Adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararının değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânı verir. Bu nedenle, bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenebilmesi için başvurunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediğine, bu çerçevede yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi, mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan*

¹³⁰⁷ Mehmet Gürgen, § 45-47, Celal Demir, § 45-47

değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfiliğe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması gerekir¹³⁰⁸.”

Anayasa Mahkemesi’nin belirttiği üzere, Anayasa Mahkemesi’nin derece mahkemeleri üzerindeki yetkisi, derece mahkemesi kararlarının hukuka uygunluğunu veya adil olup olmadığını denetlemek değildir. Nitekim böyle bir yaklaşım, Anayasa Mahkemesi’nin yaptığı yargılamayı insan hakları yargısı kapsamından çıkaracak, Anayasa Mahkemesi’ni diğer derece mahkemeleri üzerinde bir temyiz mercii konumuna getirecektir. Buna karşın daha önce de belirtildiği gibi kanun yolunda gözetilmesi gereken her husus, bireysel başvurunun konusu olamaz. Ancak bireysel başvurunun konusunu oluşturan her husus, aynı zamanda kanun yollarında gözetilmesi gereken hususları ihtiva eder. İşte Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkı söz konusu olduğunda derece mahkemelerinin kararlarının bariz takdir hatası veya açık keyfilik içermesini bireysel başvuru sonucunda yaptığı denetim kapsamında görmektedir. Peki bu durumda adil yargılanma hakkı kapsamında bariz takdir hatası veya açık keyfilik kavramını Mahkeme nasıl somutlaştırmaktadır? Bu konuda *Faik Gümüş Başvurusu* yol gösterici niteliktedir.

Karara konu olan olaya göre; “*Başvurucu, sunduğu deliller doğru değerlendirilmeyerek kendisine ait olan taşınmazların Hazine adına tescil edildiğini, duruşma tarihinin kendisine yanlış bildirildiğini, bahsedilen karar duruşmasında sunulan bilirkişi raporu ve diğer delilleri değerlendirmesi engellenerek iddia ve savunma hakkının kısıtlandığını, ...Yargıtay’a yaptığı karar düzeltme isteminin reddedilerek kendisine para cezası verildiğini, bu nedenlerle Anayasa’nın 35 ve 36. maddelerinde yer alan mülkiyet hakkı ve hak arama hürriyetinin ihlal edildiğini iddia ederek yeniden yargılama yapılmasına ve tazminata hükmedilmesini talep etmiştir¹³⁰⁹.*”

Görüldüğü üzere söz konusu olayda derece mahkemesinin duruşma gününü farklı tayin etmesine karşılık, belirtilenden başka bir günde duruşma açması söz konusudur. Bu sebeple söz konusu davada derece mahkemesi, başvurunun hukuki dinlenilme hakkına aykırı bir şekilde davayı görmüş ve kararını vermiştir. Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin kararı ise şu şekilde olmuştur: *Başvuru konusu olaya*

¹³⁰⁸ **Naci Karakoç Başvurusu**, Başvuru No: 2013/2767, Karar Tarihi: 02.10.2013, § 22.

¹³⁰⁹ **Faik Gümüş Başvurusu**, Başvuru No: 2012/603, Karar Tarihi: 20.02.2014, § 29.

benzer davalarda AİHM, duruşma günü kendilerine duruşmadan sonra tebliğ edildiği için duruşmaya katılamayan başvuranlarla ilgili olarak; hakların teorik olarak garanti edilmesinin yeterli olmadığını, uygulamada da etkin biçimde garanti edilmeleri gerektiğini, duruşmalı yargılamanın her zaman gerekli olmamakla beraber iç hukuktaki duruşmada hazır bulunma hakkını kullanıp kullanmamaya karar verecek olan davanın bir tarafına duruşmaya katılma imkânı verecek şekilde duruşmanın bildirilmemesini, davanın diğer tarafının duruşmada yer alarak sözlü beyanlarda bulunduğunu da göz önünde bulundurarak ve başvuranların karşı tarafın beyanlarına karşı kendi beyanlarına sözlü olarak cevap veremediklerini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (Bkz. Yakovlev/Rusya, B. No: 72701/01, 15/3/2005, §§ 19 ve 21; Groshev/Rusya, B. No: 69889/01, 20/1/2006, §§ 29-31).

Somut olayda başvuru vekili Demirci Kadastro Mahkemesinin 13/10/2011 tarihli duruşmasına mazeret dilekçesi vermek suretiyle katılamamış, Mahkeme başvuru vekilinin mazeretinin kabulüne ve duruşma gününü UYAP portalı üzerinden öğrenmesine, yeni duruşma gününün ise 23/11/2011 saat 10:15'te yapılmasına karar vermiştir.

Ancak Mahkeme son duruşmayı önceki duruşmada belirtilen ve UYAP portalında görünen tarihten iki gün önce 21/11/2011 tarihinde, başvuru vekilinin bulunmadığı, davalı Hazine idaresinin vekili hazır olduğu halde yapmış ve bu duruşmada fen ve orman bilirkişi raporları Mahkemeye ibraz edilerek davalı Hazine vekilinin bilirkişi raporlarıyla ilgili görüşü sorulmuş ve itirazı tutanağa geçirilmiştir. Başvuru vekili bu duruşmaya katılamadığından bilirkişi raporlarını inceleme ve bununla ilgili görüşlerini Mahkemeye sunma imkânı bulamamıştır.

Ayrıca başvuru vekili yaptığı temyiz başvurusunda özellikle, Kadastro Mahkemesi'nin duruşmayı belirlediği tarihten önce yaptığı ve bu nedenle karar duruşmasına katılamayarak bu duruşmada mahkemeye sunulan bilirkişi raporları ve diğer delilleri değerlendirmelerinin engellendiğini belirtmiştir. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 11/6/2012 tarihinde başvuru vekilinin bahsedilen şikâyetini kararında tartışmaksızın temyiz edilen kararı onamıştır.

...başvurucunun, mahkemenin hatası nedeniyle duruşmaya katılamayarak bilirkişi raporlarına itiraz edememesiyle ilgili şikâyeti, başvurucunun katılamadığı duruşmada mahkeme karar verdiğinden ilk derecede dile getirilememiştir. Başvurucunun bahsedilen şikâyeti somut bir şikâyet olup, duruşmanın belirlenen günden önce yapıldığı, UYAP kayıtları ve duruşma tutanaklarıyla sabittir. Başvurucunun usuli haklarını kullanamadığı yönündeki somut şikâyetine temyiz dilekçesinde yer vermesine rağmen bu durumun temyiz aşamasında hiç incelememesi veya gerekçede bu hususun karşılanmaması ihlali ağırlaştırmaktadır ¹³¹⁰.”

Gerçekten de söz konusu davada duruşma gününün belirlenenden iki gün önce yapılması ve bu duruşmada karar verilmesi, daha sonra da temyiz dilekçesinde ileri sürülmesine rağmen bu hususun Yargıtay tarafından da dikkate alınmaması adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de verdiği kararın ardından ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin hukuk kurallarının yorumlanış biçimini dikkate alarak değerlendirdiği kararlar da bulunmaktadır. Söz konusu kararlarında Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin somut olayda uygulanacak kanun hükmünü yorumlayış biçimine, bariz takdir hatası ve açık keyfilik bulunduğu gerekçesiyle müdahale etmiş, dolayısıyla derece mahkemesinin takdir yetkisini oldukça sınırlı tutmuştur. Buna en güzel örneklerden biri ise *Kenan Özteriş Başvurusu*’dur.

Karara konu olan olaya göre; “...yedek subay adayı olarak askerliğine karar alınan başvuru, Afyon Sulh Ceza Mahkemesinin 10/9/2002 tarih ve E.2002/374, K.2002/565 sayılı kararı ile hırsızlık suçundan hapisten çevrilme para cezasına mahkûm edilmiş, 647 sayılı Kanunun 6. maddesi gereğince bu cezanın ertelenmesine karar verilmiş ve bu karar 16/3/2004 tarihinde kesinleşmiştir. Başvurucu 30/11/2010 tarihinde başladığı askerlik hizmetini 30/5/2011 tarihinde tamamlamıştır. Askerlik hizmetini tamamlamasından sonraki bir tarihte MSB tarafından yaptırılan arşiv araştırması sonucunda başvuru hakkında verilen bir mahkûmiyet kararı tespit edilmiştir. Bunun üzerine, MSB’nin 10/10/2011 tarih ve “karar tâdili” konulu yazısı ile başvuru askerlik kararı tadil edilerek 15 aylık er statüsüne geçirilmiştir. Bu

¹³¹⁰ Faik Gümüş § 51-55.

durum başvurucuya 3/11/2011 tarihinde bildirilmiş, başvuru MSB'nin söz konusu kararının iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle 11/11/2011 tarihinde AYİM'e iptal davası açmıştır¹³¹¹."

Yani somut olayda başvuru, askerlik hizmetini yedek subay olarak tamamladıktan sonra ortaya çıkan mahkumiyet hükmü gereği, er statüsüne geçirilmiş, böylece başvuru askerlik hizmet süresi 15 aya çıkmıştır. Bu durum, başvuru askerlik hizmetini eksik yerine getirdiği değerlendirilmesiyle sonuçlanmış ve başvuru, kalan hizmet süresini tamamlamak üzere askere çağırılmıştır.

Esasında söz konusu olayda Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girdikten sonra hakkında değerlendirme yapması gereken konu, ceza yargılamasında verilen mahkumiyet kararının vaki olup olmayacağına ilişkin belirlemedir. Nitekim olay tarihinde yürürlükte bulunan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 95. maddesi şu şekildedir: *"... bir cürümden ... dolayı hapis cezasına ve hapis ile mahkûm olan kimse ... hükûm tarihinden itibaren beş sene zarfında hapis veya daha ağır bir cezaya mahkûm olmazsa evvelki mahkûmiyeti esasen vaki olmamış sayılır...."*

Bu durumda mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan *"tecil"* müessesesi, mahkumiyet hükmünün vaki olmamış sayılmasını gerektirmektedir. Böylece mahkumiyet hükmünün sonucunda ortaya çıkan hukuki neticeler de hiç doğmamış sayılacaktır. Olayda başvuru, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne başvurarak yukarıda belirtilen yorumun mahkemece yapılmasını talep etmiştir. Ancak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, *1111 sayılı Kanun'un 5/1. maddesinde belirtilen süre kadar askerlik hizmeti yapmak üzere daha önce yedek subay adayı olarak alınan askerlik kararının er olarak tadil edilme işleminin tüm unsurları ile hukuka ve mevzuata uygun olduğu*"na hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin vermiş olduğu söz konusu kararının bariz takdir hatası içerdiği düşüncesiyle karar vermiştir. Buna göre; *"Başvurucunun, yedek subay adayı olarak alınan askerlik kararının uzun dönem er olarak tadil edilerek askere bu statüde sevk edilme işlemine esas alınması, 765 sayılı Mülga Kanun'un 95. maddesinin açık hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Zira*

¹³¹¹ Kenan Özteriş Başvurusu, Başvuru No: 2012/989, Karar Tarihi: 19.12.2013, § 54.

başvurucunun işlediği suça ilişkin mahkûmiyet hükmü, tecil koşullarına uyulması nedeniyle, hukuk nazarında esasen vaki olmamıştır. Hukuken vaki olmamış sayılan mahkûmiyetin, hüküm ve sonuçlarını devam ettiriyormuş ve hayatiyetini koruyormuşçasına bir idari işleme esas alınmasının ilgili idari işleme hukuki geçerlik kazandırdığı söylenemez.

Başvuru konusu olayda, başvuru hakkında verilen mahkûmiyetin tecil edilmesinin sonuçları ile ilgili açık bir kanun hükmü mevcuttur. Bu hükmeye verilecek olağan anlam bellidir ve başvuru buna göre kendisine muamele edileceğini beklemektedir. Ancak AYİM 2. Dairesi, açık olan kanun hükmüne olağanın dışında farklı bir anlam verip buna göre uygulama yapmıştır. Bu uygulama yönünde yerleşmiş içtihat olduğu ne derece mahkemesi kararında belirtilmiş ne de Bakanlık görüşünde ileri sürülmüştür. Dolayısıyla eldeki belgelere göre başvurucunun dava açarken (hukuki yardımdan yararlıansa bile) açık kanun hükmünden farklı bir şekilde kendisine muamele edileceğini beklemesini gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Buna göre, AYİM 2. Dairesinin 3/5/2012 tarih ve E.2011/1465, K.2012/482 sayılı kararındaki yorumu “öngörülemmez” niteliktedir ve “bariz takdir hatası” içermektedir¹³¹².”

Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda belirtilen kararı, Anayasa Mahkemesi ile derece mahkemeleri arasında kurulan takdir marjı ilişkisinde bulunan mesafenin de en net biçimde kapandığı kararlardan biridir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararında Yüksek İdare Mahkemesi’nin kanunu somut olayda yorumlayış biçimine müdahale etmiş ve başvurucunun Anayasa’nın 36. maddesinde hüküm altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin temyiz mercii doktrinini kullanım biçimi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ile paralel olmakla birlikte, bu kararlarda eleştirilmesi gereken hususlar da mevcuttur. *Melahat Karkin Başvurusu*’nda başvuru, eşine ait olan aile konutu üzerinde ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılarak aile konutunun satılmasının çeşitli temel haklarını ihlal ettiğini iddia etmektedir. Anayasa Mahkemesi ise başvuruyu Anayasa’nın 20. maddesinde yer alan aile hayatına saygı kapsamında değerlendirmiştir. Buna karşın, bu başvuruda Yargıtay içtihadının sonradan değişmesiyle ortaya çıkan sonuçlar hakkında önemli değerlendirmeler vardır. Anayasa

¹³¹² Kenan Özteriş, § 63-64.

Mahkemesi'ne göre; “Yargıtay kararlarında somut olayda olduğu gibi tapu kaydına aile konutu şerhinin konulmadığı durumlarda aile konutunun üçüncü şahıslarca edinilmesi yönünden 4721 sayılı Kanun'un iyi niyete dair hükümleri dikkate alınmakta iken Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15/4/2015 tarihli kararı ile yeni bir uygulamaya geçildiği, buna göre aile konutunun maliki olan eşin aile konutu üzerinde yapacağı tasarruflara diğer eşin açık rızasının bulunduğu ispatlanmasının gerekli olduğu yaklaşımının benimsendiği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 15/4/2015 tarihinden sonraki kararlarında 4721 sayılı Kanun'un 194. madde hükmü ile eşlerin fiil ehliyetine getirilen sınırlamanın aile konutuna şerhin konulması ya da konulmaması koşuluna bağlanmadığı, işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmamasının da herhangi bir öneminin bulunmadığı yolundaki görüşü kabul ettiği görülmektedir.

Belirtilen tarihten sonra yargısal uygulamanın yön değiştirdiği ve farklı bir yorum tarzının benimsendiği görülmekte ise de Anayasa Mahkemesinin derece mahkemelerinin mevzuat hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin takdirini değerlendirme yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte somut olayda anılan içtihat değişikliğinin gerçekleştiği 15/4/2015 tarihinden önce nihai kararın verilmiş olduğu, aile konutuna ilişkin mevzuat hükümlerinin yanı sıra o tarihte Yargıtay tarafından kabul edilen "iyi niyet" hükümlerine dair açıklamalar uyarınca uyuşmazlığın ele alınarak sonuçlandırıldığı, başvurucunun eşinin ticari faaliyeti dolayısıyla söz konusu aile konutu üzerinde ipotek tesis ettirmek suretiyle aynı bankadan farklı tarihlerde üç kez kredi kullanmış olduğu, borcun ödenmemesi üzerine taşınmazın cebri icra yoluyla satıldığı, davalı Bankanın ipotekle ilişkin kazanımının iyi niyetli olup aksinin kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddedildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu yargılamada tarafların katılım haklarına riayet edilerek iddia, savunma ve delillerin değerlendirildiği ve takdirin gerekçelerinin ayrıntılı şekilde ortaya konulduğu görülmektedir.

Ayrıca Derece Mahkemelerinin karar gerekçelerinin incelenmesinden tarafların hukuki menfaatleri arasında bir dengeleme yapıldığı ve yargısal makamlarca takdirlerinin gerekçelerinin ayrıntılı şekilde ortaya konulduğu, bu kapsamda kararlarda yer verilen tespit ve unsurlar itibarıyla aile hayatına saygı hakkı yönünden yargısal

*makamların takdir yetkilerinin sınırının aşıldığına ilişkin bir bulguya rastlanılmadığı anlaşılmaktadır*¹³¹³.

Anayasa Mahkemesi, bu başvuruda, daha sonra konu hakkındaki Yargıtay içtihadı değişmiş olsa da somut olay açısından hukuk mahkemesinin bu dengeyi kurma konusundaki takdir yetkisine müdahale etmesinin söz konusu olmadığını belirtmiştir; böylece de başvuruda aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. Halbuki Anayasa Mahkemesi'nin karar verdiği tarihte gerek kanun, gerekse Yargıtay içtihadı, tam da aile konutunun, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının korunması amacıyla değişmiştir. Eğer böyle bir değişikliği, temel hak yargılaması yapan bir Mahkeme öncelikle dikkate almayacaksa hangi mahkeme dikkate alacaktır? Bu sebeple temyiz mercii doktrininin Anayasa Mahkemesi tarafından, ince bir ipin üzerinde yürüyen bir cambazın dikkat ve hassasiyetiyle kullanılması gerekir.

C. İkincillik İlkesinin Değişen Yüzü: Tedrici Gelişme (Incrementalism) Doktrini

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki ikincillik ilkesi ve takdir marjı doktrini, yargısal içtihatla gelişmişse de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 15. Protokol metninde her iki kavram da yer almıştır. Böylece 15 Nolu Ek Protokol yürürlüğe girdiğinde bu kavramlar Sözleşme sisteminde pozitif bir temele kavuşacaktır. Halihazırda yıllardır zaten takip edilen yargısal içtihattan türeyen bu kavramları neden şimdi Sözleşme metnine koyma ihtiyacı hasıl olmuştur? Bu sorunun yanıtını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaptığı yargısal denetimin değişen standardında aramak gerekir.

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Tedrici Gelişme Doktrini

İkincillik ilkesine ilişkin doktrin büyük ölçüde takdir marjı doktrini üzerine kuruludur. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, temel hakları korurken, ulusal hukuk sistemlerinde yerleşik birtakım uygulamalara müdahale etmekten haklı olarak kaçınır. Belli başlı bazı konularda bir Avrupa Konsensüsü oluşmadığı gibi, Avrupa'da büyük ölçüde uzlaşılan konularda dahi Mahkeme'nin zaman zaman çekingen davrandığını belirtmek gerekir. Nitekim öyle bazı konular vardır ki Avrupa'nın büyük

¹³¹³ Melahat Karkin, § 67-69.

kısmında bu konuda fikir birliği oluşmuş olsa bile bu hususların belli bir ulusal hukuk sisteminde kabul görmesi hatırı sayılır büyüklükte bir sosyal ve siyasal tercihe bağlıdır. Buna önemli örnekler olarak Avrupa’da sıklıkla tartışılan kürtaj ve ötenazi ile transseksüellerin hukuki durumunu göstermek mümkündür¹³¹⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin devrimci yorumlarıyla Avrupa kamu düzenine büyük ölçüde yön verdiği 1970’li yıllardan itibaren takdir marjı doktrini büyük ilgi çekmiştir. Ancak bu doktrin artık eski önemini yitirmiştir. Çünkü ulusal mahkemeler de artık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihadına göre pozisyon alır hale gelmişlerdir¹³¹⁵. Bu doğrultuda ulusal mahkemeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını ya uygulayacaklar ya da bu içtihadı kabul etmedikleri takdirde gerekçesini göstermek suretiyle bu içtihattan ayrılacaklardır. Bu durum ulusal mahkemeleri, temel hak ve özgürlükler konusunda daha incelikli içtihatlar geliştirmek zorunda bırakmıştır. Yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yukarıdan aşağı baskısıyla başlayan süreçte artık ulusal mahkemeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihadını değerlendirip kendi hukuki konumlarını geliştirmeye başlamışlar, söz konusu baskıya karşı aşağıdan yukarı bir hareketle karşılık vermişlerdir¹³¹⁶.

Ulusal mahkemelerin yeni konumu ile birlikte, Avrupa’da ulusal mahkemeler ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasında karşılıklı diyalog yoluyla temel hakların gelişmesi süreci başlamıştır. Böylece artık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*sorumlu mahkemeler (responsible courts)*” doktrini adı verilen ve temel hakları korumada esas sorumluluğu ulusal mahkemelere bırakan bir yaklaşımı benimsemiştir¹³¹⁷. Ancak bu sürecin bir anda gelişmesi doğaldır ki mümkün değildir. Bu sebeple İngilizce doktrinde, ulusal mahkemelerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile arasında tedrici (*incremental*) bir gelişim süreci doğrultusunda daha aktif bir rol almaları ve temel

¹³¹⁴ Bu konularda takdir marjı doktrini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ARAI-TAKAHASHI, Yutaka; **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Intersentia, 2002, s. 72-74, 103, 105.

¹³¹⁵ Bu yönde bkz. GERARDS, Janneke; “Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights”, **Human Rights Law Review**, Cilt: 18, Sayı 1, 2018, s. 6.

¹³¹⁶ BJÖRGE, (2013), s. 212-214.

¹³¹⁷ Bu yönde bkz. ÇALI, Başak; “From Flexible to Variable Standards of Judicial Review: The Responsible Domestic Courts Doctrine at the European Court of Human Rights”, **Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Between the ECHR, EU, and National Legal Orders** içinde, (Eds: Oddný Mjöll ÁRNADÓTTÍR, Antoine BUYSE), Routledge, 2016, s. 155-156, ayrıca GERARDS, (2018), s. 13-14.

hakları eşgüdümlü bir biçimde yorumlamaları gerektiği belirtilmektedir¹³¹⁸. Bu sürecin takdir marjından farkı, takdir marjı doktrini, yukarıdan aşağı tek taraflı bir süreci ifade ederken, tedrici gelişme doktrininin hem aşağıdan yukarı hem de yukarıdan aşağı bir diyalog sürecini ifade etmesidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, son yıllarda verdiği kararlarda temel hak ve özgürlüklerin etkin korunmasına ilişkin bazı konularda dikkatli, tedrici gelişmeye imkan veren ve daha kısıtlı bir denetim yapmaktadır¹³¹⁹. Bu durumu Mahkeme'nin son yıllarda kürtaja ve ötenaziye ilişkin verdiği kararlarda¹³²⁰ veya temel hak ve özgürlükler standardının belirlenmesine ilişkin kararlarda¹³²¹ görmek mümkündür. Bunun yanında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Salduz v. Türkiye Davası'ndaki gibi dikkatli ve muhafazakar tutumundan sıyrılarak önemli ilkeler geliştirdiği kararları da mevcuttur. Ancak bu kararlarında dahi Mahkeme, belirlediği standartları taraf ülkeler lehine yumuşatarak bu ilkelere, ulusal makamlar tarafından gerekçelendirildiği takdirde birtakım istisnalar getirebilmektedir¹³²².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin taraf devletlerin ulusal mahkeme kararlarını farklı değerlendirmesi, Mahkeme'nin denetimin merkezine koyduğu hususları değiştirmektedir. Artık Mahkeme, eskisi gibi olay ve olguların içine girdiği sıkı bir denetimden kaçınmaktadır. Bu sebeple Mahkeme'nin artık esasa ilişkin denetimden (*substantive review*) ziyade bir usul incelemesi (*procedural review*) yaptığı ve ulusal mahkemelerin olay ve olguları ele alış biçimini değerlendirmeye daha çok başladığı ifade edilmektedir¹³²³. İşte tedrici gelişim doktrini de bu yaklaşımın bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır¹³²⁴. Tedrici gelişim doktrini açısından Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasındaki ilişki ne şekilde kurulmaktadır? Yani

¹³¹⁸ Bu yönde bkz. GERRARDS, (2018), s. 6 vd. ayrıca ULFSTEIN, Geir; "The European Court of Human Rights and National Courts: A Constitutional Relationship", **Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Between the ECHR, EU, and National Legal Orders** içinde, (Eds: Oddný Mjöll ÁRNADÓTTIR, Antoine BUYSE), Routledge, 2016, s. 58.

¹³¹⁹ GERARDS, (2018), s. 13.

¹³²⁰ Bu yönde örnekler için bkz. **A, B and C v. Ireland, Application No 25579/05**, 16.12.2010, § 214, **Haas v Switzerland**, § 51.

¹³²¹ Bu yönde örnekler için bkz **Simic v Bosnia and Herzegovina, Application No 75255/10**, 15.10.2016, § 35; **Karapetyan and Others v Armenia, Application No 59001/08**, 17.10.2016, § 58; **Ojei v The Netherlands, Application No 64724/10**, 14.03.2017, 35 vd.

¹³²² **Ibrahim and Others v United Kingdom Applications Nos 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09**, 13.09.2016, § 257, ayrıca bu yönde bkz. GERARDS, (2018), s. 15.

¹³²³ BREMS, Eva; "The "Logics" of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights", **Procedural Review in European Fundamental Rights Cases** içinde (Eds: Janneke GERARDS, Eva BREMS), Cambridge University Press, 2017, s. 17-18.

¹³²⁴ GERARDS, (2018), s. 3.

Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı karşısında genel tutumu nedir? Bu soruların yanıtlarını Anayasa Mahkemesi içtihadında aramakta fayda vardır.

2. Anayasa Mahkemesi İçtihadında Tedrici Gelişme Doktrini

Daha önce belirtildiği gibi Anayasa Mahkemesi'nin genel olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını aynaladığı görülmektedir. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin temel hak korumasına minimalist yaklaşımını benimsediği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹³²⁵. Buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadından gerekçesini göstererek açıkça ayrıldığı birtakım hususlar da bulunmaktadır. Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda adil yargılanma hakkı bunun önemli örneklerinden biridir.

Anayasa Mahkemesi, *E.T.Y.İ. A.Ş. Başvurusu*'nda, tarh edilen katma değer vergisi ve vergi ziyai cezasına ilişkin açtığı iptal davasının reddedilmesi sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini karara bağlamıştır. Bu başvuruda Anayasa Mahkemesi'nin önündeki ilk sorun, vergi ziyai cezasına karşı açılan davaların adil yargılanma hakkı kapsamına girip girmediği olmuştur. Çünkü bilindiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında adil yargılanma hakkının kapsamı suç isnadı veya medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar kavramlarıyla sınırlandırılmıştır. Anayasa Mahkemesi de derğerlendirmesine söz konusu standartları ortaya koyarak başlamıştır. Buna göre “*AIHM içtihadında cezai nitelik taşımayan vergisel uyuşmazlıkların, 6. maddenin güvence kapsamı dışında kalacağı sonucuna ulaşılmasında vergi aslı yönünden başvuru konusu yapılan uyuşmazlıkların vergi yükümlüsü ile vergi alacaklısı konumunda bulunan taraf devlet arasında kamusal niteliği ağır basan bir uyuşmazlık olmasının ve taraf devletlerin kamusal yetkisinin sert çekirdeği içerisinde yer aldığı kabul edilmesinin rol oynadığı anlaşılmaktadır*”¹³²⁶.

Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin derğerlendirmesini ortaya koyduktan sonra şu şekilde devam etmektedir: “*Bununla birlikte, hukuk sistemimizdeki vergi uyuşmazlıkları ayrı bir yargı kolu içerisinde değıl idari yargı kolu içinde ve özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, genel olarak 6/1/1982*

¹³²⁵ KONTACI, (2014), s. 114.

¹³²⁶ E.T.Y.İ A.Ş. Başvurusu, Başvuru No: 2013/596, Karar Tarihi: 08.05.2014, § 27.

tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca, diğer idari uyuşmazlıklarla aynı yargılama usulüne tabi bir yargılama prosedürü çerçevesinde çözümlenmektedir. ...özellikle adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan güvence hükümleri arasında yer verilen makul sürede yargılanma hakkının işlevsel bir rol oynayabileceği ve bu yönüyle ...vergisel uyuşmazlıkların, başta mülkiyet hakkı olmak üzere medeni hak ve yükümlülükler alanında önemli yansımaları bulunan bir ilişki olduğu anlaşılmakta ve belirtilen tespitler çerçevesinde, vergi uyuşmazlıklarının adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır¹³²⁷.” Doktrinde de Anayasa Mahkemesi’nin bu içtihadının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadından kesin ve haklı bir ayrılış olduğu belirtilmektedir. Bu yorumun da vergi mükellefi nezdinde, anayasal hakların uygulanması bakımından önemli bir gelişme olduğu ifade edilmektedir¹³²⁸.

Anayasa Mahkemesi’nin, son dönemde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kullandığı “*usul incelemesi*” yaklaşımını kullanmaya başladığı görülmektedir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, ilk derece, istinaf veya temyiz mahkemelerinin verdiği kararlardaki maddi vakıaları nasıl değerlendirdiklerini değerlendirmektedir. Yani diğer mahkemeler tarafından yapılan incelemenin şeffaflık, açıklık, tarafların katılımının sağlanması ile usuli olarak adalet ve hakkaniyetin sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilmektedir¹³²⁹. Anayasa Mahkemesi’nin *Yaşar Çelik Başvurusu*’nda verdiği karar, bu yaklaşımın en ileri düzeyde kullanıldığı kararlardan biridir. Başvuruya konu olan olayda başvuru, Hizb-ut Tahrir terör örgütü üyesi olduğu gerekçesiyle mahkum olmuştur. Başvurucu hakkındaki karar kesinleştikten sonra başvuru, esaslı talep ve görüşlerinin değerlendirilmemesi sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, kararında ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemelerinin değerlendirme standartlarına ilişkin önemli açıklamalarda bulunmuştur. Buna göre;

“...kuşkusuz başvurucuya atfedilen söz ve eylemlerin hukuk sistemimizde bir suça tekabül edip etmediğinin takdir yetkisi derece mahkemelerine aittir. Ancak derece mahkemeleri bu konuda gerekçelerini ilgili ve yeterli şekilde ortaya koymalıdır....Bu

¹³²⁷ E.T.Y.İ A.Ş, § 28.

¹³²⁸ YALTI, Billur; **Vergi Yargılamasında Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesi Kararlarında Uygulama Alanı Genişlemesi**, <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Billur-Yalt%C4%B1-Adil-Yarg%C4%B1lanma.pdf>, s. 4.

¹³²⁹ BREMS, (2017), s. 18.

bağlamda ilk derece mahkemelerinin ve Yargıtayın Hizb-ut Tahrir örgütünün bir terör örgütü olup olmadığına yönelik hiç değilse bir kere değerlendirmede bulunması, gerekçelerini başvurunun temel iddiaları ile mahkemelerin resen tespit edecekleri ve yargılamanın doğasının gerektirdiği sorulara cevap verebilecek nitelikte hazırlaması gerekirken bunu yapmadıkları anlaşılmıştır¹³³⁰.”

Yaşar Çelik Başvurusu’nda Anayasa Mahkemesi ihlal kararı verirken konunun ne denli hassas olduğunun da farkındadır. Çünkü Mahkeme, aslında ilk derece mahkemesinden eldeki deliller ışığında Hizb-ut Tahrir örgütünün terör örgütü olduğunu göstermesini istemektedir. Belirtilen sebeple Anayasa Mahkemesi’nin, dosyayı yeniden yargılama yapmak üzere ilk derece mahkemesine gönderdiği görülmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, bunu yaparken de ilk derece mahkemesinin ne yapması gerektiğini ilginç bir şekilde açıkça belirtmektedir.

“...yapılacak yeniden yargılama ...ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılmasından ve ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir¹³³¹.”

Belirtmek gerekir ki Türk Anayasa Mahkemesi, hakkın sınırlandırmasını meşru gördüğü bazı durumlarda gerekçelendirme konusunda sorunlu bir yaklaşım sergilemektedir. Bu durum *Z.A. Başvurusu’nda* görülebilir. Başvuruya konu olan olayda, Niğde’nin bir kasabasında öğretmenlik yaparken iffetsizlik sebebiyle meslekten ilişkisi kesilen eşcinsel bir öğretmen, çıkan af kanununa dayanarak tekrar başvurmaya rağmen mesleğe alınmadığından özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, kararında öncelikle özel hayata saygı hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğu kanaatine ulaşmıştır¹³³².

Daha önce belirtildiği üzere eğer bir müdahale, belli bir hakkın kapsamına giriyor ise hakka müdahalenin hukuka uygunluğuna yönelik ispat yükü devlete düşmektedir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi’nin bu başvuruda üç aşamalı testi

¹³³⁰ **Yaşar Çelik Başvurusu, Başvuru No: 2014/13117**, Karar Tarihi: 19.07.2018, § 58.

¹³³¹ **Yaşar Çelik**, § 69.

¹³³² **Z.A. Başvurusu, Başvuru No: 2013/2928**, Karar Tarihi: 18.10.2017, § 60.

kullanması ve başvuruçunun özel hayata saygı hakkı ile korunmak istenen anayasal değer arasında bir denge kurması gerekirdi. Herşeyden önce Anayasa Mahkemesi bunu yapmamıştır. Bunun yerine Anayasa Mahkemesi, şunları ifade etmekle iktifa etmiştir: *“Başvuruçunun atanma talebinin reddine ilişkin işlem ile söz konusu disiplin süreci birlikte ele alındığında yeniden öğretmenlik mesleğine atanma talebini değerlendiren idare tarafından başvuruçunun cinsel yönelimine değil görev yaptığı okula yansıttığı davranışlarına odaklanılmış olduğu görülmektedir. Mahrem kalması gereken cinsel hayatına dair unsurların başvuruçunun özenli sayılamayacak davranışları sonucu kendisi tarafından kamunun bilgisine açılmış olmasına, dolayısıyla küçük bir kasabada okul çalışanları, öğrenciler ve veliler tarafından bilinir olmasına önem atfedildiği, idare tarafından bu durumun öğretmenlik sıfatıyla bağdaşmayan iffetsizlik oluşturduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır¹³³³.”*

Anayasa Mahkemesi, bu paragrafta çok önemli bir hususu, başvuruçunun tekrar işe alınmama gerekçesinin cinsel yönelimi değil, fakat mahrem kalması gereken hususları kendisi tarafından kamunun bilgisine açması olduğunu ifade etmiştir. Bu durumda sorun şudur: Anayasa Mahkemesi, soruşturma dosyasında yer alan bilgi ve belgeleri tartışmamış, adeta bu konuda karar vermekten kaçınmıştır. Ne yazık ki karar gerekçesinde yapılmayan bu tartışma karşıoyda yapılmıştır: *“...başvuruçunun eşcinsel yönelimi kamu yetkilileri tarafından "huzursuzluk" kaynağı ve "iffetsizlik" olarak nitelendirilmiş ve bunlarla ilgili disiplin hükümleri uygulanmıştır. Başka bir ifadeyle idare eşcinselliği "iffetsizlik" ve "huzur bozuculukla" eş tutmuştur. Üstelik, bütün bu değinilen hususlarla ilgili olarak, örneğin öğrenci velileri veya diğer öğretmenler tarafından herhangi bir resmi şikayette bulunulmamıştır.*

Başvuruçunun görev yerinde, yani okulda bir okul hizmetlisine cinsel ilişki teklif ettiği iddiası ise bir iddia olmaktan öteye geçememiş ve doğruluğu ispatlanamamıştır. Başvuruçu eşcinsel cinsel yönelimini, kimliğini ve kasaba halkından bazı kişilerle özel hayat kapsamında cinsel ilişkiye girdiğini kabul etmekte ancak çalıştığı okuldaki görevliye okulda eşcinsel ilişki teklifinde bulunduğu iddiasını kesinlikle reddetmektedir.

...

¹³³³ Z.A., § 74.

“Başvurucunun cinsel yöneliminin kendisinin veya çalışma arkadaşlarının mesleki faaliyetlerin ve performanslarını veya hizmetin muhatabı olan öğrenciler üzerinde olumsuz sonuçlar doğurduğuna ilişkin somut ve nesnel bir bulgu ortaya konulamadığı gibi bu durum yapılan soruşturma kapsamında da araştırılmamıştır¹³³⁴.”

Anayasa Mahkemesi’nin *Z.A. Başvurusu*’nda yaptığı değerlendirmenin ikincilik açısından hatalı bir değerlendirme olduğu sonucuna ulaşılabilir. Çünkü Mahkeme, yaptığı değerlendirmede başvurucunun cinsel yönelimi dolayısıyla ayrımcılığa uğrayıp uğramadığını ve bununla bağlantılı olarak özel hayata saygı hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirmemiştir. Yani Mahkeme, hükmünü yeterli ölçüde gerekçelendirmemiş, bir bakıma davaya müdahil olmak istememiştir. Bu durum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kullanmaya başladığı “*usul incelemesi*” yönteminin tehlikesini de gözler önüne sermektedir. İngilizce doktrinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin belirtilen tutumuna tedrici gelişme (veya usul incelemesi) adı verilmekle beraber, Mahkeme’nin son dönemde temel hak ve özgürlükleri etkin koruyamadığı, temel hakların etkin korunması – üye devletlerin egemenliği dengesinin, ikincisi yönünde aşırı şekilde bozulduğu yönünde endişelerin mevcut olduğunu belirtmek gerekir¹³³⁵.

¹³³⁴ **Z.A.**, Üye Engin Yıldırım’ın Karşılığı, § 39-41.

¹³³⁵ Bu endişelerin değerlendirildiği bir çalışma için bkz. STIANSEN, Øyvind; VOETEN, Erik; “Backlash and Judicial Restraint: Evidence from the European Court of Human Rights”, **SSRN Working Papers**, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3166110>, 19.08.2018, s. 3-4.



SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin son zamanlarda benimsediği tedrici gelişme ve usul incelemesi yaklaşımı, uluslararası hukuk sisteminin ulusal hukuk sistemleri üzerindeki genişletici yorum baskısı ile ilgilidir. Buna göre ulusal mahkemeler tutarlı bir felsefe ve hak temelli bir yaklaşımla temel hak ve özgürlükleri yorumlamalıdır. Bu çalışmada ise özgül olarak Türk Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruda temel hak ve özgürlükleri ele alışı incelendiğinden, bu konudaki sonuç bulgularını da belirtilen hedef doğrultusunda tahlil etmek gerekir.

Temel hak ve özgürlüklerin yorumu konusunda iğne, Türk Anayasa Mahkemesi'ne batırılacaksa, önce çuvaldızı Batı ulusal mahkemelerine batırmak gerekir. Nitekim Batı mahkemelerinin verdiği bazı kararlar vardır ki bu kararları gören kişilerin, hukukçu olmasalar dahi dehşete düşmemesi imkansızdır. Bunlara şunlar örnek gösterilebilir:

- 1919 yılında Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Frohwerk Davası'nda bir gazeteci, “*Askerlerimizi Fransa'ya (savaşa) göndermek unutulmaz ve affedilemez bir hatadır.*” şeklindeki sözleri nedeniyle 10 yıl ceza almış ve karar Yüksek Mahkeme tarafından onanmıştır. Bu karar, günümüzde açık ve yakın tehlike kriterini şekillendiren kararlardan biridir.

- 1999 yılında Birleşik Krallık'ta, Venables ve Thompson Davası'nda; 2 yaşındaki bir bebeği 10 yaşında iken öldüren iki çocuk 10 yıl hapis cezası almıştır. Bilahare, bu kişilerin cezaları kamuoyu baskısı gerekçesiyle yürütme tarafından 15 yıla çıkarılmış, söz konusu ceza Yüksek Mahkeme tarafından onanmıştır. Tepki çeken bu düzenleme, 2003 yılında yürürlükten kaldırılmıştır¹³³⁶.

- 1992 yılında İrlanda'da 14 yaşında bir küçük cinsel saldırıya uğrayarak hamile kalmıştır. Ailesinin, çocuğu kürtaj için İngiltere'ye götürmek istemesi üzerine İrlanda Yüksek Mahkemesi, X Kararı'nda, yaşam hakkı ile seyahat hürriyetinin kıyaslanamayacağını belirterek çocuğu doğum yapmaya icbar etmiştir. Tepki çeken bu

¹³³⁶ İnsan haklarına ve liberal anlayıştaki hukuk perspektifine ters düşmekle birlikte bu kararın toplumdaki adalet duygusunu sarsmamak ve vicdanları rahatlatmak adına verilen bir karar olduğu da ileri sürülmüştür. Bu yönde bkz. DEMİRDAL, (2017), s. 209.

kararın ardından yıllar süren protestolar neticesinde İrlanda'da kürtaj yasağını düzenleyen Anayasa'nın 8. maddesi, referandumla yürürlükten kaldırılmıştır.

- 1985 yılında Almanya'da bir kişi ateist olduğu gerekçesiyle Kilise vergisini ödemeyi reddetmiştir; bu sebeple de kovuşturmaya uğramıştır. Klaus Wegner rumuzlu bir kişi tarafından da belirtilen davada görev yapan hakime, Kilise karşıtlarının belini kırmaya çalıştığı, bu sebeple görevini kötüye kullandığı ithamıyla bir mektup yazılmıştır. Yazılan bu mektup, otoriteleri öylesine rahatsız etmiştir ki kolluk, bu kişinin tespit edilmesi için hakim kararıyla şüphelendikleri bir avukatın bürosuna girerek bütün dosyalarını en ince ayrıntısına kadar aramıştır. Bunun üzerine avukat, özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuş, fakat başvurusu reddedilmiştir.

Yukarıda belirtilen davalar ve bu davaların karara bağlandığı ülkeler tesadüfen seçilmemiştir. Bu ülkelerin tamamı, hukukun üstünlüğü endekslerinde en üstlerde yer alan ülkelerdir; kararları veren mahkemeler ise dünyada pek çok incelemeye konu edilen ve hukuka yön veren büyük ve önemli mahkemelerdir. Söz konusu davalara gelince bunlar, belirtilen ülkelerde büyük yankılar uyandıran davalardır; ortak özellikleri de bu davaların ilgili ülkelerde birtakım siyasi fay hatlarına dokunması, bu sebeple Mahkemelerin de verdikleri kararlarda dehşetengiz hatalara düşmeleridir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki yukarıda belirtilen davalardan Avrupa mahkemeleri tarafından verilen son üç karar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne götürülmüş ve bunlar hakkında ihlal kararları verilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri açısından bu durum söz konusu olmamakla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, yıllar içinde içtihadını değiştirmiş ve nispeten hak temelli bir yaklaşım benimsemiştir. İşte bu davaların taşıdığı önem tam da bu hususlarda gizlidir. Davaların karara bağlandığı ülkeler, davaların konusunu oluşturan hususlarda yapısal insan hakları sorunları ile karşı karşıyadırlar. Buna karşın yıllar içinde bu ülkeler, nispeten ilerlemeci bir yaklaşımla zamanın değişen gereklerine ayak uydurma yolunda adımlar atmışlardır. Bu durum, mahkemelerin zaman içinde yorumunu değiştirmesi, yani felsefi hermeneutik ile mümkün olmuştur. Bu da temel hak ve özgürlüklerin yorumunda dinamik bir yaklaşımın ve hermeneutiğin önemini ortaya koymaktadır.

Günümüzde hukuk bilimi, klasik hermeneutik anlayışından gittikçe sıyrılan, felsefi hermeneutiğin kabullerine yönelen bir anlayışa yönelmektedir. Çünkü klasik hermeneutik ve geleneksel yorum öğretisi, eksiksiz bir hukuk düzeninin varlığı ve normun önceden belirlenmiş bir anlam içerdiği varsayımına dayanır. Bu durumda yorum, yalnızca kural metnine mündemiç mutlak anlamın ortaya konması olabilir. Yorumcunun görevi de bu anlamın ortaya çıkarılması olarak belirlenir. Yani klasik hermeneutik ve geleneksel yorum öğretisi yorumcuya, yasa koyucunun niyetini bulmak gibi psikolojik bir görev yükler. Felsefi (yeni) hermeneutik öğretisi ise yorum ve anlam kavramlarının ontolojik betimlemesini yaparak geleneksel yorum teorisine darbe vurmuştur. Buna göre felsefi (yeni) hermeneutikte metnin anlamı, “keşfedilmez”, yorumcu tarafından “inşa edilir”. Bu durum, klasik hermeneutikte usuli bir unsur olan yorum kavramını, esasa ilişkin kurucu bir unsur haline getirir.

Klasik hermeneutik ile yeni hermeneutik öğretisi arasındaki fark, temel hak ve özgürlüklerin yorumuna ilişkin esasları belirler. Temel hak ve özgürlükler, bunları hukuki metinlere yerleştirenlerin niyetleri doğrultusunda değil, fakat sınırlı sayılmamış haklar doktrini doğrultusunda türetici bir şekilde yorumlanır. Böylece ulusal mahkemeler, zaman içinde geliştirdikleri tutarlı felsefe sayesinde ülkelerinin yapısal insan hakları sorunlarına da çözüm getirmek konusunda önemli katkılar sağlamaktadırlar.

Hemen belirtmek gerekir: Bu durumda da şu sorun ortaya çıkmaktadır: Eğer bu haklar, mündemiç oldukları diğer haklardan türetilecekse, bu türetme faaliyetinin dayanacağı felsefi yaklaşım ne yönde olmalıdır? Doktrinde bu soruya farklı yanıtlar verilmiş olmakla birlikte günümüzde insan onurunun altında yatan bir ilke olarak kişisel özerklik ilkesine öncelik verildiği görülmektedir. Bu ilke, insanın kendi yaşam ve vücudu üzerinde seçme hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. Buna göre insanın türüne özgü özgürlük ve mutluluk şeklinde iki içkin değer bulunmakta ve insanın kendini gerçekleştirebilmesi, bu iki değeri gerçekleştirme yolunda yapacağı rasyonel değerlendirmeler sonucuna bağlı olmaktadır. Bu değerlendirmeler, çoğulcu bir yaklaşımla ele alınmalı ve farklılıklara saygı temelinde hak ve ödevler ilişkisi kurulmalıdır. Temel hak ve özgürlüklerin kapsamı da bu farklı seçimlere saygı gösterme doğrultusunda belirlenir ve bu seçme hakkının ancak meşru amaçlar karşısında sınırlandırılması söz konusu olur. Böylece etik ve akıl arasında bir bağ kurulur. Günümüzde

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin benimsediği felsefi yaklaşım da istikrarlı bir şekilde bu yönde ilerlemektedir. Böylece, kurulduğu günden bu yana başarılı bir şekilde işlev gören Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa kamu düzeni açısından önemli birtakım ilkeleri belirlemiş olup, artık bu ilkelerin belirlenmesi konusunda da ulusal hukuklarla tedrici bir bütünleşme sürecine girmiştir. Peki tüm bu gelişmeler karşısında Türk Anayasa Mahkemesi'nin konumu nedir?

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını, genellikle en iptidai yöntem olan aynalama yöntemiyle uygulamaktadır. Halbuki Anayasa Mahkemesi'nin daha ileri bir koruma standardını rahatça benimseyebileceği konuların olduğunu ifade etmek gerekir. Gerçekten bazı konularda Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden çok daha avantajlı ve ileri bir konumdadır. Bu konularda Anayasa Mahkemesi, kendi yaklaşımını belirlerken, ulusal hukuk sisteminde mevcut uygulamaları vasıtasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ile bir diyalog sürecine girme kabiliyetine sahiptir. Ancak bazı konularda Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mevcut çekingen tavrına dahi yaklaştığını söylemek mümkün değildir.

Her şeyden önce Türk Anayasa Mahkemesi'nin örneğin sendikal haklar konusunda çağının gereklerine göre yorum yaptığını söylemek mümkün görünmektedir. Keza Anayasa Mahkemesi, Avrupa'da ayrımcılık sebebi olan birtakım hususlarda da Batı Avrupa'dan ileride görünmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde, üzerine Batı ülkelerinin yanı sıra Türk hukuk fakültelerinde de tartışılan ödüllü filmler yapılan¹³³⁷ HIV virüslü işçinin sözleşmesinin feshedilmesi konusunda Anayasa Mahkemesi sessiz sedasız ihlal kararı vermektedir. Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çözemediği kürtaj gibi kritik sorunlarda Türk mevzuatı ve Anayasa Mahkemesi oldukça açık ve nettir. Nihayet Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yorumunun alameti farikalarından olan pozitif yükümlülükler doktrini ve temel hakların yatay etkisini, devletin insanlara imkan sunmakla yükümlü görüldüğü bir düzen içerisinde faaliyet gösteren Türk Anayasa Mahkemesi'nin türetmemesi için hiçbir sebep yoktur. Bu konuda Türk hukuk sisteminin, faydacı bir piyasa düzenini ön planda tutan

¹³³⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nde HIV virüslü bir avukatın işten çıkarılması üzerine giriştiği hukuk mücadelesini konu alan, Amerikan Sinema Akademisi ödüllü, 1993 tarihli "Philadelphia" isimli ünlü bir film bulunmaktadır.

ve hukuk sisteminde hak ve özgürlükleri buna göre şekillendirmeye çalışan Batı Avrupa siyasetinin kronik tuzaklarına düşmediğini söylemek mümkündür.

Anayasa Mahkemesi'nin Batı standartlarını ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını yakalayamadığı pek çok alanın bulunduğunu maalesef belirtmek gerekir. Bu hususlar, özellikle hakların negatif boyutuna müdahale edilen alanlar üzerinde yoğunlaşmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ilgilendiren tutukluluk içtihadı bunlara örnektir. Mahkeme, bu konuda Türk hukukunda çok daha ileri bir standardı benimseyebilecekken hükmen tutukluluk içtihadıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin asgari standardını benimsemiştir. Benzer bir durumu özel hayatın gizliliği hakkında görmek mümkündür. Anayasa Mahkemesi, kamuda çalışanların elektronik postalarına girilmesini zorlama bir biçimde kanuni, bilahare de ölçülü ve demokratik toplumda gerekli görmüştür. Yine seçme ve seçilme hakkı konusunda Anayasa Mahkemesi, Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı bireysel başvuru yolunu kapatmıştır. Bu durumda belirtilen hakkın ihlali için başvuru yapmak neredeyse imkansızdır. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi'nin son dönemde verdiği kararlarda tutuklu olan milletvekillerinin seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarını da daraltıcı bir şekilde yorumladığını görmek mümkündür.

Anayasa Mahkemesi, kişi ve konu bakımından yetki konusunda daraltıcı bir yorum benimsemiştir. Özellikle kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunma hakkı konusunda Mahkeme'nin tutumu katı ve şekilcidir; Mahkeme bu başvuruları kesin olarak reddetmektedir. Yasama işlemlerine karşı bireysel başvuruda bulunma yasağı konusunda da Mahkeme'nin yorumu benzerdir. Mahkeme bu başvuruları da kesin bir biçimde reddetmektedir; belirtilen sebeple Anayasa Mahkemesi, mağdur kavramının yorumlanması konusunda potansiyel mağduriyet ve mağduriyetin doğrudanlığı kriteri konusunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin genişletici yorumunu yakalamakta dahi zorlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin Batı standartlarından daha ileride veya daha geride olduğu hususlar elbette vardır; ancak Anayasa Mahkemesi açısından en büyük sorunlardan birinin istikrarlı bir içtihat geliştirememek olduğu da görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin demokratik toplum düzeni açısından bazı haklar konusundaki içtihadı çelişkilidir. Örneğin din ve vicdan özgürlüğü konusunda Anayasa Mahkemesi,

bazı durumlarda hakkı geniş yorumlamakta, ancak örneğin konu vejetaryenlik olduğunda yorumunu daraltmaktadır. Mahkeme, bu konuda istikrarlı bir içtihat oluşturamadığından temel haklar arasında dengeleme yaparken zaman zaman faydacılığın tuzaklarına dahi düşmektedir. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, temel hakları, bazen sayısal çoğunlukla dengeleme yönünde sinyaller vermektedir. Yine toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkının sınırlandırılması konusunda Anayasa Mahkemesi'nin istikrarlı bir içtihadı olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Mahkeme, bir kararında barışçıl gösteri yapmak isteyenlerin hakkının, kamu düzeninin bozulacağı endişesiyle sınırlandırılmasının ölçüsüz olduğuna kanaat getirmekte iken, bir başka davada bunun tersi bir yaklaşımı benimsemekte, kamu düzeninin bozulacağı endişesiyle hakkın sınırlandırmasını hukuka uygun bulmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, bazı konularda, kamu gücünün hatalı uygulamalarını görmezden gelmiştir. Örneğin transseksüellere ayrımcılık uygulandığı konusundaki başvurularda, sorunun esasını görmezden geldiği ve hukuki uyumsuzluğun bu konuyla ilgisinin olmadığını kabul ettiği görülmektedir. Mahkeme, eşcinsellerin ayrımcılığa uğrayıp uğramadığı konusunda da benzer bir tutum içerisinde. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi'nin bu konulardaki esaslı sorunları tartışmaktan kaçındığı, bu konuda kamu makamlarının kendisine gösterdiği gerekçeleri sıkı bir biçimde denetlemesi gerekirken bunu yapmadığı görülmektedir. Bu sebeple de temel hak ve özgürlüklerin belirtilen konularda etkin bir biçimde korunması konusunda ciddi sorunlar varlığını sürdürmektedir. Halbuki Tsakyrakis'in belirttiği gibi yapılması gereken temel haklar konusunda fikir farklılıklarını açıkça ortaya koymak ve bunları dürüstçe tartışmaktır; aksi takdirde temel hak yargılamasının, hakimlerin dünya görüşlerini tarafsızlık maskesi altına gizledikleri bir gösteriden öteye gitmesi mümkün değildir¹³³⁸.

Hemen belirtmek gerekir: Temel hak ve özgürlüklerin genişletici yorumundaki sorunlu alanlar konusunda Anayasa Mahkemesi'ni mutlak surette suçlamak aceleci ve sorumsuzca olacaktır. Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin temel hedefinin, temel hak ve özgürlükleri etkin bir biçimde korumaktan ziyade Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden gelecek ihlal kararlarını engellemek olduğu kadar ve hatta ondan daha çok, Türkiye'nin yapısal insan hakları sorunlarını çözmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Belirtilen sebeple Anayasa Mahkemesi'nin de çalışmada

¹³³⁸ TSAKYRAKIS, (2009), s. 491.

açıklanmaya çalışıldığı şekilde, aynı konuyu ilgilendiren durumlarda dahi temel hakların kapsamını istikrarlı bir şekilde belirlemekte zorlandığı görülmektedir. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, pek çok konuda çelişkili bir tutum takınmakta, temel hak ve özgürlüklerin etkin korunmasını zaman zaman kendi kurumsal konumu ve meşruluğunu ilgilendiren stratejik bir yaklaşıma feda edebilmektedir.

Türk anayasa hukukçularının görev ve hedefi, Türkiye’de temel hak ve özgürlüklerin etkin korunması konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa hukuk çevreleri ile paylaşabileceği bir felsefesi olan Anayasa Mahkemesi’nin gelişimine katkıda bulunmaya çalışmak olmalıdır. Bu sebeple Mahkeme’nin tutarlı bir felsefe geliştirerek temel hak ve özgürlükleri koruması için gerekli doktrinsel desteğin verilmeye çalışılması hayati öneme sahiptir. Bu da Anayasa Mahkemesi’ni, temel hak ve özgürlükleri, insan onurunun altında yatan temel ilke olan kişisel özerklik doğrultusunda, hak temelli deontolojiye dayanan dürüst ve genişletici bir yoruma tabi tutmaya davet etmekle mümkündür.



KAYNAKÇA

ABDULLAHZADE, Cavid; “Emval-i Metruke Kapsamındaki Mülkiyet Davalarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Süreci Açısından Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 62, Sayı: 2, 2013.

ABİK, Yıldız; “Normun Koruma Amacı Teorisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 59, Sayı: 3, 2010.

ACAR VANLEENE, Sengün M.; “Wilhelm Dilthey’de Anlama Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi*, Cilt: 52, Sayı: 1, 2012.

ACAR, Ali; “Friedrich Karl Von Savigny’nin Hukuk Anlayışı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt I, sayı: 1, 2006.

ACEVES, William J.; “Actio Popularis – The Class Action in International Law”, *University of Chicago Legal Forum*, Cilt: 2003, Sayı: 1, 2003.

AKANDJI-KOMBE, Jean Francoise; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, İnsan Hakları El Kitapları No: 7, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007.

AKARSU, Bedia; *Ahlak Öğretileri II: Immanuel Kant’ın Ahlak Felsefesi (Ödev Ahlakı)*, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968.

AKBAŞ, Kasım; “Kıskırtıcı Bir İnsan Hakları Analizine Giriş”, *Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları: Eleştirel Bir Yaklaşım*, (Eds: Rabia SAĞLAM, Kasım AKBAŞ) Notabene Yayınları, Ankara, 2015.

AKIN, İlhan; *Temel Hak ve Özgürlükler*, İstanbul, 1964.

AKKUTAY, Ali İbrahim; *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

AKTAŞ, Sururi, “Hukukta Yorum Çabaları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 3-4, 2011.

AKTAŞ, Sururi; *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER, Murat; KAYA, Cemil; *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

AKYILMAZ, Gül; *Osmanlı Devleti’ndeki Hukuki Düzenlemeler Çerçevesinde Ermeniler ve Geride Bıraktıkları Mallar (Emval-i Metruke)*, Avrasya İncelemeleri Merkezi Rapor No: 16, 2017, s. 62.

ALEXY, Robert; *A Thory of Constitutional Rights*, (Almancadan İngilizceye Çeviren: Julian RIVERS), Oxford University Press, Cornwall, 2002.

ALEXY, Robert; “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, *Ratio Juris*, Cilt: 16, Sayı: 2, 2003.

ALEXY, Robert; “Law, Morality and the Existence of Human Rights”, *Ratio Juris*, Cilt: 25, Sayı 1, Mart 2012.

ALEXY, Robert; “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, Cilt: 13, Sayı 3, 2000.

ALGAN, Bülent; “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Yaklaşımı: Hebat Aslan ve Firas Aslan Kararı Örneği”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 32, 2015.

ALGAN, Bülent; “Bireysel Başvurularda “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk” Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulaması, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:63, Sayı:2, 2014.

ALGAN, Bülent; *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

ALTIPARMAK, Kerem; “Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 32, 2015.

ALTIPARMAK, Kerem; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yorum Yöntemleri”, 29 Kasım 2011 tarihinde Anayasa Mahkemesi’nde Sunulan Tebliğ, *Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları*, (Eds. Musa SAĞLAM, Serdar GÜLENER, Recep KAPLAN), Anayasa Mahkemesi Yayınları, I. Cilt, Ankara, 2013.

ALTIPARMAK, Kerem; *Van Depreminin Hukuki Artçıları: Anayasa Mahkemesi’nin Bayram Oteli Kararı*, TESEV Raporu, İstanbul 2014.

ANAGNOSTOU, Dia; “Politics, Courts and Society in the National Implementation and Practice of European Court of Human Rights Case Law”, *The European Court of Human Rights: Implementing Strasbourg’s Judgments on Domestic Policy*, (Ed: Dia ANAGNOSTOU), Edinburgh University Press, 2013.

ANAYURT, Ömer; *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

ANAYURT, Ömer; *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

ANAYURT, Ömer; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 1-2, 2008.

ANAYURT, Ömer; “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”, *Türkiye’de İnsan Hakları*, (Ed: Oya ÇİFTÇİ), TODAİE Yayınları, Ankara, 2000.

ANAYURT, Ömer; *Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998.

ANDENAS, Mads; BJORGE, Eirik; “National Implementation of ECHR Rights”, *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National*,

European and Global Context, (Eds: Andreas FØLLESDAL, Birgit PETERS, Geir ULFSTEIN), Cambridge University Press, New York, 2013.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka; **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Intersentia, 2002.

ARISOY, Alper; “Avrupa’da Federalizm Geleneği ve Avrupa Bütünleşmesinde Federalist Akımlar”, **Ege Akademik Bakış**, Cilt. 10, Sayı. 4, 2010.

ARSLAN, Zühtü; “Postmodern Söylem ve İnsan Hakları”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 56, Sayı: 1, 2001.

ARSLAN, Zühtü; **Anayasa Teorisi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.

ATAKAN, Arda; “Friedrich Müller’in “Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı” Teorisi Üzerine Bir İnceleme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 3-4, 2010.

ATASOY, Hakan; “Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 9, 2012.

AYBAY, Rona; “Bir İnsan Hakkı Olarak Sınır Dışı Edilme”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, 2003.

AYBAY, Rona; **İnsan Hakları Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015.

AYDIN, Murat; **Anayasa Mahkemesinin, Bireysel Başvurular Nedeniyle Verdiği Kararlar Işığında Tutuklamaya Bakış**,

http://www.murataydin.name.tr/images/bireysel_basvuru_ve_tutuklama.pdf,

12.05.2014, Erişim Tarihi: 27.07.2017.

AYDIN, Öykü Didem; “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı 4, 2011.

AYDINLI, H. İbrahim; “İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım”, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 1, 2005.

AZRAK, Ülkü; “Türk Anayasa Mahkemesi: Anayasa Düzenindeki Yer-Tişkilatı-Fonksiyonları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 28, Sayı-3-4, 1962.

BALIBAR, Etienne; “Rights of Man” and “Rights of The Citizen: The Modern Dialectic of Equality and Freedom”, *Masses, Classes and Ideas*, (Ed: Etienne BALIBAR, Fransızcadan İngilizceye Çeviren: James SWENSON), Routledge, Londra, 1994.

BALO, Yusuf Solmaz; “Tutuklama Koruma Tedbirinin Bireysel Başvuruya Konu Olması ve Anayasa Mahkemesi’nin İmtihanı”, *Ceza Hukuku ve Krimnoloji Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 1, 2015.

BALTA, Tahsin Bekir; “Türkiye’de Anayasa Yargısı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı 1-4, 1961.

BARAK, Aharon; “Constitutional Human Rights and Private Law”, *Human Rights in Private Law* içinde (Eds: Daniel FRIEDMAN, Daphne-BARAK EREZ), Hart Publishing, 2001.

BARAK, Aharon; *Proportionality*, (İbraniceden İngilizceye Çeviren: Doron KALIR), Cambridge University Press, 2012.

BARIN, Taylan; *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti*, On İki Levha Yayınları, Ankara, 2017.

BARIN, Taylan; *Çokkültürcülük Teorisi ve Ulus Devlet Anlayışına Etkileri*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

BAŞLAR, Kemal; *Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı*, Pozitif Yayıncılık, Ankara, 2005.

BAUMAN, Zygmunt; *Legislators and Interpreters: On Modernity, Postmodernity and Intellectuals*, Cornell University Press, 1987.

BAUMAN, Zygmunt; Yasa Koyucular ile Yorumcular: *Modernite, Postmodernite ve Entelektüeller Üzerine*, (Çev: Kemal ATAKAY), Metis Yayınları, İstanbul, 1996.

BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK; Gülüm; “Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 108, 2013.

BEITZ, Charles R.; *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2009.

BELGESAY, Mustafa Reşit; *Dava Teorisi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 208, İstanbul, 1943.

BELLAMY, Richard; “Political Constitutionalism and The Human Rights Act”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt: 9, No: 1, 2011.

BELLING, Detlev W; İNCE, Nurten; “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuka İlişkilerine Etkisi”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt:12, Sayı: 137, Mayıs 2014.

BENNETT, Thomas D.C., “Privacy, Third Parties and Judicial Method: Wainwright's Legacy of Uncertainty”, *Journal of Media Law*, Cilt: 7, Sayı: 2, 2015.

BERNSTEIN, Alyssa R.; "Nussbaum versus Rawls: Should Feminist Human Rights Advocates Reject the Law of Peoples and Endorse the Capabilities Approach?", *Global Feminist Ethics*, (eds. Peggy DES AUTELS and Rebecca WHISNANT), Rowman and Littlefield, New York, 2008.

BESSION, Samantha; “Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights?”, *The American Journal of Jurisprudence*, Cilt: 61, Sayı 1, 2016.

BEULAY, Marjorie; “The Action of Legal Persons in the European System of Human Rights Protection – Collective or Individual Interest?”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Sayı 12, 2013.

BEYLEVELD, Deryck; PATTINSON, Shaun; “Horizontal Applicability and Horizontal Effect.’, *Law Quarterly Review*, Sayı: 118, 2002.

BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger; “Human Dignity, Human Rights and Human Genetics”, *The Modern Law Review*”, Cilt: 61, Sayı: 5, 1998.

BEYLEVELD, Deryck; PATTINSON, Shaun; “Precautionary Reasoning as a Link to Moral Action”, *Medical Ethics*, (Ed: Michael BOYLAN), Prentice-Hall, New Jersey, 2000.

BİLGİN, Ahmet Burak; “3 Yıllık Bireysel Başvuru Uygulamasında “Tüketme” Kuralına İlişkin Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı: Olumlu ve Olumsuz Örnekler/Yaklaşımlar”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt: 14, Sayı 159, 2016.

BİLİR, Faruk; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 55, Sayı: 1, 2006.

BİNGÖL, Bilge; “Sanat Özgürlüğü”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2011.

BİRSİN, Mehmet; *İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı*, Düşün Yayıncılık, 2012.

Bireysel Başvuruda İdari Yargıya İlişkin İhlal Kararları, (Hazırlayan: Mehmet Sadık YAMLI), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2016.

BJORGE, Eirik; “Bottom-Up Shaping of Rights: How the Scope of Human Rights at the National Level Impact upon Convention Rights”, *Shaping Rights in the ECHR: The Role of The European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, (Eds: Eva BREMS, Janneke GERARDS), Cambridge University Press, 2013.

BJORGE, Eirik; “National Supreme Courts and Development of ECHR Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt: 9, Sayı: 1, 2011.

BOYAR, Oya; *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2008.

BOYAR, Oya; “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* içinde (ed. Sibel İNCEOĞLU), Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

BOYAR Oya; “Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı” *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* içinde, (Ed. Sibel İNCEOĞLU) Avrupa Konseyi Yayınları, İstanbul, 2013.

BOWRING, Bill; The Crisis of The European Court of Human Rights in the Face of Authoritarian and Populist Regimes”, İstanbul Barosu tarafından 9 Eylül 2018’de düzenlenen panelde sunulan bildiri, *International Conference on Law, State of Emergency and Judicial System in Turkey-2*, 2018.

BREMS, Eva; “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*, (eds: Daphne BARAK-EREZ, Aeyal M. GROSS), Hart Publishing, 2007.

BREMS, Eva; “Procedural Protection: An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights”, *Shaping Rights in the ECHR: The Role of The European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, (Eds: Eva BREMS, Janneke GERARDS), Cambridge University Press, 2013.

BREMS, Eva; “The “Logics” of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights”, *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases* içinde (Eds: Janneke GERARDS, Eva BREMS), Cambridge University Press, 2017.

BRKAN, Maja; “The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core”, *European Constitutional Law Review*, Sayı: 14, 2018.

BUCHANAN, Allen; “Why International Legal Human Rights”, *The Philosophical Foundations of Human Rights*, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew, LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015.

BUCHANAN, Allen; *The Heart of Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2013.

CALABRESI, Steven G.; BICKFORD, Lucy D.; “Federalism and Subsidiarity, Perspectives From U.S. Constitutional Law”, in *Federalism and Subsidiarity*, (eds. James E FLEMING, Jacob T. LEVY) Nomos, 2014.

CALIGIURI, Andrea; NAPOLETANO, Nicola; “The Application of the ECHR in the Domestic Systems”, *The Italian Yearbook of International Law*, Sayı: 20, 2010.

CAMERON, Iain; “The Court and the Member States: Procedural Aspects”, *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, (Eds: Andreas FØLLESDAL, Birgit PETERS, Geir ULFSTEIN), Cambridge University Press, New York, 2013.

CAN, Sibel; “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/1.

CENGİZ, Serkan; “AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi”, *50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?* (Ed: Kerem ALTIPARMAK), Ankara Barosu Yayınları, 2009.

CENTEL, Nur; “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2004.

CHRISTOFFERSEN, Jonas; ***Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights***, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

CHRISTOFFERSEN, Jonas; MADSEN, Mikael Rask; “Introduction: The European Court of Human Rights Between Law and Politics”, ***The European Court of Human Rights Between Law and Politics***, (Eds: Jonas CHRISTOFFERSEN, Mikael Rask MADSEN), Oxford University Press, New York, 2011.

CHUN, Lin; “Human Rights and Democracy: The Case for Decoupling”, ***The International Journal of Human Rights***, Cilt: 5, Sayı: 3, 2001.

CIACCHI, Aurelia Colombi; “European Fundamental Rights and Private Litigations: Judicial Dialogue and Judicial Governance”, ***Judicial Cooperation in European Private Law*** içinde (eds: Fabrizio CAFAGGI, Stephanie LAW), Edward Elgar Publishing, 2017.

COŞKUN, Vahap; ***İnsan Hakları: Liberal Açıdan Bir Tahlil***, Liberte Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2014.

CRUFT, Rowan; “From a Good Life to Human Rights”, ***The Philosophical Foundations of Human Rights***, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015.

CRUFT, Rowan; LIAO, Matthew; RENZO, Massimo; “The Philosophical Foundations of Human Rights: An Overview”, ***The Philosophical Foundations of Human Rights***, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew, LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015.

CUMMISKEY, David; ***Kantian Consequentialism***, Oxford University Press, 1996.

ÇAĞLAR, Bakır; “Milletlerarası İçtihadî Anayasa Hukuku Üzerine Notlar ya da “Hürriyetler Mekanı”nın Yargıçları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt:1, Sayı: 2-3, 1991.

ÇALI, Başak; “Balancing Human Rights: Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions”, *Human Rights Quarterly*, Cilt: 29, Sayı 1, 2007.

ÇALI, Başak; “From Flexible to Variable Standards of Judicial Review: The Responsible Domestic Courts Doctrine at the European Court of Human Rights”, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Between the ECHR, EU, and National Legal Orders* içinde, (Eds: Oddný Mjöll ÁRNADÓTTIR, Antoine BUYSE), Routledge, 2016.

ÇALIŞKAN, Ahmet Ziya; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğrenim Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 3-4, 2007.

CAVUŞOĞLU, Naz; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni “Yaşayan Belge” Yapan Yorum Teknikleri”, *İnsan Hakları Yıllığı Dergisi*, Cilt 14, 1992.

CAVUŞOĞLU, Naz; *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları*, Bilim Yayınları, İstanbul, 1999.

ÇELİK, Abdullah; *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.

ÇELİK, Ezgi Ece; “Gadamer’in Hermeneutik Ufku ve Nietzsche’nin Perspektivizmi”, *Flsf Dergisi*, Sayı: 15, 2013.

ÇELİKYAY, Hakan Sabri; “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının “Başvuru Yollarının Tüketilmesi” Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 73, Sayı 1, 2015.

ÇIMRIN, Çiğdem; “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Bakımından Devletlerin Pozitif Yükümlülüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 128, 2017.

ÇINAR, İbrahim; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü”, *Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri*, (ed. Musa SAĞLAM), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013.

ÇINAR, İbrahim; “Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Islah”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 7, 2016.

ÇOBAN, Ali Rıza; “Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008.

ÇOBAN, Funda; “Bir İnsan Hakkı Olarak Güvenli Kürtaja Erişim”, *Artvin Çoruh Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 2, 2015.

DEMBOUR, Marie-Benedicte; *Who Believes in Human Rights: Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press, New York, 2006.

DEMİR GÜRSEL, Esra; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Pek Hassas Terazisi ve Demokratik Toplum Anlayışı”, *Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları* içinde, (Ed: Bora ERDAĞI), Notabene Yayınları, Ankara, 2015.

DEMİRDAL, M. Balkan; *Adalet İlkeleri ve Türk Hukukundaki Serüveni*, Lykeion Yayınları, Ankara, 2017.

DEMİRDAL, M. Balkan; “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 3-4, 2014.

DEREN-YILDIRIM, Nevhis; “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruları Esas Açısından İncelemesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, Cilt:19, Sayı: 2, 2013.

DİNÇ, Güney; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 51, 2004.

DICKSON, Brice; *Human Rights and The United Kingdom Supreme Court*, Oxford University Press, 2013.

DOĞAN, Emsalgül; “Bir Karşılaştırma: Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 25.5.2009 tarihli E:2009/10444, K.2009/10167 Sayılı Kararı ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Mephisto Kararı”, *Anadolu Üniversitesi Edebiyat ve Sanat’a Sansürde Yargı Kararları Sempozyumu’nda Sunulan Bildiri*, http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_bdfff7634c254331921d8193b8394f26.pdf.

DOĞAN, İlyas; *İnsan Hakları Hukuku*, Astana Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2013.

DOĞRU, Osman; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi (Özel ve Aile Hayatına Saygı), 14 Mayıs 2012 tarihinde Anayasa Mahkemesi’nde Sunulan Tebliğ, *Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları*, (Eds. Musa SAĞLAM, Serdar GÜLENER, Recep KAPLAN), Anayasa Mahkemesi Yayınları, II. Cilt, Ankara, 2013.

DONNELLY, Jack; *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, (Çev: Mustafa ERDOĞAN – Levent KORKUT), Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.

DOUGLAS, Benedict; *The Necessity And Possibility of the Use of the Principle of Generic Consistency by the UK Courts to Answer the Fundamental Questions Of Convention Rights Interpretation*, Durham Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2012.

DOUGLAS, Benedict; “Too Attentive to Our Duty: The Fundamental Conflict Underlying Human Rights Protection in The UK”, *Legal Studies*, Cilt 38, Sayı: 3, 2018.

DOUGLAS, Benedict; “Undignified Rights: The Importance of a Basis in Dignity for the Possession of Human Rights in the United Kingdom”, *Public Law*, 2015.

DOUZINAS, Costas; “İnsan Hakları ve Postmodern Ütopya”, *Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları: Eleştirel Bir Yaklaşım*, (Eds: Rabia SAĞLAM, Kasım AKBAŞ) Notabene Yayınları, Ankara, 2015, (2015-b).

DOUZINAS, Costas; “İnsancılığın Bin Bir Yüzü”, *Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları: Eleştirel Bir Yaklaşım*, (Eds: Rabia SAĞLAM, Kasım AKBAŞ) Notabene Yayınları, Ankara, 2015, (2015-a).

DOUZINAS, Costas; *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Routledge-Cavendish, Oxford, 2007.

DOUZINAS, Costas; *The End of Human Rights: Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Hart Publishing, Portland, 2000.

DÖNMEZ, Burcu; “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve İHM’in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşam Hakkının Sınırlandırılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007.

DÖNMEZER, Sulhi; “Çocuk Düşürtme Suçunun Dünü ve Bugünü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt. 50, Sayı.1-4, 1984.

DUPRE, Catherine; *The Age of Dignity: Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Bloomsbury, 2016.

DURMUŞ, Betül; “Bireysel Başvuru Kararlarında Demokratik Toplumda Gereklik Ölçütü”, <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Betu%CC%88l-Durmus%CC%A7-Bireysel-Bas%CC%A7vuru-Kararlar%C4%B1nda-Demokratik-Toplumda-Gereklik-O%CC%88lc%CC%A7u%CC%88tu%CC%88.pdf>

DWORKIN, Ronald; *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986.

DWORKIN, Ronald; *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin; “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, Cilt: 12, Sayı: 10, 2011.

EKİNCİ, Ahmet; “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 3-4, 2014.

EKİNCİ, Hüseyin; SAĞLAM, Musa; *Sorularla Bireysel Başvuru*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2014.

ELY, John Hart; *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, 1980.

ENDICOTT, Timothy; “Proportionality and Incommensurability”, *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning* içinde (Eds: Grant HUSCROFT, Bradley MILLER, Grégoire WEBBER), Cambridge University Press, 2014.

ERDOĞAN, Mustafa; *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion Yayınevi, Ankara, 2011.

EREN, Abdurrahman; *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.

EREN, Fikret; “Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi”, *Mahmut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975.

ERGÜL Ergin; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme Geri Gönderme ve Geri Verme*, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012.

ERGÜL, Ozan; “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, *Prof. Dr. Erdal ONAR’a Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Cilt:1, 2013.

ERMENEK, İbrahim; “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 26, 2013.

EVREN, Çınar Can; “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun Onüçüncü Maddesi Uyarınca Yapılacak Başvurularda Süre ve Adil Yargılanma Hakkı”, *Memleket Siyaset Yönetim (MSY)*, Cilt: 10, Sayı 24, 2015.

FEINBERG, Joel; “The Nature and Value of Rights”, *The Journal of Value Inquiry*, Cilt: 4, Sayı: 4, 1970.

FELDMAN, David; “Democracy, Law and Human Rights: Politics as Challenge and Opportunity”, (eds. Murray HUNT, Hayley J. HOOPER, Paul YOWELL,) *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*, Hart Publishing, 2015.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin; “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/4.

FENWICK, Helen; *Civil Liberties and Human Rights*, Routledge-Cavendish, New York, 2007.

FETERIS, Eveline; *Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarını Gerektiren Teorileri Üzerine Bir Araştırma*, (Çev: Ertuğrul UZUN), Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2010.

FINNIS, John; *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, New York-Oxford 1980.

FINNIS, John; “Public Reason, Abortion and Cloning”, *Valparaiso University Law Review*, Cilt: 32, 1998.

FLIKSCHUH, Katrin; “Human Rights in Kantian Mode: A Sketch”, *The Philosophical Foundations of Human Rights*, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew, LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015.

FLORES, Imer B.; “Proportionality in Constitutional and Human Rights Interpretation”, *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Sayı: 7, 2013.

FREEMAN, Michael; “The Philosophical Foundations of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Cilt: 16, Sayı: 3, 1994.

FREEMAN, Michael; *İnsan Hakları: Disiplinlerarası Bir Yaklaşım*, (Çev: A Erkan KOCA – Asena TOPÇUBAŞI), Birleşik Yayınevi, Ankara, 2008.

FRIEDRICH, Carl J; *Sınırlı Devlet*, (Çev: Mehmet TURHAN), Liberte Yayınları, 2. Baskı Ankara, 2014.

FØLLESDAL, Andreas; PETERS, Birgit; ULFSTEIN, Geir; “Introduction”, *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, (Eds: Andreas FØLLESDAL, Birgit PETERS, Geir ULFSTEIN), Cambridge University Press, New York, 2013.

GADAMER, Hans-Georg; “The Scope of Hermeneutical Reflection”, *Philosophical Hermeneutics* kitabı içinde, (Almancadan İngilizceye Çeviren: David E. LINGE), University of California Press, 1977.

GÁRDOS-OROSZ, Fruzsina; “The Hungarian Constitutional Court in Transition – from Actio Popularis to Constitutional Complaint”, *Acta Juridica Hungarica*, 53, No 4, 2012.

GARLICKI, Lech; “Constitutional Courts versus Supreme Courts”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt: 5, Sayı: 1, 2007.

GEARTY, Conor; *On Fantasy Island: Britain, Europe and Human Rights*, Oxford University Press, 2016.

GEARTY, Conor; *Principles of Human Rights Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

GEDİK, Ömer; *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.

GEMALMAZ, Burak; “Pratikte Aihş Protokol No. 14’le Getirilen Yeni Kabuledilebilirlik Ölçütü”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/4.

GEMALMAZ, Mehmet Semih; *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Beta Yayınları, İstanbul, 1997.

GERARDS, Janneke; “How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt: 11, Sayı 2, 2013.

GERARDS, Janneke; “Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Cilt: 18, Sayı 1, 2018.

GERARDS, Janneke; SENDEN, Hanneke; “The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt: 7, Sayı: 4, 2009.

GEWIRTH, Alan, *The Community of Rights*, The University of Chicago Press, Chicago, 1996.

GEWIRTH, Alan; “Are There Any Absolute Rights”, *The Philosophical Quarterly*, Cilt: 31, Sayı: 122, 1981.

GEWIRTH, Alan; *Reason and Morality*, The University of Chicago Press, 1978.

GEWIRTH, Alan; *Self-Fulfillment*, Princeton University Press, New Jersey, 1998.

GILLES, Peter; “Almanya’da Kararlara Karşı Kanun Yolları: Çeşitlilik, Karmaşıklık, Klişeler ve Sorgulanabilir Meşruiyet”, (Çev: Abdülkadir HAŞHAŞ), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan*, Cilt: 16, 2014.

GINSBURG, Tom; *Judicial Review in New Democracies Constitutional Courts in Asian Cases* Cambridge University Press, 2003.

GLENDON, Mary Ann; *A World Made New: Eleanor Roosevelt and Universal Declaration of Human Rights*, Random House, New York, 2002.

GOORDEN, Dean; “Dworkin and Phenomenology of The “Pre-Legal””, *Ratio Juris*, Cilt: 25, Sayı: 3, Eylül 2012.

GÖÇER, Mahmut; *Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

GÖKCAN, Hasan Tahsin; “Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 135, 2018.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Ocak-Haziran 1994, Cilt: 49, No: 1-2.

GÖRGÜN, Emin; AYDIN, Yakup; “Sayıştay Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı: 84, 2012.

GÖZLER, Kemal; “Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: :2001/4.

GÖZLER, Kemal; *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2014.

GÖZLER, Kemal; “Bireysel Başvuru ve Kıbrıs Sorunu”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt: 15, 1993.

GÖZLER, Kemal; *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998.

GÖZLER, Kemal; *Hukukun Temel Kavramları*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.

GÖZLER, Kemal; *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2000.

GÖZLER, Kemal; *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.

GÖZLER, Kemal; “Yorum İlkeleri”, *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, (ed. Ozan ERGÜL), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2012.

GÖZTEPE, Ece; “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması*, (Haz: Ece GÖZTEPE, Mustafa Mert ALPBAZ), Oniki Levha Yayınları, Ankara, 2017.

GÖZTEPE, Ece; *Anayasa Şikayeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998.

GÖZTEPE, Ece; “Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4. Protokolle Bağlı mıdır? Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Açısından Bir Değerlendirme”, *Rona Aybay’a Armağan, Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı, 2014.

GÖZTEPE Ece; “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 95, 2011.

GÖZTEPE ÇELEBİ, Ece; “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 32, 2015.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara, 2007.

GRABOWSKA, Barbara; “Horizontal Impact of Human Rights – Dialogue Between Constitutional and International Law”, *Transnational Legal Processes and Human Rights* içinde, (Eds: Kyriaki TOPIDI, Lauren FIELDER), Routledge, 2016.

GREER, Steven; *The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Starsbourg, 1997.

GRIFFIN, James; *On Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2008.

GRIFFIN, James; “Replies”, *Griffin On Human Rights*, (Ed: Roger CRISP), Oxford University Press, 2014.

GRIFFITH, James A. G; *The Politics of The Judiciary*, Fontana Press, Manchester, 1977.

GREENE, Alan; “Through the Looking Glass? Irish and UK Approaches to Strasbourg Jurisprudence”, *Irish Jurist*, Cilt: 55, Sayı: 1, 2016.

GREER, Steven; “Should Police Threats to Torture Suspects Always be Severely Punished? Reflections on the Gäfgen Case”, *Human Rights Law Review*, Cilt: 11, Sayı: 1, 2011.

GROVES, Matthew; “Treaties and Legitimate Expectations – The Rise and Fall of Teoh in Australia”, *Judicial Review*, Cilt: 15, Sayı 4, 2010.

GÜLMEZ, Mesut; “Sosyal Haklarda “Yeni” Değil “İleri” Anayasa”, *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu IV, Bildiriler* içinde, Petrol-İş Yayını, İstanbul, 2012.

HAILBRONNER, Michaela; “Rethinking the Rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to Value Formalism”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt: 12, Sayı: 3, 2014.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki; “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 2, 2002.

HALE, Brenda; “*Argentorum Locutum*: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?”, *Human Rights Law Review*, Cilt: 12, Sayı: 1, 2012.

HALL, Jeffrey B.; “Taking “Rechts” Seriously: Ronald Dworkin and the Federal Constitutional Court of Germany”, *German Law Journal*, Cilt: 9, Sayı: 6, 2008.

HAMDEMİR, Berkan; *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

HABERMAS, Jürgen; *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Wiley and Sons, 1998.

HARRIS, David; O’BOYLE, Michael; WARBRICK, Colin; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (Çev: Mehveş BİNGÖLLÜ KILCI, Ulaş KARAN), Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Ankara, 2013.

HAYDON, Deena; SCRATON, Phil; “Condemn A Little More, Understand A Little Less: The Political Context and Rights’ Implications of the Domestic and European Rulings in the Venables-Thompson Case”, *Journal of Law and Society*, Cilt: 27, Sayı: 3, Eylül 2000.

HAZAR, Zeynep; “Basın Özgürlüğü ve Ulusal Güvenlik”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 1-2, 2013.

HEIMSOETH, Heinz; *Kant’ın Felsefesi*, (Çev: Takiyettin MENGÜŞOĞLU), Doğubatı Yayınları, 2014.

HERDEGEN, Matthias; “Anayasal Düzenin Uluslararasılaşması”, (Çev: Gökhan Güneysu), *Anayasa Teorisi*, (Ed: Otto DEPENHAUER, Çeviri Editörü: İlyas DOĞAN), Astana Yayınları, Ankara, 2014.

HEYWOOD, Rob; MULLOCK, Alexandra; The Value of Life in English Law: Revered but not Sacred”, *Legal Studies*, Cilt: 36, Sayı: 4, 2016.

High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Brighton Declaration, 2012.

High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Interlaken Declaration 19. February 2010.

High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights İzmir Declaration, 26 – 27 April 2011.

HİRA, İsmail; “Wallerstein: Sosyal Bilimlerde Yeni Bir Paradigma İhtiyacı”, *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı 1, 2011.

HİRA, İsmail; Sosyal Bilimler: Yasa Koyucu Tasarımdan Yorumcu Tasarıma”, *Bilgi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt:2, Sayı: 2, 2000.

HOY, David Couzens; “Interpreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives”, *Southern California Law Review*, Cilt: 58, Sayı: 135, 1985.

HUHN, Wilson R., “The State Action Doctrine And The Principle Of Democratic Choice”, *Hofstra Law Review*, Cilt: 34, Sayı: 4, 2006.

HUNTER-HENIN, Myriam; “France: Horizontal Application and the Triumph of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights and The Private Sphere: A Comparative Study* içinde, (Eds: Dawn OLIVER, Jörg FEDTKE), Routledge, 2007.

ISAACHAROFF, Samuel, “Constitutional Courts and Democratic Hedging”, *The Georgetown Law Journal*, Cilt: 9, No: 4, 2010.

İNCEOĞLU, Sibel; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.

İNÇİ, Z. Özen; Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl:9, Sayı:25, Ağustos 2014.

İYİMAYA, Ahmet; “Bireysel Başvuru İncelemesinde Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 116, 2016.

KABOĞLU, İbrahim Ö.; *Kolektif Özgürlükler*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989.

KABOĞLU, İbrahim Ö.; “AİHM’nin Yorum Yöntemleri”, *İnsan Hakları: Konferans, Panel ve Sempozyumlar*, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 2007.

KANADOĞLU, O. Korkut; *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

KANT, Immanuel; “İnsanseverlikten Ötürü Yalan Söylemek Konusunda Bir Sözümona Hak Üzerine”, (çev. Oruç Aruoba), *Cogito*, Sayı 16, 1998.

KARAN, Ulaş; *Türkiye’de Sosyal Hakların Mahkemeler Önünde İleri Sürülebilirliği ve Yüksek Yargı Organlarının Sosyal Haklara Yaklaşımı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.

KAPANİ, Münci; *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

KARAGÖZ, Kasım; “Mahkumların Oy Hakkı Üzerindeki Yasağın Demokrasi Teorisindeki Yerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007.

KARAKAŞ DOĞAN, Fatma; “Mahkumların Oy Hakkı: AİHM’nin Söyler v. Türkiye Kararı ile Yüksek Seçim Kurulu Kararı Işığında”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 112, 2014.

KARAMAN, Ebru; *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

KAYA, Köroğlu; *Cezai Konularda Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

KELLER, Helen; SWEET, Alec Stone; “Assesing the Impact of the ECHR on National Legal Systems”, *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, (Eds: Helen KELLER, Alec Stone SWEET), Oxford University Press, 2008.

KEYMAN, Selahattin; *Hukuka Giriş*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

KILIÇ, Ayhan; “Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Yolu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 3, 2013.

KILIÇ, Muharrem; “Hukuksal Yorumun Filozofik-Yorumbilimsel Bağlamı”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt:16, Sayı: 1, 2011.

KILINÇ, Bahadır; “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 25, 2008.

KIRATLI, Metin; *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966.

KLEMENT, Jan Henrik; “Common Law Thinking in German Jurisprudence-on Alexy’s Principles Theory”, *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, (Ed: Matthias KLATT), Oxford University Press, 2012.

KMENT, Martin; “Comparative Analysis of the 'Horizontal Effect' of the Human Rights Act”, *German Yearbook of International Law*, Sayı: 45, 2002.

KOCH, Ida Elisabeth; *Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Martinus-Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

KOFFEMAN, N. R., *(The Right to) Personal Autonomy in the Case Law of the European Court of Human Rights*, Leiden Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.

KOHEN, Ari; “The Possibility of Secular Human Rights: Alan Gewirth and the Principle of Generic Consistency”, *Human Rights Review*, Cilt: 7, Sayı: 1, 2005.

KOMMERS, Donald P.; *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Londra, 1989.

KONTACI, Ersoy; “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yorumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/4.

KONTACI, Ersoy; “Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 66, Sayı 2, 2017.

KOSKENNIEMI, Martin; *From Apology to Utopia: the Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2006.

KÖKÜSARI, İsmail; *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

KÖKSAL, Tuğçe Duygu ; “İfade Özgürlüğüne Müdahalenin Amaç Dışı Kullanılması: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 18. Madde Uygulaması”, *İfade*

Özgürlüğü Üzerine Makaleler: Uluslararası Kapanış Sempozyumu'na Katkı Kitabı, Avrupa Konseyi Yayınları, 2017.

KUBALI, Hüseyin Nail; *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1971.

KUÇURADI, İoanna; *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2011.

KUÇURADI, İoanna; *İnsan ve Değerleri*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013.

KULAK, Önder;” Dilthey ve Lukacs'ta Anlama-Yorumlama İlişkisi”, *Felsefe Yazın Dergisi*, 8:20, 2014, erişim: <http://viraverita.org/yazilar/dilthey-ve-lukacsta-anlama-yorumlama-iliskisi>.

KURU, Baki; ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder; *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

LAVRYSEN, Laurens; *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 2016.

LAVRYSEN, Laurens; “System of Restrictions”, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* içinde, (Eds: Pieter van DIJK, Fried van HOOFF, Arjen van RIJN, Leo ZWAAK), Intersentia, 2018.

LAVRYSEN, Laurens; “The Scope of Rights and the Scope of Obligations”, *Shaping Rights in the ECHR: The Role of The European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, (Eds: Eva BREMS, Janneke GERARDS), Cambridge University Press, 2013.

LEIGH, Ian; “Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?”, *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 48, 1999.

LESTER, Anthony; “The European Court of Human Rights 50 Years Later”, *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*, (Eds: Jonas CHRISTOFFERSEN, Mikael Rask MADSEN), Oxford University Press, New York, 2011.

LETSAS, George; *A Theory of Interpretation of The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2007.

LETSAS, George; “Intentionalism and the Interpretation of the ECHR”, *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, (Eds: Malgosia FITZMAURICE, Olufemi ELIAS, Panos MERKOURIS), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.

LETSAS, George; “Rescuing Proportionality”, *The Philosophical Foundations of Human Rights*, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew, LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015.

LETSAS, George; “Two Concepts of Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt: 26, Sayı: 4, 2006.

LETSAS, George; “The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR”, *European Journal of International Law*, Sayı: 15, 2004.

LEYH, Gregory; “Dworkin’s Hermeneutics”, *Mercer Law Review*, Sayı: 39, 1988.

LIAO, Matthew; “Human Rights as Fundamental Conditions for a Good Life”, *The Philosophical Foundations of Human Rights*, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015.

LORD KERR, “The Need for Dialogue Between National Courts and the European Court of Human Rights” , *The European Court of Human Rights and Its Discontents: Turning Criticism into Strength*, (Eds: Spyridon FLOGAITIS, Tom ZWART, Julie FRASER), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013.

MADSEN, Mikael Rask; “The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence”, *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*, (Eds: Jonas CHRISTOFFERSEN, Mikael Rask MADSEN), Oxford University Press, New York, 2011.

MAROCHINI, Masa; “The Interpretation of The Convention on Human Rights”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 51, 1/2014.

MARTINICO, Guiseppe; “Is the European Convention Going to be “Supreme”? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law Before National Courts”, *European Journal of International Law*, Cilt: 23, Sayı: 2, 2012.

MASTERMAN, Roger; *Supreme, Submissive or Symbiotic? United Kingdom Courts and The European Court of Human Rights*, The Constitution Unit Report, University College London, 2015.

MATHEWS, Jud; “State Action Doctrine and the Logic of Constitutional Containment”, *University of Illinois Law Review*, Cilt: 2017, Sayı: 2, 2017.

MATSCHER, Franz; “Methods of Interpretation of Convention”, *The European System for the Protection of Human Rights* kitabı içinde, (eds. R. St. J. MACDONALD, Franz MATSCHER, Herbert PETZOLD), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1993.

MAY, William; “The Difference Between A Right and A Liberty and The Significance of This Difference in Debates Over Public Policy on Abortion and Euthanasia”, <http://www.christendom-awake.org/pages/may/rights.html>, Erişim Tarihi: 07.01.2016.

McGANN, Anthony J.; *The Logic of Democracy: Reconciling Equality, Deliberation, and Minority Protection*, University of Michigan Press, 2006, s. 84.

MEMİŞ, Emin; *Anayasaya Uygun Yorum*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007.

MERCER, Peter P; “The Citizen’s Right to Sue in the Public Interest: The Roman *Actio Popularis* Revisited”, *University of Western Ontario Law Review*, Cilt: 21, Sayı: 1, 1983.

METİN, Sevtap; “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 61, Sayı: 1-2, 2003.

METİN, Sevtap; HEPER, Altan; *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2013.

METİN, Yüksel; *Anayasanın Yorumlanması*, Asil Yayın Dağıtım, Isparta, 2008.

METİN, Yüksel; “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 1, 2017.

MILLER, Bradley W.; “Justification and Rights Limitations”, *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, (ed: Grant HUSCROFT), Cambridge University Press, 2008.

MILLER, David; “Personhood versus Human Needs”, *Griffin On Human Rights*, (Ed: Roger CRISP), Oxford University Press, 2014.

MINOW, Martha; “Alternatives to the State Action Doctrine in the Era of Privatization, Mandatory Arbitration, and the Internet: Directing Law to Serve Human Needs”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Cilt: 52, Sayı: 1, 2017.

MOOTZ, Francis J. III; “The Ontological Basis of Legal Hermeneutics”, A Proposed Model for Inquiry, Based on the Work of Gadamer, Habermas, and Ricoeur”, *Boston University Law Review*, Sayı: 68, 1988.

MORLINO, Leonardo; CARLI, Luiss G.; “How to Asses a Democracy: What Alternatives”, *Report to be delivered at XV International Academic Conference on Economic and Social Development, organized by the National Research University*

Higher School of Economics (HSE), with participation of the World Bank and the International Monetary Fund, HSE Publishing House, Moskova, 2014.

<https://www.hse.ru/data/2014/03/25/1318948855/Morlino,%20Carli-text.pdf>

MÖLLER, Kai; “Proportionality: Challenging the Critics”, **International Journal of Constitutional Law**, Cilt: 10, Sayı 3, 2012, (2012-b).

MÖLLER, Kai; **The Global Model of Constitutional Rights**, Oxford University Press, 2012, (2012-a).

MUMCU, Ahmet; KÜZECİ, Elif; **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

MUNCK, Gerardo L. Munck; “What Is Democracy? A Reconceptualization of the Quality of Democracy”, **Democratization**, Cilt: 23, Sayı: 1, 2016, s. 1-2.

MURPHY, Walter F.; **Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order**, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2007.

NICKEL, James W.; “Group Agency and Group Rights”, **Ethnicity and Group Rights**, (Eds: Ian SHAPIRO, Will KYMLICKA), New York University Press, New York, 1997.

NICKEL, James W.; **Making Sense of Human Rights**, Blackwell Publishing, 2007.

NOMER, Mert; “Yaşama Hakkına Saygı Nedeniyle Ölümü İstemek: Pretty – Birleşik Krallığa Karşı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 113, 2014.

NUSSBAUM, Martha C; **Creating Capabilities: The Human Development Approach**, Harvard University Press, Massachusetts, 2011.

O’CINNEIDE, Calm; “Irish Constitutional Law and Direct Horizontal Effect – A Successful Experiment?”, **Human Rights and The Private Sphere: A Comparative Study** içinde, (Eds: Dawn OLIVER, Jörg FEDTKE), Routledge, 2007.

ODER, Bertil Emrah; *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

OLIVER, Dawn; FEDTKE, Jörg; “Comparative Analysis”, *Human Rights and The Private Sphere: A Comparative Study* içinde, (Eds: Dawn OLIVER, Jörg FEDTKE), Routledge, 2007.

ONAR, Erdal; *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun. Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında. Ülkemizde Öncüler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1993.

Opinion on the Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Adopted by the Venice Commission at its 88th Plenary Session (Venice, 14-15 October 2011),

ORAKHELASVILI, Alexander; “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of European Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, Sayı: 14, 2003.

ÖMEROĞLU, Ömer; *Ceza Muhakemesinde Hakim ve Savcının Yasaklılığı, Reddi ve Çekinmesi*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012.

ÖZBUDUN, Ergun; *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

ÖZEL, Çağlar; “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 51, Sayı: 1, 2002.

ÖZEN, Muharrem; GÜNGÖR, Devrim; OKUYUCU ERGÜN, Güneş; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2010/4.

ÖZMAN, Aydoğan; “Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 36, Sayı: 1, 1979.

ÖZKÖK, Gülriz, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:51, Sayı:2, 2002.

PARLAK, Şafak; “Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 83, 2009.

PEKCANITEZ, Hakan; “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 12, 1995.

PETEK, Hasan; *Kişilik Değerlerinin Ölümden Sonra Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

PETERS, Birgit; “Germany’s Dialogue with Strasbourg: Extrapolating the *Bundesverfassungsgericht*’s Relationship with the European Court of Human Rights in the Preventive Detention Decision”, *German Law Journal*, Cilt: 13, Sayı: 16, 2012.

PHILLIPSON, Gavin; “A Dive into Deep Constitutional Waters: Article 50, the Prerogative and Parliament”, *The Modern Law Review*, Cilt: 79, Sayı: 6, 2016.

PHILLIPSON, Gavin; WILLIAMS, Alexander; “Horizontal Effect and Constitutional Constraint”, *The Modern Law Review*, Cilt: 74, Sayı: 6, 2011.

PRÜTTING, Hans; “Alman Yasa Yollarının Gelişim Çizgisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 62, Sayı: 1, 2013.

RACKOW, Julia; “From Conflict to Cooperation: The Relationship Between Karlsruhe and Strasbourg”, *The UK and European Human Rights, A Strained Relationship?* (eds. Katja S. ZIEGLER, Elizabeth WICKS, Loveday HODSON), Hart Publishing, Oxford, 2015.

RAWLS, John; *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Massachusetts, 2000.

RAZ, Joseph; “Human Rights without Foundations”, *The Philosophy of International Law*, (Eds: Samantha BESSON, John TASIOULAS), Oxford University Press, 2010.

REID, Karen; *Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi, Üçüncü Kitap*, (Çev. Bahar ÖCAL DÜZGÖREN), Scala Yayıncılık, İstanbul 2000.

RINGEN, Stein; “The Measurement of Democracy: A New Paradigm”, *Society*, Cilt: 48, Sayı: 1, 2011.

RIVERS, Julian; “A Theory of Constitutional Rights and The British Constitution”, *A Theory of Constitutional Rights* içinde, (Robert ALEXY), Oxford University Press, 2002.

RIVERS, Julian; “Proportionality and Variable Intensity of Review” *The Cambridge Law Journal*, Cilt: 65, Sayı 1, 2006.

ROCA, Javier Garcia; “The Preamble, The Convention’s Hermeneutic Context: A Constitutional Instrument of Public Order”, *Europe of Rights: A Compendium on The European Convention of Human Rights*, (Eds: Javier Garcia ROCA, Pablo SANTOLAYA), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012.

RODDEN, Jonathan; “Comparative Federalism and Decentralization: On Meaning and Measurement”, *Comparative Politics*, Cilt. 36, No. 4, 2004.

RODRIGUEZ LIBOREIRO, Andrea; “Spain: A Jurisdiction Recognising the Direct Horizontal Application of Human Rights”, *Human Rights and The Private Sphere: A Comparative Study* içinde, (Eds: Dawn OLIVER, Jörg FEDTKE), Routledge, 2007.

ROSENFELD, Michael; *Law, Justice, Democracy, and The Clash of Cultures: A Pluralist Account*, Cambridge University Press, New York, 2011.

SAĞLAM, Fazıl; “Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, *Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler*, (Eds: Ece GÖZTEPE, Aykut ÇELEBİ), Metis Yayınları, İstanbul, 2012.

SAĞLAM, Fazıl; “Hukuk Devleti ve Terör”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 62, Sayı: 3, 2007.

SAĞLAM, Fazıl; *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 130.

SAĞLAM, Musa; Bireylerin Anayasa Mahkemesi’ne Başvurusu (Bir Reform Önerisi)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 60, 2005.

SAĞLAM, Rabia; “Derrida ve Dworkin Arasındaki İlişki: Yapıbozum ve Yargıç Herkül”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 61, Sayı: 1, 2012.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar; “Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları”, *Liberal Düşünce*, Sayı: 51-52, 2008.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar; *Türkiye’de Basın Özgürlüğü*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

SAN, Coşkun; “İnsan Hakları Çerçevesinde Kimi Güncel Sorunlar”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 49, Sayı: 3, 1994.

SANCAR, Mithat; *Temel Hakların Yorumu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1996.

SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R.; “The Unsettled Status of Human Rights: An Introduction”, *Human Rights: Concepts, Contests, Contingencies*, (Eds: Austin SARAT, Thomas R. KEARNS), The University of Michigan Press, 2001.

SAYGIN, Tuncay; “Sosyal Bilimlerin Doğası ve Hermeneutik”, *6. Ulusal Sosyoloji Kongresi Bildiri Kitabı*, Aydın, Ekim 2009.

SENDEN, Hanneke; *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System: An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intersentia, School of Human Rights Research, No: 46, 2011.

SHANY, Yuval; “Stuck in a Moment in Time: The International Justicability of Economic, Social and Cultural Rights”, *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*, (eds: Daphne BARAK-EREZ, Aeyal M. GROSS), Hart Publishing, 2007.

SHESTACK, Jerome, J. “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri”, *Liberal Düşünce Dergisi*, (Çev: Ali Rıza ÇOBAN – Bilal CANATAN), Cilt: 11, No: 43, Yaz 2006.

SHUE, Henry; *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, New Jersey, 1980.

SIMMONS, John; “Human Rights and World Citizenship: The Universality of Human Rights in Kant and Locke”, *Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations*, Cambridge University Press, 2000.

SİRMEN, K. Sedat; “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 67, Sayı 3, 2009.

SMET, Stijn; “Introduction: Conflicts of Rights in Theoretical and Comparative Perspectives”, *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights* içinde, (Eds. Stijn SMET, Eva BREMS), Oxford University Press, 2017.

SMET, Stijn; *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge’s Dilemma*, Routledge, 2016.

SMIT, Anneke; *The Property Rights of Refugees and Internally Displaced Persons*, Routledge, New York, 2012.

SMITH, Stephen; “How We Value Life: George Bailey and the Life Not Worthy of Being Lived”, *The Right to Life and The Value of Life*, (ed. Jon YORKE), Routledge, 2016.

SMET, Stijn; “Conflicts between Absolute Rights: A Reply to Steven Greer”, *Human Rights Law Review*, Cilt: 13, Sayı: 3, 2013.

STARMER, Keir; “Human Rights, Victims and the Prosecution of Crime in the 21st Century”, *Criminal Law Review*, Sayı: 11, 2014.

SUNAY, Reyhan; “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 1, 2015.

STELMACH, Jerzy; BROZEK, Bartosz; *Methods of Legal Reasoning*, Springer, Dodrecht, Hollanda, 2006.

STIANSEN, Øyvind; VOETEN, Erik; “Backlash and Judicial Restraint: Evidence from the European Court of Human Rights”, *SSRN Working Papers*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3166110>, 19.08.2018.

STONE, Geoffrey R., SEIDMAN, Louis Michael, SUNSTEIN, Cass R., TUSHNET, Mark V., KARLAN, Pamela S., *Constitutional Law*, Wolters Kluwer, Aspen Publishers, Sixth Edition, 2009.

ŞAHİN CEYLAN, Şule; “Gelecek Nesillerin Haklarına Gewirth Formülü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 72, Sayı: 1, 2014.

ŞENOL, Cem; *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

ŞİRİN, Tolga; *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

ŞİRİN, Tolga; “Politik Amaçlı Tutuklama Yasağı İHAS Md. 18 ve Anayasa Şikâyeti” *Güncel Hukuk Dergisi*, Nisan 2016.

ŞİRİN, Tolga; “Takdir Marjı Doktrini Ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, *Legal Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 2, Sayı 4, 2013.

ŞİRİN, Tolga; *Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

TASIOULAS, John; “On The Foundations of Human Rights”, *The Philosophical Foundations of Human Rights*, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew, LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015.

TASIOULAS, John; “On The Nature of Human Rights”, *The Philosophy of Human Rights*, (Eds: Gerhard ERNST, Jan-Cristoph HEILINGER), De Gruyter, Berlin, 2012.

TEKELİ, İlhan; “Modernizm ve Postmodernizm Kavramları Üzerine”, *Gösteri Dergisi*, No: 138, Mayıs 1992.

TEPE, Harun; “İnsan Haklarının Bilgisel Temelleri”, *İnsan Hakları: Konferans, Panel ve Sempozyumlar*, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 2007.

TEPE, Harun; “Sosyal Haklar ve İnsan Hakları: Sosyal ve Ekonomik Haklar Olmadan İnsan Hakları Korunabilir mi?” *Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu Bildiriler*, (ed: Nergiz MÜTEVELLİOĞLU, Mehmet ZANBAK), 2009.

TEZİÇ, Erdoğan; “Parlamento Kararı ve Kanun”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 5. Cilt, 1988.

“The Standing of Legal Entities in the Inter-American Human Rights System, Advisory Opinion OC-22/16, 26 February 2016”, *International Labor Rights Case Law*, Sayı: 3, 2017.

THOMASSEN, Wilhelmina; “The Vital Relationship Between the European Court of Human Rights and National Courts”, *The European Court of Human Rights*

and Its Discontents: Turning Criticism into Strength, (Eds: Spyridon FLOGAITIS, Tom ZWART, Julie FRASER), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013.

TIERNEY, Brian; “Origins of Natural Rights Language: Texts and Contexts”, *The Idea of Natural Rights*, Wm. B. Eerdmans Publishing, Cambridge (ABD), 1997.

TSAKYRAKIS, Stavros; “Proportionality: An Assault on Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt: 7, Sayı 3, 2009.

TSCHENTSCHER, Alex; *The Basic Law (Grundgesetz): The Constitution of Federal Republic of Germany (May 23rd, 1949)*, Jurisprudentia, Bern Würzburg, 2016.

TUGENDHAT, Michael; *Liberty Intact: Human Rights in English Law*, Oxford University Press, 2016.

TUNÇ, Hasan; *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Gazi Kitabevi, 2018.

TUNÇ, Hasan; *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetimin Kapsamı ve Organları*, Yetkin Yayınları Ankara, 1997.

TUNÇ, Hasan; “Türk Hukukunda Tutuklama Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Hakkı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 1-2, 2013.

TUNÇ, Hasan; “Uluslararası Hukukta Gerçek Kişinin Sijeliği Sorunu Çerçevesinde Bireysel Başvuru Hakkı” *Polis Dergisi*, Cumhuriyet’in 80. Yılına Armağan, Yıl 9, Sayı 36, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003.

TURAN, Müslüm; *Postmodern Teori*, On İki levha Yayınları, İstanbul, 2011.

TURHAN, Mehmet; “Hukukta Özgürlükçü Yorum ve Refah Partisi Kapatma Davaları”, *Anayasa Hukukuna Liberal Bakışlar*, (Eds: Mehmet TURHAN, Nur ULUŞAHİN), Naturel Yayınları, Ankara, 2009.

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi; *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı*, Derin Yayınları, İstanbul, 2012.

UÇAR, İsmail; “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcılığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcılığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 3, 2016.

ULFSTEIN, Geir; “The European Court of Human Rights and National Courts: A Constitutional Relationship”, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Between the ECHR, EU, and National Legal Orders* içinde, (Eds: Oddný Mjöll ÁRNADÓTTİR, Antoine BUYSE), Routledge, 2016.

URBINA, Francisco J.; *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press, 2017.

UYGUN, Oktay; *1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.

UYGUN, Oktay; “Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi”, *Edip F. Çelik’e Armağan: Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet* içinde, (Ed: Turgut TARHANLI), İstanbul, 1995.

UYGUR, Gülriz; “John Rawls”, *Siyaset Felsefesi Tarihi: Platon’dan Zizek’e*, (Eds: Ahu TUNÇEL, Kurtul GÜLENÇ), Doğubatı Yayınları, 2013.

UZUN, Cem Duran; *Yeni Anayasa’da Yüksek Yargı*, Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı Yayınları, Sayı: 158.

UZUN, Ertuğrul; “Hukuksal Usavurmada Dedüksiyonun Yetersizliği Üzerine”, *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar IV. Sempozyumda sunulan bildiri*, İstanbul, 2008, <http://erugulu.home.anadolu.edu.tr/HFSA2008.pdf>.

UZUN, Ertuğrul; *Akıl Tutkunu Hukuk: A. Peczenik’in Hukuki Argümantasyon Teorisi Üzerine Bir İnceleme*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

ÜLGEN, Özen; İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

VAN DER SCHYFF, Gerhard; “Interpreting the Protection Guaranteed by Two-Stage Rights in the European Convention of Human Rights: The Case for Wide Interpretation”, *Shaping Rights in the ECHR: The Role of The European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, (Eds: Eva BREMS, Janneke GERARDS), Cambridge University Press, 2013.

van der WALT, Johan; *The Horizontal Effect Revolution and Question of Sovereignty*, De Gruyter, 2014.

van KEMPEN, Piet Hein; “Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons: Protection and Liability of Private and Public Juristic Entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Cilt: 14, Sayı: 3, <http://www.ejcl.org>, 2010.

VERDIRAME, Guglielmo; “Rescuing Human Rights from Proportionality”, *The Philosophical Foundations of Human Rights*, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015.

WARBRICK, Colin; “The European Convention on Human Rights and the Human Rights Act: The View from the Outside”, *Judicial Reasoning under the Human Rights Act*, (Eds: Helen FENWICK, Gavin PHILLIPSON, Roger MASTERMAN), Cambridge University Press, 2007.

WALDRON, Jeremy; “Is Dignity the Foundation of Human Rights”, *The Philosophical Foundations of Human Rights*, (Eds: Rowan CRUFT, Matthew LIAO, Massimo RENZO), Oxford University Press, Oxford, 2015.

WEBBER, Grégoire; *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, 2009.

WEINRIB, Jacob; “When Trumps Clash: Dworkin and the Doctrine of Proportionality”, *Ratio Juris*, Cilt: 30, Sayı 3, 2017.

WILDHABER, Luzius; “Criticism and Case-Overload: Comments on the Future of the European Court of Human Rights”, *The European Court of Human Rights and*

Its Discontents: Turning Criticism into Strength, (Eds: Spyridon FLOGAITIS, Tom ZWART, Julie FRASER), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013.

WOOD, Allen W., *Kant*, (Çev: Aliye KOVANLIKAYA), Dost Yayınevi, 2009.

XENOS, Dimitris; *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights*, Routledge, 2012.

YALTI, Billur; *Vergi Yargılamasında Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesi Kararlarında Uygulama Alanı Genişlemesi*, <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Billur-Yalt%C4%B1-Adil-Yarg%C4%B1lanma.pdf>.

YAVUZ, Bülent; “Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1-2, 2009.

YILDIRIM, Zeki; “6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:17, Sayı 1-2, 2013.

YILMAZ, Didem; “6216 Sayılı Kanundaki “Taraf Olma” Koşulu ve AİHS’e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 64, Sayı 3, 2015.

YILMAZ, Mehmet Şerif; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Yorum Yöntemleri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010.

YILMAZOĞLU, Esat Caner; “Yabancıların Sınırdışı Edilmesinin Anayasa Mahkemesinde Yargısal Denetimi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı 5, 2015.

YOUNG, Alison L.; “Mapping Horizontal Effect”, *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law* içinde, (Ed: David HOFFMAN), Cambridge University Press, 2011.

ZEYBEKOĞLU, A. Emre; *Carl Schmitt’in 2. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2009.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

A, B and C v. Ireland, Application No 25579/05, 16.12.2010.

Adalı v. Turkey, Application No. 38187/97, 31.03.2005.

Ahmet Şık v. Turkey, Application No: 53413/11, 08.07.2014.

Airey v. Ireland, Application No: 6289/73, 09. 09. 1979.

Akbayır and Others v. Turkey, Application No: 30415/08, 28.06.2011.

Aksoy v. Turkey, Application No: 21987/93, 18.12.1996.

Al Nashiri v Poland, Application No: 28761/11, 24.07,2014.

Al-Skeini and Others v. United Kingdom, Application No: 55721/07, 07.07.2011.

Ashingdane v. The United Kingdom, Application No: 8225/78, 28.05.1985.

Bédat v. Switzerland, Application No: 56925/08, 29.03.2016.

Blumberga v. Latvia, Application No. 70930/01, 14.10.2008.

Bernh Larsen Holding AS and Others v. Norway, Application No: 24117/08, 14.03.2013.

***Brannigan and McBride v. United Kingdom*, Application No: 14553/89; 14554/89, 25.05.1993.**

***Budayeva and the Others v. Russia*, Application No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, 29.09.2008.**

***Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" V. Belgium (Merits)*, Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968.**

***Cebotari v. Moldova*, Application No: 35615/06, 13.11.2007.**

***Christine Goodwin v. United Kingdom*, Application No: 28957/95, 11.07.2002.**

***Cossey v. the United Kingdom*, Application No: 10843/84, 27.09.1990.**

***De Becker v. Belgium*, Application No: 214/5, 27.03.1962.**

***Dickson v United Kingdom*, Application No: 44362/04, 04.12.2007.**

***Doorson v. Netherlands*, Application No: 20524/92, 26.03.1996.**

***Elberte v. Latvia*, Application No: 61243/08, 13.01.2015.**

***Engel and Others v. Netherlands*, Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976.**

***Gäfgen v. Germany*, Application no. 22978/05, 01.06.2010.**

***Garcia Ruiz v. Spain*, Application No: 30544/96, 21.01.1999.**

***Golder v. United Kingdom*, Application no. 4451/70, 21.02.1975.**

***Gusinskiy v. Russia*, Application No: 70276/01, 19.05.2004.**

***Haas v. Switzerland*, Application No: 31322/07, 20.01.2011.**

***Handyside v. The United Kingdom*, Application No: 5493/72, 07.12.1976.**

***Hatton and Others v. The United Kingdom*, Application no. 36022/97, Judgment, 02.10.2001.**

***Hatton and Others v. The United Kingdom*, Application no. 36022/97, Grand Chamber, 08.07.2003.**

***Hebat Aslan ve Firas Aslan v. Türkiye*, Başvuru No: 15048/09, 28.10.2014.**

***Hirst v. United Kingdom*, Application No: 74025/01, 06.10.2005.**

***Horncastle and Others v. United Kingdom*, Application No: 4184/10, 16.03.2015.**

***Ibrahim and Others v United Kingdom*, Application Nos 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.09.2016.**

***Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, Application No: 15172/13, 22.05.2014.**

***Ilhan v. Turkey*, Application No: 22277/93, 27.06.2000.**

***Johnston and Others v. Ireland*, Application No: 9697/82, 18. 12.1986.**

***Kamma v. the Netherlands*, Application No. 4771/71, Commission's report of 14 July 1974.**

***Karapetyan and Others v Armenia*, Application No 59001/08, 17.10.2016.**

***Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, Application No: 11082/06, 13772/05, 25.07.2013.**

***Klass and Others v. Germany*, Application No: 5029/71, 06.09.1978.**

***König v. Germany*, Application No: 6232/73, 28.06.1978.**

***Kruslin v. France*, Application no. 11801/85, 24. 04.1990.**

***Kucheruk v. Ukraine*, Application No: 2570/04, 06.09.2007.**

***Kurt v. Turkey*, Application No: 15/1997/799/1002, 25.05.1998.**

***Lawless v. Ireland*, Application No: 332/57, 01.07.1961.**

***L'erabliere A.S.B.L. v. Belgium*, Application No: 49230/07, 24.02.2009.**

***Leyla Sahin v. Turkey*, Application No: 44774/98, 10.11.2005.**

***Lindsay and Others v. the United Kingdom*, Application No: 31699/96,
17.01.1997.**

***Loizidou v. Turkey*, Application No: 15318/89, 18.12.1996.**

***Lutsenko v. Ukraine*, Application No: 6492/11, 03.07.2012.**

***Malone v. The United Kingdom*, Application No: 8691/79, 02.08.1984.**

***Markcx v. Belgium*, Application No: 6833/74, 13.06.1979.**

***Merabishvili v. Georgia*, Application No: 72508/13, 28.11.2017.**

***Mercan v. Türkiye*, Başvuru No: 56511/16, 08.11.2016.**

***Merger v France*, Application No: 68864/01, 22.12.2004.**

***Metropolitan Church of Bessarabia And Others v. Moldova*, Application No:
45701/99, 13.12.2001.**

***Michaud v. France*, Application No: 12323/11, 06.12.2012.**

***Mizzi v Malta*, Application No: 26111/02, 12.04.2006.**

***National Union of Belgian Police v. Belgium*, Application No: 4464/70, 27.10.1975.**

***Navalnyye v. Russia*, Application No: 101/15, 17.10.2017.**

***Nedim Şener v. Turkey*, Application No: 38270/11, 08.07.2014.**

***Ojei v The Netherlands*, Application No 64724/10, 14.03.2017.**

***Otto Preminger – Institut v. Austria*, Application no: 13470/87, 20.09.1994.**

***Öneryıldız v. Turkey*, Application No. 48939/99, 30.11.2004.**

***Perez v. France*, Application No: 47287/99, 12.02.2004.**

***Pretty v. United Kingdom*, Application No: 2346/02, 29.04.2002.**

***Powell and Rayner v. United Kingdom*, Application No: 9310/81, 21.02.1990.**

***Report of the Commision, Titina Loizidou v. Turkey*, Application No: 15318/89, 08/07/1993.**

***S.W. v. United Kingdom*, Application No: 20166/92, 22.11.1995.**

***Salduz v. Turkey*, Application No: 36391/02, 27.11.2008.**

***Schenk v. Switzerland*, Application No: 10862/84, 12.07.1988.**

***Selahattin Demirtaş v. Turkey*, Application No: 14305/17, 20.11.2018.**

***Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, Application No: 22985/93, 30.07.1998.**

***Silver and Others v. The United Kingdom*, Application No: 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983.**

***Simic v Bosnia and Herzegovina*, Application No 75255/10, 15.10.2016.**

***Sindicatul Pastorul Cel Bun v. Romania*, Application No: 2330/09, 31.01.2012.**

***Sunday Times v. the United Kingdom*, Application No: 6538/74, 26.04.1979.**

***T. v. the United Kingdom*, Application no. 24724/94, 16.12.1999.**

***Tchankotadze v. Georgia*, Application No: 15256/05, 21.06.2016.**

***The Holy Monasteries v. Greece*, Application No: 13092/87, 13984/88, 09.12.1994.**

***Timurtaş v. Turkey*, Application No: 23531/94, 13.06.2000.**

***Trade Union of the Police in the Slovak Republic and Others v. Slovakia*, Application No: 11828/08, 25.09. 2012.**

***Tymoshenko v. Ukraine*, Application No: 49872/11, 30.04.2013.**

***Tyrer v. United Kingdom*, Application No: 5856/72, 25.04.1978.**

***Ünal Tekeli v. Turkey*, Application No: 29865/96, 16.02.2005.**

***Wemhoff v. Germany*, Application no 2122/64, 27.07.1968.**

***Winterwerp v. The Netherlands*, Application No: 6301/73, 24.10.1979.**

***Vo v. France*, Application No: 53924/00, 08.07.2004.**

***von Hannover v. Germany*, Application No: 59320/20, 03.06.2004.**

***Vördur Ólafsson v. Iceland*, Application no. 20161/06, 27.04.2010.**

***X v. Austria*, Application No: 7045/75, 10.12.1976.**

***Yagtzilar and Others v. Greece*, Application No: 41727/98, 06.12.2001.**

***Y.F. v. Turkey*, Application No: 24209/94, 22.10.2003.**

***Yarashonen v. Turkey*, Application No: 72710/11, 24.06.2014.**

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararı

***Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner*, ECJ Case C-362/14, Schrems, ECLI:EU:C:2015:650.**

Anayasa Mahkemesi Kararları (Bireysel Başvuru)

***A.V. ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No: 2013/1649, Karar Tarihi: 20/1/2016.**

***A.Z. Başvurusu*, Başvuru No: 2013/3228, Karar Tarihi: 10.12.2015, § 32-33.**

***A.Z.Ö Başvurusu*, Başvuru No: 2014/546, Karar Tarihi: 19.12.2017.**

***Abdurrahman Akyüz Başvurusu*, Başvuru No: 2012/620, Karar Tarihi: 12.02.2013.**

***Abdulatif Akgül Başvurusu*, Başvuru No: 2014/10531, Karar Tarihi: 30.12.2014.**

***Abidin Aydın Tüfekçi Başvurusu*, Başvuru No: 2013/1315, Karar Tarihi: 15/4/2015.**

***Ada Deniz Acentalıkları Ve Danışmanlık Ltd. Şti. Başvurusu*, Başvuru No: 2013/6405, Karar Tarihi: 15.12.2015.**

Adalet Mehtap Buluryer Başvurusu, Başvuru No: 2013/5447, Karar Tarihi: 16.10.2014.

Adnan Oktar Başvurusu, Başvuru No: 2012/917, Karar Tarihi: 16.04.2013.

Ali Atlı Başvurusu, Başvuru No: 2013/500, Karar Tarihi: 20/03/2014.

Ali Kemal Renkliöğlü Başvurusu, Başvuru No: 2012/171, Karar Tarihi: 12/2/2013.

Ali Mükerrerem Furtun Başvurusu, Başvuru No: 2013/9020, Karar Tarihi: 06.10.2015.

Ali Orak ve İrfan Gül Başvurusu, Başvuru No: 2014/10626, Karar Tarihi: 18.04.2018.

Agavni Mari Hazaryan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/4715, Karar Tarihi: 15.06.2016.

Ahmed Mouaz Kajjouk Başvurusu, Başvuru No: 2015/17332, Karar Tarihi: 19/11/2015.

Ahmet Bozkurt Başvurusu, Başvuru No: 2013/3081, Karar Tarihi: 20/2/2014.

Ahmet Doğan Başvurusu, Başvuru No: 2014/11359, Karar Tarihi: 16.09.2015.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu Maddi Hatanın Düzeltilmesine ve Tavzih Talebinin Reddine Dair Karar, Başvuru No: 2014/18803, Karar Tarihi: 11.03.2015.

Arif Güneş Başvurusu, Başvuru No: 2012/837, Karar Tarihi: 05.03.2013.

Aslı Kırmızı Demirseren Başvurusu, Başvuru No: 2013/5680, Karar Tarihi: 15.04.2014.

Ata Türkeri Başvurusu, Başvuru No: 2013/6057, Karar Tarihi: 16.12.2015.

Atilla İnan Başvurusu, Başvuru No: 2012/615, Karar Tarihi: 21.11.2013.

Atilla Kart ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvurusu, Başvuru No: 2014/13634, Karar Tarihi: 08.09.2014.

Atila Sertel Başvurusu, Başvuru No: 2015/6723, Karar Tarihi: 14.07.2015.

Ayşe Başçı ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/5367, Karar Tarihi: 25.02.2015.

Ayşedudu Özkan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/2008, Karar Tarihi: 05.11.2015.

Ayşe Hülya Potur Başvurusu, Başvuru No: 2013/8479, Karar Tarihi: 06.02.2014.

B. K. Başvurusu, Başvuru No: 2014/14189, Karar Tarihi: 25.10.2017, § 59.

B.S. Başvurusu, Başvuru No: 2015/8491, Karar Tarihi: 18.07.2018.

Bayram Gök Başvurusu, Başvuru No: 2012/946, Karar Tarihi: 26.03.2013.

Bekir Coşkun Başvurusu, Başvuru No: 2014/12151, 04.06.2015.

Beşir Doğan Başvurusu, Başvuru No: 2013/2335, Karar Tarihi: 15.12.2015.

Birleşik Metal İşçileri Sendikası Başvurusu, Başvuru No: 2015/14862, Karar Tarihi: 09.05.2018.

Birsen Berrak Tüzünataç Başvurusu, Başvuru No: 2014/20364, Karar Tarihi: 05.10.2017.

Bizim Fm Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş. Başvurusu, Başvuru No: 2014/11028, Karar Tarihi: 18.10.2017.

Büğdüz Köyü Muhtarlığı Başvurusu, Başvuru No: 2012/22, Karar tarihi:
25.12.2012.

Bülent Ecevit Uçan Başvurusu, Başvuru No: 2013/5271, Karar Tarihi:
17.11.2014.

Bülent Kaya Başvurusu, Başvuru No: 2013/2941, Karar Tarihi: 11.05.2016.

Bülent Polat Başvurusu, Başvuru No: 2013/7666, Karar Tarihi: 10.12.2015.

Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/8842, Karar Tarihi: 06.01.2015.

Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi Başvurusu, Başvuru No: 2014/8843, Karar Tarihi: 10.12.2015.

C. K. Başvurusu, Başvuru No: 2013/8728, Karar Tarihi: 15.12.2015.

Celal Demir Başvurusu, Başvuru No: 2013/3309, Karar Tarihi: 06.02.2014.

Cem Ateşkan Başvurusu, Başvuru No: 2013/4694, Karar Tarihi: 10/6/2015.

Cemil Danışman Başvurusu, Başvuru No: 2013/6319, Karar Tarihi:
16.07.2014.

Cezmi Demir ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/293, Karar Tarihi:
17/7/2014.

Cihan Yeşil Başvurusu, Başvuru No: 2013/8635, Karar Tarihi: 06.05.2015.

D.Ö. Başvurusu, Başvuru No: 2014/3977, Karar Tarihi: 30.06.2016.

D.Ö. Başvurusu (4), Başvuru No: 2014/3735, Karar Tarihi: 12.06.2018.

Deniz Baykal Başvurusu, Başvuru No: 2013/7521, Karar Tarihi: 04.12.2013.

Deniz Seki Başvurusu, Başvuru No: 2014/5170, Karar Tarihi: 25.06.2015.

Deniz Yazıcı Başvurusu, Başvuru No: 2013/6359, Karar Tarihi: 10/12/2014.

Devran Duran Başvurusu, Başvuru No: 2014/10405, Karar Tarihi: 25.05.2017.

Didem Aksoy Kaküllü ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/16476, Karar Tarihi: 22.12.2016.

Dilan Ögüz Canan Başvurusu, Başvuru No: 2014/20411, Karar Tarihi: 30.11.2017.

E.T.Y.İ A.Ş Başvurusu, Başvuru No: 2013/596, Karar Tarihi: 08.05.2014.

Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/920, Karar Tarihi: 25.05.2017.

Eiza Kashkoeva Başvurusu, Başvuru No: 2016/9483, Karar Tarihi: 25/5/2016.

Elif Ertan Başvurusu, Başvuru No: 2014/1948, Karar Tarihi: 06.01.2015.

Elife Berktaş Başvurusu, Başvuru No: 2013/4684, Karar Tarihi: 19.11. 2015.

Emin Aydın (2) Başvurusu, Başvuru No: 2013/3178, Karar Tarihi: 25.6.2015.

Emine Karagülmez Başvurusu, Başvuru No: 2013/3673, Karar Tarihi: 11/12/2014.

Emine Sağırlıbaş ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/9793, Karar Tarihi: 17.07.2014.

Ercan Kanar Başvurusu, Başvuru No: 2013/533, Karar Tarihi: 09.01.2014.

Erdem Gül ve Can DüNDAR Başvurusu, Başvuru No: 2015/18567, Karar Tarihi: 25.02.2016.

Erdinç Engin Başvurusu, Başvuru No: 2012/695, Karar Tarihi: 12.02.2013.

Erol Aydeğer Başvurusu, Başvuru No: 2013/4784, Karar Tarihi: 07.03.2014.

Ertuğrul Dalbaş Başvurusu, Başvuru No: 2014/7805, Karar Tarihi: 25.10.2017.

Esra Nur Özbey Başvurusu, Başvuru No: 2013/7443, Karar Tarihi: 20.5.2015.

Eyüp Hanoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2015/13431, Karar Tarihi: 23.05.2018.

F.A. ve M.A. Başvurusu, Başvuru No: 2013/655, Karar Tarihi: 20.01.2016.

Faik Gümüş Başvurusu, Başvuru No: 2012/603, Karar Tarihi: 20.02.2014.

Faris Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/1026, Karar Tarihi: 20.05.2015.

Fatih Birol ve Remziye Birol Başvurusu, Başvuru No: 2013/19, Karar Tarihi: 07.03.2013.

Fatma Altuner Başvurusu, Başvuru No: 2014/17714, Karar Tarihi: 26.10.2017.

Fatma Julia Ekinciler Başvurusu, Başvuru No: 2013/2758, Karar Tarihi: 17.02.2016.

Faysal Sarıyıldız Başvurusu, Başvuru No: 2014/9, Karar Tarihi: 03.01.2014.

Filiz Aka Başvurusu, Başvuru No: 2013/8365, Karar Tarihi: 10.06.2015.

Firas Aslan ve Hebat Aslan Başvurusu, Başvuru No: 2012/1158, Karar Tarihi: 21.11.2013.

G. B. ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/19481, Karar Tarihi: 09.01.2015.

Gökhan Ünal Başvurusu, Başvuru No: 2012/30, Karar Tarihi: 05.03.2013.

Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun Başvurusu, Başvuru No: 2012/12, Karar Tarihi: 17.09.2013.

Gülbahar Rahmanova Başvurusu, Başvuru No: 2015/509, Karar Tarihi: 19/1/2015.

Gulistan Ernazarova Başvurusu, Başvuru No: 2015/508, Karar Tarihi: 16/1/2015.

Gülser Yıldırım Başvurusu, Başvuru No: 2013/9894, Karar Tarihi: 02.01.2014.

Gülsim Genç Başvurusu, Başvuru No: 2013/4439, Karar Tarihi: 6/3/2014.

Gülşin Oral Başvurusu, Başvuru No: 2013/6129, Karar Tarihi: 16.09.2015.

H. S. Başvurusu, Başvuru No: 2016/22512, Karar Tarihi: 2/11/2016.

Hakan Altıncan Başvurusu, Başvuru No: 2016/13021, Karar Tarihi: 17.05.2018.

Halime Sare Aysal Başvurusu, Başvuru No: 2013/1789, Karar Tarihi: 11.11.2015.

Haluk Pek Başvurusu, Başvuru No: 2013/9094, Karar Tarihi: 04.02.2016.

Hamdiye Aslan Başvurusu, Başvuru No: 2013/2015, Karar Tarihi: 4/11/2015.

Hamdullah Aktaş Başvurusu, Başvuru No: 2015/10945, Karar Tarihi: 19.07.2018.

Hayati Aktop ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/4199, Karar Tarihi: 10/6/2015.

Hikmet Aslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/11036, Karar Tarihi: 16.06.2016.

Hilal Özkök Başvurusu (2), Başvuru No: 2013/5028, Karar Tarihi: 14.01.2014.

Hüseyin Çat ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/8475, Karar Tarihi: 21.05.2015.

Hüseyin Özkıral Başvurusu, Başvuru No: 2014/13399, Karar Tarihi: 16.09.2015.

I. M. ve Z. M. Başvurusu, Başvuru No: 2015/2037, Karar Tarihi: 19/2/2015.

I. Y. Başvurusu, Başvuru No: 2012/1213, Karar Tarihi: 17.07.2014.

Işıl Yaykır Başvurusu, Başvuru No: 2013/2284, Karar Tarihi: 15.04.2014.

İbrahim Ayhan Başvurusu, Başvuru No: 2013/9895, Karar Tarihi: 02.01.2014.

İbrahim Uysal Başvurusu, Başvuru No: 2014/1711, Karar Tarihi: 23.07.2014.

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Başvurusu, Başvuru No: 2013/1430, Karar Tarihi: 21.11.2013.

İhsan Vurucuoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2013/539, Karar Tarihi: 16.05.2013.

İlker Başer ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/1943, Karar Tarihi: 09.09.2015.

İsmail Aslan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/7197, Karar Tarihi: 08.09.2015.

İsmail Taşpınar Başvurusu, Başvuru No: 2013/3912, Karar Tarihi: 06/02/2014.

İsmet Özkorul Başvurusu, Başvuru No: 2013/7582, Karar Tarihi: 11.12.2014.

İstanbul Konut İmar Plan Turizm Ulaşım San ve Tic. Ltd. A.Ş. (KİPTAŞ) Başvurusu, Başvuru No: 2013/618, Karar Tarihi: 07.07.2015.

K. A. Başvurusu, Başvuru No: 2014/19101, Karar Tarihi: 10/12/2014.

K.I. Başvurusu, Başvuru No: 2016/4754, Karar Tarihi: 16/3/2016.

K. V. Başvurusu, Başvuru No: 2014/2293, Karar Tarihi: 01.12.2016.

Kadir Sağdıç Başvurusu, Başvuru No: 2013/6617, Karar Tarihi: 08.04.2015.

Kamil Çakır Başvurusu (2), Başvuru No: 2013/1125, Karar Tarihi: 25.06.2015.

Kamuran Reşit Bekir Başvurusu, Başvuru No: 2013/3614, Karar Tarihi: 08.04.2015.

Kemal Aktaş ve Selma Irmak Başvurusu, Başvuru No: 2014/85, Karar Tarihi: 03.01.2014.

Kemal Gözler Başvurusu, Başvuru No: 2014/5232, Karar Tarihi: 19.04.2018.

Kenan Halis Kızıldağ Başvurusu, Başvuru No: 2013/1390, Karar Tarihi: 15/0/2015.

Kenan Özteriş Başvurusu, Başvuru No: 2012/989, Karar Tarihi: 19.12.2013.

Kilikya Ermeni Katolikosluğu Başvurusu, Başvuru No: 2015/7661, Karar Tarihi: 15.06.2016.

Kristal-İş Sendikası Başvurusu, Başvuru No: 2014/12166, Karar Tarihi: 2/7/2015.

Laura Alejandra Caceres Başvurusu, Başvuru No: 2013/1243, Karar Tarihi: 16/4/2013.

Liberal Demokrat Parti Başvurusu, Başvuru No: 2014/11268, Karar Tarihi: 23.07.2014.

M. T. A. Başvurusu, Başvuru No: 2016/22509, Karar Tarihi: 2/11/2016.

Mahir Akarsu Başvurusu, Başvuru No: 2012/1096, Karar Tarihi: 20/2/2014.

Mahmut Tanal Başvurusu, Başvuru No: 2014/11368, Karar Tarihi: 23.07.2014.

Mahmut Tanal Başvurusu (2), Başvuru No: 2014/11438, Karar Tarihi: 23.07.2014.

Mahmut Tanal ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/18803, Karar Tarihi: 10.12.2014.

Makbule Talay Başvurusu, Başvuru No: 2013/8592, Karar Tarihi: 06.01.2016.

Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvurusu, Başvuru No: 2014/5425, Karar Tarihi: 23.07.2014.

Marcus Frank Cerny Başvurusu, Başvuru No: 2013/5126, Karar Tarihi: 02.07.2015.

Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/817, Karar Tarihi: 19.12.2013.

Mehmet Ali Aydın Başvurusu, Başvuru No: 2013/9343, Karar Tarihi: 04.06.2015.

Mehmet Ali Emir ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/850, Karar Tarihi: 07.11.2013.

Mehmet Arif Madenci Başvurusu, Başvuru No: 2014/13916, Karar Tarihi:
12.01.2017.

Mehmet Gürgen Başvurusu, Başvuru No: 2013/3202, Karar Tarihi:
06.02.2014.

Mehmet Haberal Başvurusu, Başvuru No: 2012/849, Karar Tarihi:
04.12.2013.

Mehmet İlker Başbuğ Başvurusu, Başvuru No: 2014/912, Karar Tarihi:
06.03.2014.

Mehmet Kaya ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/6979, Karar Tarihi:
20.05.2015.

Mehmet Kurt Başvurusu, Başvuru No: 2013/2552, Karar Tarihi: 25.02.2016.

Mehmet Şerif Ay Başvurusu, Başvuru No: 2012/1181, Karar Tarihi:
17.09.2013.

Mehmet Zahit Şahin Başvurusu, Başvuru No: 2013/4708, Karar Tarihi:
20.04.2016.

Melahat Karkin Başvurusu, Başvuru No: 2014/17751, Karar Tarihi:
13.10.2016.

Mesut Özbezen Başvurusu, Başvuru No: 2013/8175, Karar Tarihi: 15.04.2014.

Mete Dursun Başvurusu, Başvuru No: 2012/1195, Karar Tarihi: 18/11/2015.

Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi Başvurusu, Başvuru No:
2014/15220, Karar Tarihi: 04.06.2015.

Metin Taşdemir Başvurusu, Başvuru No: 2014/6991, Karar Tarihi: 26.02.2015.

Mohammad Abdul Khaliq Başvurusu, Başvuru No: 2015/6721, Karar Tarihi: 14/5/2015.

Murat Narman Başvurusu, Başvuru No: 2012/1137, Karar Tarihi: 02.07.2013.

Murat Türk Başvurusu (2), Başvuru No: 2013/7082, Karar Tarihi: 29.06.2016.

Musa Kaya Başvurusu, Başvuru No: 2014/19397, Karar Tarihi: 25.03.2015.

Mustafa Ali Balbay Başvurusu, Başvuru No: 2012/1272, Karar Tarihi: 04.12.2013.

Mustafa Coşğun Başvurusu, Başvuru No: 2013/7873, Karar Tarihi: 20.05.2015.

Mustafa Özer Başvurusu, Başvuru No: 2014/4683, Karar Tarihi: 21.1.2015.

Mürvet Karayılan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/9792, Karar Tarihi: 11.03.2015.

Naci Karakoç Başvurusu, Başvuru No: 2013/2767, Karar Tarihi: 02.10.2013.

Naz Aydemir Başvurusu, Başvuru No: 2013/850, Karar Tarihi: 19.12.2013.

Necmiye Çiftçi ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/1301, Karar Tarihi: 30.12.2014.

Nesin Kayserilioğlu Başvurusu, Başvuru No: 2013/1581, Karar Tarihi: 16.04.2013.

Nimet Bacaklılar Başvurusu, Başvuru No: 2014/19349, Karar Tarihi: 15.03.2018.

Oğuz Oyan Başvurusu, Başvuru No: 2015/8818, Karar Tarihi: 14.07.2015.

Onurhan Solmaz Başvurusu, Başvuru No: 2012/1049, Karar Tarihi: 26.03.2013.

Orhan Ersoy Başvurusu (3), Başvuru No: 2013/7322, Karar Tarihi: 20.03.2014.

Osman Erbil Başvurusu, Başvuru No: 2013/2394, Karar Tarihi: 25.03.2015.

Osman Gümüşçü Başvurusu (2), Başvuru No: 2013/7006, Karar Tarihi: 13.04.2016.

Osman Konuktar Başvurusu, Başvuru No: 2013/5670, Karar Tarihi: 23.03.2016.

Osman Oktay Ekşi Başvurusu, Başvuru No: 2014/3092, Karar Tarihi: 27.12.2017.

Oyatullo Kurbonov ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru N: 2016/10071, Karar Tarihi: 31.5.2016.

Ö. Ö. Başvurusu, Başvuru No: 2013/3157, Karar Tarihi: 10.06.2015.

Ömür Kara ve Onursal Özbek Başvurusu, Başvuru No: 2013/4825, Karar Tarihi: 24.03.2016.

Özer Er Başvurusu, Başvuru No: 2014/11770, Karar Tarihi: 15.03.2018.

Özkan Şen Başvurusu, Başvuru No: 2012/791, Karar Tarihi: 07.11.2013.

R. B. Başvurusu, Başvuru No: 2013/9673, Karar Tarihi: 30.12.2013.

Ramazan Aras Başvurusu, Başvuru No: 2012/239, Karar Tarihi: 02.07.2013.

Ramazan Çelik Başvurusu, Başvuru No: 2012/152, Karar Tarihi: 20.02.2014.

Sabah Yıldızı Radyo Başvurusu, Başvuru No: 2014/12727, Karar Tarihi: 25.05.2017.

Sadık Koçak ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/841, Karar Tarihi: 23.01.2014.

Sebahat Tuncel Başvurusu, Başvuru No: 2012/1051, Karar Tarihi: 20.02.2014.

Selda Demir Taze Başvurusu, Başvuru No: 2014/7668, Karar Tarihi: 10/6/2015.

Semiha Gür Başvurusu, Başvuru No: 2013/8691, Karar Tarihi: 06.01.2016.

Sep İnşaat Sanayi Ve Ticaret Limited Şirketi Başvurusu, Başvuru No: 2013/311, Karar Tarihi: 25.02.2016.

Serap Tortuk Başvurusu, Başvuru No: 2013/9660, Karar Tarihi: 21.01.2015.

Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: Başvuru No: 2012/752, Karar Tarihi: 17/9/2013.

Sevim Akat Ekşi Başvurusu, Başvuru No: 2013/2187, Karar Tarihi: 19/12/2013.

Süleyman Erte Başvurusu, Başvuru No: 2013/469, Karar Tarihi: 16.04.2013.

Şehmus Özsubaşı Başvurusu, Başvuru No: 2013/2582, Karar Tarihi: 03.03.2016.

Şehnaz Ayhan Başvurusu, Başvuru No: 2013/6229, Karar Tarihi: 15.04.2014.

Şener Berçin Başvurusu, Başvuru No: 2013/5516, Karar Tarihi: 22.01.2015

Şengül Kayan Başvurusu, Başvuru No: 2013/1614, Karar Tarihi: 03.04.2014.

Şenol Gürkan Başvurusu, Başvuru No: 2013/2438, Karar Tarihi: 9/9/2015.

Şuayip Şen Başvurusu, Başvuru No: 2014/4859, Karar Tarihi: 14.09.2017.

T. A. A. Başvurusu, Başvuru No: 2016/22510, Karar Tarihi: 3/11/2016.

T. A. A. Başvurusu, Başvuru No: 2014/19081, Karar Tarihi: 01.02.2017.

T.T. Başvurusu, Başvuru No: 2013/8810, Karar Tarihi: 18/2/2016.

Tahir Canan Başvurusu, Başvuru No: 2012/969, Karar Tarihi: 18.09.2013.

Tahsin Erdoğan Başvurusu, Başvuru No: 2012/1246, Karar Tarihi: 06.02.2014.

Tanju Taş Başvurusu, Başvuru No: 2014/9052, Karar Tarihi: 11.12.2014.

Tayfun Cengiz Başvurusu, Başvurusu. No: 2013/8463, Karar Tarihi: 18.9.2014.

Tezcan Karakuş Candan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/5809, Karar Tarihi: 10.12.2014.

Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, Karar Tarihi: 25/6/2014.

Tuncer Arıklı Başvurusu, Başvuru No: 2013/2858, Karar Tarihi: 23.03.2016.

Turan Günana Başvurusu, Başvuru No: 2013/3550, Karar Tarihi: 9/11/2014.

Turan Uytun ve Kevzer Uytun Başvurusu, Başvuru No: 2013/9461, Karar Tarihi: 15.12.2015.

Türk Pediatrik Onkoloji Grubu Derneği Başvurusu, Başvuru No: 2012/95, Karar Tarihi: 25.12.2012.

Ufuk Rifat Çobanoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2014/6971, Karar Tarihi: 01.02.2017.

Uğur Sağlamtaş ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/2960, Karar Tarihi: 23.03.2016.

Ülkü Tunca ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/928, Karar Tarihi: 11.12.2014.

Ümit Ata Başvurusu, Başvuru No: 2012/254, Karar Tarihi: 06.02.2014.

Ümit Yalçın Başvurusu, Başvuru No: 2014/12984, Karar Tarihi: 26.02.2015.

Y. T. Başvurusu, Başvuru No: 2016/22418, Karar Tarihi: 01.11.2016.

Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/3986, Karar Tarihi: 02.04.2014.

Yasemin Mutlu Başvurusu, Başvuru No: 2013/1426, Karar Tarihi: 25.03.2014.

Yaşar Çelik Başvurusu, Başvuru No: 2014/13117, Karar Tarihi: 19.07.2018.

Yaşar Çoban Başvurusu, Başvuru No: 2014/6673, Karar Tarihi: 25.07.2017.

Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş ve Cumhuriyet Vakfı Başvurusu, Başvuru No: 2014/11876, Karar Tarihi: 27.12.2017.

Yonca Verdioğlu Şık Başvurusu, Başvuru No: 2014/17177, Karar Tarihi: 19.04.2018.

Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/4705, Karar Tarihi: 29.05.2014.

Yusuf Burak Çelik Başvurusu, Başvuru No: 2013/2538, Karar Tarihi: 20.11.2014.

Yücel Yaşar Başvurusu, Başvuru No: 2013/7199, Karar Tarihi: 25.03.2015.

Yümrü Dilek Başvurusu, Başvuru No: 2013/4189, Karar Tarihi: 21.05.2015.

Z.A. Başvurusu, Başvuru No: 2013/2928, Karar Tarihi: 18.10.2017.

Zeki Bingöl (2) Başvurusu, Başvuru No: 2013/6576, Karar Tarihi: 18.11.2015.

Zeki Kartal Başvurusu, Başvuru No: 2013/2803, Karar Tarihi: 21.01.2016.

Zekiye Şanlı Başvurusu, Başvuru No: 2012/931, Karar Tarihi: 26.06.2014.

Zübeyt Çiftçi Başvurusu, Başvuru No: 2013/7900, Karar Tarihi: 19.11.2015.

Anayasa Mahkemesi Kararları (Norm Denetimi)

Anayasa Mahkemesi'nin E. 1967/21 ve K. 1968/36 Sayılı Kararı, R.G. Tarih-Sayı: 04.03.1969/13139.

Anayasa Mahkemesi'nin E. 2000/34, K. 2005/91 Sayılı Kararı, R.G. Tarih-Sayı: 08.11.2006-26340.

Anayasa Mahkemesi'nin E. 1977/128 ve K. 1977/140 Sayılı Kararı, R.G. Tarih-Sayı: 8.3.1978/16222.

Anayasa Mahkemesi'nin E. 1980/10 ve K. 1980/69 Sayılı Kararı, R.G. Tarih-Sayı: 4.3.1981/17269.

Anayasa Mahkemesi'nin E. 2014/172 ve K. 2014/170 Sayılı Kararı, R.G. Tarih-Sayı: 10.1.2015-29232.

Anayasa Mahkemesi'nin E. 2002/44 ve K. 2002/90 Sayılı Kararı, R.G. Tarih-Sayı: 27.01.2004 / 25359.

Anayasa Mahkemesi'nin E. 1964/22 ve K. 1964/54 Sayılı Kararı, R.G. Tarih-Sayı: 26.11.1964/11866.

Anayasa Mahkemesi'nin E. 1988/15, K. 1989/9 Sayılı Kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 2011/145 E. ve 2013/70 K. Sayılı Kararı, R.G. Tarih-Sayı: 23.11.2013-28830.

Anayasa Mahkemesi'nin 2014/172 E.ve 2014/170 K. Sayılı Kararı, R.G. Tarih-Sayı : 10.1.2015-29232.

Anayasa Mahkemesi'nin 1992/12 E. ve 1992/7 K. Sayılı Kararı, R.G. Tarih-Sayı :13.05.1992-21227.

Anayasa Mahkemesi'nin E.2006/142, K.2008/148 Sayılı Kararı, Karar Tarihi. 24/9/2008.

Yargıtay Kararları

- *Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E.2012/21584, K.2012/23440 sayılı kararı*, Karar Tarihi: 27/11/2012.

- *Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E.2012/11783, K.2012/18117 sayılı kararı*, Karar Tarihi: 9/10/2012.

- *Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin E.2013/698, K.2013/7995 sayılı kararı*, Karar Tarihi: 16/4/2013.

- *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E.2010/10-155, K.2010/170 sayılı Kararı*, Karar Tarihi: 24.03.2010, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. Erişim Tarihi: 19.10.2015.

Yabancı Ulusal Mahkeme Kararları

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (Supreme Court – House of Lords)

Airedale NHS Trust v Bland [1993] AC 789.

Cadder (Appellant) v Her Majesty's Advocate (Respondent) (Scotland), [2010] 1 W.L.R. 2601.

Donoghue v. Stevenson, [1932] A.C. 562.

R (Al-Skeini) v Secretary of State for Defence, [2007] UKHL 26, [2008] 1 AC 153.

R v Horncastle and Others, [2010] 2 AC 373.

R (Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union, [2017] 2 W.L.R. 583.

R (Ullah) v Special Adjudicator, [2004] UKHL 26, [2004] 2 AC 323

R (on the application of A) (A Child) (by her litigation Friend B) (Appellant) v Secretary of State for Health (Respondent),
<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0220.html>.

R. (on the application of T) v HM Senior Coroner for West Yorkshire [2017] EWCA Civ 318 (CA (Civ Div))

R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Leech, [1994] QB 198.

R v Secretary of State for the Home Department ex parte Simms, [2000] 2 AC 115.

R. v Secretary of State for the Home Department Ex parte Venables and Ex parte Thompson, [1998] A.C. 407.

Thoburn v Sunderland City Council [2002] EWHC 195 Admin, [2003] QB 151.

Watkins v Secretary of State for the Home Department, [2006] UKHL 17.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht)

BVerfG, Judgment of the First Senate of 15 February 2006 - 1 BvR 357/05 - paras. (1-156), http://www.bverfg.de/e/rs20060215_1bvr035705en.html.

BVerfG, Judgment of the First Senate of 24 April 2013 - 1 BvR 1215/07 - paras. (1-233), http://www.bverfg.de/e/rs20130424_1bvr121507en.html.

BVerfG, Order of the Second Senate of 14 October 2004 - 2 BvR 1481/04 - paras. (1-72), http://www.bverfg.de/e/rs20041014_2bvr148104en.html.

Avustralya Yüksek Mahkemesi (High Court of Australia)

Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh (1995) 183 CLR 273.

İrlanda Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of Ireland)

Meskeil v CIE, [1973] IR 121.

Kanada Yüksek Mahkemesi (Canadian Supreme Court)

R v. Oakes [1986] 1 S.C.R. 103.

İnternet Kaynakları

İnternet: *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993)*, Sıra Sayısı: 696.

İnternet: *Assessing the necessity of measures that limit the fundamental right to the protection of personal data: A Toolkit*, Avrupa Birliği Kişisel Verilerin Korunması Denetçiliği Raporu, 2017.
https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-06-01_necessity_toolkit_final_en_0.pdf.

İnternet: BJORGE, Eirik; EU Rights as British Rights”, *University of Bristol Law School Blog*, 14.11.2016, <http://legalresearch.blogs.bris.ac.uk/2016/11/eu-rights-as-british-rights/>, Erişim Tarihi: 07.07.2017.

İnternet: ÇALI, Başak; “*Merabishvili v. Georgia: Has the Mountain Given Birth to a Mouse?*”, <https://verfassungsblog.de/merabishvili-v-georgia-has-the-mountain-given-birth-to-a-mouse/>, 3 Aralık 2017, Erişim Tarihi: 01.12.2018.

İnternet: HERI, Corrina; *Merabishvili, Mammadov and Targeted Criminal Proceedings: Recent Developments under Article 18 ECHR*, <https://strasbourgobservers.com/2017/12/15/merabishvili-mammadov-and-targeted-criminal-proceedings-recent-developments-under-article-18-echr/>, 15.12.2017, Erişim Tarihi: 01.12.2018.

İnternet: <https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/179596-aym-ezan-sesi-basvurusunda-once-karar-vermis-sonra-kilif-bulmus>.

İnternet: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1394038/Diane-Pretty-dies-in-the-way-she-always-feared.html>, Erişim Tarihi: 27.03.2016.

İnternet: İLKİZ, Fikret; “*AYM Kararı ve Gündüz Fenerle Dolaşmak*”, <http://bianet.org/bianet/hukuk/162716-aym-karari-ve-gunduz-fenerle-dolasmak>, Erişim Tarihi: 15.06.2017.

İnternet: KARAKEMISHEVA, Tanja; “Constitutional Complaint Procedural and Legal Instrument for Development of the Constitutional Justice (Case Study – Federal Republic of Germany, Republic of Croatia, Republic of Slovenia and Republic of Macedonia)”, **Venice Commission Paper**, http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/MKD_Karakamisheva_E.pdf, Erişim Tarihi: 27.07.2016.

İnternet: TAN, Floris; “*Guide on Article 18 of the Convention – Limitation on use of restrictions on rights*”, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_18_ENG.pdf, Erişim Tarihi: 29.11.2018.

İnternet: TURKUT, Emre; **“Has the European Court of Human Rights Turned a Blind Eye to Alleged Rights Abuses in Turkey?”**, <https://www.ejiltalk.org/has-the-european-court-of-human-rights-turned-a-blind-eye-to-alleged-rights-abuses-in-turkey/>, Erişim Tarihi: 10.08.2017.

İnternet: http://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf, Erişim Tarihi: 17.07.2017.

İnternet: <http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselbasvuru/istastik-31122016.pdf>, Erişim Tarihi: 20.07.2017.



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : ERDOĞAN, Murat
 Uyruğu : T.C.
 Doğum tarihi ve yeri : BORNOVA – 05.03.1987
 Medeni hali : Bekar
 Telefon : 05374001631
 Faks : -
 e-mail : erdoganmurat@gazi.edu.tr

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Doktora	Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü	Devam ediyor
Yüksek lisans	Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü	2013
Lisans	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2009
Lise	İzmir Karşıyaka Atakent Anadolu Lisesi	2005

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2010-2011	Başbakanlık	Uzman Yardımcılığı
2011 – Devam Ediyor.	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi

Yabancı Dil

İngilizce

Yayınlar

Hakemli Makale:

“Yasama Tekniğinde Yeni Bir Eğilim: Kanun Formunda Bireysel İdari İşlemler”; H. Alperen ÇITAK ile, Ankara Barosu Dergisi, 2012/4.

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gaygusuz Kararı: Mülkiyet Hakkının Geniş Yorumu ve Ayrımcılık Yasağı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVIII, Sayı: 1-2, 2014.

“Yönetişim Kavramı ve Çoğulcu Demokrasi”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 11, 2016.

“Demokrasilerde Seçim Sisteminin Parti Sistemi Üzerindeki Etkisi (Karşılaştırmalı Bir İnceleme)”, Prof. Dr. Hasan TUNÇ ile birlikte, Ombudsman Akademik Dergisi, Sayı: 4, 2016.

Kitap:

Seçim Sistemlerinde ve Türkiye’de (Gerrymandering) Seçim Hilesi Uygulamaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, Hasan TUNÇ, Fatih YURTLU Gökhan ÖLMEZ, H. Alperen ÇITAK ile birlikte

Hobiler

Yoktur.





GAZİLİ OLMAK AYRICALIKTIR..

