

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA BİREYSEL BAŞVURU

Berkan HAMDEMİR

DOKTORA TEZİ

Danışman
Prof. Dr. Faruk BİLİR

Konya-2013



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



BİLİMSEL ETİK SAYFASI

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Berkar HAMDEMİR

Öğrencinin Adı Soyadı

(İmza)

[Signature]



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



DOKTORA TEZİ KABUL FORMU

Öğrencinin

Adı Soyadı Berkan Hamdemir

Numarası 104134001008

Ana Bilim / Bilim Dalı Konu Hukuku

Programı

Tezli Yüksek Lisans ☐

Doktora ☒

Tez Danışmanı Prof. Dr. Faruk BİLİR

Tezin Adı

Türk Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan başlıklı bu çalışma 04.../09.../2013 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı, Adı Soyadı

Danışman ve Üyeler

İmza

Prof. Dr. Recep AKCAN

SYE

R. Akcan

Prof. Dr. Faruk BİLİR

(Danışman)

Doç. Dr. Özgür ÇELİK

Doç. Dr. Mehmet AKKÖK

Doç. Dr. Bülent YAVUZ

Doç. Dr. Bülent YAVUZ

B. Yavuz



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Berkan HAMDEMİR	Numarası 104134001008
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku	
	Danışmanı	Prof. Dr. Faruk BİLİR	
Tezin Adı		Türk Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru	

ÖZET

Bu tez çalışmasının konusu Türk hukukunda, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurudur. Çalışmanın amacı, temel hak ve özgürlüklere, etkili bir hukuki koruma sağlaması beklenen Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun, şartlarını ve işleyişini ortaya koyup, Türkiye için uygulanabilirliğini konusunda karşılaşılabilecek muhtemel sorunları tespit etmek ve bu sorunlar için çözüm yollarını ortaya koymaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru Türk hukukunda yeni bir kurum olduğu ve temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda önemli bir işleve sahip olduğu için bu tez çalışmasına konu edilmiştir.

Bu tez çalışması dört ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun kavramsal çerçevesi, tarihsel süreci, temel özellikleri, niteliği, işlevi, anayasa yargısı içerisindeki konumu ve karşılaştırmalı hukuktan örnekler üzerinde durulmuştur. Çalışmanın ikinci bölümde, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında korunan temel hak ve özgürlükler; üçüncü bölümde; Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun esasa ve usule ilişkin şartları; dördüncü bölümde ise bireysel başvuruların Anayasa Mahkemesi'nce incelenmesi ve başvurular hakkında verilen kararlar ele alınmıştır.

Tez çalışmasının konusu, Türk hukukundaki Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruyla sınırlı olduğundan, Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurulara ilişkin Türkçe ve İngilizce yazılan kitap ve makaleler ile konu ile ilgili

Anayasa Mahkemesi kararlarının tamamı incelenmiş ve incelenen bilimsel eserlerden ve Anayasa Mahkemesi kararlarından çalışmaya katkı sunacak olanlar, yorumlanarak çalışmada kullanılmıştır. Karşılaştırmalı hukuktan örnekler incelenirken de incelenen ülkenin pozitif hukuku ve o ülke ile ilgili ulaşılan bilimsel eserlerden yararlanılmıştır.

Çalışmanın sonunda genel olarak, Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun kabul edilmesi ile temel hak ve özgürlüklere tanınan güvencenin arttığı; “anayasanın üstünlüğü” ilkesinin pekiştirildiği; Türkiye’deki uygulama ile AİHM içtihatları arasındaki anlayış farkının ortadan kalkabileceği; bunun sonucunda, Türkiye’de insan hakları standardının yükseleceği; dolayısı ile AİHM’ye Türkiye aleyhine yapılan bireysel başvuruların ve verilen ihlal kararlarının sayısının önemli ölçüde azalacağı gibi olumlu sonuçlara varılmıştır. Buna karşın kurumun, Anayasa Mahkemesi’nin iş yükünü artırdığı, konu ile ilgili olarak 6216 sayılı Kanun’daki bazı düzenlemelerin Anayasa’ya aykırı olduğu, bireysel başvuruya konu temel hak ve özgürlüklerin tek tek sayılmamasının, Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere karşı bireysel başvuru yolunun kapatılmasının ve ihlalin Anayasa’ya aykırı bir normun uygulanmasından kaynaklanması durumunda, normun Anayasa’ya uygunluğunun denetlenememesinin isabetli tercihler olmadığı tespit edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun kendisinden beklenen olumlu işlevleri yerine getirebilmesi için etkili bir başvuru yolu olması gerektiği ve Anayasa Mahkemesi’ne bunun için Anayasa Mahkemesi’nin önünde hukuken ve fiilen ciddi bir engelin bulunmadığı sonucuna varılmıştır.



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Berkan HAMDEMİR	Numarası 104134001008
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku	
	Danışmanı	Prof. Dr. Faruk BİLİR	
Tezin İngilizce Adı		Individual Application in Turkish Constitutional Law	

SUMMARY

The subject of this thesis is individual application to the Constitutional Court in Turkish law. The purpose of this study is to put forth of individual application to the Constitutional Court expecting to provide effective legal protection of fundamental rights and freedoms and to identify possible problems that may be encountered on the applicability to Turkey and find out the solutions to these problems.

Individual applications to the Constitutional Court has been te subject of this thesis because of it is a new institution in Turkish law and has an important function in the protection of fundamental rights and freedoms.

This thesis consists of four main sections. In the first part of the study has been focused on the conceptual framework, historical process, basic features, nature, function, location within the constitutional jurisdiction of individual application to the Constitutional Court and examples of comparative law. In the second section, the fundamental rights and freedoms protected by the individual application to the Constitutional Court; in the third section, the substantive and procedural requirements of individual application to the Constitutional Court; in the fourth section, examination of individual applications by the Constitutional Court and decisions on applications has been examined.

Because of the subject of the thesis is limited to the individual application to the Constitutional Court in Turkish law, Turkish and English law books and articles written about individual applications to the Constitutional Court, all of the decisions of the Constitutional Court on the subject with individual applications to the Constitutional Court has been examined and of these, which will contribute to the study has been interpreted and utilized.

At the end of the study, in general, have been reached some positive conclusions. These are: With the adoption of individual application to the Constitutional Court in Turkey, assurances have increased, recognizing fundamental rights and freedoms; the principle of “supremacy of the constitution” has been stiffened; difference between the application of Turkey and understanding of the case law of the ECHR may disappear; as a result of this, the standard of human rights may increase in Turkey; thus, the number of individual applications to the ECHR against Turkey and decisions which are about violation of human rights will significantly decrease. However, some negative conclusions have been identified. These are: With the adoption of individual application to the Constitutional Court, the Constitutional Court’s workload has increased furthermore some of regulations of the Law numbered 6216 which are relation to individual application to the Constitutional Court, are contrary to the Constitution. In addition to these, fundamental rights and freedoms which are subject to individual application is not counted one by one; against some procedures which are had left in judicial review by the Constitution the individual application to the Constitutional Court is prohibited and in case welding of the violation from an unconstitutional norm, the Constitutional Court can not examine constitutionality of the norm but we have been identified that these are not the right choices.

it was concluded that in the event of the individual application to the Constitutional Court is an effective remedy the constitutional court is able to carry out the expected positive functions and there are no a serious law and practice obstacle in front of the constitutional court to be an effective remedy of individual application.

Kısaltmalar ve Simgeler Tablosu

§	: Paragraf
AID	: Artificial Insemination by Donor = Yapay Döllenme
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	: Avrupa Konseyi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AMBB	: Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru
Any.	: Anayasa
Ar-İç	: Araştırma İçtihat Birimi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Baskı
Bkz.	: Bakınız
BverfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts = Federal Alman Anayasa Mahkemesi
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren

D.	: Daire
DDK	: Devlet Denetleme Kurulu
DR	: Decisions and Reports = Kararlar ve Raporlar
E.	: Esas
Ed.	: Editör
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FA	: Federal Alman Anayasası
FAM	: Federal Alman Anayasa Mahkemesi
FAMK	: Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSYK	: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
HUKAB	: Hukuk Adamları Birliği
Ibid.	: Ibidem = Aynı
ILO	: International Labour Organizatin=Dünya Çalışma Örgütü
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	: Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
MGK	: Milli Güvenlik Kurulu
No.	: Numara/Numarası
op. cit.	: Opus citatum = adı geçen eserde/yapıtta (Türkçe’de, a.g.e / a.g.y.)

P1	: 1 No’lu Ek Protokol
P13	: 13 No’lu Ek Protokol
P6	: 6 No’lu Ek Protokol
RTÜK	: Radyo Televizyon Üst Kurulu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SETA	: Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı
T.	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
t.y.	: Tarih yok
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TL	: Türk Lirası
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TÜSİAD	: Türk Sanayicileri ve İş Adamları Derneği
TÜSİAD	: Türkiye Sanayici ve İş Adamları Derneği
UYAP	: Uluslararası Yargı Ağı Programı
v.	Versus = Karşı
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve diğerleri / ve devamı
vs.	Vesaire
YAŞ	: Yüksek Askeri Şura
YSK	:Yüksek Seçim Kurul

Tablolar Listesi

Tablo 3.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Buna Ek Türkiye'nin Taraf Olduğu Protokol'lerde Yer Alan Hak ve Özgürlükler ile 1982 Anayasası'nda bu hak ve Özgürlüklere Tekabül Eden Temel Hak ve Özgürlükler

İÇİNDEKİLER

Kısaltmalar ve Simgeler Tablosu	i
Tablolar Listesi.....	iv
İÇİNDEKİLER	v
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	5
ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU KURUMUNUN KAVRAMSAL VE TARİHSEL ÇERÇEVESİ, ÖZELLİKLERİ, İŞLEVİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAN ÖRNEKLER	5
1.1. Kavramsal Çerçeve ve Tarihsel Süreç	5
1.1.1. Tanım ve Terim	5
1.1.2. Tarihsel Süreç	10
1.2 Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurunun Temel Özellikleri	18
1.2.1. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması.....	18
1.2.2. Korumanın Kamu Gücü İşlemlerine Karşı Olması.....	20
1.2.3. Korumanın Ulusal Düzeyde Olması	21
1.2.4. İkincil Nitelikte Koruma.....	21
1.3. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel başvurunun Niteliği ve İşlevi.....	24
1.3.1. Niteliği	24
1.3.2. İşlevi	26
1.4. Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru.....	27
1.4.1. Anayasa Yargısı	27
1.4.2. Soyut Norm Denetimi ve Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru	30
1.4.3. Somut Norm Denetimi ve Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru.....	31
1.4.4. Actio Popularis ve Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru.....	32
1.5. Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru	34
1.5.1. Almanya	35
1.5.2. İspanya	44
1.5.3. Avusturya	50
1.5.4. Güney Kore.....	54

1.5.5. Meksika	57
1.5.6. Macaristan.....	61
1.5.7. Rusya.....	64
1.6. Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvurunun Teorik ve Pozitif Temelleri	69
1.6.1. Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruya İlişkin Tartışmalar ve Kurumun Kabul Edilişi	69
1.6.2. Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvurunun Türk Pozitif Hukukundaki Temelleri	76
İKİNCİ BÖLÜM	77
TÜRK HUKUKUNDA ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU KAPSAMINDAN KORUNAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER.....	77
2.1. Genel Olarak	77
2.2. 1982 Anayasası’nda Güvence Altına Alınmış Temel Hak ve Özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Yer Alan Temel Hak ve Özgürlükler	81
2.2.1. İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü.....	81
2.2.2. Yaşama Hakkı.....	82
2.2.3. İşkence Yasağı.....	88
2.2.4. Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı	93
2.2.5. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı.....	96
2.2.6. Adil Yargılanma Hakkı	106
2.2.7. Kanunsuz Ceza Olmaz	120
2.2.8. Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı.....	125
2.2.9. Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü.....	135
2.2.10. İfade Özgürlüğü	139
2.2.11. Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü.....	144
2.2.12. Evlenme Hakkı	150
2.2.13. Etkili Başvuru Hakkı.....	152
2.2.14. Ayrımcılık Yasağı	154
2.2.15. Olağanüstü Hallerde Yükümlülüklerin Askıya Alınması	157

2.2.16. Yabancıların Siyasal Etkinlikleri'nin Kısıtlanması	162
2.2.17. Hakların Kötüye Kullanılmasının Yasaklanması	164
2.2.18. Hakların Kısıtlanmasının Sınırları	165
2.3. 1982 Anayasası'nda Güvence Altına Alınmış Temel Hak ve Özgürlüklerden Türkiye'nin Taraf Olduğu Ek Protokollerde Yer Alan Hak ve Özgürlükler	166
2.3.1. İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 1 No'lu Protokol'de Yer Alan Hak ve Özgürlükler	168
2.3.1.1. Mülkiyet Hakkı	168
2.3.1.2. Eğitim Hakkı	173
2.3.1.3. Serbest Seçim Hakkı	177
2.3.2. İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek Türkiye'nin Taraf Olduğu 6 ve 13 No'lu Protokol'lerde Yer Alan Hak ve Özgürlükler	181
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	183
ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU ŞARTLARI	183
3.1. Esasa İlişkin Şartlar	183
3.1.1. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurular Anayasa'da Güvence Altına Alınmış Temel Hak ve Özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Buna Ek Türkiye'nin Taraf Olduğu Protokollerde Yer Alan Hak ve Özgürlükler için Yapılmalıdır	183
3.1.2. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kamu Gücü İşlemlerine Karşı Yapılmalıdır	188
3.1.2.1. Kamu Gücü İşlemleri Kavramı	188
3.1.2.2. İhlal Kavramı	190
3.1.2.3. Aleyhine Bireysel Başvurunu Yapılamayan Kamu Gücü İşlemleri....	191
3.1.2.3.1. Yasama İşlemleri	191
3.1.2.3.1.1. Kanun	193
3.1.2.3.1.2. Parlamento Kararı	197
3.1.2.3.1.3. Diğer Yasama İşlemleri	200
3.1.2.3.1.4. Yasama Organının İdari Nitelikteki İşlemleri.....	202
3.1.2.3.2. Düzenleyici İdari İşlemler	205
3.1.2.3.3. Anayasa Mahkemesi Kararları	208

3.1.2.3.4. Anayasanın Yargı Denetimi Dışında Bıraktığı İşlemler	213
3.1.2.3.5. Yüksek Seçim Kurulu Kararları	218
3.1.2.3.6. Sayıştay Kararları	221
3.1.2.3.7. Sıkıyönetim Komutanının İşlemleri	224
3.1.3. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru İhlale Yol Açtığı İleri Sürülen İşlem, Eylem ya da İhmal Nedeniyle Güncel ve Kişisel Bir Hakkı Doğrudan Etkilenenler Tarafından Yapılmalıdır	225
3.1.3.1. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkına Sahip Olanlar: Herkes	225
3.1.3.1.1. Gerçek Kişiler	227
3.1.3.1.2. Tüzel Kişiler	230
3.1.3.1.2.1. Özel Hukuk Tüzel Kişileri	231
3.1.3.1.2.2. Kamu Hukuku Tüzel Kişileri	233
3.1.3.1.3. Tüzel Kişiliği Olmayan Kişi Grupları	238
3.1.3.2. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkına Sahip Olanların Taraf ve Dava Ehliyeti	239
3.1.3.2.1. Taraf Ehliyeti	239
3.1.3.2.1. Dava Ehliyeti	241
3.1.3.3. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru'da Başvurucunun Hukuki Yararının Bulunması	247
3.1.3.3.1. Güncellik	250
3.1.3.3.2. Kişisellik	251
3.1.3.3.3. Doğrudanlık	254
3.1.4. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurudan Önce Olağan Kanun Yolları Tüketilmiş Olmalıdır	255
3.2. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Genel Usul Kuralları	267
3.2.1. Bireysel Başvuruları İncelenmekle Görevli ve Yetkili Mahkeme: Anayasa Mahkemesi	267
3.2.1.1. Anayasa Mahkemesi'nin Oluşumu ve Yapısı	267
3.2.1.2. Anayasa Mahkemesi'nin Görevleri ve Çalışma Usul ve Esasları	270
3.2.1.3. Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuruları Yargılama Yetkisi	272

3.2.1.3.1. Konu Yönünden Yetki.....	272
3.2.1.3.2. Zaman Yönünden Yetki	274
3.2.1.3.3. Yer Yönünden Yetki.....	277
3.2.1.3.4. Kişi Yönünden Yetki.....	278
3.2.2. Başvurunun Yapılabileceği Yerler	280
3.2.3. Başvuru Harcı ve Adli Yardım	282
3.2.4. Başvuru Dilekçesi: Şekli ve İçeriği.....	286
3.2.5. Temsil.....	293
3.2.6. Başvuru Süresi ve Eski Hale Getirme	294
3.2.7. Başvuru Evrakında Eksikliğin Bulunması Durumunda Eksikliğin Giderilmesi Usulü.....	299
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	301
ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURULARIN İNCELENMESİ VE KARARLAR	301
4.1. Bireysel Başvuruların İncelenmesi	301
4.1.1. Bireysel Başvuru İncelemesi'nin Niteliği	301
4.1.2. Ön İnceleme	304
4.1.2.1. Ön İncelemeyi Yapacak Olan Mercii: Bireysel Başvuru Bürosu	304
4.1.2.2. Ön İncelemenin Konusu	305
4.1.2.3. Ön İnceleme Sonucunda Verilebilecek Kararlar	306
4.1.2.4. Bireysel Başvuruların Bölümlere ve Komisyonlara Tevzii, Başvuruların İnceleme Sırası, Yazışmalar ile Bilgi, Belge İsteme ve Tebliğ.....	308
4.1.3. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Koşulları Açısından İncelenmesi	309
4.1.3.1. Kabul Edilebilirlik İncelemesini Yapacak Olan Mercii: Komisyon.....	309
4.1.3.1.1. Komisyonların Oluşumu	310
4.1.3.1.2. Komisyonların Görevi ve Çalışma Usulü	311
4.1.3.1.3. Komisyonlar Raportörlüğü	312
4.1.3.2. Kabul Edilebilirlik Koşulları.....	314
4.1.3.2.1. Başvurunun 6216 Sayılı Kanun'un 45 ila 47. Maddelerinde Öngörülen Şartları Taşıması.....	316

4.1.3.2.2. Başvurunun Anayasa'nın Uygulanması ve Yorumlanması Açısından Önem Taşımaları	317
4.1.3.2.3. Başvurunun Temel Hakların Kapsamının ve Sınırlarının Belirlenmesi Açısından Önem Taşımaları.....	319
4.1.3.2.4. Başvurucunun Önemli Bir Zarara Uğraması	320
4.1.3.2.5. Başvurunun Açıkça Dayanaktan Yoksun Olmaması.....	322
4.1.3.2.5.1. Açık ve Bariz Bir Şekilde Bir Temel Hak ve Özgürlük İhlalinin Yokluğu.....	323
4.1.3.2.5.2. Mahkeme'den Kanun Yolu İncelemesi Yapılmasının İstenmesi	325
4.1.3.2.5.3. Şikâyeti Kanıtlayacak Delillerin Yokluğu	328
4.1.3.2.5.4. Başvurunun Karmaşık Olması ve Zorlama İddialara Dayanması	329
4.1.3.3. Kabul Edilebilirlik İncelemesi ve Karar	330
4.1.3.3.1. Dosyanın Tekemmül Ettirilmesi.....	330
4.1.3.3.2. Karar Taslağının Hazırlanması	331
4.1.3.3.3. Komisyon'un Kararı.....	332
4.1.4. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruların Esas Açısından İncelenmesi	335
4.1.4.1. Esas Bakımından İncelemeyi Yapacak Mercii: Bölüm	335
4.1.4.1.1. Bölüm'lerin Oluşumu	335
4.1.4.1.2. Bölüm'lerin Görevleri ve Çalışma Usulü	336
4.1.4.1.3. Bölümler Raportörlüğü	338
4.1.4.2. Esas Açısından Yapılacak İncelemede İzlenecek Usul	340
4.1.4.2.1. Dosyanın Tekemmül Ettirilmesi: Bilgi, Belge, Delil Toplama, Tanık, Bilirkişi Dinleme ve Keşif.....	340
4.1.4.2.2. Dosya Üzerinden İnceleme veya Duruşma Yapılması.....	342
4.1.4.2.3. Adalet Bakanlığı'na Bildirim	344
4.1.4.2.4. Geçici Tedbir Kararı.....	347
4.1.4.2.5. Esas Hakkında Yapılacak İncelemenin Kapsamı.....	350
4.1.4.2.6. Esas Hakkındaki Karar Taslağının Hazırlanması.....	356

4.1.4.2.7. Esas Hakkındaki Kararın Verilmesi	357
4.2. Bireysel Başvurunun Esasan İncelenmesi Sonunda Verilebilecek Kararlar ve Kararların Etkileri	359
4.2.1. Genel Olarak Bireysel Başvuru Sonucunda Verilebilecek Kararlar.....	359
4.2.2. Bireysel Başvuruların Esas İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar .	360
4.2.2.1. Bir Temel Hak ve Özgürlüğün İhlal Edilmediği Kararı.....	360
4.2.2.2. Bir Temel Hak ve Özgürlüğün İhlal Edildiği Kararı.....	360
4.2.2.3. Yargılamanın Yenilenmesi	362
4.2.2.4. Tazminat Ödenmesine Hükmedilmesi	367
4.2.2.5. Genel Mahkemelerde Dava Açılması Yolunun Gösterilmesi.....	370
4.2.3. Yerindelik Denetimi Yapılamamsı ve İdari İşlem ve Eylem Niteliğinde Karar Verilemesi	371
4.2.4. Düşme Kararı	374
4.2.5. Pilot Karar.....	379
4.2.6. İçtihat Farklılıklarının Giderilmesi.....	383
4.2.7. Kararların İmzalanması, Tebliği, Yayınlanması, Tavzihi ve Maddi Hataların Düzeltilmesi	385
4.2.8. Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması.....	387
4.2.9. Bireysel Başvuru Sonunda Verilen Kararların Niteliği, Etkisi ve Uygulanması.....	391
4.3. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurunun Çeşitli Açılardan Etkileri	396
4.3.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvurulara Etkisi	396
4.3.2. Anayasa Mahkemesi'nin İş Yüküne Etkisi	400
4.3.3. Diğer Etkileri	403
SONUÇ	406
KAYNAKÇA.....	414

GİRİŞ

İnsan hakları, üzerinde çokça konuşulan, tartışılan ve güncelliğini yitirmeyen bir konudur. Günümüzde, popüleritesinden bir şey kaybetmeyen, hatta önemi her geçen gün artan ve en genel şekliyle; insanın, sırf insan olması dolayısıyla doğuştan sahip olduğu, vazgeçilmez ve devredilmez hakları ifade eden insan hakları; köleliğe karşı mücadeleden, eşitlik ve özgürlük mücadelesine, baskıcı, otoriter rejimlere karşı mücadeleden, dini dogmalara karşı mücadelelere kadar, insanlık tarihinde birçok mücadelenin temel dayanağını oluşturmuştur. İnsan hakları mücadelesi, insan onuruna yaraşır bir şekilde yaşamının mücadelesidir.

Bugün insan hakları artık, devlet merkezli, güç odaklı, karışmazlık ve menfaat ilkesinin hâkim olduğu milletlerarası hukuku ve uluslararası sistemi, insan hakları odaklı bir hukuk yönünde dönüştürme misyonunu üstlenmiş durumdadır. Başka bir deyişle insan hakları, uluslararası hukukta, devletlerin meşruiyet kıstaslarından birisi haline gelmiş bulunmaktadır. Özellikle, II. Dünya Savaşı'ndan sonra insanlık adına yaşanan acı tecrübelerin etkisi ve geçtiğimiz yüzyılın son çeyreğinde, küreselleşme bağlamında bilgi ve iletişim teknolojilerinde yaşanan gelişmeler sayesinde, artık insan hakları ihlallerinin gizlenememesi, başka bir ifadeyle tüm Dünya kamuoyunun, Dünya'nın herhangi bir yerinde gerçekleşen hak ihlalinden anında haberdar olması, insan haklarına sadakatin, uluslararası sistemde öneminin artmasında ve devletlerin bu konuda deyim yerindeyse kendilerine “çeki-düzen” vermesinde etkili olmuştur. Bu “çeki-düzen” verme çabası çerçevesinde devletler, uluslararası baskı ve meşruiyet endişeleri arasında, insan haklarını korumaya yönelik çeşitli önlemler almaya başlamışlardır. Bu önlemler çerçevesinde hem ulusal düzeyde hem de uluslararası düzeyde, insan haklarını koruma amaçlı çeşitli mekanizmalar oluşturulduğu görülmektedir. Bu bağlamda, insan haklarına uluslararası düzeyde yargısal koruma sağlayan, Türkiye'nin de taraf olduğu, “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi” ve ulusal düzeyde, normatif ve yargısal korumanın önemli bir parçasını oluşturan, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, bu sürecin en önemli ürünleri arasında gösterilebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru, iç hukukta sağlanan korumaya ek olarak öngörülen ikincil nitelikte uluslararası bir koruma mekanizmasıdır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ise iç hukukta genel mahkemelerin temel hak ve özgürlüklere sağladığı korumaya ek, ulusal düzeyde ikincil nitelikte, bir koruma mekanizmasıdır. AİHM'ye başvuru sayısı, kurulduğu 1959 yılından beri sürekli olarak artmıştır. 1 Ocak 2013 tarihi itibari ile AİHM önündeki derdest dosya sayısı 128.100'dür¹. 31 Aralık 2012 tarihi itibariyle bu derdest dosyaların 16879'u Türkiye aleyhine yapılan başvurulara ilişkindir². Bu rakamla Türkiye, Rusya'dan sonra, AİHM önünde en çok derdest dosyası olan ülkedir³. 1959-2012 yılları arasında Türkiye aleyhine verilen karar sayısı ise 2.870'dir⁴. Bu rakamla Türkiye, AİHM önünde en çok mahkûm olan devlettir⁵. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, insan haklarına sağladığı hukuki koruma açısından, sadece ulusal düzeyde önemli sonuçlar doğuran bir başvuru yolu olmayıp, uluslararası düzeyde de önemli sonuçlar doğuran bir başvuru yoludur. Çünkü AİHM istatistiklerine göre, etkili bir bireysel başvuru mekanizmasının olduğu ülkeler aleyhine AİHM'ye yapılan başvurular, bu mekanizmanın olmadığı ülkelere oranla daha düşüktür⁶. İşte bu nedenle, temel hak ve özgürlük ihlallerinin kaynaklanan mağduriyetlerin iç hukukta kurulacak bir mekanizma ile giderilmesi ve buna bağlı olarak, Türkiye aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruların sayısının azaltılması amacıyla, Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kabul edilmiştir.

Türk hukukunda, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruları inceleme yetkisi veren Anayasa değişikliği, 2010 yılında gerçekleşti. 7.5.2010 tarihinde kabul

¹ AİHM Önünde Bekleyen Derdest Başvuru Sayısı, (31 Ocak 2012 tarihi itibariyle), Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2012_ist/derdest.pdf (03.07.2013).

² Ülkelere Göre AİHM Önünde Derdest Başvurular (31 Aralık 2012 tarihi itibariyle), Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Daire Başkanlığı,, http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2012_ist/ulkelere_gore.pdf (03.07.2013).

³ Ibid.

⁴ Maddelere Göre Taraf Devletler Hakkında Verilen Kararlar (1959 - 2012 Yılları Arası), Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2012_ist/59_12_taraf.pdf (03.07.2013).

⁵ Rusya'nın 31 Aralık 2012 tarihi itibariyle AİHM önünde 28593 derdest dosyası bulunmaktadır. *Ibid.*

⁶ Venice Commission, 2010 Annual Activity Report, Council of Europe, 2011, s. 59, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-RA\(2010\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-RA(2010)001-e) (03.07.2013).

edilen 5892 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 18. maddesi ile Anayasa’nın 148. maddesinde değişiklik yapılarak, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kurumu Türk hukuk sistemine dahil edilmiş oldu. 5892 sayılı Kanun, Anayasa’nın 175/4 maddesi gereği, halkoylamasına sunulmak üzere 13 Mayıs 2010 tarih ve 27580 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı ve Yüksek Seçim Kurulu’nun (YSK) 317 sayılı kararı⁷ doğrultusunda, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylamasında kabul edilerek yürürlüğe girdi. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurular ise 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine, bu tarihten sonra (24.09.2012 tarihinden itibaren), yapılmaya başlandı (6216 sayılı Kanun, m. 76 ve geçici m. 1/8).

İşte bu tez çalışmasının konusu, Türk hukukunda, Anayasa yargısı içerisinde soyut ve somut norm denetimi yanında, önemli ve yeni bir başvuru türü olan “Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru”dur. Çalışmanın temel amacı, temel hak ve özgürlüklere, etkili bir hukuki koruma sağlaması beklenen Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun, şartlarını ve işleyişini ortaya koyup, Türkiye için uygulanabilirliğini konusunda karşılaşılabilecek muhtemel sorunları tespit etmek ve bu sorunlar için çözüm yollarını ortaya koymaktır.

Buu amaç doğrultusunda, çalışma dört ana bölüme ayrılmıştır.

Birinci bölümde; Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun kavramsal çerçevesi, tarihsel süreci, temel özellikleri, niteliği, işlevi, anayasa yargısı içerisindeki konumu, karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalardan örnekler ve kurumun Türk hukukunda kabul edilmesinin teorik ve pozitif temelleri incelenmiştir.

İkinci bölümde; Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kapsamında korunan temel hak ve özgürlükler ele alınmıştır. Bu bağlamda, 6216 sayılı Kanun’un; “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir” (m. 45/1) hükmü doğrultusunda önce, Avrupa

⁷ Resmî Gazete, 13.05.2010, 27580 (Mükerrer).

İnsan Hakları Sözleşmesi⁸ (AIHS) ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin çerçevesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları doğrultusunda belirlenmiş daha sonra da bu hak ve özgürlüklere, 1982 Anayasası'nda tekabül eden temel hak ve özgürlükler tespit edilmiştir.

Üçüncü bölümde; Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun esasa ve usule ilişkin şartları incelenmiştir. Bu bağlamda üçüncü bölümde genel olarak; bireysel başvuruya konu olabilecek temel hak ve özgürlükler, aleyhine bireysel başvuru yapılabilecek olan kamu gücü işlemleri, bireysel başvuru hakkına sahip olanlar, olağan kanun yollarının tüketilmesi, bireysel başvuruların konu, zaman, yer ve kişi yönünden incelenmesi, başvuru harcı, adli yardım, başvuru süresi ve eski hale getirme ile başvurunun şekli ve içeriği konuları ele alınmıştır.

Dördüncü bölümde; bireysel başvuruların Anayasa Mahkemesi'nce incelenmesi ve başvurular hakkında verilen kararlar incelenmiştir. Bu bağlamda dördüncü bölümde genel olarak; bireysel başvuruların ön incelemesi, kabul edilebilirlik incelemesi ve esastan incelenmesi ve inceleme aşamaları ile bu incelemeleri yapan birimler; anılan incelemeler sonunda verilebilecek kararlar (kabul edilemezlik kararı, ihlal olmadığı kararı, ihlal kararı, düşme kararı ve pilot karar uygulaması); kararların etkileri ve uygulanması ile bireysel başvuru kurumunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvurulara, Anayasa Mahkemesi'nin iş yüküne etkileri gibi konular ele alınmıştır.

⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (European Convention on Human Rights) Çeviri: Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/temel/aihs.pdf> (21.05.2012).

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU KURUMUNUN KAVRAMSAL VE TARİHSEL ÇERÇEVESİ, ÖZELLİKLERİ, İŞLEVİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAN ÖRNEKLER

1.1. Kavramsal Çerçeve ve Tarihsel Süreç

1.1.1. Tanım ve Terim

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu, uygulandığı bütün ülkelerde aynı amacı gütsen de uygulamaların çeşitli ülkelerde kapsam açısından farklılık arz ettiği görülmektedir. Bunun yanı sıra kurumu anlatmak için kullanılan terimlerde de farklılık görülmektedir. Karşılaştırmalı hukukta kurumun daha çok “anayasa şikâyeti” ya da “bireysel başvuru” terimleri ile ifade edildiği görülmektedir. Burada, terim tartışmasına girmeden evvel, kurumun tanımını yapılacak daha sonra da bu tanım üzerinden bir terim tespitinde bulunulacaktır.

Gerek yerli gerekse yabancı literatürde kurumun çeşitli şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Anayasa şikâyeti, bireylerin doğrudan etkilendikleri ve temel haklarını ihlal ettiğini düşündükleri tüm kamu gücü işlemlerine karşı Anayasa Mahkemesi'nden bizzat hukuki koruma talebinde bulunmalarına olanak sağlayan bir yoldur⁹.

“Anayasa şikâyeti bireye, haklarının yargısal yoldan geçerli kılınması için tanınmış özel bir hukuksal koruma aracıdır”¹⁰

⁹ Göztepe, Ece, *Anayasa Şikâyeti*, AÜHFY, No: 530, Ankara, 1998, s. 3.

¹⁰ Gören, Zafer. “Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz?”, *Pof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, C. II, s. 294. Gören, bir başka çalışmada ise kurumu: “Anayasa şikâyeti, yalnız vatandaşa, temel haklarının ve buna eşit kılınmış haklarının yargısal yoldan geçerli kılınması için tanınmış özel bir hukuksal koruma aracıdır” şeklinde tanımlamaktadır. Gören, Zafer. “Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)”, *Anayasa Yargısı 11*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, İstanbul, 28-29 Nisan 1994, s.101.

“Bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti, temel hak ve özgürlükleri yasama, yürütme ya da yargı organlarının işlemleri tarafından ihlal edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yoludur”¹¹

“Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen bireylerin açabilecekleri bir dava türü, ancak ikincil ve yardımcı nitelikteki olağanüstü bir hukukî çaredir”¹²

Anayasa şikâyeti, “kişilerin anayasa ile güvence altına alınmış haklarını korumaya yönelik, yasa ya da anayasayla öngörülmüş olan dava türüdür”¹³.

“Anayasa şikâyeti anayasal hakların (esas olarak devlet organının münferit işlemleriyle) ihlaline karşı özel bir hukuki yoldur.”¹⁴

“Anayasa şikâyeti, kamu otoritelerinin ağırlıklı olarak birel işlemlerine karşı, anayasal hakların ihlali iddiasıyla, hakların ihlal edildiğine inanan bireyler tarafından harekete geçirilen, ihlali gerçekleştiren işlemin anayasallığını denetlemeye yetkili Mahkeme’ye başvuru hakkı tanıyan tali nitelikte hukuki çaredir.”¹⁵

Kurum, asıl doğup geliştiği yer olan Federal Almanya’da, “kamu gücünün bir temel hakkı ya da temel hak benzeri bir hakkı ihlal ettiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bir başvuru”¹⁶ olarak tanımlanmaktadır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında ise kurum; “Anayasa ile güvence altına alınmış

¹¹ Kılınç, Bahadır, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği” *Anayasa Yargısı*, , Anayasa Mahkemesi Yayınları, 25, Ankara, 25 Nisan 2008, s. 23.

¹² Aydın, Öykü Didem, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 4, Yıl: 2011, s. 125. Aydın aynı çalışmada kurumu; “Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlüklerin ulusal düzlemde korunması amacıyla başvurulabilecek son hukukî çaredir” şeklinde de tanımlamaktadır. *Ibid*.

¹³ Helmut Alexey, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1962, s. 738; aktaran, Göztepe, *op. cit.*, s.27-28.

¹⁴ Mavčić, Arne Marjan. “Tüketilmesi Gereken veya AIHS Anlamında Geçerli Bir İç Hukuk Yolu Olarak Bireysel Şikâyet”, Mart 2011, http://www.concourts.net/Mavcic_Tr_BireyselBasvurunun_TemelOzellikleri.pdf (22.05.2012).

¹⁵ Aliyev Cabir, *Anayasa Şikâyeti*, Beta, İstanbul, 2010, s. 12-13

¹⁶ Maunz, G. Rüdger, R. Herzog, R. Scholz,(1980), RnNR 64 zu Art, 93 GG, *Grundgesetz-Kommentar* (lose Blaetter) Verlag C. H. Beck, München; aktaran, Sabuncu, Yavuz, “Federal Almanya’da Anayasa Şikâyeti”, *AÜSBFD*, Cilt: XXXVII, Eylül-Aralık 1982, No: 3-4, s. 141.

bireysel hakların korunması ve hayata geçirilmesi için düzenlenmiş bir başvuru yolu” olarak tanımlamaktadır¹⁷.

Türkiye hukukundaki Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun pozitif hukuktaki düzenleme çerçevesinde yapılacak tanımını çalışmanın ileriki safhalarına havale ederek yukarıdaki tanımlar ışığında, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruyu genel olarak şu şekilde tanımlayabiliriz. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru, temel hak ve hürriyetlerinden birinin veya birkaçının kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden kişilerin, Anayasa Mahkemesi’ne başvurarak şikâyetle konu kamu gücü işleminin anayasallığının denetlenmesini sağlayan ikincil nitelikte bir denetim türüdür.

Tanımlar ışığında kavramı anlatmak için kullanılan terimlere bakacak olursak en kapsamlı örneklerinin Almanya ve İspanya’da görüldüğü kurum¹⁸, Almanya’da Türkçe karşılığı “anayasa şikâyeti” olan “Verfassungsbeschwerde” terimiyle ifade edilmektedir. Kurum, İspanya ve Meksika’da “recurso de amparo” (amparo¹⁹ başvurusu) terimiyle ifade edilirken; İngiliz literatüründe “constitutional complaint” (anayasa şikâyeti), Fransız anayasa hukuku literatüründe ise “requête individuelle” (bireysel başvuru) terimiyle ifade edilmektedir²⁰.

Türk Pozitif hukukuna 7.5.2010. tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun²¹ ile giren kurum, pozitif hukukta yapılan düzenlemelerde “bireysel başvuru” terimi ile ifade edilmektedir. Gerek 1982 Anayasası’ndaki düzenleme (m. 148/f.4-5) gerekse

¹⁷ Mellinshof, Rudolf, “Federal Alman Cumhuriyetinde Anayasa Şikâyeti”, *Anayasa Yargısı* 26, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2009, s. 33.

¹⁸ Venice Commission, Opinion 296/2004, CDL-AD (2004)024, 29.06.2004, *Opinion on the Draft Constitutional Amendments With Regard to the Constitutional Court of Turkey*, [http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-AD\(2004\)024-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-AD(2004)024-e.asp) (20.06.2012).

¹⁹ Amparo, İspanyolca’da kelime anlamı olarak “koruma” manasına gelmektedir. İspanya da amparo başvurusu, “olağan” ya da “anayasal” olarak ikiye ayrılmaktadır. Olağan amparo başvurusu, temel hak ve özgürlüklerin, en üst derecesinde Yargıtay’ın yer aldığı olağan kanun yolları içinde korunmasını ifade etmek için kullanılırken; anayasal amparo başvurusu, olağan amparo başvurusundan bir sonuç alınamaması durumunda Anayasa Mahkemesi’ne yapılan temel hak ve özgürlük koruma talebini anlatmak için kullanılmaktadır. Arnwine, Esen, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, *AÜHFD*, C. 52, S. 4, 2003, s. 250.

²⁰ Kılınç, *op. cit.*, s. 22 (6. dipnottan).

²¹ Anılan kanun 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylamasında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'daki²² düzenleme bu yöndedir.

1982 Anayasası'nın seçtiği bireysel başvuru teriminin, anayasa şikâyeti kavramı ile özdeş olmadığını söyleyebiliriz. Çünkü bireysel başvuru terimi, kavram olarak anayasa şikâyetinden daha geniştir. Örneğin “actio popularis” (popüler dava) bir bireysel başvurudur ancak bir anayasa şikâyeti değildir. Çünkü bireylere sadece uygulanan normun iptalini isteme hakkı verir. Dolayısıyla her bireysel başvuru, anayasa şikâyeti kavramına dâhil değildir. Ancak her anayasa şikâyeti, bireysel başvuru kavramına dâhildir²³. Diğer bir deyişle bireysel başvuru kavramı, anayasa şikâyetini de içine alan kapsayıcı bir kavramdır. Bu nedenle, Türk pozitif hukukunda yapılan düzenlemede “anayasa şikâyeti” terimi yerine; “bireysel başvuru” teriminin kullanılması isabetli olmamıştır.

Federal Alman uygulamasında, anayasa şikâyetinin bireylere tanınan; “bireysel anayasa şikâyeti” (Federal Alman Anayasası (FA), m. 93/1 4a; Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu (FAMK) m. 90/1) ve belediye ve belediye birliklerine tanınan; “komünal anayasa şikâyeti” (FA, m. 93/1 2b; FAMK, m. 91) olmak üzere iki türü vardır. Buradan hareketle, Federal Alman uygulamasında, “bireysel anayasa şikâyeti” ve “komünal anayasa şikâyeti” olmak üzere iki tür anayasa şikâyetinin olduğunu ve konumuz olan bir temel hak ve özgürlük ihlali nedeniyle bireylere, Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakkı tanıyan anayasa şikâyetini anlatmak için “bireysel anayasa şikâyeti” teriminin kullanıldığını söyleyebiliriz²⁴. Bu terimin, Türk hukukundaki Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru terimini karşıladığını söyleyebiliriz. Ancak Federal Almanya'daki bireysel anayasa şikâyeti, kapsam olarak Türk hukukundaki Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurudan daha geniştir. Şöyle ki Almanya'daki bireysel anayasa şikâyeti, devletin üç temel organı olan yasama, yürütme ve yargı organının işlem ve kararlarına karşı yapılan başvuruları kapsarken (FAMK, m. 90/1); Türk pozitif hukukundaki bireysel

²² Bkz.: Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, m. 2/1/ç,g, m. 3/1/c, m. 22/1, m. 26/1 ve bireysel başvurunun düzenlediği 4. bölümün bölüm başlığı ve bu bölümdeki 45, 46, 47, 48, 49 ve 51. maddeleri ile m. 60/6, 64/1, m. 75/8 ve geçici madde1/8.

²³ Sağlam, Fazıl, “Anayasa Şikâyeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, *Demokratik Anayasa*, Der. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul, 2012, s. 420.

²⁴ Kılınç, *op cit.*, s. 22.

başvuru sadece yargı kararlarına karşı yapılan başvuruları kapsamaktadır. Dolayısı ile bu iki terimin birbirini karşıladığını ancak kapsam olarak Almanya'daki bireysel anayasa şikâyetinin Türk hukukundaki Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurudan daha geniş bir kavramı ifade ettiğini söyleyebiliriz.

Literatürde “gerçek anayasa şikâyeti” ve “gerçek olmayan anayasa şikâyeti” terimlerine de rastlanmaktadır. Bu terimler acaba hangi kavramı anlatmak için kullanılmaktadırlar? Gerçek anayasa şikâyeti ile kastedilen, temel bir hak ve özgürlüğü, bir kamu gücü işleminden dolayı ihlal edilen kişilerin doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne başvurmalarıdır. Almanya'da uygulanan anayasa şikâyeti ve Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne yapılması kabul edilen bireysel başvuru gerçek anlamda anayasa şikâyetidir²⁵. Buna karşın, gerçek olmayan anayasa şikâyeti, anayasaya aykırı bir norm ile temel hak ve özgürlüğü ihlal edilen kişinin, bütün kanun yollarını tükettikten sonra anılan normun iptali için Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvurudur. Gerçek olmayan anayasa şikâyetinin, gerçek anayasa şikâyetinden farkı, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun temel hak ve özgürlüğün ihlaline yol açan yargı kararına veya idari işleme karşı değil; bu karar veya işleme dayanak teşkil eden norma karşı yapılmasıdır. Bu yönüyle gerçek olmayan anayasa şikâyeti somut norm denetiminin birey tarafından harekete geçirilen bir türü olarak değerlendirilebilir²⁶. Macaristan'daki uygulamanın bir çeşidi ve Rusya'daki uygulama bunun tipik örnekleridir. Bu çalışmanın konusu ise gerçek anayasa şikâyetidir.

1982 Anayasası, m. 148/f.4-5 bağlamında Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurular için bireysel başvuru teriminin kullanılması, bu başvuruların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM'ye) yapılan bireysel başvuru (individual application) ile karıştırılmasına da müsaittir. Bu karışıklığı önüne geçmek adına, kurumu anlatmak için “anayasa mahkemesine bireysel başvuru” teriminin kullanılması makul görünmektedir. Aslında Venedik Komisyonu da kurum için

²⁵ Sağlam, Fazıl, “Anayasa Şikâyeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar” *op. cit.*, s. 421.

²⁶ *Ibid.*, s. 422.

“Anayasa Mahkemelerine bireysel erişim” (individual access to constitutional courts) terimini kullanmaktadır²⁷.

Bu tez çalışmasında kurumu anlatmak için kanun koyucunun tercih etmiş olduğu “bireysel başvuru” terimini kullanmayı tercih etmekle beraber; kurumu, AİHM’ye yapılan bireysel başvurular ile karıştırmamak için “Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru” terimi kullanılacaktır (Çalışmanın bundan sonraki kısmında, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru terimini her seferinde uzun uzun yazmak yerine bu terim bazen; “AMBB” şeklinde kısaltılarak kullanılacaktır). Karşılaştırmalı hukuktan örnek ülkeler incelenirken de kurum her ülkede hangi terimle ifade ediliyor ise onun Türkçe karşılığı ile ifade edilecektir.

1.1.2. Tarihsel Süreç

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kurumu, asıl olarak Kıta Avrupa’sı ülkelerinde ve Latin Amerika ülkelerinde görülmektedir. Bu nedenle kurumun tarihsel süreci incelenirken de bu iki coğrafyadaki tarihsel sürecine bakılacaktır. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kurumu, Kıta Avrupa’sında esas olarak Almanya’da doğmuş ve olgunlaşmış bir kurumdur. Bu nedenle kurumun Avrupa’daki tarihsel süreci incelenirken esas olarak Almanya’daki tarihsel süreci üzerinde durulacaktır.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru, aslında bütünüyle yeni bir kurum değildir. Kurumun geçmişi 15. ve 16. yüzyıllar arasındaki Aragon Kanunlarına²⁸ ve Almanya’da 15. Yüzyıla kadar geri götürülebilir²⁹. Ancak Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun, -Almanya’daki adıyla anayasa şikâyetinin- Avrupa’daki ilk somut izlerine 19. yüzyılın başlarında Almanya’da rastlanmaktadır. 26 Mayıs 1818

²⁷ Venice Commission, Opinion 296/2004, CDL-AD (2004)024, 29.06.2004, *op. cit.*

²⁸ Aragon hukuk düzeni içinde yer alan Yüksek Adalet Divanı’na (Justicia Mayor) kimi bireysel hakların Krala karşı korunması için geniş yetkiler verilmişti. Ancak bu koruma sistemi 1592’de kaldırıldı. Torres Del Moral, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Espanol*, 4. Edicion, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutence, Madrid; Aktaran, Arnwine, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, *op. cit.*, s. 249-250.

²⁹ Mavčič, Arne Marjan, “The Application Before the Constitutional Court with a Special Reference to the Individual Application: Comparative and Slovenian Aspect”, *AİHM ve Türkiye-II Anayasa Şikayeti ve AİHM Uluslararası Sempozyum / ECtHR and Turkey – II Constitutional Complaint and ECtHR Internatioanl Sermposium*, Ed. Ahmet Taşkın, 10 Aralık 2010 Ankara, s.127-128.

tarıhli Bavyera Anayasası'nın 21. paragrafında³⁰ her yurttaşın ve yerel yönetimin anayasal haklarının ihlal edildiği iddiasıyla anayasada yer alan iki yasama meclisinden birine başvurma haklarının olduğu öngörülmekteydi. Bu meclislere gelen başvurular Kral'a gtrlebiliyordu. Ancak bu şikâyet hakkı, yasama ve yargının işlemlerine karşı söz konusu olmayıp sadece yürütmenin işlemlerine karşı ngrlmřt³¹. 1818 Bavyera Anayasası'nda öngörülen bu denetim, yargısal nitelikte olmayıp siyasi nitelikte bir denetim idi³². O dönemde, 1818 Baden Anayasası, 1819 Württemberg Anayasası, 1831 Saksonya Anayasası da bu türden şikâyet haklarına yer vermekte idiler. Anılan Anayasalarda yer verilen şikâyet haklarını, bazen dilekçe hakkından ayırmak da mümkün değildi. Böylece, temel haklara, anayasa şikâyeti yoluyla yargısal koruma sağlanması usulüne ilk olarak eyalet anayasalarında rastlanmaktaydı.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun Almanya çapındaki ilk düzenlenmesine ise "Paul Kilisesi Anayasası" (Paulskirchenverfassung) alarak bilinen³³ 28 Mart 1849 tarihli Alman İmparatorluğu Anayasası'nda rastlanmaktadır³⁴. 1849 Tarihli İmparatorluk Anayasası'nın 126. maddesi, Yüksek Mahkeme'nin yargı yetkisini düzenlemekteydi. 126. maddenin g bendi, İmparatorluk Anayasası'nın Alman vatandaşlarına tanıdığı hakların ihlali sebebiyle Alman vatandaşlarının şikâyet için dava haklarının olduğunu belirtmekte ancak bu davaya ilişkin ayrıntılı düzenlemeleri ise kanun koyucuya bırakmakta idi³⁵. Fakat Prusya ve Avusturya'nın İmparatorluk Anayasası'nı tanımamaları, bu Anayasa'nın uygulanmasına fırsat vermemiş; dolayısıyla 126. maddenin g bendinde düzenlenen şikâyet hakkının

³⁰ 1818 Bavyera Krallığı Anayasası, VII m. 21: "Her bir vatandaş, hem de komün, anayasal hakları ile ilgili, şikâyetleri sınıflar meclisine ve hatt iki kamaradan her birine sunabilir; bunlar bu konuda oluşan kurulda kontrol edilir ve uygun bulunanlar görüşmeye alınır.

Eğer Kamara, şikâyeti oyçokluğu ile yerinde görürse, bu takdirde kral tarafından tanzim edilebilmesi mümkün olan talep diğer kamaraya gider. Eğer o da aynen kabul ederse, oybirliği ile krala sunulur." Spieb, Pirmin, "Anayasa şikâyeti - Paul Kilisesi'nden Federal Alman Anayasası'na?" ev.: Hüseyin zcan, *Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 392.

³¹ Sabuncu, "Federal Almanya'da Anayasa şikâyeti", *op. cit.*, s. 140.

³² Göztepe, *Anayasa şikâyeti*, *op. cit.*, s. 26.

³³ 1849 Tarihli Alman İmparatorluk Anayasası, Paul Kilisesi'nde toplanan Ulusal Meclis tarafından ilan edildiği için bu Anayasa "Paul Kilisesi Anayasası" olarak da anılmaktadır. Paul Kilisesi Frankfurt kentinde olduğu için bu Anayasa Frankfurt İmparatorluk Anayasası olarak da ifade edilmektedir. Spieb, *op. cit.*, s. 381 (18. dipnottan).

³⁴ *Ibid.*, s. 381.

³⁵ 28. Mrz 1849 Verfassung des deutschen Reiches, <http://www.verfassungen.de/de/de06-66/verfassung48-i.htm> (05.10.2012).

kapsamını ve koşullarını belirten ayrıntılı bir yasa da yürürlüğe konulamamıştır³⁶. Ancak 1849 Alman İmparatorluğu Anayasası, bugünkü ismiyle (anayasa şikâyeti) adlandırmamakla beraber, temel hakların yargısal korumasını sadece Almanya’da değil tüm dünyada zikreden ilk Anayasa olma özelliğini uhdesinde barındırmaktadır³⁷.

17 Nisan 1867 tarihli Kuzey Almanya Birliği Anayasası ve 16 Nisan 1871 tarihli Bismark Alman İmparatorluğu Anayasası’nda her ne kadar İmparatorluk Meclisi’ne dilekçe verme hakkı yer alsa da bu Anayasalar bir temel haklar bölümü içermemekte; dolayısıyla anayasa şikâyeti yoluyla temel hakların yargısal korumasına yönelik bir düzenlemeye yer vermemektedirler³⁸.

11 Ağustos 1919 tarihli Weimar İmparatorluk Anayasası³⁹ da geniş bir temel haklar kataloğu içermesine rağmen, anayasal hakları ihlal edilen vatandaşlar için bir anayasa şikâyeti yolu öngörmemiştir⁴⁰. 1919 Weimar Anayasası’na, Alman halk muhalefeti tarafından, 20 Kasım 1925 tarihinde, anayasa şikâyeti kurumunun Anayasaya ilave edilmesi konusunda bir öneri getirilmiş ise de bu öneri karşılık bulmamıştır⁴¹.

Bavyera Eyaleti, 1818 tarihli Anayasası’nda olduğu gibi 14 Ağustos 1919 tarihli Bavyera Anayasası’nda da temel hakları devlet tarafından anayasaya aykırı bir şekilde ihlal edilen vatandaşlara, Yüksek Mahkemeye başvurma hakkı tanınmıştı. 1919 Bavyera Anayasası’nın 93. maddesine göre⁴², Bavyera Eyaletinin yetki alanı içerisindeki bir devlet kurumunun anayasaya aykırı eylemlerinden dolayı haklarının ihlal edildiğine inanan her Bavyera vatandaşı ve Bavyera merkezli tüzel kişi Anayasa Mahkemesi’ne şikâyetle bulunabilir. Ancak bu hak iç hukuk yolları tüketildikten

³⁶ Mellinghof, *op. cit.*, s. 31; Spieb, *op. cit.*, s. 381.

³⁷ *Ibid.*, s. 380.

³⁸ Sabuncu, *op. cit.*, s. 140.

³⁹ Bu anayasa, o dönemde başkent Berlin’in sürekli bir siyasi kargaşa içinde olmasından dolayı Weimar kentinde toplanan kurucu meclis tarafından kabul edildiği için Weimar Anayasası olarak anılmaktadır. Uzun, Şentürk, “Federal Almanya Yönetim Sistemi” *Dünyada Kamu Yönetimi Araştırması Projesi (Yirmibirinci Yüzyılda Yönetim)*, s. 598, http://www.arem.gov.tr/proje/yonetim/Dunyada_Kamu_yon/almanya.pdf (10.10.2012)

⁴⁰ *Ibid.*, Spied, *op. cit.*, s. 388-389, Göztepe, *Anayasa Şikâyeti, op. cit.*, s. 26.

⁴¹ Spied, *op. cit.*, s.390.

⁴² 14. August 1919 Verfassungsurkunde des Freistaats Bayern, <http://www.verfassungen.de/de/by/bayern19.htm> (10.10.2012).

sonra kullanılabilir. 1919 Bavyera Anayasasının öngördüğü şikâyet idarenin eylem ve işlemlerine karşı söz konusu idi.

2 Aralık 1946 tarihli Bavyera Anayasası 120. maddesinde⁴³: “Anayasal haklarının bir kamu otoritesi tarafından ihlal edildiğine inanan her Bavyera mukimi, Bavyera Anayasa Mahkemesi’nin korumasına başvurabilir” hükmüne yer vermek suretiyle anayasa şikâyetini öngörmüştür.

23 Mayıs 1949 tarihli Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası (Temel Yasa ya da Bonn Anayasası⁴⁴ olarak da bilinir), ilk halinde anayasa şikâyetine yer vermemekte idi. 1949 Anayasası hazırlık sürecinde yapılan Herrenchiemsee Anayasa Şurası sonunda hazırlanan taslakta, tartışılmasına rağmen Anayasaya, anayasa şikâyeti kurumunun alınması yönünde bir talebe yer verilmedi. Anayasayı hazırlamakla görevli Parlamento Konseyi’nde de müzakere edilmesine rağmen kurumunun Anayasada yer alması fikri kabul görmedi⁴⁵. Kurumun, Anayasaya alınmaması gerektiğini savunanların temel dayanağı Anayasa’nın 19/4. maddesindeki⁴⁶ düzenleme idi. 19. maddenin 4. fıkrasında yer alan: “Hakları kamu gücü tarafından ihlal edilenlere kanun yolu açıktır. Aksi düzenlenmedikçe olağan kanun yolları geçerlidir” şeklindeki düzenlemenin, bireylere yeteri koruma sağladığı savunulmakta idi. Aksi fikirde olanlar ise İkinci Dünya Savaşı’nın yaşatmış olduğu acı tecrübeler nedeniyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin her türlü koruma yolunun hayata geçirilmesi gerektiği noktasında birleşmekteydiler⁴⁷. Fakat bütün bu tartışmalara rağmen 1949 Anayasası’nda, anayasa şikâyeti kurumuna yer verilmedi.

Anayasa şikâyeti, 1949 Anayasasına alınmamasına karşın; Anayasa Mahkemesi’nin yetkilerini düzenleyen Anayasanın 93/2. maddesindeki düzenleme anayasa şikâyeti kurumunun hayata geçirilmesi için gereken kapıyı açık

⁴³ 2. Dezember 1946 Verfassung des Freistaates Bayern, <http://www.verfassungen.de/de/by/bayern46.htm> (11.10.2012).

⁴⁴ 1949 Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası’na Bonn Anayasası denmesinin sebebi, bu Anayasanın Bonn kentinde toplanan Parlamento Konseyinde görüşülmesi ve buradaki kurucu meclis tarafından kabul edilmiş olmasıdır. <http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/index.html> (11.10.2012).

⁴⁵ Spieß, *op. cit.*, s. 394.

⁴⁶ 23. Mai 1949 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, <http://www.verfassungen.de/de/gg.htm> (10.10.2012); Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası, Federal Alman Siyasi Eğitim Merkezi, Almanca-Türkçe Metin, 2002, s. 116.

⁴⁷ Göztepe, *Anayasa Şikâyeti, op. cit.*, s. 26-27.

birakmaktaydı. 93. Maddenin 2. fıkrasında yer alan “Federal Anayasa Mahkemesi, ayrıca federal yasaların kendisini yetkili kıldıkları diğer hallerde faaliyete geçer” şeklindeki düzenleme, bu konuyu kanun koyucunun iradesine havale etmekteydi. Kanun koyucu kendisine tanınan bu olanağı kullanmakta gecikmedi. 16 Nisan 1951 Tarihinde Federal Resmi Gazete’de yayınlanan Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu ile anayasa şikâyeti kurumu hayatiyet kazandı. Kanunun gerekçesinde, “Anayasa şikâyeti ile halkın ve anayasansın birlikte gelişmesi sağlanacak ve yurttaşların demokratik bilinci yükseltilecektir. Eğer temel hakların korunması yargı yetkisi dışında bırakılırsa anayasayı korumakla görevli Anayasa Mahkemesi, en önemli işlevlerinden yoksun bırakılmış sayılacaktır” denmekteydi⁴⁸.

Anayasa şikâyetinin Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası’na girmesi ise 1969 yılında gerçekleşmiştir. 29 Ocak 1969 Tarihli 19. Anayasa Değişiklik Kanunu ile Federal Anayasa’nın Federal Anayasa Mahkemesi’nin yetkilerini düzenleyen 93. maddesinin 1. fıkrasına eklenen 4a bendine⁴⁹ Anayasa Mahkemesi’nin, “Kamu makamlarınca kendi temel haklarından birinin veya 20. maddenin 4. fıkrasında 33, 38, 101, 103 ve 104. maddelerde temin edilmiş haklardan birisinin ihlal edildiğini iddia eden herkesin yaptığı anayasa şikâyeti konusunda” faaliyete geçeceği yönünde eklenen bir hüküm ile anayasa şikâyeti kurumu anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Böylece kurucu iktidar, hakkın varlığı ve kapsamı konusunda yasa koyucuya tanıdığı yetkileri geri alarak, hakka tanınan güvenceyi daha da artırmış oluyordu.

Kıta Avrupa’sında Federal Almanya dışında da Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruyu öngören başka ülkeler de vardır. Bu ülkelerden Avusturya’da 1867 yılında çıkarılan bir kanunla İmparatorluk Mahkemesi kurulmuş ve bu Mahkemeye vatandaşların anayasayla güvence altına alınmış haklarını, idarenin keyfi işlemlerine karşı koruma yetkisi verilmiştir⁵⁰. 21 Aralık 1867 Tarihli İmparatorluk Mahkemesi Temel Kanunu’nun (m. 3) 1868’de yürürlüğe girmesiyle

⁴⁸ Zuck, Rüdger, *Das Recht der Verfassungsbeshwerde*, 2. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 1988, s. 44; aktaran; Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, *op. cit.*, s. 27.

⁴⁹ Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası, *op. cit.*, s. 116; <http://www.verfassungen.de/de/gg.htm> (11.10.2012).

⁵⁰ Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, *op. cit.*, s. 28.

bu kurum Avusturya uygulamasındaki yerini almıştır⁵¹. Anayasa şikâyeti kurumunu, en kapsamlı biçimde uygulayan ve bu konuda diğer ülkeler için ana örneği oluşturan ülke her ne kadar Almanya olsa da Avusturya, aynı zamanda anayasa şikâyeti kurumunu ilk uygulayan ülkedir⁵². Avusturya’da, idarenin işlemlerine karşı temel hakların korunması için Anayasa Mahkemesi’ne başvuru yetkisinin Anayasal statüye kavuşturulması ise 1948 Anayasa Kanunu⁵³ ile (m. 144) olmuştur.

İsviçre anayasa şikâyeti kurumu ile gerçek anlamda⁵⁴ 1874 İsviçre Federal Anayasası (m. 113) ile tanıştı⁵⁵. Bunun dışında diğer Avrupa devletlerinden Liechtenstein 1921 yılında⁵⁶, bu kurumla ile tanışırken, İspanya, 1917 Meksika Anayasası’ndan etkilenecek, 1931 Anayasası’nda bu kurma yer verdi. Ancak İspanya’da iç karışıklık yüzünden 1931 Anayasası’nın uygulanamamasından dolayı Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru -İspanyadaki adıyla amparo başvurusu- ancak 1978 Anayasasıyla uygulanma fırsatı buldu⁵⁷. Kurum Avrupa’da bu sayılan ülkelerin yanı sıra özellikle Doğu Bloğunun dağılmasında sonra Doğu Avrupa’nın genç demokrasilerinde de tercih edildi. Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, Avrupa’nın yanı sıra Latin Amerika, Uzak Doğu ve Afrika’nın bazı ülkelerinde de değişik uygulama biçimleriyle mevcuttur. Ancak kapsam ve usuldeki çeşitli

⁵¹ Mavčič, Arne Marjan, “The Application Before the Constitutional Court with a Special Reference to the Individual Application: Comparative and Slovenian Aspect”, *op. cit.*, s.128.

⁵² Gentili, Gianluca, A Comparative Perspective on Direct Access to Constitutional and Supreme Courts in Africa, Asia, Europe and Latin America: Assessing Advantages for the Italian Constitutional Court, Penn State International Law Review, Vol. 29:4 (2011), s. 717; Brunner, George, “Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im Europäischen Raum”, JÖR 50 (2002, VII) Hrsg. v. Peter Häberle s. 206, aktaran; Sağlam, Fazıl, “Anayasa Şikâyeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, Ed. Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2006, s. 3; Gören, “Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz?”, *op. cit.*, s. 294.

⁵³ Bundesgesetzblatt, Für die Republik Österreich, Jahrgang 1948 Ausgegeben am 13. August 1948, 32. Stück, http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1948_143_0/1948_143_0.pdf (16.10.2012)

⁵⁴ İsviçre’de 1848 tarihli Federal Anayasa’da (m. 105) anayasa şikâyetine yer veriliyordu. Ancak bu şikâyet hakkı kanton organlarından kaynaklanan hak ihlalleri için geçerliydi. Kanton organlarından kaynaklanan hak ihlalleri konusunda siyasal makamlara başvurma olanağı da vardı. Siyasal organlarda bu tür sorunları Federal Mahkeme’ye götürebiliyordu. Federal Mahkemenin siyasal sorunlara ilişkin karar verme yetkisi olmadığından bu tür başvurulardan etkili bir sonuç alınamıyordu. Bu nedenle 1848-1874 yılları arasında Federal Mahkeme sadece bir dava hakkında karar verebilmiştir. Dolayısıyla bu dönemde gerçek anlamda bir anayasa şikâyetinden bahsetmek mümkün değildir. Göztepe, *Anayasa Şikâyeti op. cit.*, s. 30.

⁵⁵ Mavčič, Arne Marjan, “The Application Before the Constitutional Court with a Special Reference to the Individual Application: Comparative and Slovenian Aspect”, *op. cit.*, s.128.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Arnwine, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, *op. cit.*, s.250.

farklılıklarına rağmen hepsinde ortak amaç temel hak hürriyetleri kamu gücünün ihlallerine karşı korumaktır.⁵⁸ Bu ülkelerin isimleri ve bunlardan bazıları ile ilgili ayrıntılı bilgilere ilerleyen safhalarda karşılaştırmalı hukuk başlığı altına değinileceği için şimdilik burada bu kadarı ile yetinmek hem bilgi tekrarını önlemek hem de çalışmanın hacminin sınırlarını aşmamak adına önemlidir.

Temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi durumunda, bu ihlali ortadan kaldırmak için öngörülen Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, esas olarak Kıta Avrupası ülkelerinde uygulanmakla beraber; Latin Amerika ülkelerinde de anayasa şikayeti ile aynı amaca hizmet eden “amparo başvurusu” vardır. İspanya ve Latin Amerika ülkelerinde görülen amparo başvurusu, temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi ve bu ihlallerin kaldırılması için olağan kanun yollarında etkili bir çarenin bulunmadığı durumlarda devreye giren ikincil nitelikte, olağanüstü bir hukuki yoldur. Latin Amerika ülkelerinde, kişi özgürlüğünün anayasaya aykırı bir şekilde sınırlandığı veya tehlike altında olduğu durumlarda, bu durumu ortadan kaldırmak amacıyla öngörülen “habeas corpus”⁵⁹ güvencesi ya da kişisel verilerin kötüye kullanılmasını önlemek üzere öngörülen “habeas data”⁶⁰ güvencesi, özgül bazı temel hak ve özgürlükleri korumaya hizmet etmekle beraber; amparo başvurusu kadar kapsamlı koruma sağlayan hukuki çareler

⁵⁸ Yazıcı, Serap, Anayasa Şikâyeti ve İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu, 10 Aralık 2010, Ankara, s. 9, <http://www.humanlawjustice.gov.tr/Upload/Kitaplar/aihturkiye.pdf> (18.10.2012).

⁵⁹ Habeas corpus esas olarak Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkmış ve gelişmiş, özü itibariyle kişinin özgürlüğünü korumayı amaçlayan bir kurumdur. Habeas corpus, başkasını alıkoyan bir kişiye veya mahkemeye, bu alıkoymanın geçerli hukuki sebeplerini göstermesini ve ispat etmesini emretmek suretiyle kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılmalarının hukuka uygunluğunu araştırmayı ve gerçekleştirmeyi hedefleyen bir mahkeme emridir. Grant, Lawrence – Patricia Hewitt - Christine Jackson - Howard Levenson, *Civil Liberty*, Middlesex 1978, s. 53; Cataldo, Bernard F.- Frederick G. Kempin - John M. Stockton - Charles M. Weber, *Introduction to Law and Legal Process*, New York 1973, s. 136; Banks, Lynda, *Constitutional Law in a Nutshell*, London 1981, s. 56; aktaran, Feyzioğlu, Metin, “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu”, <http://www.feyzioğlu.av.tr/yayın/habeas-corpus-kurumu.html> (26.12.2012).

⁶⁰ Habeas data, özel hayatın gizliliği ilkesinin, hukuka aykırı bir eylemle ya da bir kamu görevlisinin ihmali veya özel bir kişinin ya da veri toplamak ve saklamakla görevli bir kurumu tarafından ihlal edilmesi veya tehdit altında olması durumunda, bundan mağdur olan herkesin başvurabileceği bir hukuki yoldur. Chan Robles Virtual Law Library, TRhe Rule on the Writ of Habeas Data: Philippine Supreme Court Decision, A. M. No. 08-1-16-SC January 22, 2008. <http://www.chanrobles.com/writofhabeasdata.html#.UNRqX2-IE0I> (26.12.2012).

değildirler. Bunlar Latin Amerika ülkelerinde genellikle amparo başvurusunun bir alt türü ya da yöntemlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır⁶¹.

Amparo başvurusu, Latin Amerika ülkelerinden ilk defa Meksika’da yerel düzeyde ortaya çıkmış; oradan da diğer Latin Amerika ülkelerine ve İspanya’ya yayılmıştır. Meksika’da bu kurumun ilk örneği, 1841 tarihli Yucatán Eyaleti Anayasası’nda görülmektedir. 2000 Yılından sonra ise Meksika’daki çok sayıda eyalet, Anayasalarında bu kuruma yer vermişlerdir. Amparo başvurusunun Meksika’da federal düzeyde tanınması ise 1847 tarihinde olmuştur. Daha sonra 1857 ve 1917 tarihli Anayasalarında da bu kuruma yer vermişlerdir⁶².

Meksika örneğinden etkilenen Latin Amerika ülkelerinden El Salvador 1886’da, Guatemala 1879’da, Honduras 1894’te, Nikaragua 1911’de, Brezilya 1934’te, Panama 1941’de ve Costa Rica 1946’da Amparo başvurusunu benimsemişlerdir. Amparo başvurusunun Latin Amerika ülkelerinde benimsenmesinde ikinci dalga olarak kabul edilen 1950’li ve 1960’lı yıllarda ise kurum, 1966’da Arjantin’de, Arjantin Federal Yüksek Mahkemesi’nin içtihadıyla federal düzeyde tanınmış; 1994’te de anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Arjantin Federal Yüksek Mahkemesi’nin açtığı bu yol sayesinde Amparo başvurusu 1967’de aynı yıl içinde Bolivya, Paraguay ve Ekvador hukuk sistemlerine de dâhil olmuştur. Amparo başvurusu Latin Amerika ülkelerinde üçüncü dalga olarak kabul edilen 1970 ve 1990 yılları arasında ise 1979’da Peru’da, 1980’de Şili’de, 1988’de Uruguay’da, 1991’de Kolombiya’da, 1999’da Venezuela ve Dominik Cumhuriyeti’nde meriyet kazanmıştır⁶³. Bugün itibariyle Amparo başvurusu Uruguay ve Dominik Cumhuriyetleri dışındaki⁶⁴ 16 Latin Amerika ülkesinde, anayasal düzeyde kabul edilmiştir.

⁶¹ Arnwine, S. Esen, “Anayasa Şikâyeti”, *Ankara Hukuk Toplantıları Anayasa Şikâyeti*, Alman Anayasası’nın 60. Yılı Münasebetiyle Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Alman Büyükelçiliği İşbirliği ile Düzenlenen “Anayasa Şikâyeti” Sempozyumu, 18 Mayıs 2009, s. 37-39.

⁶² Arnwine, Anayasa Şikâyeti, *op. cit.*, s. 39-40.

⁶³ *Ibid.*, s. 40-41. Latin Amerika ülkelerindeki amparo başvurusunun karşılaştırmalı incelemesi konusunda ayrıntılı bilgi için Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America: A Comparative Study of the Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, 2008 isimli esere bakılabilir.

⁶⁴ Amparo başvurusu Uruguay’da 1988, Dominik Cumhuriyetinde ise 2006 tarihli bir yasa ile düzenlenmiştir. Arnwine, *Anayasa Şikâyeti*, *op. cit.*, s. 41.

1.2 Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurunun Temel Özellikleri

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, her ne kadar birçok ülkede uygulanan bir kurum olsa da her ülkenin sosyo-politik yapısına göre ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Başka bir ifadeyle bütün ülkelerde aynı şekilde uygulanan (yekpare) bir Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumundan bahsetmek mümkün değildir. Kurumun koruma altına aldığı hakların kapsamı, şikâyetle konu edilebilecek kamu gücü işlemleri, şikâyet hakkına sahip olanlar, şikâyet sonucunda verilen kararın etkisi başta olmak üzere birçok konuda ülkelerin kendi gerçekleri ve ihtiyaçları doğrultusundan farklı tercihlerde bulundukları görülmektedir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumunun temel işlevi ve amacından hareketle kurumun bazı temel özelliklerini ortaya koymak mümkündür. Bu özellikler, temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü işlemlerine karşı ulusal düzeyde korunması ve korumanın ikincil nitelikte olmasıdır.

1.2.1. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun amacı, pozitif hukuk tarafından güvence altına alınmış olan insan haklarını⁶⁵ korumaktır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, temel işlevi olan temel hak ve özgürlükleri korurken; aynı zamanda hukuk düzeninin çatısını oluşturan anayasanın korunmasını da sağlamaktadır⁶⁶.

Bilindiği üzere anayasacılık fikrinin temelinde, insan haklarının anayasal düzeyde tahdidi olarak sayıp bu hakları iktidara karşı korumak düşüncesi yatar. İnsan haklarından hangilerinin anayasalardaki haklar kataloğunda yer alacağı ise kurucu iktidar tarafından yapılan bir siyasi tercih neticesinde şekillenir. Dolayısıyla

⁶⁵ İnsan haklarının anayasa veya yasa aracılığı ile pozitif hukuk tarafından güvence altına alınmış kısmı “kamu hürriyetleri” (libertés publiques) olarak adlandırılmaktadır. Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, AÜHFY, Ankara, 1976, s. 22. Devlet tarafından sadece anayasal düzeyde koruma altına alınan kamu hürriyetleri ise “temel hak ve hürriyetler” (die grund-recht) ya da “anayasal haklar” (droits constitutionnels) olarak adlandırılmaktadır. Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 12. B., Ekin Kitabevi, Bursa, 2010, s. 111.

⁶⁶ Klucka, Ján, “Suitable Rights for Constitutional Complaint” *Workshop on the “Functioning of the Constitutional Court of the Republic of Latvia*, Strasbourg, Venice Commission, CDL-INF (1998)003, 17 February 1998, s. 30, [http://www.venice.coe.int/docs/1998/CDL-INF\(1998\)003-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/1998/CDL-INF(1998)003-e.pdf) (23.10.2012).

anayasada güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin (temel hak ve özgürlükler) listesi ülkeden ülkeye farklılık gösterir.

Nasıl ki anayasalardaki temel hak ve özgürlükler listesi ülkeden ülkeye farklılık arz etmekte ise Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla korunan temel hak ve özgürlüklerin listesi de ülkeden ülkeye değişmektedir. Kurucu iktidarın, temel hak ve özgürlüklerden hangisini Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruya, konu edeceği meselesinde temel belirleyici, kurucu iktidarın anayasal düzen açısından önem atfettiği hak ve özgürlüklerdir⁶⁷. Kurucu iktidarın tercihi, anayasada yer alan medeni ve siyasi haklar (birinci kuşak haklar); ekonomik, sosyal ve kültürel haklar (ikinci kuşak haklar) ile dayanışma hakları denilen üçüncü kuşak hakların tamamını kapsayabileceği gibi sadece birinci kuşak hakları da kapsayabilir. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, temel hak ve hürriyetlerden tamamına veya bir kısmına teşmil edilebildiği gibi uluslararası insan hakları belgelerinde düzenlenen hak ve özgürlüklere de teşmil edilebilir. Örneğin Avusturya (Any., m. 144)⁶⁸ ve Polonya'da (Any., m. 79/1)⁶⁹ Anayasada sayılan tüm hak ve özgürlükler Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun konusu olabilir iken; Almanya ve İspanya'da korumanın kapsamı Anayasadaki bir kısım haklar ile sınırlı tutulmuştur. Örneğin Almanya'da Anayasa'nın 1-19. maddelerinde düzenlenen temel haklar ile 20. maddenin 4. fıkrasında, 33, 38, 101, 103 ve 104. maddelerinde düzenlenen haklar (FA, m. 93/1-4a); İspanya'da Anayasa'nın 14-30. maddelerindeki haklar (İspanya Anayasası, m. 53/2⁷⁰) bireysel başvurunun kapsamında korunmaktadır. Slovakya (Any. m. 127/1)⁷¹ ve Slovenya'da (Any. m. 160/1.6)⁷² Anayasa tarafından tanınan temel hak ve özgürlüklerin yanı sıra usulüne uygun olarak kabul edilen uluslararası

⁶⁷ Aliyev, *op. cit.*, s. 15.

⁶⁸ T.C. Adalet Bakanlığı, Avusturya Federal Anayasası, *Avrupa Birliği Bazı Ülkelerin Anayasaları*, Ankara, 2011. İngilizce metin için bakınız: Constitution of The Federal Republic of Austria, <http://legislationline.org/documents/section/constitutions> (02.11.2012).

⁶⁹ Constitution of The Republic of Poland, <http://legislationline.org/documents/section/constitutions> (02.11.2012).

⁷⁰ Constitution of The Kingdom of Spain, <http://legislationline.org/documents/section/constitutions> (28.11.2012); İspanya Anayasası'nın Türkçe metni için ayrıca bakınız: T.C. Adalet Bakanlığı *op. cit.*, s. 539-583.

⁷¹ Constitution of The Slovak Republic, <http://legislationline.org/documents/section/constitutions> (02.11.2012).

⁷² Constitution of The Republic of Slovenia, <http://legislationline.org/documents/section/constitutions> (02.11.2012).

sözleşmelerde yer alan insan hakları ve özgürlükleri de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru konu edilebilmektedir. Türkiye'de (Any. m. 148) Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ile korunan haklar ise “anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi biri”dir.

1.2.2. Korumanın Kamu Gücü İşlemlerine Karşı Olması

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü işlemlerine karşı korumaktadır. Başka bir ifade ile temel hak ve özgürlüğün Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru vasıtasıyla korunabilmesi için ihlalin esas olarak herhangi bir kişi tarafından değil, bir kamu gücü tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekir. Kamu gücü terim anlamıyla, kural koyma, buyurma, kolluk ve silah, parasal erk, ve diğer kamu tüzel kişilerin sahip oldukları erklerin tümüdür⁷³. Kamu gücü, devlete, kamu yararını gerçekleştirmek amacı ile özel kişiler karşısında, üstün nitelikli yetki ve ayrıcalıklar bahşeder⁷⁴. Bu yetki ve ayrıcalıkların özünü, devletin egemenlik yetkisinden kaynaklanan tek yanlı emretme ve resen icra yetkisi oluşturur⁷⁵. Kamu gücü işlemleri ise devlet organlarının kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemlerdir. İşte bu üstün nitelikli ve ayrıcalıklı yetkileri kullanan yasama, yürütme ve yargının tüm organları ile kamu tüzel kişileri ve bunlar adına hareket eden tüm gerçek ve tüzel kişiler kamu gücü kavramının kapsamına dâhildirler. Bunların kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemlere ve eylemlere karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilir. Durum böyle olmakla beraber idarenin kişilerle özel hukuk kuralları çerçevesinde kamu gücü ayrıcalıklarını kullanmaksızın eşit düzeyde kurduğu ilişkilerde gerçekleşen temel hak ve özgürlük ihlallerinde kamu gücünün kullanılmasından bahsedilemez⁷⁶.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri, kamu gücü işlemlerinin tamamına (yasama işlemlerine, idari işlem ve eylemlere ve

⁷³ Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 625.

⁷⁴ Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, 5. B., Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2007, s. 45.

⁷⁵ Giritli, İsmet, Bilgen, Pertev, Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku*, 3. B., Der Yayınları, İstanbul, 2008, s. 46; Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 46.

⁷⁶ Sabuncu, “Federal Almanya’da Anayasa Şikâyeti”, *op. cit.*, s. 146; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s.432.

mahkeme kararlarına) karşı koruyabileceği gibi bunlardan bir kısmına karşı da koruyabilir. Örneğin, anayasa şikâyetinin en kapsamlı örneğinin uygulandığı Almanya’da (Any., m. 93) Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru bütün kamu gücü işlemlerine (yasama, yürütme ve yargı) karşı mümkün iken; İspanya’da yargının ve yürütmenin (Organik Kanun, m. 42-43.); Türkiye’de (Any. m. 148/3) yargının Avusturya’da (Any. m. 144) ise sadece idarenin eylem ve işlemlerine karşı mümkündür.

1.2.3. Korumanın Ulusal Düzeyde Olması

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri, kamu gücü işlemlerine karşı, ulusal düzeyde korumaktadır. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru, bir temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia edenlerin böyle bir iddia ile uluslararası bir mercie başvurmadan evvel ulusal düzeyde başvurmaları gereken istisnai nitelikte olağanüstü bir kanun yoludur. Bu olağanüstü kanun yolu aynı zamanda Türkiye gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yargılama yetkisine dâhil olan ülkelerde, ihlal iddiasında bulunanların, AIHM’ye başvurmadan evvel tüketmeleri gereken bir iç hukuk yoludur.

1.2.4. İkincil Nitelikte Koruma

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru, temel hak ve özgürlüklere ikincil nitelikte koruma sağlayan özel bir hukuki yoldur. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru ikincil nitelikte koruma sağlayan özel bir hukuki yol olması demek, bu yola başvurmadan önce var olan kanun yollarının tüketilmesi demektir. Çünkü temel hak ve özgürlüklerin korunması, korunamadığı zaman ise ihlallerin ortadan kaldırılmasında yasama organı, idari makamlar ve yargı organı olaylara daha yakın ve avantajlı pozisyonadadırlar. Kişinin kamu gücü işleminin Anayasa’ya aykırılığını ortadan kaldırmasının başka bir yolu kalmamış ise başka bir ifade ile kişi ancak etkili hak arama yollarını tüketmiş ise Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilir⁷⁷. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru, ikincil nitelikte bir koruma

⁷⁷ Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 59.

yoludur. İkincil nitelikte korumanın anlamı, kanun yollarının hem şekli hem de maddi anlamda tüketilmesi gerekliliğinde yatmaktadır.

Kanun yollarının şekli anlamda tüketilmesinden kasıt, temel hak ve özgürlüğü kamu gücü tarafından ihlal edilen kişinin ulaşılabilir ve etkin kanun yollarını tüketmeden Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunamaması demektir. Dolayısıyla bir temel hak ve özgürlük kamu gücü tarafından ihlal edildiği zaman, hakkı ihlal edilen kişi bu ihlali gidermek için öncelikle var olan ulaşılabilir ve etkin kanun yollarını tüketecek, ihlalin kanun yollarında giderilememesi durumunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna başvuracaktır. Kanun yollarının tüketilmiş olması bunların aynı zamanda “usulüne uygun olarak” tüketilmesini de gerektirir⁷⁸. Örneğin olağan yargı yolunda davası bazı usul kurallarındaki eksiklik nedeniyle (temyiz süresini kaçırmaması gibi) reddedilen şikâyetçi kanun yollarını tüketmiş olma koşunu yerine getirmiş sayılmaz⁷⁹.

Kanun yollarının maddi anlamda tüketilmesinden kasıt ise şekli anlamda kanun yollarını tüketmenin yanı sıra, temel hak ve özgürlük ihlalinin ortadan kaldıracak yasal bütün hukuki çarelere başvurmak, ihlal iddiasını kanun yolunda da dile getirmektir. Maddi olaya ilişkin deliller olağan mahkemelerde yeterli bir şekilde ortaya konulmamışsa, bu deliller Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürülemezler ya da olağan yargı yerinde yapılan usul hatalarına itiraz edilmemişse, bu tür usul hataları Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet konusu olmazlar⁸⁰. Çünkü Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, başka hiçbir yolla giderilemeyen temel hak ve özgürlük ihlalleri için öngörülmüş bir olağanüstü kanun yoludur. Federal Alman Anayasa Mahkemesi de bir kararında (BVerfGE 74, 113); “şikâyetçi dar anlamda kanun yollarının tüketilmesi dışında, iddia edilen temel hak ihlalinin, kullanabileceği bütün olanakları kullanarak düzeltmeye ya da önlemeye çalışmalıdır. ... Öte yandan eğer bir ihlal genel mahkemelerde usulüne uygun olarak ileri sürülmediği için denetlenememişse, kanun yollarının tüketildiğinden söz edilemez”⁸¹ demektedir.

⁷⁸ Mellinhof, *op. cit.*, s. 42.

⁷⁹ Doğru, Osman, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 104.

⁸⁰ Mellinhof, *op. cit.*, s. 42.

⁸¹ Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, *op. cit.*, s. 76.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kurumunun bu özelliği “ikincilik ilkesi/prensibi ” olarak adlandırılmaktadır⁸². İkincilik prensibinin özünü Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmadan önce kanun yollarını tüketmiş olma koşulu oluşturmaktadır. Ancak Alman hukuk literatüründe ve Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarında kanun yollarının tüketilmesi ile ikincilik ilkesinin birbiriyle sıkı bir ilişki içerisinde olduğu fakat aynı nitelikte olmadığı kabul edilmektedir⁸³. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarıyla geliştirilen ikincilik ilkesi esas olarak şekli anlamda kanun yollarının tüketilmesi gerekliliğini içermekle beraber maddi olarak da kanun yollarının tüketilmesi gerekliliğine işaret eden bir ilke olarak anlaşılmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi kararları ışığında ikincilik ilkesinden anlaşılması gerekenleri şu şekilde sıralamak mümkündür⁸⁴:

- a) Kanun yollarının tüketilmesi, ikincilik ilkesinin özünü oluşturmakla beraber, ikincilik ilkesi daha çok kanun yollarının tüketilmesi esnasında ihlal iddialarının usulüne uygun olarak ileri sürülmesi ile ilgili olarak kullanılmaktadır.
- b) İkincilik ilkesi, anayasal yetki ve görev bölüşümünün bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu ilke ile esas olarak genel mahkemelerin temel hakları korumakla yükümlü olduğu, Federal Anayasa Mahkemesi’ne başvurunun ise olağanüstü hukuki bir çare olduğu vurgulanmaktadır.
- c) İkincilik ilkesi ile Federal Anayasa Mahkemesi’nin iş yükünün azaltılması arasında bir bağlantı kurulmaktadır.

Acaba ikincilik ilkesi bağlamında tüketilmesi gereken kanun yolları ibaresinden ne anlamak gerekir? Federal Alman Anayasa Mahkemesi (BVerfGE, 67. 170), kanun yolu kavramının kapsamının kanunla belirlenmiş bir mahkemeye başvurma olanağıyla sınırlı olduğunu belirtmektedir⁸⁵. Buna karşın Alman doktrininde Pestalozza, davayı bir üst mahkemeye iletme olanağı olmayan hukuki çarelerin de kanun yolu kapsamına girdiğini belirtirken; Zuck, idari başvuruları da bu

⁸² Aliyev, *op. cit.*, s. 21; Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, *op. cit.*, s. 73.

⁸³ Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, *op. cit.*, s. 74-77.

⁸⁴ *Ibid*, s. 77.

⁸⁵ *Ibid*, s. 70.

kavrama dâhil ederek⁸⁶ bu kavramın kapsamını genişletmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ile temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü işlemlerine karşı korunması amaçlanmaktadır. Söz konusu, temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğunda özgürlüklerin korunması için genişletici yorum yapmak “hürriyet karinesi”nin⁸⁷ (presumption of liberty) bir sonucudur. Dolayısı ile temel hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunması için kanun yolunu olabildiğince geniş yorumlamak; kanunla belirlenmiş mahkemeye başvurmanın yanı sıra, davayı bir üst mahkemeye iletme olanağı olmayan hukuki çareleri ve ihlal iddiasını bir mahkemeye iletme olanağı sunmayan idari başvuruları da kanun yolu kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.

1.3. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel başvurunun Niteliği ve İşlevi

1.3.1. Niteliği

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, niteliği itibariyle Anayasa Mahkemesi'nin, temel hak ve özgürlük ihlallerini ortadan kaldırmaya yönelik gerçekleştirdiği bir “denetimdir”. Yani anayasa yargısı penceresinden bakıldığında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri korumak için yapılan bir anayasaya uygunluk denetimidir.

Alman hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun temel hak ve özgürlük ihlallerini ortadan kaldırmaya yarayan bir “hukuki çare” olduğu belirtilmektedir. Hukuki çare kavramı, Türk hukukuna yabancıdır. Bu kavram Alman hukukunda, geniş ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır. “Geniş anlamda hukuki çare, bir hakkın gerçekleşmesi için başvurulacak her türlü usulî araçtır. Dar anlamda hukuki çare ise yargısal kararların iptalini sağlayan her türlü olanağı

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Hürriyet karinesi (presumption of liberty), insanın özgür olduğunu kabul eden bir varsayımdır. Liberal hukuk sistemlerinde benimsenen bu karineye göre aslolan bir insanın özgür olması arızı olan ise özgürlüğün kısıtlanmasıdır. Bu karineye karşılık otoriter hukuk sistemlerinde ise “yetki karinesi” (presumption of power) esastır. Buna göre bir özgürlüğe sahip olduğunun kabul edilebilmesi için o özgürlüğün devlet tarafından ayrıca ve açıkça tanınması gerekir. Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, Ekin, Bursa, 2011, s. 505.

içeren bir üst kavramdır”⁸⁸. Almanya hukukunda tüm kamu gücü işlemlerine karşı Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru (Almanya’daki adıyla anayasa şikâyeti) kabul edildiği için orada anayasa şikâyeti, geniş anlamda hukuki çaredir. Ancak Türkiye hukukunda Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru, sadece yargı kararlarına karşı kabul edildiği için Almanya hukukundaki dar anlamda hukuki çareye denk gelmektedir.

Tüm kamu gücü işlemleri içerisinde, yargı kararlarına Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bireysel başvuruların niteliğine, usul hukuku çerçevesinden bakılacak olursa, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun, şekli anlamda olağanüstü bir kanun yolu olduğu söylenebilir. Bilindiği üzere kanun yolu, aleyhine başvuru yapılacak mahkeme kararının kesinleşmiş olup olmadığına göre olağan ve olağanüstü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Olağan kanun yolu, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı başvurulmuş ve ilk derece mahkemesinin verdiği kararın kesinleşmesini engelleyen istinaf ve temyiz gibi başvurulardır. Olağanüstü kanun yolu ise olağan kanun yollarının tüketilmesi veya süresi içinde olağan kanun yoluna başvurulmamasından dolayı kesinleşen yargı kararlarına karşı yapılan, yargılamanın yenilenmesi gibi başvurulardır. Olağanüstü kanun yoluna başvurabilmek için kural olarak yeni bir delilin ortaya çıkması ya da karara dayanak teşkil eden delilin sahte olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru da olağan kanun yolları tüketildikten sonra kesinleşen yargı kararlarına karşı yapıldığı için şekli anlamda olağanüstü nitelikte bir kanun yoludur. Ancak Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun şartları ve başvuru üzerine yapılan incelemenin içeriği ile ceza yargısı, medeni yargı ya da idari yargıda olağanüstü kanun yolunda yapılan başvuruların şartları ve incelemenin içeriği göz önüne alındığında Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun maddi anlamda olağanüstü kanun yolu kavramı ile örtüşmediği rahatlıkla söylenebilir.

Çalışmada kurumun niteliği ile ilgili tespitler göz önüne alınarak yer yer “hukuki çare” yer yer olağanüstü kanun yolu tabiri kullanılmıştır.

⁸⁸ Zysk Lothar, *Rechtlexica*, München, 1971, s. 149; aktaran, Arslan, Ramazan, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Ankara, Turhan Kitabevi, 1977, s. 39 (7. dipnottan).

1.3.2. İşlevi

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun biri sübjektif diğeri de objektif olmak üzere iki temel işlevi vardır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun sübjektif işlevi, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve hayata geçirilmesidir⁸⁹. Kurumun objektif işlevi ise Anayasa ile kurulan hukuk düzeninin korunmasıdır⁹⁰. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun, sübjektif ve objektif işlevinden kaynaklanan bazı sonuçları da vardır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun temel işlevi birer sübjektif hak olarak temel hak ve özgürlüklerin korunması ve hayata geçirilmesidir⁹¹. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun öncelikli hedefi kamu gücü tarafından bir temel hak veya özgürlüğü ihlal edilenlerin mağduriyetini gidermek için hakkı ihlal eden kamu gücü işlemini iptal ederek, ihlalden kaynaklanan mağduriyeti gidermektir.

AMBB'nin daha çok objektif niteliğinden kaynaklanan önemli bir sonuç, AMBB sayesinde temel hak ve özgürlüklerin tüm ülkede aynı şekilde anlaşılıp uygulanmasıdır. Bir diğeri sonuç ise AMBB'nin, temel hak ve özgürlükler konusunda eğitici bir etkiye sebep olmasıdır⁹². Gerçekten de AMBB sayesinde başta yargı olmak üzere, kamu gücünü kullanan bütün devlet organları Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin kapsamı konusunda Anayasa Mahkemesi tarafından adeta bir eğitime tabi tutulmaktadırlar. Hatta bu eğitim sadece kamu gücünün kullanan organlarla sınırlı kalmamakta, yurttaşlara da sirayet ederek onarda, demokrasi ve hak arama bilincini geliştirmektedir. Böylelikle Anayasada tanınan hakların söz de kalmadığını bunun somut bir şekilde ve en üst düzeyde korunduğunu gören bireyin yargıya olan güveni artmakta, yargı da bu sayede saygınlık kazanmaktadır⁹³.

⁸⁹ Mellinshof, *op. cit.*, s. 33; Hillgruber, Cristian-Goos, Cristoph, *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg, 2006, s. 34; aktaran, Kılınç, *op. cit.*, s. 27

⁹⁰ Mellinshof, *op. cit.*, s. 33.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ Sağlam, "Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar" *op. cit.*, s. 457.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ile Anayasanın üstünlüğü ilkesi de bariz bir şekilde somutlaştırılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, objektif olarak Anayasayı korumakta ve Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesini somut olarak hayata geçirmektedir. AMBB bunu yaparken aynı zamanda Anayasanın yorumlanmasını sağlamaktadır. Böylece Anayasa yargısı içtihatları zenginleşmektedir⁹⁴.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, Avrupa Konseyi'ne (AK) üye ülkeler için de önemli bir işleve sahiptir. O da AK üyesi ülkeler aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruları ciddi oranda azaltmasıdır⁹⁵.

Son olarak belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun yukarıda belirtilen işlevleri gerçekleştirmesinin yegâne koşulu şüphesiz ki bağımsız ve nitelikli yargıçlardan oluşan bir Anayasa Mahkemesi'nin varlığı⁹⁶ ve bu Mahkeme'nin yargılamalarında AİHM içtihatlarını esas almasıdır.

1.4. Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

1.4.1. Anayasa Yargısı

Anayasa yargısı terimi hem geniş hem de dar anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda anayasa yargısı, anayasaya uygunluğu sağlamak amacıyla yapılan her türlü yargı işlemi ya da anayasal sorunların yargısal usullerle çözümlenmesidir⁹⁷. Dar anlamda anayasa yargısı ise kanunların Anayasaya uygunluğunu yargısal denetimi olarak ifade edilir⁹⁸. Anayasa yargısının esasen iki temel işlevi mevcuttur. Bunlardan biri temel hak ve özgürlüklerin korunması, diğeri de Anayasa ile kurulan düzenin/dengelerin (anayasal organların yetki alanlarının belirlenmesi ve demokratik ilkelerin korunması) korunmasıdır⁹⁹.

⁹⁴ Kılınç, *op. cit.*, s. 27

⁹⁵ *Ibid*, s. 28-29.

⁹⁶ Sağlam, "Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", *op. cit.*, s. 457.

⁹⁷ Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 6. B., Mimoza, Konya, 2011, s. 296; Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. B., Yetkin, Ankara, 1993, s. 341.

⁹⁸ Kaboğlu, İbrahim Özden., *Anayasa Yargısı*, 2. B., İmge Kitabevi, Ankara, 1997, s. 13; Gözler, *Anayasa Teorisi*, *op. cit.*, s. 696.

⁹⁹ Kaboğlu, *op. cit.*, s. 124.

Anayasa yargısı, normlar hiyerarşisinin kabul edildiği hukuk sisteminin mantıki bir sonucudur. Anayasa yargısının varlığı için yazılı ve katı bir Anayasa şarttır. Kanunların, Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi için yazılı ve katı Anayasanın yanı sıra Anayasada kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimin de öngörülmüş olması ya da en azından yasaklanmamış olması gerekir. Ancak yazılı ve katı Anayasalara sahip olan, Anayasanın üstünlüğünü ve kanunların Anayasaya aykırı olamayacağını kabul eden her ülke, Anayasaya uygunluğu yargısal denetim yoluyla gerçekleştirmeyi tercih etmemiş; bazıları bu denetimi siyasal organlara bırakmışlardır. Fakat siyasal denetimin, kişi hakları açısından yeterli güveni sağlayıp sağlayamayacağına ilişkin kuşkular zamanla yargısal denetim sisteminin yaygınlık ve üstünlük kazanmasına sebep olmuştur¹⁰⁰.

Dünya’da, anayasa yargısının gelişmesinin temel nedenlerinin başında, İkinci Dünya Savaşı ve sonrasında insanlık adına yaşanan acı tecrübelerin insan haklarının ne denli önemli olduğunu ortaya koyması yatmaktadır. Bunun yanı sıra Kıta Avrupa’sındaki demokrasi ve kuvvetler ayrılığı ilkesi anlayışının kavranmasındaki değişimler de anayasa yargısının gelişmesinde önemli rol oynamıştır. Bu kavrayış değişikliği ile ilişkili olarak temel hak ve özgürlüklerin yasama organına karşı da korunması gerektiği fikrinin kabul görmesi anayasa yargısının gelişmesindeki en önemli nedenlerden biri olmuştur. Ayrıca hukuk devleti ilkesinin yerleşmesi de anayasa yargısının gelişmesinin temel nedenleri arasındadır¹⁰¹. Ancak burada şunu belirtmek gerekir ki bir ülkede, anayasa yargısı, hukuk devletinin gerçekleşmesi açısından önemli bir rolü haiz olmakla beraber; yazılı ve katı bir anayasa ve bu anayasanın üstünlüğünü temin edecek araçların (Anayasa Mahkemesi’nin) olmaması, o ülkede illa hukuk devletinin olmadığı anlamına da gelmez. Hukuki düzenini insan hakları temelinde kurmuş, bu haklarla bağlı olmayı ve bunları korumayı kendisine sağduyu haline getirmiş bir ülkede, tıpkı İngiltere örneğinde olduğu gibi yazılı ve katı bir anayasa ile anayasa mahkemesinin olmayışı hukuk devleti açısından büyük bir tehlike arz etmeyebilir. Ancak bu tür ülkelerde, insan hakları açısından sorun teşkil eden durumlar ortaya çıktığında hukuk devletinin otoritesinin sarsılmaması için

¹⁰⁰ Özbudun, *op. cit.*, s. 342.

¹⁰¹ Atar, *op. cit.*, s. 296-297.

yargı büyük önem taşımaktadır. İngiltere bu durumu “Case Law” zemininde sağlayan istisnai bir ülkedir¹⁰².

Anayasa yargısının gelişme evresinde denetimi yapan organ açısından dünyada esas olarak iki tür anayasa yargısı modeli ortaya çıkmıştır. Bunlar, “genel mahkeme sistemi” dediğimiz “Amerikan modeli”¹⁰³ ve “özel mahkeme sistemi” dediğimiz “Avrupa modeli”dir¹⁰⁴. Amerikan modelinde bir ülkedeki ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemelerinin tamamı önündeki davada uygulayacakları kanunun, Anayasaya uygunluğunu denetleyebilmekte ve Anayasaya aykırı gördükleri kanunu ihmal edip doğrudan Anayasa hükmünü uygulayabilmektedirler. Bu denetim türünde Anayasaya aykırı görülen kanun iptal edilmemekte sadece olaya uygulanmamaktadır. Dolayısıyla karar sadece tarafları bağlamakta yani “inter partes” bir etkiyi haizdir. Bu denetim, genel mahkemelerce yapılabildiği için “adem-i merkezi anayasa yargısı” ya da “yaygın denetim anayasa yargısı sistemi” olarak da anılmaktadır¹⁰⁵.

Avrupa modeli anayasa yargısında ise Anayasaya uygunluk denetimi genel mahkemelerce değil, bu iş için kurulmuş özel olarak kurulmuş özel bir mahkeme tarafından yapılmaktadır. Bu özel mahkeme genellikle Anayasa Mahkemesi olarak

¹⁰² Machacek, Rudolf, “Temel Hak Temini İle Politika Arasındaki Gerilim Alanında Anayasa Yargısı” *Anayasa Yargısı* 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 25-26-27 Nisan 1992, s. 53-54.

¹⁰³ Bu sistem esas olarak Amerika’da ortaya çıkıp geliştiği için bu isimle anılmaktadır. Amerikan Modeli anayasa yargısını uygulayan ülkelerin listesini Mavčić, şu şekilde vermektedir: Arupa’da: Danimarka, Estonya, İrlanda, Norveç, İsveç; Arfika’da: Bostvana, Gambiya, Gana, Gine, Kenya, Liberya, Malavi, Nambiya, Nijerya, Şeyşel Adaları, Sierra Leone, Svaziland, Tanzanya; Orta Doğu’da: Kıbrıs, İsrail; Asya ve Avustralya’da: Afganistan, Bangladeş, Fiji, Hindistan, Japonya, Kiribati, Malezya, Mikronezya, Naru, Nepal, Yeni Zelanda, Palau, Papua Yeni Gine, Singapur, Tibet, Tonga, Tuvalu, Vanuatu, Batı Samoa; Kuzey Amerika’da: Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri; Orta ve Güney Amerika’da: Arjantin, Bahamalar, Barbados, Bezili, Bolivya, Dominika, Dominik Cumhuriyeti, Granada, Guyana, Haiti, Jamaika, Meksiko, St. Kitts/Nevis, Trinidad and Tobago. Mavčić, Arne, *The Constitutional Review*, Book World Publications, The Netherlands, 2001, s. 213-214, <http://www.concourts.net/The%20Constitutional%20Review%20sample.pdf> (11.12.2012).

¹⁰⁴ Bu sistem esas olarak Avrupa’da (ilk olarak Avusturya’da) ortaya çıkıp geliştiği için bu isimle anılmaktadır. Avrupa modeli anayasa yargısını uygulayan ülkelerin listesini Mavčić, şu şekilde vermektedir: Arupa’da: Arnavutluk, Andora, Avusturya, Belarus, Bosna, Bulgaristan, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Almanya, Macaristan, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Makedonya, Malta, Moldovya, Karadağ, Polonya, Romanya, Rusya, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, İspanya, Türkiye, Ukrayna; Afrika’da: Angola, Benin, Burundi, Orta Afrika Cumhuriyeti, Mısır, Ekvator Ginesi, Gabon, Madagaskar, Mali, Ruanda, Togo; Orta Doğu’da: Filistin Suriye; Asya ve Avustralya’da: Ermenistan, Azerbaycan, Gürcistan, Kırgızistan, Moğolistan, Güney Kore, Sri Lanka, Tacikistan, Tayland, Özbekistan; Orta ve Güney Amerika’da: Şili, Surinam. *Ibid.*

¹⁰⁵ Gözler, *Anayasa Teorisi*, C. II, s. 740-741.

isimlendirilir. Yaptığı denetim sonucunda kanunun Anayasa aykırı olması durumunda kanunu herkes için geçerli olmak üzere iptal eder. Bu denetim merkezi tek bir mahkeme tarafından yapıldığı için “merkezi denetim anayasa yargısı sistemi” olarak da adlandırılır¹⁰⁶.

Avrupa modeli anayasa yargısı sistemini benimsemiş birçok ülkede Anayasaya uygunluk denetimleri esas olarak soyut norm denetimi ve somut norm denetimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu anayasa yargısı sisteminde soyut ve somut norm denetimlerinin yansırı temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen kişilere bazı koşullar altında Anayasa Mahkemesi’ne başvurma imkânı da tanınmıştır. Bu üçüncü denetim türü bireysel başvuru üzerine denetimdir. Bireysel başvuruya ilişkin bilgiler daha önceki başlıklar altında verildiği için burada aynı bilgiler tekrarlanmayacaktır. Ancak bundan sonraki üç başlık altında anayasa yargısı denetim türleri içerisinde bireysel başvuru üzerine yapılan denetimin diğer denetim türleri karşısındaki konumu belirlenmeye çalışılacaktır.

1.4.2. Soyut Norm Denetimi ve Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru

Anayasa yargısında denetimin soyut norm denetimi, somut norm denetimi ve bireysel başvuru üzerine denetim olmak üzere üç farklı şekilde ortaya çıktığı görülmektedir. Soyut norm denetimi, kanunun bir mahkeme önünde uyumsuzluk çıkmadan evvel denetlenmesidir. Dolayısıyla bu denetim itiraz üzerine yapılan bir denetim olmayıp dava yolu ile yapılan bir denetimdir. Bu denetim türünde çoğu zaman a posteriori denetim¹⁰⁷ söz konusudur ancak a priori denetim¹⁰⁸ de olabilir. Bu denetim türü ilke olarak bir kural üzerine, siyasal nitelikteki makamlar tarafından başlatılır ve erga omnes etkiye sahiptir¹⁰⁹.

Bireysel başvuru üzerine denetim, soyut norm denetiminden; başvuruda bulunan kişiler, korumanın kapsamı, başvuru koşulları ve hukuki yarar açısından tamamen farklıdır. Soyut norm denetiminde, sadece belli kişilerin Anayasa Mahkemesi’ni harekete geçirmesi söz konusu iken bireysel başvuruda bu hak temel

¹⁰⁶ *Ibid*, s. 743.

¹⁰⁷ A posteriori denetim, zaman açısından, kanunların yürürlüğe girmesinden sonra yapılan denetimdir.

¹⁰⁸ A priori denetim, zaman açısından kanunların yürürlüğe girmesinden önce yapılan denetimdir.

¹⁰⁹ Kaboğlu, *op. cit.*, s. 63-64.

hak ve özgürlüğü ihlal edilen herkese tanınmıştır. Yine bireysel başvuru kapsamında sadece temel hak ve özgürlükler için Anayasa Mahkemesi harekete geçirilebilirken soyut norm denetiminde Anayasanın bütün maddeleri ve hükümlerinin üstünlüğünün tesisi için Anayasa Mahkemesi harekete geçirilmektedir. Soyut norm denetimi için Anayasada gösterilen belli kişilerin bu davayı açmalarında bir hukuki yararlarının olması şart değil iken bireysel başvuruda başvuran açısından kişisel, güncel ve doğrudan bir menfaat ihlalinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Soyut norm denetiminde Anayasa Mahkemesi’nce verilen karar erga omnes etki gösterirken, bireysel başvuru üzerine yapılan denetim sonucunda verilen kararlar, yasama işlemlerine karşı olanlar hariç olmak üzere inter partes etki göstermektedirler.

1.4.3. Somut Norm Denetimi ve Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru

Anayasa yargısında denetimin bir diğer tezahür şekli somut norm denetimidir. Somut norm denetimi, kanunun bir mahkeme önünde uyuşmazlık çıktıktan sonra denetlenmesidir. Bu denetim türü, bir mahkemede görülmekte olan dava esnasında tarafların iddiası üzerine veya hâkimin resen, davaya uygulanacak kuralı Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin önüne götürüp bunu davanın sonuçlanması için bekletici sorun yaptığı denetimdir¹¹⁰. Bu denetim yolu sayesinde yürürlüğe girmiş ancak soyut norm denetimi için öngörülen süreler içerisinde, yetkili kişilerin soyut norm denetim yolunu harekete geçirmemesi sonucu denetlenemeyen kanunların süre sınırı olmadan yıllar sonra dahi denetlenmesi sağlanmaktadır. Doktrinde “itiraz” ya da “def’i” yolu terimleri ile de ifade edilen somut norm denetimi anılan özeliğinden dolayı a posteriori niteliğe sahiptir¹¹¹.

Bireysel başvuru üzerine denetim ile somut norm denetimi de her ne kadar a posteriori yapılan bir denetim olmaları bakımından benzerlik gösterebilirler de bu denetim türleri de birbirlerinden farklıdır. Bireysel başvuruda bir temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia eden bireylerin doğrudan Anayasa Mahkemesi’ne başvurmaları söz konusu iken somut norm denetiminde bu imkân ancak dolaylı olarak mümkündür. Yine bireysel başvuruda sağlanan koruma sadece temel hak ve

¹¹⁰ Kıratlı, Metin, “Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi”, AÜSBF, Ankara, 1966, s. 35.

¹¹¹ Gözler, *Anayasa Teorisi*, C. II, *op. cit.*, s. 751.

özgürlüklerle sınırlı iken somut norm denetiminde Anayasa aykırı bütün kanunlar Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülebilmektedir. Bireysel başvuru bütün kanun yolları tüketildikten sonra genellikle kesinleşmiş yargı kararlarına karşı söz konusu iken, somut norm denetimi bir mahkeme önünde görülmekte olan bir dava esnasında olaya uygulanacak normun Anayasaya aykırılığının itiraz yoluyla öne sürülmesinden ibarettir.

1.4.4. Actio Popularis ve Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru esasen iki yolla mümkündür. Bunlardan biri “actio popularis”¹¹² veya “popüler dava” dediğimiz yoldur. Diğer de bireysel başvurudur¹¹³. Actio popularis, bir kanunun madde veya hükümlerinin Anayasa aykırı olduğu gerekçesiyle, hukuki bir menfaati olmasa dahi herkese, kamu yararı amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurma imkânı sunan bir yoldur¹¹⁴. Buna karşın bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal eden kişilerin bu ihlalin giderilmesi amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmasına imkân sağlayan bir yoldur. Dolayısı ile actio popularis ile bireysel başvuru arasındaki temel fark “hukuki yarar” noktasında ortaya çıkar¹¹⁵. Bireysel başvuruda bir temel hak ve özgürlüğü kamu gücü tarafından ihlal edilen ve bu ihlalden kişisel, güncel ve doğrudan etkilenen kişinin Anayasa Mahkemesi'ne başvurması söz konusu iken; actio populariste başvuranın Anayasaya aykırı olduğunu iddia ettiği normdan kişisel, güncel ve doğrudan etkilenmiş olması şart değildir. Bir başka ifadeyle bireysel başvuruda kişisel menfaat ön planda iken actio populariste kamu yararı ön plandadır¹¹⁶. Actio popularis ile bireysel başvuru arasındaki bir diğer fark, ikincilik

¹¹² Actio popularis eski Roma Hukuku'na ait bir dava türüdür. Eski Roma'da davalar kural olarak şahsi menfaatleri ihlal edilen kimseler tarafından açılırdı (actiones privatae). Buna karşın öyle davalar vardı ki bunların Roma Populus'u (halkı) adına herhangi bir roma vatandaşı tarafından açılması mümkündü. Actio legis Plaetoriae, actio de posito vel suspenso bu tür davalardandı. Tahiroğlu, Bülent / Erdoğan, Belgin, Roma Usul Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 34.

¹¹³ Paczolay, Peter, Constitutional Complaint, *Anayasa Yargısı* 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 26-27 Nisan 2004, s. 199.

¹¹⁴ Popüler dava (halk davası), bir kimsenin kendi haklarının zedelenmesi gerekmeksizin, bir yasanın anayasaya aykırılığının saptanması için Anayasa Mahkemesi'ne dava açmasıdır. Gören, “Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)”, *op. cit.*, s. 116 (88. dipnottan).

¹¹⁵ Aliyev, *op. cit.*, s. 37.

¹¹⁶ Mavčić, *The Constitutional Review*, *op. cit.*, s. 70.

prensibinin bir gereği olarak bireysel başvuru yoluna tüm kanun yolları tüketildikten sonra başvurulabilmesine karşılık; *actio popularis* için böyle bir şart yoktur.

Actio popularis, ihmal yolu ile Anayasaya aykırılık halinde yani yasamanın hareketsizliğine karşı bireylere, Anayasa Mahkemesi'ne başvurma imkânı sağlamaktadır¹¹⁷. Buna karşın Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda kural olarak, yasamanın hareketsizliğine karşı bireylerin Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaları söz konusu değildir. Meğer ki bu hareketsizlik bir temel hak ve özgürlüğü ihlal etsin.

Actio popularis, Anayasaya uygunluk denetimi açısından önemli bir kurum olmasına karşılık uygulandığı ülkelerde¹¹⁸ Anayasa Mahkemelerini ağır bir iş yükü altına soktuğu için bu yönüyle yoğun eleştirilere tabi tutulmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruya da aynı nedenle benzer eleştiriler yöneltilmektedir. Dolayısı ile *Actio popularis* ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru arasında bu eleştiriler ekseninde bir benzerlik olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak, şunu söylemek gerekir ki bireysel başvuru üzerine denetim, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü işlemlerine karşı korumak için doğrudan bireylere tanınmış bir başvuru yoludur. Bu denetim türünde temel amaç kamu gücü işlemlerine karşı temel hak ve özgürlükleri korumaktır. Anayasa yargısının diğer denetim usulleri de (soyut ve somut norm denetimi) Anayasanın üstünlüğünü temin ederek temel hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet etmektedir. Ancak bu durum diğer denetim usullerinin öncelikli amacından ziyade bir sonucudur. Oysa bireysel başvuru üzerine denetim de temel hak ve özgürlüklerin korunması bu denetim türünün esas anlam ve amacını oluşturmaktadır¹¹⁹. Özetle, diğer denetim usulleri Anayasanın her iki işlevine de (temel hak ve özgürlüklerin ve anayasal

¹¹⁷ Aliyev, *op. cit.*, s. 38.

¹¹⁸ Mavčić *actio popularis*in uygulandığı ülkeleri kıtalara göre şu şekilde sıralamaktadır: Avrupa'da: Bavyera (Almanya), Hırvatistan, kısmen Çek Cumhuriyeti, Makedonya, Macaristan, Liechtenstein, Malta, Karadağ, Slovenya; Amerika'da: Arjantin (federe düzeyde), Brezilya, Kolombiya, Kosta Rika, El Salvador, Panama, Paraguay, Peru, Venezuela; Afrika'da: Burundi, Orta Afrika Cumhuriyeti, Çad, Kongo, Cibuti, Niger, Şeyşel Adaları, Sierra Leone; Asya'da: Kamboçya, Japonya ve İran (seçime ilişkin konularla sınırlı). Mavčić, *The Constitutional Review, op. cit.*, s. 68. Ancak Bu ülkelerden Macaristan, 1 Ocak 2012 tarihi itibarıyla bu uygulamaya son vermiştir. Kelemen, Katalin, "Hungary: The New Constitutional Court Act", <http://www.diritticomparati.it/2011/12/hungary-the-new-constitutional-court-act.html> (24.01.2013).

¹¹⁹ Mellinshof, *op. cit.*, s. 33.

düzenin/dengelerin korunması) hizmet ederken, bireysel başvuru üzerine denetim, doğrudan ve sadece temel hak ve özgürlüklerin korunması işlevine hizmet etmektedir.

1.5. Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, yeni bir kurum değildir. Tarihsel sürecin anlatıldığı iki numaralı başlık altında kurumun köklerinin 15. yüzyıla kadar dayandığını ancak kurumun yaygınlaşmasının İkinci Dünya Savaşı sonrasına tekabül ettiğini belirtmiştik.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumunun uygulamasına asıl olarak Kıta Avrupa'sı ve Latin Amerika ülkelerinde rastlanılmaktadır. Ancak bu bölgelerin dışında da (Asya ve Uzak Doğu'da) kurumu uygulayan ülkeler vardır. Avrupa'da başta Almanya ve İspanya olmak üzere, Arnavutluk, Andora, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Polonya, Portekiz, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Ukrayna, Letonya, Karadağ, Malta, Kıbrıs, Makedonya, Rusya, Azerbaycan, Gürcistan ve Kırgızistan, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruyu değişik biçimlerde kabul eden ülkelerdir¹²⁰. Latin Amerika ülkelerinden Arjantin, Bolivya, Brezilya, Kolombiya, Costa Rica, Şili, Ekvador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Meksika, Nikaragua, Panama, Paraguay, Peru ve Venezuela da bu kurumu kabul etmiş ülkelerdir. Ayrıca Uzak Doğu ülkelerinden Moğolistan, Güney Kore, Papua Yeni Gine ve Tayvan da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruyu değişik şekillerde uygulamaktadırlar¹²¹.

Takdir edileceği üzere sayılan ülkelerin tamamındaki uygulamaya tek tek bakmak bu tezin hacmini aşacağına böyle bir yol izlenmeyecektir. Bunun yerine çalışmanın hacmi ile orantılı olarak ve çalışmanın asıl konunu gölgede bırakmayacak ölçüde karşılaştırmalı hukuktan birkaç örnek ülke seçilip bu ülkelerdeki

¹²⁰ Mavčič, Arne Marjan, The Application Before the Constitutional Court with a Special Reference to the Individual Application: Comparative and Slovenian Aspect, *op.cit.*, s. 128 (dipnot 12); Göztepe, Ece, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 24, S. 95, Temmuz-Ağustos 2011, s.16.

¹²¹ Arnwine, Anayasa Şikâyeti, *op. cit.*, s. 42.

uygulamadan bahsedilecektir. Karşılaştırmalı hukuktan örnekler seçilirken kurumun doğup geliştiği yer olması, diğer ülkelere örnek teşkil etmesi, uygulamanın kapsamı, gerçek anayasa şikâyeti ve gerçek olmayan anayasa şikâyeti uygulaması olması, farklı kıta ve bölgelerdeki ülkelere olması ve kaynakların ulaşılabilirliği ölçütleri esas alınarak Almanya, İspanya, Avusturya, Güney Kore, Meksika, Macaristan ve Rusya örnekleri seçilmiştir. Örnek olarak seçilen ülkelerdeki uygulama incelenirken kurum (Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru) adı geçen ülkedeki orijinal ismiyle ifade edilecektir.

1.5.1. Almanya

Federal Almanya, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru açısından önemli bir örnektir. Her şeyden önce Federal Almanya Anayasa hukukunun ve anayasa yargısının en gelişmiş olduğu ülkelere biridir ve Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu, en kapsamlı şekliyle bu ülkede uygulanmaktadır. Kıta Avrupa'sında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu esas olarak Federal Almanya'da ortaya çıkıp gelişmiş ve buradaki uygulama diğer ülkelere kaynak teşkil etmiştir. Federal Almanya'da da tıpkı Türkiye'deki gibi anayasa yargısı yetkisi, bu iş için özel olarak kurulmuş bir mahkemeye (Anayasa Mahkemesi) verilmiş yani merkezi anayasa yargısı sistemini benimsemiş bir ülkedir. Son olarak, Federal Almanya'nın hukuk geleneği olarak Türkiye'ye Anglosakson hukuk geleneğinden daha yakındır.

Federal Almanya'da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru (Almanya'daki adıyla anayasa şikâyeti), 1969 yılında yapılan Anayasa değişikliği neticesinde Federal Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerini düzenleyen 93. maddenin 1. fıkrasına eklenen 4a bendi ile anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Anılan düzenlemeye göre Federal Anayasa Mahkemesi: “Kamu makamlarınca kendi temel haklarından birinin veya 20. maddenin 4. fıkrasında, 33, 38, 101, 103 ve 104. maddelerde temin edilmiş temel hak benzeri haklardan birisinin ihlal edildiğini iddia eden herkesin

yaptığı anayasa şikâyeti konusunda” karar verir. Aynı düzenlemeye FAMK’nın 90. maddesinde de yer verilmiştir¹²².

Federal Anayasa’nın 93/1-4a maddesindeki düzenleme ve FAMK’nın 90. maddesindeki düzenleme göz önüne alındığında, Almanya’da, anayasa şikâyeti ile korunan hakların Anayasanın 1-19. maddelerindeki temel haklar¹²³ ve 20/4¹²⁴, 33¹²⁵, 38¹²⁶, 103¹²⁷ ve 104¹²⁸. maddelerde temin edilmiş haklarla sınırlı olduğu görülmektedir¹²⁹. Başka bir ifadeyle Almanya’da anayasa şikâyeti mevzu hukuktaki bütün haklar için öngörölmüş bir başvuru yolu değildir.

Almanya’da anayasa şikâyetinde bulunma hakkı “herkes”e tanınmış bir haktır. Başka bir ifade ile yabancılar ve vatansızlar da Alman vatandaşları gibi anayasa şikâyetinde bulunma hakkına sahiptirler. Ancak yalnızca Alman vatandaşlarına tanınan haklar için Alman vatandaşları olmayanlar anayasa şikâyetinde bulunamazlar¹³⁰. Federal Anayasa’nın 19/III. maddesine göre, doğasına

¹²² FAMK m. 90/1: “Temel haklarından birinin veya 20. maddenin 4. fıkrasında, 33, 38, 101, 103 ve 104. maddelerde temin edilmiş haklardan birisinin kamu makamlarınca ihlal edildiğini iddia eden herkes Federal Anayasa Mahkemesi’ne anayasa şikâyeti başvurusunda bulunabilir” Federal Constitutional Court Act, <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm#97> (18.11.2012).

¹²³ Federal Alman Cumhuriyeti Anayasasının 1-19. maddelerinde düzenlenen temel haklar şunlardır: İnsan onurunun ve haysiyetinin korunması (m. 1), yaşam hakkı, kişiliğin korunması ve kişi özgürlüğü (m. 2), yasa önünde eşitlik; kadın ve erkeğin eşitliği; ayırım yasağı (m. 3), din, vicdan ve inanç özgürlüğü; askerlik hizmetinin reddi (m. 4), düşünce ve basın özgürlüğü; sanat ve bilim özgürlüğü (m. 5), Evlilik, aile ve evlilik dışı çocuklar (m. 6), Okul rejimi (m. 7), Toplanma özgürlüğü (m. 8), Birleşme özgürlüğü; koalisyon özgürlüğü (m. 9), Mektup, posta ve telekomünikasyon gizliliği (m. 10), Dolaşım özgürlüğü (m. 11), Meslek özgürlüğü (m. 12), Askerlik ve diğer hizmet yükümlülükleri (m. 12a), Konut dokunulmazlığı (m. 13), Mülkiyet, miras hakkı ve kamulaştırma (m. 14), Toplumsallaşma (m. 15), Vatandaşlıktan çıkarılma, yabancı ülkelere iade (m. 16), Sığınma hakkı (m. 16a), Dilekçe hakkı (m. 17), Savunma alanında sınırlandırmalar (m. 17a), Temel hakların kaybettirilmesi (m. 18), Temel hakların sınırlandırılması; özünün korunması; yasal yolların açıklığı garantisini (m. 19).

¹²⁴ Direnme hakkı (FA, m. 20/4).

¹²⁵ Yurttaşlık haklarında eşitlik; memurların durumu (FA, m. 33).

¹²⁶ Seçme hakkı ilkeleri; meclis üyelerinin yasal konumu (FA, m. 38).

¹²⁷ Yasal usule göre dinlenme hakkı; Çifte cezalandırma ve geçmişe dönük ceza yasağı (FA, m. 103).

¹²⁸ Özgürlüklerin kısıtlanmasında hakların güvencesi (FA, m. 104).

¹²⁹ FA’ya göre, anayasa şikâyetinde bulunma hakkı temel haklar ile temel hak benzeri haklar için söz konusu olmakla beraber, FAM, içtihatlarında anayasa şikâyeti kapsamına girmeyen korunmayan birçok hak FA’nın, 2/1. maddesinde yer alan “kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı” ile ilişkilendirilerek kamu gücünün hukuk dışı birçok işlemi anayasa şikâyetine konu edilmektedir. Sabuncu, “Federal Almanya’da Anayasa Şikâyeti”, *op. cit.*, s. 142 (10. dipnot).

¹³⁰ FA, toplantı hürriyeti (m. 8/1), dernekleşme hürriyeti (m. 9/1), yerleşme ve seyahat hürriyeti (m. 11/1) meslek hürriyeti (m. 12/1) için bu hürriyetlerin sadece Alman vatandaşlarına tanındığını söylemektedir. Fakat yabancılar, FA 2. maddenin 1. fıkrasındaki “genel eylem özgürlüğü”ne istinaden bahsi edilen dört hak konusunda yapılacak sınırlamaların hukuk devleti ilkesinin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uymasını talep etme hakkına sahiptirler. Mellinshof, *op. cit.*, s. 34.

uygun olduğu temel haklar için yerli özel hukuk tüzel kişileri de anayasa şikâyetinde bulunabilirler. Yabancı devlet özel hukuk tüzel kişileri ise bu madde kapsamı dışındadırlar. Bunlar ancak hukuk devletinin bir gereği olarak m. 103.'deki yasal usule göre dinlenme hakkı, geçmişe dönük ceza yasağı ve çifte cezalandırma yasağı gibi temel hak benzeri hakların ihlali durumunda anayasa şikâyetinde bulunabilirler. Belli haklar ve özgürlükler açısından örneğin, kişiliğini geliştirme hakkı, mülkiyet hakkı ve insan onurunun korunması hakkı nedeniyle ceninin; yine insan onurunun korunması açısından ölülerin; eşit işlem görme hakkı çerçevesinde siyasi partilerin de anayasa şikâyetinde taraf ehliyetine sahip oldukları kabul edilmektedir¹³¹.

Almanya'da kamu hukuku tüzel kişileri kamu gücünü kullandıkları için kural olarak anayasa şikâyetinde bulunamazlar. Ancak hukuk düzeninin onlara verdiği görevler nedeniyle belli temel haklarla korunan yaşam alanlarına dâhil olan haklar açısından istisnai olarak bazı kamu hukuku tüzel kişilerinin anayasa şikâyetinde bulunmaları mümkündür. Örneğin bilim ve araştırma özgürlüklerinin ihlal edildiği gerekçesiyle Üniversitelerin, haberleşme özgürlüklerinin ihlal edildiği gerekçesiyle Radyo ve Televizyon kuruluşlarının veya din veya vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle kiliselerin anayasa şikâyetinde bulunmaları mümkündür¹³².

Almanya'da Belediyelere ve belediye birliklerine tanınan komünal anayasa şikâyeti hakkı vardır¹³³. FAMK m. 91'e göre: "Belediyeler ve belediye birlikleri, bir Federal veya bir eyalet kanunun Anayasa'nın 28¹³⁴. maddesi hükmünü ihlal ettiği

¹³¹ Sabuncu, "Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti", *op. cit.*, s. 143.; Göztepe, *Anayasa Şikayeti, op. cit.*, s. 51, s. 55; Armağan, Servet, "Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Yıl: 5, Sayı: 7, 1971, s. 58-60.

¹³² Gören, "Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz", *op. cit.*, s. 310; Gören, "Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti)", *op. cit.*, s. 111; Göztepe, *Anayasa Şikayeti, op.cit.*, s. 53-54; Sabuncu, "Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti", *op. cit.*, s. 143 (dipnot 14).

¹³³ Komünal anayasa şikâyeti, konumuz dışında olduğu için bu konuya değinilmeyecektir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız: Göztepe, *Anayasa Şikâyeti, op. cit.*, s. 99 vd.

¹³⁴ FA, m. 28: "(1) Eyaletlerdeki anayasal düzen, bu Anayasada belirlenen cumhuriyetçi, demokratik ve sosyal hukuk devleti ilkelerine uygun olmak zorundadır. Eyaletlerde, ilçe ve belediye ile köylerde genel, doğrudan, serbest, eşit ve gizli oylamaya dayanan bir seçimle oluşturulan ve halkı temsil eden kurumlar bulundurulur. Yerel seçimlerde Avrupa Birliğine üye olan devletin yurttaşları, Avrupa Topluluğunun yasaları uyarınca seçme ve seçilme hakkına sahiptirler. Kasabalarda seçilen organın yerini kasaba meclisi alabilir.

(2)Belediye ve köylerine, yasaların çerçevesi içerisinde, kendi sorumluluklarının temelinde yerel topluluğun tüm işlerini düzenleme hakkı verilmelidir. Belediye ve köy birlikleri de kendi yasal görev ve yetki çerçeveleri içinde, yasalara uygun olarak yerel yönetim hakkına sahiptirler. Yerel

iddiası ile anayasa şikâyetinde bulunabilirler. Eğer özerk yönetim hakkının ihlalinin dolaylı eyalet hukukuna göre, Eyalet Anayasa Mahkemesi'ne dava açılabilir ise Federal Anayasa Mahkemesi'ne anayasa şikâyetinde bulunulamaz". Komünal anayasa şikâyeti, Anayasa'nın 28. maddesinde yerel yönetimlere tanınan yönetme hakkının, Federal organlar tarafından ihlali durumunda anayasa şikâyetinde bulunma hakkı tanımaktadır. Bu şikâyet hakkı, esas konumuz olan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurudan (bireysel anayasa şikâyetinden) farklıdır.

Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla ortaya konulan ölçütlere göre, anayasa şikâyetinde taraf ehliyetine sahip olan kişinin, şikâyetinde bulunabilmesi için hakkını ihlal ettiğini iddia ettiği kamu gücü işleminden kişisel olarak bizzat etkilenmiş olması (kişisel), temel hak ihlalinin anayasa şikâyeti anında mevcut olması (güncellik) ve kişinin kamu gücü işleminden doğrudan etkilenmiş olması (doğrudanlık) gerekmektedir¹³⁵.

Almanya'da anayasa şikâyeti, bütün kamu gücü işlemlerine karşı mümkündür (FA, m. 93; FAMK, m. 90). Kamu gücü kavramı, bütün devlet organlarını, yani yasama, yürütme ve yargı organlarını içerir¹³⁶. Başka bir ifadeyle temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia eden herkes kamu gücünü kullanan yasama, yürütme ve yargının tüm organları ile kamu tüzel kişileri ve bunlar adına hareket eden tüm gerçek ve tüzel kişilerin işlemlerine karşı anayasa şikâyetinde bulunulabilir. İster federal düzeyde olsun ister eyalet düzeyinde, yasama organının her türlü düzenleyici işlemlerine ki buna sadece kanunlar değil tüzükler ve yönetmelikler de dâhildir¹³⁷; yürütmenin ve onun uzantısı olan idarenin organlarının yapmış olduğu bütün işlemlere ve Federal Anayasa Mahkemesi kararları dışındaki her türlü yargı kararına karşı anayasa şikâyeti yolu açıktır. Bu organların (yasama, yürütme ve yargı) ihmalleri nedeniyle, bir temel hak veya özgürlüğün ihlal edildiği

yönetimlerin güvence altına alınması onun mali sorumluluğunun temellerini de kapsar; bu temellere, belediye ile köylerin matrah belirleme hakkına sahip olup ekonomik gücüne bağlı olan bir vergi kaynağı dâhildir.

(3) Federasyon, eyaletlerin anayasal düzeninin, temel haklara ve 1. ve 2. fıkra hükümlerine uygunluğunu sağlar."

¹³⁵ Gören, "Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz", *op. cit.*, s. 314-316; Kişisel, doğrudanlık ve güncellik konusunda ayrıca bakınız: Mellinghof, *op. cit.*, s. 35-36; Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, *op.cit.*, s. 60-70.

¹³⁶ Mellinghof, *op. cit.*, s. 36.

¹³⁷ Armağan, *op. cit.*, s. 62.

iddiası ile de anayasa şikâyetinde bulunmak mümkündür. Yeter ki yasama, yürütme ve yargı organına o konuda yasal bir ödev yüklenmiş olsun¹³⁸.

Almanya’da anayasa şikâyeti kural olarak Federal Alman devlet organlarının işlemlerine karşı mümkündür. Fakat FA, 24. maddesinin 1. fıkrası veya 23. maddesinin 1. veya 2. fıkrası çerçevesinde, bazı egemenlik haklarını devretmiş olduğu ulus üstü kurumların işlemlerine karşı da anayasa şikâyetinde bulunmak mümkündür. Bununla birlikte temel hak ve özgürlükler için FA’nın öngördüğü güvencelere ulus üstü kuruluş düzeyinde de yer verilmişse, bu durumda FAM kendi yargı yetkisini kullanmaz¹³⁹.

Anayasa şikâyeti, temel hak ve özgürlük ihlalinin başka hiçbir kanun yolu ile giderilemediği durumlarda başvurulabilen ikincil nitelikte olağanüstü bir hukuk çare olduğu için Almanya’da da anayasa şikâyetinde bulunabilmek için kanun yollarını tüketmiş olmak şarttır. FAMK’nın 90. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesine göre: “Eğer ihlale kaşı kanun yolu açık ise tüm kanun yolları tüketilmeden anayasa şikâyetinde bulunulamaz.” Ancak FAMK’nın 90. maddesinin II. fıkrasının II. cümlesi bu kurala iki istisna getirmiştir. Buna göre: “Anayasa şikâyeti genel bir öneme sahip ise veya öncelikle kanun yollarına başvurmak şikâyetçi açısından ağır ve giderilemez zararlara sebep olacak ise Anayasa Mahkemesi kanun yolları tüketilmeden yapılan bir başvuru hakkında hemen karar verebilir.” (FAMK, m. 90/2).

FAMK, anayasa şikâyeti için bir aylık başvuru süresi öngörmüştür. FAMK m. 93/1’e göre:

“Anayasa şikâyeti bir ay içinde yapılmalı ve gerekçelendirilmelidir. Eğer ilgili hukuk kuralına göre resen yapılıyorsa süre, kararın tebliğinden veya tefhiminden itibaren başlar. Diğer durumlarda süre, kararın ilanı ya da ilan yapılmıyorsa, kararın şikâyetçiye herhangi bir yolla bildirilmesiyle başlar. Eğer kararın tamamının bir kopyası şikâyetçiye verilmemişse, birinci cümledeki süre, şikâyetçinin kararın tamamının kopyasını almak için mahkeme ofisine yaptığı yazılı ya da şahsi başvuru

¹³⁸ Sabuncu, “Federal Almanya’da Anayasa Şikayeti”, *op. cit.*, s. 146-147.

¹³⁹ FA, temel hakların korunması konusunda güvenceler öngörmekle beraber, bu işlevin illa FAM tarafından yerine getirilmesi de şart değildir. Uluslararası işbirliğine açıklık ilkesi gereğince eğer Alman Federal Anayasası’ndaki temel haklar için öngörülen güvenceler, egemenlik haklarını devrettiği ulus üstü kurum düzeyinde de öngörülmüşse artık bu ulus üstü düzeydeki korumanın FAM tarafından sağlanacak korumaya eşdeğer bir koruma sağlayacağı kabul edildiğinden FAM’nin ayrıca yargı yetkisini kullanmasına gerek kalmaz. Mellinghof, *op. cit.*, s. 36-37.

ile durur. Durma, kararın tamamının kopyası mahkemece şikâyetçiye verilinceye ya da resen veya taraflardan biri tarafından tebliğ edilinceye kadar sürer.”

Bu maddede her ne kadar mahkeme kararlarına karşı yapılan anayasa şikâyetleri süresinden bahsediliyor olsa da buradaki bir aylık süre mahkeme kararlarının yanı sıra idari işlemler için de geçerlidir¹⁴⁰.

FAMK’da, anayasa şikâyetinin bir kanuna veya aleyhine kanun yollarının açık olmadığı bir kamu gücü işlemine karşı yapılacak olması durumunda, farklı bir başvuru süresi öngörülmüştür. FAMK m. 93/3’e göre: “Eğer şikâyet bir yasaya veya aleyhine kanun yoluna başvurmanın yasak olduğu bir kamu gücü işlemine yönelik ise şikâyet ancak kanunun yürürlüğe girmesinden veya kamu gücü işleminin açıklanmasından itibaren bir yıl içerisinde yapılmalıdır.”

Bir aylık başvuru süresinin, şikâyetçinin kusuru olmaksızın kaçırılması durumunda FAMK, şikâyetçiye bu durumu kanıtlaması durumunda iki hafta içerisinde eski hale getirme imkânını tanınmaktadır. FAMK, 93/2. maddesine göre: “Eğer bir şikâyetçi kendi kusuru olmaksızın bu süreyi kaçırmış ise talebi üzerine eski hale getirme imkânı verilir. Eski hale getirme talebi engelin ortadan kalmasından itibaren iki hafta içinde yapılmalıdır. Talebin gerekçeleri başvuru sırasında veya talebin incelenmesi sürecinde kanıtlarıyla birlikte ortaya konulmalıdır. Talep süresi içinde yapılmamış olan hukuki işlemler yapılmalıdır; bu koşulun gerçekleşmesi halinde eski hale getirme resmi bir talebe gerek kalmaksızın da kabul edilebilir. Kaçırılan sürenin bitiminden itibaren bir yıl geçtikten sonra yapılan talepler geçersizdir. Temsilcinin kusuru ile şikâyetçinin kusuru eşittir.” Hemen belirtmek gerekir ki eski hale getirme imkânı şikâyetçinin kusuru olmaksızın bir aylık sürenin kaçırılması durumunda mümkündür; yoksa FAMK m. 93/3’te düzenlenen bir yıllık sürenin kaçırılması durumunda eski hale getirme mümkün değildir¹⁴¹.

¹⁴⁰ Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, op. cit., s. 82.

¹⁴¹ Bu sonucu, 93. maddenin kendi içindeki sistematüğinden kolayca çıkarmak mümkündür. 1993 yılında yapılan değişiklik ile 93. maddeye eklenen eski hale getirmeye ilişkin hüküm, daha önce 93. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen bir aylık süre ile aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen bir yıllık süre arasına ikinci fıkra olarak eklenmiş ve bir yıllık süre üçüncü fıkraya dönüştürülmüştür. Kanun koyucu abesle iştiğal etmeyeceği için bu tavrı ile eski hale getirmenin sadece bir aylık süre için

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bir uyuşmazlıkta ağır zararı önlemek, yakın ve tehdit edici bir gücü engellemek veya başka önemli bir nedenle kamu yararı için acilen gerekli ise geçici bir tedbir kararı verebilir (FAMK, m. 32/1)¹⁴². Geçici tedbir kararı verildikten 6 ay sonra yürürlükten kalkar. Ancak bu süre, Senatoda üçte iki çoğunlukla alınacak kararla yenilenebilir (FAMK, m. 32/6). Anayasa şikâyeti sonuçlanıncaya kadar kişiyi dava konusu kamu gücü işleminin etkilerinden koruyacak başka bir çarenin olmaması ve anayasa şikâyetinin durdurucu etkisinin olmayışı geçici tedbir kararının anayasa şikâyeti için de uygulanmasını zorunlu kılmaktadır¹⁴³. Şikâyetin kabulü henüz karara bağlanmamış ise Komite de ilke olarak geçici tedbir kararı alabilir¹⁴⁴.

Anayasa şikayeti alternatif bir kanun yolu olmayıp, olağandışı hukuki bir çare olduğu için Mahkemenin denetim alanı spesifik anayasa hukukunun ihlali ile sınırlıdır. Yoksa Mahkemenin, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususları dikkate alması söz konusu değildir. Bu nedenle maddi vakıaların tespiti ve değerlendirilmesi, olaya uygulanan hukuk kuralının tespiti ve yorumu kanun yolundaki görevli ve

olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Ayrıca FAM de bir yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğunu söylemektedir (BVerfGE 4, 309 vd). Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, *op. cit.*, s. 86-87.

¹⁴² Geçici tedbir kararı FAMK, m. 32'de toplam yedi fıkrafta ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre:

- (1) Federal Anayasa Mahkemesi bir uyuşmazlıkta ciddi bir zararı önlemek, yakın ve tehdit edici bir gücü engellemek veya başka önemli herhangi bir nedenle kamu yararı için eğer acilen gerekli ise geçici bir tedbir kararı verebilir.
- (2) Geçici tedbir kararı duruşma yapılmaksızın da verilebilir. Özellikle de acil durumlarda Mahkeme, davaya katılanların, bunların temsilcilerinin veya davada söz hakkına sahip olanların görüşlerini almadan da karar verebilir.
- (3) Eğer geçici tedbir kararı veya geçici tedbir talebinin reddi kararı duruşma yapılmadan verilmiş ise bu kararlara itiraz etmek mümkündür. Bu hüküm anayasa şikâyetinde bulunan için uygulanmaz. İtiraz ile ilgili olarak Federal Anayasa Mahkemesi duruşma sonunda karar verir. Duruşma yapılan itirazın gerekçesinin bildirilmesinden itibaren iki hafta içinde yapılmalıdır.
- (4) Geçici tedbir kararına karşı yapılan bir itirazın tedbir kararını durdurucu bir etkisi yoktur. Federal Anayasa Mahkemesi geçici tedbir kararının uygulanmasını durdurabilir.
- (5) Federal Anayasa Mahkemesi geçici tedbir kararına ya da bu karar yapılan itiraza ilişkin kararının gerekçesiz olarak açıklayabilir. Bu durumda gerekçe davaya katılanlara ayrıca bildirilmek zorundadır.
- (6) Geçici tedbir kararı verildikten itibaren altı ay sonra yürürlükten kalkar. Karar, üçte iki çoğunlukla yenilenebilir.
- (7) Eğer Senato'da yeterli çoğunluk yok ise özel zorunluluk durumunda geçici tedbir kararı üç yargıcın oybirliği ile verilebilir. Bu durumda karar bir ay sonra yürürlükten kalkar. Eğer karar Senato tarafından onaylanırsa altı ay sonra yürürlükten kalkar.

¹⁴³ Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, *op. cit.*, s. 88.

¹⁴⁴ Bir yasanın tamamı veya bir kısmı aleyhine yapılan şikâyetlerde geçici tedbir kararı ancak Senato tarafından alınır (FAKM, 93d/2)

yetkili mahkemenin işi olup FAM'ın denetimi dışındadır. FAM için önemli olan kanun yolunda hatalı kararın verilmiş olması değil; verilen hatalı kararın anayasa şikâyetinin kapsamında yer alan temel hakları ihlal etmiş olmasıdır¹⁴⁵.

Anayasa şikâyetinin Anayasa hukuku açısından ilkesel bir önem taşıması (objektif işlev) veya temel hakkın varlığını kabul ettirmesi ve koruması bakımından zorunlu olması (sübjektif işlev) durumunda FAM, anayasa şikâyetini kabul etmek zorundadır. Yani bu koşulların varlığı halinde şikâyetin kabulü Mahkemenin takdir yetkisinde olmayıp, Mahkeme açısından hukuki bir zorunluluktur¹⁴⁶.

Federal Anayasa Mahkemesi'ne yapılan anayasa şikâyeti esastan incelenip kabul edilir ise kararda, Anayasa'nın hangi hükmünün hangi eylem ya da ihmal sonucunda ihlal edildiği açıkça belirtilir (FAMK, m. 95/1). Bir idare ya da yargı organının kararına karşı yapılmış olan anayasa şikâyetinin kabulü söz konusu ise Mahkeme bu işlemi iptal etmek durumundadır (FAMK, m. 95/2). Böyle bir durumda kaldırılacak karar yalnızca nihai karar değil bir anayasal hakkı zedeleyen tüm karar ve işlemlerdir¹⁴⁷. Eğer, FAMK m. 90/2. fıkrasının birinci cümlesindeki durum söz konusu ise yani şikâyete konu olan karar için yargı yolu daha önceden tüketilmiş ise FAM, davayı yeni bir karar verilmek üzere yetkili mahkemeye geri gönderir (FAMK, m. 95/2).

Bir kanuna karşı yapılmış bir anayasa şikâyetinin kabulü söz konusu ise kanun iptal edilir¹⁴⁸. Şayet FAMK, 95/2'ye göre kaldırılan idare ya da yargı kararı, Anayasa aykırı bir kanuna dayanıyor ise aynı akıbet karara dayanak teşkil eden kanun için de geçerlidir. Ancak 79. madde¹⁴⁹ hükümleri saklıdır (FAMK, m. 95/3). Eğer anayasa şikâyetinde ileri sürülen iddia, FA, m. 3/1'deki "kanun önünde eşitlik

¹⁴⁵ Hassemer, Winfried, "Anayasa Şikâyeti ve Buna ilişkin Sorunlar (Almanya'da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)" *Anayasa Yargısı* 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 26-27 Nisan 2004, s. 168-169.

¹⁴⁶ *Ibid*, s. 167.

¹⁴⁷ Armağan, *op. cit.*, s. 149.

¹⁴⁸ Anayasa şikâyeti neticesinde bir yasa iptal edilir ise geçmişte bu yasaya dayanılarak yapılan işlemler hükümsüz olmaz. Bu karar yasanın iptalinden sonraki olaylara uygulanır. Sabuncu, "Federal Almanya'da Anayasa Şikâyeti", *op. cit.*, s. 149.

¹⁴⁹ FAMK, m. 79: Anayasaya aykırı olduğu saptanan veya 78. maddeye göre iptal edilen bir norma ya da bir normun Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı olduğu şeklindeki bir yorumuna dayanan kesinleşmiş bir ceza kararı için ceza usul hukuku kurallarına göre yargılamanın yenilenmesi istenebilir."

hakkı”nın ihlali yönündeyse ve Mahkeme bu hakkın kısmen kanun koyucunun ihmaliinden kaynaklandığı kanısına varırsa FAMK, m. 95/1 bağlamında temel bir hakkın ihlal edildiğini saptar. Ancak Mahkeme sadece bu hakka özgü olmak üzere, kanunu iptal etmek yerine, kanuni bir düzenlemenin Anayasa ile “bağdaşmadığını” tespit etmekle de yetinebilir. Mahkeme bu karar türünü içtihatla kendisi geliştirmiştir. Buradaki amaç saptanan Anayasa’ya aykırılığın giderilmesi için birden fazla giderme yolu varsa bu konuda seçimi ve çözümü kanun koyucuya bırakmaktır¹⁵⁰.

FAM’nin kararları kesindir. FAM’ye göre (BVerfGE 4, 38) maddi anlamda kesinlik, yalnızca kararın hüküm fıkrası için geçerlidir¹⁵¹. Ancak FAM kararlarının sadece hüküm fıkrası değil, gerekçeleri de bağlayıcıdır (BVerfGE 40, 93)¹⁵². FAM kararları, bütün federal ve eyalet anayasal organlarını, tüm mahkemeleri bağlar. Ancak Birinci veya İkinci Senato’da karara bağlanan anayasa şikâyetleri, iki Senatonun birleşmesinden oluşan genel kurula götürülemez (BVerfGE 2, 95)¹⁵³.

Almanya’daki anayasa şikâyeti konusunda son olarak usule ilişkin bazı kurallardan bahsetmek gerekirse, başvurular Federal Anayasa Mahkemesi’ne¹⁵⁴ yazılı olarak yapılır ve yapılan başvurularda, iddialar kanıtlarıyla birlikte Mahkemeye sunulmalıdır (FAMK, m. 23/1). Yapılan başvurular FAM’nin iş yükünü artırmamak için üç üyeden oluşan Komite’de ilk incelemeden geçer. Komite kabul edilebilirlik şartları açısından yaptığı ilk inceleme sonucunda şikâyet başvurusunun reddine karar verirse, bu karar kesindir. Komite red kararını oybirliği ile alır (FAMK, m. 93d/3).

İlk inceleme sonucu oybirliği ile reddedilmeyen başvurular sekiz üyeden oluşan Senato’nun önüne gelir. Senatonun önüne gelen şikâyet, temel bir anayasal öneme sahip ise ya da Senato, şikâyetçinin başvurusunun reddedilmesinin şikâyetçi açısından ağır ve telafisi güç bir zararın meydana geleceği kanaatinde ise anayasa

¹⁵⁰ Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, *op. cit.*, s. 94.

¹⁵¹ Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, *op. cit.*, s. 95.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*, s. 93.

¹⁵⁴ FAM, 16 hâkimden oluşur. Mahkeme 8’er hâkimden oluşan iki Senato ve 3’er yargıçtan oluşan Kurul’lar hainde çalışır. Senatoların bir araya gelmesiyle genel kurul oluşur (FAMK, m. 2).

şikâyetini esastan inceleyip karara bağlamak üzere kabul eder (FAMK, m. 93a). Şikâyetin kabulüne ilişkin Komite ya da Senato kararları dosya üzerinden verilir ve gerekçeli olmak zorunda değildir. Ayrıca bu kararlara itiraz da edilemez (FAMK, m. 93d/1).

Anayasa şikâyetinde kural olarak, bir temsilci vasıtasıyla temsil edilme zorunluluğu yoktur. Ancak Anayasa Mahkemesi'nde duruşma yapılması halinde şikâyetçinin, Alman mahkemelerinde yetkili bir avukat veya bir Alman yükseköğretim kurumunda görevli hukuk alanında çalışan bir öğretim üyesi tarafından temsil edilmesi gerekmektedir (FAMK, m. 22/1). Son olarak Anayasa Mahkemesi'nde bakılan davalar harca tabi değildir (FAMK, m. 34/1). Ancak anayasa şikâyetinde bulunma hakkı kötü niyetle kullanılıyorsa ya da geçici tedbir kararı talebinde kötü niyetle bulunulmuşsa, Anayasa Mahkemesi, şikâyetçi hakkında bir kötü niyet harcı ödemesini öngörebilir¹⁵⁵ (FAMK, m. 34/2).

1.5.2. İspanya

İspanya'da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, Almanya'dakine göre dar kapsamlı olması (sadece yargı kararlarına ve yürütmenin eylem ve işlemlerine karşı kabul edilmiş olması), asıl hak sahibi yanında Ombudsman ve Cumhuriyet savcılığına da başvuru hakkının tanınmış olması ve kurumu uzun süredir uygulandığı bir ülke olması açısından ilginç bir örnektir.

İspanya'da, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru (İspanya'daki adıyla *recurso de amparo* = *amparo* başvurusu) 1978 yılından beri uygulanmaktadır. İspanya Anayasası'nın 53. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeye göre: "Her vatandaş Anayasa'nın 14. maddesinde tanınan haklar ile 1. kısmın 2. bölümünün 1. kesiminde tanınan hakların korunmasını olağan mahkemelerden bir tercihli ve acil muhakeme usulüyle, uygun olursa, bireysel koruma istemiyle Anayasa

¹⁵⁵ Almanya'da mahkeme bireysel başvuru hakkının suistimal edildiği sonucuna varırsa 2600 Avro'ya kadar idari para cezası verebilmektedir. Kılınç, *op. cit.*, s. 37. 1985 ve 1993 yılları arasında bir anayasa şikâyetinin kabul edilebilirlik şartları açısından reddedilmesi veya esastan reddedilmesi durumunda Anayasa Mahkemesi şikâyetçi hakkında 20 Mark'tan 1000 Mark'a kadar bir red harcı öngörebilmekteydi. Ancak anılan düzenlemeden 1993 yılında vazgeçilmiştir. Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, *op. cit.*, s. 98-99.

Mahkemesi'ne amparo başvurusunda bulunabilirler. Bu ikinci yöntem 30. maddede tanınan vicdani ret hakkı için de uygulanır.”

İspanyol Anayasası'nın 53/2 maddesindeki düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı gibi İspanya'da amparo başvurusu, Anayasa'da düzenlenen bütün haklar için değil; Anayasa'nın 14. maddesinde¹⁵⁶, 1. kısmının 2. bölümünün 1. kesiminde¹⁵⁷ ve 30. maddesinde¹⁵⁸ tanınan haklar için başvurulabilecek bir yoldur. Amparo başvurusu her ne kadar İspanyol Anayasası'nın 14-30. maddelerinde tanınan haklar için mümkün ise de bu maddeler arasında düzenlenmemiş ancak bu maddelerde tanınan hak ve özgürlüklerden biri ile bağlantılı olan hak ve özgürlükleri de konu edinebilmektedir¹⁵⁹.

İspanya Anayasası'nın 162. maddesinin 2. fıkrasının b bendine göre, “Amparo başvurusu, meşru menfaati olan herhangi bir gerçek ya da tüzel kişi ve ayrıca Ombudsman ve Cumhuriyet savcılığı tarafından yapılabilir.” Görüldüğü üzere Anayasa, amparo başvurusunda bulunabilecekleri üç grupta toplamaktadır; amparo başvurusu kapsamında korunan bir temel hak ve özgürlüğü ihlal edilen “kişiler”, “Ombudsman” ve “Cumhuriyet savcılığı”. Bu düzenleme ile başvuru hakkı sadece hakkı ihlal edilen kişilerle sınırlanmamış; bu hak, Ombudsman ve Cumhuriyet Savcılığı'na da tanınmıştır. Savcılık, amparo başvurusunun her aşamasında davaya müdahil olabilir¹⁶⁰. Ombudsman'ın ya da savcılığın başvurması halinde, ilgililerin davaya katılmasını sağlamak amacıyla şikâyet bakan Komisyon ya da Bölümün

¹⁵⁶ Kanun önünde eşitlik (m. 14).

¹⁵⁷ İspanya Anayasası'nın 1. Kısmının 2. Bölümünün 1. Kesiminde tanınan haklar şunlardır: Yaşam hakkı (m. 15), fikir ve inanç özgürlüğü (m. 16), kişisel özgürlük (m. 17), mahremiyet hakkı, konut dokunulmazlığı (m.18), ikamet ve seyahat özgürlüğü (m. 19), ifade özgürlüğü (m. 20), toplantı hakkı (m. 21), dernek kurma hakkı (m. 22), katılım hakkı (m. 23), hakların kanunen korunması (m. 24), cezanın kanuniliği ilkesi ve zorla çalıştırma yasağı (m. 25), Haysiyet Divanı yasağı (m. 26), eğitim öğretim özgürlüğü ve üniversite özerkliği (m. 27), sendikal özgürlük ve grev hakkı (m. 28), dilekçe hakkı (m. 29).

¹⁵⁸ Askerlik hizmeti ve vicdani ret (m. 30).

¹⁵⁹ Arnwine, “İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu”, *op. cit.*, s. 252.

¹⁶⁰ Savcılığa bu yetkinin tanınmasının nedeni, savcılık makamının Roma hukukundan kaynaklanan yargı sürecinin yasallığını denetlemek, yurttaş haklarını, genel düzeni veya toplum menfaatinin korumak gibi geleneksel görevlerine bağlılıktan kaynaklanmaktadır. Faller, Hans Joachim, “Das Spanische Verfassungsgericht” Jahrbuch des öffentlichen Rechts (29), 1980, s. 284 (279-293); Aktaran, Göztepe, “Anayasa Şikayeti”, *op. cit.*, s. 35-36.

davayı ilgililere bildirmeleri veya Resmi Gazete’de ilan yoluyla duyurmaları gerekmektedir (Organik Kanun¹⁶¹, m. 46/2).

Anayasanın 53/2. maddesinde amparo başvurusunda bulunacaklar için “vatandaş” terimi kullanılırken, 162/1b maddesinde “kişi” terimi kullanıldığı görülmektedir. Ayrıca, İspanya Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşuna ilişkin 3 Ekim 1979 tarih ve 1979/2 sayılı Organik Kanun’un 46. maddesinin 1. fıkrasında da vatandaş terimi yerine “kişi” terimi kullanılmıştır. Dolayısıyla amparo başvurusu sadece İspanya vatandaşlarının başvurabileceği bir hukuki yol değildir. Zaten İspanya Anayasa Mahkemesi de kişi kavramını İspanyol vatandaşları ile sınırlı yorumlamamakta; insan onuru ve buna bağlı hakların korunması gibi belirli temel hak ve özgürlükler için yabancılar da dâhil olmak üzere, bütün kişilerin amparo başvurusunda bulunabileceğini kabul etmektedir¹⁶². Ancak seçme ve seçilme hakkı ya da kamu görevine girme hakkı gibi sadece İspanya vatandaşlarına tanınan haklar için yabancılar amparo başvurusunda bulunamazlar¹⁶³. Kural olarak özel hukuk tüzel kişileri, üyeleriyle ilgili durumlarda amparo başvurusu yapabilirler¹⁶⁴. Ayrıca kimi bazı durumlarda kamu hukuku tüzel kişilerinin de amparo başvurusunda bulunması mümkündür¹⁶⁵.

İspanya’da amparo başvurusu kamu gücü işlemlerinden, eylemlerinden veya ihmallerinden kaynaklanan temel hak ve özgürlük ihlalleri için yapılabilir. Buradaki kamu gücünden kasıt, devlet ve özerk bölgelerin kamu kurumları ya da yerel, hizmetsel ya da kurumsal nitelikteki diğer kamu kurumlarıdır¹⁶⁶ (Organik Kanun, m. 41/2). Amparo başvurusu esas olarak kamu gücünden kaynaklanan ihlallere karşı

¹⁶¹ Organic Law 2/1979 on the Constitutional Court, of 3 October 1979, <http://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/normasreguladoras/Lists/NormasRegPDF/LOTC-en.pdf> (29.11.2012).

¹⁶² Baamonde, Maria Emilia Casas, “Amparo Başvurusu”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 24 Nisan 2009, s.102.

¹⁶³ “Karşılık ilkesiyle uyumlu olmak şartıyla yerel seçimlerde oy verme ve seçilme hakkı hakkıyla ilgili yapılan bir anlaşma veya kanunla düzenlenmiş durumlar hariç, 23. maddede tanınan haklara sadece İspanyollar maliktir.” (İspanya Any., m. 13/2).

¹⁶⁴ İspanya Anayasa Mahkemesi, meslek örgütlerinin, parlamento gruplarının, sendikaların, üniversitelerin ve siyasi partilerin kendi üyeleri ile ilgili durumlarda amparo başvurusunda bulunmalarını kabul etmiştir. Arnwine, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, *op. cit.*, s. 257.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Bu kurumlar içinde belediyeler, meslek odaları, sosyal güvenlik kurumlarının ve kamu şirketlerinin yönetim organları, Kamu kurumu niteliğini haiz olan İspanyol Radyo Televizyon Kurumu, kamu hizmeti gören imtiyazlı şirketler vb. yer alır. *Ibid.* s. 254.

temel hak ve özgürlükleri korumakla beraber, bazen özel kişilerden kaynaklanan ihlallere karşı da koruma sağlar. Eğer bir kamu gücü, özel kişiden kaynaklanan temel hak ve özgürlük ihlalini engellemez veya bu ihlale bir çözüm bulamaz ise ihlale çözüm bulmakla görevli ve yetkili bulunan kamu gücü aleyhine amparo başvurusu yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir¹⁶⁷.

Temel hak ve özgürlük ihlali yasama, yürütme ya da yargı organlarının işlemlerinden kaynaklanabilir. İspanya'da kural olarak yasama işlemlerine karşı amparo başvurusu mümkün değildir. Ancak, parlamentonun veya organlarının, özerk toplulukların yasama meclislerinin veya organlarının, kanun niteliğinde olmayan kararları ve kararnamelerinin temel hakları ihlal etmesi durumunda, bunlar aleyhine amparo başvurusunda bulunmak mümkündür (Organik Kanun, m. 42). Başka bir ifade ile parlamentonun kanun adı altında yaptığı işlemlere karşı amparo başvurusu mümkün değil iken, karar şeklindeki işlemlerine karşı mümkündür.

Merkezi hükümetin veya özerk toplulukların yürütme organlarının otoritelerinden, bunların memurlarının ve diğer görevlilerinin yaptığı işlemlerden kaynaklanan temel hak ve özgürlük ihlallerine karşı amparo başvurusu mümkündür (Organik Kanun, m. 43). Yani ister merkezi ister özerk bölgelerin olsun, yürütmenin işlemlerinden kaynaklanan temel hak ve özgürlük ihlalleri amparo başvurusunun konusu olabilirler. Yürütmenin bir parçası olmasına rağmen, Kral'ın sorumsuzluğu ilkesi esas olduğundan, Kral'ın işlem ve eylemlerine karşı amparo başvurusunda bulunulamaz¹⁶⁸.

Yargı organının bir kararından ya da ihmalinden dolayı bir temel hak ya da özgürlüğün doğrudan¹⁶⁹ ve güncel olarak ihmali söz konusu ise yargı gücünün bu karar ya da ihmaline karşılık amparao başvurusunda bulunulabilir¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Guerra, Luis Lopez, "İspanya Uygulaması, Amparo Başvurusu-Konuşma", *AIHM ve Türkiye-II Anayasa Şikâyeti ve AIHM / ECtHR and Turkey – II Constitutional Complaint and ECtHR Internatioanl Sermposium*, Ed. Ahmet Taşkın, 10 Aralık 2010 Ankara, s.71.

¹⁶⁸ Arnwine, "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", *op. cit.*, s. 256.

¹⁶⁹ Yargı kararlarında doğrudanlık, şartının aranmasının nendi, yargı kararlarının başka bir karar ya da işleme gerek kalmaksızın başvuranın hakkını ihlal ediyor olmasıdır. *Ibid.*

¹⁷⁰ İspanya'da Siyasi Partiler Organik Yasası (m. 11/7) gereğince, siyasi parti kapatma kararlarına karşı da anayasa şikâyeti mümkündür.

Özetle İspanya’da amparo başvurusu yasamanın kanun niteliği taşımayan işlemleri hariç olmak üzere; parlamento kararlarına, yürütmenin işlem ve eylemlerine ve yargı kararlarına karşı mümkündür. Avrupa Birliği dâhil, İspanya’nın üye olduğu uluslararası kuruluşlar veya yabancı devlet organlarından kaynaklanan temel hak ve özgürlük ihlali için bu ihlali yapanlar aleyhine amparo başvurusunda bulunulamaz¹⁷¹.

Amparo başvurusu, ikincil nitelikte olağanüstü bir kanun yolu olduğu için bir temel hak ve özgürlük ihlali durumunda öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekir. Olağan kanun yollarının tüketilmesine rağmen ihlal giderilememiş ise ancak o zaman Anayasa Mahkemesi’ne amparo başvurusunda bulunulabilir. Kanun yollarının tüketilmesi kural olarak hem yasamanın hem yürütmenin işlemleri hem de yargının kararlarından kaynaklanan ihlaller için geçerlidir. Ancak merkezi parlamentonun ve özerk topluluk meclislerinin kanun niteliğinde olmayan kararları için kanun yollarının tüketme şartı aranmaz. Bunun istisnası, yasama organı içinde görev yapan personel ile ilgili idari nitelikteki karar ve işlemlerdir. Bu tür karar ve işlemler her ne kadar parlamento kararı olsa da bu tür işlemler için amparo başvurusunda bulunmadan evvel kanun yollarını tüketmek şarttır¹⁷².

İspanya’da kanunlara karşı amparo başvurusu yapılamamkla birlikte, parlamento kararlarına karşı amparo başvurusu, bu kararların kesinleştiği tarihten itibaren 3 ay (Organik Kanun, m. 42); parlamentonun idari nitelikteki karar ve işlemlerine, yürütmenin karar ve işlemlerine karşı 20 gün (m. 43/2); yargı kararlarına karşı ise süre, bu kararların ilgiliye tebliğinden itibaren 30 gündür (m. 44/2). Söz konusu sürelerin, durması ya da uzatılması mümkün değildir. Dolayısıyla bu süreler niteliği itibari ile hak düşürücü niteliktedir¹⁷³.

Son olarak amaparo başvurusu ile ilgili temel usul kurallarına değinmek gerekirse, amparo başvurusu yazılı olarak bir temsilci aracılığı ile Anayasa

¹⁷¹ Arnwine, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, *op. cit.*, s. 257.

¹⁷² *Ibid.*, s. 259; Baamonde, *op. cit.*, s. 104; Guerra, *op. cit.*, s. 71.

¹⁷³ Arnwine, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, *op. cit.*, s. 261.

Mahkemesi'ne¹⁷⁴ yapılır (Organik Kanun, m. 49). Yani amparo başvurusunda başvuran bir avukat ile temsil edilmek zorunludur. Başvuranın avukat için mali gücü yetersiz ise barolarca sağlanan adli yardımdan yararlanmak için barolara başvurulabilir¹⁷⁵. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurular kural olarak bir harca tabi değildir. Ancak maliyetlerin karşılanması, başvuranın başvuru hakkını kötüye kullanması durumlarında mahkeme bir ödenceye karar verebilir¹⁷⁶.

Başvuru yapıldıktan sonra, öncelikle üç yargıçtan oluşan Komisyon tarafından ilk inceleme yapılır. İlk incelemede başvurunun aranan koşulları taşıyıp taşımadığına bakılır. İlk inceleme sonucuna eğer başvuru oybirliği ile reddedilirse buna sadece savcılık üç gün içerisinde itiraz edebilir ve bu itiraz hakkında aynı Komisyon karar verir (Organik Kanun, m. 50/3). Komisyonun itiraz üzerine verdiği karar kesindir. Eğer ilk inceleme sonucu başvuru oy çokluğu ile reddedilirse buna hem savcı hem de dilekçe sahibi itiraz edebilir. Bu durumda itiraz süresini, kararı veren Komisyon belirler ancak bu süre on günü geçemez (Organik Kanun, m. 51/1). Yine bu durumda da itiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Bu kararlara karşı başka bir yere başvurulamaz. İlk inceleme sonucu başvuru reddedilmez ise esastan incelenmek üzere altı yargıçtan oluşan Bölüm'e gönderilir.

Amparo başvurusunda bulunan kişi Mahkemeden her zaman geçici tedbir talebinde de bulunabilir (Organik Kanun, m. 56/4). Komisyon ya da Bölüm, başvuranın amacını ortadan kaldıracak düzeyde ağır bir zararın doğma olasılığını görüyor ise başvuranın talebi üzerine geçici tedbir kararı alabilir (Organik Kanun, m. 56/3). Ancak geçici tedbir kararının alınması, kamu yararına veya üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ağır bir şekilde zarar verecek ise bu talep Mahkemece reddedilir (Organik Kanun, m. 56/4-5). Geçici tedbir talebine ilişkin kabul ya da ret kararı, koşulların değişmesiyle her zaman değiştirilebilir (Organik Kanun, m. 57).

Bölümlerce esastan yapılan inceleme sonucunda, amparo başvurusunun kabulüne karar verilirse Mahkeme, başvuruya konu olan yasama, yürütme ya da

¹⁷⁴ İspanya'da Anayasa Mahkemesi toplam 12 hâkimden oluşmaktadır. Bu hâkimlerin tümü genel kurulu oluşturur. Genel Kurul'un yanı sıra 6'şar hakimden oluşan iki Bölüm ve her Bölüm de 3 hâkimden oluşan iki Komisyondan oluşur (İspanya Anayasası, m. 7).

¹⁷⁵ Guerra, *op. cit.*, s. 71-72.

¹⁷⁶ Arnwine, "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", *op. cit.*, s. 265.

yargının işlem veya kararını iptal eder ve ihlalin giderilmesi için alınması gereken tedbirleri de kararında belirtebilir (Organik Kanun, m. 55/1-c). Eğer, amparo başvurusu kapsamında korunan temel hak ya da özgürlüğü ihlal eden işlem ya da kararın dayanağı olan kanun, Anayasanın 14-30. maddelerinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklere aykırı ise amparo başvurusunu inceleyen Bölümden ihlale konu işlem ya da karara dayanak teşkil eden kanunun iptali istenebilir. Böyle bir durumda, iptali istenen kanunun, Anayasa uygunluk denetiminin yapılması için Bölüm itiraz yolu ile talebi Anayasa Mahkemesi genel kuruluna götürür (Organik Kanun m. 55/2). Anayasa Mahkeme'si genel kurulu, itiraz üzerine önüne gelen kanunun, Anayasanın 14-30. maddeleri açısından anayasallığını denetler ve kanunun anılan maddelerden herhangi birine aykırılı olduğu kanaatine varır ise kanunu iptal eder.

Bölüm, benzer konuda daha önceden var olan içtihadından farklı bir karar alacak ise konu, Anayasa Mahkemesi genel kuruluna götürülür (Organik Kanun, m. 13). Mahkeme'nin vereceği kararlar İspanya iç hukuku açısından kesin hüküm niteliğindedir (İspanya Anayasası, m. 164/1; Organik Kanun, m. 93/1). Amparo başvurusu neticesinde verilen kararlar kural olarak taraflarla sınırlı (inter partes) etki gösterir¹⁷⁷.

1.5.3. Avusturya

Avusturya, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruyu (Avusturya hukukundaki adıyla anayasa şikâyeti), ilk uygulayan ülke olması, Avrupa modeli anayasa yargısının doğduğu yer olması ve Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun sadece idarenin eylem ve işlemlerine karşı tanınmış olması; başka bir ifade ile Almanya ve İspanya'daki Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurulara oranla kapsamının çok dar tutulmuş olması açısından ilginç bir örnektir.

Avusturya'da Anayasa Mahkemesi'ne¹⁷⁸ bireysel başvuru Avusturya Federal Anayasası'nın¹⁷⁹ 144. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, idarenin bir kararıyla

¹⁷⁷ Arnwine, "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", *op. cit.*, s. 261.

¹⁷⁸ Avusturya Anayasa Mahkemesi, Bir başkan, bir başkanvekili, on iki üye ve altı yedek üyeden oluşur (Avusturya Federal Anayasası, m. 147/1).

¹⁷⁹ Avusturya Federal Anayasası, T.C. Adalet Bakanlığı, *op. cit.*; <http://legislationline.org/documents/section/constitutions>, (01.12.2012)

ya da kanuna aykırı bir kanun hükmünde kararnamenin, anayasaya aykırı bir kanunun veya bir uluslararası sözleşmenin uygulanmasından dolayı bir idari işlem veya eylem ile Anayasayla güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, Anayasa Mahkemesi'ne şikâyetinde bulunabilirler (Avusturya Federal Anayasası, m. 144/1). Bu düzenlemeden da açıkça anlaşıldığı üzere Avusturya da anayasa şikâyeti idari makamların nihai kararlarına karşı başvurulabilen bir yoldur¹⁸⁰. Avusturya'da anayasa şikâyeti her ne kadar doğrudan idari işlem ve eylemlere karşı mümkün ise de Anayasa'nın 144/1 maddesindeki düzenlemeden anlaşıldığı üzere, bir idari işlem veya eyleme dayanak teşkil eden kanuna aykırı bir kanun hükmünde kararnameye, Anayasaya aykırı bir kanuna veya bir uluslararası sözleşmeye karşı da dolaylı olarak anayasa şikâyeti mümkündür. Başka bir ifade ile aleyhine anayasa şikâyetinde bulunulan idari işlem ve eylemin bir temel hak ve özgürlüğü ihlal edip etmediği denetlenirken, bu idari işleme dayanak teşkil eden kanun hükmünde kararname, kanun ve uluslararası sözleşmenin de anayasallığı denetlenmektedir. Şöyle ki başvuru, şikâyet dilekçesinde şikâyet sebepleri olan idari işlemi belirtir. Eğer şikâyet konusu idari işlem Anayasaya aykırı bir norma dayanıyorsa ve ihlal de bu yüzden gerçekleşmişse dilekçesinde bu hususa da yer verir. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi şikâyet konusu idari işleme dayanak teşkil eden bir kanunsa, kanunun Anayasaya aykırı olup olmadığını; bir düzenleyici işlemse düzenleyici işlemin kanuna aykırı olup olmadığına bakar. Bu konuda kanaat getirirse konuyu bir ön mesele haline getirir ve normların Anayasa'ya uygunluk sürecini resen başlatır. Bu denetim sonuçlandırıldıktan sonra anayasa şikâyeti incelenir ve sonuçlandırılır¹⁸¹. Özetle Avusturya'da idari işlemlere karşı doğrudan, bu işlemlere dayanak teşkil eden kanunlara ve düzenleyici idari işlemlere karşı dolaylı bir anayasa şikâyeti mümkün iken yargı kararlarına karşı anayasa şikâyeti mümkün değildir.

Avusturya Federal Anayasası'nın 144. maddesi, Anayasa'daki bütün hak ve özgürlükler için anayasa şikâyetini mümkün kılmaktadır. Bu da Avusturya'daki anayasa şikâyetinin koruma sağladığı hakların kapsamı açısından Almanya'daki

¹⁸⁰ Holzinger, Gerhart, "Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru", *Anayasa Yargısı* 26, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 24 Nisan, 2009, s. 62.

¹⁸¹ *Ibid.*, s.63-64.

benzerinden daha geniş kapsamlı olduğunu, buna karşın sadece idarenin eylem ve işlemlerine karşı koruma sağlaması açısından da daha dar kapsamlı olduğunu göstermektedir.

Avusturya’da anayasa şikâyeti sadece Avusturya vatandaşlarına tanınmış bir hak değildir. Bu haktan yabancılar da yararlanabilir. Ayrıca özel hukuk tüzel kişilerinin hatta tüzel kişiliği olmamasına rağmen seçmen gruplarının da bu hakka sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁸². Almanya’daki komünal anayasa şikâyetinde olduğu gibi Avusturya’da da belediyelerin de özerk yönetim ilkesi gereğince kendilerine tanınan hakların ihlal edildiği iddiası ile anayasa şikâyetinde bulunma hakları vardır¹⁸³.

Avusturya’da da kumrun ikincil niteliğinin bir gereği olarak, anayasal bir hak ve özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası ile anayasa şikâyetinde bulunacakların, bu yola başvurmadan evvel kanun yollarını tamamen tüketmiş olmaları gerekmektedir. (m. 144/1). Kanun yollarını tüketen kişiler, kanun yolundaki son kararın kendilerine bildirilmesinden itibaren altı hafta içerisinde Federal Anayasa Mahkemesi’ne anayasa şikâyetinde bulunabilirler (Avusturya Anayasa Mahkemesi Kanunu¹⁸⁴, m.81/1). Sözlü olarak açıklanan kararlara karşı ise süre işlemin öğrenildiği tarihten itibaren başlar¹⁸⁵.

Anayasa Mahkemesi makul şartlarda şikâyetin sonuca ulaşma şansını görmüyor ise veya karardan bir anayasal meseleyi halletmesi beklenmiyor ise başvuruyu reddedebilir (Avusturya Federal Anayasası, m. 144/2). Görülecek dava Anayasa’nın 133. maddesine göre, Danıştay’ın yetkisi dâhilinde ise başvuru sahibinin başka bir hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespiti için başvuru sahibinin talebi üzerine şikâyet, Danıştay’a havale edilir (m. 144/3). Ancak şikâyet, 133. madde hükmü gereğince Danıştay’ın yetkisi dâhilinde değil ise Anayasa Mahkemesi’nce şikâyetin reddi mümkün değildir (m. 144/2).

¹⁸² Schuler, Andrea Hans, Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich, Zürich, Verlag Schulthess, 1968, s. 178; Aktaran, Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, *op. cit.*, s. 29.

¹⁸³ Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, *op. cit.*, s.29-30.

¹⁸⁴ Constitutional Court Act, <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishvfgh.pdf> (01.12.2012).

¹⁸⁵ Holzinger, *op. cit.*, s. 62.

Başvuru dilekçesinde iptal edilmesi istenen karar, iptal isteminin gerekçeleri belirtilmelidir (m. 82). Başvuru esastan incelenmek üzere kabul edildikten sonra, Anayasa Mahkemesi bütün anayasal haklar açısından bir inceleme yapmaktadır. Başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesi hangi hakkın ihlal edildiği konusunda başvurunun talebiyle bağlı değildir¹⁸⁶. Dolayısıyla başvuru dilekçesinde ihlal edildiği iddia edilen hakkın somut olarak belirtilmesi şart değildir¹⁸⁷.

Mahkemenin daha hızlı ve verimli bir inceleme yapabilmesi için anayasa şikâyetinde şikâyetçinin avukat aracılığı ile temsili zorunludur (Avusturya Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 17/2). Başvurucunun maddi imkânlarının yetersiz olması durumunda başvuru adli yardımdan yararlandırılır. Adli yardımdan yararlandırılan başvurulardan mahkeme masrafları talep edilmez, kendilerine ücretsiz olarak avukat temin edilir¹⁸⁸.

Anayasa Mahkemesine yapılan başvurunun durdurucu etkisi yoktur. Mahkemenin giderilmesi güç zararların doğması ihtimaline karşılık, esas hakkındaki kararını verinceye dek başvuranın talebi üzerine geçici tedbir kararı vermesi mümkündür (m. 85).

Anayasa Mahkemesi başvuruyu esastan inceledikten sonra başvurunun kabulüne karar verirse, başvuranın anayasal hakkını ihlal eden kararın, kanuna aykırı kanun hükmünde kararnameden mi, anayasa aykırı kanun veya uluslararası sözleşmenin uygulanmasından mı kaynaklandığını açıkça tespit eder ve kararı iptal eder. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararını müteakiben idari makamlar kararın gereğini derhal yerine getirmek zorundadırlar (m. 87).

Mahkeme, şikâyetin masraflarını başvuranın talebi üzerine başvurusu reddedilen veya başvuranın şikâyetini kabul eden tarafa yüklenmesine karar verebilir. Aynı uygulama, başvuranın başvurusu hakkında karar verilmeden evvel başvurusunu geri alması durumunda da caridir (m. 88).

¹⁸⁶ *Ibid.*, s. 63.

¹⁸⁷ Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, *op. cit.*, s. 30.

¹⁸⁸ Holzinger, *op. cit.*, s. 62.

1.5.4. Güney Kore

Güney Kore, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun (Güney Kore'deki adıyla anayasa şikâyeti davası) yasama ve yürütmenin işlemlerine karşı tanınmış olması; başka bir ifadeyle yargı kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunmamanın yasak olması ve farklı bir coğrafi bölgeden (Uzak Doğu) olması açısından ilginç bir örnektir.

Güney Kore'de anayasa yargısı 1948 yılından beri var olsa da¹⁸⁹ bugünkü Anayasa Mahkemesi¹⁹⁰, 1988 yılında kurulmuştur¹⁹¹. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ise 1987 tarihindeki dokuzuncu Anayasa değişikliği ile sisteme dâhil olmuştur¹⁹². Anayasa Mahkemesi'nin görevlerini düzenleyen Güney Kore Cumhuriyeti Anayasası'nın 111. maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerinden birinin de kanunda öngörülen bireysel başvuruları yargılamak olduğu belirtilmektedir (Güney Kore Cumhuriyeti Anayasası, m. 111/1-5). Anayasadaki bu hüküm doğrultusunda, Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 68. maddesinde iki tür bireysel başvuru düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi Kanunu¹⁹³, m. 68/1'e göre, "Anayasa tarafından güvence altına alınan temel haklarından biri kamu gücünün kullanılması veya kullanılmamasından dolayı ihlal edildiğini iddia eden herkes, Anayasa Mahkemesi'ne anayasa şikâyeti davası açabilir. Anayasa Mahkemesi kararları ve genel mahkemelerin kararlarına karşı anayasa şikâyeti davası açılmaz. Anayasa şikâyeti davası açabilmek için kanunda öngörülen yolların tüketilmesi şarttır." Bu

¹⁸⁹ Güney Kore'de anayasa yargısı 1948 yılından beri Anayasa Komitesi, Yüksek Mahkeme ve son olarak Anayasa Mahkemesi eliyle yerine getirilmiştir. Ancak 1988 yılında mevcut Anayasa Mahkemesi kurulana dek baskıcı yönetim nedeniyle 40 yıllık dönemde anayasa yargısında görülen dava 10'un altındaydı. Dae-Jong, Kim, "Anayasa Şikâyeti Sistemi: Kore Deneyimi", *Anayasa Yargısı* 26, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2009, s. 145.

¹⁹⁰ Güney Kore Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi 9 yargıçtan oluşmaktadır (Güney Kore Cumhuriyeti Anayasası, m. 111/2.) The Constitution of the Republic of Korea, http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=214459 (17.12.2012).

¹⁹¹ Ginsburg, Tom, "The Constitutional Court and the Judicialization of Korean Politics" <http://lexglobal.org/files/The%20Constitutional%20Court%20and%20the%20Judicialization%20of%20Korean%20Politics.pdf> (17.12.2012).

¹⁹² Venice Commission, "Past and Present of the Korean Constitutional Justice -Independence of the Constitutional Court of Korea-", http://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/KOR_Constitutional_Court_E.pdf (17.12.2012).

¹⁹³ Güney Kore Anayasa Mahkemesi Kanunu, The Constitutional Court Act, http://english.ccourt.go.kr/home/att_file/download/constitutional_court_act.pdf (17.12.2012).

hükümden anlaşıldığı üzere Güney Kore’de anayasa şikâyeti davası yasama ve yürütmenin işlemlerine karşı söz konusudur. Yargı kararlarına karşı Güney Kore’de AMBB’de bulunmak mümkün değildir. Güney Kore’deki bu düzenleme bu yönüyle oldukça ilgi çekicidir.

Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 68. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen bireysel başvuru ise somut norm denetiminin farklı bir uygulaması şeklindedir. Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 68/2’ye göre, taraflardan birinin, Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 41. maddesine göre görülmekte olan bir dava esnasında davaya uygulanacak normun Anayasaya aykırı olduğu iddiasında bulunması ve bu iddianın davaya bakan mahkemece reddedilmesi durumunda, Anayasaya aykırılık iddiasında bulunan taraf, bu iddiasını doğrudan Anayasa Mahkemesi’ne taşıyabilir. Bu şekilde anayasa şikâyeti davasına konu edilen norm, Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilirse, bu durum itirazda bulunun tarafa, yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunma hakkı verir¹⁹⁴. Bu denetim türü, taraflara, davada uygulanacak normu, davaya bakan hâkimin inisiyatifi dışında Anayasa Mahkemesi önüne götürme imkânı tanınması açısından klasik somut norm denetiminden; bu hakkın sadece görülmekte olan bir dava esnasında olaya uygulanacak normla sınırlı olarak taraflara tanınması (herkese tanınmaması) açısından da popüler davadan ayrılmaktadır.

Başvuru sahibi ancak kendisinin güncel bir hakkının kamu gücü tarafından doğrudan doğruya ihlal edilmesi durumunda anayasa şikâyeti davası açabilir. Potansiyel olarak bir zarara uğrama tehlikesinin ortaya çıkması başvuru için yeterli değildir. Bu koşullar gerçekleşmiş olsa dahi başvuru sahibi, ikincilik prensibi gereği, Anayasa Mahkemesi’ne dava açmadan evvel bütün kanun yollarını tüketmek zorundadır¹⁹⁵. Ancak bu şartın başvuranın kusurundan kaynaklanmayan bir nedenden dolayı yerine getirilememiş olması, mevcut kanun yollarına başvurmanın ihlali gideremeyeceği yönünde yüksek bir ihtimalin varlığı ve söz konusu kanun

¹⁹⁴ Dae-Jong, Kim, *op. cit.*, s. 147.

¹⁹⁵ Kim, Yang-Kyun, “Kore’de Anayasal Başvuru Sistemi”, *Anayasa Yargısı* 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 25-26-27 Nisan, 1992, s. 348-350.

yollarının ihlali gidermek için elverişli olup olmadığı konusunda ciddi şüphelerin bulunması durumunda Anayasa Mahkemesi bu şartı aramamaktadır¹⁹⁶.

Anayasa Mahkemesi'ne anayasa şikâyeti davası açmak için Anayasa'da öngörülen süre, şikâyet konu hak ihlalinin öğrenilmesinden itibaren 90 gün ve her halükarda ihlalin gerçekleşmesinden itibaren 1 yıldır. Anayasa Mahkemesi'ne kanun yolları tüketildikten sonra başvurulması durumunda ise başvuru süresi, kanun yolları tüketilirken en son kararı veren yerin kararının başvurana bildirilmesinden itibaren 30 gündür (Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 69).

Güney Kore'de, anayasa şikâyeti davası, Anayasa Mahkemesi'ne verilecek yazılı bir dilekçe ile açılır¹⁹⁷. Davanın bir vekil aracılığı ile takip edilmesi gerekmektedir. Başvuranın dilekçesinde şikâyet konusu ihlali, bu ihlalin hangi kamu gücünün işleminden, eyleminden veya ihmaliinden kaynaklandığı ve hangi hakkının ihlal edildiğinin belirtilmesi gerekir (m. 71/1)

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurular, öncelikle üç yargıçtan oluşan Panel'de incelenir (m. 72/1). Panel başvuruları kabul edilebilirlik şartları açısından inceler. Burada yapılan incelemede başvurunun kanun yolları tüketilmeden yapılmış olması, bir yargı kararına karşı yapılmış olması, kanunda öngörülen süreye uyulmadan yapılmış olması, vekil olmadan yapılmış olması veya anayasa şikâyetinin kabul edilmesinin mümkün olmaması ve imkânsızlığın da giderilememesi durumlarında Panel oybirliği ile başvuruları reddeder (m. 72/3). Oybirliği ile reddedilmeyen başvurular 9 yargıçtan oluşan Genel Kurul'a gider (m. 72/4). Genel Kurul en az yedi üye toplanır ve toplananların salt çoğunluğu ile karar alır (m. 23/1). Ancak Anayasa Mahkemesi içtihatlarını değiştirmesi, kanunların iptali, yüce divan sıfatıyla cezalandırma, siyasi partilerin kapatılması ve anayasa şikâyetleri konusundaki kararlar en az altı üyenin aynı yönde oy kullanması ile alınır (m. 23/2).

¹⁹⁶ *Ibid.*, s. 351.

¹⁹⁷ Güney Kore'de Anayasa Mahkemesi'ne dilekçeler günün 24 saatinde verilebilmektedir. Bu dilekçeler gece nöbetçi kalemce alınır. Uygulama'da dilekçelerin genellikle elektronik ortamda (e-mail) aracılığı ile gönderildiği görülmektedir. Dae-Jong, Kim, *op. cit.*, s. 150-151.

1.5.5. Meksika

Meksika, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun (Meksika'daki adıyla amparo) kapsamının çok geniş tutulması ve Latin Amerika ülkelerinden bir örnek olması açısından ilginçtir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru Meksika'da, ilk defa 1841 tarihli Yucatán Eyaleti Anayasası'nda öngörülmüştür. Kurumun Meksika'da federal düzeyde tanınması ise 1847 tarihinde olmuştur¹⁹⁸. Daha sonra 1857 Anayasası ve halen yürürlükte olan 1917 tarihli Anayasa¹⁹⁹ da bu kuruma yer vermiştir²⁰⁰.

Amparo başvurusuna ilişkin hükümler Meksika Anayasası'nın 103. ve 107. maddelerinde yer almaktadır. 103. Maddede federal mahkemelerin kamu gücünden kaynaklanan temel hak ve özgürlük (individual guarantees) ihlali iddiaları üzerine yapılan başvuruları incelemekle görevli olduğu belirtilmiş; 107. maddede ise konunun ayrıntılarına yer verilmiştir²⁰¹. Amparo başvurusuna ilişkin özel ve ayrıntılı hükümler Anayasa'nın yanı sıra Amparo Kanunu'nda (Amparo Law-Ley de Amparo) ve Federal Adalet Sistemi Teşkilat Kanunu'nda yer almaktadır²⁰².

Meksika'da amparo, Anayasada tanınan temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişilerin başvurabildikleri bir yoldur²⁰³. Meksika'da esas olarak iki tür amparo söz konusudur. Bunlardan ilki “amparo directo” olarak adlandırılan bütün kesinleşmiş yargı kararlarına ve idari kararlara karşı yapılan amparo başvurusudur. İkincisi de “amparo indirecto” olarak

¹⁹⁸ Pimentel, Genora David Gongora, “Amparo Ne İçindir”, *Anayasa Yargısı* 26, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2009, s. 164.

¹⁹⁹ Usta, Mesut, Meksika Ülke Raporu, <http://latinamerika.ankara.edu.tr/ulkeraporlari/meksika.pdf> (21.12.2012).

²⁰⁰ Arnwine, “Anayasa Şikâyeti”, *op. cit.*, s. 39-40.

²⁰¹ Constitution of Mexico, http://www.oas.org/juridico/mla/en/mex/en_mex-int-text-const.pdf (21.12.2012).

²⁰² Rodriguez, Jorge ve Manuel Valdez, “Frequently Asked Question on Lawsuits and Amparo Procedures in México – I”, <http://www.pvmirror.com/realestate/219/amparoprocedures.html> (21.12.2012).

²⁰³ *Ibid.*

adlandırılan ve niteliği itibari ile bir yargı kararı ya da idari karar olmayan ve geniş bir alana yayılan diğer kamu gücü işlemlerine karşı yapılan amparo başvurusudur²⁰⁴.

Başvuranın bir temel hak ve özgürlüğünü ihlal ettiğini iddia ettiği kamu gücü işleminin niteliğine bağlı olarak aleyhine amparo başvurusu yapılabilecek kamu gücü işlemleri doktrinde beş grupta toplanmıştır. Bunlar²⁰⁵;

- a) Yaşam hakkı ve özgürlüğün korunması için amparo (*amparo libertad*). Bu başvuru türü, kişisel özgürlüklerin korunması için vardır. Habeas corpus ile eşdeğer bir koruma niteliğindedir.
- b) Yasalara karşı amparo (*amparo contra leyes*). Bu başvuru türü ile amaç kişinin temel hak ve özgürlüğünü ihlal eden kanunların anayasallığını denetlemektir²⁰⁶.
- c) Yargı kararlarına karşı amparo (*amparo casación*). Burada adli, idari, askeri bütün yargı kararlarına karşı, bu kararların anayasallığının ve yasallığının denetlenmesi amacıyla başvuru yapılması söz konusudur.
- d) Yürütmenin kararlarına ve işlemlerine karşı amparo (*amparo administrativo*).
- e) Toprak reformu sürecinde elde edilen köylü haklarının korunması için amparo (*amparo agrario*).

Amparo başvurusu özellikle “amparo indirecto” Meksika hukukunda bir dava olarak değerlendirilmektedir²⁰⁷. Bu davanın tarafları da bir temel hak ve özgürlüğünün kamu gücü tarafından ihlal edildiğini ileri süren herkes, Cumhuriyet savcısı, zarar gören üçüncü kişiler ve amparo başvurusuna konu olan kamu gücü

²⁰⁴ Rodriguez, Jorge ve Manuel Valdez, “Frequently Asked Question on Lawsuits and Amparo Procedures in México Part-II”, <http://www.pvmirror.com/realestate/220/amparoprocedures.html> (22.12.2012); Pinto-Leon, Ignacio, “Amparo Trial a Mexican Institution”, s. 13. <http://www.jurismex.com/Amparo%20Trial%20short%20version.pdf> (27.12.2012).

²⁰⁵ *Ibid.*; Pimentel, *op. cit.*, s. 164; Göztepe, *Anayasa Şikâyeti, op. cit.*, s. 37-38.

²⁰⁶ Yasalara karşı yapılan amparo başvurularında Yüksek Mahkeme sadece taraflarla sınırlı olmak üzere kanunun olaya uygulanmamasına karar vermektedir. Bir başka deyişle erga omnes etki doğuran bir karar vermemektedir. Göztepe, *Anayasa Şikâyeti, op. cit.*, s. 38. Ancak bağlayıcı emsal kararlarının erga omnes etkisi vardır. Pinto-Leon, *op. cit.*, s. 6.

²⁰⁷ Rodriguez, Jorge ve Manuel Valdez, “Frequently Asked Question on Lawsuits and Amparo Procedures in México Part-II” *op. cit.*

işlemini ya da eylemini gerçekleştiren kamu kurumudur²⁰⁸. Başka bir ifade ile Meksika’da temel bir hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia eden kişilerin yanı sıra, amparo kararından etkilenmesi muhtemel üçüncü kişiler ve Cumhuriyet savcısı amparo başvurusunda bulunabilmektedir. Amparo başvurusu Federal organların, Eyalet veya Belediye organlarının işlem ve eylemlerinden kaynaklanan ihlallere karşı yapılabilen bir başvurudur²⁰⁹. Bu kamu gücünün işlem ve eylemleri icrâi nitelikte olabileceği gibi ihmali nitelikte de olabilir²¹⁰. Federal Yüksek Mahkeme’nin amparo kararlarına, seçim ve siyasi konulardaki kararlara ve ordunun personeline vermiş olduğu askeri emir ve talimatlara karşı amparo başvurusunda bulunulamamaktadır²¹¹.

Amaparo başvurusu kapsamında korunan haklar ise Anayasa’nın birinci bölümünde yer alan “individual guarantees” başlığı altında (1-29. maddeler arasında) düzenlenen temel hak ve özgürlüklerdir²¹² (Meksika Federal Anayasası, m. 103/1).

Amparo başvurusu federal mahkemelere yapılır. Eyaletteki yerel mahkemelerin amparo başvurularını inceleme yetkisi yoktur (m. 103). Meksika’da bir Anayasa Mahkemesi olmadığı için²¹³ amparo başvuruları Federal Yüksek Mahkeme’ye yapılmaktadır (m. 103/1, 107/1). Meksika’da Anayasa Mahkemesi’nin işlevi Yüksek Mahkeme tarafından yerine getirilmektedir²¹⁴.

²⁰⁸ Pimentel, *op. cit.*, s. 164.

²⁰⁹ Pinto-Leon, *op. cit.*, s. 8.

²¹⁰ *Ibid.*, s. 10.

²¹¹ *Ibid.*, s. 11.

²¹² *Ibid.*, s. 8.

²¹³ Latin Amerika ülkelerinde anayasa yargısının kurumsallaşması yönünde bir eğilim olmakla beraber, bu ülkelerden Bolivya, Kolombiya, Şili, Ekvator, Guatemala ve Peru’da Anayasa Mahkemesi vardır. Kosta Rika, Nikaragua, El Salvador, Paraguay ve Venezüella’da ise müstakil bir Anayasa Mahkemesi yoktur. Bu ülkelerde Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkeme bünyesinde kurulmuştur. Brezilya, Honduras, Panama, Uruguay ve Meksika’da ise Anayasa Mahkemesi’nin işlevini Yüksek Mahkeme yerine getirmektedir. Pimentel, *op. cit.*, s. 181-182.

²¹⁴ Yüksek Mahkeme’nin amparo başvurularının yanı sıra, anayasal organlar arasındaki yetki uyuşmazlıkları, anayasaya uygunluk denetimi ve İl Mahkemeleri ve Bölge Mahkemeleri’nin anayasal koruma istemli davalarda verdikleri kararlara karşı yapılan temyiz başvurularının incelenmesi gibi geniş bir görev yelpazesi vardır. Bu iş yükünün altından kalkmak için Yüksek Mahkeme bünyesinde Yardımcı Daireler ve Bölge Yardımcı Mahkemeleri kurulmuştur. Anayasanın 94. maddesine göre Yüksek Mahkeme, Yardımcı Daireler ve Bölge Yardımcı Mahkemeleri arasındaki iş bölümünü düzenleme yetkisine sahiptir. Bu düzenleme yetkisi çerçevesinde Yüksek Mahkeme, önemli gördüğü davalara bakma yetkisini kendisinde saklı tutmakla beraber amparo başvuruları da dâhil olmak üzere, Anayasada bakmakla yetkili kılındığı davalara Bölge Yardımcı Mahkemeleri’nde bakılmasına müsaade etmektedir. *Ibid.*, s. 174-177.

Amparo başvurusunda bulunmadan evvel, kanunlarda öngörülen koruma araçlarına müracaat edilmesi; başka bir deyişle kanun yollarının tüketilmesi gerekir. Ancak yaşam hakkın riske girmesi, sürgün, insanlık dışı zalimane davranış veya işkence gibi kamu gücü işlemleri söz konusu olduğunda kanun yollarını tüketmek şart değildir²¹⁵.

Amaparo başvuru dilekçesinde, başvuranın ve varsa karardan etkilenmesi muhtemel üçüncü kişilerin kimlik ve adres bilgileri, bir temel hak ve özgürlüğü ihlal ettiği iddia edilen işlem ya da eylemi gerçekleştiren makam, bu makamın hangi işlem ve eyleminin hangi nedenle bir temel hak ve özgürlüğü ihlal ettiği, ihlalin etkileri ve ihlalin giderilmesi için istenenler açıkça belirtilmelidir²¹⁶.

Temel bir hak ve özgürlüğün, kamu gücünün bir işleminden veya eyleminden dolayı ihlal edildiği iddiasıyla yapılan amparo başvuruları esastan incelenmek üzere kabul edildikten sonra durum, iddianın muhatabı olan kamu gücü işlemini tesis eden makama bildirilir ve konu ile ilgili olarak savunması alınır. Bir temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olduğu ileri sürülen kamu gücü işleminin yürütülmesi, telafisi imkânsız veya güç zararların doğmasına neden olacak ise Mahkeme resen veya başvuranın talebi üzerine bu kamu gücü işleminin yürütülmesi durdurulabilir²¹⁷. Başka bir ifadeyle Mahkeme resen veya amparo başvurusunda bulunan kişinin talebi üzerine nihai karar verilinceye dek geçici tedbir kararı vermesi mümkündür.

Amparo başvurusunun esastan incelenmesi sonucunda davanın kabulü yönünde karar verilmesi durumunda, bu kararın yerine getirilip getirilmediğini denetleme yetkisi de Yüksek Mahkeme'ye aittir. Yüksek Mahkeme bir amparo kararının haklı bir gerekçeye dayanılarak uygulanmaması durumunda resen tazminata hükmedebilir. Ya da amparo kararının uygulanması halinde elde edilecek kişisel yararın kamu ve üçüncü kişiler için doğurması muhtemel zarar yanında küçük kalması durumunda, amparo kararının uygulanması yerine tazminata hükmedebilir. Aksi halde ilgili makamlar amparo kararını icra etmek zorundadırlar. Ayrıca Yüksek

²¹⁵ Pinto-Leon, *op. cit.*, s. 6.

²¹⁶ Pimentel, *op. cit.*, s. 164-165.

²¹⁷ Rodriguez, Jorge ve Manuel Valdez, "Frequently Asked Question on Lawsuits and Amparo Procedures in México Part-II" *op. cit.*; Pimentel, *op. cit.*, s. 165; Pinto-Leon, *op. cit.*, s. 15.

Mahkeme, bir amparo kararının yerine getirilmesi için gereken süreyi de belirleyebilir²¹⁸.

Meksika’da amparo başvurularının başvuran açısından mali bir külfeti yoktur. Yani harca tabi değildir. Eğer başvuran avukat tutmuşsa bunun vekâlet ücretini kendisi öder. Bazı temel hak ve özgürlük ihlali iddiasıyla yapılan başvurular için başvuranın talebi üzerine ve mali gücünün yetersiz olması koşulu ile kişiye ücretsiz avukat atanabilmektedir²¹⁹.

1.5.6. Macaristan

Karşılaştırmalı hukuk başlığı altında incelediğimiz Almanya, İspanya, Avusturya, , Güney Kore ve Meksika örneklerinin hepsinde, kamu gücü işlemiyle bir temel hak ya da özgürlüğü ihlal edilen kişinin doğrudan Anayasa Mahkemesi’ne başvurmasını öngören, gerçek anayasa şikâyetinin değişik uygulamalarından bahsedildi. Macaristan örneğinde 1 Ocak 2012 tarihine kadar bunların aksine sadece gerçek olmayan anayasa şikâyetine²²⁰ yer verilmekteydi. Ancak Macaristan’da 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren hukuki menfaat şartı söz konusu olmaksızın bir normun Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile herkese tanınan Anayasa Mahkemesi’ne başvurma hakkına yani *actio popularis* uygulamasına son verilmiş²²¹; bunun yerine iki tür gerçek anayasa şikâyeti uygulamaya sokulmuştur²²². İşte Macaristan, gerçek ve gerçek olmayan anayasa şikâyeti uygulamasına bir arada yer vermesi bakımından ilginç bir örnektir.

²¹⁸ Pimentel, *op. cit.*, s. 172-173.

²¹⁹ Rodriguez, Jorge ve Manuel Valdez, “Frequently Asked Question on Lawsuits and Amparo Procedures in México Part-II” *op. cit.*

²²⁰ 1.1. nolu başlık altında izah edildiği üzere, gerçek olmayan anayasa şikâyeti temel bir hak ve özgürlüğü ihlal ettiği iddia edilen yasal düzenlemeye karşı bütün kanun yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvurudur. Bu başvuru türünün gerçek anayasa şikâyetinden farkı, temel hak ve özgürlüğün ihlaline yol açan yargı kararına veya idari işleme karşı değil; bu karar veya işleme dayanak teşkil eden norma karşı Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yapılmasıdır. Bakınız s. 9.

²²¹ Macaristan’da, 1 Ocak 2012 tarihi itibarıyla, *actio popularis* uygulamasına son verilmesinin ardından, o güne kadar açılmış *actio popularis* davalarının akıbetinin ne olacağı Anayasa Mahkemesi Kanunun 71. Maddesinde belirtilmiştir. Buna göre kural olarak Anayasa Mahkemesi görmekte olduğu olan *actio popularis* davaları hakkında artık karar vermeyecektir. Ancak bu davaları açan kişi ya da gruplar davalarının Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 26. maddesinde düzenlenen yeni anayasa şikâyeti şekline uyması koşulu ile 31 Mart 2012 tarihine kadar Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilirler.

²²² Kelemen, *op.cit.*

1990 yılına kadar anayasa yargısının²²³ mevcut olmadığı Macaristan’da, artık soyut ve somut norm denetimin (Macaristan Temel Kanunu²²⁴, m. 24/2/a,b; Macaristan Anayasa Mahkemesi Kanunu²²⁵, m. 23, 24, 25.) yanı sıra temel hak ve özgürlüklerinden birisi anayasaya aykırı bir kanuni düzenleme ya da yargı kararı ile ihlal edilen kişilerin bütün kanun yollarını tükettikten sonra, Anayasa Mahkemesi’ne²²⁶ bireysel başvuruda bulunma hakları vardır.

Macaristan’da daha önceden var olan gerçek olmayan anayasa şikâyetinin yanına, Alman Modeli örnek alınarak iki tür gerçek anayasa şikâyeti modeli eklenmiştir. Macaristan’da somut bir olayda uygulanan ve bir temel hak ve özgürlüğü ihlal ettiği iddia edilen norma karşı bütün kanun yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesi’ne başvurulabiliyordu zaten. Bu duruma, Temel Kanun’da (Anayasa’da) ve Anayasa Mahkemesi Kanunu’nda tekrardan şu şekilde yer verilmiştir: Macaristan Temel Kanunu’na (Anayasası’na) göre Anayasa Mahkemesi, somut bir davada uygulanan kanuni düzenlemenin, Temel Kanun’un (Anayasa’nın) bir hükmüne aykırı olup olmadığını denetler (m. 24/2/c). Bu hüküm doğrultusunda düzenlenen Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 26. maddesine göre, somut bir davada kendisine uygulanan kanuni düzenlemenin Temel Kanuna aykırı olduğunu iddia eden kişi, bunu anayasa şikâyeti yolu ile Anayasa Mahkemesi’nin önüne götürebilir. Bunun için kişinin Temel Kanun’la güvence altına alınmış bir hakkının ihlal edilmiş olması ve bu ihlalin giderilmesi için anayasa şikâyetinde bulunmadan evvel tüm kanun yollarını tüketmesi gerekir (Macaristan Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 26/1/a). Eğer kişinin kendi hakkını koruyacağı konusunda endişe varsa ya da ihlal, çok sayıda kişiden oluşan bir insan grubunu etkiler nitelikte ise somut olayda uygulanan normun Anayasaya uygun olup olmadığının denetlenmesi için Başsavcı da bir savcının katılımıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunabilir (m. 26/3). Dikkat edilirse burada anayasa şikâyeti, temel bir hak ve özgürlüğü ihlal eden bir

²²³ Macaristan’da Anayasa Mahkemesi, 1989 yılında kurulmuş, 1990 yılında faaliyetlerine başlamıştır. Yılmaz, Mustafa, “Sosyalizm Sonrası Macaristan Cumhuriyetinin Siyasal, Anayasal ve İdari Yapısı Üzerine Bir İnceleme”, s. 193, <http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/1997-11.pdf> (22.01.2013).

²²⁴ The Fundamental Law of Hungary, <http://www.mkab.hu/download.php?d=65> (21.01.2013).

²²⁵ Act CLI of 2011 on the Constitutional Court, [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/laws/eng/eur/hun?fn=documentframe.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/laws/eng/eur/hun?fn=documentframe.htm$f=templates$3.0) (21.01.2013).

²²⁶ Macaristan Anayasa Mahkemesi, parlamento tarafından yirmi yıl süre için seçilen onbeş yargıçtan oluşmaktadır. (The Fundamental Law of Hungary, m. 24/4.)

idari işlem veya eyleme ya da bir yargı kararına karşı değil; bu kararlara dayanak teşkil eden ve Anayasaya aykırı olduğu iddia edilen kanuni düzenlemeye karşı yapılmaktadır.

Yukarıda bahsedilen gerçek olmayan anayasa şikâyetinin yanı sıra 1 Ocak 2012 tarihi itibarı ile Macaristan'da iki tür gerçek anayasa şikâyeti yürürlüğe girdi. Bunlardan biri yargı kararlarına karşı anayasa şikâyetidir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, bir anayasa şikâyetini incelerken, bir mahkemenin davanın esasına ilişkin olarak verdiği kararı ya da davayı sona erdiren kararını da Temel Kanun'a uygunluğu açısından denetleme yetkisi vardır (Macaristan Temel Kanunu, m. 24/2/d). Ancak bunun için mahkeme kararının, Temel Kanun'da güvence altına alınan bir hakkı ihlal etmesi ve ihlali gidermek için tüm kanun yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir (Macaristan Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 27). Bu düzenlemeler doğrultusunda Macaristan'da yargı kararlarına karşı anayasa şikâyetinde bulunmanın yolu açılmıştır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, bir yargı kararının Temel Kanun'da yer alan bir hakkı ihlal edip etmediğini denetlerken, o yargı kararına dayanak teşkil eden kanuni düzenlemenin de Anayasaya uygun olup olmadığını denetleyebilmektedir (m. 28/1).

1 Ocak 2012 tarihinden itibaren yürürlüğe sokulan bir diğer anayasa şikâyeti şekli ise kanuni düzenlemelere karşı anayasa şikâyetidir. Buna göre, eğer, bir kanun hükmü herhangi bir mahkeme kararı ya da yürütmenin herhangi bir düzenleyici işlemine veya eylemine gerek kalmadan, sırf yürürlüğe girmekle doğrudan bir temel hak ve özgürlüğü ihlal ediyor ise bu kanuni düzenlemeye karşı, anayasa şikâyetinde bulunulabilir. Ancak şekilde bir anayasa şikâyetinde bulunmak için ihlali gidermek için ya bir kanun yolu öngörülmemiş olacak ya da öngörülen kanun yolları tüketilmiş olacaktır (m. 26/2).

Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen anayasa şikâyeti için Anayasa Mahkemesi'ne başvurma süresi kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren 180 gün diğer; hallerde yapılacak anayasa şikâyeti için 60 gündür (m. 30).

Anayasa Mahkemesi bir yargı kararına dayanak teşkil eden bir kanuni düzenlemenin anayasa şikâyeti yoluyla, Anayasaya uygun olup olmadığını denetlerken; kanuni düzenlemenin uygulandığı mahkeme kararının da Anayasaya uygunluğunu denetleyebilmektedir (m. 28/2). Bu düzenleme somut norm denetimini harekete geçiren kişinin sadece Anayasa aykırı bir normu iptal ettirmekle kalmayıp, kendisine uygulanan ve Anayasaya aykırı olan kanuni düzenlemenin olumsuz etkilerinden bu iptal kararı vasıtasıyla kurtulması açısından oldukça önemlidir. Aksi halde Türk hukukunda olduğu gibi Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümediği için kişi, sadece Anayasaya aykırı kanuni düzenlemeyi iptal ettirmekle kalacak, bu kanuni düzenlemenin kendisine uygulanmasından kaynaklanan olumsuz etkilerinden kurtulamamış olacaktır.

Temel Kanun’la çelişen kanuni düzenleme şikâyetine konu yargı kararının verilmesinde önemli bir etkiye sahip ise ya da şikâyetin incelenmesi temel bir anayasal sorunu çözecek ise Anayasa Mahkemesi kendisine yapılan şikâyetleri kabul eder (m. 29). Anayasa Mahkemesi inceleme sonucunda Temel kanunun aykırılık tespit ederse anılan kanun hükmünü iptal eder. Böylece iptal kararı karar erga omnes bir etki doğurur.

1.5.7. Rusya

Rus hukukundaki Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun genel uygulamadan farklı olması, bir nevi somut norm denetiminin biraz etkinleştirilmiş bir modeli olması, diğer bir ifadeyle gerçek olmayan anayasa şikâyetine yer vermesi açısından farklı bir örnektir.

Rusya’da, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi’ne²²⁷ bireysel başvuru, 1993 yılında kabul edilen Rusya Federasyonu Anayasası’nın, 125. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme ile kabul edilmiştir. Anayasa’nın 125/4. maddesindeki düzenlemeye göre: “Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi, vatandaşlarının anayasal hak ve özgürlüklerinin ihlaline ilişkin şikâyetler ve mahkemelerin başvurusu üzerine belirli bir davada uygulanmış veya uygulanacak olan kanunun

²²⁷ Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi 19 üyeden oluşmaktadır (Rusya Federasyonu Anayasası m. 125/1)

Anayasaya uygunluğunu Federal Kanun’la belirlenmiş şekilde denetler.”²²⁸ Anayasanın bu amir hükmü doğrultusunda Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Hakkında Federal Kanun’un²²⁹ (bundan sonra kısaca Federal Kanun olarak anılacaktır) XII. Bölümünde 96-100. maddeleri arasında konuya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca Federal Kanun’un 3. maddesinde, temel hak ve özgürlükleri korunmanın, Anayasa Mahkemesi’nin asli görevi olduğu belirtilmiştir.

Federal Kanun’a göre: “Somut bir olayda uygulanan kanunla anayasal hakları ihlal edilen vatandaşların bireysel ya da toplu olarak Anayasa Mahkemesi’ne dilekçeyle başvurma hakkı vardır. Vatandaşların yanı sıra Federal Kanun’da öngörülen dernekler ve diğer kişilerle, kurumlar da bu hakka sahiptir” (m. 96/1). Rus Federal Anayasa Mahkemesi, bu hüküm çerçevesinde yurttaşların bütün haklarının koruma kapsamında olduğunu belirtmektedir²³⁰. Başka bir ifadeyle Rusya’da Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru, Anayasadaki bir kısım temel hak ve özgürlükle sınırlanmamış; Anayasadaki tüm haklara teşmil edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, koruma kapsamı konusunda yaptığı genişletici yorumu başvuru hakkına sahip öznelerle ilgili olarak da benimsemiştir. Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre, bireysel başvuru hakkı sadece Rusya vatandaşlarına tanınmış bir hak olmayıp, yabancılar hatta vatansızlar da bu haktan yararlanabilirler. Rusya’da kurulmuş olan dini cemaatler, anonim şirketler, dernekler, sınırlı sorumlu şirketler ve devletin sahip olduğu iktisadi teşebbüsler²³¹ de bireysel başvuru hakkına sahiptir. Ayrıca Mahkeme, yerel yönetim kuruluşlarının da yurttaşların yerinden yönetim haklarının ihlal edilmesi durumunda bireysel başvuruda bulunabileceklerini kabul etmektedir²³². Yerel yönetimlere tanınan bu başvuru hakkı Federal Almanya’daki

²²⁸ The Constitution of the Russian Federation, http://state.rin.ru/cgi-bin/main_e.pl?r=0#A125 (12.12.2012). Rusya Federasyonu Anayasası Türkçe metni için ayrıca bakınız: <http://www.anayasa.gen.tr/rusya.htm> (12.12.2012).

²²⁹ Federal Constitutional Law on the Constitutional Court of the Russian Federation, No. 1-FKZ of 21 July 1994, [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/laws/eng/eur/rus?fn=document-frame.htm&f=templates\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/laws/eng/eur/rus?fn=document-frame.htm&f=templates$3.0) (12.12.2012).

²³⁰ Zorkin, Valery, “Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi’nin Uygulamasında Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı* 26, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2009, s. 284.

²³¹ Kamu gücünü kullanmasına karşın devlete ait iktisadi teşebbüslere de bireysel başvuru hakkı tanınmasının temelinde, mülkiyetin her türünün eşit statüde değerlendirilmesi ve bu nedenle mülkiyetin korunmasına yönelik her türlü araçtan da herkesin eşit olarak yararlanması gerektiği fikri yatmaktadır. *Ibid.*, s. 285.

²³² *Ibid.*

komünal anayasa şikâyetine benzetilebilir. Yukarıda belirtildiği üzere, Federal Kanun'un 96/1. maddesinde kanunda öngörülen diğer kişilerin de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmaları mümkündür. İşte bu hüküm doğrultusunda Rusya'da tıpkı İspanya'da olduğu gibi hakkın öznelerinin yanı sıra Rusya Başsavcısı ve Ombudsmanına da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma hakkı tanınmıştır²³³.

Rusya'da bireysel başvurunun konusunu, bütün kamu gücü işlemleri değil, sadece yasamanın işlemleri²³⁴ oluşturmaktadır. Yasama işlemleri, sırf varlığı nedeniyle bireysel başvuruya konu edilememektedir. Bir yasama işleminin bireysel başvuruya konu edilebilmesi başka bir ifade ile bir yasama işlemiyle ilgili yapılan başvurunun kabul edilebilmesi için iki temel şartın bir arada gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlardan birisi, başvurunun konusunu oluşturan kanun hükmünün bir anayasal hak ya da özgürlüğü ihlal etmesi; diğeri ise söz konusu kanun hükmünün belirli bir olayda uygulanmış olması veya mahkemece veya başka bir makamca uygulanacağını kuvvetle muhtemel olmasıdır (m. 97). Bir yasama işleminin kanun mu yoksa karar mı olduğunun nitelemesini ise Anayasa Mahkemesi yapmaktadır. Başka bir ifade ile Federal Anayasa Mahkemesi karar şeklinde yapılan bir yasama işlemini, nitelik itibarıyla kanun sayarak denetleyebilmektedir²³⁵.

Başvuruya konu edilen kanun yurttaşların hakkını ihlal etmemiş veya somut olayda henüz uygulanmamışsa ya da uygulanacağı ispatlanmamışsa, Federal Anayasa Mahkemesi başvuruyu reddedecektir. Bunun yanı sıra henüz yürürlüğe girmemiş veya yürürlükten kalkmış olan kanunlar başvuru konusu yapılamazlar. Meğerki yürürlükten kalkmış olan kanun yürürlükteyken Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiş olsun ve söz konusu kanun, başvurana uygulanmış ve başvuranın da bundan dolayı bir temel hak ve özgürlüğü ihlal edilmiş olsun. Anayasa Mahkemesi, bir yurttaşın kendi temel hak ve özgürlüğünü korumak için değil de kamu yararını korumak amacıyla başvuruda bulunması durumunda da başvuruyu reddetmektedir.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ Bu kapsamda sadece olağan kanunlar değil anayasal kanunlar, Rusya Federasyonu'na üye devletlerin ve bölgesel yönetimlerin Anayasaları ve kanunları, 1993 Anayasası'ndan önceki dönemde (Sovyetler Birliği döneminde) çıkarılıp da halen yürürlükte olan kanunlar bireysel başvuruya konu edilebilmektedir. *Ibid.*, s. 286.

²³⁵ *Ibid.*

Federal Anayasa Mahkemesi'nin, yurttaşların sadece kendi kişisel hukuki menfaatleri için yaptıkları bireysel başvuruları kabul etmesi; buna karşın kamu yararı için başvuruda bulunmalarını reddetmesi şeklindeki tutumu, Rusya'da kanunlara karşı öngörülmüş olan bireysel başvurunun, *actio popularise* dönüşmesinin önüne geçmiştir. Başvuruların Anayasa Mahkemesi'nce reddedildiği bir diğer durum da başvuranın ilk derece mahkemesindeki davasının henüz görülmemiş olması veya davada uygulanacak normun mahkemece henüz belirlenmemiş olmasıdır. Ayrıca Anayasa hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığının veya federal kanunların birbirine aykırılığının ileri sürülmesi durumlarında da başvurular Anayasa Mahkemesi'nce reddedilmektedir²³⁶.

Başvurunun, esastan incelenmek üzere kabul edilmesi durumunda bu karar, başvuranın talebi üzerine ilgili ilk derece mahkemesine bildirilir. Davada uygulayacağı norm bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesi önüne götürülen ilk derece mahkemesi böyle bir durumda, Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki kararı verilinceye dek davayı bekletebilir veya karar verilmişse kararın icrasını durdurabilir (m. 99).

Mahkemece yapılan esastan inceleme sonucunda verilecek kabul kararının sonuçları, Federal Kanun'un 100. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvurunun esası hakkında yaptığı inceleme sonucunda, davaya konu kanunun, Anayasa'ya uygunluğuna ya da aykırılığına karar verebilir (m. 100/1-2). Mahkeme davaya konu kanunun Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verirse yani başvuranın başvurusunu haklı bulursa, başvuran görevli ve yetkili mahkemedен yargılamanın yenilenmesi veya kanunu uygulayan organdan yapılan işlemi gözden geçirmesi talebinde bulunabilir (m. 100/3/p.2). Ayrıca, Rusya Federal Hükümeti tarafından belirlenen miktarda başvuranın dava masrafları (harç, vekâlet, seyahat, konaklama ve posta ücreti) ve zaman kaybetmesinden dolayı uğramış olduğu zarar, federal bütçeden veya ilgili kuruluşun bütçesinden ödenir (m. 100/3/p.3). Dolayısıyla başvuruya konu kanun hükmünün Anayasaya uygun olmasına karar verilmesi durumunda da bu giderler başvuranın üzerinde kalacaktır.

²³⁶ *Ibid.*, s. 287-288.

Anayasa Mahkemesi norm denetimi yaparken, bazen normu kendi yaptığı yorum ile Anayasaya uygun kabul etmektedir. Bu tür durumlarda anılan kanun hükmü ancak Anayasa Mahkemesi’nce yapılan yorum çerçevesinde uygulanabilecektir²³⁷.

Rusya’daki Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kurumunun, somut norm denetimiyle büyük bir benzerlik içerisinde olduğu görülmektedir. Şöyle ki Rusya’da somut bir olayda veya davada idare ya da mahkeme tarafından uygulanmış ya da uygulanması kuvvetle muhtemel bir kanun hükmünün bir temel hak ya da özgürlüğü ihlal ettiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmaktadır. Bu iddianın görülmekte olan bir dava esnasında, taraflarca ileri sürülmesi, kurumun, somut norm denetimiyle benzer yönünü oluşturmaktadır. Ancak Rusya’daki Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun somut norm denetiminden ayrılan kendine has bazı özellikleri vardır. Her şeyden önce, yapılan itirazlar somut norm denetiminde olduğu gibi sadece görülmekte olan bir dava esnasında, davaya uygulanacak olan norma karşı değil, aynı zamanda mahkeme dışındaki idari organların işlemlerine dayanak teşkil eden kanunlara karşı da yapılmaktadır. Somut norm denetiminde başvuru hakkına davaya bakan hâkim ve dolaylı olarak da davanın tarafları sahip iken; burada başvuru hakkı doğrudan davada ya da idari işlemde uygulanan normdan dolayı temel bir hak ve özgürlüğü ihlal edilenlerin yanı sıra Başsavcı ve Ombudsmana da tanınmıştır. Rusya’daki Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruyu somut norm denetiminden ayıran bir başka özellik, bireysel başvurunun Anayasa Mahkemesi’nce esastan incelenip kabul edilerek somut olaya uygulanan kanunun iptal edilmesi durumunda, iptal edilen kanuna dayanılarak tesis edilen işlemin gözden geçirilip yeniden tesis edilmesi; iptal edilen kanunu esas alarak karar veren mahkeme için ise Anayasa Mahkemesi kararının bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olmasıdır. Son olarak somut norm denetiminde Anayasanın bütün hükümleri anayasallık blokuna dahil iken burada Anayasanın sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümleri anayasallık blokuna dahildir. Dolayısı ile Rusya’daki Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkı somut norm denetiminin davanın taraflarınca harekete geçirilen ve sonuçları itibariyle de sadece başvuruya

²³⁷ *Ibid.*, s. 289.

konu normu iptal edilmesiyle sınırlı kalmayan, bu normun uygulanmasından olumsuz etkilenen başvuranın mağduriyetini gidermesi açısından somut norm denetiminin etkisi artırılmış bir versiyonudur denilebilir.

1.6. Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvurunun Teorik ve Pozitif Temelleri

1.6.1. Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruya İlişkin Tartışmalar ve Kurumun Kabul Edilişi

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruya ilişkin tartışmaların ilk izlerine, anayasa yargısının ilk defa kabul edildiği 1961 Anayasası döneminde yazılan çeşitli bilimsel eserlerde rastlanılmaktadır. Örneğin, Balta, o dönemde yazmış olduğu “Türkiye’de Anayasa Yargısı” başlıklı makalesinde, 1961 Anayasası’nda, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruya yer verilmemiş olmasına rağmen, Mahkemeye, kanunla böyle bir yetkinin verilmesine engel bir durum olmadığını belirtmiştir²³⁸. Ancak Balta’nın bu görüşü doktrinde destek bulamamıştır. Azrak, Anayasa’da, Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkilerinin tahdidi olarak sayıldığını dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’nin bu sayılanlar dışında başka yetkisinin olmadığını belirterek Balta’nın görüşüne karşı çıkmıştır²³⁹. Benzer şekilde Armağan da 1961 Anayasa’sında Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkilerinin sayıldığını bu sayılanlar dışında, kanunla Mahkemeye başka bir görev verilebileceği yönünde Anayasa’da açık bir hükmün olmadığını dolayısı ile Anayasa Mahkemesi’ne kanunla böyle bir görevin verilemeyeceğini belirterek, Balta’nın bu görüşüne katılmamıştır²⁴⁰.

²³⁸ “Anayasa böyle bir yol derpiş etmediği gibi mahkemenin yetkisini adi kanunla genişletmeye cevaz veren açık bir hüküm de ihtiva etmiyor. Fakat böyle bir genişletmeyi de açıkça bertaraf etmiyor. Bu itibarla yargı yetkisinin kanunla düzenleneceğine dair olan anayasa kaidesine (m. 136) dayanarak adi kanun yolu ile ferdi anayasa uygulamaları aleyhine, ihtiyaç halinde, anayasa şikâyeti yolu ile anayasa mahkemesine müracaat usulünün ihdasını anayasa engellemiyor.” Balta, Tahsin Bekir, “Türkiye’de Anayasa Yargısı”, *AÜHFD*, C. 18, S.1-4, Yıl: 1961, s. 557-558.

²³⁹ “Anayasa’nın Mahkeme’nin görev ve yetkilerini teker teker belirtmiş olmakla, bu konuda kesin ve tüketici bir sayma sistemi benimsediğini; Anayasa’nın ilgili hükümlerinde sayılanlar dışında herhangi bir yetki ve görevin bahis konusu olmayacağını” belirtmiştir. Azrak, Ülkü, “Türk Anayasa Mahkemesi”, *İÜHFM*, C. 28, S. 3-4, 1962, s. 661.

²⁴⁰ “Ancak FAM nin vazifeleri yine de bunlardan ibaret değildir. Zira Anayasanın 93. md. Sinin son fıkrasına göre ‘Federal Anayasa Mahkemesi ayrıca kendisine bir federal kanunla havale edilen

Tıpkı 1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası'nda da 7.5.2010 Tarih ve 5982 sayılı kanun yürürlüğe girene kadar, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruya yer verilmemişti. 1982 Anayasası'nın ilk halinde, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri Anayasa'nın 148. maddesinde sayıldıktan sonra, Mahkeme'nin ayrıca Anayasa tarafından verilen diğer görevleri de yerine getireceği belirtilmiş (Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası, m. 148/son); kanun koyucunun Anayasa Mahkemesi'ne yeni görev ve yetkiler vereceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısı ile Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerinde bir değişiklik yapmak için Anayasa değişikliğinden başka bir yol mümkün gözükmemektedir²⁴¹. 1982 Anayasası'nın; “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri kanunla düzenlenir” (m. 142) şeklindeki hükmü ise hukuk devletinin bir gereği olan doğal yargıç ilkesinin bir sonucudur.

1982 Anayasası'nda, anayasa yargısının hukuk düzenini ve temel hak ve hürriyetleri koruma gibi iki temel işlevinden; hukuk düzenini koruma işlevinin diğerine üstün tutulmasına, hatta bu işlevin bile 1961 Anayasası'na oranla kısıtlanmasına ve bu konuda kanun koyucu tarafından bir girişimde bulunulmamasına rağmen, akademik çevrelerde bununla ilgili tartışmalar hep var olagelmıştır²⁴². Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yazılan makaleler²⁴³, tez çalışmaları²⁴⁴ ve sempozyumlar ile gündeme gelmiştir²⁴⁵.

hallerde faaliyet gösterir.’ 1961 Anayasası ile hukuki hayatımıza gire Anayasa Mahkememiz için, Anayasamızda böyle bir hüküm yoktur. O sebeple Anayasa Mahkememiz ancak Anayasada gösterilen vazifeleri ifa edebilir.” Armağan, *op. cit.*, s. 54.

²⁴¹ Özbudun, *op. cit.*, s. 345.

²⁴² Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, *op. cit.*, s. 127-129.

²⁴³ Armağan'ın 1971 yılında yazdığı “Federal Almanya’da Anayasa Şikâyeti” başlıklı makalesini yine aynı başlıkla Sabuncu’nun 1982’de yazdığı makale takip etmiştir. Bunların yanı sıra Gören’in 1994 yılında yazdığı “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru” başlıklı makalesi, Gören’in 2008 yılında yazdığı “Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz” başlıklı makalesi, Pekcanıtez’in 1995 yılında yazdığı “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti” başlıklı makalesi, Arnwine’in 2003 yılında yazdığı “İspanya’da Bireysel Başvuru” başlıklı makalesi, Özcan’ın, Spieb’in “Anayasa Şikâyeti Paul Kilisesi’nden Federal Alman Anayasası’na” isimli makalesini çevirmesi, Musa Sağlam’ın, “Bireylerin Anayasa Mahkemesine Başvurusu (Bir Reform Önerisi)” (*TBB Dergisi*, S. 60, Yıl, 2005) ve 2006 yılında yazdığı “Anayasa Şikâyeti Kurumunun Türk Hukuku’na Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri” başlıklı makalesi ve Kılınç’ın 2008 yılında yazdığı “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği” başlıklı makalesi, Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruyu tanıtan ve gündeme getiren çalışmalar olmuşlardır.

²⁴⁴ Göztepe’nin 1996 yılında Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde kamu hukuku yüksek lisans programı çerçevesinde yazdığı ve daha sonra 1998 yılında kitap olarak

Akademik çevrelerdeki tartışmalar, hazırlanan Anayasa önerilerinde de somut bir karşılık bulmaya başlamış; bu bağlamda bazı Anayasa önerilerinde kuruma yer verilmiştir. Örneğin, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin (TOBB) 2000 tarihli Anayasa önerisinde; kamu gücü işlemlerine karşı, AİHS kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun yapılabilmesi öngörülmüştür²⁴⁶. Yine benzer şekilde Anayasa Mahkemesi'nin 2004 tarihli Anayasa önerisinde²⁴⁷ de AİHS kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlali durumunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru öngörülmüştür. Aynı şekilde Türkiye Barolar Birliği'nin (TBB) 2001'de kaleme aldığı, 2007'de geliştirdiği Anayasa önerisinde²⁴⁸ ve Türk Sanayicileri ve İş Adamları

bastırdığı “Anayasa Şikayeti” isimli çalışması ve Aliyev'in 2010 tarihli “Anayasa Şikayeti” isimli çalışması Türkiye’de bu konuda yapılan tez çalışmalarıdır.

²⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, her yıl kuruluş yıldönümü münasebetiyle yaptığı sempozyumlardan 1993, 2004 ve 2009 yıllarında yapılan sempozyumları, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru konusuna hasretmiştir. Ayrıca, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Alman Büyükelçiliği işbirliği ile 2009 yılında “Anayasa Şikayeti” konulu bir sempozyum düzenlenmiştir.

²⁴⁶ TOBB anayasa önerisinin “anayasa şikâyeti” başlıklı 152/a maddesine göre: “Herkes, kanun yollarının tüketilmiş olması şartıyla, kamu gücü tarafından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerinden birinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine Anayasa Şikayetinde bulunabilir. Ancak, şikayetçi açısından sonradan düzeltilemeyecek ağır sakıncaların ortaya çıkacak olması ya da Anayasa şikayetinin önemli bir anayasal soruna ışık tutacak olması hallerinde, mahkeme hukuk yollarının tüketilmesini aramayabilir.

Anayasa Şikâyetlerinin ön incelemesi, davanın kabulü, karar konusu olması ve kararların sonuçlarına ilişkin hususlar kanunla düzenlenir.” Önerinin tam metni için bankız: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi: Anayasa, TOBB Yayınları, Ankara, 2000.

²⁴⁷ “Herkes, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerden birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla ve kanun yollarının tüketilmiş olması koşulu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Anayasa şikayeti ile ilgili başvurunun görüşülebilirliği, ön inceleme komisyonunun kuruluş ve yetkileri, Daire kararına ilişkin esas ve usuller, kanunla düzenlenir.” Turhan, Mehmet, Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Tartışma Paneli, *Anayasa Yargısı*, 21, Ankara, 26-27 Nisan 2004, s. 250.

²⁴⁸ TBB 2007 tarihli anayasa önerisinin “anayasa şikâyeti başlıklı” 166. maddesine göre: “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği savıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

Başvuruda bulunabilmek için kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir.

Anayasa şikâyeti başvurusunun gerekçesinde, ihlâl edildiği ileri sürülen temel hak ile ihlâl neden olan işlem, eylem veya ihmâl belirtilmelidir.

Başvuru süresi, ihlâlın kaynağını oluşturan işlemin veya eylemin başvuru sahibince öğrenilmesinden başlayarak otuz gündür. Bu süre, herhalde işlem veya eylem tarihinden başlayarak bir yılı aşamaz. İhmâl yoluyla ihlâl durumunda başvuru ihmâl devam ettiği sürece yapılabilir.

Anayasa şikâyeti ile ilgili başvurunun dinlenebilirlik koşulları, Anayasa Mahkemesi içinde oluşturulacak ön inceleme komisyonlarının kuruluş ve yetkileri, daire kararlarının sonuçlarına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” Türkiye Barolar Birliği, *Türkiye Cumhuriyeti*

Derneği'nin (TÜSİAD) 1996 yılında Tanör'e hazırlattığı ve 2006 yılında Üskül tarafından güncellenen "Türk Demokrasisi'nde 130 Yıl" isimli raporunda da²⁴⁹ AİHS kapsamındaki temel hak ve özgürlükler ile sınırlı olmak üzere Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumuna yer verilmiştir.

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kumunun kabul edilmesinde yukarıda bahsedilen içi dinamiklerin yanı sıra asıl etkili olanın dış dinamikler olduğu söylenebilir. Şöyle ki Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi'nin çeşitli organları, Sözleşme'nin iç hukukta uygulanmasını sağlamaya yönelik mekanizmaları kurmaları yönünde taraf devletlere yükümlülüklerine vurgu yaptığı görülmektedir. Örneğin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 2004(6) sayılı Tavsiye Kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin dava yükünün azaltılabilmesi için üye devletlerin, bireysel başvuru yöntemini iç hukuklarında tanımları gerektiğini belirtmiştir²⁵⁰. Bu kapsamda 19 Şubat 2010 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen Interlaken Deklarasyonu ile taraf devletler iç hukuklarında Sözleşme'nin etkin bir şekilde uygulanması ve temel hak ve özgürlük ihlallerinin etkin bir şekilde giderilmesi için gereken mekanizmaları en kısa sürede kurma taahhüdünde bulunmuşlardır. Bunların yanı sıra Venedik

Anayasa Önerisi, 4. B., Barolar Birliği Yayınları: 131, Ankara, 2007. Önerinin pdf formatına; http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/2007_Anayasa%20Taslagi_TBB.pdf adresinden ulaşabilirsiniz.

²⁴⁹ "Herkes; kamu gücü tarafından, insan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerinden birinin ihlal edildiği iddiasıyla, yasa yollarının tüketilmiş olması kaydıyla, Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Ancak, başvuru sahibi açısından sonradan düzeltilemeyecek ağır sakıncaların ortaya çıkacak olması ya da Anayasa başvurusunun önemli bir soruna ışık tutacak olması hallerinde; Anayasa Mahkemesi, diğer başvuru yollarının tüketilmesi koşulunu aramayabilir.

Bireysel başvurunun gerekçesinde; zedelendiği ileri sürülen temel hak ve buna neden olan kamu işlemi ya da ihmali belirtilmelidir.

Başvuru süresi, ihlalin kaynağını oluşturan işlemin başvuru sahibine yazılı ya da sözlü olarak bildiriminden başlayarak 30 gündür. ihmal yoluyla ihlal durumunda başvuru, ihmal devam ettiği sürece yapılabilir.

Anayasa başvurusu, bir yasaya karşı ya da aleyhine yargı yoluna gidilemeyecek bir mahkeme kararına ya da idari işleme karşı yapılabilir. Başvuru süresi, yasanın yürürlüğe girdiği ya da kararın kesinleştiği ya da işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde yapılmalıdır. Anayasa başvurusu, bir mahkeme kararına karşı yapılmışsa Anayasa Mahkemesi bu kararı kaldırabilir ve işi yetkili mahkemeye gönderir. Başvuru, bir yasaya ya da idari işleme karşı yapılmışsa, söz konusu yasanın ya da idari işlemin iptaline karar verir." TÜSİAD, *Türk Demokrasisi'nde 130 Yıl*, İstanbul, 2006, s. 219-220. Bu raporun pdf formatına; <http://www.tusiad.org.tr/rsc/shared/file/10yilguncel.pdf> adresinden ulaşabilirsiniz.

²⁵⁰ Council of Europe Committee of Ministers Recommendation Rec(2004)6, <https://wcd.coe.int/viewdoc.jsp?id=743317> (30.01.2013).

Komisyonu’nun 85. Genel Kurul toplantısında kabul edilen “Anayasa Yargısına Bireysel Erişim”e İlişkin Rapor’un 82. paragrafında da üye devletlerin iç hukuklarında kurmaları gereken etkin mekanizmalardan en önemlisinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının tanınması olduğu vurgulanmıştır²⁵¹.

Bireysel başvuruları inceleme yetkisi, Anayasa Mahkemesi’ne, Anayasa ya da kanunla verilmediği için Mahkemenin bu konuda yapılacak Anayasa değişikliği ile kendisine böyle bir yetki verilmesini beklemekten başka yapabileceği bir şey yoktu. İşte Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruları inceleme yetkisi veren Anayasa değişikliği 2010 yılında gerçekleşti. 7.5.2010 tarihinde kabul edilen 5892 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 18. maddesi ile Anayasa’nın 148. maddesinde değişiklik yapılarak, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kurumu Türk hukuk sistemine girmiş oldu. 5892 sayılı kanun, Anayasanın 175/4 maddesi gereği halkoylamasına sunulmak üzere 13 Mayıs 2010 tarih ve 27580 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı. YSK’nın, 317 sayılı kararı²⁵² doğrultusunda, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylamasında kabul edilerek yürürlüğe girdi.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kurumu, 5982 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliği ile Türk hukuk sistemine 2010 yılında girmesine rağmen, 5982 sayılı kanunun geçici 18. maddenin son fıkrasındaki “Bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemeler iki yıl içinde tamamlanır. Uygulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireysel başvurular kabul edilir.” şeklindeki hükmü gereği derhal uygulama alanı bulamamıştır. Gerekli düzenlemeler yapıldıktan sonra Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurular, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 76. maddesi uyarınca bireysel başvuruyu düzenleyen 45 ile 51. maddeler 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6216 sayılı Kanun’un geçici 1. maddesinin 8. bendine göre ise Mahkeme ancak 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan başvuruları inceleme yetkisine sahiptir. Yani bu tarihten önceki nihai karar ve işlemler aleyhine

²⁵¹ Ekinci, Hüseyin ve Musa Sağlam, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Council of Europa ve T.C. Anayasa Mahkemesi, Ankara, 2012, s. 11.

²⁵² Resmî Gazete, 13.05.2010, 27580 (Mükerrer).

geriye dönük başvuru mümkün olmayacaktır. Başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurularlar, Mahkemeye 24 Eylül 2012 tarihinden itibaren yapılmaya başlanmıştır.

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun kabul edilmesindeki temel amacın, temel hak ve özgürlük ihlallerinin iç hukukta ortadan kaldırılması ve buna bağlı olarak Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruların sayısının azaltmak olduğunu 5892 sayılı kanunun gerekçesinden anlaşılmaktadır²⁵³. 5982 sayılı kanunun gerekçesinde, kurumun kabul edilmesinin önemli gerekçelerinden biri olarak da dış dinamikler gösterilmekte bu bağlamda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2004(6) sayılı tavsiye kararına atıfta bulunmaktadır²⁵⁴. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun temel işlevi kişilerin temel hak ve özgürlüklerini, kamu gücünü kullanan makamların bu gücü kullanırken Anayasaya uygun davranmalarını sağlayarak, korumaktır. Dolayısı ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumunun kabul edilmesindeki en temel gerekçenin bul olması gerekmektedir. Ancak kanun koyucu anılan bu gerekçeye ilk sırada yer vermek yerine, kurumun kabul edilmesindeki esas gerekçenin dış dinamiklerin zorlaması ve AİHM'e yapılan başvuruları azaltmak olduğu belirtilmiş;

²⁵³ “Türkiye'nin konumuna baktığımızda, bireysel başvuru müessesinin kabul edilmediği, ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının ve bu Mahkemenin zorunlu yargılama yetkisinin tanındığı görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yoluyla, iç hukukta halledilemeyen temel hak ihlallerine ilişkin şikâyetlerin, ulusalüstü düzeyde ele alınması kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde her yıl Türkiye'ye karşı çok sayıda dava açılmakta ve Türkiye pek çok davada tazminata mahkum edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını araştırırken, ilgili ülkede bireysel başvuru kurumunun bulunup bulunmadığını da dikkate almakta ve bunu hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu saymaktadır. Bu nedenle, bireysel başvuru müessesinin getirilmesiyle, hak ihlallerine maruz kaldıklarını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifade ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce, tahmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında, azalma olacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, Türkiye'de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelinde standartları yükseltecektir.” 1982 Anayasası 148. madde gerekçesi. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli, TBMM, Ankara, Haziran 2011, s. 295. 1982 Anayasası'nın gerekçeli metnine; https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf adresinden de ulaşabilirsiniz.

²⁵⁴ “Diğer yandan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2004(6) Sayılı Tavsiye Kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki dava yükünün azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin iç hukukta tanınmasının gerekliliğine değinilmiş; aynı şekilde, Venedik Komisyonu da 2004 yılında kamuoyuna duyurulan bireysel başvuruya ilişkin Anayasa değişikliği önerisini olumlu bulduğunu ifade etmiştir.” Ekinci ve Sağlam, *op. cit.*, s. 11.

asıl gerekçe ise en sonda ifade edilmiştir²⁵⁵. Gerekçelerin sıralanış biçimi, aslında kanun koyucunun asıl amacını göstermesi açısından önemli bir ipucudur. Dolayısı ile Türkiye’de kurumun kabul edilmesinin asıl sebebi Türkiye aleyhine AİHM’ye yapılan başvuruları ve mahkûmiyet kararlarını azaltmak olsa da ki bu da önemlidir; kurumun asıl işlevini yerine getirerek Türkiye’de AİHM içtihatları temelinde insan hakları standartlarını yükselteceği kuvvetle muhtemel görünmektedir.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun kabul edilmesi sürecinde Yargıtay²⁵⁶ ve Danıştay²⁵⁷ gibi yüksek yargı organlarının başkanları, kurumun kabul edilmesi ile Anayasa Mahkemesinin bir “süper temyiz mahkemesi” olacağı iddiası ile kurumun kabul edilmesine yönelik eleştirilerde bulunmuşlardır. Kanun koyucu da esasen bu yöndeki eleştirileri karşılamak başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruları inceleme yetkisinin verilmesinin Anayasa Mahkemesi’ni bir süper temyiz mahkemesi haline getirmediğini belirtmek için

²⁵⁵ “Türkiye’de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarını, Anayasa ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır. Bu amaçla yapılan değişiklikle, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması ve teminat altına alınması için, vatandaşlara bireysel başvuru hakkı tanınmakta ve Anayasa Mahkemesine de bu başvuruları inceleme ve karara bağlama görevi verilmektedir.” 1982 Anayasası 148. madde gerekçesi. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli, TBMM, Ankara, Haziran 2011, s. 295.

²⁵⁶ Dönemin Yargıtay başkanı Hasan Gerçek, gazetecilere verdiği bir demcinde Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru ile ilgili olarak şunları söylüyor: “Bu ülkedeki yargı birliğiyle kesin hüküm kuralıyla ne derece bağdaşır. Bunu kamuoyunun takdirine bırakacağız. Yargıda verilen kararın güvenilirliği olması lazım. Danıştay ve Yargıtay yüksek mahkemeler olarak, adli ve idari yargıda son noktayı koyan merciler, bunun üzerine Anayasa Mahkemesine böyle bir yetki verilmesi bir ‘süper temyiz’ yetkisi oluyor. Bildiğim kadarıyla AİHM’in bile böyle bir yetkisi yok. AİHM’de yapılan inceleme sonucunda eğer temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmelere aykırılık, hak ihlali görüyorsa iki türlü yola başvuruyor. AİHM, tazminata hükmediyor ya da ilgili devlete ‘iç hukukunu, mevzuatını buna göre değiştir’ diyor. Onun dışında hiçbir zaman bir mahkemenin, bir yüksek mahkemenin verdiği kararı iptal etme yetkisi yok. Kaos yaşanır.” Milliyet, 13 Ocak, 2011.

²⁵⁷ Dönemin Danıştay Başkanı Mustafa Birden, gazetecilere verdiği bir demcinde Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru ile ilgili olarak şunları söylüyor: “Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkı referandumla kabul edildi. Buna diyecek bir şey yok. Ancak kesinleşmiş yargı kararlarının kaldırılması gibi bir şey söz konusu olamaz. Sürekli Avrupa ülkelerinden örnekler veriliyor. Avrupa ülkelerindeki hukuka saygı ile bizdeki hukuka saygı bir mi? Bu ülkede 150 yıldır, Anayasa Mahkemesi yokken bile insan hakları ihlalleri sorunları Yargıtay ve Danıştay tarafından çözülüyordu. Kapalı kapılar ardında tasarı hazırlanamaz. Temel görevi adalet dağıtmak olan ve on binlerce insanın adaleti için çalışan Yargıtay ve Danıştay’ı yok farz etmek bu kurumlara büyük haksızlıktır. Yargıtay ve Danıştay’ı hiçe sayarak, küçümseyecek şekilde hazırlanan bu tasarı bizi üzüyor. ... Asli görevler konusunda bir kuruma ödenek verilmesi korkunç bir şey. Tasarı ile Anayasa Mahkemesi üye ve raportörlerine de bazı avantajlar getiriliyor. Bu yargıçlar arasında ayrıma neden olur. Çok yoğun şartlar altında çalışan binlerce yargıca çok büyük haksızlıktır. Bu tasarı yasalaşırsa ülkemizin yargı sistemini her yönü ile sakatlayan bir düzenleme olur. Tasarı sorun çözmez, aksine çok daha büyük sorunlar yaratır.” Milliyet, 13 Ocak 2011.

Anayasanın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında (5892 sayılı kanun m. 18/3); “Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz” hükmüne yer vermiştir.

1.6.2. Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvurunun Türk Pozitif Hukukundaki Temelleri

Bir önceki başlık altında da belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru, 12 Eylül 2010 tarihinde düzenlenen referandumla kabul edilen 5982 sayılı Kanun’un 18. maddesinin, 1982 Anayasası’nın 148. ve 149. maddelerinde yaptığı değişiklikler ile Türk hukuk sistemine girmiştir.

5982 sayılı kanun ile yapılan Anayasa değişiklikleri 30.3.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un özellikle 45 ilâ 51. maddeleri ile somutlaşmıştır. Başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler 6212 sayılı Kanun’la (45 ilâ 51. madde) düzenlenmiştir.

1982 Anayasası ve 6212 sayılı kanunun yanı sıra 12.7.2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü de (özellikle 59 ilâ 84. maddeleri) bireysel başvurunun işleyişi konusunda oldukça ayrıntılı düzenlemelere yer veren bir diğer pozitif hukuk kaynağıdır.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU KAPSAMINDAN KORUNAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

2.1. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi'ne, Anayasa'da güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerin tamamı için bireysel başvuruda bulunulamaz. Anayasa'nın 148/3. maddesi Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında korunan hakları, Türkiye'nin tarafı olduğu AİHS kapsamındaki haklar ile sınırlı tutmuştur. Buna göre; "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. ..." Başvuru kapsamında korunan hakların AİHS kapsamındaki hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulması yöntemi TOBB'nin, TBB'nin ve Anayasa Mahkemesi'nin hazırladığı Anayasa taslaklarında ve TUSİAD'nin 1996 tarihli raporunda da benimsenmiştir. 1982 Anayasası'nda güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler içerisinde ikinci kuşak haklar olarak da adlandırılan sosyal ve ekonomik hakların da yer alması, sınırlayıcı bir yöntemin benimsenmesini gerekli kılmıştır. Çünkü sosyal ve ekonomik haklar gerçekleşmesi için devlete olumlu bir edimde bulunma yükümlülüğü getirmektedir. Bu olumlu edimin eksiksiz olarak yerine getirilmesi, yeteri kadar mali kaynağı gerektirmektedir. Bu nedenden dolayı 1982 Anayasası'nın 65. maddesinde devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini ancak mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği belirtilmiştir. Sosyal ve ekonomik hakların gerçekleşmesi için "yeterli mali kaynak" olgusunu dikkate almadan devleti bu konuda tam bir yükümlülük altına sokmak gerçeklikten uzak olur. Hatta devlet böyle bir yükümlülük altına sokulsa ve bu yükümlülüğünü ihlal ettiği yargı kararıyla saptansa bile, ihlalin ortadan kaldırılması yeterli ölçüde maddi kaynağı gerektirdiği için devletin yeterli maddi kaynağı yok ise ihlali ortadan kaldırması, başka bir deyişle yargı kararını yerine getirmesi mümkün olmayacaktır. Bu özelliğinden dolayı sosyal ve ekonomik

haklar (pozitif statü hakları) yerine klasik hak ve özgürlüklerin (negatif statü haklarının) Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun koruma kapsamına alınması, gerçekçi bir yaklaşım olmuştur.

Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrasındaki formül, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (bundan sonra "6216 sayılı Kanun" olarak anılacaktır) 45. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde yer almıştır: "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." Burada dikkat edilirse Anayasa'daki formüle AİHS'nin yanı sıra "ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller"²⁵⁸ ibaresi eklenmiştir. Formüldeki bu revizyon ilk bakışta Anayasa'daki düzenlemeyi genişletiyor gibi görünse de aslında tam tersine daraltmaktadır²⁵⁹. Anayasa'da yer alan formüldeki "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" ile ek Protokollerin de kastedildiğini anlamak gerekir. Çünkü Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu, Anayasalarda yer alan negatif statü hakları veya birinci kuşak haklar diye adlandırılan klasik hakları korumayı amaçlayan bir kurumdur. Bu nedenle, devlete olumlu bir edimde bulunma yükümlüğü yükleyen ve yeterli mali kaynak gerektiren sosyal ve ekonomik hakların yanı sıra, klasik haklardan bir kısmını bireysel başvurunun kapsamı dışında bırakmak, kurumun bilinen uygulama alanıyla örtüşmediği gibi amacına ve mantığına da ters düşmektedir²⁶⁰. Bunun yanı sıra unutmamak gerekir ki söz konusu temel hak ve hürriyetlerin korunması olduğunda aslolan genişletici yorumdur. Yani Anayasa'nın 148/3. maddesindeki "Sözleşme" teriminin Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri tamamlayan ek protokolleri de kapsadığı şeklinde yorumlamak ve anlamak gerekir. Ancak kanunun açık lafzına karşı yorum (contra legem yorum) yapılamayacağı için 6216 sayılı kanunun 45/1. maddesinde yer alan "ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller" ibaresi,

²⁵⁸ Sözleşme kapsamına yeni hak ve özgürlükler ekleyen Ek Protokollerden Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller, birinci, altıncı ve on üçüncü protokollerdir.

²⁵⁹ Sağlam, "Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar" *op. cit.*, s. 430.

²⁶⁰ *Ibid.*, s. 431.

yürürlükten kalkıncaya dek yapılacak bir şey yoktur²⁶¹. Başka bir ifadeyle Türk pozitif hukukundaki mevcut düzenleme karşısında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında korunan temel hak ve özgürlükler, 1982 Anayasası'nda güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden, AİHS ve bütün ek protokollerdeki hak ve özgürlükler değil; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki" hak ve özgürlüklerdir²⁶².

1982 Anayasası'nın ve 6216 sayılı Kanun'un benimsemiş olduğu formüle göre, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında korunan hak ve özgürlükler, doğrudan AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki hak ve özgürlükler değil, bunlara tekabül eden 1982 Anayasası'ndaki hak ve özgürlüklerdir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında korunabilecek olan hak ve özgürlükleri tespit ederken iki aşamadan geçmek gerekmektedir. Birinci aşama, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerde yer alan hak ve özgürlükler ile bunların kapsamını tespit etmek ki bu hak ve özgürlüklerin kapsamını tespit ederken AİHM içtihatlarını da dikkate almak gerekmektedir²⁶³. Çünkü 60 yılı aşkın süreden beri Sözleşme'nin üstün ve bağlayıcı

²⁶¹ Bilir, Faruk, "2010 Yılı Anayasa Değişikliği ve 6216 Sayılı Kanun Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Yeni Anayasa Yeni Mutabakat (Anayasanın Güncel Sorunları ve Çözüm Önerileri)* içinde, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 153.

²⁶² AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerdeki (1., 6, ve 13. protokoller) hak ve özgürlükler şunlardır: Yaşama hakkı (m. 2), işkence yasağı (m. 3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m. 4), özgürlük ve güvenlik hakkı (m. 5), adil yargılanma hakkı (m. 6), cezaların yasallığı (m.7), özel hayatın ve aile hayatının korunması (m. 8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m. 9), ifade özgürlüğü (m. 10), dernek kurma ve toplantı özgürlüğü (m. 11), evlenme hakkı (m. 12), etkili başvuru hakkı (m. 13), ayırıcılık yasağı (m. 14). Sözleşmenin 1. maddesinde insan haklarına saygı yükümlülüğü, 15. maddesinde hak ve özgürlüklerin olağanüstü hallerde askıya alınmasının koşulları, 16. maddesinde yabancıların siyasal etkinliklerinin kısıtlanması, 17. maddesinde hakların kötüye kullanımının yasaklanması ve 18 maddesinde hakların sınırlandırılmasının sınırları belirtilmiştir. Türkiye'nin taraf olduğu 1 Nolu Ek Protokol'de mülkiyet hakkı (m. 1), eğitim hakkı (m. 2) ve serbest seçim hakkı (m. 3); 6 Nolu Ek Protokol'de, ölüm cezasının kaldırılması (m. 1) ve savaş zamanında ölüm cezası (m. 2); 13 Nolu Ek Protokol'de ölüm cezasının kaldırılması (m. 1) düzenlenmektedir. 13 Nolu Ek Protokol ile ölüm cezası istisnasız olarak kaldırıldığı için ve Türkiye bu Protokole taraf olduğu için 6 Nolu Protokol'ün savaş zamanında ölüm cezasını düzenleyen 2. maddesi de artık Türkiye için uygulanabilir olmaktan çıkmıştır.

²⁶³ Doğru, *op. cit.*, s. 2; Sağlam, "Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", *op. cit.*, s. 433-434; Aynı yönde görüş, İzmir Barosunun yapmış olduğu bir çalıştayda dile getirilmiştir. Buna göre: "... Sözleşmenin AİHM tarafından yorumlandığı şekliyle anlaşılması halinde bu amaç hasıl olmayacaktır. Bu nedenle, 'AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamı' ifadesinin AİHM içtihatları ışığında anlaşılması gerekir. AİHS'in gereği de budur. Sözleşme'nin 46. maddesine göre 'Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler'". İzmir Barosu Başkanlığı, Anayasa

yorumunu AİHM yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi tabi ki bir hak ve özgürlüğün kapsamını belirlerken kendisi bir yorum yapacaktır. Ancak bu yorumu yaparken AİHM içtihatlarını rehber edinmemesi durumunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumunun işlevini yerine getirmesi mümkün olmayacaktır. Başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesi'nin, AİHM içtihatlarını dikkate almadan anayasal hakkın koruma alanını dar yorumlaması neticesinde vereceği kararlara karşı AİHM'e gidilmesi durumunda, Türkiye'nin AİHM önünde mahkûm olma ihtimali kuvvetle muhtemeldir. O yüzden Anayasa Mahkemesi'nin, AİHS ve buna ek protokollerdeki hakların kapsamını tespit ederken AİHM içtihatlarını dikkate alması kurumdan beklenen faydanın gerçekleşmesi ve en önemlisi insan hakları standartlarının yükselmesi için zorunlu gözükmektedir. AİHS'in gereği de budur. Ayrıca, Sözleşme'nin 46. maddesindeki; "Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler" şeklindeki düzenleme de bu kabulü desteklemektedir. Bununla birlikte, ola ki Anayasa'da güvence altına alınmış bir hak ve özgürlüğün kapsamının Sözleşme'de karşılık geldiği hak ve özgürlükten daha geniş güvenceler içeriyor olması durumunda, Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlükleri sınırlayacak bir yorum yapamaz²⁶⁴. Çünkü Sözleşme'nin 53. maddesine göre; "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın kanunlarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlayamaz ya da onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz".

Birinci aşamada AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerdeki hak ve özgürlüklerin kapsamı AİHM içtihatları doğrultusunda belirlendikten sonra ikinci aşamaya geçilecektir. İkinci aşamada ise birinci aşamada kapsamı tespit edilen hak ve özgürlüklere, 1982 Anayasası'nda güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerden hangilerinin tekabül ettiği saptanacaktır. Bu ikinci aşamada AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerde yer alan hak ve özgürlüklerin kapsamına giren 1982 Anayasası'ndaki hak ve özgürlüklerin AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerdeki hak ve özgürlüklerle lâfzen birebir

Şikâyeti Çalıştay Raporu (15.2.2011), <http://web.e-baro.web.tr/uploads/35/izmir%20barosu/haber3/Anayasamahkrapor.pdf>. (13.02.2013).

²⁶⁴ İzmir Barosu Başkanlığı. *op. cit.*

örtüşmesi şart olmadığı gibi, Anayasa’da farklı maddeler ve başlıklar altında dağınık bir şekilde düzenlenmiş olması da önemli değildir. Önemli olan her iki metindeki düzenlemenin de aynı hak ve özgürlüğü korumayı amaçlıyor olmasıdır.

İşte, bu bölümümde AİHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokollerde yer alan hak ve özgürlüklerin kapsamını AİHM içtihatları doğrultusunda tek tek saptanacak daha sonra da bu 1982 Anayasası’nda güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden hangilerinin bu kapsama dâhil olduğu belirlenmeye çalışılacaktır. Çünkü Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun konusu doğrudan AİHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki hak ve özgürlükler değil, bunlara tekabül eden 1982 Anayasası’ndaki hak ve özgürlüklerdir.

2.2. 1982 Anayasası’nda Güvence Altına Alınmış Temel Hak ve Özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Yer Alan Temel Hak ve Özgürlükler

2.2.1. İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü

AİHS’nin 1. maddesine göre; “Yüksek Sözleşmeci Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar.” Görüldüğü üzere madde esas olarak maddi bir hak düzenlenmiş değildir. Madde, Taraf Devletlerin Sözleşme’den doğan yükümlülüklerine atıfta bulunmaktadır. Dolayısı ile 1. maddenin Sözleşme’nin diğer maddelerinden bağımsız olarak, ihlalinin AİHM önünde ileri sürülmesi mümkün değildir. 1. Madde esasen, Sözleşme’nin birinci bölümünde güvence altına alınan her hak ve özgürlüklerin ihlali durumunda, ihlal edilen madde ile birlikte ihlal edilmiş sayılır. Çünkü Taraf Devletler AİHS’de güvence altına alınan her hak ve özgürlüğü ihlal ettiğinde birinci maddedeki insan haklarına saygı yükümlülüklerini de ihlal etmiş olurlar. 1. Maddedeki “insan haklarına saygı yükümlülüğü” Taraf Devletlere, Sözleşme’deki hak ve özgürlükleri sadece ihlal etmeme gibi bir negatif yükümlülük

yüklememekte; ihlal edilmesini önlemek için gerekli önlemleri alma veya ihlalden sonra etkili bir soruşturma yürütmek gibi pozitif bir yükümlülük de yüklemektedir²⁶⁵.

1982 Anayasası'nda ise AİHS'nin 1. maddesinde olduğu gibi “insan haklarına saygı yükümlülüğü” başlıklı bir madde yer almamaktadır. Anayasa'nın “Cumhuriyetin nitelikleri” başlıklı 2. maddesinde “insan haklarına saygılı” devlet hükmüne; “devletin temel amaç ve görevleri” başlıklı 5. maddesinde ise “Devletin temel amaç ve görevleri, ... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, ... sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” hükmüne yer verilmiştir. Bu iki hüküm bir arada yorumlandığında, AİHS'nin 1. maddesindeki insan haklarına saygı yükümlülüğü ile eşdeğer olduğu söylenebilir. Anayasa'nın 2. ve 5. maddesindeki hükümler devlete, Anayasa'daki ve Anayas'nın 90/son maddesi doğrultusunda taraf olduğu uluslararası sözleşmelerdeki temel hak ve özgürlükleri ihlal etmeme ve bu hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesi için gerekli önlemleri alma yükümlülüğünü yüklemektedir. 2. ve 5. maddedeki hükümlerin Anayasa'da düzenlenen hak ve özgürlüklerden bağımsız olarak ihlal edildiği iddiasının, tek başına Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürülmeleri söz konusu değildir. Bu iki hüküm de ancak Anayasa'da güvence altına alınmış olan bir temel hak ve özgürlüğün ihlali iddiasıyla birlikte ileri sürülebilir. Esasen devlet, Anayasa'da güvence altına alınan her hak ve özgürlüğü ihlal ettiğinde 2. ve 5. maddedeki hükümleri de ihlal etmiş olur.

2.2.2. Yaşama Hakkı

AİHS, m. 2/1'e göre; “Herkesin yaşama hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.” Bu fıkra, esasen kasten öldürmeyi yasaklamakla beraber, ikinci fıkrayla beraber

²⁶⁵ Doğru, *op. cit.*, s. 4.

yorumlandığında, fıkranın taksirle adam öldürme fiillerini de kapsadığı görülmektedir²⁶⁶.

2. Maddenin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde, ölüm cezasının, birinci cümlede güvence altına alınmış olan yaşama hakkının istisnasını oluşturduğu belirtilmiştir. Fakat 6 ve 13 No'lu Protokollerle ölüm cezası yasaklandığı için bu Protokollere taraf olan devletler açısından bu istisnanın geçerliliği yoktur. Başka bir ifade ile bu Protokollere taraf olan devletler yaşam hakkını mutlak surette tanımışlardır. Türkiye de bu Protokollere taraf olduğu için anılan istisnanın Türkiye açısından bir hükmü bulunmamaktadır.

AİHS, m. 2/2'de ise bazı istisnai durumlarda kuvvete başvurma kesin bir zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelen ölümlerin birinci fıkra kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir. İkinci fıkrada belirtilen istisnai durumlar ise şunlardır:

- a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması;
- b) Usulüne uygun olarak yakalamak veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek;
- c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması.

Bu üç halde kuvvete başvurmak kesin bir zorunluluk haline gelmişse ve bu kuvvete başvurma sonucu ölüm meydana gelmişse bu ölüm, birinci fıkranın ihlali sayılmaz. Ancak devlet görevlileri; meşru müdafaa, kaçmayı önleme ve ayaklanma veya isyanı kanuna uygun olarak bastırma durumunda, kesin bir zorunluluktan dolayı kuvvete başvururken ölçülüğü aşmamalıdır²⁶⁷. Başka bir ifadeyle, AİHS, m. 2/2'de belirtilen amaçlara ulaşmak için kuvvet kullanmak gerekli olmalı, amaca ulaşmak için kullanılan araç elverişli olmalı ve kullanılan araçla amaç ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır (orantılı olmalıdır). Aksi halde birinci fıkra hükmü ihlal edilmiş olur.

²⁶⁶ Gözübüyük A. Şeref ve Gölcüklü, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 7. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 157.

²⁶⁷ Tezcan, Durmuş; Erdem, M. Ruhan; Sancaktar Oğuz ve Önok, Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, 3. B., Seçkin, Ankara, 2010, s. 90;

AIHS, m. 2/1’de düzenlenen yaşama hakkı devlete kasten öldürmeme, yaşamı koruma ve ölümü etkili bir şekilde soruşturma yükümlülüğü yüklemektedir. Başka bir ifade ile bu madde devlete biri negatif, biri pozitif ve biri de usuli olmak üzere üç tür yükümlülük yüklemektedir²⁶⁸.

Yaşama hakkı karşısında devletin negatif yükümlülüğü, ikinci fıkradaki istisnai hükümler dışında birinin yaşamına hukuka aykırı bir şekilde son vermemesidir. Bu yükümlülük sadece kasıtlı öldürme halini değil, maddenin ikinci fıkrasında yer alan istisnai hallerde ölçülülük ilkesine uyulmaması veya kişi hayatını tehlikeye atan davranışlar sonucu kusurlu olarak taksirle ölüme sebebiyet verilmesi durumunu da kapsamaktadır²⁶⁹.

Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında, insan yaşamını korumak için üçüncü kişilerin fiilleri başta olmak üzere her türlü fiile karşı önlem alması gerekir. Ancak bu yükümlülük, kişiye devamlı bir koruma sağlamak şeklinde sınırsız ve mutlak bir yükümlülük olarak algılanmamalıdır. Bu yüküm bir “olanak yükümü”dür. Başka bir deyişle hak ve özgürlüklerin korunmasında devlete yüklenen pozitif yükümlülükte olumlu bir sonuç elde edilmesi şart değildir. Bu yükümlülük karşısında aslolan devletin sahip olduğu imkânlar çerçevesinde elinden geleni yapmış olmasıdır. Devletin elinden geleni yapmasına karşın bir ihlal önlenememiş ise artık devleti pozitif yükümlülüğü çerçevesinde sorumlu tutmak mümkün değildir²⁷⁰. Pozitif yükümlülük kapsamında devlet kendi yetki alanı içindeki kişilerin yaşama hakkını korumak zorundadır. Bu bağlamda devletin yaşanabilir bir çevre oluşturma yükümünü BM Komitesi yaşama hakkı çerçevesinde kabul ederken, AIHM devletin bu konudaki yükümlülüğünü daha çok 3. madde (işkence yasağı) ve 8. madde (özel yaşamın korunması) açısından ele almakta; yaşama hakkını kişinin fiziksel varlığını koruma ile sınırlı yorumlamaktadır²⁷¹. Devlet korumu yükümü kapsamında, yaşama hakkına yönelik somut tehlikeleri önlemek için tedbirler almalı, yaşama hakkını ihlal eden fiillere ilişkin olarak kanunlarında caydırıcı cezai ve hukuki yaptırımlara yer

²⁶⁸ *Ibid.*, 112.

²⁶⁹ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op.cit.*, s. 157; Doğru, *op. cit.*, s. 6.

²⁷⁰ Tezcan, vd., *İnsan Hakları El Kitabı op. cit.*, s. 135.

²⁷¹ *Ibid.*, 95-96.

vermeli ve bu yaptırımların uygulaması için etkili bir adli mekanizma oluşturmalıdır²⁷².

Gözetimdeki ölümler, devletin makul bir açıklama getirememesi durumunda gözetimdeki kaybolmalar AİHS'nin 2. maddesindeki negatif ve pozitif yükümlülüklerin ihlalini oluşturmaktadır²⁷³. Ancak gözetimdeki kaybolmalarda ya da kişinin gözetimdayken devlet tarafından öldürüldüğü gerekçesiyle devletin sorumluluğuna gidebilmek için makul şüphenin ötesinde gözetimde öldürüldüğü sonucuna varmaya yarayacak ikna edici somut delillerin olması gerekmektedir²⁷⁴. Delillerin gözetimdeki şahsın intihar edebileceği yönünde makul bir şüphe oluşturması durumunda gözetimdeki intiharlar²⁷⁵ dahi AİHS'nin 2. maddesinin ihlali sonucunu doğurur.

Devlet usûli yükümlülüğü kapsamında, doğal olmayan (şüpheli) her türlü ölümü, etkili bir şekilde soruşturmakla yükümlüdür. Bu kapsamda devlet soruşturma için resen harekete geçmeli, soruşturma bağımsız ve tarafsız makamlar eliyle yürütülmeli, bütün deliller toplanmalı, soruşturma makul bir özenle yapılmalı, makul bir sürede tamamlanmalı, kamunun denetimine açık olmalı (en azından mağdurların müdahil olmasına müsaade edilmeli) ve soruşturma sonucunda sorumlular, caydırıcı yaptırımlar uygulanmak suretiyle cezalandırılmalıdırlar²⁷⁶. Aksi halde devlet yaşama hakkını koruma konusunda negatif ve pozitif yükümlüğünü yerine getirmiş olsa, başka bir deyişle kişiyi kendisi öldürmemiş ve korumak için imkânları dâhilindeki her türlü önlemi almış olsa dahi yetersiz soruşturma yapması durumunda AİHS'nin 2. maddesini ihlal etmiş olur. Hatta kişinin ölümüyle sonuçlanmayan ancak ölümüne sebebiyet verecek derecede fiziksel bir şiddete maruz kalması durumunda devlet,

²⁷² Gözübüyük ve Gölçüklü, *op.cit.*, s. 160.

²⁷³ Salman / Türkiye Davası, 27.06.2000, Başvuru no. 21986/93, § 99-103, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=1366> (03.03.2013).

²⁷⁴ Kurt / Türkiye Davası, Reports, 1998,-III, § 99 ve 106-109, Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s. 30-31.

²⁷⁵ AİHM, Tanrıbilir/Türkiye Kararı'nda dava dosyasındaki delillerin hiçbirinin gözetimdeki şahsın intihar edebileceği yönünde bir tahminde bulunmaya müsait olmadığını ve bu nedenle şahsın hücresi önünde sürekli bir nöbetçi bulundurulmasını gerektirir bir durumun olmadığını belirterek 2. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Tanrıbilir / Türkiye Davası, 16.11.2000, Başvuru no. 21422/93. Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s. 29.

²⁷⁶ Tezcan, vd. , *İnsan Hakları El Kitabı op. cit.*, s. 105-106.

konu ile ilgili olarak etkili bir soruşturma yapmaz ise devletin 2. maddedeki usûli yükümlülüğünü ihlal ettiği kabul edilir²⁷⁷.

AİHS'nin 2. maddesi yaşama hakkını güvence altına almakla beraber, ölme hakkını garanti etmemektedir. AİHM, Pretty / Birleşik Krallık kararında devlete, bireye ölüm hakkını tanımak ya da bunu kolaylaştırmak şeklinde bir yükümlülük yüklenemeyeceğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme, ötenaziye izin veren ulusal düzenlemelerin Sözleşmenin 2. maddesi karşısındaki geçerliliği konusunda bir görüş ortaya koymuş değildir²⁷⁸.

1982 Anayasası'nda yaşama hakkı başlıklı bir madde yoktur. Ancak Anayasa'nın "kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı" başlıklı 17. maddesinin; "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" şeklindeki 1. fıkrasının, AİHS'nin 2. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen yaşama hakkını güvence altına aldığı söylenebilir. Yine Anayasa'nın 15. maddesinin 2. fıkrasındaki "... savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz ..." ve 38. maddesinin 10. fıkrasındaki "Ölüm cezası ... verilemez." şeklindeki hükümler, AİHS m. 2/1'e tekabül ettiği söylenebilir. Anayasa'nın 17. maddesinde devletin negatif yükümlülüğüne açıkça yer verilmekle beraber, pozitif ve usuli yükümlülüğüne değinilmediği görülmektedir. Ancak Anayasa'nın 17. maddesi, 5. maddenin "Devletin temel amaç ve görevleri, ... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, ... sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır" şeklindeki hükmüyle birlikte yorumlandığında, devletin yaşama hakkı kapsamında negatif yükümlülüğünün yanı sıra pozitif ve usuli yükümlülüklerinin de olduğu kabul edilmelidir.

AİHS m. 2/2'de düzenlenen istisnalara Anayasa'nın 17. maddesinin 4. fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre; "Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi,

²⁷⁷ İlhan / Türkiye Davası, 27.06.2000, Başvuru no. 22277/93, § 75-78, Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007. s. 32.

²⁷⁸ Tezcan, vd., *İnsan Hakları El Kitabı op. cit.*, s. 95.

bir ayaklanma veya isyanın bastırılması ... sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır” Ancak 17. maddenin 4. fıkrasında AİHS, m. 2/2’de yer almayan bir istisnaya daha yer verilmiştir. Buna göre; “sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili mercinin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri” de birinci fıkra hükmü dışındadır. Bu kapsamda gerçekleşen bir ölümün, Anayasaya uygun olsa dahi AİHS’e uygun olmadığı ortadadır. Dolayısı ile bu son istisna kapsamında ölüm ile sonuçlanan fiiller, AİHS m. 2/1’in ihlalini oluşturur. Anayasa m. 17/4’teki son istisna dışında kalan ve Sözleşme’deki istisnalarla aynı olan diğer istisnaların meşru olabilmeleri için kanunun silah kullanılmasına cevaz verdiği zorunlu bir durumun olması ve silahın kanunun öngördüğü şekilde orantılı bir biçimde kullanılmış olması başka bir deyişle AİHS’deki ifadesiyle “ölçülü” olması gerekmektedir.

Son olarak, yaşama hakkının öznesi için AİHS m. 2 ile Anayasa m. 17/1’de “herkes” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Yaşam, kural olarak doğumla başlar, ölümle sona erer. Burada, AİHS, m. 2 ve Anayasa m. 17/1’de kullanılan “herkes” kavramının acaba “cenin”i de kapsayıp kapsamadığı meselesi ortaya çıkmaktadır. AİHM’nin kararları incelendiğinde AİHM’nin, ceninin de yaşama hakkının sağladığı korumadan yararlanıp yararlanmayacağı konusunda açık bir tavır almaktan kaçındığı görülmektedir. Mahkeme’nin bu konudaki tavrı genel olarak, ceninin 2. madde kapsamında bir şahıs sayılıp sayılmayacağı konusunda soyut bir cevap vermenin mümkün olmadığı, yaşamın ne zaman başladığı konusunda devletlerin geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu yönündedir²⁷⁹. Esasen cenin’in yasama hakkı, mutlak surette 2. maddedeki korumaya dâhil olmadığı gibi yine mutlak surette bu maddenin koruma kapsamı dışında da değildir. Bu konuda kesin ve genel bir kural koymak mümkün değildir. Aslında bu konu, ceninin yaşama hakkının korunması ile öteki menfaatler arasındaki denge göz önünde tutularak her durumun kendi özel koşulları içinde ele alınarak çözümlenmesi gereken bir konudur²⁸⁰. Ancak

²⁷⁹ Tezcan vd. , *İnsan Hakları El Kitabı op.cit.*, s. 92-93.

²⁸⁰ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 156.

herkes kavramına cenin dâhil edilse bile, annenin sağlığı gibi tıbbi gerekçeler, ceninin yaşama hakkına son verilmesini meşru kılmaktadır²⁸¹.

2.2.3. İşkence Yasağı

AİHS'nin 3. maddesine göre; “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz”. AİHS'deki bu madde kişinin bedensel bütünlüğünü ve kişilik onurunu mutlak surette korumayı amaçlayan bir hükmü içermektedir. Madde hükmü ile konulan yasak, mutlaktır. Başka bir ifadeyle bu yasağın herhangi bir istisnası olmadığı gibi, AİHS m. 15 bağlamında askıya alınması da söz konusu değildir (AİHS, m. 15/2). 3. Madde hükmünü daha etkili kılmak için Avrupa Konseyi bünyesinde, “İşkence ve Gayriinsanî ya da Onur Kırıcı Ceza ve Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi”²⁸² de bulunmaktadır.

AİHS, m. 3'te, üç ayrı kavramdan bahsetmektedir: “işkence”, “insanlık dışı” ve “onur kırıcı” ceza veya muamele. Ne AİHS'de ne de AİHM içtihatlarında bu üç kavramın arasındaki farkı net bir şekilde ortaya koyacak tanımlar yapılmamıştır. Ancak Mahkeme'nin çeşitli kararlarındaki donelerden yola çıkarak bir çerçeve çizebilmek mümkündür. İşkence, kamu gücü kullanan birinin veya onun teşviki ya da nüfusu ya da hoşgörüsü himayesinde başka birinin, mağduru bir soruşturma ya da kovuşturma çerçevesinde bir bilgi ya da itiraf elde etmek ya da belli bir şekilde davranmaya zorlamak ya da cezalandırmak gibi spesifik bir amaçla yapılan ve kişide fiziksel ya da zihinsel acı veya ıstıraba sebep olan insanlık dışı ve onur kırıcı her türlü kasıtlı fiillerdir²⁸³. Dikkat edileceği üzere işkence, resmi sıfatla hareket eden veya onun kullandığı ya da himaye ettiği bir fail tarafından, delil elde etmek, itirafa zorlamak veya cezalandırmak, korkutmak gibi bir amaçla mağdura kasten ağır acı ve

²⁸¹ Komisyon Kararı, X v. The United Kingdom, 13.5.1980, no. 8416/79 DR 19, s. 244; aktaran, *Ibid*.

²⁸² Sözleşme, Sözleşmeye katılan devlet sayısında üyeden oluşan bir Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi aracılığı ile özgürlüklerinden yoksun bırakılmış insanların nasıl bir muameleye tabi tutulduklarını değerlendirmek üzere ceza ve ıslahevleri, polis karakolları, yabancı uyruklu mültecilerin tutulduğu merkezler ve psikiyatri hastaneleri, sosyal bakımevleri vs. gibi yerleri adli nitelik taşımayan ziyaret esasına dayalı olarak ziyaret etmek suretiyle bu insanları işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye karşı korumayı amaçlamaktadır. İşkence ve Gayriinsanî ya da Onur Kırıcı Ceza ve Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, m. 1, <http://www.cpt.coe.int/lang/tur/tur-convention.pdf> (06.03.2013).

²⁸³ Önok, Rifat Murat, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Ankara, 2006, s. 33.

istirap veren fillerde bulunmak gibi üç temel unsurdan oluşmaktadır²⁸⁴. Bazı durumlarda fiilin yeterli yoğunluk taşınamaması veya amaç unsuru içermemesi söz konusu olduğunda fiil işkence değil; insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele olarak kabul edilecektir²⁸⁵. Mağdurda korku, acizlik veya değersizlik duygusu uyandıran ve mağdurun onurunu zedeleyip onu bir başkasının veya kendi gözünde küçük düşüren nitelikteki fiiller “alçaltıcı” veya “kötü” diğer bir deyişle “onur kırıcı” muamele; bedensel ya da zihinsel yönden ağır bir acı doğuruyor ise “insanlık dışı” muamele sayılır. Aşağılayıcı bir ceza için, mağdurun başkalarının gözünde olmasa bile kendi gözünde aşağılanması yeterlidir²⁸⁶. İşkence ise bu ikisinin daha ağır şeklini oluşturmaktadır²⁸⁷.

Görüldüğü üzere, söz konusu üç kavram arasındaki fark esas olarak nitelikten ziyade bir yoğunluk farkıdır. Fiziksel ya da ruhsal ezanın en ağır (yoğun) şekli işkence; en hafif şekli ise onur kırıcı muameledir. Başka bir ifade ile her işkence aynı zamanda bir insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele iken her insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele işkence olmayabilir. AİHS, m. 3 kapsamındaki bir fiilin “işkence”, “insanlık dışı” ya da “onu kırıcı” ceza veya muamele olarak nitelendirilmesinin pratik sonucu, mağdur lehine hükmedilecek tazminat miktarının belirlenmesinde ve ihlali gerçekleştirdiği saptanan taraf devletin saygınlığı noktasında kendisini göstermektedir²⁸⁸. Yoksa her üç fiil de 3. maddenin ihlalidir.

AİHM’nin yerleşik içtihadına göre, dava konusu fiilin 3. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için “belirli bir ağırlıkta” olması gerekir. Bir fiilin belirli bir ağırlıkta olup olmadığı tespit edilirken muamelenin süresi, niteliği, kapsamı, uygulamanın şekli ve yöntemi, fiziksel ve ruhsal etkiler ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi dava ile ilgili tüm koşullara bakılarak

²⁸⁴ Reidy, Aisling, İşkencenin Yasaklanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz İnsan Hakları El Kitapları No: 6, Avrupa Konseyi, 2002, s. 17; Turabi, Selami, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Rehberi*, Seçkin, Ankara, 2013, s. 60.

²⁸⁵ Ergül, Ergin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İşkence Yasağı ve Türk Mevzuatı”, http://www.yayin.adalet.gov.tr/adalet_dergisi/sayi19.htm (05.03.2013).

²⁸⁶ Tyrer / Birleşik Krallık Davası, 25 Nisan 1978 Başvuru No: 5856/72, § 32, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=28> (06.03.2013).

²⁸⁷ Tezcan vd., *İnsan Hakları El Kitabı op.cit.*, s. 136-137.

²⁸⁸ *Ibid.*, s. 140.

bir sonuca varılır²⁸⁹. Dolayısı ile asgari şiddet düzeyinde bir fiilin işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza ya da muameleden hangisini oluşturduğu konusu, bir hukuk kuralı ile halledilebilecek bir mesele değildir. Bu tür durumlarda, her somut olayın özelliğine göre hâkimin yapacağı değerlendirme konuyu açıklığa kavuşturacaktır.

AIHM’ye göre; Sözleşme, çok ciddi ve zalimce acılara neden olan, kasti insanlıkdışı muameleyi işkence olarak isimlendirmiştir²⁹⁰. Bir fiilin işkence olabilmesi için mutlaka maddi şiddet şeklinde olması gerekmez. Kaygı ve stres verici bir durum yaratılarak kişiye verilen manevi ıstırap da 3. madde kapsamında değerlendirilir. Örneğin Mahkeme bir kararında, ölüm cezasından hüküm giymiş birinin, kesin hüküm ile cezanın infazı arasında geçen süresinin uzun olması durumunda “ölüm koridorunun” kendine has özelliklerinden dolayı duyduğu kaygı, stres ve korkuyu, insanlık dışı muamele olarak değerlendirmiştir²⁹¹.

Bir kişinin geri verilmesi durumunda, 3. maddede belirtilen muamelelere maruz kalma riski ile karşı karşıya kalması söz konusu olacak ise geri veren devlet 3. madde hükmünü ihlal etmiş olur²⁹². Keza, yabancıların sınırdışı edilmesi halinde eğer şahsın, sınırdışı edildiği takdirde gideceği ülkede 3. maddeye aykırı bir muameleye maruz kalmak konusunda gerçek bir risk ile karşılaşacağı sağlam ve inandırıcı verilerle saptanmışsa, şahsı sınırdışı eden Sözleşmecî Devlet’in sorumluluğu doğabilir.²⁹³ Din, renk, ırk, cinsiyet vb. nedenlere dayanan ayrımcılık, AIHS m. 14’ün ihlalinin yanı sıra onur kırıcı bir muamele olarak değerlendirilebilir²⁹⁴. Suç ve cezalar arasındaki aşırı orantısızlık da insanlık dışı muamele olarak kabul edilebilecektir²⁹⁵. Alt kademedeki görevlilerin kötü muamelelerinin bir “idari pratik” (yerleşmiş yönetsel uygulama) oluşturması durumunda devlet, memurunun bu

²⁸⁹ Dikme / Türkiye Davası, 11.07.2000, Başvuru no. 20869/92, § 94-96, Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s. 51-52.

²⁹⁰ Case of Ireland v. The United Kingdom, op. cit., § 167.

²⁹¹ Case of Soering v. The United Kingdom, 07.07.1989, Application no. 14038/88, § 106, 111, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57619>, (07.05.2013).

²⁹² Ibid., § 91.

²⁹³ Case of Ahmed v. Austria, 17.12.1996, Application no. 25964/94, § 39, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58001> (07.03.2013).

²⁹⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, op. cit., s. 201.

²⁹⁵ Ibid., s. 202.

muamelesinden sorumludur²⁹⁶. Kişilerin malvarlıklarının tahrip edilmesi sonucu duydukları acı ve ıstırap da Mahkeme’ce 3. madde kapsamında değerlendirilmektedir. Ayrıca 2. veya 3. maddenin ihlal edilmesi nedeniyle mağdur olanların yakın akrabaları açısından da 3. maddenin ihlali söz konusu olabilmektedir²⁹⁷. Özgürlüğünden alıkonulmuş birine mutlak surette gerekli olmadığı sürece maddi güç uygulama da Mahkemece, onur kırıcı muamele olarak değerlendirilmektedir²⁹⁸. Gözaltındaki kişilerde, gözaltındayken meydana gelen yaralanmalara taraf devletin makul bir açıklama getirememesi durumunda da taraf devlet AİHS, m. 3 kapsamında sorumlu olur²⁹⁹. Mahkeme, İrlanda / Birleşik Krallık Kararı’nda devletin uyguladığı beş teknik olarak adlandırılan sorgulama yöntemlerini (duvar karşı ayakta tutma, başlık geçirme, sürekli gürültüye maruz bırakma, uykudan mahrum bırakma, yiyecek ve içecek kısıtlaması) insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak kabul etmiştir³⁰⁰. Yine cezaların infazı sürecinde mahkûmların barınma koşulları, asgari haysiyet gereklerini taşımalıdır. Bu bağlamda özgürlüğünden alıkonulmuş kişilere ihtiyaç duydukları tıbbi yardımın sağlanmaması 3. maddenin ihlali anlamına gelmektedir. Mali imkânların yetersizliğini ileri sürerek devletin bu yükümlülüğünden kurtulması mümkün değildir³⁰¹. Hapishane koşulları ile ilgili

²⁹⁶ Memurun fiili nedeniyle devleti AİHS’nin 3. maddesi kapsamında sorumlu tutabilmek için kötü muamelenin sistemli bir şekilde tekrarlanması, geleneksel, alışılmış bir durum haline gelmiş olması ve üst resmi makamların da bunları önlemek için hiçbir girişimde bulunmaması ya da bunlara bilerek göz yummuş olması nedeniyle bir “idari pratik” durumunun ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 202.

²⁹⁷ AİHS’nin 2. veya 3. maddenin mağdurunun aile fertlerinin mağdur olup olmadığı, başvurunun çektiği acılara duygusal sıkıntıdan öte farklı bir boyut ve nitelik kazandıran özel nedenlerin olup olmadığına bağlıdır. Özel nedenler arasında kan bağıının varlığı –bu bağlamda ebeveyn ve çocuk arasındaki bağa özel önem atfedilecektir-, aile fertlerinin olaya ne ölçüde tanık olduğu, kaybolan kişi hakkında bilgi sahibi olabilmek için aile fertlerinin çabaları ve yetkilerin bu çabalar karşısındaki tutumu belirleyici olacaktır. Çakıcı / Türkiye Kararı, 8 Temmuz 1999, Başvuru no. 23657/94, § 98, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=890> (07.03.2013).

²⁹⁸ Case of Ribitsch v. Austria, 4.12.1995, Application no. 18896/91, § 38, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57964> (07.03.2013).

²⁹⁹ Tomasi / Fransa Davası, 27.08.1992, Başvuru no. 12850/87, § 108-111, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=360> (07.03.2013).

³⁰⁰ İrlanda/ Birleşik Krallık Kararı’nda Komisyon sorgulamada kullanılan beş tekniğin işkence olduğunu iddia etmiş ancak Divan, işkence derecesinde bir ağırlık ve yoğunluk seviyesine ulaşmadığı gerekçesiyle beş tekniği insanlık dışı ve küçültücü muamele olarak değerlendirmiştir. Case of Ireland v. The United Kingdom, *op. cit.*, § 96 ve 167.

³⁰¹ Case of Poltoratskiy v. Ukraine, 29.4.2003, Application no. 38812/97, § 148, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61059> (08.03.2013).

yapılan birçok başvuruda Mahkeme, hücrelerin fazla kalabalık olması, penceresiz ve havalandırmasız olması, ışıktan yoksun bırakılması, dış dünya ile iletişimin olmaması, açık havaya çıkılamaması şeklindeki koşulları 3. maddeye aykırı görmüştür³⁰². Tecrit, aynı zamanda sosyal tecridi de içeriyorsa yani mahkûmun diğer kişilerle iletişimini tamamen kesiyor ise bu kişiliğin yok olmasına yol açabilir. Tam tecritler, hiçbir güvenlik gerekçesiyle açıklanamaz. Dolayısı ile tam tecrit AİHS m. 3 kapsamında insanlık dışı bir muamele teşkil eder³⁰³.

AİHS’e taraf devletlerin 3. madde kapsamında, işkence etmeme, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza veya muamelede bulunmama (negatif yükümlülüğü); bu tür davranışları önleme (pozitif yükümlülüğü) bu bağlamda gereken kanuni düzenlemeleri yapma ve önlenemeyen ihlalleri cezalandırmak ve 3. maddeye aykırılık iddialarını etkili bir şekilde soruşturma (usuli) yükümlülüğü vardır³⁰⁴. Bu üç yükümlülüğün herhangi birinin ihlali 3. maddenin ihlali anlamına gelir.

1982 Anayasası’nda “işkence yasağı” başlıklı bir madde yoktur. Anayasa’nın “kişinin maddi ve manevi varlığı başlıklı” 17. maddesinin 3. fıkrasında; “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz” hükmüne yer verilmektedir. Bu yasak AİHS, m. 3’teki gibi mutlak bir yasaktır. Anayasa’nın 15. maddesinin 2. fıkrasında “savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin ... maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz” denilmektedir. Yine Anayasa’nın “ailenin korunması ve çocuk hakları başlıklı” 41. maddesinin 3. fıkrasında “Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır” hükmüne yer vermiştir. Anayasa’nın 15 ve 41. maddelerindeki hükümlerin ihlali de tıpkı 17/3 maddenin

İlke olarak mahkûmun salt yaşı ya da hastalığı AİHS, m. 3 kapsamında serbest bırakılmasını gerektirmez. Ancak devletin bütün imkânlarını kullanmasına rağmen, sağlık durumu, cezasının bünyesinde barındırdığı acı ya da ıstırapın ötesinde ayrıca 3. madde kapsamında değerlendirilecek ağırlıkta bir acı ya da ıstırap çekmesine yol açıyorsa, infazda ısrar edilmesi 3. maddenin ihlali olarak değerlendirilebilir. Tezcan vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, op. cit., s. 145.

³⁰² Tezcan vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, op.cit., s. 145-146.

³⁰³ Mahkeme, Öcalan / Türkiye Kararı’nda Öcalan’ın İmralı’da tek başına tutulmasını, güvenlik gerekçelerinin bunu gerektirmesi ve Öcalan’ın kitap, radyo gazete gibi kitle iletişim araçlarına sahip olması, avut ve doktorla periyodik olarak görüşüyor olması nedeniyle, tam anlamıyla tecrit edilmemiş olmadığı sonucuna varmış ve 3. Maddeye bir aykırılık görmemiştir. Öcalan / Türkiye Davası, 12.05.2005, Başvuru no. 46221/99 § 191-196, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Daire Başkanlığı, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ocalan46221.pdf> (08.03.2013).

³⁰⁴ Tezcan vd. , *İnsan Hakları El Kitabı*, op.cit., s. 132-135.

ihlalinde olduğu gibi, devletin AİHS'nin 3. maddesi kapsamında sorumluluğunu gündeme getirir.

2.2.4. Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı

AİHS'nin 4. maddesinin 1. fıkrasına göre; “Hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz.” Bu fıkradaki kulluk ve kölelik yasağı mutlak niteliktedir. Herhangi bir nedenle istisna getirilmesi söz konusu değildir. Kölelik, bireyin her türlü haktan yoksun bir biçimde bir “mal” muamelesi görmesi ve mülkiyet hakkına konu olabilmesidir³⁰⁵. Kulluk da bireyin bir borç karşılığı ya da toprağa bağlı olarak süresiz ve kendisinin son verme hakkının olmadığı bir ilişki altında çalıştırılmasıdır³⁰⁶. Kölelikte, bireyin mülkiyet hakkına konu olması kullukta ise esasen mülkiyet hakkına konu olmamakla beraber bir hizmet ilişkisi çerçevesinde özgürlüğün önemli ölçüde ve süresiz olarak kısıtlanmış olması söz konusudur. AİHM de Siliadin / Fransa Kararı'nda³⁰⁷, yasadışı yollarla ülkeye giren bir göçmenin belgelerine el konulup haftanın yedi günü günde on beş saat toplumdan izole bir şekilde çalıştırılmasını ve başvuranın göçmenlik statüsü dolayısı ile resmi mercilere başvuramaması durumunu değerlendirmiş; olayda başvurucunun çalıştığı kişilerin mülkiyetinde olduğunun söylenemeyeceğini bu nedenle bireyin çalıştığı kişilerin kölesi olmadığını ancak yaşadığı özgürlük mahrumiyetinin koşulları itibarıyla kulluk kapsamına girdiğini belirtmiştir.

AİHS, m. 4/2'ye göre; “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.” Zorla çalıştırma, “herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetleri ifade eder.”³⁰⁸ Serbest iradeye dayanan bir sözleşme gereği olarak yapılan çalışma (sözleşme

³⁰⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 215.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ Case of Siliadin v. France, 26.7.2005, Application no. 73316/01, §, 110, 121-124, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69891> (08.03.2013).

³⁰⁸ Case of Van Der Mussele v. Belgium, 23.11.1983, Başvuru no. 8919/80, § 32, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57591> (06.03.2012).

AİHM, zorla çalıştırma konusunda, Cebri veya Mecburi Çalıştırmaya İlişkin 29 Nolu ve 6 Haziran 1930 Tarihli ILO (International Labour Organizatin) Sözleşmesi, m. 2/1. AİHM de zorla çalıştırmaya ilişkin olarak aynı tanıımı benimsemiştir.

yükümlüğünü yerine getirmemek bir cezai şart içerse veya tazminat sorumluluğunu gerektirse dahi) zorla çalıştırma kapsamında değerlendirilemez.

AIHM'nin, zorunlu hizmet uygulamasını kural olarak zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma değerlendirmedeği görülmektedir. Mahkeme'ye göre çalışanlara kanun ile getirilen zorunlu hizmetin kısa süreli, yeter ücretli olması, meslek dışı hizmet içermemesi, uygulamada keyfilik, ayrımcılık veya cezalandırma niteliği taşıyamaması, gayri adil, gereksiz şekilde ağır veya onur kırıcı olmaması durumunda AIHS, m. 4/2'deki zorla çalıştırma veya zorla çalışma yasağına aykırı bir uygulama olmaz³⁰⁹.

AIHS'nin 4. maddesinin 3. fıkrasında da nelerin zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma kapsamında sayılamayacağını belirtilmiştir. Buna göre; aşağıdaki haller AIHS'nin 4/2 maddesinde sözü geçen “zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma”dan sayılmazlar:

- “a) Bu Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen koşullar altında tutuklu bulunan kimseden tutukluluğu veya şartlı salıverilmesi süresince olağan olarak yapılması istenen çalışma;
- b) Askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet;
- c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz ve afet hallerinde istenecek her hizmet;
- d) Normal yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet.” (AIHS, m. 4/3).

Görüldüğü üzere, Sözleşme'nin 5. maddesinde bahsedilen (maddeye bakıldığında kastedilenin 5. maddenin 1. fıkrası olduğu görülmektedir) kişilerden istenen çalışmalar, zorunlu askerlik hizmeti kapsamında istenen hizmetler veya vicdani ret hakkını kullananların zorunlu askerlik hizmeti yerine yapacakları kamu hizmetleri, kriz ve afet hallerinde istenecek hizmetler ve vatandaşlık sorumluluğu kapsamında öngörülen yükümlülükler zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma olarak kabul edilmemektedir. Özetle Mahkeme 4. madde ile ilgili olarak kendisine yapılan başvuruları değerlendirirken öncelikle çalışmanın zorla olup olmadığına bakacak eğer çalışma zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma ise ikinci olarak da bu

³⁰⁹ Iverson / Norveç Davası, 17. 12. 1963, Başvuru no. 1468/62, Yearbook of The European Convention on Human Rights, . C.6, s. 327 ve son; Aktaran; Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 217.

çalıştırma/çalışmanın AİHS, m. 4/3 kapsamında öngörülen çalışmalardan birinin kapsamına girip girmediğine bakacaktır. Eğer çalışma Sözleşme'nin 4/3 maddesinde ki istisnalardan herhangi bir kapsamında değerlendirilebilecek bir çalışma ise Sözleşme'nin 4/2 maddesinin ihlal edilmediğine karar verecektir.

AİHS, zorunlu askerlik hizmetini bir zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma olarak görmemektedir. Mahkeme, zorunlu askerlik hizmetini Sözleşme kapsamında meşru görmekle beraber Ülke / Türkiye Kararı'nda, zorunlu askerlik hizmetini yapmak istemeyen birinin hapis cezasıyla cezalandırıldıktan sonra tekrar askerlik hizmeti için kışlaya gönderilmesi ve bireyin tekrar askerlik yapmayı reddetmesi durumunda yine aynı cezayla cezalandırılmasının ve bunun sürekli tekrarlanmasının sorunu çözmediğini, bir kısır döngü yarattığını belirtmiş; böyle devam edilmesi durumunda kişinin hayatının sonuna kadar özgürlüğünden yoksun kalabileceğini dile getirdikten sonra, bireyin maruz kaldığı durumun insanlık dışı muamele olduğu sonucuna varmıştır³¹⁰. Ayrıca, askerlik görevini ifa edemeyecek yaştaki birine zorunlu askerlik yaptırılması da Mahkeme'ce, onur kırıcı muamele olarak değerlendirilmektedir³¹¹.

Üçüncü fıkradaki dört istisnanın da keyfiliğe yol açacak biçimde yorumlanamayacağı ortadadır. Bu istisnalar kapsamında kişilerden istenen hizmetlerin kişisel yetenek, olanak ve sınırlar içerisinde kalması gerekmektedir. Yurttaşlık kapsamında istenen çalışmaların olağan yurttaşlık ödevlerinden olması lazımdır³¹².

Devletin köleleştirme ve zorla çalıştırmayla etkili mücadeleyi mümkün kılacak kanuni ve idari çerçeveyi tesis etmemesi de 4. madde kapsamında sorumluluğunu doğurur³¹³.

1982 Anayasası'nda kölelik ve zorla çalıştırma yasağı başlıklı bir madde yoktur. Onun yerine “zorla çalıştırma yasağı” başlıklı 18. madde vardır. 18.

³¹⁰ Ülke / Türkiye Davası, 24.01.2006, Başvuru no. 39437/98, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ulke2006.pdf> (08.03.2013).

³¹¹ Taştan / Türkiye Kararı, 4 Mart 2008, Başvuru no. 63748/00, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/tastan.pdf> (08.03.2013).

³¹² Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 215.

³¹³ Case of C.N. and V. v. France, 11.10.2012, Başvuru no. 67724/09, § 108, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114032> (01.07.2013).

maddenin 1. fıkrasına göre; “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.” Aynı maddenin 2. fıkrasında ise zorla çalıştırma ve angarya sayılmayacak durumlar yani 1. fıkranın istisnalarının neler olduğu belirtilmiştir. Buna göre; “Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.” (Any., m. 18/2) Görüldüğü üzere burada AİHS, m. 4/3’te öngörülen dört istisnadan üçüne yer verilmiş; Sözleşme’nin üçüncü fıkrasının (b) bendinde öngörülen; “Askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet” şeklindeki istisnaya yer verilmemiştir. Ancak Anayasa’nın “vatan hizmeti” 72. maddesine göre, “Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.” Anayasa’nın 72. maddesinin, AİHS’nin, 4. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendinde öngörülen istisnaya tekabül ettiği söylenebilir.

Anayasa’nın 18. maddesinde AİHS, m. 4/1’de yer alan; “Hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz” hükmüne açıkça yer verilmemesine rağmen, bu hükmün hem m. 18/1 de düzenlenen zorla çalıştırma ve angarya yasağı ile içkin olduğunu kabul etmek hem de Anayasa, m. 90/son gereği AİHS, m. 4/1’deki hükmü iç hukukta uygulamak gerektiği konusunda tereddüde düşmemek gerekmektedir.

2.2.5. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

AİHS’nin 5. maddesinde kişi özgürlüğü ve güvenliği düzenlenmiştir. Maddede kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile bu hakka tanınan güvenceler belirtilmiştir. AİHS, m. 5/1’e göre;

“1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;

- b) Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;
- c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suç işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması;
- d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;
- e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;
- f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;”

Görüldüğü üzere, 5. maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesinde herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu belirtilmiş, akabinde ise bu hükmün istisnasını oluşturacak meşru durumların neler olduğu belirtilmiştir. Dolayısı ile 5. maddenin 1. fıkrasında öngörülen özgürlük hakkı mutlak bir hak olmayıp, aynı maddenin (a) – (f) bentlerinde öngörülen nedenler ile sınırlanabilir bir haktır. Buna karşın m. 5/1’de öngörülen güvenlik hakkı mutlak olup, kişiyi devletin keyfi müdahalelerine karşı korumayı amaçlamaktadır. AİHS, m. 5, kişinin devlet tarafından keyfi olarak özgürlüğünden mahrum edilmesi³¹⁴ durumunda veya bu konudaki pozitif ya da usuli yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda uygulanacaktır. Yoksa velayet ya da vesayet hakkına dayanılarak kanuni sınırlar içerisinde küçüğün özgürlüğünün sınırlanması bu maddenin uygulama alanı dışındadır.

Kişi özgürlüğünü keyfi sınırlamalara karşı korumak için maddede öngörülen “kişi güvenliği” hakkının üç temel biçimde ortaya çıktığı görülmektedir. Bunlar³¹⁵;

- a) Kişi özgürlüğünü sınırlayan her türlü işlemin hem şekil hem de esas açısından hukuka uygun olması,

³¹⁴ AİHM,e göre, bir kişinin özgürlükten mahrum edilmesi ile gidip gelme serbestisinin kısıtlanması aynı şey değildir. Bu iki, kavram arasında bir öz farkından ziyade bir yoğunluk farkı bulunmaktadır. Sokağa çıkma yasağı veya karantina nedeniyle belli sınırların dışına çıkma yasağı gidip gelme serbestisinin sınırlanması iken; belli bir bölge ya da mahalle halkını evlerinde kapalı tutma özgürlükten mahrumiyettir. Kom. R. Kıbrıs / Türkiye, 10.7.1976, Başvuru no. 6780/74 ve 6950/75, §, 235 ve 286, Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 223.

³¹⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 223.

- b) Kişi özgürlüğünü sınırlandırmasının nedenlerinin tahdidi olarak sayılması,
- c) Kişi özgürlüğünden yoksun bırakılanlara tanınan bazı hakların olması.

İşlemin hukuka uygun olmasından kasıt; yakalama, gözaltına alma, tutuklama veya tutma işlemlerinin hem yürürlükteki mevzuatta öngörülen usule uygun olması hem de içerik olarak yürürlükteki mevzuata aykırı olmamasıdır. Tabi ki usul ve esas açısından uyulacak ulusal mevzuatın da AİHS'e aykırı olmaması gerekir. Esasen ulusal hukukun yorumu ve uygulanması taraf devlet makamlarına bırakılmış bir konudur³¹⁶. Dolayısı ile ulusal hukuktaki usul ve esaslara uyulup uyulmadığını denetlemek ulusal mercilerin işidir. Ancak AİHM, ulusal hukuktaki usul ve esaslara uyulup uyulmadığını denetlememekle beraber, taraf devletin Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleme yetkisine sahiptir (AİHS, m. 19).

AİHS, m. 5/1'de, kişi özgürlüğünün keyfi olarak sınırlandırılması için özgürlükten mahrumiyet hallerinin tahdidi olarak sayıldığı görülmektedir. Burada sayılanlar dışında bireyin özgürlüğünden mahrum bırakılması hukuka aykırı olacaktır³¹⁷. AİHS, m. 5/1'de tahdidi olarak sayılan nedenlerden biri (a) bendinde ifade edilen; "Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi"dir. Burada kastedilen, kişiye yetkili bir mahkeme tarafından verilen özgürlüğü bağlayıcı cezanın usulsüne uygun olarak yerine getirilmesidir. Yetkili mahkemeden kasıt ise yasama ve yürütme organı karşısında bağımsız, yargısal usul güvencelerini uygulama kabiliyeti olan yargısal nitelikte makamdır. Eğer tutma kararı veren yetkili makam önünde temel usul güvenceleri

³¹⁶Case of Bozano v. France, Application no. 9990/82 18.12.1986, § 58, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57448> (10.03.2013).

³¹⁷ Engel and Others v. Holland, 08.06.1976, Application no. 5100/71, § 58-59, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479> (10.03.2013).

uygulanmıyor ise tutulan kimseye bütün yargısal usul güvenceleri sağlayan ikinci bir makama başvurma hakkı tanınması gerekir³¹⁸.

AİHS, m. 5/1'in (b) bendinde ifade edilen özgürlükten mahrumiyeti hukuka uygun hale getiren sebeplerden bir diğeri, mahkeme tarafından kanuna uygun olarak verilen bir karara uymama neticesinde usulüne uygun olarak yapılan yakalama veya tutmadır. Burada, kastedilen mahkeme kararı, (a) bendinde bahsedilen esas hakkındaki mahkûmiyet hükmü ve diğer bentlerde belirtilen mahkeme kararları dışında kalan kararlardır³¹⁹. Örneğin, duruşma düzenini bozan sanığa verilen disiplin cezası ya da nafaka borcunu ödemeyen eşe uygulanan tazyik hapsi gibi. 5. Maddenin (b) bendinde belirtilen ve özgürlükten mahrumiyeti meşru kılan bir diğer sebep ise kanuni bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yapılan yakalama veya tutmadır. AİHM'e göre, 'hukukun öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için' terimlerinden kastedilen, hukukun bir kimseyi 'özel ve somut' bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamak için tutulmasına izin verdiği durumlardır³²⁰.

AİHS; m. 5/1 (c) bendinde üç durumda kişi özgürlüğünün sınırlandırılmasının meşru olacağı belirtilmektedir. Bunlar; birinin bir suç işlediği hakkında geçerli şüphenin bulunması, suç işlemesine engel olmak ya da suç işledikten sonra kaçmasına engel olmak için yapılan yakalama ve tutmadır. Ancak bu üç durumda, kişinin yakalanması sadece yetkili merciin önüne çıkarılmak amacıyla yapılabilir ve (c) bendine göre yapılacak yakalama ve tutuma sadece bentte sayılan üç sebeple sınırlıdır. Ayrıca yakalamaya neden olan şüphenin "makul" düzeyde olması gerekmektedir. AİHM'e göre, bir şüphenin "makul" sayılabilmesi için objektif bir gözlemciyi bir kimsenin suç işlemiş olabileceğine ikna edecek olayların veya bilginin bulunması gerekmektedir. Makul nitelemesi, her somut olayın

³¹⁸ De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, 18.6.1971, Application no. 2832/66, § 77-78, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57606> (19.03.2013).

³¹⁹ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 229.

³²⁰ Case of Guzzardi v. Italy, 06.11.1980, Application no. 7367/76, § 101, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57498> (20.06.2013).

özellikleri göz önünde tutularak yapılacaktır³²¹. Bu bağlamda, makul şüphenin bir suç isnat etmek için gereken şüpheyile aynı düzeyde olması aranmaz³²². AİHS, m. 5/1 (c) bendinde yer alan hüküm genel anlamda önleyici nitelikte yakalamaları ve tutmaları içermez³²³.

AİHS, m. 5/1 kapsamında özgürlüğün sınırlandırılmasını meşru kılan nedenlerden biri de (d) bendinde ifade edildiği üzere, küçüklerin eğitim ya da yetkili merciin önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulmasıdır. Bir çocuğun zorunlu olarak bir eğitim kurumuna devam ettirilmesi bu hükmün uygulanmasının klasik örneğidir.

Özgürlüğün kısıtlanmasını meşru nedenlerinden biri de bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek yani kamu sağlığının korumak için hastalığı yayabilecek kişilerin ya da “suç eğilimine müsait ortam teşkil eden durumlar³²⁴”ın ortaya çıkmaması için akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlıları ve serserilerin kanuna uygun olarak tutulmasıdır. Bu kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanması, tedavi veya eğitim amacını içermelidir. Bulaşıcı hastalık, akıl hastalığı ve uyuşturucu ya da alkol bağımlılığı tıbbi açıdan değerlendirilecek konulardır³²⁵. Akıl hastalarının acil durumlar dışında özgürlüklerinden yoksun kılınabilmesi için hastalığın objektif ve tıbbi bir uzman tarafından saptanmış olması, özgürlük kısıtlanması olayın şartları içerisinde gerekli olmalı ve hastalık özgürlükten yoksun bırakılma süresince devam etmelidir³²⁶. Bunların yanı sıra kural olarak akıl hastasının bu iş için uygun bir kurumda tutulması da gerekmektedir³²⁷. Alkol veya

³²¹ Case of Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, 30.08.1990, Application no. 12244/86; 12245/86; 12383/86, § 32, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57721> (20.03.2013); Case of Murray v. The United Kingdom, 28.10.1994, Application no. 14310/88, § 51, Court of Human Rights <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57895> (20.03.2013).

³²² Erdagoz / Türkiye Davası, 22.10.1997, Başvuru no. 127/1996/945/746, § 51, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=712> (20.03.2013).

³²³ Daha önce şehirlerine gelen bir devlet yöneticisine yönelik eylem yapan bir şahsın, aynı yöneticinin tekrar aynı şehre geldiğinde, şahsın hiçbir delil olmaksızın yeniden eylem yapma ihtimaline karşılık karakola götürülüp orada bekletilmesi AİHS’e aykırıdır. Tezcan vd. , *İnsan Hakları El Kitabı*, op.cit., s. 173.

³²⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, op. cit., s. 334.

³²⁵ Ibid.

³²⁶ Case of Winterwerp v. Netherlands, 24.10.1979, Application no. 6301/73, § 39, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57597> (20.03.2013).

³²⁷ Tezcan vd. , *İnsan Hakları El Kitabı*, op.cit., s. 179.

uyuşturucu madde bağımlılığı konusunda da bu ilkeler geçerlidir. Serseriler için alınacak tedbirler de esasen suç işleme meylindeki kişinin tehlikeli halini ortadan kaldırmaya yönelik bir iyileştirme çabasıdır. Sözleşme, serseri teriminin tanımını yapmamış olmakla beraber, AİHM, Belçika Ceza Kanunu'nun 347. maddesindeki serseri tanımının Sözleşme'ye aykırı olmadığını ifade etmektedir. Buna göre, “sabit bir ikametgâhı bulunmayan, geçim kaynağı olmayan ve düzenli bir işi ve mesleği bulunmayan kişiler serseri sayılır³²⁸”

Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konması ya da kendisi hakkında sınır dışı etme veya geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması, AİHS, m. 5/1'in (f) bendi uyarınca kişi özgürlüğünün kısıtlanmasının meşru nedenlerindendir. Bu bende göre yapılacak yakalama veya tutmalar ancak bentte öngörülen amaçlar için yapılmak koşuluyla meşrudur³²⁹.

AİHS'nin 5. maddesinin 2. fıkrasında, özgürlüğü kısıtlanan kişinin haklarından bahsetmektedir. Buna göre; “Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.” Bu düzenlemenin amacı, kişinin neyle suçlandığını bilmesi ve 4. fıkra düzenlenilen itiraz hakkını ona göre kullanmasıdır³³⁰. Amaç, kişinin neyle suçlandığını bilmesi olduğuna göre, kişiye yapılacak bildirim herhangi bir şekle tabi olmadığı gibi yakalanan kişi, somut olayın özellikleri dikkate alındığında herhangi bir açıklamayı gerektirmeksizin neden yakalandığını anlıyor ise örneğin suçüstü yakalanan kişinin durumunda olduğu gibi madde hükmü yerine getirilmiş olur³³¹. Yakalanan kişiye, yakalanmasına neden olan temel fiili ve hukuki bilgiler basit, teknik olmayan anlayacağı bir dilde verilmelidir³³². Kişiye sadece yakalanmasının hangi kanun hükmünden kaynaklandığının belirtilmiş olması 2. fıkra hükmünün amaçları

³²⁸ De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, op. cit., § 68.

³²⁹ Kişinin daha kolay olduğu için geriverme işlemleri yerine sınır dışı edilmek için tutuklanması m.5/1'in (f) bendine aykırılık oluşturur. Case of Bozano v. France, op. cit., § 54.

³³⁰ Case of, X. v. The United Kingdom, 5.11.1981, Application no. 7215/75, § 66, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57602> (24.03.2013).

³³¹ Case of Dikme v. Turkey, 11.07.2000, Application no. 20869/92, § 54-57, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58751> (24.03.2013).

³³² Case of Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, op. cit., § 40.

doğrultusunda yeterli değildir³³³. 2. Fıkraya göre, yakalanan kişiye yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen suçlamalar “en kısa sürede” anlatılmalıdır. Buradaki en kısa süre terimiyle kastedilen illa yakalama anı anlamına gelmediği gibi sürenin gereksiz yere uzatılmasını anlamına da gelmez. En kısa süre koşuluna uyulup uyulmadığı her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir koşuldur³³⁴.

5. Maddenin 3. fıkrasında, aynı maddenin 1. fıkrasının (c) bendi³³⁵ kapsamında yakalanan ve tutulan kişilere tanınan iki temel güvenceden bahsedilmektedir. Yakalanan kişilerin hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yetkili kılınmış bir görevli önüne çıkarılması ve kişinin tutukluluk süresinin makul bir süreyi aşmaması veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılması. AİHS, m. 5/3’e göre;

“3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullara uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.”

Yukarıdaki hüküm kapsamında, özgürlük sınırlamasının denetlenmesi için yakalanan veya tutulan kişinin bir “yargıç” veya “adli görev yapmaya kanunla yetkili kılınmış diğer bir görevli” önüne çıkarılması gerekmektedir. Yargıç, yargısal yetkiye sahip bir kişiyi ifade eder iken; adli görev yapmaya kanunla yetkili kılınmış diğer bir görevliden kasıt ise yargıçtan başka kanunun kendisine verdiği adli görevin gerekli kıldığı güvencelere sahip yargıç kararı olmaksızın kişilerin özgürlüğünü kısıtlamaya yetkili kılınmış kişilerdir. 3. Fıkroda geçen “yargıç” ile görevli aynı şey olmamakla beraber, kişilerin özgürlüklerinden keyfi olarak yoksun bırakılmalarının önüne geçmek için yargıç dışındaki diğer “görevlin” de güvence açısından yargıçla aynı özelliklere sahip olması gerekmektedir. Bu güvenceler, memurun yürütme organı ve taraflar karşısında bağımsız olması, özgürlüğünü kısıtlayacak kişiyi bizzat

³³³ Case of Murray v. The United Kingdom, op. cit., § 76.

³³⁴ Case of Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, op. cit., § 40, 43.

³³⁵ “Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması” (AİHS, m. 5/1/c).

dinlemesi ve özgürlüğü kısıtlama kararının m.5/1/c'deki meşru nedenlerden birine dayandırması gerekliliğidir. Meşru nedenlerin yokluğu halinde kişi özgürlüğünden alıkonulamayacağı için anılan kişilerin serbest bırakma yetkisine de sahip olması gerekmektedir. Bu bağlamda hiçbir kimseden emir almadan yani bağımsızlık koşulunu yerine getiren savcılık mesleği mensupları da bu kavrama dâhildir³³⁶.

Yakalanan ve tutulu durumda bulundurulmuş kişinin bir “yargıç” veya “adli görev yapmaya kanunla yetkili kılınmış diğer bir görevli” önüne “hemen” çıkarılması gerekmektedir. Buradaki “hemen” ifadesi her olayın somut özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Ancak somut olayın özellikleri hiçbir zaman devletin yakalanan ve tutulan kişiyi hemen “serbest bırakmak” ya da bir yargıç veya adli bir görevli önüne çıkarmak yükümlülüğünü ortadan kaldıracak biçimde geniş yorumlanamaz³³⁷. Keza yakalama ve tutulu durumda bulundurma tedbirlerinin iç hukuktaki kanunlara uygun olması 5. maddenin 3. fıkrasındaki yükümlülüğü ortadan kaldırmaz. Örneğin, suçun niteliği ve şüphelilerin sayısının çokluğuna göre iç hukukta gözaltı sürelerinin uzun tutulması devleti AİHS, m. 5/3’ün getirdiği yükümlülükten kurtarmaz³³⁸.

5. Maddenin 3. fıkrasına göre, yakalanan ve tutulu durumda bulundurulmuş kişinin bir yargıç veya adli görevli önüne “hemen” çıkarıldıktan sonra, “makul bir süre içerisinde yargılanma ya da serbest bırakılma hakkı” vardır. Ulusal merciler somut olayda tutukluluk süresinin makul süreyi aşp aşmadığını hesaplarken masuniyet karinesini ve kişi özgürlüğünü kısıtlamayı meşru kılan kamu yararının varlığını gerekli kılan nedenleri (sanığın kaçması, delilleri karartması veya kamu düzeni gibi) ayrıntılarıyla araştırıp inceleyecek ve ilgilinin serbest bırakılma talebine ilişkin verilen red kararlarını gerekçeli bir şekilde ortaya koyacaklardır³³⁹. Kişinin

³³⁶ Case of Schiesser v. Switzerland, 04.12.1979, Application no. 7710/76, § 28-37, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57573> (24.03.2013).

³³⁷ Case of Brogan and Others v. The United Kingdom, 29.11.1988, Application no. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, § 59, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57450> (24.03.2013).

³³⁸ Case of Demir and Others v. Turkey, 23.09.1998, Application no. 71/1997/855/1062-1064, § 52, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58230> (24.03.2013).

³³⁹ Yağcı ve Sargın / Türkiye Davası, 08.06.1995, Başvuru no. 16419/90 16426/90, § 50, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=518> (25.03.2013).

tutulu durumda bulundurulmasını meşru kılan kamu yararına ilişkin gerekçelerin varlığı, tutukluluğun olmazsa olmaz şartı olmakla beraber bir süre sonra bu şart da yeterli olmayabilir. Yani kişiyi tutulu durumda bulundurmanın makul sebepleri olabilir ancak ulusal merciler işi sürüncemede bırakıp yargılamayı ve tutukluluğu aşırı derecede uzatmışlar ise Sözleşme'nin m. 5/3 fıkrası gereğince yine sorumlu olurlar³⁴⁰. Diğer yandan AİHS, m. 5/3'teki makul süre ile m. 6/1'deki makul süre kavramları birbirinden ayrıdır. Bir dava geçerli nedenleri varsa uzun bir süre devam etmiş olabilir ve bu durumda Sözleşme'nin, m. 6/1 hükmü ihlal edilmemiş olabilir. Fakat yargılama süresince sanık makul süreyi aşar şekilde tutuklu kalmış ise m. 5/3 hükmü ihlal edilmiş olur³⁴¹.

Ana kural kişi özgürlüğü, tutuklama ise bu özgürlüğe getirilen ağır bir istisna olduğuna göre, alternatif önlemlerin varlığı halinde gerekli güvencelerin temin edilmesi ile tutuklama yerine alternatif önlemlere başvurulması gerekir³⁴². Ayrıca, itham edilen suçun ağır bir cezayı gerektirmesi tutukluluk için tek başına yeterli bir sebep teşkil etmez³⁴³.

AİHS'nin 5. maddesinin 4. fıkrasında, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin, yoksun bırakılmanın kanuna uygun olup olmadığını bir mahkemeye başvurarak kısa bir süre içerisinde denetletmek hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Buna göre; “Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının kanuna uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve kanuna aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir” (AİHS, m. 5/4). Kişiye tanınan bu başvuru hakkının etkili olabilmesi için kişinin

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ Sözleşme'nin 6. maddesindeki makul süre davanın taraflarını usulden kaynaklanan gecikmelere karşı korumak için öngörülen; özellikle ceza davalarında bir suç isnadı ile karşılaşan bir kimsenin uzun süre belirsiz bir durum içinde kalmasını önlemeyi amaçlayan bir hükümdür. Sözleşme'nin m. 5/3 fıkrasındaki makul süre ise tutuklu bulunan kimselerle ilgili kovuşturmalarda özel bir özen gösterilmesini; tutukluluk döneminin makul bir süreyi aşmamasını amaçlamaktadır. Bu nedenle kovuşturma ve dava ne kadar uzun sürerse sürsün 5. maddenin 3. fıkrası kendi sonuçlarını doğuran bağımsız bir hükümdür. Stögmüller / Avusturya Dvası, 10.11.1969, Başvuru no. 1602/62, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=10> (25.03.2013).

³⁴² Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 240.

³⁴³ Yağcı ve Sargın / Türkiye Davası, *op. cit.*, § 52.

özgürlüğünden yoksun bırakılma nedenlerini çürütmek imkânına da sahip olması bu bağlamda soruşturma veya kovuşturma dosyası içerisindeki bilgilere ulaşma olanağının olması gerekmektedir³⁴⁴. İtiraz üzerine yapılacak incelemenin, mahkeme tarafından “kısa bir süre içinde” tamamlanması ve karar verilmesi gerekmektedir. Kişinin özgürlüğünden yoksun kılınması nedenlerinin ortadan kalkma ihtimaline karşılık, bu hüküm kapsamında yoksun bırakılma kararının makul aralıklarla gözden geçirilmesi de gerekmektedir³⁴⁵.

5. maddenin 5. fıkrası ise Sözleşmenin 5. maddesi hükümlerine aykırı olarak gerçekleştirilen her yakalama ve tutulu durumda bulundurulma işlemine karşı, işlemde mağdur olanların tazminat isteme hakkını düzenlemektedir. Buna göre; “Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır” (AİHS, m. 5/5). Dolayısı ile iç hukukta tazminat yolunun öngörülmemiş olması Sözleşme’nin ihlalidir.

AİHS’nin 5. maddesinde düzenlenen “özgürlük ve güvenlik hakkı”nın , 1982 Anayasası’nın 19. maddesinde “kişi özgürlüğü ve güvenliği” başlığı altında Sözleşme’ye paralel bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Buna göre;

“Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

³⁴⁴ Case of Lamy v. Belgium, 30.03.1989, Application no. 10444/83 § 29, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57514> (25.03.2013).

³⁴⁵ Case of Weeks v. The United Kingdom, 02.03.1987, Application no. 9787/82, § 56, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57594> (25.03.2013).

Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.

Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.” (Any., m. 19).

Görüldüğü üzere 19. maddenin 1. fıkrasında, AİHS’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesine belirtildiği gibi herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu vurgulanmış; 2 ve 3. fıkrasında bu özgürlüğün meşru sınırlanma nedenlerine yer verilmiştir. 19. Maddedeki sınırlama nedenlerinin AİHS’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (a)-(f) bentlerinde sayılan meşru sınırlama nedenleriyle aynı olduğu görülmektedir. Bunun yanı sıra Anayasa’nın 19. maddesinin 4. fıkrası, AİHS’nin 5. maddesinin 2. fıkrasına; 19. maddenin 5. fıkrası, AİHS’nin 5. maddesinin 3. fıkrasına; 19. maddenin 7. ve 8. fıkraları, AİHS’nin 5. maddesinin 4. fıkrasına ve 19. maddenin 9. fıkrası ise AİHS’nin 5. maddesinin 5. fıkrasına tekabül ettiği görülmektedir. 19. Maddenin, kişinin yakalanması veya tutuklanması durumunda yakınlarına derhal haber verilmesini emreden 6. fıkrasına ise AİHS m. 5’te tekabül eden bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısı ile 19. maddenin 6. fıkrasındaki hükme aykırı hareket etmek AİHS’e aykırı olmasa dahi Anayasa’ya aykırı olacaktır.

2.2.6. Adil Yargılanma Hakkı

AİHS’nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Buna göre;

“1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş

bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.” (AİHS, m.6/1).

Maddenin 1. fıkrasından anlaşıldığı üzere, adil yargılanma hakkı: “Kanunla kurulmuş”, “bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde”, “makul bir süre içerisinde”, “hakkaniyete uygun” ve “aleni” olarak yargılanmayı talep etme yetkisidir.

Sözleşme (m. 6/1), kişilerin adil yargılamayı talep etme yetkisinin, “medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili nizalar” ve “cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara” has olduğunu belirterek bu hakkı sınırlamıştır. Dolayısı ile idari davlar, disiplin hukukuna veya Anayasa hukukuna ilişkin aykırılık iddialarında, bu madde kapsamında bir koruma talep edilemeyecektir. Ancak AİHM, “otonom kavramlar” doktrini uyarınca, 1. fıkradaki “medeni hak” ve “suçlama” terimlerini geniş yorumlamış; şeklen idari rejime tabi olan birçok nizayı özü bakımından medeni haklara ilişkin kabul ederek madde kapsamında ele almıştır³⁴⁶. AİHM’in bu isabetli tutumu sayesinde, bazı idari davalar da 6. maddenin kapsamında değerlendirilebilmektedir.

Kural olarak bireyler arasındaki uyuşmazlıklar ile birey ile kamu tüzel kişilerinin özel hukuk hükümleri çerçevesinde kurulan ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar medeni hak ve yükümlülüklerden kaynaklanan nizalardandır. Ancak AİHM, bir nizanın “medeni hak veya yükümlülük” ile ilgili olup olmadığını saptarken iç hukuktaki tasnifle kendisini bağlı görmemekte, uyuşmazlığın maddi içeriğine ve uyuşmazlık konusu hakkın etkilerine bakarak bir değerlendirme yapmaktadır³⁴⁷. Yani bir kişi ile kamu tüzel kişisi arasındaki kamu hukukuna tabi ilişkilerden kaynaklanan bazı nizalar da Mahkeme’ce hakkın doğasına bakılarak medeni hak veya yükümlülüğten doğan niza olarak değerlendirilebilmektedir. AİHM’ye göre, taraflarından birinin kamu tüzel kişisi olması ve çıkan uyuşmazlığa kamu hukuk kurallarının uygulanmasına rağmen mülkiyet hakkı ve malvarlığı ile

³⁴⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 266-267.

³⁴⁷ Case of König v. Germany, 28.06.1978, Application no. 6232/73, § 88-90, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57512> (26.03.2013).

ilgili idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklar; bir meslek, san'at veya başka bir ticari faaliyetin yürütülmesi ile ilgili işlemlerden (ruhsat, izin vb.) doğan uyuşmazlıklar; reşit olmayan çocukları ebeveynlerinden ayırmak sureti ile bunların korunması amacıyla yapılan idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklar; çalışma hayatı sosyal sigorta, iş akdinin feshi ve işten çıkarma ile ilgili idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklar; idarenin kusurundan kaynaklanan zararların tazmininden doğan uyuşmazlıklar ve idarenin takdir yetkisini kullanmasından doğan uyuşmazlıklar medeni hak ve yükümlülük niteliğinde kabul edilen idari işlemlerdir³⁴⁸. Başka bir deyişle, bu tür nizalar AİHS m. 6 kapsamında değerlendirilmektedir. Buna mukabil kamusal yönü ağır basan ve medeni hak ve yükümlülük kapsamı dışında kalan nizalar konusunda 6. madde uygulanmamaktadır³⁴⁹. Bu bağlamda vergilendirme ve vergi değerlendirmeleri, göç (yabancıların ülkeye kabulü ve sınır dışı etme) ve milliyet konuları, kamu görevine seçilme hakkı, eğitimin devlet tarafından karşılanması talebi, pasaport başvurularının reddi, madeni hukuk davalarında kanuni yardıma ilişkin konular, tıbbi tedavilerin devlet tarafından karşılanması konusu, doğal afet mağdurlarına devletin tek taraflı kararıyla yardım etmesi konusu, patent başvuruları ve devlet memurluğu statüsüne ilişkin bazı konular medeni hak ve yükümlülük kapsamı dışında nizalar kabul edilerek 6. maddenin kapsamı dışında değerlendirilmiştir³⁵⁰. Bu meyanda devlet memurluğu statüsüne ilişkin nizalarda küçük bir parantez açmak gerekir. Devlet memurluğu statüsüne ilişkin nizalarda Mahkeme, uygulanan müeyyideyi disiplin hukukuna ait gördüğü durumlarda nizamı 6. maddenin kapsamı dışında bırakmış; aksi durumda 6. madde kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, görevin kamu yönetimine özgü bir faaliyet niteliğinde olması, devlet ya da bir kamu tüzel kişinin yararını korumayı amaçlıyor olması ve kişinin hizmet esnasında kamu gücünü kullanan kişi sıfatıyla hareket etmiş olması koşullarının bir arada olması durumunda, nizanın 6. madde kapsamı dışında

³⁴⁸ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 271-272.

³⁴⁹ *Ibid.*, s. 272.

³⁵⁰ Mole, Naula ve Catharina Harby, *Adil Yargılanma Hakkı İnsan Hakları Kitapçıkları No. 3*, Council of Europe, Ekim 2001, s. 27-28.

olacağını belirtmiştir³⁵¹. Bu kriterler güvenlik güçlerinin (ordu ve polis) ifa ettikleri hizmetlere uymaktadır. Dolayısı ile Mahkeme ordu ve polis teşkilatı mensuplarının tabi olduğu özel disiplin rejimi çerçevesinde doğan uyuşmazlıkları, 6. madde kapsamında değerlendirmeme eğilimindedir. Bu bağlamda Mahkeme, Türkiye’den bir grup Türk Silahlı Kuvvetleri mensubunun disiplin müeyyidesi olarak yargı yolu kapalı olmak üzere ordu ile işliklerinin kesilmesi üzerine yaptıkları başvuruyu (6. madde kapsamında “bir mahkemeye müracaat hakkı”nı ihlal iddiasını), ordunun kendine has bir disiplin rejiminin olduğu, başvuranların bu mesleğe girmekle bu disiplin rejimine uymayı serbest iradeleriyle kabul ettiklerini ve başvuranlara uygulanan müeyyidenin anılan disiplin rejimi çerçevesinde uygulanan bir müeyyide olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur³⁵². Sayılan kriterler dışında kalan nizaları (devlet memurlarının maluliyet ödeneğinin kesilmesi, sözleşmeli personelin görevine son verilmesi, memurun meslekle işliğinin kesilmesi, emeklilik statüsüne ilişkin nizaları) Mahkeme, 6. madde kapsamında değerlendirmektedir³⁵³.

AIHS, m. 6/1 yukarıda belirtildiği üzere medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili nizalar ve ceza alanda yöneltilen suçlamalara ilişkin nizalarda uygulanmaktadır. Ceza alanında yöneltilen suçlamalardan kasıt kişinin bir suç ile itham edilmesidir. İthamın varlığı konusunda önemli olan husus ithamın şekli, zamanı ya da ithamı yapanın sıfatı olmayıp; içeriğidir. Duruma göre, kişiye bir suç işlediğine dair bir iddianın veya aleyhine açılmış bir davanın bildirilmesi ya da kişinin suç işlediği şüphesi ile yakalanması veya tutuklanması, hakkında soruşturma açılması, bir kişiden kanıt gösterilmesinin istenmesi veya hesaplarının dondurulması gibi kişinin durumunu etkileyen işlemler Mahkemece, suç ithamı olarak kabul edilmektedir³⁵⁴. Ulusal mevzuat ile Sözleşme’deki hakların kullanımını etkilememek koşulu ile Taraf Devletler diledikleri fiili suç haline getirebilirler. Mahkeme, bir fiilin suç olup olmadığını iç hukuktan bağımsız olarak kendisi nitelendirmektedir. Bunu yaparken de fiilin iç hukukta nasıl nitelendirildiğine, fiilin özelliklerine (bir meslek grubunu

³⁵¹ Bu kriterler Pellegrin kriterleri olarak da anılmaktadır. Case of Pellegrin v. France, 08.12.1999, Application no. 28541/95, § 64-67, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58402> (25.03.2013).

³⁵² Batur, Erbek, Duran ve Diğerleri, 04.07.2000 tarih 38604/97, 38923/97, 38925/97, 39830/98 nolu başvurular. Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 273.

³⁵³ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 273.

³⁵⁴ Mole ve Harby, *op. cit.*, s. 30.

ya da toplumun tamamını ilgilendiren bir fiil olup olmadığına) ve uygulanan yaptırımın özelliklerine ve ağırlığına (para cezası veya hapis cezası, cezanın süresi gibi) bakmakta; bunların tamamını göz önünde tutarak bir niteleme yapmaktadır³⁵⁵.

Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası sadece görülmekte olan davlara has güvenceler getirmemekte; bunun yanı sıra bu güvencelerden gerçekten yararlanılmasının ön koşulu niteliğinde olan “bir mahkemeye başvurulma hakkı”nı da içermektedir³⁵⁶. Kural olarak mahkemeye başvurma hakkı mutlak olmayıp bu hakkın suiistimalini önlemek için Taraf Devletler hakkın kullanımı konusunda çeşitli sınırlamalar getirebilirler³⁵⁷. Ancak sınırlamanın hakkın kullanımını fiilen imkânsız kılar nitelikte olması ya da mahkeme önüne gitme yolunun tamamen kapatılması m. 6/1'in ihlalini oluşturur. Bu bağlamda yüksek yargılama masrafları nedeni ile kişinin fiilen mahkemeye başvuramaması, mücbir sebep veya olağanüstü durumlar nedeniyle başvuru sürelerinin kaçırılması durumunda eski hale getirme olanağının tanınmaması gibi bir mahkemeye başvurma hakkını engelleyen durumlar, 6. maddenin 1. fıkrasına aykırılık oluşturur³⁵⁸. Özetle, bir mahkemeye başvurma hakkı sınırlanabilir ancak bu sınırlama hakkın özüne dokunmamalıdır.

1982 Anayasası'nda da “bir mahkemeye başvurma hakkı” düzenlenmiştir. Anayasa'nın “hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesine göre “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz”. Dolayısı ile AİHS'nin, 6/1 maddesinin bu açıdan Anayasa'nın 38. maddesine tekabül ettiğini söyleyebiliriz.

Sözleşme, güvence altına alınan hakları teorik ve farazi düzeyde değil gerçek anlamda korumayı amaçladığı için bir mahkemeye başvurma hakkının hukuken ve fiilen mümkün olması yetmez, bu hakkın etkin bir şekilde kullanılması için de

³⁵⁵ Engel and Others v. Holland, op. cit., § 80-82.

³⁵⁶ Case of Golder v. The United Kingdom, 21.02.1975, Application no. 4451/70, § 25, 36, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57496> (31.03.2013).

³⁵⁷ Ibid., § 37.

³⁵⁸ Tezcan vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, op. cit., s. 205-206.

devletin gerekli önlemleri alması gerekir³⁵⁹. Etkin başvuru hakkı “medeni hak ve yükümlülükler” ilişkin her davada devlete, durum için ücretsiz avukat yardımı (adli yardım) sağlama yükümü yüklemeyiz. Burada, 6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendinde “cezai alandaki uyuşmazlıklar” için öngörülen güvence ile eş değerde bir güvence yoktur. Ancak içi hukukta avukat tutmanın zorunlu kılındığı ya da usullerin veya davanın karmaşıklığı nedeni ile mahkemeye etkili erişim hakkı için bir avukat yardımı almanın vazgeçilmez olduğu “medeni hak ve yükümlülükler” ilişkin uyuşmazlıklarda, devletin avukat yardımı sağlama yükümlülüğünden bahsedilebilir³⁶⁰. Bir mahkemeye başvurma hakkı, ikinci derece yargı yolunu (istinaf ya da temyiz mahkemelerinin kurulmasını) zorunlu kılmaz³⁶¹. İki dereceli yargılama sadece 7 No’lu ek Protokol ile sadece cezai bir suçtan dolayı mahkûm edilenler için öngörülmüştür³⁶². Ancak Türkiye bu Protokolü imzalamamıştır. Bir mahkemeye başvurma hakkı, ikinci derece yargı yolunu (istinaf ya da temyiz mahkemelerinin kurulmasını) zorunlu kılmamakla beraber, bu tür hukuk yolları mevcut ise bunlarında 6. maddedeki güvencelere uygun yargılama yapması gerekir³⁶³. Bir mahkemeye başvurma hakkı, etkin bir başvuru yolunun tanınmasının yanı sıra kesinleşmiş mahkeme kararlarının gerektiğinde cebri icra yoluyla yerine getirilmesini de kapsar³⁶⁴. Anayasa’nın 138/3 maddesi bu konuya temas etmektedir. Buna göre; “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” (Any., m. 138/3). Dolayısı ile AİHS’nin, 6/1 maddesinin bu açıdan Anayasa’nın 138/3. maddesine tekabül ettiğini söyleyebiliriz.

³⁵⁹ Case of Airey v. Ireland, 09.10.1979, Application no. 6289/73, § 24, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57420> (31.03.2013).

³⁶⁰ Ibid., § 26.

³⁶¹ AİHS Ek 7 Nolu Protokol’de (m.2) ikinci derece yargı yolu düzenlenmiş ise de Anılan Protokol Türkiye açısından yürürlüğe girmemiştir.

³⁶² “Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı

1 Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir.

2 Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle az önemli suçlar bakımından, ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkûmiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir (AİHS, P7, m. 2).

³⁶³ Case of Guérin v. France, 29.07.1998, Application no. 2520/94, § 44, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58204> (31.03.2013).

³⁶⁴ Dutre, *op. cit.*, s. 226.

Yargılamanın adil olabilmesi için yargılamanın “kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme” tarafından “makul bir süre içinde”, “hakkaniyete uygun” ve “açık (aleni)” bir şekilde yapılması gerekmektedir (AİHS, m. 6/1). “Mahkeme”den kasıt kanunla kurulan yürütme organına ve taraflara karşı bağımsız ve tarafsız, kanuna dayanarak ve kanunda gösterilen usullerle yargılama yapan, yargılama usulü güvencelerine sahip, gereğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar veren yargısal fonksiyonu haiz mercilerdir³⁶⁵. “Mahkeme”nin kanuniliği demek “doğal yargıç” ilkesine uygun olması demektir. Buna göre mahkeme, dava konusu olay ortaya çıkmadan evvel, kurulmuş ve yetkileri saptanmış olmalıdır³⁶⁶. Bu husus Anayasa’da da düzenlenmiştir. Anayasa’nın 37. maddesine göre; “Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz”. Keza Anayasa’nın 142. maddesinde de; “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısı ile AİHS’nin, 6/1 maddesinin bu açıdan Anayasa’nın 37 ve 142. maddelerine tekabül ettiğini söyleyebiliriz.

Kanunla kurulmuş olan mahkemenin aynı zamanda “bağımsız” ve “tarafsız” olması gerekir. “Bağımsız mahkeme”, kimseden emir almayan özellikle yürütme organı ve tarafların etki alanı dışında olan yargı merciidir. Mahkemenin bağımsızlığı, üyelerin göreve atanması veya görevden alınması usulüne, göreve süresine, üyeleri emir veren bir makamın var olup olmadığına ve mahkemenin genel olarak çağdaş demokratik ülkelerdeki ölçütler baz alındığında bağımsız bir görünüme sahip olup olmadığına bakılarak saptanmaktadır³⁶⁷. “Mahkeme’nin tarafsızlığı” ise objektif ve sübjektif olmak üzere iki açıdan değerlendirilir. Sübjektif tarafsızlık yargıcın birey olarak kişisel tarafsızlığını; objektif tarafsızlık ise kurum olarak mahkemenin kişide

³⁶⁵ Case of Belilos v. Switzerland, 29.04.1998, Application no. 10328/83, § 64, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57434> (02.03.2013); De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium,, op. cit., § 78; Case of Winterwerp v. Netherlands, op. cit., § 57.

³⁶⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, op. cit., s . 280.

³⁶⁷ Case of Campbell and Fell v. The United Kingdom, 28.06.1984, Application no. 7819/77; 7878/77, § 78, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57456> (01.04.2013).

bıraktığı izlenimi; öngörülen güvencelerin ve alınan tedbirlerin mahkemenin tarafsızlığı konusunda her türlü şüpheyi ortadan kaldırır bir nitelikte olmasını ifade eder³⁶⁸.

Adil yargılanma hakkının temel unsuru olan bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, 1982 Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “

“Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. ...” (Any. m. 138).

Ayrıca hâkimlerin bağımsızlığını tesis etmek için onlara bazı güvenceler tanınması gerekmektedir. Anayasa’da bu konu “hâkimlik ve savcılık teminatı” başlıklı 139. maddede düzenlenmiştir³⁶⁹. Yine Anayasa’nın, hâkim ve savcılarının grevlerini ifa ederken mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre hareket edeceklerini, atanmaları, hakları ve ödevleri ile disiplin işlemlerine ilişkin hususların kanunla düzenleneceğini ve kanunda belirtilenler dışında resmi ve özel hiçbir görev alamayacaklarını belirten “hâkimlik ve savcılık mesleği” başlıklı 140. maddesi³⁷⁰ de

³⁶⁸ Case of Piersack v. Belgium, 01.10.1982, Application no. 8692/79, § 30, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557> (02.04.2013); Case of Saraiva de Carvalho v. Portugal, 22.04.1994, Application no. 15651/89, § 33, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57883> (02.04.2013).

³⁶⁹ “Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.

Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır” (Any., m. 139).

³⁷⁰ Hâkimler ve savcılar adli ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütülür.

Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.

Hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Hâkimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; Askerî hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir.

Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar.

“tarafsız ve bağımsız mahkeme”nin içeriğini doldurmaya yönelik düzenlemeler içeren bir maddedir. Dolayısı ile AİHS’nin, 6/1 maddesinin bu açıdan Anayasa’nın 138/1,2,3, 140 ve 141. maddelerine tekabül ettiği söylenebilir.

Adil yargılamanın koşullarından biri de davanın “makul bir süre içinde” tamamlanmasıdır. Gecikmiş adalet, adalet olmayacağına göre davaların makul süre içerisinde tamamlanması önemlidir. Burada amaç, yargılama sürecinin süruncemede kalmasının önüne geçmek; yargılamanın taraflarının özellikle ceza yargılamalarında sanığın uzun süre bir belirsizlik içerisinde kalmasını önlemektir³⁷¹. AİHM, davanın “makul bir süre içinde” tamamlanıp tamamlanmadığını değerlendirirken şu üç kriteri birlikte kullanmaktadır: Dava konusunun niteliği (davanın karmaşıklığı), şikâyetçinin dava esnasında ulusal merciler önündeki tutumu (şikâyetçinin dava esnasında yargılamada sür’ati sağlamak için üzerine düşeni yapıp yapmadığı) ve yargılama makamlarının tutumu (mahkemenin yargılamanın gecikmesinde ihmal ya da kusurunun olup olmadığı)³⁷². Yargıçlar kendilerinden beklenen özeni göstermelerine rağmen iş yükü, yargıç açığı, kanuni düzenlemeler nedeniyle yargılamanın uzaması taraf devleti sorumluluktan kurtarmaz³⁷³. Bununla beraber, sürenin makullüğü her davanın özel koşulları dikkate alınarak değerlendirilecek bir husustur³⁷⁴. Bu konuda yeknesak bir süre tanımı ya da belirlenmiş bir üst sınır bulunmamaktadır.

Anayasa’da “makul sürede yargılanma” ibaresine açıkça yer verilmiş olmamakla beraber, bunun Anayasa’nın 36/1 maddesinde geçen “adil yargılanma hakkı” kavramı içerisinde olduğu söylenebilir. Bunun yanı sıra Anayasa’nın 141/4 maddesinde “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir” şeklindeki hükme yer verilmektedir. Dolayısı ile AİHS’nin, 6/1 maddesinin bu açıdan Anayasa’nın 36/1 ve 141/4 maddelerine tekabül ettiği söylenebilir.

Hâkimler ve savcılar idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar.

Hâkim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idarî görevlerde çalışanlar, hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tâbidirler. Bunlar, hâkimler ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılır ve derecelendirilirler, hâkimlere ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar” (Any. m. 140).

³⁷¹ Stögmüller / Avusturya Davası, *op. cit.*, § 5.

³⁷² Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s 286-287.

³⁷³ Case of Zimmerman and Steiner v. Switzerland, 13.07.1983, Application no. 8737/79, § 24, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57609> (02.04.2013).

³⁷⁴ Ibid.

Yargılamanın “hakkaniyete uygun” olması ile kastedilen yargılamanın “adil” olmasıdır. AİHM, adil yargılamanın bir tanımı yapmamış olmakla beraber; önüne gelen şikâyetleri incelerken ulusal mercilerin yapmış olduğu yargılamanın bütün aşamalarını inceleyip adil yargılamanın asgari gereklerini ortaya koyduğu görülmektedir. Buna göre, bir yargılamanın “hakkaniyete uygun (adil)” olabilmesi için öncelikle taraflar arasında “silahların eşitliği”nin sağlanması gerekmektedir. Silahların eşitliği, tarafların (davacı-davalı ya da savcı-sanık) mahkeme önündeki hak ve yükümlülükleri açısından (iddia, savunma gibi) tam bir eşitlik içerisinde olması ve bu durumun yargılama süresince muhafaza edilmesidir. Bu ilke esas olarak bir davanın taraflarının gösterilen deliller veya sunulan mütalâalar hakkında bilgi sahibi olması ve bunlarla ilgili olarak görüş bildirmesi hakkını içermektedir³⁷⁵. Dolayısı ile adil yargılama hakkının bir gereği de “nizalı dava” hakkıdır³⁷⁶. Anayasa’da “silahların eşitliği” ibaresine açıkça yer verilmiş olmamakla beraber, bunun Anayasa’nın 36/1 maddesinde geçen “adil yargılanma hakkı” kavramı ile içkin olduğu söylenebilir.

6. Maddenin 1. fıkrasında belirtildiği üzere yargılama “açık” yapılır. Bu da tarafların duruşmada hazır bulunmalarını gerektirir. Yargılamanın “açık” olması, adaletin kamuoyunun denetimine tabi olmasını sağlar; mahkemelere olan güveni artırır. Böylece adil yargılanmaya katkıda bulunur³⁷⁷. 6. Maddenin 1. fıkrası sadece yargılamanın aleniyetini yeterli görmemekte, hükmün de açık oturumda verilmesini istemektedir. Tarafların açık duruşmada ilke olarak hazır bulunmaları “hakkaniyete uygun (adil)” yargılamanın bir gereğidir. Bu durum ayrıca “sözlülük” ve “vicahilik (yüzyüzelik)” ilkelerinin de doğal bir sonucudur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki tarafların duruşmada hazır bulunmaları gıyabî yargılamaya mutlak bir engel teşkil etmez, yeter ki sanığın duruşmada hazır bulunması için tüm çabalar sarf edilmiş olsun³⁷⁸. Yargılamanın aleniyeti mutlak bir hüküm olmayıp, bazı istisnaları haizdir.

³⁷⁵ Case of F. R. v. Switzerland, 28.06.2001, Application no. 37292/97, § 36, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59536> (02.04.2013).

³⁷⁶ Case of Mantovanelli v. France, 18.03.1997, Application no. 21497/93, § 33, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58023>, (02.04.2013).

³⁷⁷ Case of Pretto and Others v. Italy, 08.12.1983, Application no. 7984/77, § 21, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57561> (13.05.2013).

³⁷⁸ Case of F.C.B. v. Italy, 28.08.1992, Application no. 12151/86, § 33, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57679> (02.04.2013).

AIHS, m. 6/1'e göre; demokratik bir toplumda "genel ahlak", "kamu düzeni" ve "ulusal güvenlik" yararına, "küçüklerin korunması" veya "davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği" gerektirdiğinde ya da "davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda", mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

Açık yargılama ilkesi 1982 Anayasası'nda da güvence altına alınmıştır. Anayasaya göre; "Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir" (Any., m. 141/1). "Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur" (Any., m. 141/2). Dikkat edileceği üzere duruşmaların açık yapılacağı genel kuralına AIHS ile getirilen istisnalar, Anayasa'da öngörülen istisnalardan daha fazladır. "ulusal güvenlik", özel hayatın gizliliği" ve "davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlar" 1982 Anayasası'nda yer almamaktadır. Ancak mahkemelerin 1982 Anayasası'nda yer almayan bu istisnaları uygulamaları durumunda Sözleşme bu istisnalara yer verdiği için bir ihlal söz konusu olmayacaktır. Dolayısı ile AIHS'nin, 6/1 maddesinin bu açıdan Anayasa'nın 142/1,2 maddesine tekabül ettiği söylenebilir.

"Hakkaniyete uygun (adil)" yargılamanın bir diğer gereği de temyiz yolunda etkili bir savunma hazırlanabilmesi için mahkeme kararlarının "gerekçeli" olması zorunluluğudur³⁷⁹. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiği, Anayasa'da da belirtilmektedir. Anayasa'ya göre; "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır" (Any., m. 141/3). Dolayısı ile AIHS'nin, 6/1 maddesinin bu açıdan Anayasa'nın 142/3 maddesine tekabül ettiği söylenebilir.

6. Maddede açıkça belirtilmemiş olmasa da "hakkaniyete uygun (adil)" yargılamanın gereklerinden biri de susma hakkı ve kendini suçlamama hakkıdır. Bu durum, bir kişinin hakkındaki suçlamalarla ilgili sorulara cevap vermemesinin tek

³⁷⁹ Case of H. v. Belgium, 30.11.1987, Application no. 8950/80, § 53, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57501> (012.04.2013).

başına, mahkûm edilmesi için yeterli olmadığı anlamına gelmektedir³⁸⁰. Bu hak aynı zamanda baskı altında verilen ifadenin mahkûmiyet kararında kullanılmasını da yasaklar³⁸¹. Bu bağlamda değinilmesi gereken konulardan biri de hukuka aykırı olarak elde edilen delil konusudur. AİHM, Sözleşme'deki bazı hakların ihlali suretiyle elde edilen delilleri yasak delil olarak kabul etmekte ve bu delillerin yargılamada kullanılması durumunda, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini kabul etmektedir. Ancak AİHM, hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş delillerin yargılamada kullanılması durumunda bunun her zaman adil yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna varmamaktadır. Şayet hukuka aykırı olarak elde edilen delilin güvenilirliği sınanmış, doğruluğu ortaya konulmuş ve sanığa da bu şekilde elde edilen delile karşı savunma imkânı verilmiş ise yargılamanın bir bütün olarak adil olma niteliğini yitirmediği sonucuna varmaktadır. AİHM bu tavrını bilhassa özel hayatın gizliliğinin ihlali suretiyle elde edilen delillerin kullanılmasında sergilemektedir. Buna karşın bir delilin, AİHS'nin, 3. maddesinde düzenlenen hakkın (işkence yasağı) ihlal edilmesi suretiyle veyahut polisin azmettirmesi (ajan provokatörlük) yani bir kamu görevlisinin soruşturmada kullanılacak delil elde etmek amacıyla bir kimseyi suça azmettirmesi suretiyle elde edilmesi ve bu şekilde elde edilen delillerin yargılamada suç işleyen aleyhine kullanılması durumunda, AİHM bu şekilde hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasının, adil yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna varmaktadır³⁸².

Susma hakkı ve yasak delil konusu Anayasa'da da düzenlenmiştir. Anayasa'nın 38/5 maddesine göre; "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz". Keza aynı maddenin 6. fıkrasına göre; "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" (Any. m. 38/6). Dolayısı ile AİHS'nin, 6/1 maddesinin bu açıdan Anayasa'nın 38/5,6 maddesine tekabül ettiği söylenebilir.

³⁸⁰ Case of Heaney and McGuinness v. Ireland, 21.12.2000, Application no. 34720/97, § 55, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59097> (12.04.2013).

³⁸¹ Case of Saunders v. The United Kingdom, 17.12.1996, Application no. 19187/91, § 68, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58009> (13.04.2013).

³⁸² Tezcan vd. , *İnsan Hakları El Kitabı*, op. cit., s. 232-233.

AIHS'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında suçsuzluk karinesi düzenlenmiştir. Buna göre; “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.” Suçluluğun yasal olarak saptanmasından kasıt, kesinleşmiş mahkûmiyet hükmüdür³⁸³. Suçsuzluk karinesinin pratik sonucu, kendisini esas olarak ispat külfetinde göstermektedir. Buna göre, iddiayı ispat, iddia edene düşer. Başka bir ifadeyle sanık suçsuzluğunu kanıtlamakla yükümlü değildir. Bu ilkenin bir sonucu olarak da şüpheden sanık faydalanır³⁸⁴. Bu karine, cezai alanda yöneltile suçlamalar için geçerlidir. Suçsuzluk (masuniyet) karinesi, sadece açılmış ceza davası esnasında değil, kişinin bir suç ile itham edildiği, “sanık” sıfatını kazandığı andan itibaren caridir³⁸⁵. Yargıcın, suçluluğu yasal olarak saptanmadığı sürece, sanığın suçlu olduğu hissini telkin eden bir karar vermesi veya kararlarında bu yönde bir gerekçenin mevcudiyeti dahi suçsuzluk karinesinin ihlalidir³⁸⁶. Bu ilke sadece yargılamayı yapan yargıcın değil, başka resmi makam görevlilerinin de riayet etmesi gereken bir ilkedir³⁸⁷. Başka bir deyişle hakkında kesinleşmiş bir mahkeme hükmü olmayan sanığa herhangi bir resmi makam görevlisinin suçlu imiş gibi muamelede bulunması, bu ilkenin ihlali anlamına gelir. Özel kişilerin, özellikle medyanın suç soruşturması esnasında haber yaparken bu konuda titiz davranması gerekir. Aksi halde bu ilkenin ihlali nedeniyle tazminat sorumluluğu gündeme gelebilir³⁸⁸.

1982 Anayasası'nda da suçsuzluk (masuniyet) karinesine yer verilmiştir. Anayasa'ya göre, “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” (m. 38/4). Dolayısı ile AIHS'nin, m. 6/2 maddesinin, 1982 Anayasası'nın 38/4 maddesine tekabül ettiği söylenebilir.

Adil yargılanma hakkının düzenlediği AIHS'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasında ise suç kovuşturması esnasında sanığa tanınan asgari haklara yer

³⁸³ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 295.

³⁸⁴ Case of Telfner v. Austria, 20.03.2001, Application no. 33501/96, § 15, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59347> (13.05.2013).

³⁸⁵ Case of Minelli v. Switzerland, 25.03.1983, Application no. 8660/79, § 30, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=65> (13.05.2013).

³⁸⁶ Ibid., § 37.

³⁸⁷ X. / Avusturya Davası, 6.10.1982, no. 9077/80, DR 26, s. 211; aktaran, Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 296.

³⁸⁸ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 296-297.

verilmektedir. Buna göre bir suç ile itham edilen herkes en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

- a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
- c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;
- d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;
- e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak” (AİHS, m. 6/3).

6. Maddenin 3. fıkrasında sanığa tanınan haklar, esasen aynı maddenin 1. fıkrasında düzenlenen adil yargılanma hakkının bazı özel yönlerini ortaya koyan uzantıları niteliğindedir. Dolayısı ile bu hakların 6. maddenin 1. fıkrası ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Yakın zamanda Türkiye’nin gündemini meşgul etmesinden dolayı 6/3. maddenin “e” bendindeki ”parasız olarak tercüman yardımından yararlanma” hakkının kapsamından bahsetmek gerekirse bu hak yargılamada kullanılan dili anlamayan veya konuşamayan kişilere tanınmış olup; amacı, yargılamada silahların eşitliğini tesis etmektir. Hükmün düzenleniş şekli de açıkça anlaşıldığı üzere yargılamada kullanılan dili anlayabilen ve konuşabilen bir kimse ücretsiz tercüman hakkından yararlanamaz³⁸⁹. AİHM de mahkemede kullanılan dili anlayan ve konuşabilen sanığın AİHS, m. 6/3-e maddesi kapsamında tercüman sağlanamayacağını belirtmektedir³⁹⁰. Ancak sanığın yargılamada kullanılan dili yeterince anlayıp anlamadığını veya konuşabilip konuşamadığını tespit etmek ayrı bir konudur. Adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi için bu konuda çok titiz davranılması gerekir. Yargılama dilinin anlamama veya konuşamama yanında da sağırılık ve dilsizlik gibi fiziki engellerin varlığı halinde de sanığa parasız olarak tercüman yardımından yararlanma hakkı tanınacaktır³⁹¹. Her ne kadar m. 6/3-e hükmü kapsamında yargılamada kullanılan dili anlayabilen ve konuşabilen bir kimse

³⁸⁹ Tezcan vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, op. cit., s. 232,

³⁹⁰ K. / Fransa Davası, 7.12.1983, no. 10210/82, DR 35, s. 207; aktaran, Gözübüyük ve Gölcüklü, op. cit., s. 311.

³⁹¹ Gözübüyük ve Gölcüklü, op. cit., s. 311.

ücretsiz tercüman hakkından yararlanamaz ise de bu düzenleme, sanığın ücretini ödemek koşulu ile tercüman hakkından yararlanabileceği şeklinde de yorumlanabilir.

Özetlemek gerekirse, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen “adil yargılanma hakkına”, Anayasa'nın; hak arama hürriyetinin düzenlendiği 36. maddesi, kanuni hâkim güvencesinin düzenlendiği 37. maddesi, suç ve cezalara ilişkin ilkelerin düzenlendiği 38/4,5,6. maddesi, mahkemelerin bağımsızlığının düzenlendiği 138. maddesi, mahkemelerin bağımsızlığını tesis etmek için hâkimlik ve savcılık teminatının düzenlendiği 139. maddesi, hâkimlik ve savcılık mesleği ile ilgili bazı temel kurallara yer veren 140. maddesi, duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olmasını emreden 141. maddesi, mahkemelerin kuruluş, görev ve işleyişinin ancak kanunla düzenlenebileceğini belirten 142. maddesinin tekabül ettiği görülmektedir.

2.2.7. Kanunsuz Ceza Olmaz

AİHS'nin 7/1 maddesine göre; “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilemez. Aynı şekilde hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” (AİHS, m. 7/1). Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere, bir kimseye işlediği zaman kanunen suç sayılan fiillerden dolayı ceza verilebilir. Keza kişiye verilecek ceza da suçun işlendiği zamandaki kanunun öngörmüş olduğu cezadan daha ağır bir ceza olamaz. Görüldüğü üzere AİHS'nin 7/1 maddesinde, “kanunsuz suç ve ceza olmaz (nullum crimen nulla poena sine lege)” ya da “suç ve cezada kanunilik” diye ifade edilen evrensel bir hukuk ilkesi düzenlenmiştir.

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi sayesinde, suçlar ve bu suçlar karşısında uygulanacak cezalar önceden belirlendiği için kişi kendi fiillerine egemen olabilmek iktidarına sahip olmakta, başka bir ifade ile hangi hareketinin suç hangi hareketinin ise suç olmadığını bilebilmektedir. Bu da kişi için önemli bir güvence oluşturmaktadır³⁹². AİHM'ye göre, AİHS'nin 7. maddesinde yer alan bu ilke, hukukun üstünlüğünün önemli bir unsurudur ve Sözleşme'nin koruma sistemi

³⁹² Dönmezer, S./Erman, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. 1, Beta, İstanbul 1997, s. 17

içerisinde önemli bir yere sahiptir. Sözleşme'nin, 15. maddesi ile 7. maddeye sınırlama getirilmemesi de bunu açıkça göstermektedir. Maddenin konusu ve amacı dikkate alındığında bu hükmü keyfi kovuşturma, mahkûmiyet ve müeyyidelere karşı etkin koruma sağlayan bir hüküm şeklinde anlamak ve yorumlamak gerekir³⁹³.

AIHS'nin 7/1 maddesinde her ne kadar “yasa”dan değil de “hukuk”tan bahsedilmekte ise de bu deyim diğer maddelerdeki (AIHS, m. 8/2, 9/2, 10/2, 11/2), “yasa” deyimini ile aynı anlamda kullanılmıştır³⁹⁴. AIHM'ye göre “yasa” deyimini herkes için uyulması zorunlu olan yazılı hukuk kuralları yanında yazılı olmayan (örfi) hukuk kurallarını da kapsamaktadır³⁹⁵. Mahkeme içtihadında, “yasa” deyimini, sadece şekli anlamda yasayı yani yasama organı tarafından Anayasada öngörülen usullerle yapılan kanun metinlerini değil, maddi anlamda yasayı da ifade eder³⁹⁶. Bu bağlamda kanunlar gibi tüzük, yönetmelik, yerleşik içtihat (içtihadı birleştirme kararları gibi), idarenin düzenleyici işlemleri, Anglo-sakson hukukundaki yazılı olmayan (Common Law) içtihat hukuku, Sözleşme'deki anlamda birer yasadır³⁹⁷.

“Kanunsuz suç olmaz” ilkesi aynı zamanda, konulan normun açık ve gereğinde bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir ve ilgililerce ulaşılabilir³⁹⁸ (erişilebilir) olması gerekliliğini de içeren bir ilkedir. Normun bir hukukçu tarafından anlaşılabilir olması tüm ayrıntıların norm içinde yer alması zorunluluğunu ortadan kaldırır. Norm hükümlerindeki belirsizliğin mahkeme içtihatlarıyla giderilmiş olduğu durumlarda da söz konusu koşul yerine getirilmiş kabul edilir. Bu husus, “hukuk güvencesi”, “hukukun üstünlüğü”, kısaca “hukuk devleti” ilkesinin bir sonucudur³⁹⁹.

AIHS'nin, 7/1 maddesindeki “ceza” kavramı, 6/1 maddesindeki “medeni haklar ve yükümlülükler” ve “cezai alanda yöneltilen suç” kavramları gibi özerk bir

³⁹³ Case of S. W. v. The United Kingdom, 22.11.1995, Application no. 20166/92, § 34, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57965> (09.07.2013).

³⁹⁴ Tezcan vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, *op. cit.*, s. 234.

³⁹⁵ Case of The Sunday Times v. The United Kingdom, 26.04.1979, Application no. 6538/74, § 47, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584> (09.07.2013).

³⁹⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 325.

³⁹⁷ *Ibid.*, s. 376.

³⁹⁸ Case of Silver and Others v. The United Kingdom, 25.03.1983, Application no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, § 87, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57577> (09.07.2013).

³⁹⁹ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 325.

Sözleşme kavramıdır. Başka bir deyişle 7. madde ile sağlanan korumanın etkin olabilmesi için Mahkeme'nin iç hukukta uygulanan bir müeyyidenin bu madde çerçevesinde esas itibarıyla bir “ceza” teşkil edip etmeyeceğini kendi başına değerlendirebilme imkânına sahip olması gerekmektedir. AİHS'nin 7/1 maddesinde ifade edilen bir cezanın var olup olmadığının değerlendirilmesinde kullanılan ilk ölçüt, söz konusu tedbirin “suç” ile ilgili bir mahkûmiyetten sonra uygulanıp uygulanmadığıdır. Bu bağlamda ilgili diğer ölçütler arasında tedbirin doğası ve amacı, ulusal hukukta nitelendiriliş şekli, tedbirin konması ve uygulanması aşamasında var olan usuller ve tedbirin ağırlığı yer alır⁴⁰⁰.

Mahkeme'ye göre, 7. maddede, bir suçun ancak kanun tarafından tanımlanıp, cezasının da yine kanunda öngörüleceği hüküm altına alınmıştır. 7. Maddedeki bu ilke ceza kanunun bir analoji ile kapsamlı şekilde sanığın aleyhine yorumlanmaması ilkesini de içermektedir. Başka bir ifadeyle bu madde, ceza hükmü içeren kanunların kıyas yolu ile genişletilerek sanık aleyhine yorumlanmasını ve uygulanmasını yasaklar. Bu ilkelerden, suç ve ilgili yaptırımın kanunlarda açık şekilde tanımlanması gerektiği sonucuna da varılmaktadır⁴⁰¹.

AİHS, 7. madde hükmünün, sanık lehine kıyas yapılmasını veya lehteki kanunun geçmişe uygulanmasını yasaklamadığı açıktır⁴⁰². Ancak bu hüküm, failin lehine olan bir kanunun geçmişe etkili olarak uygulanmasını da zorunlu kılmamaktadır⁴⁰³.

AİHS, m. 7/1 hükmü sırf suçtan mahkûmiyet hallerine ilişkindir. Dolayısı ile suç teşkil etmeyen fiiller; disiplin cezaları, kabahatler ve tutuklama ya da güvenlik tedbiri gibi önleyici tedbirlerin uygulanması, infaz rejimine ilişkin kurallar, ceza hükmü içermeyen özel hukuk kanunları, idari kararlar ya da şarta salıverilme koşullarına ilişkin yeni düzenlemeler bir ceza mahkûmiyeti sayılamayacağı için kural

⁴⁰⁰ Case of Welch v. The United Kingdom, 09.02.1995, Application no. 17440/90, § 27-28, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57927> (09.07.2013).

⁴⁰¹ Başkaya ve Okçuoğlu / Türkiye Davası, 08.07.1999, Başvuru no. 23536/94 ve 24408/94, § 36, T.C. Yargıtay Başkanlığı, http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/23536_94ve24408_94.pdf (10.07.2013).

⁴⁰² Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 328.

⁴⁰³ Tezcan vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, *op. cit.*, s. 236.

olarak madde hükmünün kapsamı dışındadır⁴⁰⁴. Ancak AİHM, mahkûmiyetten sonra yürürlüğe giren disiplin cezaları ya da infaz rejiminde değişiklik yapan kanunların mahkûmun gün indiriminden yararlanma hakkını kaldırarak fiilen hapis cezasının süresini uzatmasını “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinene aykırı saymak gerektiğini belirtmektedir⁴⁰⁵.

AİHM, kanunen zaman aşımı süresinin uzatılmasının, cezai işlem karşısında dokunulmazlık anlamına gelmemesi kaydıyla, 7. madde’nin ihlalini oluşturmadığını belirtmektedir. AİHM, suçu oluşturan fiiller zaman aşımına uğramamışken zamanaşımı sürelerinin uzatılmasını öngören bir kanunun yürürlüğe girmesinin, AİHS, m. 7’nin ihlalini oluşturmayacağını; aksine suçu oluşturan fiiller zamanaşımına uğradığı için faillerin cezalandırılmaz olduğu hallerde cezalandırabilme imkânı sağlayan bir hukuki hüküm söz konusu olduğu takdirde 7. madde’nin ihlal edilmesinin söz konusu olacağını belirtmiştir⁴⁰⁶.

AİHS, m. 7/1’e göre kanunilik koşulunun ulusal hukukta yerine getirilmesi yeterli olduğu gibi uluslararası hukuk tarafından öngörülmüş olması da yeterlidir. AİHS’nin 7/1 maddesi, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturan eylemlerden dolayı ceza verilebileceğini açıkça belirtmektedir. Yine AİHS’nin 7/2 maddesinde; “Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm büyük olasılıkla 2. Dünya Savaşı sonrasında Alman savaş suçlularının Nürnberg Askeri Mahkemesi tarafından “savaş suçları”, insanlığa karşı suçlar” ve “barışa karşı suçlar” ithamıyla yargılanmasından esinlenerek maddeye eklenmiştir⁴⁰⁷. Ancak bu hükmü, 7. maddenin 1. fıkrasının bir istisnasıymış gibi anlamamak gerekir. 2. Fıkradaki “işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal” ibaresinden de açıkça anlaşıldığı üzere, fiil veya ihmal esasen gerçekleştirildiği anda uluslararası alanda

⁴⁰⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 327.

⁴⁰⁵ Case of Campbell and Fell v. The United Kingdom, *op. cit.*, § 72.

⁴⁰⁶ Coeme and Others v. Belgium, 22.06.2000, Application no. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, § 149, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59194> (10.07.2013).

⁴⁰⁷ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 325, 328.

hukukun genel ilkelerine göre suç olarak kabul edilmektedir⁴⁰⁸. Yani ortada kanunsuz bir suç yoktur.

“Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine Anayasa’da da yer verilmiştir. Anayasa’nın 38/1 maddesinde; “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez hükmüne yer verilmiş, aynı maddenin 2. fıkrasında; “Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır” (Any., m. 38/2) denilerek bu hükmün suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da cari olduğunu belirtmiştir. Başka bir ifade ile suç teşkil eden fiil işlendikten sonra yürürlüğe giren ve henüz dolmamış olan suç ve ceza zamanaşımı süresini uzatan veya mahkûmiyete, hükümlü aleyhine yeni sonuçlar ekleyen kanunlar 38. maddenin 1. fıkrasının ihlali anlamına gelecektir⁴⁰⁹. Yukarıda belirtildiği üzere AİHM, suçu oluşturan fiiller zaman aşımına uğramamışken zamanaşımı sürelerinin uzatılmasına öngören bir kanunun yürürlüğe girmesi AİHS, m. 7’nin ihlalini oluşturmayacağını belirtmiştir⁴¹⁰. Dolayısı ile Anayasa m. 38/2 maddesinin AİHS’de bir karşılığı bulunmamaktadır. Ancak AİHM’ye göre, suçu oluşturan fiiller zamanaşımına uğradığı için faillerin cezalandırılmaz olduğu hallerde cezalandırabilme imkânı sağlayan bir hukuki hüküm söz konusu olduğu takdirde 7. madde’nin ihlal edilmesinin söz konusu olacağını belirtmiştir⁴¹¹. Dolayısı ile AİHM içtihadı bağlamında, Anayasa m. 38/2’nin AİHS, m. 7’ye tekabül ettiği söylenebilir. 38. Maddesinin 3. fıkrasında ise “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” hükmüne yer verilmek suretiyle suç ve cezaların kanuniliğine atıfta bulunulmuştur. Anayasa’nın 15/ 2 maddesinde ise savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde dahi suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği belirtilmiştir. Dolayısı ile AİHS’nin 7. maddesine Anayasa’nın 38/1,2,3 ve 15/2 maddeleri tekabül ettiği söylenebilir.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, s. 328.

⁴⁰⁹ Doğru, *op. cit.*, s. 34.

⁴¹⁰ Coeme and Others v. Belgium, *op. cit.* § 149.

⁴¹¹ *Ibid.*

2.2.8. Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

AİHS'nin 8/1 maddesine göre; “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”. Bu hüküm ile kişinin “özel hayatı”, “aile hayatı”, “konut donulmazlığı” ve “haberleşme özgürlüğü” güvence altına alınmaktadır. Devlet bu alana aynı maddenin 2. fıkrasında belirtilen istisnai durumlar dışında dokunmamakla yükümlü olduğu gibi, bu alana yapılabilecek müdahaleleri önlemek için gerekli tedbirleri almakla da yükümlüdür⁴¹².

AİHS, m. 8/1’de korunan bütün kavramlar aslında bir bütün teşkil eden “özel hayat”ın unsurlarıdır⁴¹³. Ancak 8. maddede ne “özel hayat” kavramının ne de maddedeki diğer kavramların tanımı yapılmış değildir. Dolayısı ile AİHM, 8. maddenin uygulamasında, her somut olayı kendi koşulları içerisinde değerlendirerek geliştirici bir yorumla maddedeki kavramlara bir içerik kazandırmaya çalışmaktadır⁴¹⁴. Kabaca tarif etmek gerekirse özel hayat kavramı, her bireyin özgür olarak kişiliğini oluşturabildiği ve geliştirebildiği, hem diğer insanlarla hem de dış dünya ile ilişkili bir alanı kapsayan, mahremiyetten daha geniş bir kavramdır⁴¹⁵. Bu kavram, yıllar boyunca gelişen AİHM içtihatlarında, isim taşıma (bir kimliğe bir isme sahip olma), kişinin görüntüsü (fotoğrafı, kamera kayıtları) veya itibarının (şanı, şöhreti ve şerefine) korunması, aile kökeni hakkında bilgilenme, fiziksel ve manevi bütünlük (kişinin iradesine aykırı olarak yapılan her türlü bedeni, psikolojik, psikiyatrik, tıbbi müdahaleler ve testler), cinsel ve toplumsal kimliği, cinsel hayatı ve eğilimleri, sağlıklı bir çevre, kendi kaderini belirleme hakkı ve kişisel özerklik, koruyucu ebeveynler ve baktıkları çocuklar arasındaki ilişki, evlenmemiş çiftler arasındaki ilişkiler, arama ve el koymadan korunma (kişiye ait özel yerlerin ve evrakların aranması ve zaptı) ve telefon görüşmelerinin gizliliği dâhil olmak üzere

⁴¹²Case of Airey v. Ireland, op. cit., § 32.

⁴¹³Gözübüyük ve Gölcüklü, op. cit., s. 331.

⁴¹⁴Ibid.

⁴¹⁵Roagna, Ivana, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Çev. Ayşe Gül Alkış Schäling, Strazburg, 2012, s. 12.

birçok değişik durumu kapsayacak şekilde uygulanmıştır⁴¹⁶. Devletin, kişinin bireysel davranışını ilgilendiren kurallar koyduğu her durumda özel hayata müdahalesi söz konusudur. Bu müdahale AİHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrasınca meşru kılınmadığı sürece, Sözleşme'nin 8/1. maddesi ihlal edilmiş olur⁴¹⁷.

AİHS, m. 8/1'deki bütün kavramlar gibi "aile" kavramı da tanımlanmış değildir. AİHM tarafından kullanılan kavram zaman içerisinde, Avrupa toplumunun değişen davranışlarına uygun olarak gelişmiş ve ilerleyen gelenekler ışığında öyle olmaya da devam edecek gibi görünmektedir. Mahkeme'ye göre, AİHS'nin 8. maddesindeki aile kavramı, sadece evliliğe (resmi birlikteliğe) dayalı ailelerle sınırlı bir kavram olmayıp, de facto (fili) birliktelikleri de kapsamına alabilen bir kavramdır. Bu bağlamda bir ilişkinin aile hayatına dâhil olup olmadığına karar verirken, çiftin birlikte yaşaması, ilişkinin uzunluğu ve çocuk yaparak veya başka yollarla birbirlerine bağılıklarını kanıtlamaları gibi faktörler önem arz etmektedir⁴¹⁸. Aile hayatının varlığı için birlikte yaşam önemli olmakla beraber, birlikte yaşamasalar dahi bireyler arasındaki kan bağı, yeter düzeydeki duygusal, ekonomik vb. bağların devam ediyor olması aile hayatının varlığı konusunda bir karinedir⁴¹⁹. Mahkemeye göre, aile hayatı yalnızca sosyal, ahlaki ve kültürel ilişkilerle sınırlı olmayıp, aynı zamanda, bakım yükümlüğü, mirasçılık hakları ve kısıtlamaları ve yakın akrabalar arasındaki tasarrufa ilişkin hususlar gibi maddi türde menfaatleri de içerir⁴²⁰. Ancak Mahkeme, 8. maddenin, devletlere dini nikâhı tanıma veya belirli bir grup evli olmayan çifte, miras amacıyla özel bir rejim kurma zorunluluğu yüklenmesi şeklinde yorumlanamayacağını belirtmektedir⁴²¹.

⁴¹⁶ *Ibid.*, s. 12-13. AİHM, evcil hayvanla sahibi arasındaki ilişkiyi ya da bir kişi ile kadavrası arasındaki ilişkiyi (nesebin tespiti amacıyla DNA testi için mezardan çıkarılan) özel hayata dahil görmemiştir. *Ibid.*, s. 13.

⁴¹⁷ Bűrügge mann et Scheuten / Almanya Davası, 12.7.1977, Başvuru no. 6959/75, DR 10, s. 100; aktaran, Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 334.

⁴¹⁸ X, Y and Z v. The United Kingdom, 27. 04. 1997, Application no. 21830/93, § 36, , European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58032> (10.07.2013).

⁴¹⁹ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 337.

⁴²⁰ Roagna, *op. cit.*, s. 28.

⁴²¹ Şerife Yiğit / Türkiye Davası, 20.01.2009, Başvuru no. 3976/05, <http://www.kararara.com/aihm/turkce2/aihm11017.htm> (10.07.2013).

Aile hayatı için kan bağıının varlığı önemli olmakla beraber bu bağ tek başına aile hayatının varlığı için yeter koşul oluşturmaz. Keza, kan bağıının olmaması da tek başına bir kişinin aile hayatı kavramına dâhil olmasını engellemez⁴²². Örneğin evlat edinme yoluyla kurulan ilişki de aile hayatı kavramına dâhil olabilir⁴²³.

Eşcinsel evliliklerin aile hayatı kavramına dâhil olup olmadığı konusunda AİHM kendisine yapılan bir başvuruda, başvuranlar arasındaki ilişkinin aynen farklı cinsten iki kişi arasındaki ilişki gibi “aile hayatı” kavramına dâhil olduğunu kaydetmiştir. Ancak, AİHS’nin, taraf devlete hemcins bir çifte evlilik hakkı tanıma yükümlülüğü getirmediğini belirtmiştir. Mahkeme’ye göre evlilik kurumu, kökleri derinlere uzanan toplumsal ve kültürel anlamlar ifade etmektedir. Bu anlamlar, bir toplumdan diğerine değişiklik arz etmesi bakımından, ulusal makamlar, bu konuda toplumun ihtiyaçlarını en iyi değerlendirecek ve ele alacak konumdadırlar⁴²⁴. Eşcinsellerin evlat edinmesi konusunda ise Mahkeme, bekârlara evlat edinme hakkı tanıyan normatif düzenlemelerin olduğu bir ülkede, eşcinsellerin de bu hakka sahip olduğunu belirtmektedir⁴²⁵. Komisyon, Kerkhoven-Hollanda davasında iki kadın ve birinin AID (yapay dölleme) yöntemiyle doğurduğu çocuk arasındaki istikrarlı bir ilişkinin aile hayatı oluşturduğu sonucuna ulaşmamıştır⁴²⁶. Mahkeme sadece bir kararında AID yöntemiyle doğan çocuk ile ebeveynler arasında kan bağı olmamasına rağmen aile hayatının varlığına karar vermiştir⁴²⁷.

Aile hayatının varlığı için ister kanuni (de jure) ister fiili (de facto) olsun birlikteliğin ya da evliliğin gerçek olması gerekir. Tam tersine para veya başka bir amaç için yapılan kâğıt üzerindeki evlilikler, bu maddenin kapsamı dışında

⁴²² Roagna, *op. cit.*, s. 29.

⁴²³ *Ibid.*, s. 30

⁴²⁴ Schalk ve Kopf / Avusturya Davası, 24.06.2010, Başvuru no. 30141/04, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Daire Başkanlığı, http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/ayrimcilik/cinsel_yonelim.pdf (10.02.2013).

⁴²⁵ E. B. / Fransa Davası, 26.01.2008, Başvuru no. 43546/02, <http://www.kararara.com/aihm/turkce2/aihm11017.htm> (10.07.2013)

⁴²⁶ Kilkelly, Ursula, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, s. 30.

⁴²⁷ Mahkeme X, Y, Z / İngiltere Kararı’nda; kadıncı erkek olan bir transseksüel ile donör tarafından yapay dölleme (AID) yoluyla doğan çocuğu arasındaki ilişkinin aile hayatı kavramına dahil olduğunu, transseksüel partnerin AID sürecine çocuğun babası olarak katkıda bulunduğunu ve aralarındaki ilişkinin geleneksel ailelerde yaşanan ilişkilerden diğer yönleriyle ayrılmaz olduğunu belirtmiştir. X, Y and Z v. The United Kingdom, *op. cit.* § 37.

kalmaktadır⁴²⁸. Aile hayatını, esasen anne-baba ve çocuklar arasındaki ilişkiler oluşturur. Bir anneyle çocuğu arasındaki ilişki, kadının medeni durumuna bakılmaksızın, Sözleşme'nin korumasından yararlanır⁴²⁹. Aile hayatı kavramı, birlikte yaşama söz konusu olmadığında bile, ebeveyn ve çocuğu arasındaki bağı, çocuğun meşru olup olmadığına bakılmaksızın, kapsar. Bu bağ, sonradan ortaya çıkan gelişmelerle kopsa dahi, bu sadece istisnai durumlarda ortaya çıkabilir⁴³⁰.

Kural olarak, çocuklar ve büyükanne/babalar arasındaki ilişki, yaşları ne olursa olsun, kardeşler arasındaki ilişki, bir amca/dayı veya teyze/hala ve yeğeni arasındaki ilişki, ikinci ilişkilerde doğan çocuklar ve ebeveynler arasındaki ilişki veya evlilik birliği dışında veya zina sonucu doğan çocuklar, özellikle babalığın tanındığı ve tarafların yakın kişisel ilişkisinin olduğu durumlardaki ilişkiler, AİHM tarafından, AİHS'nin 8/1 maddesi anlamında özel hayatı oluşturduğu kabul edilmektedir⁴³¹. Ancak Mahkeme büyükannelerle veya büyükbabalarla çocuklar arasındaki ilişkilerin de bazen “aile hayatı” içinde değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Mahkemeye göre, AİHS, m. 8 anlamıyla “aile hayatı”, örneğin büyükanneler ve büyükbabalar ile torunları arasındaki bağlar gibi, en azından yakın akrabalar arasındaki bağları da içerir. Çünkü böyle bağlar aile hayatında önemli bir rol oynayabilir⁴³². Bu bağlamda kardeşler arasındaki ilişkiler de aile hayatı kavramı içinde değerlendirilebilir⁴³³.

“Özel hayat” ve “aile hayatı” gibi “konut” kavramı da Sözleşme’de tanımlanmış değildir. Bu konuda AİHM içtihatlarına bakıldığında, genel olarak konut, kişinin daimi olarak yaşadığı veya kişinin yeterli ve devamlı bağının olduğu, özel hayatını sürdürdüğü yer olarak tanımlanabilir⁴³⁴. Mahkeme, konut kavramını sadece ev ile sınırlı tutmamakta daha geniş yorumlamaktadır. Mahkeme’ye göre, mesleki veya ticari faaliyetlerin sürdürüldüğü yerlerde de şahsi nitelikte faaliyetlerde

⁴²⁸ Roagna, *op. cit.*, s. 28.

⁴²⁹ *Ibid.*, s. 28-29.

⁴³⁰ Case of Boaghanemi v. France, 24.04.1996, Application no. 22070/93, § 35, Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57991> (10.07.2013).

⁴³¹ Roagna, *op. cit.*, s. 28.

⁴³² Case of Marckx v. Belgium, 13.06.1979, Application no. 6833/74, § 45, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534> (10.07.2013).

⁴³³ Dutertre, *op. cit.*, s. 222.

⁴³⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 340, Roagna, *op. cit.*, s. 30; Kilkelly, *op. cit.*, s. 33.

bulunulabilineceğinden buralar da konut kavramına dâhildir⁴³⁵. Bu esnek yorum, 8. maddenin ana hedefi ve amacı olan, kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumakla da uyumludur⁴³⁶. Mahkeme’ye göre, 8. maddedeki “konut” kavramını, ileride oturma amacıyla üzerinde bir ev inşa edilmesi planlanan gayrimenkulü içerecek biçimde genişletmek bu kavramın anlamını zorlar. Bu terim, bir bireyin büyüdüğü ve ailesinin köklerinin olduğu ama artık oturmadığı, Devlet topraklarının bir parçasını içerecek biçimde de yorumlanamaz⁴³⁷.

Konut dokunulmazlığı hakkının korunmasında mülkiyet, 8. madde kapsamında bir şikâyetin incelenmesi için gerekli bir şart olmadığı gibi tek başına yeterli bir şart da değildir. Mülk anlamında konut ileri sürüldüğünde, “konut”un varlığını belirlemede en önemli unsur söz konusu malvarlığında mevcut veya yakın zamana kadar ikamet etmektir. Başvurucu tarafından hiç oturulmadıysa veya çok ender oturulduysa veyahut çok uzunca bir süre hiç oturulmadıysa, o mülkle olan bağlar 8. madde kapsamında artık sorun teşkil etmeyecek kadar zayıflamış demektir⁴³⁸.

AİHS, m. 8/1’de düzenlenen bir kimsenin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, başka bir ifadeyle haberleşme özgürlüğü, AİHS m. 8’deki ana kavram olan “özel hayat”ın bir yönünü oluşturmaktadır. 8. Maddede düzenlenen haberleşme özgürlüğü, bireysel haberleşmeye ilişkindir. Dolayısı ile Sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen kitle iletişim özgürlüğünün, 8. madde kapsamında değerlendirilmesi söz konusu değildir⁴³⁹. AİHS’nin 8/1 maddesinde her ne kadar “yazışma (correspondence)” terimi kullanılmış olsa da madde kapsamına mektup, telefon, telsiz, elektronik posta ve mesajlar gibi teknolojinin evrimine göre her çeşit yolla gerçekleştirilen bireysel iletişim dâhildir⁴⁴⁰. Bir kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, özel haberleşmesinin gizliliğini korumayı amaçlamakla birlikte,

⁴³⁵ Case of Niemietz v. Germany, 16.12.1992, Application no. 13710/88, § 30, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57887> (11.07.2013).

⁴³⁶ Ibid., § 31.

⁴³⁷ Case of Loizidou v. Turkey, 18.12.1996, Application no. 15318/89, § 66, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58007> (11.07.2013).

⁴³⁸ Case of Demopoulos and Others v. Turkey, 01.03.2010, Application nos. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, § 136, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97649> (11.07.2013).

⁴³⁹ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 341.

⁴⁴⁰ Ibid.; Roagna, *op. cit.*, s. 32.

Mahkeme’ce, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkını garanti eder şekilde yorumlanmaktadır⁴⁴¹.

AIHS’nin 8. maddesinin 2. fıkrasında ise 1. fıkra düzenlenen “özel hayat”, “aile hayatı”, “konut” ve “haberleşmeye” saygı gösterilmesi hakkının sınırları belirtilmiştir. Buna göre; “Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir” (AIHS, m. 8/2). Görüldüğü üzere, 8. maddenin 1. fıkrasında yer alan haklara kamu otoritesi ancak kanunla öngörülmüş olmak koşuluyla, demokratik bir toplumda zorunlu (gerekli) olan ölçüde ve fıkra belirtilen meşru sebeplerden birine (ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması) dayanarak müdahalede bulunabilir. Başka bir ifadeyle AIHS, m. 8/1 kapsamında güvence altına alınan hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalenin meşru bir müdahale olabilmesi için üç koşul gerekmektedir. Bu koşullar şunlardır: Müdahalenin 2. fıkra belirtilen “sınırlı sayıdaki nedenlerden birini amaç edinmiş olması”, “kanunla öngörülmüş olması” ve “demokratik toplumda gerekli bir tedbir olması”. Aksi bir tutum yani müdahalenin m. 8/2’de öngörülen nedenlerden birine dayanmaması ya da meşru müdahale nedenlerinin kanunla öngörülmemiş olması veya meşru müdahale nedenleri kanunla öngörülmüş ve müdahale bu nedenlerden birine dayandırılmış olmakla beraber, müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüyü aşması durumunda, Sözleşme’nin 8/1 maddesi ihlal edilmiş olacaktır.

AIHS’nin 8/2 maddesinde olduğu üzere, 9/2, 10/2 ve 11/2 maddelerinde de bu maddelerin 1. fıkralarında güvence altına alınan hak ve özgürlüklere müdahaleyi meşru kılan amaçlar öngörülmüştür. Bu amaçların (meşru müdahale sebeplerinin) çoğu bu dört madde için ortaktır; kamu güvenliği, kamu düzeni, kamu sağlığı, kamu ahlakı, başkalarının hak ve özgürlüklerinin veya şöhretlerinin korunması gibi (AIHS,

⁴⁴¹ Roagna, *op. cit.*, s. 32.

m. 8/2, 9/2, 10/2, 11/2). Buna karşılık ulusal güvenlik ve suç işlenmesinin önlenmesi 9. madde hariç diğer maddeler için meşru müdahale nedenidir (AİHS, m. 8/2, 10/2, 11/2). Bunun yanı sıra ülkenin ekonomik refahı sadece 8. madde; toprak bütünlüğü, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi ve yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının sağlanması ise 10. madde için meşru müdahale nedenidir.

AİHS'nin 8/1 maddesinde güvence altına alınan hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalenin meşruluğunu temin eden ikinci koşul, müdahalenin “kanunla öngörülmüş” olmasıdır. Kanunla öngörülmüş olmanın anlamı, hak ve özgürlüğe müdahale teşkil eden önlemin ulusal hukukta kanuni dayanağının olmasıdır⁴⁴². AİHM'ye göre “yasa” deyimini herkes için uyulması zorunlu olan yazılı hukuk kuralları yanında yazılı olmayan (örfi) hukuk kurallarını da kapsamaktadır⁴⁴³. Mahkeme içtihadında, “yasa” deyimini, sadece şekli anlamda yasayı yani yasama organı tarafından anayasada öngörülen usullerle yapılan kanun metinlerini değil, maddi anlamda yasayı da ifade eder⁴⁴⁴. Bu bağlamda kanunlar gibi tüzük, yönetmelik, yerleşik içtihat (icthadî birleştirme kararları gibi), idarenin düzenleyici işlemleri, Anglo-sakson hukukundaki yazılı olmayan (Common Law) içtihat hukuku Sözleşme'deki anlamda birer yasadır⁴⁴⁵. “Kanunsuz suç olmaz” ilkesi aynı zamanda, konulan normun açık ve gereğinde bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir ve ilgililerce ulaşılabilir⁴⁴⁶ (erişilebilir) olması gerekir. Normun bir hukukçu tarafından anlaşılabilir olması, tüm ayrıntıların norm içinde yer alması zorunluluğunu ortadan kaldırır. Norm hükümlerindeki belirsizliğin mahkeme içtihatlarıyla giderilmiş olduğu durumlarda da söz konusu koşul yerine getirilmiş kabul edilir. Yasayla öngörülmüş olma koşulu sayesinde hukukun üstünlüğü ilkesi sağlanmakta ve keyfi müdahalenin önüne geçilmiş olunmaktadır⁴⁴⁷. Bu bağlamda, yasayla öngörülmüş olma koşulu sadece kanuni dayanağın soyut mevcudiyeti ile sağlanmış olmaz, müdahale teşkil eden tedbirlerin keyfiliği önleyecek uygun ve yeterli güvenceleri de içermesi

⁴⁴² Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 375.

⁴⁴³ Case of The Sunday Times v. The United Kingdom, *op. cit.*, § 47.

⁴⁴⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 375.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, s. 376.

⁴⁴⁶ Case of Silver and Others v. The United Kingdom, *op. cit.*, § 87.

⁴⁴⁷ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 325.

gerekir⁴⁴⁸. Ayrıca tekrar belirtmek gerekir ki AİHS, m. 8/2, 9/2, 10/2 ve 11/2’de “yasa” deyiimi hep aynı anlamda kullanılmıştır⁴⁴⁹.

Müdahalenin meşruluğunu sağlayan üçüncü koşul ise müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olmasıdır. Bir müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği iki unsuru içerir. Bunlardan biri hak ve özgürlüğe yapılan müdahale “gerekli” olmalı, diğeri de bu müdahale demokratik toplumda caiz; başka bir deyişle demokrasi anlayışı ile uyumlu olmalıdır⁴⁵⁰.

AİHM’ye göre, “gerekli” deyiimi, vazgeçilmez, mutlak surette gerekli, zorunlu ölçüde deyimleri ile eş anlamlı olmadığı gibi, kabul edilebilir, olağan, uygun deyimleri gibi elastikiyet ve yumuşaklığa da sahip değildir. Mahkeme’ye göre “gerekli” deyiimi, “acil (sıkıştıran-zorlayıcı) bir toplumsal gereksinimi” ifade eder⁴⁵¹. Acil toplumsal bir gereksinimin olup olmadığını takdir etmek ise ulusal mercilerin işidir. Ancak ulusal mercilerin takdir marjı sınırsız olmayıp, nihayetinde Strasbourg organlarının denetimine tabidir⁴⁵². Mahkeme bu denetimi yaparken ülkenin olay anındaki koşullarını, somut olayın özelliklerini dikkate alacaktır⁴⁵³. Ulusal takdir

⁴⁴⁸ *Ibid.*, s. 376.

⁴⁴⁹ Tezcan vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, op. cit., s. 234.

⁴⁵⁰ Gözübüyük ve Gölcüklü, op. cit., s. 377.

⁴⁵¹ Case of Handyside v. The United Kingdom, 07.12.1976, Application no. 5493/72, § 48, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499> (09.07.2013); Case of The Sunday Times v. The United Kingdom, op. cit., § 59.

⁴⁵² Case of Handyside v. The United Kingdom, op. cit., § 48, 49; Case of The Sunday Times v. The United Kingdom, op. cit., § 59.

⁴⁵³ AİHM’nin, müdahalenin sıkıştıran bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı ve güdülen amaçla orantılı olup olmadığını tartıştığı Zana / Türkiye Davası’nda yapılan şu tespitler oldukça önemlidir:

“55. ... Divan, her olayın özel koşullarını ve Devletin takdir yetkisini özenle göz önünde tutarak, bireylerin ifade özgürlüğüne ilişkin temel haklarıyla demokratik bir toplumun meşru hakkı olan kendini terörist örgütlerin eylemlerine karşı korumak arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını araştırmalıdır.

56. Sonuç olarak Divan eldeki davada, Bay Zana’nın mahkumiyetinin ve cezasının "zorlayıcı bir toplumsal gereksinim'e yanıt verip vermediğini ve bunların "izlenen meşru amaçlarla orantılı" olup olmadığını değerlendirmelidir. Bu amaçla Divan, başvurunun sözlerinin içeriğimi o dönemde Türkiye’nin Güneydoğu bölgesinde hüküm süren durumun ışığında çözümlemenin önemli olduğunu görüşündedir.

57. Divan başvurunun açıklamasını, kendisinin de esas olarak reddetmediği, 30 Ağustos 1987’de günlük ulusal gazete Cumhuriyet’te yayınlandığı biçimiyle ... Açıklama iki cümleden oluşmaktadır. Birinci cümlede başvuru, "katliamlardan yana" olmadığını söylerken "PKK ulusal kurtuluş hareketi"ni desteklediğini belirtmektedir, ikinci cümlede şunu söylemektedir: "herkes hata yapar, PKK, kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyor."

marjının aşılmış aşılmadığına bakılırken, müdahalenin amaca ulaşmak için elverişli ve güdülen amaçla orantılı olması gereklidir⁴⁵⁴. Özetle gerekli bir müdahale, aynı zamanda ölçülülük ilkesine (gereklilik, elverişlilik ve orantılılık) uygun bir müdahale olmalıdır.

Demokratik toplumda gerekliliğin ikinci unsurunu oluşturan müdahalenin demokratik toplumda caiz; başka bir deyişle demokrasi anlayışı ile uyumlu olmasından kasıt müdahalenin demokratik toplum ölçütüne uygun olmasıdır. Mahkeme'ye göre demokratik toplumun ölçütleri; insan haklarına saygı, hukuk devleti ve siyasal katılım ve çoğulculuktur⁴⁵⁵.

“Yasa” ya da “yasayla öngörülmüş olma” ve “demokratik toplumda gereklilik” deyimleri AİHS, m. 8/2, 9/2, 10/2 ve 11/2’de hep aynı anlamda kullanılmıştır⁴⁵⁶. Dolayısı ile “yasayla öngörülmüş olma” ve “demokratik toplumda gereklilik” deyimleri için burada (AİHS, m. 8/2 bağlamında) yapılan açıklamalar Sözleşme’nin 9/2, 10/2 ve 11/2 maddeleri için de geçerlidir. Bu nedenle, burada yapılan açıklamalara, tekrar olmaması açısından ilgili maddeler incelenirken yer verilmeyecek; sadece bu koşulların (“yasayla öngörülmüş olma” ve “demokratik toplumda gereklilik”) arandığının belirtilmesiyle yetinilecektir.

58. Bu sözcükler ... çelişkili ve anlamı belirsizdir. ... hem amaçlarına ulaşmak için şiddet kullanan bir terörist örgüt olan PKK'yı desteklemek hem de kendisinin katliamlara karşı olduğunu açıklamak zor görünmektedir. ...

59. Bununla birlikte, bu açıklamaya tek başına bakılmamalıdır. (Bu açıklamanın) başvuruçunun da farkında olması gereken, olayın somut koşulları içinde özel bir anlamı vardır. ... bu röportaj, o tarihte gerginliğin dorukta olduğu Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde PKK'nın sivillere yönelik kanlı saldırılarıyla aynı zamana denk düşmüştür.

60. Bu koşullar altında büyük bir ulusal günlük gazetede yayınlanan röportajda, Güneydoğunun en önemli kenti olan Diyarbakır'ın eski belediye başkanının -"ulusal kurtuluş hareketi" olarak tanımladığı- PKK'ya verdiği desteğin, bu bölgedeki patlamaya hazır havayı daha da ağırlaştıracağı düşünülebilir.

61. Bu nedenle Divan, başvuruçuya verilen cezanın "zorlayıcı bir toplumsal gereksinime" yanıt verdiğinin kabul edilmesinin uygun olduğunu ve ulusal makamların ileri sürdüğü nedenlerin "uygun ve yeterli" olduğunu düşünmektedir; ...

62. Bütün bu etkenleri ve böyle bir davada ulusal makamların sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlarını göz önünde tutarak Divan, incelenen müdahalenin izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğunu düşünmektedir. Sonuç olarak, Sözleşmenin 10. maddesi ihlâl edilmemiştir.” Zana / Türkiye Davası, 25.11.1997, (69/1996/688/880), T.C. Yargıtay Başkanlığı, http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/69_1996_688_880.pdf (10.07.2013).

⁴⁵⁴ Case of Handyside v. The United Kingdom, op. cit., § 49; Case of Observer and Guardian v. The United Kingdom, 26.11.1991, Application no. 13585/88, § 59, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57705> (10.07.2013).

⁴⁵⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, op. cit., s. 380.

⁴⁵⁶ Tezcan vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, op. cit., s. 234.

AIHM, AIHS'nin 8/1 maddesinde düzenlenen hakların ihlal edildiği iddiası ile yapılan başvurularda üç aşamalı bir yöntem izlemektedir. Mahkeme, öncelikle şikâyetle konu olayların maddede koruma altına alınan haklardan birinin kapsamına girip girmediğine bakmakta; bu soruya olumlu yanıt vermesi halinde yapılan işlem veya alınan önlemin bir müdahale teşkil edip etmediğini saptamaktadır. Mahkeme bu soruya da olumlu yanıt vermesi halinde, son olarak müdahalenin 8. maddesinin 2. fıkrası kapsamında meşru olup olmadığına bakmaktadır. Üçüncü aşamada; müdahalenin kanuna dayanıp dayanmadığı, meşru bir amaç izleyip izlemediği ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına bakılmaktadır⁴⁵⁷. Bu üç aşamalı yöntem Sözleşme'nin 9, 10 ve 11. maddelerin ihlal edilip edilmediği incelenirken de izlenmektedir⁴⁵⁸.

Herkesin, “Özel hayat”ına, “aile hayatı”ına, “konut” ve “haberleşme”sine saygı gösterilmesi hakkı, 1982 Anayasası'nın da çeşitli maddelerinde güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın “özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesine göre; “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz” (Any., m. 20/1). Görüldüğü üzere bu maddede “özel hayat” ve “aile hayatı”nın dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Yine 20. maddenin 3. fıkrasında; “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir” denilmek suretiyle esasen “özel hayat” kavramına dâhil olan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ayrıca güvence altına alınmıştır⁴⁵⁹. AIHS'nin 8/1 maddesinde düzenlenen “konut”a saygı gösterilmesi hakkı, Anayasa'nın “konut dokunulmazlığı başlıklı 21. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; “Kimsenin konutuna dokunulamaz” (Any., m. 21/1). Yine AIHS'nin 8/1 maddesinde düzenlenen herkesin “haberleşme”sine saygı gösterilmesi hakkı da Anayasa'da düzenlenmiştir. Anayasa'nın “haberleşme hürriyeti başlıklı” 22. maddesinin 1. fıkrasına göre; “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır” (Any., m. 22/1).

⁴⁵⁷ Roagna, *op. cit.*, s. 11.

⁴⁵⁸ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 373.

⁴⁵⁹ “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usûller kanunla düzenlenir” (Any., m. 20/3).

AIHS'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen “özel hayat”, “aile hayatı”, “konut” ve “haberleşmeye” saygı gösterilmesi hakkının sınırları yukarıda belirtildiği üzere aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Anayasa’da da “özel hayat” ve “aile hayatı”na saygının sınırları Anayasa’nın 20. maddesinin 2. fıkrasında; “konut dokunulmazlığı” hakkının sınırları 21. maddenin 1. fıkrasında ve “haberleşme özgürlüğü”nün sınırları 22. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa’nın 26. maddesinin 2. fıkrasında da ifade hürriyetinin özel hayatı ve aile hayatını korumak amacıyla sınırlanabileceği belirtilmiştir.

Daha önce de belirtildiği üzere, AIHS’nin 8/2 maddesine göre özel hayat”, “aile hayatı”, “konut” ve “haberleşmeye” saygı gösterilmesi hakkına yapılacak müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için bu haklara kamu otoritesi ancak kanunla öngörülmüş olmak koşuluyla, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve fıkra da belirtilen meşru nedenlerden birine (ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması) dayanarak müdahalede bulunabilir. Anayasa’daki meşru sınırlama nedenlerine bakıldığında bunların; millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması olduğu görülmektedir (Any., m. 20/2; m. 21/1; m. 22/2). Bu meşru nedenler, AIHS’nin 8/2 maddesinde de öngörülen meşru nedenlerdendir. Anayasa’nın 13/1 maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak “kanunla” sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların “demokratik toplum düzeninin gereklerine” ve “ölçülülük” ilkesine aykırı olamayacağı belirtildiği için AIHS’nin 8/2 maddesinde öngörülen “kanunla öngörülmüş olma” ve “demokratik bir toplumda gerekli bir tedbir olma” koşulu da gerçekleşmektedir. Buraya kadar söylenenler birlikte değerlendirildiğinde, AIHS’nin 8. maddesine Anayasa’nın 20, 21, 22, 26/2 ve 13. maddelerinin tekabül ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

2.2.9. Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü

AIHS’nin 9/1 maddesine göre; “Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca,

açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir”. 9. Maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesi, herkese istisnasız olarak düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü tanımaktadır. Başka bir ifade ile 1. cümlede tanınan hak ve özgürlük mutlak olup, 9. maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlamalara tabi değildir. 9. Maddenin 2. fıkrasında belirtilen meşru sınırlama nedenleri 1. fıkarda belirtilen hak ve özgürlüklerin tümü için değil, 2. fıkarda da açıkça belirtildiği üzere “din ve inancını açıklama özgürlüğü” için geçerlidir⁴⁶⁰.

AIHS’nin 9. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğu belirtildikten sonra; 2. cümlesinde de 1. cümledeki gürlüğün kapsamı belirtiliyor. Buna göre; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğünü ve tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü içermektedir. Başka bir ifadeyle bu hak din veya inancını değiştirme ve çeşitli şekillerde (ibadet, öğretim, uygulama ve ayin) açığa vurma ve yayma hak ve özgürlüğünü içermektedir.

Maddede mutlak olarak korunan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, kavramsal olarak her türlü bireysel fikir ve tercihleri değil ancak belli bir düzeyde ikna gücü, ciddiyet, bütünlük (uyum) ve öneme sahip görüşlerin, dini ve felsefi ideolojik inançların bir bütün olarak bireyin iç dünyasında yer alan kanısıdır⁴⁶¹. AIHM’ye göre, 9. maddede güvence altına alınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, AIHS’in anlamı çerçevesinde “demokratik toplum”un temel unsurlarından biridir. Dini boyut açısından bu özgürlük inananların kimliği ve hayat görüşlerine dair en temel unsurlar arasında yer aldığı gibi aynı zamanda tanrıtanımazlar, kayıtsızlar, kuşkucular ve konuyla ilgilenmeyenler bakımından da değerli bir kazanımdır.

⁴⁶⁰ Case of Kokkinakis v. Greece, 25.05.1993, Application no. 14307/88, § 33, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57827> (12.07.2013).

⁴⁶¹ Case of Campbell and Cosans v. The United Kingdom, 25.02.1982, Application no. 7511/76; 7743/76, § 36, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57455> (12.07.2013).

Campbell and Cosans / Birleşik Krallık Davası, 25.02.1982, Application no. 7511/76, § 36, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=51> (12.07.2013); Hasan Eylem Zengin / Türkiye Davası, 09.10.2007, Başvuru no. 1448/04, § 66, <http://www.kararara.com/aihm/turkce/aihm10689.htm> (12.07.2013).

Demokratik bir toplumun vazgeçilmez unsurlarından olan çoğulculuk da bu özgürlüğe bağlıdır. Din özgürlüğü esas olarak bireyin vicdanı ile ilgili bir husus olmakla birlikte, aynı zamanda, diğer hususların yanı sıra “dinini açıklama” özgürlüğünü de içerir. Kelimler ve hareketler ile açığa vurma, dini inançların varlığı ile bağlantılı bir olgudur. AİHS. m. 9’a göre, kişinin dinini açığa vurma özgürlüğü yalnızca başkalarıyla birlikte, “alenen” ve aynı inancı paylaşan insanların oluşturduğu çevrede değil, aynı zamanda “tek başına” veya “özel mekanda” da geçerlidir. Din özgürlüğü, başkalarını kendi inancı doğrultusunda ikna etme özgürlüğünü de içerir. Aksi takdirde Sözleşme’nin 9. madde ile güvence altına almış olduğu din veya inanç değiştirme özgürlüğü kâğıt üstünde kalacaktır⁴⁶².

AİHM’ye göre din özgürlüğü esasen kişinin iç dünyasına inhisar etmekle beraber, bu özgürlük bir din veya inancın gerekli kıldığı her davranışı da korumamaktadır⁴⁶³. Başka bir deyişle bir inancın dış dünyaya aktarılması her zaman 9. Maddenin korumasından yararlanamayabilir. Mahkeme’ye göre, açığa vurulan

⁴⁶² Case of Kokkinakis v. Greece, op. cit., § 31.

⁴⁶³ AİHM; Kalaç / Türkiye Davasında Yüksek Askeri Şura (YAŞ) kararı ile zorunlu emekliliğe ayrılan kişilerin AİHM’e yaptığı başvurunun değerlendirmesinde şu görüşlere yer vermiştir:

“27. Mahkeme, din özgürlüğünün esas olarak bireysel bir vicdan meselesi olduğunu yinelemekle beraber, bir kişinin sadece toplum önünde kendisiyle aynı görüşü paylaşan kişilerle birlikte değil, tek başına ve özel olarak da dinini açıklama hürriyetine sahip olduğunu belirtmiştir. (bkz. 25 Mayıs 1993 tarihli Kokkinakis-Yunanistan davası, Seri A, s.17, p.31) Madde 9, ibadet ve ayin veya öğretimini yapmak suretiyle bir kişinin dinini veya inancını açıklama biçimlerini içermektedir. Buna karşın 9. Madde bir din veya inanç tarafından yönlendirilmiş her hareketi korumamaktadır. Bununla birlikte bir bireyin, dinini açıklama hürriyetini kullanırken, özel durumunu göz önünde bulundurması gerekebilir. 28. Bay Kalaç, askeri bir görev seçerek, doğası itibarıyla Silahlı Kuvvetler mensuplarının belli hak ve özgürlüklerine, sivilere uygulanması mümkün olmayan sınırlamalar getirilmesi olasılığını içeren askeri disiplin sistemini kendi isteğiyle kabul etmiş olmaktadır. (bkz.8 Haziran 1976 tarihli Engel ve diğerleri- Hollanda Davası, Seri A, no.22, s. 24, p. 57) Devletler, özellikle askeri hizmetin gereklerini yansıtan kurulu düzene aykırı şu veya bu şekilde bir tutumu yasaklayarak, orduları için disiplin kuralları benimseyebilirler.

29. Başvurucunun, askeri yaşamın getirdiği sınırlamalar çerçevesinde, bir Müslümanın dininin gereklerini yerine getirebilmesine itiraz edilmemektedir. Örneğin, özellikle günde beş vakit namaz kılmasına ve Ramazan ayında oruç tutmak, Cuma günleri camide vaazlara katılmak gibi diğer dini görevlerini yerine getirmesine izin verilmiştir.

30. Yüksek Askeri Şura’nın kararı, grup lideri Bay Kalaç’ın dini fikirleri, inançları ya da dini vazifelerini yerine getirme tarzı değil tutum ve davranışları dikkate alınarak verilmiştir. (bkz. P.8 ve 25) Türk yetkililere göre Bay Kalaç’ın bu tutumu askeri disiplini bozmuş ve laiklik ilkesini ihlal etmiştir.

31. Mahkeme, buna göre, başvurunun zorunlu emekliliğinin, böyle bir karara başvurunun dinini açıklama şeklinin neden olmamasından ötürü, Madde 9’da güvence altına alınan hakka müdahale anlamına gelmediği sonucuna varmıştır”. Kalaç / Türkiye Davası, 01.07.1997, Başvuru no. 61/1996/680/870, § 27, 28, 29, 30, 31, <http://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11872.htm> (12.07.2013).

davranış, belli bir inancın ifadesi olmayıp, belli bir topluluğa yönelik özel amaçlar içeren bir faaliyet teşkil ettiğinde bu, 9. maddenin sağladığı koruma kapsamı dışında kalır⁴⁶⁴. Keza Komisyon, laik bir ülkede, üniversitenin öğrencilerin giyim kuşamı konusunda düzenleme yapması ve yönetim hizmetini öğrencilerin bu düzenlemeye riayet etmesi koşuluna bağlamasının din ve vicdan özgürlüğü hakkına müdahale teşkil etmeyeceğini belirtmiştir⁴⁶⁵.

AIHS'nin 9/2 maddesine göre; “Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir”. Hükümden de açıkça anlaşıldığı üzere 9. maddenin 2. fıkrasında belirtilen meşru sınırlama nedenleri 1. fıkra da belirtilen hak ve özgürlüklerin (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) tümü için değil, sadece “din ve inancını açıklama özgürlüğü” için geçerlidir⁴⁶⁶. Başka bir ifadeyle” din ve inancını açıklama özgürlüğü”, 9. maddenin 2. fıkrasındaki “meşru nedenlerle”, “demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle” ve “kanunla” sınırlanabilir.

Düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğüne, 1982 Anayasası'nda da yer verilmiştir. Anayasa'nın “Din ve vicdan hürriyeti” başlıklı 24. maddesine göre; “Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. ... Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz” (Any., m. 24/1,3). Yine Anayasa'nın “Düşünce ve kanaat hürriyeti” başlıklı 25. maddesine göre; “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle

⁴⁶⁴ Arrowsmith / İngiltere olayında başvuru sahibi, askerlere /IRA ile mücadele için Kuzey İrlanda'ya gönderilmek istenmeleri halinde askerlik görevlerinin inançlarına aykırı olduğunu ileri sürerek bu göreve gitmemelerini teşvik eden beyannameler dağıttığı için kovuşturulup cezalandırıldığı; bunun ise herkesçe tanınıp bilinen bir barışçı sıfatıyla kendisinin, 9. maddedeki anlamda, vicdan ve inanç özgürlüğünün İngiltere Hükümeti tarafında ihlâli demek olduğu iddiasında idi. Komisyon barışseverliğin 9. madde uygulamasına dâhil bir inanç olduğunu; fakat beyanname dağıtma eyleminin bir barışçıl inancın ifadesi olmayıp, belli bir topluluğa yönelik ve mahsus amaçlar güden bir faaliyet teşkil ettiğini kararlaştırmıştır. Olayın 10. madde açısından ele alınması halinde ise; söz konusu müdahale, ulusal güvenlik ve ordu içinde nizamın korunması amacını güttüğü ve takdir marjı da aşılmamış olduğu için meşrudur”. Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 351-352.

⁴⁶⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 353.

⁴⁶⁶ Case of Kokkinakis v. Greece, *op. cit.*, § 33.

kınamamaz ve suçlanamaz” (Any., m. 25). Keza, Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” başlıklı 15. maddesinde de savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde dahi kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı belirtilmektedir (Any., m. 15/2).

AIHS, m. 9/2’de “din ve inancını açıklama özgürlüğü”ne getirilen sınırlamaya karşılık olarak, Anayasa’nın 24/2 maddesinde sınırlamaya konu olacak açığa vurma faaliyetleri; “ibadet, dinî âyin ve törenler”dir. Anayasa’ya göre; “14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir” (Any., m. 24/2). Buna göre din ve inancını açıklama özgürlüğünün bir şekli olan ibadet, dini ayin ve törenlere yapılacak bir müdahalenin Anayasa’ya uygun olması için Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen ilkelere uyularak, “demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde (bu iki koşul 13. maddede zaten yer almaktadır) ve 14. maddede belirtilen meşru sınırlama sebeplerinden birine dayanılarak yapılması gerekir. Anayasanın 14. maddesinde belirtilen meşru sınırlama sebepleri ise devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün bozulması, insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyetin ortadan kaldırılması ve Anayasa’da tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesi veya Anayasa’da belirtilenden daha geniş sınırlandırılmasıdır. Ayrıca Anayasa’nın 24/5 maddesinde kimsenin siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama gibi özel bir amaçla, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar etmesinin yasak olduğu belirtilmektedir.

Yukarıdaki açıklamaların tamamı göz önünde tutulduğunda, AIHS’nin 9. maddesine Anayasa’nın 24, 25, 15/2 ve 13 ve 14. maddelerinin tekabül ettiği görülmektedir.

2.2.10. İfade Özgürlüğü

AIHS’nin 10/1 maddesine göre; “Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir”. AIHS’nin 10/1 maddesi çerçevesinde;

kanaat sahibi olma, bilgi ve kanaat açıklama, bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü ile basın özgürlüğü ve radyo ve televizyon yayıncılığı özgürlüğü korunmaktadır⁴⁶⁷. 10. Maddenin 1. fıkrasında güvence altına alınan özgürlüklerin, maddenin 2. fıkradaki istisnalar saklı kalmak koşulu ile kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın kullanılması öngörülmektedir. Bu madde, içerisinde sansür yasağını da barındırmaktadır. Bu da doğal olarak, bir ifadenin ulusal sınırlarla kısıtlanmaksızın dolaşması, yurt dışından ülkeye girecek düşünce açıklamaları ya da bilgilere örneğin uluslararası yayın yapan televizyonlara, sırf yabancılik unsuru taşıdığı gerekçesiyle özel bir önlem konulmaması sonucunu doğurmaktadır⁴⁶⁸ (AİHS, m 10/1).

10. maddenin 1. fıkrasının son cümlesine göre, bilgi ve fikirleri açıklama ve alma hakkı “devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.” AİHM’ye göre, bu hükmün AİHS’nin 10/1 maddesine dâhil edilmesi, frekans sayısının sınırlılığı ve o dönemde çoğu Avrupa devletinin yayıncılık ve televizyon üzerinde bir tekel hakkına sahip olduğu gerçeği türünden teknik nedenlere dayanıyordu. Ne var ki yayıncılık tekniklerindeki gelişmeler artık bu nedenlerin ortadan kalkmasına neden olmuştur. Dolayısı ile AİHM, Taraf Devletlerin kamu otoritelerince ruhsat sistemini düzenleme yetkilerinin, sadece teknik amaçlarla kullanılabileceğini; 10. madde’nin 2. fıkrasındaki şartlara aykırı biçimde, ifade özgürlüğüne müdahale edecek tarzda kullanılamayacağını; aksi bir yaklaşımın bir bütün olarak alındığında 10. maddenin amaç ve hedefine aykırı sonuçlar ortaya çıkaracağını belirtmektedir⁴⁶⁹.

AİHM’ye göre, ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun asli unsurlarından olup toplumun ilerlemesinin ve her bireyin gelişmesinin temel koşullarından biridir. İfade özgürlüğü, 10. maddenin 2. fıkrasına tâbi olmak kaydıyla, sadece olumlu karşılanan ya da kimseye saldırgan gelmeyen veyahut insanların kayıtsız kalabildiği “bilgi” ve “fikirler” için değil, devlet veya halkın herhangi bir kesimi için saldırgan görünen, sarsıcı nitelik taşıyan ya da rahatsız edici olan fikirler için de geçerlidir.

⁴⁶⁷ Macovei, Monica, *İfade Özgürlüğü*, İnsan Hakları El kitapları No. 2, t.y., s. 11-25.

⁴⁶⁸ Doğru, *op. cit.*, s. 45.

⁴⁶⁹ Case of Groppera Radio AG and Others v. Switzerland, 28.03.1990, Application no. 10890/84, § 60, 61, 64, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57623> (13.07.2013).

Demokratik toplumun vazgeçilmez özellikleri olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereği de budur⁴⁷⁰.

AİHS'nin 10. maddesi, sadece bilgi ve kanaatlerini açığa vurma haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünün içeriğini korumamakta; bu özgürlüğün dışı vurum şeklini de korumaktadır. Başka bir deyişle, 10. madde kapsamında korunan ifade özgürlüğü sadece yazılı ya da sözel kelimelerle sınırlı değildir. Bu özgürlük, fikir ifade etmeyi ya da bir bilgi sunmayı amaçlayan resimleri, görüntüleri veya eylemleri de kapsar. Bazı durumlarda, giyim bile bir kanaati açığa vurma şekli olarak 10. maddenin kapsamına girebilir. Bu bağlamda bir dışı vurum şekli olarak basılı belgeler, radyo yayınları, tablolar, filmler ve elektronik bilgi sistemleri de bu maddenin kapsamı dâhilindedir. 10. Madde, ifade özgürlüğünün yalnız içeriği ve şeklini değil, bilgi ve kanaatlerin üretim ve iletimi, aktarılması ve dağıtımı için kullanılan araçları da (gazete, radyo, televizyon vb) güvence altına almaktadır⁴⁷¹.

Düşünce ve kanaatin kişinin iç dünyasında kaldığı sürece mutlak korumadan yaralandığını ve kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağını ve bundan dolayı kınanamayacağını AİHS, m. 9 incelerken belirtmişti. Ancak düşünce, kanat ve bilginin açığa vurulması hem AİHS m. 9/2'de hem de AİHS m. 10/2'de bazı sınırlamalara tutulmuştur. AİHS'nin 10/2 maddesine göre; “Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir”. AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasından anlaşılabileceği üzere 1. fıkradaki bilgi ve kanaat açıklama, bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü ile basın özgürlüğü ve radyo ve televizyon yayıncılığı özgürlüğü mutlak bir özgürlük değildir. Bu özgürlüklere “kanunla”, “demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde” ve fıkarda belirtilen “meşru nedenler”den birine veya birkaçına dayanarak müdahale edilebilir. Başka bir

⁴⁷⁰ Case of Handyside v. The United Kingdom, op. cit., § 49.

⁴⁷¹ Macovei, op. cit., s. 25.

ifadeyle bu üç koşulu taşıyan müdahaleler, 10. maddenin 1. fıkrasının ihlali anlamına gelmez.

İfade özgürlüğü, çeşitli yönleriyle 1982 Anayasası'nın bazı maddelerinde de güvence altına alınmıştır. Anayasa'da ifade özgürlüğü ile ilgili genel madde, “düşünce ve kanaatleri açıklama ve yayma hürriyeti” başlıklı 26. maddedir. Bu maddeye göre; “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir” (Any., m. 26/1). Görüldüğü üzere Anayasa'nın 26. maddesi AİHS'nin 10/1 maddesine paralel bir düzenleme içermektedir. Ancak AİHS, m. 10/1'de, bu hakkın “ülke sınırları gözetilmeksizin” kullanılabilecek bir hak olması açıkça belirtilmiş olmasına rağmen bu husus Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilmemiştir. Fakat bu unsurun 26. madde ile içkin olduğunu içtihat yoluyla kabul etmek için bir engel bulunmamaktadır. Yine 26. madde de “Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz” (Any., m. 26/4) hükmüne yer verilmiştir.

1982 Anayasası'nda ifade özgürlüğü ile ilgili olarak 26. maddenin dışında özel hükümler içeren diğer bazı maddeler de bulunmaktadır. Anayasa'nın 27. maddesinde “bilim ve sanat hürriyeti”, 28. maddesinde “basın hürriyeti”, 29. maddesinde “sürelili ve süresiz yayın hakkı”, 30. maddesinde “basın araçlarının korunması”, 31. maddesinde “Kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı”, 32. maddesinde “düzeltme ve cevap hakkı”, 83. maddesinde “yasama dokunulmazlığı” başlığı altında yasama sorumsuzluğu⁴⁷², 133. maddesinde Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, radyo ve televizyon kuruluşları ve kamuya ilişkili haber ajansları” başlığı altında radyo ve

⁴⁷² “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar” (Any., m. 83/1).

televizyon istasyonu kurma ve işletme hakkı⁴⁷³ düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 130/4 maddesinde de bilimsel araştırma ve yayın hakkının serbest olduğu belirtildikten sonra bu hakkın Devletin varlığı ve bağımsızlığı ve milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde faaliyette bulunma serbestliğini içermediği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında ise 1. fıkra da belirtilen özgürlüğün mutlak olmadığı, bazı koşullarda bu özgürlüklere kamu otoritesi tarafından müdahale edilebileceği belirtilmektedir. Buna göre; “Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir” (Any., m. 26/2). Görüldüğü üzere Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan meşru müdahale nedenlerinin çoğu AİHS'nin 10/2 maddesinde de yer almaktadır. Ancak 26. maddede yer alan bazı müdahale nedenleri AİHS'nin 10/2 maddesinde bulunmamaktadır; Cumhuriyetin niteliklerinin korunması veya suçluların cezalandırılması gibi. Örneğin Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında “Atatürk milliyetçiliğine bağlı devlet” ilkesi yer almaktadır (Any., m. 2). Anayasa'nın 26/2 maddesine göre Atatürk milliyetçiliğine bağlı devlet ilkesini değiştirmeyi amaçlayan bir açıklamaya yapılacak müdahale meşru bir müdahaledir. Dolayısı ile böyle bir müdahale Anayasa'nın 13. maddesine de uygun olduğu takdirde Anayasa'ya uygun olacaktır. Oysaki aynı nedenle yapılacak bir müdahale AİHS'nin 10/2 maddesinde yer alan meşru nedenlerden birine dayanmadığı için Sözleşme'nin 10/1 maddesini ihlal etmiş olacaktır. Kanaatimce bu örnekte olduğu gibi bir temel hak ve özgürlük için AİHS'de öngörülmeyp Anayasa'da öngörülen meşru sınırlama nedenleri var ise sadece Anayasa'da öngörülen bu nedenler, Anayasa Mahkemesi'nce, Anayasa'nın

⁴⁷³ “Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir” (Any., m. 133/1).

90/son maddesi⁴⁷⁴ bağlamında ihmal edilip, uygulanmamalıdır. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun amacı ve işlevi de bunu gerektirir. Aksi takdirde, yapılan müdahaleler Anayasa’ya uygun olsa dahi Sözleşme’ye aykırı olacaktır.

Yukarıda yapılan tespitler ışığında özetle AİHS’nin 10. maddesine, Anayasa’nın 13, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 83/1, 130/4 ve 133/1 maddelerinin tekabül ettiği söylenebilir.

2.2.11. Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü

AİHS’nin 11/1 maddesine göre; “Herkes asayiş bozmayan toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir”. Hükümden de açıkça anlaşıldığı üzere bu maddede “toplantı” ve “dernek kurma (örgütlenme)” özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Bu iki özgürlük de demokratik devletin temel koşullarındandır.

Toplantı özgürlüğü, bireylerin bir fikir veya amacı açıklamak maksadıyla, kapalı veya açık mekânlarda toplantı, gösteri, yürüyüş vb. herhangi bir şekil altında bir araya gelmeleri demektir⁴⁷⁵. AİHS’nin 11/1 maddesi, asayiş bozmayan, başka bir deyişle, barışçıl nitelikte olan toplantıları ve bu tür toplantılara katılma özgürlüğünü korumaktadır. Bu özgürlük devlete, sadece toplantı ve gösterilere müdahale etmeme gibi bir negatif özgürlük yüklemeyi; toplantı ve gösteri özgürlüğünün fiilen kullanılabilmesi için alınması gereken tedbirleri alma pozitif yükümlülüğünü de yükler. AİHM’ye göre, bir gösteri yürüyüşü, yaymaya çalıştığı düşüncelere veya iddialara karşı olan kişileri (muhalifleri) rahatsız edici olabilir. Ancak göstericiler, muhaliflerin fiziksel şiddetine maruz kalma korkusuna kapılmaksızın gösterilerini gerçekleştirebilmelidir. Aksi halde böyle bir korku, ortak düşünce veya çıkarları savunan dernekleri veya diğer grupları, toplumu etkileyen tartışmalı konularda kendi fikirlerini ifade etmekten caydırabilir. Bir demokraside, karşı gösteri düzenleme hakkı, gösteri yapma hakkının kullanılmasını baskı altına alacak kadar geniş

⁴⁷⁴... 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” (Any., m. 90/son).

⁴⁷⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, op. cit., s. 367.

tutulamaz⁴⁷⁶. Yine Mahkeme, taraf devletlerin bu pozitif yükümlülüğün göstericilere bir sonucu garanti etme yükümlülüğü olmadığını, alınacak tedbirlere yönelik bir olanak yükümlülüğü olduğunu belirtmektedir⁴⁷⁷.

Dernek, bir amaç etrafında iradi olarak bir araya gelen ve zaman içerisinde devamlılık gösteren bireylerin oluşturduğu bir topluluktur⁴⁷⁸. Sendika kurma özgürlüğü ise daha geniş bir kavram olan örgütlenme özgürlüğünün özel bir biçimidir⁴⁷⁹. Dolayısı ile dernek kurma özgürlüğü için geçerli olan kurallar niteliğine uygun düştüğü ölçü de sendika kurma özgürlüğü için de uygulanabilir. Keza siyasi parti kurma özgürlüğü de AİHM tarafından 11. maddedeki örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁸⁰.

AİHM'ye göre, sendika kurma özgürlüğü, üyelerinin mesleki çıkarların korunması amacını yönelik bir örgütlenmedir. Bu amaca ulaşmak için üyelerin seslerini duyurma hakları vardır. Örgütün sesini duyurmak için amaca yönelik faaliyetleri çok çeşitli olabilir. Her Taraf Devlet kuşkusuz amaca yönelik olarak kullanılacak araçlar belirlemek konusunda serbest bırakılmıştır. Ancak, devlet, sendikal eylemin yürütülmesine ve gelişmesine izin ve olanak tanımak zorundadır. Bu özgürlüğün içeriğini tamamen boşaltamaz. Bu kapsamda sendikaların devletle istişare etmesi veya grev hakkı önemli araçlardır⁴⁸¹. Fakat 11. madde grev hakkını güvence

⁴⁷⁶ Case of Plattform “Ärzte für das Leben” v. Austria, 21.06.1988, Application no. 10126/82, § 32, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57558> (15.07.2013).

⁴⁷⁷ Ibid, § 34.

⁴⁷⁸ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 369.

⁴⁷⁹ Case of Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland, 30.06.1993, Application no. 16130/90, § 32, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57844> (15.07.2013).

⁴⁸⁰ “Divana göre sözleşmenin 11. maddesinin sözlü anlamı, siyasi partilerin bu maddeyi dayanak olarak alıp alamayacakları sorununa bir ilk cevap oluşturmaktadır. Divan bu bakımdan, 11. maddede her ne kadar “sendika kurma hakkı da dahil olmak üzere, başkaları ile birlikte, örgütlenme özgürlüğü”nden söz ediliyorsa da, burada “dahil” bağlacının, sendikaların, örgütlenme özgürlüğünün kullanılabileceği örneklerden sadece biri olduğunu açıkça gösterdiğini belirtir. O halde, bu hükümde, sendikaların anılmasıyla, Hükümetin değerlendirmesinde olduğu gibi, sözleşmeyi hazırlayanların siyasal partileri 11. maddenin kapsamı dışında bıraktıkları sonucuna varılamaz.” Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri / Türkiye Davası, 30.01.1998, (133/ 1996/ 752/ 951), § 24, T.C. Yargıtay Başkanlığı, http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/133_1996_752_951.pdf (15.07.2013).

⁴⁸¹ Belçika Ulusal Polis Sendikası / Belçika Davası, 27.10.1975, Başvuru no. 4464/70, § 39, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=20> (15.07.2013); Case of Schmidt and Dahlström v. Sweden, 06.02.1976, Application no. 5589/72, § 36, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57574> (15.07.2013).

altına almış değildir⁴⁸². 11. Madde açıkça grev hakkını korumamakla beraber, ulusal hukukça yasak olmasına rağmen sendikal faaliyet çerçevesinde greve katılan ve ceza alan bir memurun başvurusu üzerine AİHM, 11. maddedeki toplantı özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁸³. AİHM'nin bu karar ile dolaylı olarak grev hakkına bir koruma sağladığı söylenebilir.

Dernek, sendika veya siyasi parti kurma özgürlüğü, esas olarak “örgütlenme özgürlüğü” çatı kavramının içerisinde yer alan özgürlüklerdir. Örgütlenme özgürlüğünün de iki boyutu vardır: Bu boyutlardan biri olumlu boyuttur, yani örgütlenme ya da bir örgüte katılma hakkı; diğeri ise olumsuz boyuttur, yani örgütlenmeye veya bir örgüte (derneğe) katılmama hakkıdır⁴⁸⁴. Başka bir deyişle bireyin üye olunacak dernek ya da sendika konusunda bir tercih hakkına sahip bulunmaması ya da bir derneğe veya sendikaya üye olmaya zorlanması AİHS'nin 11/1 maddesinin ihlali anlamına gelir⁴⁸⁵.

AİHM'ye göre tıp odaları veya barolar gibi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya meslek odaları, AİHS m. 11 anlamında dernek olmayıp, kamu yararının korunmasına yönelik olarak kurulmuş olan ve bu sıfatla mesleki davranış kurallarına uymayı sağlamakla görevli kuruluşlardır. AİHM, kamu kurumlarını yani kamu hukukuna göre faaliyet gösteren, kamu gücü kullanan kurumları, bireylerin kurduğu bir örgüt olmaması ve özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstermemesinden dolayı 11. madde kapsamına dâhil görmemektedir. Mahkeme'ye göre, 11. madde kapsamında yer almayan meslek odalarına zorunlu kayıt işlemi, üyelerin ayrıca dernek kurma hakları saklı kalmak kaydıyla Sözleşme'nin 11/1 maddesinin ihlalini oluşturmaz⁴⁸⁶.

AİHS'nin 11. maddesinin 2. fıkrasından açıkça anlaşılacağı üzere barışçıl nitelikte toplanma özgürlüğü ile örgütlenme (dernek, sendika ve siyasi parti kurma

⁴⁸² Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 371.

⁴⁸³ Karaçay / Türkiye Davası, 27.03.2007, Başvuru no. 6615/03, <http://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11749.htm> (15.07.2013).

⁴⁸⁴ Dutertre, *op. cit.*, s. 277.

⁴⁸⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 371.

⁴⁸⁶ Case of Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium, 23.06.1981, Application no. 6878/75; 7238/75, § 64, 65, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57522> (15.07.2013).

özgürlüğü) mutlak bir özgürlük olmayıp, bazı sınırlamalara tabidir. AİHS'nin 11/2 maddesine göre; “Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel değildir.” Görüldüğü üzere toplanma ve örgütlenme özgürlüğü, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde, kanunla ve AİHS, m. 11/2’de belirtilen meşru nedenlerinden birine dayanılarak sınırlanabilir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü ile örgütlenme özgürlüğü 1982 Anayasası’nda da çeşitli biçimlerde düzenlenmiştir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü Anayasa’nın tek bir maddesinde (m. 34) düzenlenmiş iken örgütlenme özgürlüğü ile ilgili düzenlemeler çeşitli maddelerde (m. 33, 51, 53, 54, 68, 69) yer almaktadır.

Anayasa’nın 34/1 maddesine göre; “Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir”. Bu düzenleme, AİHS, m. 11/1 ile paralel bir düzenlemedir. 34. Maddesin 2. fıkrasında ise toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının mutlak bir hak olmadığı, bu hakka bazı koşullar altında müdahale edilebileceği öngörülmektedir. Buna göre; “Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir” (Any., m. 34/2). Bu sınırlama sebepleri AİHS, m. 11/2’deki meşru sınırlama sebepleriyle aynıdır. Dolayısı ile Anayasa’nın 34/2 maddesi, 13. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına, kanunla öngörülmüş olmak koşulu ile demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve Anayasa’da (m. 34/2’de) öngörülen meşru sebeplerden birine dayanılarak devlet tarafından müdahale edilebileceğini; bunun Anayasa ve AİHS’e uygun olacağını söyleyebiliriz.

Örgütlenme özgürlüğü, dernekler, sendikalar ve siyasi partiler için Anayasa’nın ayrı ayrı maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak Anayasa’nın “dernek

kurma hürriyeti” başlıklı 33. maddesi, örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen ana madde olarak kabul edilebilir. Bu maddeye göre; “Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir” (Any., m. 33/1) Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz” (m. 33/2) . Bu düzenleme AİHS, m. 11/1’deki düzenlemeyle örtüşen bir düzenlemedir. Anayasa’nın 33. maddesinin 3. fıkrasında ise dernek kurma hürriyetinin mutlak olmadığı, bu özgürlüğe bazı koşullar altında müdahale edilebileceği öngörülmektedir. Buna göre; “Dernek kurma hürriyeti ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir” (m. 33/3). “Birinci fıkra hükmü, Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesine engel değildir” (m. 33/6). Bu sınırlama sebepleri AİHS, m. 11/2’deki meşru sınırlama sebepleriyle aynıdır. Dolayısı ile Anayasa’nın 33/3 maddesi Anayasa’nın 13. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, dernek kurma özgürlüğüne, kanunla öngörülmüş olmak koşulu ile demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve Anayasa’da (m. 33/3’de) öngörülen meşru sebeplerden birine dayanılarak müdahale edilebilir. Ayrıca 33. maddenin son fıkrasında bu maddede dernekler için öngörülen düzenlemelerin vakıflarla ilgili olarak uygulanacağı da belirtilmiştir (Any., m. 33/son).

Örgütlenme özgürlüğünün özel bir görünümü olan sendika kurma hakkı, Anayasa’nın çeşitli maddelerinde (m. 51, 53 ve 54) düzenlenmiş olmakla beraber, sendika kurma hakkını düzenleyen ana madde, Anayasa’nın 51. maddesidir. Buna göre; “Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz” (Any., m. 51/1). Bu hakkın sınırları ise aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; “Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir” (m. 51/2). 51.

Maddenin 1. fıkrasında öngörülen sendika kurma hakkı ve 2. fıkrasındaki sınırlama nedenleri AİHS'nin 11. maddesiyle örtüştüğü görülmektedir. Anayasa'da sendika kurma hakkının yanı sıra 53. maddesinde “toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı” ve 54. maddesinde “grev hakkı ve lokavt” düzenlenmiştir. Bu maddelerdeki düzenlemeler de sendika kurma hakkının içeriğini dolduran düzenlemeler olduğu için AİHS'nin 11. maddesine tekabül eden maddelerdir.

Örgütlenme özgürlüğü kavramı içerisinde yer alan siyasi parti kurma hakkı da Anayasa'da düzenlenmiştir. Anayasa'nın 68/1 maddesine göre; “Vatandaşlar, siyasî parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve partilerden ayrılma hakkına sahiptir.” Ancak bu hakka bazı koşullarda müdahale edilebilir. Buna göre; “Siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez”. (Any., m. 68/4). Anayasa'nın 68/5 maddesinde bazı kişilerin siyasi partilere üye olmaları yasaklanmıştır. Bunalar; “Hâkimler ve savcılar, Sayıştay dâhil yüksek yargı organları mensupları, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, Silahlı Kuvvetler mensupları ile yükseköğretim öncesi öğrencileri”dir. Anayasa'daki bu düzenleme, AİHS'nin 11/2 maddesindeki “bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel değildir” hükmüyle büyük oranda bağdaşır niteliktedir. Burada sadece 18 yaşını doldurmuş olan yüksek öğretim öncesi öğrencilerin siyasi partilere üye olmasının yasaklanmasının AİHS'nin 11. maddesi ile bağdaşmadığı söylenebilir. Çünkü AİHS m. 11/2'de toplanma ve örgütlenme özgürlüğü için “silahlı kuvvetler”, “kolluk mensupları” veya “devletin idare mekanizmasında görevli olanlar” için sınırlama konulacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 69. Maddesinde ise siyasi partilerin uyacakları esaslar belirtilmiştir. Örgütlenme özgürlüğünün içeriğini belirtmesi açısından bu madde de AİHS'nin 11. maddesi ile ilgilidir.

Yukarıdaki söylenilenler ışığında AİHS'nin 11. maddesine Anayasa'nın 13, 33, 34, 51, 53, 54, 68 ve 69. maddelerinin tekabül ettiği söylenebilir.

2.2.12. Evlenme Hakkı

AİHS'nin 12. maddesine göre; “Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal kanunlar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir”. Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen “aile hayatına saygı gösterilmesi” hakkı çerçevesinde kanuni (de jure) veya fiili (de facto) birlikteliklerin korunması amaçlanırken, 12. maddesindeki evlenme hakkı çerçevesinde geleceğe yönelik bir durum koruma altına alınmaktadır.

Her ne kadar ayrı bir fıkra, bu hak için bir kısıtlama nedeni öngörülmemiş ise de maddenin kendi düzenlemesi içerisinde, bu hakka bazı sınırlamalar getirdiği görülmektedir. Bunlardan biri evlenme çağına gelmiş olmak koşuludur. Evlenme hakkına ilişkin bir başka koşul bu hakkın kullanılması devlet tarafından ulusal kanunlarda düzenlenmesi gerekliliğidir. Başka bir ifadeyle bu hakkın kullanılmasının koşulları Taraf Devletlerce ulusal kanunlarca belirlenir. Bu çerçevede gerek şekle gerekse esasa ilişkin düzenlemeler yapılabilir. AİHM'ye göre; bu konuda yapılacak düzenlemeler, hakkın özüne⁴⁸⁷ dokunur derecede kısıtlayıcı olamaz⁴⁸⁸. Mahkeme'ye göre 12. maddede düzenlenen evlenme hakkı, yeniden evlenmek için boşanma hakkını içermez⁴⁸⁹.

Mahkeme'ye göre evlenme hakkını güvence altına alan 12. madde, biyolojik bakımdan farklı iki ayrı cinsiyetteki kişiler arasındaki geleneksel evliliği konu edinmektedir. Burada güdülen amaç, ailenin temelini oluşturan evlenmeyi korumaktır⁴⁹⁰. Dolayısı ile AİHS, taraf devlete hemcins bir çift evlilik hakkı tanıma

⁴⁸⁷ Hakkın özüne dokunmama kavramı ile neyin ifade edildiğini Anayasa Mahkemesi şu şekilde tarif etmektedir: “Bir hak veya hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halinde” hakkın özüne dokunulmuş olacağını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi, T. 08.04.1963, E. 1963/25, K. 1963/87, *AMKD*, S. 1, Ankara, 1964, s. 228.

⁴⁸⁸ Case of Rees v. The United Kingdom, 17.10.1986, Application no. 9532/81, § 50, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57564> (17.10.2013).

⁴⁸⁹ Case of Johnston and Others v. Ireland, 18.12.1986, Application no. 9697/82, § 54, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57508> (17.07.2013).

⁴⁹⁰ Ibid., § 49.

yükümlülüğü getirmemektedir⁴⁹¹. Başka bir deyişle Taraf Devletlerce eşcinsellere evlenme izni verilmemesi, 12. maddenin ihlalini oluşturmaz. Taraf Devletin transseksüellere (cinsiyet değiştirenlere) mevcut cinsiyeti ile karşı cinsle evlenme hakkı tanıma yükümlülüğünün olup olmadığı konusunda AİHM, taraf devletlerin bu konuda pozitif bir yükümlülüğünün olmadığını belirtmektedir⁴⁹². Mahkeme bu konuda devletler arasında çok az bir ortak zeminin olmasının devletlere geniş bir takdir marjı tanıdığını belirtmektedir⁴⁹³. Ancak Avrupa Konseyi üye Devletlerde eşcinsel veya transseksüellerin evliliğine hukuken müsaade edilmesi ve bu durumun üye devletler arasında yaygınlaşması Mahkeme'nin içtihadını gözden geçirmesine neden olabilir.

1982 Anayasası'nda evlenme ve aile kurma, bir hak olarak düzenlenmemiştir. Anayasa'nın 20. maddesinde evlenme ve aile kurma hakkı değil, kurulmuş "aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı" düzenlenmiştir. Keza 41. maddede de ailenin toplumun temeli olduğu belirtilmiş ancak evlenme hakkından bahsedilmemiştir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere AİHM, Rees / İngiltere Davası'nda, AİHS, m. 12'de güdülen esas amacın ailenin temelini oluşturan evlenmeyi korumak olduğunu belirtmektedir⁴⁹⁴. AİHM'nin bu içtihadında, ailenin temelini evlenmenin oluşturduğu açıkça vurgulanmaktadır. Bu içtihattan hareketle eğer evlenme, ailenin temelini oluşturmakta ise o zaman ailenin korunması, bu kurumun temelini oluşturan, evlenme hakkının korunmasını da içerir şeklinde bir çıkarım yapılabilir. Bu çıkarım doğrultusunda, Anayasa'nın 41/1. maddesindeki; "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır" şeklindeki düzenlemenin, AİHS m. 12'deki evlenme hakkını da içerdiği, Anayasa Mahkemesi'nce içtihat yoluyla kabul edilebilir.

⁴⁹¹ Mahkeme'ye göre evlilik kurumu kökleri derinlere uzanan toplumsal ve kültürel anlamlar ifade ettiği için ve bu anlamların bir toplumdan diğerine değişiklik arz etmesi bakımından, ulusal makamlar, bu konuda toplumun ihtiyaçlarını en iyi değerlendirecek ve ele alacak konumdadırlar. Schalk and Kopf / Avusturya Davası, op.cit.

⁴⁹² Case of Cossey v. The United Kingdom, 27.09.1990, Application no. 10843/84, § 43-48, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57641> (17.07.2013).

⁴⁹³ Ibid, § 40.

⁴⁹⁴ Case of Rees v. The United Kingdom, op. cit., § 50.

2.2.13. Etkili Başvuru Hakkı

Daha önce de belirtildiği üzere AİHS'nin öngördüğü koruma mekanizması ikincil niteliktedir. Sözleşme kapsamındaki haklardan birinin ihlal edilmesini önlemek veya vaki ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak öncelikle taraf devletin görevidir. AİHM, başvurucunun taraf devletin bu görevini yerine getirmediği iddiasıyla yaptığı başvuru üzerine harekete geçmektedir. İşte ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak öncelikle ulusal mercilerin görevi olduğu için ulusal düzeyde, kişilerin ihlal iddialarını dinleyecek etkili iç hukuk yolunun olması gerekmektedir. Bu konu, AİHS'nin 13. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir” (AİHS, m. 13).

AİHM’ye göre Sözleşme’nin 13. maddesi, Sözleşme’deki hak ve özgürlüklerin özünün uygulanmasını sağlamak için ulusal düzeyde kullanılabilir bir hukuk yolunun varlığını güvence altına almaktadır. Sözleşme, her ne kadar taraf devletlere yükümlülüklerine uygun davranmaları için belirli bir takdir yetkisi tanıyor olsa da bu madde (m. 13), yetkili ulusal makamların Sözleşme’deki haklar bakımından yapılan bir şikâyetin esasını ele almalarını ve uygun bir çözüm getirmelerini sağlayacak bir hukuki yol için iç hukukta bir düzenlemenin bulunmasını, etkili bir yolun öngörülmesini zorunlu kılmaktadır. Aksi halde iç hukuk yollarının tüketilmiş olması koşulunun da bir anlamı kalmayacaktır. Sözleşme’nin 13. maddesinin bulunmasını gerektirdiği hukuki yol, kâğıt üzerinde (teorik) bir yol olmamalı, uygulamada da ‘etkili’ olan bir hukuki yol olmalıdır. Bu bağlamda iç hukuktaki yol, işin esasını inceleyip ihlali saptaması halinde, ihlali düzeltici ve uygulanma yeteneği olan (bağlayıcı) karar alma yetkisine de sahip olmalıdır. Ayrıca hukuki yolun ‘etkili’ olması için bu hukuki yolun kullanımının özellikle devlet görevlilerinin eylemleri veya ihmalleriyle haksız yere engellenmemesi de gerekir⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ Aksoy / Türkiye Davası, 18.12.1996, Başvuru no. 21987/93, § 95, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=622> (17.07.2013); Aydın / Türkiye Davası, 25.09.1997, Başvuru no. 23178/94, § 103, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan

Mahkeme'ye göre, 13. maddede sözü edilen “ulusal makam”ın, Sözleşmenin 6/1 veya 5/4 maddesindeki belirtildiği üzere tüm durumlarda yargısal bir makam (mahkeme) olması gerekmez⁴⁹⁶. Böyle olmakla beraber, bir hukuki yolun etkili olup olamayacağı belirlenirken, o makamın sahip olduğu yetkiler ve usul güvenceleri önem taşır⁴⁹⁷. Sözleşme'nin 6/1 ve 5/4 maddesinde öngörülen “bir mahkemeye başvurma hakkı” özel bir hüküm (lex specialis) olduğu ve 13. maddeye nazaran daha güvenceli olduğu için bu hükümlere (AİHS, m. 6/1 ve 5/4) aykırılığın saptanması halinde, başvuruyu ayrıca 13. madde açısından incelemeye gerek kalmaz⁴⁹⁸.

13. Maddenin ihlal edilip edilmediğini incelenebilmesi için Sözleşme'deki bir hakkın ihlal edilmiş olduğu yönünde makul ve savunulabilir bir iddianın varlığı yeterlidir. Ancak bir kimse ulusal bir makama şikâyetle bulunmadıkça, bu makam önünde “ihlal”in varlığını ortaya koyamaz. Sözleşme'nin gerçekten ihlal edilmiş olması, 13. maddenin uygulanması için bir önkoşul olamaz⁴⁹⁹. Bu konuda makul ve savunulabilir bir iddianın varlığı yeterlidir. 13. madde hükmünün ihlal edildiğine, başvuruya konu Sözleşme ile güvence altına alınan başka bir hak veya özgürlüğün ihlal edilmemiş olması durumunda da karar verilebilir⁵⁰⁰.

13. maddede, Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri “ihlal edilen” bir kimsenin, “ihlal fiili” resmi sıfatlarıyla hareket edenlerden başka kişiler tarafından “işlenmiş” olsa bile, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki yola başvurma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Bu düzenleme ile ihlalde bulunan şahsın sıfatının bir önem taşımadığı ifade edilmektedir. Maddedeki bu düzenlemenin amacı muhtemelen kamu

Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=701> (17.07.2013); Çakıcı / Türkiye Davası, Başvuru no. 08.07.1999, 23657/94, § 112, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=890> (17.07.2013).

⁴⁹⁶ Case of Golder v. The United Kingdom, op. cit., § 33; Case of Klass and Others v. Germany, 06.09.1978, Application no. 5029/71, § 67, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57510> (17.07.2013).

⁴⁹⁷ Ibid.

⁴⁹⁸ Case of Silver and Others v. The United Kingdom, op. cit., § 110.

⁴⁹⁹ Ibid., § 64; De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, op. cit., § 95.

⁵⁰⁰ Case of Klass and Others v. Germany, op. cit., § 65.

görevlilerinin fiillerinden dolayı devletin sorumlu tutulmadığı sistemlerde, hükmün uygulanmasını sağlamaktır⁵⁰¹.

1982 Anayasası'nın “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı 40. maddesine göre “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir” (Any., m. 40/1). Bu hüküm, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına dair genel bir hükümdür. Bu hükümden açıkça anlaşılacağı üzere tıpkı AİHS, m. 13'te belirtildiği üzere, ihlali gerçekleştiren şahsın sıfatı önemli değildir. Eğer ihlali gerçekleştiren resmî görevliler ise doğan zarar devletçe tazmin edilir (m. 40/3) 40. Madde de ayrıca Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu da belirtilmiştir (Any., m. 40/2).

Anayasa'nın 36. maddesinde de “hak arama hürriyeti” düzenlenmiştir. Buna göre; “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” (Any. m. 36/1). Bu maddede esasen AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen “adil yargılanma hakkı”na ilişkin bir düzenleme içermektedir. Buradaki düzenleme 40. maddedeki genel düzenlemeye nazaran daha özel bir düzenlemedir. Dolayısı ile 36. maddenin ihlalinin saptandığı durumlarda artık, 40. maddenin ihlal edilip edilmediğini tespit etmeye gerek kalmayacaktır.

2.2.14. Ayrımcılık Yasağı

AİHS'nin 14. maddesine göre; “Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır” . Bu hüküm ile aynı ya da benzer durumda olanların, farklı muameleye tabi tutulmaması gerektiği belirtilmektedir. Açıkça belirtilmemiş olmakla beraber bu husus, eşitlik ilkesinin bir sonucudur. Bu maddede öngörülen ayrımcılık yasağı sadece Sözleşme

⁵⁰¹ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 396.

ve Ek Protokoller’inde düzenlenen hak ve özgürlükler içindir⁵⁰². 14. Madde, sadece aynı ya da benzer durumda olanların Sözleşme’deki hak ve özgürlüklerden yararlanma konusunda aralarında ayırım yapılmasını yasaklamamakta; hak ya da özgürlüğün kısıtlanması konusunda da ayırım yapılmasını yasaklamaktadır⁵⁰³.

14. Madde, Sözleşme ve Eki Protokoller’in diğer maddelerini tamamlayıcı niteliktedir. Bu maddenin bağımsız bir uygulama alanı yoktur. Bu maddenin ihlali iddiası, ancak Sözleşme’deki başka hak ya da özgürlüğün ihlali iddiası ile birlikte ileri sürülebilir. Başka bir deyişle şikâyet konusu Sözleşme’de yer alan hak veya özgürlüklerden birinin kapsamına girmediği takdirde, 14. maddenin tek başına uygulanma yeteneği bulunmamaktadır. Bununla beraber ihlal edildiği ileri sürülen Sözleşme hükmünün ihlal edilmediğine karar verilmesi, başvurunun 14 madde açısından incelenmesine ve 14. maddenin ihlal edildiği yönünde karar verilmesine engel değildir⁵⁰⁴.

14. Madde, mutlak anlamda bir ayrımcılık yasağını ya da eşitliği emretmez. Bu madde aynı ya da benzer durumdaki kişileri (tüzel kişiler de dâhil olmak üzere) farklı muameleye karşı korur. 14. Madde bağlamında farklı muamele, objektif ve makul bir nedene dayanmıyorsa yani meşru bir amaç gütmüyorsa ve başvuru vasıtalarıyla ulaşılmaya çalışılan meşru amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi bulunmuyor ise ayrımcılık niteliği taşır. Başka bir deyişle farklı muamele, objektif ve makul bir nedene dayanıyorsa ve başvuru vasıtalarıyla ulaşılmaya çalışılan amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi var ise yapılan farklı muamele, 14. maddenin ihlalini oluşturmaz. Ayrıca, aynı ya da benzer durumda olanlar arasında yapılan farklı muamelenin haklı olup olmadığı veya bu farklılığın derecesinin ne olacağının değerlendirmesi, Taraf Devletlerin takdirindedir. Ancak takdir hakkı bir keyfiliği ifade etmeyip ortama, konuya ve ortaya çıktığı koşullara bağlı olarak değişkenlik

⁵⁰² 12 No’lu Protokol ise bu Protokole taraf olan bir devletin iç hukukta yer alan bütün haklar açısından ayrımcılık meşru bir neden olmaksızın ayrımcılık yapmasını yasaklamaktadır. Doğru, *op. cit.*, s. 55.

⁵⁰³ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 402.

⁵⁰⁴ Case of Rasmussen v. Denmark, 28.11.1984, Application no. 8777/79, § 29, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57563> (18.07.2013); Case of Petrovic v. Austria, 27.03.1998, Application no. 156/1996/775/976, § 28, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58146> (18.07.2013); Van dert Mussele / Belçika Davası, *op. cit.*, § 43.

gösterir. AİHM, taraf devletlerin bu takdir hakkını belirtilen ölçütler doğrultusunda değerlendirir⁵⁰⁵.

AİHM, 14. maddenin ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken, öncelikle Sözleşme kapsamında bir hak ve özgürlüğün ihlalinin ileri sürülüp sürülmediğine ve benzer durumun var olup olmadığına bakmakta; sonra benzer durumdakiler arasında bir ayırım (farklı muamele) yapılıp yapılmadığını saptamakta; ayırım (farklı muamele) yapılmış ise taraf devletin sahip olduğu takdir marjını da göz önünde bulundurarak farklı muamelenin objektif ve makul bir nedene dayanıp dayanmadığına (meşru bir amacı güdüp gütmeye) ve amaç ile araç arasında orantı bulunup bulunmadığına bakmaktadır⁵⁰⁶.

Aynı ya da benzer durumda olanların meşru bir amaç olmaksızın farklı muameleye tabi tutulmaları, 1982 Anayasası'nda da yasaklanmıştır. Anayasa'nın "kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesine göre; "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" (Any., m. 10/1). "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz" (m. 10/4). "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" (m. 10/5). 10. maddenin 1. fıkrasında "herkes"in kanun önünde eşit olduğu belirtilmesine rağmen cinsiyete dayalı ayrımcılığın önüne geçmek maksadıyla kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu ayrıca belirtilmiştir. Buna göre; "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz" (m. 10/2). Yine, toplumdaki bazı dezavantajlı kesimlerin objektif ve makul bir nedenlerle farklı muameleye tabi tutulabilecekleri, fiiliyattaki eşitsizliğin kanun yoluyla giderilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir. Buna göre; "Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin

⁵⁰⁵ Case of Lithgow v. The United Kingdom, 08.07.1986, Application no. 9006/80;9262/81; 9263/81;9265/81; 9266/81; 9313/81;9405/81, § 177, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57526> (18.07.2013).

⁵⁰⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 401, 402.

dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz” (m. 10/3).

Anayasa’nın 10. maddesi iç hukukta (Anayasa’da) tanınmış bütün hak ve özgürlükler için geçerlidir. Ancak Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kapsamında 1982 Anayasası’ndaki bütün hak ve özgürlükler değil, sadece “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki” hak ve özgürlükler korunduğu ve Anayasa Mahkemesi’ne bu haklar için bireysel başvuruda bulunulabildiği için 10. maddenin ihlali iddiası sadece bu hak ve özgürlükler (bireysel başvuru kapsamında korunan hak ve özgürlükler) için ileri sürülebilecektir. 10. Maddedeki eşitlik ilkesi, Anayasa’daki bütün hakların korunmasını gözetken tamamlayıcı nitelikte bir ilke olduğu için tek başına ileri sürülemez; ancak başvuruya konu hakkın ihlali iddiasıyla birlikte ileri sürülebilir.

Son olarak şunu söylemek gerekir ki hem AİHS’nin 14. maddesindeki “veya herhangi başka bir durum bakımından” ibaresi hem de Anayasa’nın 10. maddesindeki “ve benzeri sebeplerle” ibaresi, bu maddelerde ayrımcılık için sayılan sebeplerin örnek kabilinden olduğunu; sınırlı sebepler olmadığını göstermektedir.

2.2.15. Olağanüstü Hallerde Yükümlülüklerin Askıya Alınması

AİHS’nin 15. maddesine göre; “Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir” (AİHS, m. 15/1). Bu madde ile taraf devletlere, Sözleşme’nin yüklediği yükümlülükleri, maddede belirtilen istisnai koşullarda askıya alma imkânı verilmektedir. Genel nitelikte sınırlama nedenlerinin öngörüldüğü 15. madde, Sözleşme’nin diğer maddelerinde öngörülen meşru müdahale nedenlerinin yetersiz kaldığı durumlarda çare olarak devreye girecek bir maddedir.

15. Maddenin 1. fıkrasına göre, taraf devletin Sözleşme’de öngörülen hak ve özgürlükleri askıya alabilmesi için olağanüstü bir durumun varlığı gerekmektedir. Bu

husus madde metninde “Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde” deyiimiyle ifade edilmiştir (AİHS, m. 15/1). AİHM’ye göre, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden haller ifadesinin halkın tamamını etkileyen ve Devlet’in de bir parçası olduğu toplumun örgütlü yaşamına karşı bir tehdit oluşturan olağanüstü bir kriz ya da tehlike durumuna işaret etmektedir⁵⁰⁷. Genel bir tehlikeden bahsedebilmek için tehlike fiili yakın olmalı, ulusun tamamına yönelik olmalı, toplumun örgütlü yaşamının sürdürülmesi tehdit altında olmalı ve kriz ya da tehlike kamu güvenliği, halk sağlığı ve kamu düzeninin sağlanması için Sözleşme’de izin verilen normal tedbir ya da kısıtlamaların yetersiz kalacağı derecede olmalıdır⁵⁰⁸. Maddedeki “ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike” ibaresini, 15. madde kapsamında uygulanacak olan istisna tedbirlerin muhakkak ülke topraklarının tamamı üzerinde alınması şeklinde yorumlamamak gerekir. 15. Maddenin ülkede belli bir bölgede veya belli bir grup kişi (terör örgütü mensupları gibi) ile sınırlı olarak uygulanması, başka bir ifade ile tüm ülke toprakları için öngörülmemiş olması da mümkündür. Nitekim İngiltere 15. maddeyi sadece Kuzey İrlanda’da ya da IRA mensubu kişiler için; Türkiye belli iller veya bir bölge (Güneydoğu bölgesi) ile sınırlı olarak sıkıyönetim ilan etmek suretiyle uygulamıştır⁵⁰⁹.

15. madde kapsamında bir tedbir “ancak durumun gerektirdiği ölçüde” uygulanabilir. (AİHS, m. 15/1). Başka bir deyişle alınacak tedbirin amaca ulaşmak için gerekli, elverişli ve amaçla orantılı olması gerekir. Durumun gerekleri kesin bir şekilde gerektirmediği sürece, 15. madde kapsamında bir tedbir uygulanamaz⁵¹⁰.

AİHM’ye göre, ulusun yaşamının bir “olağanüstü durum”la tehdit edilip edilmediğine, eğer tehdit ediliyorsa, bu olağanüstü durumla baş edebilmek için nereye kadar ileri gitmenin gerekli olduğuna karar vermek, kendi ulusunun yaşamından sorumlu olan Taraf Devlete düşer. Ulusal makamlar, günün ihtiyaçları

⁵⁰⁷ Case of Lawless v. Ireland (No. 3), 01.07.1961, Application no. 332/57, (The Law) § 28, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57518> (19.07.2013).

⁵⁰⁸ *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1969, s. 72; aktaran, Dutertre, *op. cit.* s. 300.

⁵⁰⁹ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 407.

⁵¹⁰ Case of Ireland v. The United Kingdom, 18.01.1978, Application no. 5310/71, § 206, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57506> (19.07.2013).

ile doğrudan ve sürekli ilişki içinde olmaları nedeniyle, böyle bir olağanüstü durumun öncelikleri ve bunu gidermek için yapılacak yükümlülük azaltmalarının niteliği ve kapsamı üzerinde karar verirken, genellikle uluslararası yargıçlara göre daha iyi konumdadırlar. Bu nedenle, bu konuda ulusal makamlara geniş bir takdir alanı bırakılmalıdır. Ne var ki, taraf devletler sınırsız bir takdir yetkisini haiz değildirler. Ulusal makamların kullandığı takdir yetkisi AİHM tarafından denetlenir. AİHM, Taraf Devletlerin krizin “zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçü”nün ötesine geçip geçmediklerine karar vermekle yetkilidir. Mahkeme, bu denetim yetkisini kullanırken, yükümlülük azaltma ile etkilenen hakların niteliği, olağanüstü duruma yol açan sebepler ve olağanüstü durumun süresi gibi, konuyla ilgili tüm faktörleri göz önünde bulundurur⁵¹¹.

AİHS’nin 15/1 maddesinde sözü edilen hususlardan biri de bu madde kapsamında alınacak tedbirlerin, “uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemesi” gerektiridir. Yani taraf devletin 15. madde kapsamında alacağı bir tedbir, tarafı olduğu başka bir uluslararası sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmemelidir⁵¹².

Sözleşme’nin 15. maddesinin 2. fıkrasında, 1. fıkra kapsamı dışında bırakılan haklar belirtilmiştir. Buna göre AİHS, m. 15/1 hükmü, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında, Sözleşme’nin 2. maddesi (yaşama hakkı) , 3. maddesi (işkence yasağı) ile 4. maddenin 1. fıkrası (hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz) ve 7. maddesi (kanunsuz ceza olmaz) için cari değildir (AİHS, m. 15/2). Başka bir ifadeyle Sözleşme’nin savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddesi ile 3, 4/1 ve 7. maddelerinde düzenlenen haklar, mutlak nitelikte olup, 15. maddenin 1. fıkrasına dayanılarak bu haklara müdahale edilemez. Gözübüyük ve Gölcüklü’ye göre, Sözleşme’nin 15/2 maddesinde belirtilmemesine rağmen, niteliği itibarıyla ayrımcılığı yasaklayan 14 maddenin ve adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olan “bağımsız ve tarafsız mahkeme” (AİHS, m.

⁵¹¹ Aksoy / Türkiye Davası, op. cit., § 68; Case of Ireland v. The United Kingdom, op. cit., § 207.

⁵¹² Gözübüyük ve Gölcüklü, op. cit., s. 408.

6/1) güvencesinin de 15. madde kapsamında, kendisine istisna getirilemeyecek haklardan olduğunu kabul etmek gerekir⁵¹³.

Sözleşme'nin 15. maddesinin 3. fıkrasında, 1. fıkraya göre Sözleşme'deki güvencelere aykırı tedbir alma hakkını kullanan Taraf Devletin, alınan tedbirler ve bunu gerektiren nedenler hakkında, Avrupa Konseyi'ne gecikmeksizin bilgi vermesi gerektiği belirtilmektedir. Aynı şekilde bu tedbirler yürürlükten kalktığı zaman, bunu da bildirmesi gerektiği belirtilmiştir⁵¹⁴ (AİHS, m. 15/3). Bildirimin amacı, Avrupa Konseyi ve ilgililerce, siyasi düzeyde de olsa durumun denetlenmesini sağlamaktır⁵¹⁵. Bu bildirimin yapılmaması Sözleşme'nin 15/3. maddesinin ihlalini oluşturur⁵¹⁶.

Olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin askıya alınması, 1982 Anayasası'nda da düzenlenmiştir. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması" başlıklı 15. maddesi, AİHS'nin aynı madde numarasında (m. 15) yer verdiği hususu düzenlemektedir. Anayasa'nın 15/1 maddesine göre; "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir" (Any., m. 15/1). Madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere, savaş veya seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde ki bu durumlar ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike halleridir; milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek koşuluyla ve durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve özgürlüklerin kullanılması konusunda, Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilecektir. Anayasa'daki bu düzenleme, AİHS'nin 15/1 maddesindeki düzenlemeyle tamamen örtüşmektedir.

⁵¹³ *Ibid.*, 409.

⁵¹⁴ Bu maddeye göre aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir" (AİHS, m. 15/3).

⁵¹⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 408.

⁵¹⁶ *Ibid.*

Ayrıca Anayasa'nın 121/2 maddesinde; "119 uncu madde uyarınca ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15 inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı, veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir" hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 15. maddesinin 2. fıkrasında ise tıpkı AİHS m. 15/2'de olduğu üzere, 1. fıkranın kapsamı dışında bırakılan hak ve özgürlüklerden bahsedilmiştir. Buna göre; "Birinci fıkrafta belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz" (Any., m. 15/2). Bu hüküm ile savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkı, işkence yasağı ile kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin bir gereği olarak suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceğine ilişkin ilkeye, 1. fıkraya dayanılarak bir istisnai tedbir öngörülemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa'da mutlak güvence altına alınan bu hak ve özgürlükler, AİHS, m. 15/2'de de mutlak olarak korunmaktadır. Ancak AİHS'nin 15/2 maddesinde belirtilmemesine rağmen, Anayasa'nın 15/2 maddesinde din, vicdan, düşünce ve kanaat özgürlüğü ile adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen masuniyet karinesi de Anayasa'nın 15/1 hükmü dışında bırakılmıştır. Buna karşın AİHS'nin 15/2 maddesinde, AİHS'nin 4/1 maddesinin (hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz), 15. maddenin 1. fıkrasının hükmü dışında bırakıldığı belirtilmiş; Anayasa'nın 15/2 maddesinde böyle bir hususa yer verilmemiştir. Bunun nedeni, Anayasa'da "hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz" şeklinde bir düzenlemenin olmamasıdır. Anayasa'nın 18. maddesinde sadece zorla çalıştırmanın yasak olduğu (Any., m. 18/1) ve zorla çalıştırma sayılmayacak durumlar (m. 18/2) belirtilmiştir. AİHS'nin 4/1 maddesinin Anayasa'nın 18.

maddesinde içkin olduğunu kabul etmek gerekir. Yoksa Anayasa’da AIHS, m. 4/1’de yer alan hükme yer verilmemiş olması, Anayasa’nın insanların köle ve kul haline getirilmesine cevaz verdiği anlamına gelmez. Anayasa’nın 90/son hükmünden hareketle, Anayasa’nın 15/2 maddesinde belirtilmemesine rağmen, 1. fıkra hükmüne dayanarak hiç kimsenin köle ve kul halinde tutulamayacağını da kabul etmek gerekir.

Son olarak, Anayasa’nın “Tabîî afet ve ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal ilânı” başlıklı 119. maddesi; “Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması sebepleriyle olağanüstü hal ilânı” başlıklı 120. maddesi; “Olağanüstü hallerle ilgili düzenleme” başlıklı 121. maddesi ve “Sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali” başlıklı 122. maddesi, olağanüstü yönetim usullerine ilişkin olduğu için Anayasa’nın olağanüstü hallerle ilgili genel nitelikteki 15. maddesi ışığında yorumlanması gereken özel nitelikte hükümler içeren maddeler olduğunu belirtmek gerekir.

2.2.16. Yabancıların Siyasal Etkinlikleri’nin Kısıtlanması

Bir ülkenin iç ve dış politikasını belirlemede aktif rol oynamak esas olarak, o ülke vatandaşlarının hakkıdır. Siyasi faaliyetler, vatandaş haklarından olduğu için bu faaliyetlerin yabancılar için yasaklanması da doğaldır. AIHS, bu hususu şu şekilde düzenlemiştir: “10, 11 ve 14. maddelerin hiçbir hükmü, Yüksek Sözleşmeci Tarafların yabancıların siyasi etkinliklerini sınırlamalarına engel sayılmaz” (AIHS, m. 16). Bu hüküm ile Sözleşme, Taraf Devletlere, siyasi faaliyetler bakımından, vatandaş ile yabancılar arasında bir ayırım yapma hakkı tanımakta; yabancıların siyasi etkinliklerini kısıtlama hakkı vermektedir. Bu ayırımın, öyle 14. maddede arandığı üzere objektif ve makul bir nedene dayanması, başka bir deyişle meşru bir amaç gütmesi de şart değildir.

16. Maddeye göre, siyasi faaliyetler konusunda, Sözleşme’nin 10. (ifade özgürlüğü) ve 11. (toplantı ve dernek kurma özgürlüğü) maddelerinde tanınan güvenceler bakımından, vatandaşlar ve yabancılar arasında objektif ve makul bir neden olmaksızın bir ayırım yapılabilir ve bu ayırım 14. maddenin ihlali anlamına gelmez.

16. Madde, vatandaşlar ve yabancılar arasında, Sözleşme'nin sadece 10. ve 11. maddelerinde güvence altına alınan hak ve özgürlükler açısından ayrım yapılabileceğini belirtmektedir. Başka bir deyişle, Sözleşme'nin 10. ve 11. maddeleri dışındaki diğer maddelerde güvence altına alınan hak ve özgürlükler için Sözleşme'nin 16. maddesine dayanılarak vatandaşlar ve yabancılar arasında bir ayrım yapılamaz. Yapılırsa Sözleşme'nin 14. maddesi ihlal edilmiş olur. Bununla birlikte, 16. madde, Sözleşme'nin 10. ve 11. maddelerinde tanınan hak ve özgürlüklerden, objektif ve makul bir neden olmaksızın yabancıların yararlanmasının yasaklanmasını, sadece siyasi faaliyetler açısından öngörmektedir. Başka bir deyişle niteliği itibari ile siyasi faaliyet arz etmeyen bir konuda, bir yabancının ifade özgürlüğü 10. madde kapsamında tam olarak korunur. Dolayısı ile 16. maddenin uygulanmasında, “siyasi faaliyet” kavramı ile neyin kastedildiği önem arz etmektedir. İstisna bir hüküm olduğu için bu kavramın dar yorumlanması gerekir. Bu bağlamda “siyasi faaliyet”, “devletin iç ve dış politikasına doğrudan ve aktif müdahale” olarak tarif edilebilir⁵¹⁷.

1982 Anayasası'nın “yabancıların durumu” başlıklı 16. maddesine göre; “Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir”. Anayasa'nın 16. maddesinde, AİHS m. 16'da olduğu gibi, yabancıların yararlanmasının kısıtlanabileceği haklar sayılmadığı gibi; Anayasa'da tanınan hak ve özgürlüklerin yabancılar açısından sadece “siyasi faaliyetler” bakımından sınırlanabileceği de belirtilmemiştir. Ancak maddede, yabancılar için yapılacak sınırlamaların “milletlerarası hukuka uygun olması” koşulu yer almaktadır. Bu ibarenin Anayasa'nın 90/son maddesi ile birlikte yorumlanıp Anayasanın 16. maddesinin, AİHS'nin 16. maddesi kapsamı doğrultusunda uygulanması gerekir. Aksi bir yaklaşım, Sözleşme'nin ihlalini oluşturur. Dolayısı ile, AİHS'nin, 10. ve 11. maddelerine tekabül eden 1982 Anayasası'ndaki hak ve özgürlüklerden⁵¹⁸ yararlanma konusunda vatandaşlar ile yabancılara arasında bir ayrım yapılabilir ve

⁵¹⁷ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 412.

⁵¹⁸ AİHS'nin 10. maddesine, Anayasa'nın 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 83/1, 130/4 ve 133/1 maddeleri; AİHS'nin 11. maddesine Anayasa'nın 33, 34, 51, 53, 54, 68 ve 69. maddeleri ve 14. maddesine Anayasa'nın 10. maddesi tekabül etmektedir.

bu konuda yapılacak ayırım Sözleşme'nin 14. (Anayasa'nın da 10. maddesine) aykırılık oluşturmayacaktır.

Buaraya kadar söylenilenler birlikte değerlendirildiğinde, AİHS'nin 16. maddesinin, doğrudan Anayasa'nın 16. maddesine tekabül ettiği ancak bu maddenin içeriğinden dolayı AİHS'nin 10, 11 ve 14. maddelerinin Anayasa'da tekabül ettiği maddelerle de ilgili olduğu söylenebilir.

2.2.17. Hakların Kötüye Kullanılmasının Yasaklanması

AİHS'nin 17. maddesine göre; “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz”. Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını yasaklayan bu maddede iki yasaktan bahsedilmektedir. Bu yasaklardan biri devletin, kişi veya kişi topluluklarının Sözleşme’deki hak ve özgürlükleri kullanarak bunları yok etme girişiminde bulunma yasağıdır. Örneğin, tüzüğünde, amacı diktatörlük kurmak olan bir siyasi partinin, demokratik rejimi diktatörlüğe götüren faaliyetlerine müsaade edilmesi, Sözleşme kapsamındaki birçok hakkı ve özgürlüğü ortadan kaldıracığından, bu siyasi partinin kapatılması, 11. maddedeki örgütlenme özgürlüğünün ihlalini oluşturmaz. İfade özgürlüğü, 14. maddedeki ayrımcılık yasağına aykırı faaliyetlere müsaade edilmesinin bir aracı olarak kullanılamaz⁵¹⁹. Çünkü Sözleşme’deki bir hakkı kullanılarak Sözleşme’deki diğer haklar ortadan kaldırılamazlar (AİHS, m. 17).

17. maddenin öngördüğü diğer yasak ise devletin Sözleşme’deki hak ve özgürlükleri sınırlarken, Sözleşme’de belirtilen sınırları aşma yasağıdır. Bu bağlamda devlet, Sözleşme’de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden hiçbirini, Sözleşme’de güvence altına alınan hak ve özgürlükleri, kendisine Sözleşme’de öngörüldüğünden daha fazla sınırlama yetkisi verdiği şeklinde yorumlayamaz.

⁵¹⁹ *Ibid.*, s. 413-414

Böylelikle Sözleşme’de bazı maddeler için öngörülen sınırlama yetkisi ve sınırlarına, ek bir sınır getirilmiştir ⁵²⁰.

AIHM’ye göre, Sözleşme’nin 17. maddesinin amacı, gruplar ya da bireylerin, Sözleşme’de belirtilen hak ve özgürlüklerden herhangi birini tahrip etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını, Sözleşme’den çıkarmalarının mümkün olmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla hiç kimse, sözü edilen hak ve özgürlükleri tahrip etmek üzere, Sözleşme hükümlerinden yararlanamaz. Ancak, kapsamı bakımından negatif yükümlülük getiren bu hüküm, bir gerçek kişiyi Sözleşme’nin 5. ve 6. maddelerinde teminat altına alınan temel bireysel haklardan yoksun bırakacak şekilde de yorumlanamaz⁵²¹.

Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması, 1982 Anayasası’nın “Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması” başlıklı, 14. maddesinde de yasaklanmıştır. Buna göre; “Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz” (Any., m. 14/2). Bu hükümde, sadece Anayasa’da tanınan hak ve hürriyetlerin değil, Anayasa’nın hiçbir hükmünün Devlete veya kişilere, Anayasa’da tanınan temel hak ve özgürlükleri, yok etmek veya Anayasa’da belirtilenden daha fazla sınırlama yetkisi verdiği şeklinde yorumlanamayacağı belirtilmiştir. 14. maddenin 1.fikrasında ise “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz” (Any., m. 14/1) hükmüne yer verilmiştir.

2.2.18. Hakların Kısıtlanmasının Sınırları

AIHS’nin 18. maddesine göre; “Bu Sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir” (AIHS, m. 18). Bu madde, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin

⁵²⁰ *Ibid.*, s. 414

⁵²¹ Case of Lawless v. Ireland, op. cit., § 7.

sınırlanmasında, her özgürlük için belirtilen meşru amaçlara sadık kalınmasını, meşru amaçlardan sapılmamasını emretmektedir. 18. Madde, Sözleşme’de sınırlanacağı belirtilen haklar için uygulanabilir bir madde olup, herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmayan mutlak nitelikteki haklar (Örneğin AİHS, m. 3 veya 4/1) açısından uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

Niteliği gereği Sözleşme’nin 17. ve 18. maddelerinin ihlali iddiası, tıpkı 14. madde de olduğu gibi tek başına ileri sürülemez. Bu maddelerin ihlali iddiası ancak Sözleşme’deki başka bir maddenin ihlali iddiası ile birlikte ileri sürülebilirler.

AİHS’nin 18. maddesindeki hükme benzer bir hüküm, 1982 Anayasası’nın 13. maddesinde bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını düzenleyen bu maddede, temel hak ve özgürlüklerin “Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” sınırlanabileceği belirtilmektedir (Any., m. 13). Bu hüküm, temel hak ve özgürlüklerin ancak hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede belirtilen meşru amaçlar doğrultusunda sınırlanabileceğini, bu amaçların dışında başka bir amaçla veya bu amaçların aşılması şeklinde sınırlanamayacağını belirtmektedir.

2.3. 1982 Anayasası’nda Güvence Altına Alınmış Temel Hak ve Özgürlüklerden Türkiye’nin Taraf Olduğu Ek Protokollerde Yer Alan Hak ve Özgürlükler

6216 Sayılı Kanun’un 45/1 maddesine göre Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru “...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 ...” yapılabilir (Any., m. 45/1). Dolayısı ile Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden sadece AİHS kapsamındakiler değil, AİHS’e ek Türkiye’nin taraf olduğu Ek Protokol’ler kapsamındaki temel hak ve özgürlükler de bireysel başvuruya konu edilebilir.

AİHS’nin yürürlüğe girdiği tarihten sonra, değişen koşullar ve ihtiyaçların zorlamasıyla Sözleşme’ye ek Protokol’ler kabul edilmiştir. Bu Protokol’ler ya ya

AİHM'nin artan iş yükü karşısında, başvuruları daha hızlı sonuçlandırabilmesi için Mahkeme'nin yapısında ve işleyişinde değişiklikler yapmak üzere; ya da Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklere ek olarak yeni hak ve özgürlükleri güvence altına almak için kabul edilmiştir. Artan iş yükü karşısında, başvuruları daha hızlı sonuçlandırabilmesi için Mahkeme'nin yapısında ve işleyişinde değişiklikler yapmak üzere, çeşitli tarhlerde Sözleşme'nin öngördüğü koruma sisteminde değişiklik yapan Protokol'ler; 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11 ve 14 No'lu ek Protokol'dir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Ek Prptokol'ler sadece Sözleşme'nin öngördüğü koruma sisteminde değişiklik yapmak için kabul edilmemiştir. İnsan hakları süreci, dinamik bir süreci ifade ettiği için AİHS'ye Ek bazı Protokol'ler ise bazı hak ve özgürlükleri güvence altına almak için kabul edilmiştir. Yeni birtakım insan haklarını güvence altına almak yani AİHS kapsamına dâhil etmek için kabul edilen ek Protokol'ler ise 1, 4, 6, 7, 12 ve 13 No'lu Ek Protokol'lerdir. Türkiye ise bu Protokollerden sadece 1, 6 ve 13 No'lu Ek Protokol'lere taraf olmuştur⁵²². Dolayısı ile Anayasa'da güvence altına alınmış teme hak ve özgürlüklerden Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokol'ler (1, 6 ve 13 No'lu Ek Protokol'ler) kapsamındaki temek hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiası ile de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilir.

1 No'lu Ek Protokol (P1) ile “mülkiyetin korunması” (m. 1), “eğitim hakkı” (m. 2) ve “serbest seçim hakkı” (m. 3) Sözleşme kapsamında dâhil edilmiştir. 6 No'lu Protokol (P6) ile savaş ya da yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller nedeniyle verilenler dışında (AİHS, P6, m. 2) ölüm cezası kaldırılmıştır (AİHS, P6, m. 1). 13 No'lu Protokol (P13) ile savaş ya da yakın savaş tehlikesi veya barış zamanı ayrımı yapılmaksızın ölüm cezası tamamen kaldırılmıştır (AİHS, P13, m. 1).

⁵²² Karaman, *op. cit.*, s. 172.

2.3.1. İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 1 No’lu Protokol’de Yer Alan Hak ve Özgürlükler

18.05.1954 Tarihinde yürürlüğe giren 1 No’lu Ek Protokol (P1), Türkiye tarafından 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun” ile onaylanarak yürürlüğe konmuştur⁵²³. Bu Protokol ile Sözleşme’ye üç hak eklenmiştir. Bunlar; “mülkiyetin korunması” (m. 1), “eğitim hakkı” (m. 2) ve “serbest seçim hakkı”dır. (m. 3).

2.3.1.1. Mülkiyet Hakkı

AIHS’nin 1 No’lu Ek Protokolü’nün 1. maddesinde mülkiyetin korunması düzenlenmiştir. Buna göre; “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve kanunda öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir” (AIHS, P1, m. 1/1). 1. Maddenin 2. Fıkrasına göre ise “Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri kanunları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez” (AIHS, P1, m. 1/2). Mülkiyetin korunması konusunu düzenleyen 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin üç kural içerdiği görülmektedir. Bu kurallardan ilk ikisi maddenin 1. fıkrasında, 3. kural ise 2. fıkrasında yer almaktadır. Maddenin 1. fıkrasında ortaya konulan iki kuraldan ilki, fıkranın birinci cümlesinde belirtilen, mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi ilkesini ortaya koyan, genel nitelikteki kuraldır. İkinci kural, 1. fıkranın ikinci cümlesinde ortaya konulan, belli koşullarda, mal ve mülkten yoksun bırakılma konusunu ele alan kuraldır. Üçüncü kural ise

⁵²³ Resmi Gazete, T. 19.03.1954, S. 8662.

maddenin 2. fıkrasında ortaya konulan, taraf devletlere mülkiyet hakkını genel yarara uygun şekilde düzenleme yetkisi veren kuraldır⁵²⁴.

1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinde, öncelikle güvence altına alınan hakkın ne olduğu belirtilmektedir. Maddede güvence altına alınan hak, “mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı”dır. Maddede geçen mal ve mülk deyimi, fiziki varlığa sahip her çeşit menkul (taşınabilir) ve taşınmaz (gayrimenkul) mallar yanında; fiziki varlığa sahip olmayan hak ve menfaatleri de kapsar⁵²⁵. Örneğin, bir alacak hakkı, patent hakkı gibi malvarlığının aktifini oluşturan ancak fiziki varlığı olmayan haklar da mal ve mülk deyimi içerisinde değerlendirilebilir.

Bir hak veya menfaatin 1. maddenin kapsamına dâhil edilebilmesi için maddi bir değerinin olması, başka bir deyişle hesaplanabilir parasal bir değerinin olması gerekir⁵²⁶. Bunun yanı sıra 1. madde, herkese kendi mal ve mülk hakkının dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkını vermekle sınırlı olup, kişinin sadece mevcut mal ve mülküne uygulanabilir. Dolayısı ile bu madde vasiyetname ya da bağış yoluyla mülk edinebilme hakkını garanti altına almaz⁵²⁷.

1 No’lu Ek Protokol’ün 1. maddesi, özde mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Mülkiyet hakkı, kişilere mülkleri üzerinde tasarrufta bulunma hakkını verir⁵²⁸. Dolayısı ile madde hem mülkiyet hakkının tanınmasını öngörmekte hem de maddede belirtilen meşru amaçlar dışında, bu hakkın kullanımını engelleyen fiil ve işlemleri yasaklamaktadır. Mülkiyet hakkı mutlak bir hak olmayıp, belli koşullar altında müdahale edilebilir bir haktır. Maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre mülkiyet hakkı, “kamu yararı sebebiyle ve kanunda öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak” sınırlanabilir (AİHS, P1, m. 1/1). Yine maddenin 2. fıkrasında, devletin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak

⁵²⁴ Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden, 23.09.1982, Application no. 7151/75; 7152/75, § 61, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57580> (23.07.2013).

⁵²⁵ Case of Gasus Dosier- Und Fördertechnik MmbH v. The Netherlands, 23.02.1995, Application no. 15375/89, § 53, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57918> (23.07.2013).

⁵²⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 418.

⁵²⁷ Case of Marckx v. Belgium, *op. cit.*, § 50.

⁵²⁸ *Ibid.*, § 63.

kullanılmasını sağlamak için düzenleme yapmak ya da vergilerin veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için müdahalede bulunmak hakkının olduğu belirtilmektedir (AİHS, P1, m. 1/2). Esasen maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesindeki düzenleme ile 2. fıkrasındaki düzenleme, mülkiyet hakkının maruz kalacağı müdahalelere ilişkindir. Dolayısıyla bunların, 1. fıkranın ilk cümlesinde ortaya konulan genel ilke ışığında değerlendirilmeleri gerekmektedir⁵²⁹. Başka bir deyişle AİHM, öncelikle belirtilen hakka bir müdahale olup olmadığını saptayacak; müdahale var ise sonrasında bu müdahalenin maddede belirtilen istisnai durumlardan birine girip girmediğine (maddede belirtilen meşru amacı güdüp gütmeye veya maddenin 2. fıkrasındaki devletin düzenleme yetkisine dâhil olup olmadığına) bakacaktır. AİHM’ye göre, kişinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden, onu bu haktan yoksun bırakan bir tedbirin, 1. maddeyi ihlal etmemesi için meşru amacın (kamu yararı amacı) güdülmüş olması tek başına yetmez. Hakka müdahalede, kamu yararının gerekleri ile bireyin hakkının gerekleri arasında “adil denge”nin korunması da gerekir. Bu bağlamda tedbirin kişiye ölçüsüz ve aşırı bir yük yüklememiş olması önemlidir. Kişiye böyle bir yükün yüklenmesi “adil denge”yi bozar. İşte bu adil dengenin kurulması için tazminat önemli bir araçtır. Dengeyi kurmak için tazminat ile mülkiyete konu olan şeyin değeri arasında, makul bir oran olması gerekir⁵³⁰. Başka bir deyişle, kamu yararı ile kişisel menfaat arasında adil dengenin kurulması için kullanılan araç ile güdülen amaç arasında makul bir orantılilik ilişkisinin varlığı gerekir⁵³¹.

Mülkiyet hakkına müdahaleyi meşru kılan şartların varlığı konusunda taraf devletlerin geniş bir takdir marjı vardır. Bu bağlamda taraf devletler, meşru amacın varlığını, adil denge, orantılilik veya aracın elverişliliğini tayin etmekte takdir yetkisine sahiptirler. Ancak bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp, daha önce de belirtildiği üzere AİHM tarafından denetlenebilmektedir⁵³².

1. Maddede, belirtilen istisnai durumlardan birine girmeyen müdahale şekilleri de söz konusu olabilir. Örneğin 3. kişi, malikin, mülkiyet hakkından

⁵²⁹ Case of Gasus Dosier- Und Fördertechnik MmbH v. The Netherlands, op. cit., § 55.

⁵³⁰ Doğru, *op. cit.*, s. 62.

⁵³¹ Aka Türkiye Kararı, op. cit., § 47.

⁵³² Case of Sporrang and Lönnroth v. Sweden, op. cit., § 69.

kaynaklanan yetkilerini kullanmasına fiilen engel olabilir. Böyle bir durumda, devletin pozitif yükümlülüğü devreye girer. Bu bağlamda devlet, “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır” hükmünün gereğini yerine getirir⁵³³.

Mülkiyet hakkı, 1982 Anayasası’nda da düzenlenmiştir. Anayasa’nın 35. maddesine göre; “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir” (Any., m. 35/1). Burada herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu yönünde ortaya, genel bir kural konulmaktadır. Bu genel nitelikteki kural içerisinde miras hakkına da yer verilmiştir. 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinde, Anayasa m. 35/1’de olduğu gibi miras hakkından bahsedilmemiştir. Ancak AİHM’ye göre, mülkiyet hakkı, mirasçı olma hakkını da içerir⁵³⁴.

1982 Anayasası’nda mülkiyet hakkı ile ilgili önemli bir hüküm de Anayasa’nın 38/10 maddesinde yer almaktadır. Buna göre; “genel müdahale cezası verilemez” (Any., m. 38/10).

Anayasa’ya göre mülkiyet hakkı, mutlak bir hak değildir. Buna göre; “Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir” (Any., m. 35/2). Görüldüğü üzere, tıpkı 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin 2. cümlesinde olduğu üzere genel nitelikteki birinci kurala, “kanunla” ve “meşru bir amaç” (kamu yararı) için istisna getirilebileceği belirtilmektedir. 35. Maddenin son fıkrasında ise “Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz” (Any., m. 35/3) hükmüne yer verilmektedir. Burada devletin mülkiyet hakkını kamu yararına uygun olarak düzenleme yetkisinin olduğu yönünde bir kural mevcuttur. Anayasa’nın 35/3 maddesindeki bu hükmün, 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen hükme tekabül ettiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 35. maddede güvence altına alınan hakkın ihlal edilip edilmediğini denetlerken öncelikle belirtilen hakka bir müdahale olup olmadığını saptayacaktır. Müdahale var ise sonrasında, bu müdahalenin maddede belirtilen istisnai durumlardan birine girip girmediğine (maddede belirtilen meşru amacı güdüp

⁵³³ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 423.

⁵³⁴ Doğru, *op. cit.*, s. 57.

gütmediğine veya maddenin 3. fıkrasındaki devletin düzenleme yetkisine dâhil olup olmadığına) bakacaktır. Yukarıda da belirtildiği üzere, AİHM içtihatları da dikkate alındığında, kişinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden bir tedbirin, Anayasa'nın 35/1 maddesini ihlal etmemesi için meşru amacın (kamu yararı amacı) güdülmüş olması tek başına yetmez. Anayasa Mahkemesi, AİHM içtihatlarını⁵³⁵ ve Anayasa'nın 13. maddesindeki “ölçülülük” ilkesini de göz önünde tutarak, mülkiyet hakkına yapılan müdahalede, kamu yararının gerekleri ile bireyin hakkının gerekleri arasında “adil denge”nin korunup korunmadığına ve kullanılan araç ile güdülen amaç arasında orantılılık bulunup bulunmadığına bakması gerekmektedir.

Anayasa'da mülkiyet hakkını güvence altına alan genel nitelikteki 35. madde yanında, mülkiyet hakkıyla ilgili özel nitelikte hükümler içeren maddeler de bulunmaktadır. Bu maddelerin hepsinin genel nitelikteki 35. madde ışığında ele alınıp yorumlanması gerekmektedir⁵³⁶. Dolayısı ile bu maddelerde öngörülen müdahalelerin hepsinin hem 1 No'lu Protokol'ün 1/1 maddesinde hem de Anayasa'nın 35/2 maddesinde öngörülen meşru amaç olan “kamu yararı” amacını gütmesi, “kanuni”lik şartını taşıması ve “adil denge”nin korunmuş yani amaç ile aracın makul bir orantılılık içinde bulunması gerekir.

Anayasa'da, mülkiyet hakkıyla ilgili özel nitelikte hükümler içeren maddelerden bir kısmı, nelerin özel mülkiyete konu olamayacağına ilişkindir. Buna göre Anayasa'nın “Kıyılardan yararlanma” başlıklı 43. maddesinde, kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu (Any., m. 43/1); “Tabi servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi” başlıklı 168. maddesinde, tabi servetler ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu ve bunların aranması ve işletilmesi hakkının devlete ait olduğu (Any., m. 168/1) ve “Ormanların korunması ve geliştirilmesi” başlıklı 169. maddesinde, bütün ormanların gözetiminin devlete ait olduğu (Any., m. 169/1), devlet ormanlarının mülkiyetinin devredilemeyeceği (Any., m. 169/2) belirtilmektedir.

⁵³⁵ Aka Türkiye Kararı, 23.09.1998, Başvuru no. 19639/92, § 45, 47, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=818> (23.07.2013).

⁵³⁶ Doğru, *op. cit.*, s. 57.

Anayasa’da, mülkiyet hakkıyla ilgili özel nitelikte hükümler içeren maddelerden bir kısmının da mülkiyet hakkından yoksun bırakmaya veya mülkiyet hakkına müdahaleye ilişkin olduğu görülmektedir. Buna göre, Anayasa’nın “Kamulaştırma” başlıklı 46. maddesi, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların kamulaştırılmasını ve üzerinde irtifak kurulmasını (m. 46/1); “Devletleştirme ve özelleştirme” başlıklı 47. maddesi, özel teşebbüslerin devletleştirilmesini (m. 47/1) ve “Tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması” başlıklı 63. maddesinde, özel mülkiyetteki tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması amacıyla devletin mülkiyet hakkına sınırlama getirilebileceği (m. 63) düzenlemektedir. Yine Anayasa’nın “Toprak mülkiyeti” başlıklı 44. maddesi, “Piyasaların denetlenmesi ve dış ticaretin düzenlenmesi” başlıklı 167. maddesi ve vergi ödevi başlıklı 73. maddesi, mülkiyet hakkına, mülkiyetin kullanılmasını düzenleme veya kontrol yoluyla, müdahaleyi öngören, özel hükümler içeren maddelerdir.

2.3.1.2. Eğitim Hakkı

AIHS’nin 1 No’lu Ek Protokol’ünün 2. maddesinde, eğitim hakkı düzenlenmiştir. Buna göre; “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir” (AIHS, P1, m. 2). Bu madde, iki kural içermektedir. Birinci kural, maddenin ilk cümlesinde belirtilen, herkese öğrenim hakkının tanınmasıdır. İkinci kural ise maddenin ikinci cümlesinde belirtilmektedir. Buna göre, devlet, maddenin birinci cümlesinde belirtilen fonksiyonunun yerine getirirken, ana ve babanın dini ve felsefi inançlarına saygı göstermek mükellefiyetindedir.

AIHM’ye göre eğitim, bir toplumda yetişkinlerin kendi inançlarını, kültürlerini ve değerlerini yeni nesillere nakletme çabalarını kapsayan bir süreci; öğretim ise özellikle bilginin ve entelektüel gelişmenin nakledilmesini kapsayan bir süreci ifade eder⁵³⁷. Mahkeme’ye göre “inanç” terimi, “düşünce” ve “fikir” terimleriyle eş anlamlı olmayıp, belli ölçüde kuvvetli, ciddi, tutarlı ve önemli bir

⁵³⁷ Doğru, *op. cit.*, s. 62.

bütünlüğe sahip inançları ifade eder⁵³⁸. “Felsefi” sıfatının ise belli bir tanımı olmamakla beraber, demokratik toplumda saygıyı hak eden, kişi onuruna ve öğrenim hakkına ters düşmeyen inançları kapsadığı söylenebilir⁵³⁹.

2. Maddenin birinci cümlesinde, “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz” şeklinde olumsuz bir ifade kullanılmıştır (AİHS, P1, m. 2). AİHM’ye göre, bu ifade tarzını, devletin söz konusu hakkı, maddede belirtilen şekilde sağlamak için hiçbir pozitif yüküm altında olmadığı şeklinde yorumlamamak gerekir. Hem bu maddede hak kelimesinin kullanılması, hem hükmün içinde “eğitim hakkı”ndan bahsedilmesi, hem de Protokol’ün başlangıç kısmında “hak ve özgürlükleri” birlikte yerine getirmekten bahsedilmesi, bu hükmün bir hakkı içerdiği konusunda kuşku bırakmamaktadır. Ayrıca, Avrupa Konseyi’ne üye devletler, bu Protokol’ü onayladıkları sırada ve halen genel ve resmi bir eğitim sistemine sahip oldukları için devletlerin böyle bir sistem kurmaları gerektiğine işaret edilmesini gerektiren bir neden de yoktur⁵⁴⁰. 2. madde birinci cümlesiyle, eğitim hakkını reddetmemeyle bağlanan Sözleşmeciler Devletler, yetki alanlarındaki herkese belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına erişim hakkını ve tamamladığı eğitim çalışmalarının resmi olarak tanınması yoluyla alınan eğitimden yararlanma hakkını vermektedirler⁵⁴¹.

Maddenin birinci cümlesinde, ana ve babaya, devletin eğitim ve öğretim alanında görevini yerine getirirken, dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı vermektedir (AİHS, P1, m. 2). AİHM’ye göre, ders programlarının

⁵³⁸ AİHM, Aleviliğin bir dini inanç olup olmadığını konusunda yaptığı değerlendirmede Aleviliğin bir dini kanaat olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme’ye göre; “Taraflar arasında, Alevi inancının, kökleri Türk toplum ve tarihinde bulunan bir dini inanç olduğu ve kendine özgü nitelikleri bulunduğu konusunda hemfikirlerdir. Bu yüzden Alevilik İslamiyetin okullarda öğretilen Sünni anlayışından farklıdır. Şüphesiz, Alevilik belli bir miktar ikna gücü, ciddiyet, uyum ve öneme ulaşmış bir mezhep ya da "inanç" değildir (bkz. Case of Campbell and Cosans, yukarıda anılan). Sonuç olarak, 1 No’lu Protokolün 2. maddesinin 2. cümlesi anlamında "dini kanaat" ifadesi şüphesiz bu inanca uygulanabilir”. Hasan ve Eylem Zengin / Türkiye Davası, op. cit., § 66.

⁵³⁹ Case of Campbell and Cosans v. The United Kingdom, op. cit., § 36.

⁵⁴⁰ Case “Relating to Certain Aspects of The Laws on The Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium (Merits), 23.07.1968, Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, (B. Interpretation adopted by the Court) § 3, , European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57525> (24.07.2013).

⁵⁴¹ Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, 07.12.1976, Application no. 5095/71; 5920/72; 5926/72, § 52, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57509> (24.07.2013); Case “Relating to Certain Aspects of The Laws on The Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium (merits), op. cit., § 4.

belirlenmesi Taraf Devletlerin takdir yetkisi içindedir. AİHM, zamana, mekâna ve toplumsal ihtiyaçlara göre değişiklik gösteren bu konularda bir değerlendirme yapmak durumunda değildir. 1 No’lu Protokol’ün 2. maddesi, devletin dini veya felsefi içerikli bilgileri eğitim yoluyla vermesine engel değildir. Bu madde, ana-babaya bu tür derslerin ders programına konulmasına karşı gelme hakkı vermez. Aksi halde kurumlaşmış bir öğretim düzeni kurmak imkânsızlaşır. 2. Maddenin ikinci cümlesi, devletin üstlendiği eğitim, öğretim görevini yerine getirirken programlarda yer alan bilgilerin dağıtımının objektif, eleştirel ve çoğulcu⁵⁴² olması gerektiğini belirtir. Başka bir deyişle, maddenin ikinci cümlesi, devletin ana-babanın dini ve felsefi inançlarına aykırı biçimde çocuklara belli bir fikri aşılmasını yasaklar⁵⁴³. 1 No’lu Protokol’ün 2. maddesinin 2. cümlesinde belirtilen devletin, ana-babanın dini ve felsefi inançlarına saygı gösterme yükümlülüğü devleti, ana-babanın dini ve felsefi inançları doğrultusunda eğitim sağlamak mükellefiyeti altına sokmaz⁵⁴⁴.

1 No’lu Protokol’ün 2. maddesi genel de temel eğitime ilişkin olmakla beraber, bu madde yükseköğretime de uygulanabilir. Ancak yükseköğretime erişimin sınırlanması bu maddeye aykırılık teşkil etmez. Başka bir deyişle bu madde mutlak surette yükseköğretime uygulanmayabilir⁵⁴⁵. Temel eğitimin belli yaş grubundaki çocuklar için zorunlu tutulması da 1 No’lu Protokol’ün 2. maddesine aykırı değildir⁵⁴⁶. AİHM, “Belçika Dil Davası”nda, 2. maddenin devlete, belli bir dilde öğretim yapan okullar açılması ve mali yönden desteklenmesi yükümü içermediğini, maddenin birinci cümlesinin, dile ilişkin hiçbir gerek olmadığını belirtmiştir⁵⁴⁷. Mahkeme’ye göre, 2. maddenin 2. cümlesinde ise devletlerin eğitim ve öğretim

⁵⁴² AİHM, Hasan ve Eylem Zengin / Türkiye Davası’nda Türkiye’de zorunlu din dersi ağılamlında verilen eğitimi ve öğretimini objektif, eleştirel ve çoğulculuk yönünden değerlendirmiş ve şu sonuca varmıştır: “Mahkeme, ‘din kültürü ve ahlâk bilgisi’ konusunda verilen eğitimin nesnellik ve çoğulculuk ölçütlerini karşıladığının ve özellikle başvuruların özel durumunda, Eylem Zengin’in Alevi inancına mensup babasının, ders programında eksik olduğu açıkça görülen dini ve felsefi kanaatlerine saygı gösterdiğinin söylenemeyeceği kanaatindedir”. Hasan ve Eylem Zengin / Türkiye Davası, *op. cit.*, § 70.

⁵⁴³ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 433.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, s. 434.

⁵⁴⁵ Doğru, *op. cit.*, s. 63; Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 434.

⁵⁴⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 434.

⁵⁴⁷ Case “Relating to Certain Aspects of The Laws on The Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium (merits), *op. cit.*, § 7.

alanında ana ve babaların dil tercihlerine değil, sadece dini ve felsefi inançlarına saygı duyulması gerektiğine yer verilmektedir⁵⁴⁸.

AIHM, bir öğrencinin başka bir öğretim kurumuna kaydolma imkânının varolması halinde, kendisinin bir disiplin cezası sonucu okuldan ihraç edilmiş olmasını, 1 No’lu Protokol’ün 2. maddesinin ihlali olarak görmemektedir⁵⁴⁹.

Eğitim hakkı, 1982 Anayasası’nın “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz” (Any., m. 42/1). Ancak, 42. maddede, devletin, eğitim ve öğretim alanındaki yükümlülüğünü yerine getirirken, ana ve babanın dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkına yer verilmemiştir. Dolayısı ile başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere genel mahkemelerin, ana ve babanın dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkının, 42. maddenin 1. fıkrası kapsamında olduğunu içtihat etmeleri gerekir. Aksi halde 1 No’lu ek Protokol’ün 2. maddesi ihlal edilmiş olur.

1 No’lu Protokol’ün 2. maddesinin 1. cümlesiyle güvence altına alınan eğitime erişim hakkı, kullanımı devlet tarafından, zamana, mekâna ve toplumsal ihtiyaçlara göre değişiklik gösterebileceği için düzenlenebilir bir haktır⁵⁵⁰. Bu bağlamda, Anayasa’nın 42. maddedeki eğitim hakkı ile ilgili olarak bazı düzenleyici hükümlere yer verilmiştir. 42. Maddenin 3. fıkrasında eğitim ve öğretimin, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı; 5. fıkrasında ilköğretimin bütün vatandaşlar için zorunlu olduğu; 8. fıkrasında Türkçe’den başka hiçbir dilin, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamayacağı ve öğretilmeyeceği belirtilmiştir. Burada “ulusal dilde” değil “ana dilde” eğitim güvence altına alınmış ancak “anadil”, sadece “Türkçe” ile sınırlamıştır⁵⁵¹. Yukarıda belirtildiği üzere 1 No’lu Protokol’ün 2. maddesi, devlete, anadilde eğitim verme

⁵⁴⁸ Ibid., § 6.

⁵⁴⁹ Kemal Yanasık / Türkiye Davası, 6.1.1993, Başvuru no. 14524/89, DR 74, s. 16; aktaran, Çalışkan, Ahmet Ziya, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğrenim Hakkı”, *EÜHFD*, C. XI, S. 3-4, 2007, s. 308.

⁵⁵⁰ Doğru, *op. cit.*, s. 63; Gözübüyük ve Gölçüklü, *op. cit.*, s. 433.

⁵⁵¹ Doğru, *op. cit.*, s. 63.

yükümü yüklememekle beraber, Anayasa'nın 42/8 maddesi hükmünün, resmi dilde eğitimi güvence altına alacak şekilde yeniden formüle edilmesi, Protokol ile daha uyumlu olur. Yine aynı fıkra (m. 42/8'de) milletlerarası andlaşma hükümleri saklı kalmak koşuluyla eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tâbi olacağı esasların, kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın, "Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz" şeklindeki 42/1 maddesi, eğitim hakkını düzenleyen genel nitelikteki hükmü içermektedir. Bunun yanı sıra Anayasa'da eğitim hakkı ili ilgili olarak özel hükümler içeren bazı maddelerde bulunmaktadır. Anayasa'nın din kültürü ve ahlak öğretiminin devletin gözetimi altında yapılacağını ve ilk ve orta-öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer aldığını belirten 24/4 maddesi ve yükseköğretim kurumlarını düzenleyen 130. maddesi, eğitim ve öğrenim hakkı ile ilgili özel hükümler içeren maddelerdir. Bu maddelerin Anayasa'nın konuyu düzenleyen genel nitelikteki 42. maddesi ve 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesi ve AİHM içtihatları ışığında yorumlanması gerekir.

2.3.1.3. Serbest Seçim Hakkı

1 No'lu Protokol'ün 3. maddesinde "sebest seçim hakkı" düzenlenmiştir. Buna göre; "Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde makul aralıklarla gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler" (AİHS, P1, m. 3). Maddenin ifade şekli, özellikle Taraf Devletlerin, yasama organlarını hür seçmelerle oluşturma mükellefiyeti altında olduğunun altını çizmektedir. Bu ifadelerin altında yatan neden, üstlenilen taahhüde daha büyük bir ağırlık kazandırma isteğidir. Yoksa maddenin bu ifade tarzından, sadece Taraf Devletlere pozitif bir yükümlülük getirdiği sonucu çıkarılmamalıdır. 3. Maddenin ifade tarzı, Taraf Devletlerin pozitif yükümlülüğüne

vurgu yapmakla beraber, maddede esasen yasama organı seçimlerinde, “seçme (oy kullnma)” ve “seçilme (aday olma)” hakkı güvence altına alınmaktadır⁵⁵².

1 No’lu Protokol’ün 3. maddesinde açıkça belirtildiği üzere, Taraf Devletler, yasama organının oluşumunda “serbest seçim” yapmayı taahhüt ederler. Yani, “yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar” oluşturmakla yükümlüdürler (AİHS, P1, m. 3). Seçimin serbest olması demek, seçmenin belli bir yönde oy kullnma zorunda bırakılmaması; meşru olmayan yöntemlerle belli bir yöne sevkedilmemesi demektir⁵⁵³. Ayrıca bu kavram, seçmenin kimin için oy kullanacağı konusunda bir görüş oluşturma özgürlüğünü de içerir⁵⁵⁴.

Seçimlerin temel özelliği, seçmene birden fazla tercih sunmalarıdır. Dolayısı ile gerçek bir seçimden bahsedebilmek için birden fazla tercih konusunun/adayın olması gerekir. Dolayısı ile tek partili seçim olmaz⁵⁵⁵. Seçmen tercihinin hiçbir baskı altında kalmadan serbestçe yapabilmelidir. İşte bunun gerçekleştirilmenin en önemli yolu da “gizli oy”dur. Bu ilke, 1 No’lu Protokol’ün 3. maddesinde de belirtilmiştir. Devlet, bunun için gereken önlemleri almalıdır. 3. Maddede ortaya konulan bir başka ilke de serbest seçimlerin “makul aralıklarla” yapılmasıdır. 3. Madde bütün vatandaşların seçme ve seçilme hakkını kullanırken eşit muamele görme hakkını da içermektedir⁵⁵⁶. Dolayısı ile herkes, eşit oy hakkına sahip olmalıdır⁵⁵⁷. Ayrıca, seçimlerin bir nalam ifade edebilmesi için seçim sonuçlarının güvenilir olması gerekir. Bunun da açık sayım ve döküm ilkesi ve seçimlerin yargı denetimine tabi olmasını da gerektirdiği söylenebilir.

1 No’lu Protokol’ün 3. maddesi, madde metninde de açıkça belirtildiği üzere yalnızca “yasama organının seçilmesinde” geçerlidir (AİHS, P1, m. 3). Yasama organının iki meclisli olması durumunda 3. madde en azından bir meclisin seçimine

⁵⁵² Mathieu-Mohin ve Clerfayt / Belçika Davası, 02.03.1987, Başvuru no. 9267/81, § 48-50, 51, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=123> (25.07.2013).

⁵⁵³ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 438.

⁵⁵⁴ Doğru, *op. cit.*, s. 67.

⁵⁵⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 438-439.

⁵⁵⁶ Mathieu-Mohin ve Clerfayt / Belçika Davası, *op. cit.*, § 54.

⁵⁵⁷ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 438.

uygulanır⁵⁵⁸. AİHM'ye göre, "yasama organı", sadece ulsal parlamento ile sınırlı olarak anlaşılamaz. Bu kavram, her Taraf Devletin anayasal düzeni bağlamında yorumlanmalıdır. Bu nedenle Mahkeme, demokratik toplumda, kendi bölgeleri için çeşitli alanlarda (idari planlama, yerel politikalar, imar eğitim, kamu sağlığı, tarım gibi) kural koyma yetkisine sahip bölge yönetimlerini de yasama organı olarak kabul etmektedir. Mahkeme Avrupa Parlamentosu'nun yasama organı olarak görmektedir⁵⁵⁹.

1 No'lu Protokol'ün 3. maddesi, "yasama organı"nı oluşturma yöntemi konusunda, sadece "halkın kendi düşüncelerini serbestçe ifade etmesinin güvence altına alındığı koşullarda", "makul aralıklarla" ve "gizli oyla", "serbest" seçimleri öngörmektedir. Bunun dışında, taraf devletlere, orantılı temsil sistemi veya tek ya da iki dereceli çoğunluk sistemi gibi "belirli bir seçim sistemini yürürlüğe koyma yükümlülüğü" getirmemektedir⁵⁶⁰.

AİHM'ye göre, 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesinde düzenlenen yasama organı seçimlerinde oy verme ve aday olma hakları mutlak nitelikte değildir. 3. Madde, bu hakları açık terimlerle düzenlemeksizin, sadece tanımakla yetindiğinden, zımni sınırlamalara yer bırakılmıştır. Dolayısı ile Taraf Devletler kendi iç hukuk düzenlerinde, seçme ve seçimlerde aday olma hakkını, bazı şartlara tabi tutabilirler. Taraf Devletler, bu konuda geniş bir takdir hakkına sahiptir. Ancak bu takdir marjı sınırsız olmayıp, Sözleşme'nin gereklerine uygunluk bakımından nihai kararı vermek, Mahkeme'nin görevidir. Mahkeme, iç hukukta öngörülen şartların, söz konusu hakların özünü zedeleyecek şekilde ve ölçüde kısıtlamadığına ve hakları etkililikten yoksun bırakmadığına kanaat getirmeli; meşru bir amaç izlenmeli ve kullanılan araçlar orantısız olmamalıdır. Ayrıca bu şartlar, "yasama organının

⁵⁵⁸ Mathieu-Mohin ve Clerfayt / Belçika Davası, op. cit., § 53.

⁵⁵⁹ Doğru, op. cit., s. 66.

⁵⁶⁰ AİHM'ye göre; "Birinci Protokolün 3. maddesi bakımından bir seçim sistemi, ilgili ülkenin siyasal evriminin ışığında değerlendirilmelidir; tercih edilen sistem, en azından "yasama organının seçiminde halkın kendi görüşlerini serbestçe ifade etmesini" güvence altına alan koşulları sağladığı sürece, bir sistem bağlamında kabul edilemeyecek özellikler, diğer sistem bağlamında haklı görülebilir". Ibid., § 54.

seçiminde halkın kendi dūřuncelerini serbestçe ifade etmesini” de engellememelidir⁵⁶¹.

“Seçme (oy kullanma) ve “seçilme (seçimlerde aday olma)” hakkına, 1982 Anayasası’nda da yer verilmiştir. Anayasa’nın 67/1 maddesine göre; “Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasî parti içinde siyasî faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir”. Aynı maddenin 2. fıkrasının ilk cümlesinde ise serbest seçimin gerçekleşmesi için uyulması gereken ilkelere yer verilmiştir. Buna göre; “Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır” (Any., m. 67/2). 67. Maddenin 3. fıkrasında, seçme hakkını sadece 18 yaşını dolduran Türk vatandaşlarına tanınmış; aynı maddenin 5. fıkrasının ilk cümlesinde ise 3. fıkraya getirilen istisnaya yer verilmiştir. Buna göre; “Silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askerî öğrenciler, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar” (Any., m. 67/5). Ancak AİHM’ye göre, cezaevindeki hükümlülerin ceza sürelerine, sularının ağırlığına ve bireysel koşullarına bakılmaksızın tamamına oy verme hakkı tanınmaması, seçme hakkını ihlal eder⁵⁶².

Anayasası’nın 67/6 maddesine göre; “Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağıdaştıracak biçimde düzenlenir”. Aynı maddenin 7. fıkrasına göre; “Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz” (Any., m. 67/7). Bunlar serbest seçim hakkına yapılan müdahaleler için meşru amaçlar olarak kabul edilebilir⁵⁶³. Keza Anayasa’nın, 67. maddenin 5. fıkrası ile seçme hakkına yapılan müdahale ile 76. maddede seçilme hakkına yapılan mdhalelerin meşru amaçlar gütmesi, hakkın özünü zedelememesi ve orantılı olması gerektiğini, AİHM’nin bu yönde içtihat ettiğini de burada tekrar belirtmek gerekir⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ Ibid., ř 51.

⁵⁶² Doğtu, *op. cit.*, s. 67.

⁵⁶³ Ibid., s. 66.

⁵⁶⁴ Mathieu-Mohin ve Clerfayt / Belçika Davası, *op. cit.*, ř 51.

Yasama organının seçimine ilişkin hükme ise Anayasa'nın 75. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre; “Türkiye Büyük Millet Meclisi genel oyla seçilen beşyüzelli milletvekilinden oluşur” (Any., m. 75/1). Anayasa'nın 77. maddesinde de “Türkiye Büyük Millet Meclisinin seçimleri dört yılda bir yapılır” hükmüne yer verilmiştir. 76. Maddede milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin koşullara; 78. maddede, TBMM seçimlerinin geriye bırakılması ve ara seçimlerine ve 79. maddede, seçimlerin genel yönetimi ve denetimine ilişkin hususlara yer verilmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 104. maddesinin (a) fıkrasının son bendinde, Cumhurbaşkanının görevlerinden birinin de Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) seçimlerinin yenilenmesine karar vermek olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 101 ve 102. maddelerinde Cumhurbaşkanlığı seçimleri, 127. maddesinde mahalli idareler seçimleri düzenlenmiştir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere 1 No'lu Protokol'ün “serbest seçim hakkı”nı düzenleyen 3. maddesi, “yasama organının seçilmesine” ilişkindir. Dolayısı ile bu seçimler için cari değildir. Bu nedenle buraya kadar söylenenler ışığında, 1 No'lu Protokol'ün “serbest seçim hakkı”nı düzenleyen 3. maddesine, Anayasa'nın 67, 75, 76, 77, 78 ve 79. maddelerinin tekabül ettiği söylenebilir.

2.3.2. İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek Türkiye'nin Taraf Olduğu 6 ve 13 No'lu Protokol'lerde Yer Alan Hak ve Özgürlükler

Türkiye'nin taraf olduğu 6 ve 13 No'lu ek Protokoller (P6 ve P13), ölüm cezasına kaldırılmasına ilişkin olduğu için burada tek başlık altında ele alınmıştır. 6 No'lu Protokol ile savaş ya da yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller nedeniyle verilenler dışında (AİHS, P6, m. 2) ölüm cezası kaldırılmıştır (AİHS, P6, m. 1). Başka bir ifadeyle 6 No'lu Protokol ile kişilerin barış zamanında ölüm cezasına çarptırılmasını yasaklamıştır.

13 No'lu protokol ile savaş ya da yakın savaş tehlikesi veya barış zamanı ayrımı yapılmaksızın ölüm cezası tamamen kaldırılmıştır. Buna göre; “Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılamaz ve idam edilemez” (AİHS, P13, m. 1). 13 No'lu Protokol'ün 2. maddesinde, Sözleşme'nin 15. maddesine dayanılarak bu

Protokol'ün hükümlerinin askıya alınamayacağı; 3. maddesinde de Sözleşme'nin 57. maddesine dayanılarak çekince konulamayacağı belirtilmiştir.

Dolayısı ile 13 No'lu Protokol'ü imzalayan devletler açısından 6 No'lu protokolün bir anlamı kalmamıştır. 13 No'u Protokol ile AİHS'nin 2. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde yaşama hakkına getirilen istisnanın⁵⁶⁵ da bu Protokol'ü kabul eden devletler için bir bağlayıcılığı kalmamıştır. Başka bir deyişle 13 No'lu Protokol'ü imzalayan devletler yaşam hakkını mutlak surette güvence altına almış bulunmaktadırlar. Şunu hemen belirtmek gerekir ki AİHS'nin, 2. maddesi'nin 2. fıkrasında belirtilen durumlarda, kuvvete başvurma'nın kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelen ölümler ise Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşama hakkının ihlalini oluşturmayacaktır⁵⁶⁶.

Anayasa'nın da 17/1 maddesinde herkesin yaşama hakkına sahip olduğu belirtilmiş; 5170 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile 7.5.2004 tarihinde 38. maddenin 10. fıkrası değiştirilmiş ve bu değişiklik ile ölüm cezası tamamen yasaklanmıştır.

⁵⁶⁵ “Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez” (AİHS, m. 2/1).

⁵⁶⁶ “

2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma'nın kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için;
b) Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;
c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için” (AİHS, m. 2/2).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU ŞARTLARI

3.1. Esasa İlişkin Şartlar

3.1.1. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurular Anayasa'da Güvence Altına Alınmış Temel Hak ve Özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Buna Ek Türkiye'nin Taraf Olduğu Protokollerde Yer Alan Hak ve Özgürlükler için Yapılmalıdır

Tez'in ikinci bölümünde ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi'ne, Anayasa'da güvence altına alınmış olan bütün temel hak ve özgürlükler için değil; bir kısım temel hak ve özgürlükler için bireysel başvuruda bulunulabilir. Bu durum, Anayasanın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında; “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. ...” şeklinde ifade edilirken; 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin 1. fıkrasında; “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” şeklinde ifade edilmiştir. Burada dikkat edilirse 6216 sayılı Kanun ile Anayasa'daki formüle AIHS'nin yanı sıra “ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller⁵⁶⁷” ibaresi eklenmiştir. İkinci bölümde belirtilmesine rağmen bir kez daha söylemek gerekir ki 6216 sayılı kanunun ifadesi ilk bakışta Anayasa'daki düzenlemeyi genişletiyor gibi görünse de aslında tam tersine daraltmaktadır⁵⁶⁸. Anayasa'da yer alan formüldeki “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” ile ek Protokollerin de kastedildiğini anlamak gerekir. Çünkü Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu, Anayasalarda yer

⁵⁶⁷ Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller, birinci, altıncı ve onüçüncü protokollerdir.

⁵⁶⁸ Sağlam, “Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, *op. cit.*, s. 430.

alan negatif statü hakları veya birinci kuşak haklar diye adlandırılan klasik hakların korumayı amaçlayan bir kurumdur. Bu nedenle, devlete olumlu bir edimde bulunma yükümlüğü yükleyen ve yeterli mali kaynak gerektiren sosyal ve ekonomik hakların yanı sıra, klasik haklardan bir kısmını bireysel başvurunun kapsamı dışında bırakmak, kurumun bilinen uygulama alanıyla örtüşmediği gibi amacına ve mantığına da ters düşmektedir⁵⁶⁹. Bunun yanı sıra unutmamak gerekir ki söz konusu temel hak ve hürriyetlerin korunması olduğunda aslolan genişletici yorumdur. Yani Anayasa'nın 148/3. Maddesindeki “sözleşme” teriminin Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri tamamlayan ek protokolleri de kapsadığı şeklinde yorumlamak ve anlamak gerekir. Ancak kanunun açık lafzına karşı yorum (contra legem yorum) yapılamayacağı için 6216 sayılı kanunun 45/1. maddesinde yer alan “ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller” ibaresi, Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrasına aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nce somut norm denetimi yoluyla iptal edene kadar yapılacak bir şey yoktur. Başka bir ifadeyle, Türk pozitif hukukundaki mevcut düzenleme karşısında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında korunan hak ve özgürlükler, 1982 Anayasası'nda güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden, AİHS ve bütün ek protokollerdeki hak ve özgürlükler değil; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlükler”dir.

1982 Anayasası'nın ve 6216 sayılı kanunun benimsemiş olduğu formüle göre, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında korunan haklar, doğrudan AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki hak ve özgürlükler değil, bunlara tekabül eden 1982 Anayasası'ndaki hak ve özgürlüklerdir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında korunacak olan hak ve özgürlükleri tespit ederken iki aşamadan geçmek gerekmektedir. Birinci aşama, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerde yer alan hak ve özgürlüklerin neler olduğunu ve bu hak ve özgürlüklerin kapsamını tespit etmek ki bu hakların kapsamını tespit ederken AİHM içtihatlarını da dikkate almak

⁵⁶⁹ *Ibid.*, s. 431.

gerekmektedir⁵⁷⁰. Çünkü 60 yılı aşkın süreden beri Sözleşme'nin üstün ve bağlayıcı yorumunu AİHM yapmaktadır. Elbette ki asıl yorumu yapacak olan Anayasa Mahkemesi'dir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin yorumu yaparken, AİHM içtihatlarını rehber edinmemesi durumunda, bireysel başvuru kurumu kendisinden beklenen işlevi yerine getiremez. Anayasa Mahkemesi'nin, AİHM içtihatlarını dikkate alması, kurumdan beklenen faydanın gerçekleşmesi ve en önemlisi insan hakları standartlarının yükselmesi için zorunludur. AİHS'in gereği de budur. Ayrıca, Sözleşme'nin 46. maddesindeki; "Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler" şeklindeki düzenleme de bu kabulü desteklemektedir. Bununla birlikte, ola ki Anayasa'da güvence altına alınmış bir hak ve özgürlüğün kapsamının, Sözleşme'de karşılık geldiği hak ve özgürlükten daha geniş güvenceler içeriyor olması durumunda, Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlükleri sınırlandıracak bir yorum yapamaz⁵⁷¹. Çünkü Sözleşme'nin 53. maddesine göre; "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın kanunlarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlandırmaz ya da onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz".

Tezin ikinci bölümde yukarıdaki izahatlar bağlamında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlükler tek tek saptandığı ve bu hak ve özgürlüklerin kapsamı AİHM içtihatları doğrultusunda belirlendiği ve bu doğrultuda AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu Protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlüklere tekabül eden 1982 Anayasası'ndaki özgürlükler tespit edildiği için tekrar olmaması adına burada aynı ameliye içerisine tekrar girilmeyecektir. Bu nedenle bu başlık altında sadece, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında korunan temel hak ve

⁵⁷⁰ Doğru, *op.cit.*, s. 2; Sağlam, "Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", *op. cit.*, s. 433-434; Aynı yönde görüş, İzmir Barosunun yapmış olduğu bir çalışmada dile getirilmiştir. Buna göre: "... Sözleşmenin AİHM tarafından yorumlandığı şekliyle anlaşılması halinde bu amaç hasıl olmayacaktır. Bu nedenle, 'AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamı' ifadesinin AİHM içtihatları ışığında anlaşılması gerekir. AİHS'in gereği de budur. Sözleşme'nin 46. Maddesine göre 'Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler'. Anayasa Şikâyeti Çalıştay Raporu (15.2.2011), İzmir Barosu Başkanlığı, *op. cit.*

⁵⁷¹ İzmir Barosu Başkanlığı, *op. cit.*

özgürlüklerin bir listesi verilecektir. Bu liste, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlükler ile birlikte aşağıda bir tablo halinde verilmiştir. Özetle, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru aşağıda belirtilen temel hak ve özgürlükler için mümkündür. Başka bir deyişle, aşağıda belirtilenler dışında kalan temel hak ve özgürlükler, kamu gücü tarafından ihlal edilmiş olsa dahi bunlar, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında korunmadan yararlanamayacaktır.

Tablo 3.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Buna Ek Türkiye'nin Taraf Olduğu Protokol'lerde Yer Alan Hak ve Özgürlükler ile 1982 Anayasası'nda bu hak ve Özgürlüklere Tekabül Eden Temel Hak ve Özgürlükler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Buna Ek Türkiye'nin Taraf Olduğu Protokol'lerde Yer Alan Hak ve Özgürlükler	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Buna Ek Türkiye'nin Taraf Olduğu Protokol'lerde Yer Alan Hak ve Özgürlüklere, 1982 Anayasası'nda Tekabül Eden Temel Hak ve Özgürlükler (Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kapsamında Korunan Temel Hak ve Özgürlükler)
Yaşama hakkı (AİHS, m. 2).	Any. m. 15/2, m. 17/1,4, m. 38/10
İşkence ve kötü muamele yasağı (AİHS, m. 3)	Any. m. 15/2, m. 17/3, m. 41/3
Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (AİHS, m. 4)	Any. m. 18, m. 72
Kişî özgürlüğü ve güvenliği hakkı (AİHS, m. 5)	Any. m. 19
Adil yargılanma hakkı (AİHS, m. 6)	Any., m. 36, m. 37, m. 38/4,5,6, m. 138, m. 139, m. 140., m. 141, m. 142
Suç ve cezaların Kanuniliği (AİHS, m.7)	Any., m. 38/1,2,3, m. 15/2
Özel hayatın ve aile hayatının korunması	Any., m. 20, m. 21, m. 22, m. 26/2,

(AİHS, m. 8)	m. 13
Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (AİHS, m. 9)	Any., m. 24, m. 25, m. 15/2, m. 13, m. 14
İfade özgürlüğü (AİHS, m. 10)	Any., m. 13, m. 26, m. 27, m. 28, m. 29, m. 30, m. 31, m. 32, m. 83/1, m. 130/4, m. 133/1
Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü (AİHS, m. 11)	Any., m. 13, m. 33, m. 34, m. 51, m. 53, m. 54, m. 68, m. 69
Evlenme hakkı (AİHS, m. 12)	Any., m. 41/1
Etkili başvuru hakkı (AİHS, m. 13)	Any., m. 36, m. 40
Ayrımcılık yasağı (AİHS, m. 14)	Any., m. 10
Olağanüstü hallerde yükümlülüklerin askıya alınması (AİHS, m. 15)	Any., m. 15, m. 119, m. 120, m. 121, m. 122
Yabancıların siyasal etkinliklerinin kısıtlanması (AİHS, m. 16)	Any, m. 16
Hakların Kötüye Kullanılmasının Yasaklanması (AİHS, m. 17)	Any., m. 14
Hakların kısıtlanmasının sınırı (AİHS, m. 18)	Any., m. 13
Mülkiyet hakkı (AİHS 1 Nolu Ek Protokol, m. 1)	Any., m. 35, m. 38/10, m. 43, m. 44, m. 46, m. 47, m. 63, m. 73, m. 167, 168, 169
Eğitim ve öğrenim hakkı (AİHS 1 Nolu Ek Protokol, m. 2)	Any, m. 42, m. 24/2, m. 130
Serbest seçim hakkı (AİHS 1 Nolu Ek Protokol, m. 3)	Any, m. 67, m. 75, m. 76, m. 77, m. 78, m. 79., m. 104/1-a-8
Ölüm cezasının kaldırılması (AİHS, 13 No'lu Ek Protokol, m. 1)	Any., m. 17/1, m. 38/10.

3.1.2. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kamu Gücü İşlemlerine Karşı Yapılmalıdır

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ancak “kamu gücü işlemlerine” karşı mümkündür. Bu durum hem 1982 Anayasası'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında hem de 6216 sayılı kanunun 45. maddesinin 1. fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Buna göre; “Herkes... temel hak ve özgürlüklerinden ... herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir”. (Any., m. 148/3 ve 6216 sayılı kanun, m. 45/1) Yani bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa Mahkemesi'nce bireysel başvuru vasıtasıyla korunabilmesi için ihlalin esas olarak herhangi bir kişi tarafından değil, bir kamu gücü tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekir.

3.1.2.1. Kamu Gücü İşlemleri Kavramı

Kamu gücü, terim anlamıyla kural koyma, buyurma, kolluk ve silah, parasal erk, ve diğer kamu tüzel kişilerin sahip oldukları erklerin tümüdür⁵⁷². Kamu gücü, devlete, kamu yararını gerçekleştirmek amacı ile özel kişiler karşısında üstün nitelikli yetki ve ayrıcalıklar bahşeder⁵⁷³. Bu yetki ve ayrıcalıkların özünü, devletin egemenlik yetkisinden kaynaklanan tek yanlı emretme ve resen icra yetkisi oluşturur⁵⁷⁴. Millet, egemenliği, yetkili organlar olan yasama, yürütme ve yargı eliyle kullandığına göre (Any., m. 6), kamu gücünü de esas olarak bu organlar kullanmaktadır. Bu organların kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemler ise kamu gücü işlemleri olarak adlandırılabilir. Dolayısı ile bu organlar tarafından yapılan işlem veya eylemlerden kaynaklanan ihlalleri de kamu gücü ihlalleri olarak anlamak gerekir⁵⁷⁵. Başka bir ifade ile üstün nitelikli ve ayrıcalıklı yetkileri kullanan yasama, yürütme ve yargının tüm organları ile kamu tüzel kişileri ve bunlar adına hareket eden tüm gerçek ve tüzel kişiler, kamu gücü kavramının kapsamına dâhildirler. Bunların eylem veya işlemlerinden kaynaklanan temel hak ve özgürlük ihlalleri de kamu gücü ihlali olarak kabul edilir. İşte Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru

⁵⁷² Yılmaz, *op. cit.*, s. 625.

⁵⁷³ Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 45.

⁵⁷⁴ Giritli, *op. cit.*, s. 46; Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 46.

⁵⁷⁵ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 432.

kural olarak devlet organlarının (yasama, yürütme ve yargının tüm organları ile kamu tüzel kişileri ve bunlar adına hareket eden tüm gerçek ve tüzel kişilerin) kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemlere ve eylemlere karşı mümkündür. Durum böyle olmakla beraber idarenin kişilerle özel hukuk kuralları çerçevesinde kamu gücü ayrıcalıklarını kullanmaksızın, eşit düzeyde kurduğu ilişkilerde gerçekleşen temel hak ve özgürlük ihlallerinde, kamu gücünün kullanılmasından bahsedilemez⁵⁷⁶.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ile temel hak ve özgürlükler, kamu gücü işlemlerinin tamamına (yasama işlemlerine, idari işlemlere ve yargı işlemlerine) karşı korunabileceği gibi bunlardan bir kısmına karşı da korunabilir. Örneğin, Almanya'da (Any., m. 93) Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru bütün kamu gücü işlemlerine (yasama, yürütme ve yargı) karşı mümkün iken; İspanya'da yargının ve yürütmenin (Organik Kanun, m. 42-43.); Avusturya'da (Any., m. 144) ise sadece idarenin işlem ve eylemlerine karşı mümkündür.

1982 Anayasası'nın 148/3 maddesi; ““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 suretiyle, bireysel başvuruya konu edilebilecek kamu gücü işlemleri konusunda, herhangi bir sınırlamada bulunmamıştır. Oysa 6216 sayılı Kanun; “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.” (6216 sayılı Kanun, m. 45/3) şeklindeki hükmüyle bazı kamu gücü işlemlerini, bireysel başvurunun kapsamı dışında bırakmıştır. Esasen Anayasa'nın konuyu düzenleyen 148. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan; “Herkes... temel hak ve özgürlüklerinden ... herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir” şeklindeki genel hükme ne ilgili maddede ne de Anayasanın diğer maddelerinde herhangi bir istisna getirilmemiştir. Buna karşın, Anayasa'daki bu hükme (m. 148/3) 6216 sayılı kanun ile istisna getirilmesi, Anayasaya aykırı olmuştur. Ancak kanunun

⁵⁷⁶ Sabuncu, “Federal Almanya'da Anayasa Şikâyeti”, *op. cit.*, s. 146; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s.432.

açık lafzına karşı yorum (contra legem yorum) yapılamayacağı için 6216 sayılı mevcut düzenleme yürürlükte olduğu sürece, 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen kamu gücü işlemlerine karşı, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılamayacaktır.

Bireysel başvuruya konu olacak kamu gücü işlemleri, kişiler bakımından emredici ve bağlayıcı işlemler⁵⁷⁷; başka bir deyişle "icrai" nitelikte işlemler (kararlar) olmalıdır. İşlemin icrai nitelikte olmasından kasıt, ilgilisi için yeni bir hukuksal durum yaratan, mevcut bir hukuksal durumu değiştiren ve ya da kaldıran işlemlerdir⁵⁷⁸. Dolayısı ile icrai nitelikte olmayan görüş bildirmeler, öneri ya da tavsiyeler, bilirkişi raporları gibi kamu gücü işlemleri ile hazırlık işlemleri, bireysel başvuruya konu olamazlar.

3.1.2.2. İhlal Kavramı

Anayasa'nın 148/1 ve 6216 sayılı kanunun 45/1 maddesinde, belirli temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından "ihlal" edilen kişilerin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabileceği belirtilmiştir. İhlal kavramı ile anlatılmak istenen şey, bir temel hak ve özgürlüğün koruma alanına yapılan hukuka aykırı müdahaledir⁵⁷⁹. Temel hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin ihlal olarak kabul edilebilmesi için temel hak ve özgürlüğün 1982 Anayasası, AİHS ve AİHM içtihatları ile belirlenen alanına, Anayasa ve AİHS'de belirtilen meşru müdahale sebepleri dışında bir müdahale yapılmış olması gerekmektedir. Ancak burada tekrar hatırlatmak gerekir ki Anayasa'ya uygun olan her müdahale, AİHS'e uygun olmayabilir. Bu konu, Tez'in 2. Bölümü'nde ayrıntılı olarak incelendiği için burada tekrar aynı konulara girilmeyecektir.

İhlal, bir eylemden kaynaklanabileceği gibi, bir işlemde de kaynaklanabilir. Keza ihlal, yapılmaması gereken bir işlem veya eylemin yapılması şeklinde olabileceği gibi, yapılmaması gereken bir işlem veya eylemin yapılması şeklinde de

⁵⁷⁷ Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, op. cit., s. 44.

⁵⁷⁸ Kamu gücü işlemlerinin icrai nitelikte olması zaten bunların kamu gücüne dayanılarak yapılmasından kaynaklanmaktadır. Günay, op. cit.s. 112.

⁵⁷⁹ Kararman, Ebru, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 193.

olabilir⁵⁸⁰. Başka bir ifade ile ihlal, icrai ya da ihmali bir davranış şeklinde ortaya çıkabilir (6216 sayılı Kanun, m. 45/2). Kamu gücü tarafından yapılan müdahale, bireyin, güvence altına alınan temel hak ve özgürlüğün koruma alanına giren icrai veya ihmali bir davranışta bulunmasını önemli ölçüde zorlaştırılıyor veya olanaksız kılıyorsa ve kamu gücünün bu zorlaştırması veya olanaksız kılması bir hukuka uygunluk sebebine dayanmıyorsa, ortada bir ihlal var demektir⁵⁸¹.

3.1.2.3. Aleyhine Bireysel Başvurunu Yapılamayan Kamu Gücü İşlemleri

6216 sayılı Kanun'un 45/3 maddesine 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". Anayasa'da, "kamu gücü tarafından yapılan temel hak ve özgürlük ihlallerine karşı bireysel başvuruda bulunulacağı" belirtilmiş ancak bu ana kuralın istisnasını oluşturacak herhangi bir kamu gücü işleminden bahsedilmemiştir (Any., m. 148/3,4,5) Buna karşın 6216 sayılı Kanun'la Anayasa'daki ana kurala istisna getirilmesi Anayasa'ya aykırı olmuştur. Bu aykırılığın giderilmesi için ya 6216 sayılı Kanun'un 45/3 maddesinin yürürlükten kaldırılması ya da Kanun'da yer verilen istisnaların bir Anayasa değişikliği ile Anayasa'ya eklenmesi gerekir.

3.1.2.3.1. Yasama İşlemleri

Devlet, egemenlik yetkisinden kaynaklanan üç farklı fonksiyonu, üç farklı organ eliyle yerine getirmektedir. Bu fonksiyonlar; yasama fonksiyonu, yürütme fonksiyonu ve yargı fonksiyonudur. Bu fonksiyonları yerine getiren organlar da sırasıyla yasama organı, yürütme organı ve yargı organıdır. Bu organlar, sahip oldukları fonksiyonu çeşitli işlemler yapmak suretiyle yerine getirirler. Yasama fonksiyonu yasama işlemleriyle, yürütme (idare) fonksiyonu idarî işlemler ve eylemlerle ve yargı fonksiyonu da yargı işlemleriyle yerine getirilir. Bazen bir işlemin hangi fonksiyona dâhil olduğu konusunda çeşitli tereddütler oluşabilir. Bu

⁵⁸⁰ Aydın, *op. cit.*, s. 136.

⁵⁸¹ *Ibid.*, s. 134.

nedenle devlet fonksiyonlarını birbirinden ayırabilmek için, genellikle biri “maddî” diğeri de “organik” olmak üzere iki kriter kullanılır. Maddî kritere göre, devlet fonksiyonları, bu fonksiyonların yerine getirilmesinde yapılan işlemlerin hukukî niteliğine göre belirlenir. Organik (şeklî) kritere göre ise devlet fonksiyonları, bu fonksiyonları yerine getiren işlemleri yapan organa ve işlemlerin yapılış şekline göre nitelenir.

Maddî kritere göre yasama fonksiyonu, genel, soyut, objektif ve sürekli niteliği haiz kural koyma işlemidir. Aynı kritere göre idari fonksiyon, yasamanın koyduğu kurallar çerçevesinde kamu yararı amacıyla yapılan bireysel ve düzenleyici işlemlerdir. Yine maddî kritere göre yargı fonksiyonu ise hukuki uyumsuzlukları ve hukuka aykırılık iddialarını karara bağlayan işlemlerdir⁵⁸². Organik (şekli) kritere göre yapılan bir işlemin hangi fonksiyona dâhil olacağı, işlemi yapan organa ve yapılış şekline göre belirlendiği için bu kritere göre, yasama organınca yapılan her işlem yasama işlemi, yürütme organınca yapılan her işlem yürütme işlemi ve yargı organınca yapılan her işlem de yargı işlemidir⁵⁸³. Özetle bir işlemin hangi fonksiyona dahil olduğunun saptanması meselesinde maddî kriter, yapılan işlemin niteliğine; organik (şekli) kriter ise işlemi yapan organa ve yapılış şekline bakmak gerektiğini belirtmektedir.

Bir işlemin hangi fonksiyona dahil olduğunu belirlemek için kullanılması gereken kriter, organik (şekli) kriterdir. Çünkü maddî kritere göre bu tespiti yapmak daha güçtür. Örneğin maddî kriter esas alınırsa yürütme organının düzenleyici işlemleri olan tüzük ve yönetmelik, genel, soyut, objektif ve sürekli işlemler olduğu için yasama işlemlerinden ayrılması güçtür. Keza milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması kararında olduğu gibi yasamanın da bazı işlemleri, bireysel ve somut nitelikte olabilmektedir⁵⁸⁴. Dolayısı ile bir işlemin yasama işlemi olup olmadığını tespit ederken organik (şekli) kritere göre, işlemi yapan organa ve işlemin yapılış

⁵⁸² Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 16.

⁵⁸³ Çekiç, Onur, “Türk Parlamento Hukuku’nda Yasama İşlemi Türleri ve Diğer (İsimsiz) Yasama Türleri”, *Yasama Dergisi*, Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos 2009, S. 12, s. 109; Özbudun, op. cit., s. 175-178; Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 18.

⁵⁸⁴ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 234-235.

şekline bakılarak bir karar verilecektir. Maddi kritere ancak organik kriterin yetersiz kaldığı noktalarda müracaat edilebilir.

Şekli (organik) kritere göre, yasama organının yaptığı işlemler, yasama işlemleridir. Yasama işlemleri, “yasama organının yasama görev ve yetkileriyle ilgili olarak belli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik olarak yaptığı irade açıklamalarıdır”⁵⁸⁵. Yasama organı yasama görev ve yetkileriyle ilgili olarak belli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik olarak yaptığı irade açıklamaları, esas olarak “kanun” ve “parlamento kararı” şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵⁸⁶. Bir de bu iki kategoriden hiçbirine dahil olmayan “diğer yasama işlemleri” diyebileceğimiz, yasama işlemleri vardır. Bunların dışında, TBMM Başkanlığı’nın kendi personeli, malvarlığı ve milli saraylar hakkında yaptığı birtakım işlemler vardır ki onlar her ne kadar yasama organından çıkmış olsa da maddi açıdan yasama işlemi niteliğinde olmayıp, birer idari işlem niteliğindedirler. Şimdi sırasıyla şekli (organik) ve maddi kriterleri uygulamak suratiyle 6216 sayılı Kanun’un 45/3 maddesinin bireysel başvuru kapsamı dışında bıraktığı yasama işlemlerinin neler olduğunu saptamaya çalışalım.

3.1.2.3.1.1. Kanun

Yasamanın işlemleri esas olarak kanun ya da parlamento kararı şeklinde ortaya çıkar. Kanunlar da parlamento kararları da esas olarak yasama organı (TBMM) tarafından kabul edildiği için bunları organik (şekli) kritere göre, birbirinden ayırmak mümkün değildir. Dolayısı ile burada maddi kritere başvurmak gerekmektedir.

Kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yasamanın genel yetkisidir. Başka bir ifade ile kanun, yasamanın en bilinen işlem türüdür. Kanun, biri maddî, diğeri de şeklî olmak üzere iki manada kullanılmaktadır. Maddî anlamda kanun genel, soyut ve objektif hukuk kurallarını; şeklî anlamda kanun ise kanunun içeriğine bakılmaksızın yasama organınca kanun adı altında ve kanunlar için öngörülen usuller

⁵⁸⁵ Ibid., s. 240.

⁵⁸⁶ Şeref İba, yasama işlemlerinin hepsinin kanun ya da karar şeklinde ortaya çıkmasının söz konusu olmadığını belirterek “kanun” ve “karar” şeklindeki ikili bir ayrımın doğru olmadığını savunmaktadır. İba, Şeref, Parlamento Hukuku, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 4. B., 2009, s. 50.

izlenerek yapılan yasama işlemlerini ifade etmektedir. Şekli kanun anlayışında, kanunun mutlaka genel, soyut ve objektif bir içeriğe sahip olması aranmaz; bu anlayışta kanun, bir kişiyle ilgili olarak, sübjektif işlem niteliğinde veya bütçe kanunu gibi koşul işlem niteliğinde olabilir⁵⁸⁷. Keza bu anlayışa göre, her genel, soyut, objektif nitelikteki kural işlemler, kanun şeklinde olmayabilir. İdarenin bu nitelikte düzenleyici işlemlerinin olduğunu unutmamak gerekir⁵⁸⁸. Dolayısıyla her şekli kanun bir kanun olduğu halde, her maddî anlamda kanun, şekli anlamda kanun olmayabilir.

Yasama yetkisi, genel ve asli bir yetki olduğu için yasama organı, Anayasa aykırı olmamak koşulu ile her alanı bir kanun ile doğrudan düzenleyebilir. Ancak yasama yetkisi, her ne kadar genel bir yetki olsa da kanun konusu olamayacak bir takım hukukî işlemler de vardır. Bu durum “yasama kısıtı” olarak adlandırılmaktadır⁵⁸⁹. Yasama kısıtı olan alanları, başka bir ifade ile kanun konusu olamayacak işlemleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

- a) Yasama organı, maddî anlamda yargı işlemi anlamına gelen (hukukî uyuşmazlıkları ve hukuka aykırılık iddialarını) kanun biçiminde yapamaz⁵⁹⁰. Anayasa Mahkemesi’nin benzer yönde kararları mevcuttur⁵⁹¹.
- b) Yasama organı, salt yürürlükteki kanunların uygulanmasından ibaret olan işlemleri kanun biçiminde yapamaz⁵⁹². Çünkü kanunları uygulamak (yürütmek) yetkisi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak yürütme organına aittir.
- c) Kural olarak, belli bir kişiye kanunla yükümlülük yüklenemeyeceği gibi, belli bir kişiyi kanunî yükümlülüklerinden kurtaran bir kanun da çıkarılamaz. Bu hukuk devleti, hukuki güvenlik ve eşitlik ilkelerinin bir

⁵⁸⁷ Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta, 5. B., İstanbul, 1998, s. 10-11; Günday, Metin; *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, 5. B., Ankara, 2002, s. 81.

⁵⁸⁸ Teziç, *op. cit.*, s. 11.

⁵⁸⁹ İba, *op. cit.*, s. 50.

⁵⁹⁰ Güneş, Turan, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1965, s. 41.; Özbudun, *op. cit.*, s. 175; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 237.

⁵⁹¹ Anayasa Mahkemesi, T. 11.10.1963, E. 1963/124, K. 1963/243, *AMKD*, S. 1, Ankara, 1964, s. 430-431; T. 12.07.1965, E. 1965/19, K. 1965/42, *AMKD*, S. 3, 2. B., Ankara, 1992, s. 196.

⁵⁹² Özbudun, *op. cit.* s. 176.

gereğidir⁵⁹³. Ancak mevzuatta, belli bir kişiyi kanuni bir yükümlülükten kurtarmamakla beraber ona bir takım yararlar sağlayan kanun örnekleri bulunmaktadır⁵⁹⁴.

- d) Yasama organının kendi iç işleyişine ilişkin konuların da (TBMM İç Tüzüğü ile düzenlenmesi gereken konular) kanun ile düzenlenemeyeceği savunulmaktadır⁵⁹⁵.
- e) Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini yasakladığı konularda, kanun çıkarılamaz. 1982 Anayasa'nın 107. maddesi; “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir” diyerek bu alanı kanun koyucuya yasaklamıştır⁵⁹⁶.
- f) Son olarak, Anayasa'nın ve TBMM İç Tüzüğü'nün, karar şeklinde yapılmasını emrettiği yasama işlemlerinin de kanun şeklinde yapılamayacağı açıktır.

6216 sayılı Kanun'un 45/3 maddesi gereğince, bir yasama işlemi olan kanun veya bir düzenleyici işlem olan kanun düzeyindeki düzenleyici işlemler (kanun hükmünde kararnameler), doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurusunun konusu olamayacağı açıktır. Bu nedenden dolayı bizatihi Anayasa'ya aykırı bir kanunun uygulanmasından dolayı bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilmiş olması durumunda, Anayasa Mahkemesi, işleme dayanak teşkil eden kanunu Anayasaya uygunluk açısından doğrudan denetleyip iptal edemeyecektir. Anayasa Mahkemesi, böyle bir durumda, 6216 sayılı Kanun'un 50/2 maddesine göre, “ihlali

⁵⁹³ *Ibid.*, s. 176-177; Teziç, Erdoğan, “Parlamento Kararı ve Kanun”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 5, 1998, s. 122.

⁵⁹⁴ Belli kişilere yükümlülük getirmemek veya onların yükümlülüklerini kaldırmamakla beraber, onlara bazı özel yararlar sağlayan kanunlar Güneş eşitlik ilkesine aykırı görmemekte buna karşın Özbudun, kamu yararı ile eşitlik ilkesine istisna getirilebileceğini ancak bu tür kanunlarda imtiyazın nerede başlayıp nerde biteceğini saptamanın oldukça güç olduğunu belirtmektedir. Özbudun, *op. cit.* s. 177.

⁵⁹⁵ Çekiç, *op. cit.*, s. 117.

⁵⁹⁶ Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği uygulamada hem 18 Ağustos 1983 tarih ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile hem de 17 Ağustos 1983 tarih ve 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Kanunu ile düzenlenmektedir. Anayasa'nın 107. maddesine göz önüne alındığında 2879 sayılı kanunun Anayasaya aykırı olduğu söylenebilir. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 237.

ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere” dosyayı ilgili mahkemeye gönderen bir karar verirse; ilgili mahkeme, Anayasa Mahkemesi’nin geri gönderme kararından sonra başlattığı yeniden yargılama esnasında, tartışma konusu kanunu somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkeme’sinin önüne götürebilir. Aydın tarafından önerilen bir başka yol da Anayasa Mahkemesi’nin, 6216 sayılı Kanun’un 50/1 maddesindeki “İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir” şeklinde düzenlemeye dayanarak, kanunun yasama organı tarafından yürürlükten kaldırılmasına hükmedebilir. Bu ikinci ihtimalde kanunun ilga edecek olan yasama organıdır. Aydın, yasama organının bu hükme uymayan üyelerinin muhtemelen yargı kararlarını yerine getirmemekten dolayı sorumlu olacağını belirtmektedir⁵⁹⁷. Ancak oylamanın işaretle yapılması, Anayasa Mahkemesi kararının gereğini yerine getirmeyen milletvekillerinin tespitinde güçlükler yaratacağından, böyle bir çözümün kabul edilmesi durumunda oylamaların açık oy şeklinde yapılması gerektiği yönünde TBMM İçtüzüğü’nde bir değişikliğin yapılması gerekir.

Aslında 6216 sayılı Kanun tasarısında, bu sorunun çözümü öngörülmüştü. Hükümetin hazırladığı tasarının 49. maddenin 6. fıkrası şu şekildeydi; “(6) Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar⁵⁹⁸”. Ancak bu fıkra, Anayasa Mahkemesi’ne Anayasa’da olmayan yeni bir iptal davası açma imkânı yarattığı ve bunun da Anayasa’ya aykırı olduğu iddiaları⁵⁹⁹ karşısında alt komisyonda tasarıdan çıkarılmış, esas komisyonda

⁵⁹⁷ Aydın, *op. cit.*, s. 141.

⁵⁹⁸ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı , <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0993.pdf> (08.04.2013).

⁵⁹⁹ “İsa Gök, komisyonlar ve bölümlere Yargıtay’a dahi verilmeyen bilirkişi ve keşif imkanı verilmesine itiraz etmiştir. Ayrıca altıncı fıkra da 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. Ayhan Sefer Üstün bölümlerde görev yapan üyelerin genel kurula da katılacaklarını bunun, sakıncalı olacağını, yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde hassasiyet göstererek yeni düzenlemeyi yapması gerektiğini söylemiştir. İtiraz yolu ile Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerce ileri sürülmesi durumunda vakıa ve delil değerlendirme, hukuku somut olaya uygulama mahkemenin takdir yetkisinde olmakta, itiraz halinde mahkeme aradan çıkmaktadır. Bu görüşler doğrultusunda maddenin üçüncü fıkrasının, bilirkişi incelemesi ve keşifle ilgili bölümü ayrıca altıncı fıkrası metinden

da alt komisyonun bu tavrı aynen benimsenmiştir⁶⁰⁰. Yapılan düzenleme ile kanun koyucu, Bölümler'in, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varması durumunda, bunların iptali istemiyle Genel Kurula başvurmalarını yasaklamıştır. Bu durum, Anayasa'ya aykırı bir kanun ya da KHK'nın uygulanmasından kaynaklanan temel hak ve özgürlük ihlallerinin tekrarlanmasına ve sürekli buna karşı benzer bireysel başvuruların yapılmasına sebep olacaktır. Bu sebeple, Anayasa'da ve 6216 sayılı Kanun'da, Bölümler'e bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varmaları durumunda, bunların iptali istemiyle Genel Kurul'a başvurmaları yönünde yetki veren bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

3.1.2.3.1.2. Parlamento Kararı

Parlamento kararları, esas olarak yasama organının kendi iç yapısına ve çalışma düzenine ilişkin kararlar ile yürütme ve yargı organı ile olan ilişkileri çerçevesinde alınan kararlardır⁶⁰¹. Dolayısı ile her şey parlamento kararı konusu olmaya elverişli değildir. Başka bir ifade ile kanun ile düzenlenmesi gereken konularda, parlamento kararı alınamaz. Örneğin Anayasanın 13. Maddesi, temel hak ve hürriyetlerin kanun ile sınırlanabileceğini, 38. maddesi suç ve cezaların ancak kanun ile konulabileceğini veya 73/3. maddesi vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin ancak kanunla konulup, değiştirilip veya kaldırılabilceğini belirtmektedir. Dolayısı ile bu konuların parlamento kararı ile düzenlenmesi mümkün değildir.

çıkartılmıştır.” *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu* (1/993), s. 20. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf> s. 20. (08.04.2013).

⁶⁰⁰ *Ibid.*

⁶⁰¹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, op. cit., s 244.

Parlamento kararları genel kurulda yapılan oylama neticesinde alınırlar. Dolayısı ile bir parlamento kararının alınabilmesi için Anayasa ve TBMM İçtüzüğü'nde öngörülen karar yeter sayısının sağlanması gerekmektedir⁶⁰².

Parlamento kararlarının kanunlardan bir farkı da yayınlanmaları için devlet başkanına gönderilmeleri şart değildir. Bunların bir kısmı Resmi Gazete'de yayınlanır, bir kısmı yayınlanmaz. Resmi Gazete'de yayınlananlar, TBMM başkanının imzasıyla yayına gönderilir⁶⁰³.

Parlamento kararları kural olarak yargı denetimine tabi değildirler. Parlamento kararları da kanunlar gibi bir yasama işlemidirler. Ancak kanunlardan farklı olarak ,yargı denetimine tabi değildirler. Ancak 1982 Anayasası, üç tane parlamento kararını bu kuraldan istisna tutmuştur. Yani şu üç parlamento kararı yargı denetimine tabidir. Bunlar: TBMM, İçtüzüğü (Any., m. 148), milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması kararı (m. 85) ve milletvekilliğinin düşmesi kararıdır (m. 85).

TBMM'nin hangi yasama işlemlerini karar şeklinde yapacağı esas olarak 1982 Anayasası'nda düzenlenmiş olmakla beraber, TBMM İçtüzüğü'nde ve çeşitli kanunlarda (6112⁶⁰⁴ ve 6085⁶⁰⁵ sayılı kanun) parlamento kararı şeklinde yapılacak yasama işlemlerinden bahsedilmektedir. TBMM'nin Anayasa'da öngörülen, kakar şeklinde yapması gereken yasama işlemleri şunlardır: TBMM'nin kamu başdenetçisini seçmesi (Any., m. 74/5), kendi seçimlerinin yenilenmesine karara vermesi (m. 77/2), bir milletvekilinin altı ayı geçmemek üzere Bakanlar Kurulu'nca verilecek görevi kabul etmesine ilişkin kararlar (m. 82/2), yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı (m. 83), milletvekilliğinin düşmesi kararı (m. 84), savaş ilanı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesi veya yabancı silahlı

⁶⁰² Karar yeter sayısı en az üye tam sayısının (550) 1/3'ü (184) ile toplanmak zorunda olan TBMM'de toplananların salt çoğunluğudur. Ancak bu salt çoğunluk da hiçbir zaman üye tam sayısının 1/4'ünün 1 fazlasından (139) az olamaz. (Any, m. 96, TBMM İçtüzüğü, m. 146).

⁶⁰³ Hangi parlamento kararlarının Resmî Gazete'de yayınlanacağı, TBMM İçtüzüğü'nün 182'nci maddesi uyarınca Başkanlık Divanının 23.6.1989 tarihli ve 40 sayılı kararı ile kabul etmiş olduğu "Resmî Gazetede Yayımlanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararları; Meclisin Yaptığı Seçimlerin Sonuçları; Başkanlık Divanı Kararları Hakkında Yönetmelik"te belirtilmiştir. Karar için bakınız: <http://www.tbmm.gov.tr/genser/m6.pdf> (08.04.2013).

⁶⁰⁴ 15.02.2011 tarih ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, Resmi Gazete, 03.03.2011, S. 27863.

⁶⁰⁵ 3.12.2010 tarih ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu, Resmi Gazete, 19.12.2010, S. 27790.

kuvvetlerin Türkiye’de bulunmasına izin verilmesi kararı (m. 92), TBMM’nin tatile girmesi kararı (m. 93/2), TBMM başkanının ve başkanlık divanının seçilmesi kararı (m. 94), TBMM İçtüzüğü (m. 95), TBMM’ce kapalı oturum yapılması, bu oturumda alınan kararların yayınlanması yönündeki kararları (m. 97), genel görüşme açılması kararı (m. 98), meclis araştırması açılması kararı (m. 98), gensorunun gündeme alınıp alınmaması kararı (m. 99), başbakan veya bakanlar hakkında meclis soruşturması açılması ve Yüce Divan’a sevk kararı (m. 100), Cumhurbaşkanının vatana ihanetten dolayı Yüce Divan’a sevk kararı (m. 105), Bakanlar Kurulu’nu göreve başlaması sırasında güven veya güvensizlik kararı, (m. 110) veya görevde iken gensoru veya güven istemi sonucunda Bakanlar Kurulu veya bir bakan hakkında verilen güven veya güvensizlik kararı (m. 99, 111), olağanüstü hal ilan kararının onaylanması, kaldırılması veya uzatılması kararı (m. 121/1), sıkıyönetim ilan kararının onaylanması, kaldırılması veya uzatılması kararı (m. 122/1/4), Anayasa Mahkemesi’ne üye seçme kararı (m. 146/1) ve kalkınma planlarının onaylanması kararı (m. 166).

TBMM’nin, TBMM İçtüzüğü’nde öngörülen, karar şeklinde yapması gereken yasama işlemleri ise açık oylama kararı (İçtüzük, m. 143), gizli oylama kararı (m. 147) ve komisyonların seçilmesi kararıdır (m. 20).

TBMM bazı kanunlarla kendisine verilmiş olan üye seçimi işlemlerini parlamento kararı şeklinde yapmaktadır. Bunlardan biri, 15.02.2011 tarih ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 35. maddesine göre Radyo Televizyon Üst Kurulu’na (RTÜK’e) üye seçme yetkisi TBMM’ye verilmiştir. Diğerisi ise 3.12.2010 tarih ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu’nun 13, 15 ve 16. maddelerine göre Sayıştay başkanı ve üyelerinin seçimi TBMM’ye verilmiştir. TBMM bu seçimleri, parlamento kararı şeklinde yapmaktadır.

TBMM’nin karar şeklinde yaptığı bir diğer işlem de 1990 tarih ve 3620 sayılı “Türkiye Büyük Millet Meclisinin Dış İlişkilerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’da yer almaktadır. Buna göre; “Dostluk grupları ve parlamentolar arası birlik grupları Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’nda alınacak karar üzerine kurulurlar” (3620 sayılı Kanun, m. 4/1). Yine aynı Kanun’a göre yabancı

parlamentolardan TBMM'ye yapılacak ziyaret davetlerine uyup uymamak konusunda karar TBMM Genel Kurulu'nda alınır (m. 6/1).

TBMM, “kanun” şeklinde yapması gereken bir işlemi karar şeklinde yapması durumunda Anayasa Mahkemesi, kendisini TBMM'nin nitelemesiyle bağlı görmemekte, yapılan işlem, maddi açıdan kanun ise yapılan işlemi denetlemektedir⁶⁰⁶. Bir yasama işlemi ister, kanun ister karar isterse bir sonraki başlık altında belirtilen diğer yasama işlemlerinden olsun kural olarak yasama işlemleri bireysel başvuruya konu olamaz. Hatta yargı denetimine tabi olan üç parlamento kararı da (TBMM İçtüzüğü, milletvekilliği dokunulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliğinin düşmesi kararı) Anayasa Mahkemesi tarafından denetlendiği ve Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı da bireysel başvuru mümkün olmadığı için bireysel başvuruya konu olamaz (6126 sayılı Kanun, m. 45/3).

3.1.2.3.1.3. Diğer Yasama İşlemleri

Yasama işlemlerinin hepsinin sonucunda ortaya bir “kanun” ya da “karar” çıkmayabilir. Dolayısı ile kanun ve karar dışında başka yasama işlemleri de mevcuttur. Bunlar, TBMM Genel Kurulu'nun bilgisine sunulmakla tamamlanan, maddi açıdan kanun ya da karar şeklinde olmayan yasama işlemleridir⁶⁰⁷. İba, bu tür yasama işlemleri için “bilgiye sunma işlemleri” veya Genel Kurul'a sunulmakla oylamasız sonuçlandığı için “bildirici yasama işlemleri” terimini kullanmaktadır⁶⁰⁸. Çekiç de bu tür yasama işlemleri için “diğer (isimsiz) yasama işlemleri” terimini kullanmaktadır⁶⁰⁹. Ancak burada, kanun ya da karar dışında kalan bu işlemlere, bu iki kategori dışında kalmaları yönüne vurgu yapılarak, “diğer yasama işlemleri” denilecektir.

Diğer yasama işlemlerine örnek olarak Anayasa'nın 84/2 maddesindeki düzenleme gösterilebilir. Anayasa'nın 84. maddesinin 2. fıkrasına göre; “milletvekilliğinin kesin hüküm giyme veya kısıtlanma halinde düşmesi, bu

⁶⁰⁶ Anayasa Mahkemesi, T. 22.02.1997E. 1997/6, K. 1997/14, *AMKD*, S. 15, 2. B., Ankara, 1991, s. 186-187.

⁶⁰⁷ İba, *op. cit.*, s. 50.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, s. 51.

⁶⁰⁹ Çekiç, *op. cit.*, s.113.

husustaki kesin mahkeme kararının Genel Kurula bildirilmesiyle olur”. Bu bildirim sonucunda kanun ya da karar şeklinde bir yasama işlemi ortaya çıkmaz. Benzer şekilde, bazı komisyon raporlarına ilişkin yürütülen işlemlerin tamamlanması da TBMM Genel Kurulu’na sunulmakla tamamlanır. Milletvekillerinin komisyon üyeliğinden istifa işlemi de diğer yasama işlemleri türünde bir işlemdir. Nitekim, bir milletvekili üyesi olduğu komisyondan istifa ettiğinde, milletvekilinin TBMM Başkanlığına hitaben yazdığı önerge Genel Kurulun bilgisine sunulmakta ve böylece istifa işlemi gerçekleşmektedir⁶¹⁰.

TBMM İçtüzüğü’nün 105. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, meclis araştırmasını üç ay içerisinde bitiremeyen komisyona bir aylık kesin süre verilir. Maddenin bu emredici hükmü karşısında uygulamada, meclis araştırması komisyondan gelen süre uzatma talebi yazısı, Meclis Genel Kurulu’nun bilgisine sunulmakta ve neticesinde herhangi bir oylama yapılmaksızın birleşimi yöneten Başkan tarafından İçtüzüğün 105’inci maddesi uyarınca komisyona bir aylık ek süre verildiği Meclis Genel Kurulu’na bildirilmektedir. Keza benzer şekilde meclis soruşturması için kurulan “komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclise sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona iki aylık yeni ve kesin bir süre verilir” (Any., m. 100/2, TBMM İçtüzüğü, m. 110/3). Anayasanın ve TBMM İçtüzüğü’nün bu emredici hükmü karşısında, meclis soruşturma komisyonlarına ek süre verilebilmesi için komisyonun bu yöndeki istem yazısının Genel Kurulun bilgisine sunulması yeterli olmaktadır⁶¹¹.

Diğer yasama işlemlerinden biri de 28.3.1990 tarih ve 3620 sayılı “Türkiye Büyük Millet Meclisinin Dış İlişkilerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun”da yer alan düzenlemedir. Kanunun 1. maddesinde TBMM’nin milletlerarası faaliyetlerinden başlıcaları örnekleyici bir biçimde sayılmış, 2. maddesinde ise dostluk grupları hariç olmak üzere bu ilişkilerde TBMM’yi temsil edecek heyet üyelerinin seçilme esasları düzenlenmiştir. Buna göre; “Türkiye Büyük Millet

⁶¹⁰ Neziroğlu, İrfan, *Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları*, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2008, s. 279.

⁶¹¹ İçtüzüğün, 105/2 maddesine göre araştırma komisyonuna bir aylık kesin süre verilmesi veya 110/3. maddesi gereği araştırma komisyonuna iki aylık kesin süre verilmesi aslında bir parlamento kararı olmamasına rağmen, uygulamada, “TBMM Kararı” olarak Resmî Gazete’de yayımlanmaktadır. Çekiç, *op. cit.*, s. 126-127.

Meclisini temsil edecek asil ve yedek üyeler mensup oldukları siyasi parti grubunun iç yönetmelik hükümlerine göre aday gösterilirler. Bu adaylar TBMM Başkanlığınca Genel Kurulun bilgisine sunulmakla seçilmiş sayılırlar” (3620 sayılı Kanun m. 2/1/a). Burada işlem Genel Kurul’un bilgisine sunulmakla sonuçlanmaktadır.

Diğer yasama işlemlerine bir başka örnek de anayasa teamülü haline gelmiş olan, ortak bildirilerin yayınlanmasıdır. Anayasa’da ve İçtüzük’te hakkında bir hüküm bulunmayan ortak bildirilerin yayınlanmasında, TBMM’de temsil edilen ve grubu bulunsun bulunmasın, tüm siyasi parti temsilcilerinin ve varsa bağımsızlar adına bir bağımsız milletvekilinin imzasının bulunması yeterli olup, imzanın zaten genel bir kabulün göstergesi olması hasebiyle oylama yapılması ve karar alınmasına da gerek görülmemektedir⁶¹².

3.1.2.3.1.4. Yasama Organının İdari Nitelikteki İşlemleri

Organik (şekli) kritere göre yasama organının işlemleri esas olarak yasama işlemi kabul edilmesine rağmen, yasama organının bazı işlemleri maddi kriter açısından değerlendirildiğinde idari nitelikte işlemler olduğu görülmektedir. Meclis Başkanlık Divanı’nın İçtüzükten aldığı yetkilere dayanarak yaptığı bazı düzenleyici işlemler, milli saraylara ve personele ilişkin yetkiler çerçevesinde tesis ettiği işlemler, yasama organının yaptığı idari nitelikte işlemlerdir⁶¹³. Meclis Başkanlık Divanı’nın yasama faaliyeti ile ilgili olmayan başka bir deyişle idari nitelikteki işlemlerinin neler olduğunu belirlemenin pratikteki önemi, idari nitelikteki işlemlere karşı idari yargı yolunun açık olması⁶¹⁴ ve dolayısı ile idari yargı yolunda elde edilecek nihai karardan sonra da Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru imkânının bulunmasından kaynaklanmaktadır.

Meclis Başkanlık Divanı’nın işlemleri, organik (şekli) kriter göre birer yasama işlemidirler. Ancak, organik (şekli) kriter, maddi kriterle birlikte değerlendirildiğinde, Başkanlık Divanı işlemlerinin bir kısmının aslında düzenleyici

⁶¹² Neziroğlu, *op. cit.*, s. 128.

⁶¹³ Yücel, Bülent, “Hukuki İşlemlerin Sınıflandırılması Bakımından Yasama-İdare İşlevi Ayrımı ve Yasama Organının İdari İşlemleri”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 4, S. 1, 2004, s. 5-10.

⁶¹⁴ Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 253.

idari işlem oldukları görülmektedir. Bu bağlamda Meclis Başkanlık Divanı, TBMM İçtüzüğü'nün verdiği yetkilere dayanarak bazı düzenleyici işlemler yapabilmektedir. Meclis Başkanlık Divanı'na tanınan düzenleyici işlem yapma yetkilerine örnek olarak şunlar gösterilebilir:

- a) Ziyaretçilerin ziyaret usullerinin belirlenmesine dair yönetmelik çıkarma yetkisi (TBMM İçtüzüğü, m. 166).
- b) Genel Kurul ve komisyonlardaki çalışmaları takip edecek basın yayın mensuplarına özel giriş kartı verilmesi ile basın ve yayın organları üyelerine özel dinleme locaları ve çalışma büroları ayırmak ve basın ve yayın organları üyelerine ilişkin diğer kuralları saptamak üzere yönetmelik çıkarma yetkisi (m. 168).
- c) TBMM kitaplığından faydalanma ile ilgili şartların Başkanlık Divanı'nca onaylanacak bir yönetmelikle saptanması (m. 173).
- d) Eski ve yeni milletvekillerine verilecek tanıtıcı belge ve işaretlerin nitelikleriyle nerede kullanacaklarına ilişkin olarak yönetmelik çıkarma yetkisi (m. 175).
- e) TBMM bina, bahçe ve arsalarının bakım, yapım ve onarımı hakkında karar alma yetkisi (m. 176/5).
- f) Meclis kararları ile Meclisin yaptığı seçimlerin sonuçlarından ve Başkanlık Divanı kararlarından hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağını Başkanlık Divanı'nın hazırlayacağı bir yönetmelikle düzenlenmesi (m. 182/2)

Meclis Başkanlık Divanı'na, TBMM İçtüzüğü haricinde, 2919 sayılı TBMM Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu da düzenleyici işlem yapma yetkisi vermektedir. (2919 sayılı Kanun m. 4/2⁶¹⁵ ve m. 16⁶¹⁶). Bunun dışında, Meclis Başkanlık Divanı,

⁶¹⁵ Yasama faaliyetiyle ilgili idari hizmetleri yürüten uzman, uzman yardımcısı ve raportörlerle stenograflar, yükseköğrenim görmüş kişiler arasından özel yarışma sınavı ile alınırlar. Bunlarda aranacak nitelikler, hizmete alınmaları, yetiştirilmeleri, yeterliliklerinin tespiti ve meslek içi ilerlemeleri ile istisnai memurluklara atanacaklarda aranacak özel şartlar ve atamalarda uygulanacak esaslar Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir” 13.10.1983 tarih ve 2919 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu,, m. 4/2.

⁶¹⁶ “Emniyet ve diğer kolluk hizmetleri için tahsis edilen kuvvetlerin Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı tarafından kullanılma ve idame esaslarına ilişkin hususlar Genelkurmay Başkanlığı ve

28.3.1990 tarihli ve 3620 sayılı “Türkiye Büyük Millet Meclisinin Dış İlişkilerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun”a dayanarak, hükümetin görüşünü almak koşuluyla parlamentolar arası birlik gruplarının tüzüklerini hazırlama yetkisine de sahiptir (3620 sayılı Kanun, m. 5/b).

Osmanlı İmparatorluğu’nun yıkılmasından sonra TBMM, İmparatorluktan miras kalan Milli Saraylara ilişkin yetkiye de sahip kılınmıştır. Milli Saraylar; TBMM’ne bağlı saray, köşk, kasır, fabrika tanıtım ve konukevi ile bunlara bağlı bina, tesis, eklenti ve arazilerden oluşur⁶¹⁷. Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin idare ve kontrolünde bulunan kültür ve tabiat varlıklarının (mili sarayların) korunması, TBMM Başkanlığınca yerine getirilir. Bu korunmanın sağlanmasında, gerektiğinde, Kültür ve Turizm Bakanlığının teknik yardımı ve işbirliği sağlanır⁶¹⁸. TBMM Başkanlığı da bu iş için idari teşkilatında; saray, köşk, kasır, müze ve tarihi fabrikaların, uluslararası müzecilik ve konservasyon standartlarına uygun olarak bakımı, onarımı, ve korunması ile görevli olmak üzere TBMM, Milli Saraylardan sorumlu Genel Sekreter Yardımcılığı oluşturmuştur (2919 sayılı Kanun, m. 4/1). Buna bağlı da Milli Saraylar Daire Başkanlığı birimi oluşturulmuştur⁶¹⁹. Milli sarayların bakımı, onarımı ve korunması kapsamında yapılan işlemler de yasama işlemi değil, idari nitelikte işlemlerdir.

Meclis Başkanlık Divanı’nın, kendi personeline ilişkin olarak yaptığı işlemler de idari niteliktedir. Meclis Başkanlık Divanı, personele ilişkin idari işlem tesis etme yetkisi, TBMM İçtüzüğü’nden ve 2919 sayılı TBMM Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu’ndan kaynaklanmaktadır⁶²⁰. TBMM İçtüzüğü’nden kaynaklanan bu yetkilere örnek olarak; Genel Kurul salonundaki görevlilerin kıyafetlerini belirlemek (İçtüzük, m.56/3) ve TBMM’nin iç hizmetlerine ilişkin düzenleyici kararlar almak (m. 171) gösterilebilir. 2919 sayılı TBMM Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu’ndan kaynaklanan yetkilere örnek olarak; 2919 sayılı Kanunu’na bağlı cetvellerde

İçişleri Bakanlığının görüşleri alınarak Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir” (2919 sayılı Kanun, m. 16/1).

⁶¹⁷ 27.06.2012 Tarihli Türkiye Büyük Millet Meclisi Koruma Daire Başkanlığı Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği, m. 4/1/m.

⁶¹⁸ 21.7.1983 Tarih ve 2863 sayılı Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, m. 10/2.

⁶¹⁹ Yücel; *op. cit.*, s. 9; Bakırcı, Fahri, TBMM’nin Çalışma Yöntemi, İmge Kitabevi, Ankara, 2000, s. 263.

belirtilen kadro sayısı ile sınırlı kalmak kaydıyla, yılda bir kez, kadro derecelerinde gerekli değişiklikleri yapmak (2919 sayılı Kanun, m. 6/1), personelin atanması ve görevden alınması (m. 5), derece yükseltilmesi (m. 4/son), aylık ve fazla mesai ücreti (m.9) gibi özlük haklarına ilişkin yetkileri kullanmak, komisyonlarda görevli raportörlerden sözleşmeli olarak istihdam edilenlere verilecek ücret ve sair haklar konusunda karar almak (m. 11), kamu kurum ve kuruluşlarındaki personelin görevlendirilmesi (m. 12), sözleşmeli personel çalıştırma usul ve esasları ile ücret miktarı (Ek, m. 1)) ve Meclis'te çalışan personele ödenen özel hizmet tazminatıyla ilgili konuları belirlemek (Ek, m. 2) gösterilebilir.

Meclis Başkanlığı'nın idari nitelikteki işlemlerinden biri de Meclis'in bütün bina, tesis, eklenti ve arazisinde emniyeti gerçekleştirmek için yapılan kolluk ve yönetim hizmetlerine ilişkin olan işlemleridir (Any., m. 95/3; İçtüzük, m. 14/1/8 ve 2919 sayılı Kanun, m. 7).

Türkiye Büyük Millet Meclisi Kültür Sanat Yayın Kurulu'na TBMM Başkanı'nca dört üye seçilebilmektedir⁶²¹. Bu da niteliği itibari ile bir idari işlemdir. Bunun dışında Meclis Başkanlık Divanı, 28.3.1990 tarihli ve 3620 sayılı "Türkiye Büyük Millet Meclisinin Dış İlişkilerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun"a dayanarak, Meclisi temsil etmek üzere oluşturulan heyetlerin sayısı ve oranlarını belirleyebilmektedir. Yine, aynı Kanun gereğince Meclis binalarının kullanılmasına izin vermek yetkisi de Başkanlık Divanı'na bırakılan yetkilerdendir (m. 15). Bu konudaki yetkiler ise birer idari işlem şeklinde kullanılmaktadır.

3.1.2.3.2. Düzenleyici İdari İşlemler

İdari işlem, kamu gücü ayrıcalıkları içeren ve hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamalarıdır⁶²². Bir işlemi idari işlem yapan şey, onun idareden çıkmış olmasından ziyade, kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olmasıdır⁶²³. Dolayısı ile idarenin her işlemi bir idari işlem olmayabilir⁶²⁴. Çünkü idarenin kamu

⁶²¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi Kültür Sanat Yayın Kurulu'nun Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik, m. 4/2/a.

⁶²² Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 251-252.

⁶²³ *Ibid.*, 251.

⁶²⁴ Günday, op. cit., s. 110; Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 250.

gücü ayrıcalıkları ile donatılmamış, özel hukuka tabi işlemleri de vardır. Bu tür işlemler, “idarenin özel hukuk işlemleri”dir. Bunlara örnek olarak, idarenin kendi özel mallarına ilişkin tesis ettiği işlemler, kamu tüzel kişilerinin özel hukuk sözleşmeleri ve kamu iktisadi teşebbüslerinin üçüncü kişilerle yapmış oldukları işlemler gösterilebilir⁶²⁵.

İdari işlemler, kendi arasında tek yanlı ve iki yanlı idari işlemler olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar. Tek yanlı idari işlemler, ilgilinin rıza ve muvafakatine bağlı olmaksızın, idarenin tek yanlı açıkladığı iradesi ile gerçekleşen işlemlerdir. Örneğin kamulaştırma kararı veya idarenin bir kamu görevlisine verdiği disiplin cezası gibi. İki yanlı idari işlemler ise idare ile ilgilisinin birbirlerine yönelik açıkladığı iradelerin uyuşumu sonucu ortaya çıkan işlemlerdir⁶²⁶. Örneğin, idari sözleşmeler, iki yanlı idari işlemlerdir.

Tek yanlı idari işlemler de kendi arasında, bireysel işlemler ve düzenleyici işlemler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bireysel idari işlemler, belli bir kişiye ve duruma ilişkin olarak yapılan tek yanlı idari işlemlerdir. Örneğin atama işlemi veya bir memura verilen disiplin cezası gibi. Buna karşın düzenleyici idari işlemler, belli bir kişi veya duruma ilişkin olmayıp, genel ve soyut hukuk kuralları koyan tek yanlı idari işlemlerdir⁶²⁷. İşte 6216 sayılı kanunun 45. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacak “düzenleyici idari işlemler”den kasıt bu tanıma dâhil olan tek yanlı idari işlemlerdir. Bu tanıma dâhil olan idarenin düzenleyici işlemleri; “kanun hükmünde kararname”, “tüzük”, “yönetmelik” ve “diğer düzenleyici işlemler”dir. İşte, 6216 sayılı Kanun’un 45/3 maddesi gereği bu düzenleyici idari işlemler aleyhine, doğrudan Anayasa Mahkemesi’ne başvurmak mümkün değildir.

Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK), Bakanlar Kurulu’nun, TBMM’den aldığı yetkiye dayanarak Anayasa’nın cevaz verdiği konularda çıkardığı ve daha sonra TBMM’nin onayına sunduğu kanun düzeyinde düzenleyici işlemlerdir. Bakanlar Kurulu bu düzenleyici işlemi, olağan dönemde, TBMM tarafından verilen

⁶²⁵ Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 249-250.

⁶²⁶ Günday, *op. cit.*, s. 110

⁶²⁷ *Ibid.*

yetkiye dayanarak yaparken; olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, TBMM'den çıkacak yetki kanuna ihtiyaç duymaksızın bu düzenleyici işlemi yapabilmektedir (Any., m. 91). Ayrıca olağan dönemde çıkarılan KHK'lar, Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi iken; olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan KHK'lar'ın Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamamaktadır (m. 148/1)

Tüzükler, bir kanunun uygulanmasını göstermek ve emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay incelemesinden geçirilmek koşuluyla Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan düzenleyici idari işlemlerdir (Any. m. 115). Tüzükler, bir idari işlem olmasından dolayı Anayasa'nın 125/1 maddesi uyarınca yargı denetimine tabidirler. 06.01.1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'un 24/1/a maddesi uyarınca Tüzükler, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay tarafından denetlenmektedirler.

Yönetmelikler, başbakanlık, bakanlık ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarının ilgilendiren kanun ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşulu ile çıkardıkları düzenleyici idari işlemlerdir. Anayasa'da, yönetmelik çıkaracak makamlar ismen sayılmasına ve bu sayımlar arasında Bakanlar Kurulu'nun ismi olmamasına rağmen, uygulamada Bakanlar Kurulu'nun da yönetmelik çıkardığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında, bakanlıklara ve hatta kamu tüzel kişiliklerine bile verilen yönetmelik çıkarma yetkisinin başbakan ve Bakanlar Kurulu'na öncelikle verildiğinin kabulü gerekir diyerek, Bakanlar Kurulu'nun da yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir⁶²⁸. Yönetmelik, idarenin en geniş ev en genel işlem türü olması hasebiyle, icrai karar almaya yetkili her idari makamın yönetmelik çıkarma yetkisinin olduğunu kabul etmek gerekir⁶²⁹. Bu bağlamda TBMM başkanlığının da yönetmelik çıkarma yetkisinin olduğu kabul edilmelidir⁶³⁰. Zaten uygulamada, TBMM de yönetmelik çıkarmaktadır.

⁶²⁸ Anayasa Mahkemesi, T. 23,24,25.10.1969E. 1967/41, K. 1969/57, *AMKD*, S. 8, 2. B., Ankara, 1991, s. 40.

⁶²⁹ Özbudun, *op. cit.*, s. 219.

⁶³⁰ Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 421.

Yönetmelikler de bir idari işlem olması hasebiyle Anayasa'nın 125/1 maddesi uyarınca yargı denetimine tabidirler. Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak yönetmelikler Danıştayca (2575 sayılı Kanun, m. 24/1/c); Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve belli bir yerde uygulanacak olan yönetmelikler ise o yerde bulunan genel görevli idari yargı mercii olan idare mahkemesince denetlenirler⁶³¹.

Anayasa'da öngörölmüş düzenleyici idari işlemler, “kanun hükmünde kararname”, “tüzük” ve “yönetmelik”tir. Ancak uygulamada idarenin, bu üç düzenleyici idari işlem dışında da çeşitli adlarla başka düzenleyici idari işlemler yaptığı da görölmektedir. İdare tarafından “kararname”, “karar”, “tebliğ”, “sirküler”, “genelge”, “ilke kararı”, “yönerge”, “talimat”, “statü”, “genel emir”, “tenbihname”, “genel tenbih”, “ilan”, “duyuru”, “plan”, “tarife”, “izahname”, “açıklama” gibi çeşitli isimler altında çıkarılan; Gözlerin “adsız düzenleyici işlemler”⁶³² dediğı “diğer düzenleyici işlemler”i de vardır. Diğer düzenleyici işlemlerin yönetmeliklerle aynı hukuki rejime tabi oldukları kabul edilmektedir⁶³³.

3.1.2.3.3. Anayasa Mahkemesi Kararları

6216 Sayılı Kanun'un 45/3 maddesine göre, aleyhine bireysel başvurunun yasaklandığı kamu gücü işlemlerinden biri de Anayasa Mahkemesi kararlarıdır. Anayasa Mahkemesi kararları şunlardır:

- a) Anayasa Mahkemesi'nin soyut ya da somut norm denetimi üzerine verdiği kararlar (Any., m. 148/1, m. 152/1).
- b) Bireysel başvurular üzerine verdiği kararlar (m. 148/3).
- c) Yüce Divan sıfatıyla verdiği kararlar (m. 148/6-7)
- d) Siyasi partilerin kapatılması davalarında verdiği kararlar (m. 69/4)
- e) Siyasi partilerin mali denetimi sonucunda verdiği kararlar (m.69/3)

⁶³¹ Günday, *op. cit.*, s. 105.

⁶³² Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 423-424.

⁶³³ *Ibid.*, s. 245.

- f) TBMM'nin, milletvekillerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesi kararlarına karşı açılan iptal davalarında verdiği kararlardır (m. 85).

Anayasa Mahkemesi, soyut norm (dava yolu) denetimi ile kanunları, kanun hükmünde kararnameleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nü, Anayasaya şekil ve esas bakımlarından, Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından (m. 148/1) ; somut norm denetimi (defi yolu ile denetim veya itiraz yolu) yolu ile de bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini, sadece esastan inceleyip denetlemekte; bu denetleme sonucunda ret veya iptal kararı vermektedir. Ret kararları, Anayasa Mahkemesi'nin ilk inceleme sonucu (iptidaen) verdiği ret kararı ve esastan inceleme sonucu verdiği ret kararı vermek üzere ikiye ayrılır. Anayasa Mahkemesi, ilk incele sonucunda aleyhine iptal başvurusu yapılan normların, m. 148/1 veya 152/1'de belirtilen normlardan herhangi biri olmaması nedeniyle “görevsizlik”; itiraz yoluna başvuranın bir mahkeme olmaması veya aleyhine iptal başvurusu yapılan kanunun veya kanun hükmünde kararname hükmünün davada uygulanmayacak olması nedeniyle “itiraz yoluna başvuranın yetkisizliği”; soyut norm denetiminde dava açma süresinin geçmesi nedeniyle “süre yönünden” ve yine soyut norm denetiminde dava açmaya yetkisi olmayanların başvuruda bulunmuş olması durumunda “dava yoluna başvuranın yetkisizliği” nedenlerinden bireyle ilk inceleme sonucu ret kararı verilebilir⁶³⁴. Esastan ret kararı ise denetlenen normun esas açısından Anayasaya aykırı olmadığına karar verilmesiyle ortaya çıkar. İptal kararı da ilk inceleme sonucu reddedilmeyen başvuruların, Anayasa Mahkemesi'nce esastan incelenip; incelenen normun Anayasa'ya aykırı olduğunun tespit edilmesi üzerine verilen karardır.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurular üzerine vereceği kararlar ise çalışmanın ilerleyen safhasından ayrıntılı bir şekilde belirtileceği üzere, Komisyon'larda yapılacak ilk inceleme sonucu verilecek “kabul edilebilirlik” veya “kabul edilemezlik kararı” (6216 sayılı Kanun, m. 48) ile Komisyon'ca hakkında kabul edilemezlik kararı verilmeyen başvuruların Bölümlere gönderilmesi üzerine

⁶³⁴ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 434-435.

Bölümlerce yapılacak incelenmesi neticesinde verilecek, “kabul edilemezlik kararı, “ihlal kararı”, “ihlal olmadığı kararı” ya da “düşme kararı”dır (m. 50).

Anayasa Mahkemesi (Genel Kurulu), Yüce Divan sıfatıyla, Anayasa’nın 148. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında sayılan kişileri göreviyle ilgili suçlarından dolayı, tıpkı bir ceza mahkemesi gibi yargılamakta ve yargılama sonucunda mahkûmiyet ya da beraat kararı vermektedir. Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Yeniden inceleme başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu’nun verdiği kararlar kesindir (148/9). Bu kararlar da bireysel başvurunun kapsamı dışındadır (6216 sayılı Kanun, m. 45/3). Başka bir ifade ile adli ya da askeri yargı kollarının herhangi birindeki bir ceza mahkemesinde yargılanan kişilerin, bu mahkeme kararlarına karşı kanun yollarını tükettikten sonra Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmaları mümkün iken; Yüce Divan’da yargılananlar için böyle bir imkân söz konusu değildir. Göreviyle ilgili suçlardan ötürü üst düzey kamu görevlileri için öngörülen Yüce Divan yargılaması, esasen bu kişilerin daha güvenceli bir mahkemede yargılanmalarını sağlamak amacını gütmektedir⁶³⁵. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılama sonucunda verdiği kararlara karşı, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yapılamaması, Yüce Divan’da yargılanan kişileri, diğer yargı kollarındaki ceza mahkemelerinde yargılanan kişilere nazaran bu açıdan daha güvencesiz kılmaktadır. Böyle olmakla beraber, Yüce Divan kararlarına karşı bireysel başvuru yolu açık tutulsa, bu sefer de Genel Kurul’da Yüce Divan yargılamasını yapan üyeler, bireysel başvuruyu da inceleyecektir. Böyle bir durumda, Yüce Divan yargılamasında katılan ve “ihlası rey”de bulunan hâkimlerin, aynı zamanda bireysel başvuruyu incelemesi, adil yargılanma hakkıyla da bağdaşmayacaktır. Bu sorun karşısında iki farklı yol izlenebilir. Birincisi, Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapma yetkisini Anayasa Mahkemesi’nden alıp başka bir yüksek mahkemeye vermek; ikincisi ise Anayasa’nın; “Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır” (Any., m. 11/1) ve “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve

⁶³⁵ Öztürk, Bahri, “Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi ‘Yüce Divan’” *Anayasa Yargısı*, C.12, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1995 s. 60.

hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler” (m. 138/1) hükümleri karşısında, Anayasa Mahkemesi’nin Yüce Divan sıfatıyla karar verirken, Anayasa’ya ve dolayısıyla Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birini ihlal eden bir karar vermeyeceğine mutlak surette inanmak ve bu inanç doğrultusunda mevcut yapıyı korumaktır.

Karşılaştırmalı hukukta, Yüce Divan yarılması konusunda, Anayasa Mahkemesi sisteminin yanı sıra; “yasama organı sistemi”, “temyiz mahkemesi sistemi”, sadece bu iş için kurulmuş bir “yüce divan sistemi” gibi sistemler uygulanmaktadır⁶³⁶. Anayasa Mahkemesi sisteminde, soruşturma aşamasına, kovuşturma aşamasına ve mahkemenin üye yapısına ve üyelerin niteliğine yönelik önemli sıkıntılar ve eleştiriler söz konusudur⁶³⁷. Mevcut yapı içerisinde bir sürü ince ayar yapmaktansa sistemi değiştirip tamamen iki dereceli yargılama sisteminin sunduğu nimetlerden faydalanmak, daha makul görünmektedir. Bu nedenle ve Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun kabul edilmesi ile Anayasa Mahkemesi’nin artan iş yükünü de göz önünde tutarak, Yüce Divan görevinin temyiz mahkemesi olan Yargıtay’a verilmesi düşünülebilir.

Anayasa Mahkemesi’nin, siyasi partilerin kapatılması davalarında verdiği kararlar (m. 69/4); siyasi partinin “kapatılmaması”, “temelli kapatılması” (m. 69/5-6-10) veya “devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması” (m. 69/7) kararlarıdır. 6216 sayılı Kanun’un 45/3 maddesi, Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı bireysel başvuru yolunu kapattığı için kural olarak, Anayasa Mahkemesi’nin siyasi partilerin kapatılması veya devlet yardımından yoksun bırakılması kararlarına karşı da bireysel başvuruda bulunulamayacaktır. Ancak bu durum, AİHS’de yer alan “örgütlenme ve toplantı özgürlüğü”nü (AİHS, m. 11) ve AİHS’deki bu hakka tekabül eden Anayasa’nın 68. maddesindeki “parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma özgürlüğü”nü, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun sağladığı korumanın kapsamı dışında kalmasına neden olmaktadır. Oysa 6216 sayılı Kanun’un

⁶³⁶ Arslan, Çetin, *Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi*, Nobel Yayınları, Ankara, 1999, s. 8.

⁶³⁷ Yanık, Murat, *Yüce Divan*, Derin Yayınları, İstanbul, 2008, s. 285-309.

45/1 maddesi; “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin” Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kapsamında herkes için korunacağını belirtmektedir. Bu durum, 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin 1. fıkrasındaki hüküm ile Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı bireysel başvuru yolunu kapatan 3. fıkrasındaki hükmün birbiriyle çeliştiğini göstermektedir. Başka bir ifade ile 45. maddenin 1. fıkrası “parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma” özgürlüğünün bireysel başvuruya konu edilebileceğini söylerken, aynı maddenin 3. fıkrası dolaylı yoldan bunu yasaklamaktadır. Bireysel başvuru kurumunun amacına uygun olarak 45. maddenin 1. fıkrası üstün tutulup, siyasi parti kapatma veya devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi’ne yapılacak bireysel başvuruların, Anayasa Mahkemesi’nce kabul edilebileceği söylenebilir. Ancak bu durumda da Yüce Divan kararları ile ilgili kısımda değinilen Genel Kurul’da yargılamaya katılan üyelerin, Bölümlerde bireysel başvuru incelemesine katılmaları gibi adil yargılanma hakkıyla bağdaşmayan bir durum söz konusu olacaktır. Bu sorunu aşmak için de siyasi parti kapatılması veya devlet yardımından yoksun bırakılmasına ilişkin davalara bakma görevinin, Genel Kurul’dan alınıp Bölümlerden birine verilmesi ve bu kararlara karşı da diğer Bölüme bireysel başvuruda bulunulması gibi bir çözüm yolu öngörülebilir. Aksi halde, bir derneğin yararlanabileceği Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkından, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olan siyasi partiler (Any., m. 68/2) yararlanamayacaktır.

Anayasa Mahkemesi’nin, siyasi partilerin mali denetimi sonucunda verdiği kararlar (m. 69/3); siyasi partilerin gelir ve giderlerinin 22.04.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun ilgili maddelerine (61-72. maddeler) “uygun olduğu” ya da “uygun olmadığı” kararlarıdır. Eğer Anayasa Mahkemesi, siyasi partilerin gelirlerinin 2820 sayılı kanun ilgili maddelerine (61-69. maddeler) aykırı olarak elde edildiğine karar verirse; kanuna aykırı olarak elde edilen gelirler için “Hazinece el koyma ve Hazineye irat kaydedilmesine” (2820 sayılı Kanun, m. 76), 2820 sayılı Kanun’un 68. maddesine aykırı şekilde elde bulundurulmuş taşınmazların verilecek süre içerisinde siyasi partice “paraya çevrilmesine” (m. 77) ve gelir ve

gideler konusundaki yasaklara uymayanlar ile parti hesaplarının Anayasa Mahkemesi'ne verilmesi, hesap ve denetim işlemlerinin gereği gibi yapılabilmesi için kanunda öngörülen sorumlulukları yerine getirmeyenler hakkında “hapis ve para cezası” verilmesine (m. 111-116) karar vermektedir. İşte Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarına karşı da 6216 sayılı Kanun'un 45/3 maddesi gereği Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulamayacaktır.

Anayasa Mahkemesi, TBMM'nin, milletvekillerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesi kararlarına karşı açılan iptal davalarında (m. 85); TBMM Genel Kurulu'nun dokunulmazlığın kaldırılması veya milletvekilliğinin düşmesi kararının Anayasaya, kanuna veya İktüzüğe “aykırı olmadığı” ya da “aykırı olduğu” na karar vermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararları da 6216 sayılı Kanun'un 45/3 maddesi gereği, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruya konu edilememektedir.

3.1.2.3.4. Anayasanın Yargı Denetimi Dışında Bıraktığı İşlemler

6216 Sayılı Kanun'un 45/3 maddesine göre, aleyhine bireysel başvurunun yasaklandığı kamu gücü işlemlerinden sonuncusu, Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerdir. Kural olarak “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” (Any., m. 125/1). Bu hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Ancak 1982 Anayasası, bu kurala bazı istisnalar getirmiştir. 1982 Anayasası'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler şunlardır:

- a) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar (m. 90/4)
- b) Milli ya da milletlerarası tahkim yolu öngörülen kamu imtiyaz şartlaşma sözleşmeleri (m. 125/1)
- c) Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler (m. 125/2).
- d) Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararları dışındaki kararları (m. 125/2).
- e) Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki disiplin cezaları (m. 129/3)

f) Olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler (m. 148/1).

g) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları (m. 159/10).

Sayılan işlemlerin yanı sıra Anayasa'da, Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağı (m. 79/2) ve Sayıştay'ın kesin hükümleri aleyhine idari yargıya başvurulamayacağı (m. 160/1) belirtilmiştir. Ayrıca Anayasa'da belirtilmemiş olmakla beraber, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun Ek 3. maddesinde de sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmayacağı belirtilmiştir. Anılan kurumların işlemleri, bünyesinde bazı tartışmaları barındırdığı için bu başlık altında değil; takip eden başlıklar altında ayrıca ele alınmıştır.

Anayasaya göre; “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir” (m. 90/4). Ancak usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır (m. 90/4). Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz (m. 90/4). Görüldüğü üzere usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar, Anayasa'nın 90/4 maddesi ile yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Anayasa'daki bu düzenleme, 6216 sayılı Kanun'un 45/3 maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılamaz. Ayrıca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir (m. 90/4); Yukarıda belirtildiği üzere kanunlar bir yasama işlemidir ve yasama işlemleri de bireysel başvuruya konu edilemediği için (6216 sayılı Kanun, m. 45/3) usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar bu nedenden dolayı da bireysel başvurunun konusu olamazlar.

Anayasa'nın 125/1 maddesine göre; “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya

milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir”. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, milli ya da milletlerarası tahkim öngörülen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma sözleşmelerine karşı idari yargı yoluna başvurulamaz. Dolayısı ile tahkim yolu öngörülen bu sözleşmeler doğrudan doğruya bireysel başvurunun konusu olmazlar.

Anayasa’ya göre; “Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur” (m. 105/1) Buna, karşı imza kuralı denir. Görüldüğü üzere Anayasa Cumhurbaşkanının karşı imza kuralına tabi olmaksızın bazı işlemleri tek başına yapabileceğini belirtmiştir. Ancak Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler ne Anayasa’da ne de herhangi bir kanunda sayılmış değildir. Bununla beraber, uygulamada Cumhurbaşkanının şu yetkileri tek başına kullandığı görülmektedir. Bunlar⁶³⁸; yasama yılının ilk günü TBMM’de açılış konuşması yapmak (m. 104/2/a), tatil veya ara verme sırasında TBMM’yi gerektiğinde resen toplantıya çağırarak (m.93/2), kanunları yayımlamak (m. 89/1), yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları, bir daha görüşülmek üzere TBMM’ye geri göndermek (m. 89/2, 175/3), Anayasa değişikliğine ilişkin kanunları halkoyuna sunmak (m. 175/3-4), Anayasa Mahkemesi’ne iptal davası açmak (m. 148/1), TBMM Başkanına danışmak şartı ile TBMM seçimlerinin yenilenmesine karar vermek (m. 116), Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek (m. 104/2/b), gerekli gördüğünde Bakanlar Kurulu’na başkanlık etmek ve Bakanlar Kurulu’nu başkanlığı altında toplantıya çağırarak (m. 104/2/), TBMM adına Türk Silahlı Kuvvetleri’nin başkomutanlığını temsil etmek (m. 104/2/b ve m. 117/1), Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde Türk Silahlı Kuvvetleri’nin kullanılmasına karar vermek (m. 92/2 ve m. 104/2/b), Milli Güvenlik Kurulu’nu (MGK) toplantıya çağırarak ve MGK’ya başkanlık etmek (m. 104/2/b), sürekli

⁶³⁸ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 325.

hatalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak (m. 104/2/b), Devlet Denetleme Kurulu'nun (DDK) üyelerini ve başkanını atamak (m. 104/2/b), DDK'ya inceleme, araştırma ve denetleme yaptırtmak (m. 104/2/b), Yükseköğretim Kurulu üyelerinin bir kısmını (7 üyeyi) doğrudan doğruya seçmek⁶³⁹ (m. 104/2/b ve m. 131/2), Anayasa Mahkemesi üyelerinin bir kısmını (4 üyeyi⁶⁴⁰) doğrudan doğruya seçmek, Danıştay üyelerinin dörtte birini seçmek (m. 155/3), Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmak (m. 107), Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri'ni atamak ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK)'nın dört üyesini seçmek (m. 159/3). Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler de Anayasa tarafından yargı denetimi dışında bırakıldığı için bu işlemlere karşı da 6216 sayılı Kanun'un 45/3 maddesi gereği, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulamaz.

Anayasa'nın 125/2 maddesine göre; "Yüksek Askeri Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır". Ancak bu hükme, 7.5.2010- tarih ve 5982 sayılı kanunun 11. maddesi ile bir istisna getirilmiştir. Buna göre; "Yüksek Askerî Şûranın terfî işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır" (Any., m. 125/2). Bu hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere "terfî işlemleri" ve "kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma" hariç Yüksek Askeri Şûra'nın (YAŞ) her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır. Buna karşın, YAŞ'ın anılan istisnalar haricindeki ilişik kesme kararları dışındaki diğer bütün kararlarına karşı da yargı yolu kapalıdır.

Anayasa'da 2010 yılında yapılan değişiklik ile "disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz" (Any., m. 129/2) hükmüne yer verilmiştir. Ancak

⁶³⁹ "b. Yükseköğretim Kurulu;

(1) Cumhurbaşkanı tarafından, rektörlük ve öğretim üyeliğinde başarılı hizmet yapmış profesörlere öncelik vermek suretiyle seçilen yedi,

(2) Bakanlar Kurulunca temayüz etmiş üst düzeydeki Devlet görevlileri veya emeklileri arasından, (hakim ve savcı sınıfından olanlar için Bakanlığın ve kendilerinin muvafakatı alınmak kaydıyla) seçilen yedi,

(3) (Mülga: 14/7/2004 – 5218/2 md.)

(4) (İptal: Ana. Mah.'nin 14/5/1997 tarih ve E. 1997/21, K. 1997/48 sayılı Kararı ile)

(5) Üniversitelerarası Kurulca, Kurul üyesi olmayan profesör öğretim üyelerinden seçilen yedi, kişiden oluşur" (4.11.1981 Tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, m. 6/b).

⁶⁴⁰ Cumhurbaşkanı; ... dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer" (Any. m. 146/3).

“Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır” (129/3) denilerek anılan kişiler ile ilgili disiplin kararlarını yargı denetimi dışında bırakmıştır. Dolayısı ile bu kişilerle ilgili disiplin kararları da bireysel başvurunun konusu olamaz.

Anayasa’nın 148/1 maddesine göre, olağan dönemde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa Mahkemesi tarafından şekil ve esas bakımından denetlenmesi mümkün iken; “... olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi’nde dava açılmaz” (m. 148/1). Bu hüküm ile olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılacak KHK’lar yargı denetimi dışında bırakılmıştır⁶⁴¹. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere düzenleyici idari işlemler bireysel başvuruya konu edilemediği için (6216 sayılı Kanun, m. 45/3) ister olağan dönemde çıkarılmış olsun ister olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılmış olsun KHK’lar bireysel başvurunun konusu olamazlar.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun bütün kararlarına karşı yargı yolu kapalı iken; 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun’un 22. maddesi ile Anayasa’nın 159. maddesinde yapılan değişiklik ile bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre; “Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz” (m. 159/10). Dolayısı ile HSYK’nın meslekten çıkarma kararlarına karşı yargı yoluna gidilebilecek ve olağan kanun yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunulabilecektir. Ancak aynı imkân HSYK’nın meslekten çıkarma kararları dışında kalan diğer kararları (mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma ve disiplin cezası verme kararları) için mevcut değildir.

⁶⁴¹ Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu’nca, olağanüstü hal veya sıkıyönetim süresince ve olağanüstü halin veya sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilir (m. 121/3 ve 122/2). Bu KHK’ların Anayasas’nın 15. maddesinde getirilen ölçütler uygulanacak ve 121/2 maddesi gereği bazı konular kanunla düzenlenecektir. Anayasa Mahkemesi, çıkarılan KHK’nın hukuki niteliğini tavsifte kendisini yetkili gördüğü için çıkarılan bir KHK’nın belirtilen şartları taşıyıp taşımadığını denetlemekte; bu niteliği taşımayan KHK’ları olağan dönemde çıkarılan KHK’lar gibi denetlemektedir. Anayasa Mahkemesi, T. 10.01.1991, E. 1990/25, K. 1991/1, *AMKD*, S. 27, C. 1, , Ankara, 1993, s. 98-102; T. 03.07.1991E. 1991/6, K. 1991/20, *AMKD*, S. 27, C. 1, , Ankara, 1993, s. 403-405.

Son olarak Anayasa'nın 174/1. maddesine göre; “Anayasanın hiçbir hükmü, ... inkılâp kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz”. İnkılap kanunları⁶⁴² hem bu hükümden hem de bir “yasama işlemi” olmasından dolayı bireysel başvurunun konusu olmazlar.

Anayasa'nın, bazı işlemleri yargı denetimi dışında bırakması, 2. maddesinde belirtilen; başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere, demokratik devlet ve insan haklarına saygılı devlet ilkelerine aykırıdır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, tam bu durumla ilgili bir çözüm olanağı sunacak iken; Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı kamu gücü işlemlerine karşı bireysel başvuru yolunun kapatılması, yerinde bir tercih olmamıştır. Bu durum, hem Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen ilkelere aykırılık oluşturmakta hem de 5. maddesinde yer alan “Devletin temel amaç ve görevleri, ... demokrasiyi korumak, ... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” şeklindeki hükmüyle çelişmektedir. Dolayısı ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı karar ve işlemlere karşı bireysel başvuru yapılmasının yolunu açacak bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

3.1.2.3.5. Yüksek Seçim Kurulu Kararları

Anayasa'nın 79/1 maddesinde, seçimlerin yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılacağını belirtilmiş ve bu görev, Yüksek Seçim Kurulu'na verilmiştir. Ancak Anayasa, seçimlerin yönetimi ve özellikle denetimi gibi önemli

⁶⁴²Anayasa'nın 174. Maddesinde yer alan inkılap kanunları şunlardır: 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu; 25 Teşrinisâni 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisâsı Hakkında Kanun; 30 Teşrinisâni 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun; 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medenî nikâh esası ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü; 20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkâmın Kabulü Hakkında Kanun; 1 Teşrinisâni 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun; 26 Teşrinisâni 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa Gibi Lâkap ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanun; 3 Kânunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun.

bir konuda görev ifa eden YSK kararları aleyhine de başka bir mercie başvurmayı yasaklamıştır. Buna göre; “Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını ve Cumhurbaşkanlığı seçim tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulundur. Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz” (Any. m. 79/2).

YSK kararlarının bireysel başvuruya konu olup olamayacağı meselesi esasen, bu konuda Anayasa Mahkemesi’ne bir bireysel başvuru yapıp, bu başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi’nce bir karar verilince bir netliğe kavuşacak bir konudur. Durum böyle olmakla beraber, Anayasa Mahkemesi’nin, YSK’yı “mahkeme” olarak görmeme yönündeki içtihadı dikkate alındığında, muhtemel bir başvurunun reddedilme olasılığı kuvvetle muhtemel görünmektedir. Anayasa Mahkemesi 18.02.1992 tarihli bir kararında konu ile ilgili olarak şunları söylemektedir⁶⁴³:

“Bir kuruluşun mahkeme sayılabilmesi için, karar organlarının hakimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıktan ve anlaşmazlıkları çözmekle görevli olması ve Anayasa’da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gerekmektedir.

...

Başta Yüksek Seçim Kurulu olmak üzere, seçim kurulları Anayasa’nın yargı bölümünde yer almadıkları gibi yargı organlarının sahip olması gerekli olan ve yukarıda sayılan anayasal niteliklerin tümüne de sahip değildirler.

Anayasa ve seçimle ilgili yasalara göre seçim kurulları genelde seçimlerin yönetim, denetim ve gözetimi ile sorumlu olan ve istisnai olarak da seçimlerle ilgili uyuşmazlıkları çözümleyen kuruluşlardır.

Seçimle ilgili uyuşmazlıkları kesin nitelikte olarak çözümlemiş olmaları, Yüksek Seçim Kurulu’nun tümünün yüksek yargıçlardan kurulu bulunması, il ve ilçe seçim kurullarının başkanlarının yargıç olmaları bu kurulların mahkeme olarak nitelendirilmeleri için yeterli değildir. Aynı şekilde ilçe seçim kurulu başkanının bazı cezai yaptırımlar uygulamaya yetkili olması da, bu kurul başkanlığının mahkeme sayılmasını gerektirmez.”

⁶⁴³ Anayasa Mahkemesi, T. 18.02.1992, E. 1992/12, K. 1992/7, *AMKD*, S. 28, C. 1, Ankara, 1993, s. 139-140.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi kararında hem maddi hem de şekli (organik) kriteri kullanarak, YSK'yı bir mahkeme saymamıştır⁶⁴⁴. Doktrinde, Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadı doğrultusunda, YSK'nın bir yargı organı olmadığını ileri sürenler olduğu gibi⁶⁴⁵; bunun aksini savunup, YSK'nın niteliği itibari ile bir yargı organı sayılması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır. YSK'nın bir yargı organı sayılması gerektiğini savunanların ortak gerekçeleri, YSK'nın seçim uyuşmazlıklarını çözme ve kesin hükümler veriyor olmasıdır⁶⁴⁶. YSK, Anayasa'da her ne kadar yargı bölümünde değil de yasama bölümünde düzenlenmiş olsa da Anayasa'nın 79. maddesinin 1. fıkrasında; “ seçimler yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılır” dedikten sonra, takip eden fıkralarda bu yönetim ve denetimi yapacak organ olarak YSK'dan (kuruluşundan, görevlerinden ve verdiği kararların kesin olduğundan) bahsetmiştir. Bu durumun, YSK'nın bir yargı organı olduğunu gösterdiği söylenebilir. Aksi halde Gözlerin de belirttiği üzere, eğer YSK bir yargı organı değil ise Anayasa'nın 79/1 fıkrasında belirtilen; seçimlerin genel yönetimi ve denetimini yapacak yargı organı kimdir⁶⁴⁷?

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan 18.02.1992 tarihli içtihadı oldukça sakıncalı sonuçlara yol açmaktadır. Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi'nin, Yüksek Seçim Kurulu'nu bir mahkeme olarak kabul etmemesinin en önemli sonucu, YSK'da yapılan denetleme esnasında, olaya uygulanacak normun itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nce denetlenmesi imkânının ortadan kalkmasıdır⁶⁴⁸. Çünkü Anayasa'nın 152/1 maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'nin bir normun itiraz üzerine Anayasa'ya aykırı olup olmadığını denetleyebilmesi için ortada “bir davaya bakmakta olma mahkeme”nin bulunması gerekmektedir. Ayrıca, Anayasa'nın 79. maddesine göre, Yüksek Seçim Kurulu

⁶⁴⁴ Gönenç, Levent, “Yüksek Seçim Kurulu'nun Mahkeme Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme”, s. 287, http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/makaleler/ysk_mahkeme_niteligi.pdf (15.4.2013).

⁶⁴⁵ Gözler, Yüksek Seçim Kurulu'nu üyeleri yargıçlardan oluşan ve kararları kesin olan idari bir kurul olarak nitelendirmektedir. Ancak Gözler, YSK'nın seçim uyuşmazlıkları konusunda kesin kararlar verdiği için YSK'nın yargı organı olduğunun ileri sürülebileceğini de belirtmektedir. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 180.

⁶⁴⁶ Gönenç, op. cit., s. 287; Teziç, op. cit., s. 269; Başlar, Kemal, *Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı*, Roma Yayınları, Ankara, 2005, s. 44.

⁶⁴⁷ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 180.

⁶⁴⁸ Kanadoğlu, Osman Korkut, *Anayasa Mahkemesi*, Beta, İstanbul, 2004, s. 173; Gözler, Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 180.

kararları aleyhine bir başka mercie başvurulamaması durumunun, 6126 sayılı Kanun'un 45/3 maddesi çerçevesinde değerlendirilip bireysel başvuruya konu edilmemeleri kişilerin seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma özgürlükleri gibi siyasal hayata katılımına ilişkin temel hak ve özgürlükleri korumasız bırakacaktır⁶⁴⁹.

Doktrinde de Anayasa'nın 79/2 maddesindeki düzenleme ile 6216 sayılı Kanun'un 45/3 maddesindeki düzenlemenin bir arada değerlendirilmesi sonucunda, YSK kararlarının bireysel başvuruya konu olamayacağı ifade edilmektedir⁶⁵⁰. YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun açılabilmesi için çeşitli çözüm ihtimalleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki Anayasa Mahkeme'sinin YSK'yı bir mahkeme olarak görmeme yönündeki içtihadını değiştirmesidir. Bir diğeri, Anayasa'ya aykırı olan 6216 sayılı Kanun'un 45/3 maddesinin yürürlükten kaldırılmasıdır. Bir başka ihtimal de Anayasa'da yapılacak bir değişiklik ile YSK'nın açıkça bir mahkeme olduğunun belirtilmesi ya da bu görevin -m. 79/1'de belirtildiği üzere-bir "yargı organı"na verilmesidir. Bu çözüm ihtimalleri arasında, YSK'nın, seçim yargısı konusundaki tecrübeleri de dikkate alınıp, bu birikimden yararlanmak adına görevin YSK'da kalması ve YSK'nın Anayasa'da bir yüksek yargı organı olarak düzenlenmesi makul bir çözüm olarak görünmektedir⁶⁵¹.

3.1.2.3.6. Sayıştay Kararları

Sayıştay'ın kesin hükümlerine karşı bireysel başvuru yapıp yapılmayacağı 6216 sayılı Kanun'un 45/3 maddesindeki düzenleme karşısında net değildir. Bu

⁶⁴⁹ Uzun, Cem Duran, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa Şikayeti Beklentiler ve Riskler)*, Seta Analiz, Şubat 2012, s. 21; Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı'nın (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *op. cit.*, s. 28.

⁶⁵⁰ Fendoğlu, Hasan Tahsin., "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru" (Anayasa Şikayeti), s. 6, <http://www.hasantahsinfendoglu.com/sde/ANAYASA%20MAHKEMESINE%20BIREYSEL%20BA%20SVURU.pdf> (17.04.2013); Bilir, Faruk, "Yeni Anayasa'da Yüksek Seçim Kurulu", 29 Mayıs 2012, <http://www.ankarastrateji.org/yazar/doc-dr-faruk-bilir/yeni-anayasada-yuksek-secim-kurulu/> (17.04.2013); Uzun, Cem Duran, *op. cit.*, s. 21; Kararman, *op.cit.*, s. 199; Şahbaz, İbrahim, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Sorunlar", Türkiye Barolar Birliği, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, TBB Yayınları No: 201, Ankara, Nisan 2011, s. 85; Esen, Selin, "Türkiye'de Anayasa Şikayeti" Türkiye Barolar Birliği, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, TBB Yayınları No: 201, Ankara, Nisan 2011, s. 50; Görgün, Emin – Aydın, Yakup, "Sayıştay Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu" Sayıştay Dergisi, S. 84, Ocak-Mart 2012, s. 73; Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı'nın (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *op. cit.*, s. 28.

⁶⁵¹ Aynı yönde bakınız: Gönenç, *op. cit.*, s. 288.

konuda Anayasa Mahkemesi'ne bir bireysel başvuru yapıp, bu başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi'nce bir karar verilene dek, konu gizemini koruyacaktır.

1982 Anayasası'ndaki düzenlemede, Sayıştay'ın kesin hükümlerine karşı idari yargı yolu kapatılmış, vergi ve benzeri mali yükümlülükler konusunda ise uyuşmazlık halinde Danıştay kararlarının esas alınacağı hükmüne bağlanmıştır (Any., m. 160). Anayasa'ya göre;

“Sayıştay, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir. Sayıştayın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler. Bu kararlar dolayısıyla idarî yargı yoluna başvurulamaz” (m. 160/1).

Sayıştay kesin hükümlerine karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapıp yapılamayacağı konusunda bir yargıda bulunabilmek için Sayıştay'ın kesin hükümlerinin niteliğini saptamak gerekmektedir. Eğer Sayıştay'ın kesin hükümleri idari karar olarak kabul edilir ise Anayasa bu kararlara karşı yargı yolunu kapattığı için (m. 160/1) bu kararlar 6216 sayılı Kanun'un 45/3 maddesi gereği bireysel başvuruya konu edilemeyecek; buna karşın Sayıştay'ın kesin hükümleri yargı kararı olarak kabul edilir ise bireysel başvuruya konu edilebilecektir. Bu konuda, yasal düzenlemeler, Anayasa Mahkeme'sinin kararları ve doktrindeki görüşler göz önüne alınarak bir sonuca varılabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına bakıldığında Mahkeme'nin Sayıştay'ı bir “mahkeme” olarak görmeme yönünde içtihat geliştirdiği görülmektedir. Konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi bir kararında;

“Sayıştay incelemelerinin son ve kesin nitelikte olduğunu göstermek üzere “kesin hüküm” terimi kullanılmıştır. Bu kararlar yargı yerlerince verilmiş ya da yargısal nitelikte hükümlerden değildir. Buradaki “kesinlik” yargısal anlamda değil, başka bir organca yeniden incelenememe ve değiştirilememe anlamındadır. Bütün bunlar Sayıştay'ın uyuşmazlıkları çözümle görevli bir yargı yeri olmadığını gösterir”⁶⁵²

⁶⁵² Mahkeme yine aynı kararda: “Anayasa'nın 125. maddesinin ikinci fıkrası ile Yüksek Askerî Şûra kararları, 159. maddesinin dördüncü fıkrası ise Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları yargı denetimi dışında tutulmuşlardır. Yüksek Askerî Şûra ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları aleyhine yargı yoluna başvurulamaması bu kurallara mahkeme niteliğini kazandırmayacağı gibi, Anayasa'nın 160. maddesine göre Sayıştay'ca verilen kesin hükümler aleyhine idarî yargı yoluna başvurulamaması da Sayıştay'a yargı organı niteliğini kazandırmaz ... Anayasa'nın 160. maddesiyle Sayıştay üyelerine tanınması öngörülen güvence ise, içeriği Anayasa'da değil yasalarda belirlenen özel

Anayasa Mahkemesi konu ile ilgili bir başka kararında; Sayıştay Kanunu'nda “yargılama”, “hüküm”, “temyiz”, “içtihadı birleştirme” ve “ilâm” gibi terimlerin kullanıldığı; Sayıştay'ın, Anayasa'nın 160. maddesine göre, TBMM adına denetim görevi yapan ve bu denetimin sonunda, ilgililerin hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlayan ve kararlarına karşı hiçbir yargı organına başvurma olanağı bulunmayan anayasal bir kurum olduğu belirtilmiştir⁶⁵³.

Anılan kararlar ışığında, Anayasa Mahkemesi'nin Sayıştay'ı bir mahkeme olarak görmediği; kararları için kullanılan “kesinlik” terimini ise yargısal anlamda değil, başka bir organca yeniden incelenememe ve değiştirilememe anlamında değerlendirdiği ortadadır. Anayasa Mahkemesi bu içtihadını değiştirmedeği sürece, Sayıştay kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru mümkün gözükmemektedir.

Oysa Sayıştay, sorumluların mali sorumluluğunu saptarken “ön inceleme”, “yargılama” ve “temyiz” olmak üzere üç aşamalı bir inceleme yapmaktadır⁶⁵⁴. Bu niteliği itibari ile ceza yargılamasındaki “kovuşturma”, “yargılama” ve “temyiz” aşamalarına benzemektedir. Bunun yanı sıra Anayasa'nın 160. maddesindeki “kesin hükme bağlama”, 164. maddesindeki “hesap yargılaması” ifadeleri ile mülga 832 sayılı Kanun ile 3.12.2010 tarih ve 6085 sayılı Kanun'un Sayıştay'ın yargı yetkisine ilişkin düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde, Sayıştay'ın yargısal yetkiler

bir tür yüksek memur güvencesidir. ... Bu nedenlerle Sayıştay üyelerinin güvencesi ile yargıç güvencesi birbirinden ayrıdır. Sayıştay üyelerinin hukuksal konum ve güvenceleri Anayasa'nın 139. ve 140. maddelerine göre düzenlenmez ve bu maddeler kapsamına alınamaz.”. Anayasa Mahkemesi, T. 11.07.1991, 1E.1990/39, K. 1991/21, *AMKD*, C. 1, S. 27, Ankara, 1993, s. 450-451.

⁶⁵³ “Sayıştay Yasası'nda diğer yüksek yargı organlarındaki düzenlemelere benzer kurallara yer verilmiştir. Nitekim 832 sayılı Yasa'da diğer yüksek yargı organlarında olduğu gibi “yargılama”, “hüküm”, “temyiz”, “içtihadı birleştirme” ve “ilâm” gibi terimler kullanılmıştır. Bu terimlerin kullanılmış olmasına karşın Sayıştay'ca yapılan denetim diğer yüksek yargı organlarının denetiminden farklıdır. Bununla beraber kendine özgü denetim yapan ve yargısal sonuçlu kararlar veren Sayıştay, gördüğü hizmetin niteliği ve çalışma yönteminin yakınlığı nedeniyle Anayasa'nın "yargı" bölümünde yer almıştır. Anayasa'nın 148. maddesinde de Sayıştay Başkan ve üyelerinin görevleriyle ilgili suçlardan yargılanmaları diğer yüksek mahkemelerin başkan ve üyelerinde olduğu gibi Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasında sayılmıştır. Bu nedenle, Sayıştay, Anayasa'nın 160. maddesine göre, TBMM adına denetim görevi yapan ve bu denetimin sonunda ilgililerin hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlayan ve kararlarına karşı hiçbir yargı organına başvurma olanağı bulunmayan anayasal bir kurumdur.”Anayasa Mahkemesi, E.1996/58, K.1996/43, Karar tarihi: 20.11.1996, *AMKD*, S. 33, C. 1, Ankara, 1998, s. 211.

⁶⁵⁴ Gözübüyük, Şeref, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, 30. B., Ankara, 2010, s. 61.

kullandığı ve yargısal nitelikli kararlar verdiği söylenebilir⁶⁵⁵. Sayıştay Genel Kurulu da bir kararında; Anayasa'nın, Sayıştay'ın görevlerini, "TBMM adına denetim yapmak", "kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmak" ve "sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak" olarak üçe ayırdığını; kesin hükme bağlama görevinin yargısal bir görev olarak nitelendirdiğini, Anayasanın 164'üncü maddesinde de bu yargılamanın "hesap yargılaması" olarak isimlendirildiğini belirtmiştir⁶⁵⁶. Doktrinde de çoğunlukla Sayıştay, sorumluların hesap işlemlerini kesin hükme bağladığı için bir "mahkeme" olarak nitelendirilmektedir⁶⁵⁷. Ayrıca Anayasa'nın Sayıştay'ı her ne kadar yüksek mahkemeler arasında saymamışsa da "yargı" bölümünde düzenlemesi⁶⁵⁸ ve Anayasa'nın 160/2 maddesinde; "vergi, benzeri malî yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyumsuzluklarda Danıştay kararları esas alınır" hükmüne yer vermesi de Sayıştay'ın "mahkeme" olarak nitelendirilmesi yönündeki savları desteklemektedir. İşte bu nedenlerden dolayı, Anayasa Mahkemesi'nin bir Sayıştay kararına karşı kendisine yapılacak olası bir bireysel başvuruyu kabul etmesi, Sayıştay'ın niteliği konusundaki içtihadını değiştirmesi gerektiği düşünülmektedir⁶⁵⁹. Aksi yönde bir tutum, hem Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle hem de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun kabul ediliş amacıyla çelişecektir.

3.1.2.3.7. Sıkıyönetim Komutanının İşlemleri

Sıkıyönetim komutanının işlemlerine karşı da yargı yolu kapalıdır. Ancak sıkıyönetim komutanlarının yaptığı işlemlere karşı yargı yolunun kapalı olması,

⁶⁵⁵ Görgün ve Aydın, *op. cit.*, s. 84.

⁶⁵⁶ Sayıştay Genel Kurulu'nun 22.10.2004 tarih ve 5105/1 nolu Kararı, Sayıştay Kararları Dizisi 10, s. 9. <http://www.sayistay.gov.tr/yayin/yayinicerik/sayistay2004kararlar.pdf> (16.04.2013).

⁶⁵⁷ Ergun Özbudun, Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, Selin Esen, Şeref Gözübüyük, Tekin Akıllıoğlu, Metin Günday gibi duayen isimler bu görüşü paylaşmaktadır. Görgün ve Aydın, *op. cit.*, s.79 (11. dipnottan).

⁶⁵⁸ Kaneti, Selim, "Sayıştay'ın Anayasal Konumu", *Sayıştay Dergisi*, S.1, 1990, s. 7-9.

⁶⁵⁹ "Kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru hakkı bulunmaması nedeniyle (6216 sayılı Kanun m. 46) Sayıştay tarafından verilen hesap ve işlemlerin yasal düzenlemelere uygunluğuna ilişkin kararlar bireysel başvurunun konusu olamazlar. Sayıştay'ın sorumlular hakkında verdiği ve kesin hüküm niteliğinde bulunan kararlardan sadece 'tazmin' kararlarına karşı, güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler olarak kabul edilebilecek 'sorumlular' tarafından, bireysel başvuru yolunun kullanılabileceği düşünülmektedir". Görgün ve Aydın, *op. cit.*, s. 81.

Anayasa'dan değil; 13.05.1971 tarih ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun Ek 3. maddesinden kaynaklanmaktadır. Buna göre; “Bu Kanunla sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılamaz. Şahsi kusurları nedeniyle hukuki sorumlulukları ileri sürülemez”. Anayasa’da, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” (Any., m. 125/1) hükmüne yer verilmekle beraber; bu hükmün istisnalarını da yine Anayasa’da belirtmiştir. Bu belirtilen istisnalar arasında sıkıyönetim komutanının işlemleri bulunmamaktadır. Dolaysı ile Anayasa’da olmayan bir istisnayı kanunla yaratmak Anayasaya aykırıdır. Anayasaya aykırı bu hüküm, kanun koyucu tarafından yürürlükten kaldırılmalı veya somut norm denetimi yoluyla iptal edilmelidir. Aslında 6216 sayılı Kanun’un 45/3 maddesi “Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler”in bireysel başvuru konusu olamayacağını belirtmiştir. Sıkıyönetim komutanının işlemleri Anayasa tarafından değil; 1402 sayılı Kanun tarafından yargı denetimi dışında bırakıldığı için bu istisnanın kapsamında değerlendirilemez. Dolaysı ile sıkıyönetim komutanının işlemlerinin bireysel başvuruya konu edilebileceğini kabul etmek gerekir.

3.1.3. Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru İhlale Yol Açtığı İleri Sürülen İşlem, Eylem ya da İhmal Nedeniyle Güncel ve Kişisel Bir Hakkı Doğrudan Etkilenenler Tarafından Yapılmalıdır

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.” Bu, kişiye ilişkin bir şarttır. Bu şart kapsamında bireysel başvuru hakkına kimlerin sahip olduğu, bunların taraf ve dava ehliyeti ile hukuki yayar koşulları belirtilmektedir.

3.1.3.1. Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkına Sahip Olanlar: Herkes

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda, hukuk yargılamasında olduğu üzere bir davalı ve davacı taraf ya da ceza yargılamasında olduğu üzere bir iddia makamı ve sanık yoktur. Başvuruda, dava edilen ne işlemin tesis eden kamu gücü ne de devlettir. Ortada, başvuranın dava konusu işlemin, eylemin ya da ihmalin, bireysel

başvuru kapsamında güvence altına alınan bir temel hak ve özgürlüğü ihlal ettiği iddiası ve bu ihlalin ortadan kaldırılması talebi vardır. Dolayısı ile ortada bir davacı değil, “başvuran” veya “başvurucu” vardır. Bireysel başvurunun, Adalet Bakanlığı’na bildirilmesi ve Bakanlığında görüş bildirmesi (6216 sayılı Kanun, m. 49/2), Bakanlığı bireysel başvurunun davalı tarafı yapmaz; kendisine olsa olsa kamu gücünü temsil eden sıfatı verir⁶⁶⁰.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkına sahip olanlar, Anayasa’nın 148/3 ve 6216 sayılı Kanun’un 45/1 ve 46. maddesi hükümlerinde belirtilen kişilerdir. Anayasa’nın 148/3 maddesi: “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. ...” diyerek bu hakkın kural olarak “herkes”e tanındığını belirtmiştir. Keza 6216 sayılı Kanun’un 45/1 maddesi de: “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” diyerek hakkın süjesini “herkes” olarak belirtmiştir.

Anayasa’nın ve 6216 sayılı Kanun’un yukarıda anılan maddelerinde geçen “herkes” terimi ile tüm kişilerin (gerçek ve tüzel kişiler) kastedildiği açıktır. Bilindiği üzere, hukukta iki tür kişilik vardır. Bunlar “gerçek kişilik” ve “tüzel kişilik”tir. Gerçek kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlayıp ölümü ile sona eren süreçte, bireyler için kullanılan hukuki bir terimdir (TMK⁶⁶¹, m. 28/1). Daha açık bir ifade ile gerçek kişilikten ve gerçek kişilerden kasıt, insanlardır⁶⁶². Tüzel kişilik ise bazı zorunluluklar icabı hukuken kişi olarak kabul edilen yapılardır⁶⁶³. Tüzel kişiler, gerçek kişilere (insana) has özellikleri taşımamakla beraber insanların bir araya gelip faaliyetlerini veya mallarını bir amaca özgülemesi ile oluşurlar⁶⁶⁴. Buna göre tüzel kişiler, kendini meydana getiren insanlardan ayrı ve bağımsız bir

⁶⁶⁰ Doğru, *op. cit.*, s. 107.

⁶⁶¹ 22.11.2001 Tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu.

⁶⁶² Akıntürk, Turgut, *Medeni Hukuk*, 8. B. Beta, İstanbul, Ekim 2001, s. 105; Hatemi, Hüseyin, *Kişiler Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 21.

⁶⁶³ Hatemi, *op. cit.*, s. 125.

⁶⁶⁴ Akıntürk, *op. cit.*, s. 106.

kişiliği olan, belli bir amaç için örgütlenmiş “kişi toplulukları” ile belli bir amaca özgülenmiş “mal topluluklarıdır” (TMK, m. 47, 48). Tüzel kişiler, özel hukuka ya da kamu hukukuna tabi olmaları açısından kendi aralarında “özel hukuk tüzel kişileri” ve “kamu hukuku tüzel kişileri” olarak ikiye ayrılmaktadırlar. İster gerçek kişi isterse tüzel kişi olsun; hukukta kişi olarak kabul edilmenin bazı sonuçları vardır. Kişiler, irade açıklayabilir, hukuki işlemler yapabilir hak ve borçlara sahip olabilir, mahkemeler huzurunda davacı veya davalı olabilirler⁶⁶⁵.

6216 sayılı Kanun’un 46. maddesi ise başvuru hakkına sahip kişilerin başvuruda bulunabilmesi için taşıması gereken koşulları belirtmektedir. Buna göre;

- “(1) Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.
- (2) Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.
- (3) Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz.”

Şimdi Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkına sahip olan gerçek ve tüzel kişileri, bu kişilerle ilgili ehliyet meselesini (taraf ve dava ehliyeti) ve bunların taşıması gereken koşulları daha yakından inceleyelim.

3.1.3.1.1. Gerçek Kişiler

Bir önceki başlık altında belirtildiği üzere gerçek kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlayıp ölümü ile sona eren süreçte, bireyler için kullanılan hukuki bir terimdir (TMK, m. 28/1). Gerçek kişiliğe sahip olanlar yani gerçek kişilikten kasıt insanlardır⁶⁶⁶.

Türk Medeni Kanunu’na göre, her insanın hak ehliyeti vardır. Hak ehliyeti, haklara ve borçlara sahip olabilme yeteneğidir. (TMK, m. 8). İnsanlar açısından kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Hak ehliyeti ise sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlar (TMK, m. 28). Dolayısı ile her ne kadar cenin’in hak ve özgürlüğün niteliğine göre bir hakkın süjesi olup olmayacağı tartışmalı ise de Medeni Kanun’a göre sağ ve tam doğmak koşulu

⁶⁶⁵ Gözler, *İdare Hukuku, Dersleri, op. cit.*, s. 78.

⁶⁶⁶ Hatemi, *op. cit.*, s. 21.

ile kişi, ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Dolayısı ile niteliğine uygun düştüğü için insan onuru, yaşam hakkı, kişiliğin korunması ve mülkiyet hakkı açısından doğmamış çocuklar da hak ehliyetine sahiptirler. Bu hakların korunması Almanya örneğinde olduğu gibi, kanuni temsilci veya vasi aracılığı ile sağlanabilir⁶⁶⁷.

Kişilik, ölümle sona erdiği için (TMK, m. 28) ölümler, kural olarak hak ehliyetine sahip değildir. Ancak Federal Alman Anayasa Mahkemesi (BVerfGE, 51; 87; 51, 13) insan onurunun ölümden sonra da varlığını sürdürdüğüne, bu nedenle ölmüş kişilerin bu hak (insan onurunun korunması hakkı) açısından anayasa şikâyetinde taraf ehliyetine sahip olduklarını kabul etmektedir⁶⁶⁸. Özetle, niteliğine uygun düştüğü ölçüde cenin ve ölümlülerin Anayasa Mahkeme'sine bireysel başvuru da taraf ehliyetine sahip olduklarının kabulü gerekir.

Anayasa'nın 148/3 ve 6216 sayılı Kanun'un 45/1 maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkı bütün gerçek kişiler için caridir. Ancak 6216 sayılı Kanun'un 46/3 maddesi, vatandaş ve vatandaş olmayan gerçek kişiler arasında bir ayırım yapmış; Kanun'da; "Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz" (6216 sayılı Kanun, m. 46/3) hükmüne yer verilmiştir. Dolayısı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında yer alıp Anayasa'da güvence altına alınmış ancak sadece Türk vatandaşlarına tanınmış hak ve özgürlükler için yabancılar Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapamayacaklardır.

6216 sayılı Kanun'un 46/3 maddesi karşısında yabancılar, Anayasa'da sadece Türk vatandaşlarına tanınan ve bireysel başvuru kapsamında korunan; seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları (Any. m. 67, m. 76, 101 ve 102); parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma (m. 68); siyasi partilerin uyacakları esaslar (m. 69); seçme ve seçilme hakkı bağlamında seçimlerin yapılması, yönetimi ve denetimine ilişkin düzenlemeler içeren Anayasa'nın 77, 78 ve 79. maddeleri kapsamında korunan hakların kamu gücü tarafından ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunamazlar. Ayrıca, Anayasa'nın bazı

⁶⁶⁷ Karaman, *op. cit.* s. 119.

⁶⁶⁸ Göztepe, *op. cit.*, s. 51.

maddelerinde yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan bazı haklar vardır⁶⁶⁹. Ancak bu haklar Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruya konu edilemediği için sadece yabancılar değil; Türk vatandaşları da bu haklar için bireysel başvuruda bulunamayacaklardır.

1982 Anayasası'nın yabancıların durumu başlıklı 16. maddesine göre; “Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir”. 16. madde, Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması açısından milletler arası hukuka aykırı olmamak koşulu ile vatandaşlar ile yabancılar arasında bir ayrıma gidilebileceğini belirtmektedir. Anayasa'daki bu madde bağlamında Anayasa'nın 74. maddesinde düzenlenen dilekçe hakkı yabancılar için karşılıklılık esasına bağlı olarak sınırlanmıştır. Ayrıca, AİHS ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerden bazıları yabancılar için mutlak değildir. AİHS'nin 16. maddesine göre; “10, 11 ve 14. maddelerin hiçbir hükmü, Yüksek Sözleşmeci Tarafların yabancıların siyasi etkinliklerini sınırlamalarına engel sayılmaz.” Bu hüküm doğrultusunda Sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen “ifade özgürlüğü” ve 11. maddesinde düzenlenen “dernek kurma ve toplantı özgürlüğü”, yabancıların siyasi faaliyetleri bakımından sınırlanabilir⁶⁷⁰ ve bu sınırlamalar 14. maddedeki ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelmez. Dolayısı ile yabancılar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki haklardan sadece Türk vatandaşlarına tanınan haklar için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunamayacakları gibi, bu haklardan da Anayasa'da kendilerine tanınan sınırlar içerisinde yararlanabileceklerdir⁶⁷¹.

Buna karşın yabancılar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki, yaşama hakkı (AİHS, m. 2), işkence yasağı (m.3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m. 4) özgürlük ve güvenlik hakkı (m. 5), adil yargılanma hakkı (m. 6), suç ve cezaların kanuniliği (m. 7), özel hayatın ve aile hayatının korunması (m. 8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m. 9),

⁶⁶⁹ Anayasa'nın 70/1 maddesinde “Her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir”; 72. maddesinde ise “Vatan hizmeti her Türkün hakkı ve ödevidir” hükmüne yer vermektedir. Anayasa'nın 42, 59, 62 ve 38/son maddelerinde Türk vatandaşlarına yönelik hükümlere yer verilmektedir.

⁶⁷⁰ Özdek, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, TODAİE, Ankara, 2004, s. 34.

⁶⁷¹ Kılınç, *op. cit.*, s. 29.

ifade özgürlüğü (m. 10), dernek kurma ve toplantı özgürlüğü (m. 11), evlenme hakkı (m. 12), etkili başvuru hakkı (m. 13) ve ayrımcılık yasağı (m. 14) hakları kapsamında korunan hak ve özgürlüklere tekabül eden 1982 Anayasası'nda güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler için bireysel başvuruda bulunabileceklerdir. Tekrar belirtmek gerekir ki AİHS'nin 10. ve 11. maddelerinde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden yararlanmaları siyasi faaliyetler açısından sınırlanabilir. Yine burada bir kez daha hatırlatmak gerekir ki Anayasa Mahkeme'sine bireysel başvurular doğrudan AİHS ve buna Ek Türlie'nin taraf olduğu Protokol'lerdeki hak ve özgürlüklerin ihlali iddiası ile değil; bu hak ve özgürlüklere tekabül eden 1982 Anayasası'ndaki temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddiasıyla yapılacaktır.

Anayasa'nın 148/3 ve 6216 sayılı Kanun'un 45/1 ile 46/3 maddesi bir arada değerlendirildiğinde, vatandaş ve yabancı devlet vatandaşları dışında, vatansızların, mülteci ve sığınmacıların ya da ihlal gerçekleştiği anda yasa dışı yollarla devletin ülkesinde bulunanların da yabancılar ile aynı sınırlar çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkına sahip olduklarını kabul etmek gerekir⁶⁷². Çünkü AİHM, AİHS kapsamındaki haklarından herhangi biri taraf devletlerce ihlal edilen vatansızların başvurularını kabul etmektedir. Önemli olan AİHS'de düzenlenen bir hak ve özgürlüğün, taraf devletin bir tasarrufu ile ihlal edilmiş olmasıdır⁶⁷³.

3.1.3.1.2. Tüzel Kişiler

Tüzel kişiler, gerçek kişilere (insana) has özellikleri taşımamakla beraber, bazı zorunluluklar icabı hukuken kişi olarak kabul edilen, belli bir amaç için örgütlenmiş “kişi toplulukları” ile belli bir amaca özgülenmiş “mal topluluklarıdır” (TMK, m. 47, 48). Gerçek kişiler (insanlar) sağ ve tam olarak doğmakla hak ehliyetine sahip olurken (TMK, m. 28); tüzel kişiler, kanunun aradığı şekilde kuruldukları andan itibaren hak ehliyetine (ve insana özgü nitelikler dışındaki bütün haklara ve borçlara) sahip olurlar (TMK, m. 47, 48). Bunların, kanunda aranan şartların gerçekleşmesi ile de kişilikleri sona erer. Tüzel kişiler, özel hukuk ya da

⁶⁷² Aynı yönde görüş için bakınız: Ergül, *op. cit.*, s. 26; Karaman, *op. cit.*, s. 119.

⁶⁷³ Anayurt, Ömer, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Ankara, 2004, s.159.

kamu hukukuna tabi olmaları açısından kendi aralarında “özel hukuk tüzel kişileri” ve “kamu hukuku tüzel kişileri” olarak ikiye ayrılmaktadırlar. 6216 sayılı Kanun, özel hukuk tüzel kişilerine Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkı tanımış iken; kamu hukuku tüzel kişilerine bu hakkı tanımamıştır (6216 sayılı Kanun, m. 46/2).

3.1.3.1.2.1. Özel Hukuk Tüzel Kişileri

Özel hukuk tüzel kişileri, özel hukuka tabi olarak faaliyetlerini yürüten, belli bir amaç için örgütlenmiş “kişi toplulukları” ile belli bir amaca özgülenmiş “mal topluluklarıdır” (TMK, m. 47, 48). Özel hukuk tüzel kişileri, birtakım özel amaçlar için gerçek kişilerin serbest iradeleri ile kurulurlar ve kural olarak aynı şekilde sona ererler. Kamu gücüne sahip olmadıkları için gerçek kişilerle ve diğer özel hukuk tüzel kişileri ile eşit durumdadırlar⁶⁷⁴. Özel hukuk tüzel kişileri de tüm tüzel kişiler gibi kanunun aradığı şekilde kuruldukları andan itibaren hak ehliyetine (ve insana özgü nitelikler dışındaki bütün haklara ve borçlara) sahip olurlar (TMK, m. 47, 48) ve kanunda aranan şartların gerçekleşmesi ile kişilikleri sona erer.

Özel hukuk tüzel kişileri, kişi toplulukları ve mal toplulukları şeklinde iki gruba ayrılır. Özel hukuk tüzel kişilerinden kişi toplulukları da kâr (ticari kazanç) amacı güden ve kâr amacı gütmeyen kişi toplulukları olarak gruplandırılabilir. Kâr amacı gütmeyen kişi toplulukları derneklerdir⁶⁷⁵. Kâr amacı güden kişi toplulukları ise Türk Ticaret Kanun’a ve kendi özel kanunlarına göre faaliyet gösteren şirketlerdir (ortaklıklardır). Örneğin bankalar, anonim, limited ve komandit şirketler gibi.

Özel hukuka tüzel kişilerinden belli bir amaca özgülenmiş mal topluluğuna örnek ise vakıflardır⁶⁷⁶. Vakıflar kural olarak kar amacı gütmeyen “mal topluluğu” niteliğinde özel hukuk tüzel kişileridir⁶⁷⁷.

⁶⁷⁴ Gözler, *İdare Hukuku, Dersleri, op. cit.*, s. 79.

⁶⁷⁵ “Dernek: Kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarını” ifade eder (4.11.204 Tarih ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu, m. 2/1/a; TMK, m. 56).

⁶⁷⁶ “Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır” (TMK, m. 101/1; 20.02.2008 Tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu, m. 3).

Siyasi partiler de dernekler gibi belli bir amaç için örgütlenmiş “kişi toplulukları”dır. Amaçlarının siyasi nitelikte⁶⁷⁸ olmasından dolayı derneklerden ayrılırlar ve bu özelliklerinden dolayı ayrı bir kanuna tabidirler. Ancak siyasi partilerin bu özelliği, onların özel hukuk tüzel kişisi saymasına engel değildir⁶⁷⁹. Çünkü siyasi partiler bir kanunla kurulmamakta ve kamu gücünü kullanmamaktadırlar. Dolayısı ile siyasi partilerin de niteliğine uygun düştüğü ölçüde Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunma hakları vardır.

Öte yandan AIHS’nin 34. maddesine göre, “... her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme’ye başvurabilir.” Maddede bahsedilen hükümet dışı kuruluşlardan kamu gücünü kullanmayan dernek, sendika, siyasi parti, şirket, vakıf gibi özel hukuk tüzel kişilerini anlamak gerekir⁶⁸⁰.

Özel hukuk tüzel kişileri, hak ehliyetine sahip oldukları için niteliğine uygun düştüğü ölçüde, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda da bulunabilirler. Örneğin bir özel hukuk tüzel kişisi, niteliğine uygun düşemediği için işkence yasağı veya evlenme hakkı ile ilgili başvuruda bulunamazken, niteliğine uygun düştüğü için dernek kurma ve toplantı özgürlüğü hakkı için başvuruda bulunabilir.

6216 sayılı Kanun’un 46/2 maddesine göre; “Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.” Başka bir ifade ile özel hukuk tüzel kişileri, sırf üyelerinin haklarının ihlali gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunamazlar. Anayasa Mahkemesi de 25.12.2012 tarihli kararında yalnızca üyelerin durumunu etkileyen kamu gücü işlemine karşılık derneğin bireysel başvuruda bulunamayacağını belirtmiştir⁶⁸¹. AIHM’ de öğretmenleri ilgilendiren bir kanuni

⁶⁷⁷ Akıntürk, *op. cit.*, s. 173.

⁶⁷⁸ Siyasi partiler, Anayasa ve kanunlara uygun olarak; milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yoluyla, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık propagandaları ile milli iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanmış tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır (22.04.1983 Tarih ve 2028 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, m. 3).

⁶⁷⁹ Karaman, *op. cit.*, s. 138.

⁶⁸⁰ Özbey, Özcan, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı*, 2. B., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 239; Karaman, *op. cit.*, s. 139.

⁶⁸¹ “23. Somut olayda kanuni düzenleme “çocuk hematolojisi” ve “çocuk onkolojisi” bilim dallarının birleştirilmesine yönelik olup, çocuk hematolojisi ya da çocuk onkolojisi yan dallarında

düzenleme için öğretmenin üyesi olduğu sendikanın AİHM'e başvuramayacağını belirtmiştir⁶⁸².

Özel hukuk tüzel kişilerinin, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ile ilgili olarak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin uyruğunda olmaları ve yabancı devlet uyruğunda olmaları açısından, gerçek kişiler başlığı altında Türk vatandaşları ile yabancılar için yapılan açıklamalar özel hukuk tüzel kişileri için de caridir.

3.1.3.1.2.2. Kamu Hukuku Tüzel Kişileri

Kamu hukuku tüzel kişileri, kamu hukukuna tabi olarak faaliyetlerini yürüten kişi veya mal topluluklarıdır. Kamu hukuku tüzel kişileri, özel hukuk tüzel kişilerinden farklı olarak gerçek kişilerin serbest iradesiyle değil, kamu yararı amacıyla, devlet tarafından, kanunla veya kanunun açıkça verdiği bir yetkiye dayanılarak kurulurlar. Kamu hukuku tüzel kişileri, kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleri ile donatıldığı için gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri ile eşit konumda değildirler⁶⁸³.

Kamu hukuku tüzel kişileri de kişi toplulukları ve mal toplulukları olarak iki gruba ayrılır. Kişi topluluğu şeklindeki kamu tüzel kişileri, kamu idareleridir. Bunlar; devlet, il özel idaresi, belediye ve köylerdir⁶⁸⁴. Mal topluluğu şeklindeki kamu tüzel kişileri ise bir kamu idaresi tarafından kurulmuş olup, onun vesayeti altında çalışan, belli bir özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip kamu kurumlarıdır⁶⁸⁵. Türkiye'de devlet tüzel kişiliğine bağlı çalışan (milli) kamu kurumları; "idari kamu kurumları"

uzmanlık eğitimini tamamlamış veya Kanun'un yayımı tarihi itibarıyla eğitimleri devam etmekte olan gerçek kişilerin durumlarında değişiklik yapmıştır. Bu durumda, 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 bulunmamaktadır.

24. Açıklanan nedenlerle, özel hukuk tüzel kişisi olan başvuru Derneğinin mağdur sıfatı taşımadığı anlaşıldığından başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "kişi yönünden yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir." Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 25.12.2012, Başvuru No. 2012/95, § 23, 24. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000296&content=01.13.2013.

⁶⁸² Karaman, *op. cit.*, s. 140.

⁶⁸³ Gözler, *İdare Hukuku, Dersleri, op. cit.*, s. 79.

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ *Ibid.*, s. 207.

(Devlet Su İşleri, Karayolları veya Orman Genel Müdürlüğü gibi), “iktisadi kamu kurumları” (Devlet Malzeme Ofisi, Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu veya Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü gibi), “sosyal kamu kurumları” (Sosyal Güvenlik Kurumu gibi), “bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları” (Yüksek Öğretim Kurulu, Türkiye Bilimler Akademisi, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu veya Üniversiteler gibi), “düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları” (Radyo Televizyon Üst Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Rekabet Kurumu veya Enerji Piyasası Denetleme Kurumu gibi) ve “kamu kumru niteliğindeki meslek kuruluşları”ndan (barolar veya meslek odaları gibi) oluşmaktadır. Bunların yanı sıra mahalli idarelerin kurdukları (il özel idaresi ve belediyelerin kurduğu şirket ve işletmeler) mahalli kamu kurumları ve bölgesel düzeyde kurulmuş olan Güneydoğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi ve Bölge Kalkınma Ajansları gibi kamu kurumları da bulunmaktadır⁶⁸⁶.

Bir tüzel kişiliğin, kamu hukuku tüzel kişisi mi yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi olduğu konusunda bir tereddüde düşülmesi durumunda; Gözler’in belirttiği üzere, iki temel kritere başvurularak sorun çözülebilir. İlk olarak bir tüzel kişiliğin, Anayasa ya da kanun tarafından kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmiş olması durumunda o tüzel kişiliğin kamu tüzel kişisi olduğundan şüphe yoktur. İkinci olarak Anayasa ya da kanunda bir niteleme yoksa tüzel kişiliğin kanunla veya kanunun vermiş olduğu bir yetkiye dayanılarak kurulmuş olması ve kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış olması durumunda o tüzel kişiyi kamu tüzel kişisi olarak kabul etmek gerekir⁶⁸⁷. Kamu gücü ayrıcalıkları, özel hukukta görülmeyen, özel hukuku aşan bir takım yetki ve ayrıcalıklar ve bağımlılıklardır⁶⁸⁸. Burada şuna dikkat etmek gerekir ki eğer Anayasa’da ya da kanunda bir niteleme yoksa bir tüzel kişiyi, kamu tüzel kişisi

⁶⁸⁶ *Ibid.*, s.- 218, 243-244.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, s. 84-88.

⁶⁸⁸ Kamu tüzel kişilerinin genel olarak sahip oldukları başlıca kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükler şunlardır: Tek yanlı işlem yapma yetkisi, re’sen icra yetkisi, yaptığı işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması, mallarının kamu malı statüsünde olması, alacaklarının kamu alacakları rejimine tabi olması, mallarının haczedilememesi veya iflasının istenememesi, personelinin kamu görevlisi statüsünde kabul edilmesi, idari yargı rejime tabi olması, vergi muafiyeti, zorunlu aidat ve zorunlu üyelik gibi ayrıcalıklar ile sözleşme yapmada veya personel alımında iade serbestisinin olmaması, kamu yararı dışında özel bir amaç güdememesi gibi yükümlülüklerdir. Gözler, *İdare Hukuku Dersleri, op. cit.*, s. 45-47.

olarak kabul edilebilmesi için sadece kanunla veya kanunun vermiş olduğu yetkiye dayanarak kurulmuş olması yetmez; tüzel kişinin aynı zamanda kamu gücü ayrıcalıklarıyla da donatılmış olması gerekir.

Çalışmanın birinci bölümünde, Federal Almanya’da anayasa şikâyetini; bireylere tanınan; “bireysel anayasa şikâyeti” (FA, m. 93/1 4a; FAMK, m. 90/1) ve özerk yönetim haklarının ihlal edildiği iddiası ile belediye ve belediye birliklerine tanınan; “komünal anayasa şikâyeti” (FA, m. 93/1 2b; FAMK, m. 91) olmak üzere iki türü olduğunu belirtmiştik. Yani Almanya’da kamu tüzel kişilerine (belediye ve belediye birliklerine) sınırlı konuda anayasa şikâyetinde bulunma hakkı tanınmıştır⁶⁸⁹. Oysa 6216 sayılı Kanun’un 46/1 maddesine göre; “Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz.” Aslında bu düzenleme AİHM içtihadıyla da uyumludur⁶⁹⁰. Anayasa Mahkemesi de 25.12.2012 tarihli bir kararında 6216 sayılı Kanun’un 46. maddesindeki gerekçeyi aynen benimsemiş ve şu ifadelere yer vermiştir: “Bireysel başvuru, kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanınan bir yol olduğundan kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınması, bu anayasal kurumun hukuki niteliği ile bağdaşmamaktadır⁶⁹¹”. Anayasa Mahkemesi’nin anılan kararında başvuru, adil yargılanma hakkı kapsamında Anayasa’nın, “hak arama hürriyeti” başlıklı 36. ve “mahkemelerin bağımsızlığı” başlıklı 138. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür⁶⁹². Ancak Mahkeme, Anayasa’nın 127/1 maddesinde “köy”ün bir kamu tüzel kişisi olarak nitelendirildiğini ve 6216 sayılı Kanun’un 46/1 maddesinin de kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru yolunu kapattığını gerekçe göstererek köy adına yapılan başvuruyu, “kişi yönünden yetkisizlik” nedeni ile reddetmiştir⁶⁹³. Acaba 6216 sayılı Kanun’un 46/1 maddesini mutlak olarak yorumlayıp, ihlal edilen

⁶⁸⁹ FAMK m. 91’e göre: “Belediyeler ve belediye birlikleri, bir Federal veya bir eyalet kanunun Anayasanın 28. maddesi hükmünü ihlal ettiği iddiası ile anayasa şikâyetinde bulunabilirler. Eğer özerk yönetim hakkının ihlalden dolayı eyalet hukukuna göre Eyalet Anayasa Mahkemesi’ne dava açılabilir ise Federal Anayasa Mahkemesi’ne anayasa şikâyetinde bulunulamaz”.

⁶⁹⁰ Döşemealtı Belediyesi / Türkiye Davası, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, 23.03.2010. Başvuru no. 50108/06, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/dosemealtibelediye.pdf> (23.04.2013).

⁶⁹¹ Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm Kararı, 25.12.2012, Başvuru No. 2012/22, § 28, 30, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000294&content=\(03.05.2013\)](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000294&content=(03.05.2013)).

⁶⁹² *Ibid*, § 20.

⁶⁹³ *Ibid*, § 20, 26, 27, 29, 30.

hakkın niteliğine bakmaksızın, kamu tüzel kişilerinin, Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı bireysel başvuruları, kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmak her zaman gerekli midir? Örneğin Federal Alman Anayasa Mahkemesi, hak arama özgürlüğünün hukuk devleti ilkesinin, yargıdaki bir sonucu olduğunu belirtmektedir. Mahkeme Alman Demiryolları'nın yaptığı bir başvuruyu, başvuru bir kamu tüzel kişisi olsa da “kanuni yargıç ilkesi”nden ve “hak arama özgürlüğü”nden yararlanabileceği gerekçesiyle kabul etmiştir⁶⁹⁴. Mahkeme, bir başka kararında da (BVerfGE 18, 447) “bir davada taraf olan herkesin, ister gerçek kişi, ister tüzel kişi, ister yerli ya da yabancı olsun, doğal yargıç ilkesinden yararlanma hakkı vardır” demektedir⁶⁹⁵. Benzer görüşün Türk Anayasa Mahkemesi'nce de benimsenmesi, kamu hukuku tüzel kişilerinin de hem kendi aralarındaki davalarda hem de özel hukuk tüzel kişileri ve gerçek kişilerle arasındaki davalarda adil yargılanma hakkı açısından bireysel başvuru hakkına sahip olduklarının kabul edilmesi yerinde olacaktır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanındığı için kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınması, her ne kadar bu kumun hukuki niteliği ile bağdaşmıyor gibi gözükse de adil yargılanma hakkının hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve sonucu olduğunu unutmamak gerekir⁶⁹⁶. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun, kişileri, kamu gücünün hak ihlallerine karşı koruyan bir kurum olması, kamu gücünü kullanan kamu tüzel kişilerine karşı, yargılama esnasında hukuksuz davranılmasını da haklı gösteremez. Unutmamak gerekir ki usul kuralları, bir yargılama esnasında herkes için cari olan kurallardır.

6216 sayılı Kanun'un Kamu tüzel kişilerinin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunamayacağı yönündeki 46/1 hükmüne; acaba YÖK, TÜBA, TÜBİTAK, TODAİE, TRT veya Üniversiteler, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü gibi “bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları” için Anayasa Mahkemesi içtihat yoluyla bazı haklar açısından bir

⁶⁹⁴ “... bu anayasa hükümleri Anayasa'nın 19. maddeleri arasındaki temel haklardan değildir. Anayasa'nın 1-17. Maddeleri arasındaki temel haklar gibi bireysel haklar da içermezler, aksine her dava için geçerli olan ve bir davada taraf olan ya da davadan doğrudan etkilenen herkes için geçerli olması gereken usul esaslarını içerir (krş. BVerfGE 3, 363; 12, 8)”. BVerfGE, 21, 373, Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, *op. cit.*, s. 54.; Özbey, *op. cit.*, s. 254-255.

⁶⁹⁵ Göztepe, *Anayasa Şikâyeti op. cit.*, s. 55; Özbey *op. cit.*, s. 255.

⁶⁹⁶ Göztepe, *Anayasa Şikayeti, op. cit.*, s. 55.

istisnalar öngörebilir mi? Federal Almanya’da “komünal anayasa şikâyetini” ayırık tutarsak kamu gücünü kullandıkları için kural olarak kamu hukuku tüzel kişileri anayasa şikâyetinde bulunamamaktadırlar. Ancak hukuk düzeninin onlara verdiği görevler nedeniyle belli temel haklarla korunan yaşam alanlarına dâhil olan haklar açısından istisnai olarak bazı kamu hukuku tüzel kişilerinin anayasa şikâyetinde bulunmaları mümkündür. Örneğin Almanya’da bilim ve araştırma özgürlüklerinin ihlal edildiği gerekçesiyle Üniversitelerin, haberleşme özgürlüklerinin ihlal edildiği gerekçesiyle Radyo ve Televizyon kuruluşlarının veya din veya vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle kiliselerin anayasa şikâyetinde bulunmaları mümkündür⁶⁹⁷. Yani kamu tüzel kişileri, temel hakkın koruduğu yaşam alanının, sadece ilgili hak sahibine özgülenmesi durumunda Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunabilirler⁶⁹⁸. Türk Anayasa Mahkemesi’nin de kişilerin bazı temel haklarının gerçekleşmesine katkıda bulunan ve devletten görece bağımsız olan “bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları”nın düşünce ve kanaat hürriyeti (Any., m. 25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m. 26), bilim ve sanat hürriyeti (m. 27), basın hürriyeti (m. 28), yayın hakkı (m. 29), basın araçlarının korunması gibi bazı haklar açısından bireysel başvuruda taraf olabileceklerini kabul etmesi yerinde olacağı düşünülmektedir.

Kamu tüzel kişilerinin kamu gücünü kullanmaksızın, özel hukuk hükümleri çerçevesinde, özel hukuk tüzel kişileri ve gerçek kişiler ile eşit düzeyde kurduğu hukuki ilişkiler vardır. Kamu tüzel kişilerine, kamu gücünü kullanmadığı/kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmadığı hukuki ilişkilerde, Anayasa Mahkeme’sine bireysel başvuruda bulunma hakkı tanımamak, bireysel başvurunun objektif işlevi (hukuk düzenini koruma işlevi) ile çelişeceğinden⁶⁹⁹, bu tür durumlarda Kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda taraf ehliyetine sahip olabileceklerini kabul etmek gerekmektedir.

⁶⁹⁷ Gören, “Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz”, *op. cit.*, s. 310; Gören, “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti)”, *op. cit.*, s. 111; Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, *op. cit.*, s. 53-54; Sabuncu, “*Federal Almanya’da Anayasa Şikayeti*”, *op. cit.*, s. 143 (dipnot 14).

⁶⁹⁸ Hassemer, *op. cit.*, s. 166.

⁶⁹⁹ Göztepe, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı’nın (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, *op. cit.*, s. 29.

3.1.3.1.3. Tüzel Kişiliği Olmayan Kişi Grupları

AİHS'nin kişisel başvurular başlıklı 34. Maddesinde, Sözleşme ve Protokollarında tanınan hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflardan biri tarafından ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her “gerçek kişi”, “hükümet dışı her kuruluş” veya “kişi grupları”nın Mahkeme'ye başvurabileceği belirtilmektedir. Tüzel kişiliği olmayan “kişi grupları”, birden fazla bireyin bir araya gelmesiyle oluşan topluluklardır⁷⁰⁰. Anayasa'nın 148/3 ve 6216 sayılı Kanun'un 45/1 ile 46/2 maddeleri bir arada değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının kural olarak herkese tanındığı, kamu tüzel kişileri açısından ise bu kurala istisna getirildiği görülmektedir. Kişi grupları, genel kurala getirilen istisna kapsamında yer almadıkları için bir tüzel kişiliğe sahip olmayan “kişi grupları”nın da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabileceklerini kabul etmek gerekir⁷⁰¹. Göztepe de Spanner'a ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararına atıfla, tüzel kişiliği olmayan kişi gruplarının da taraf ehliyetine sahip olabileceklerini savunmaktadır⁷⁰².

6216 sayılı Kanun'un 49/7 maddesinde; “Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısı ile kişi gruplarının bireysel başvuruda bulunmasında niteliğine uygun düştüğü ölçüde 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) ihtiyari dava arkadaşılığına ilişkin hükümleri uygulanabilir⁷⁰³.

⁷⁰⁰ Özdek, *op. cit.*, s. 54.

⁷⁰¹ Aynı yönde görüş için bakınız: Karaman, *op. cit.*, s. 132.

⁷⁰² Göztepe, Anayasa Şikâyeti, *op. cit.*, s. 51-52.

⁷⁰³ “(1) Birden çok kişi, aşağıdaki hâllerde birlikte dava açabilecekleri gibi aleyhlerine de birlikte dava açılabilir:

a) Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması.
b) Ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri.
c) Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması” (HMK., m.57).

3.1.3.2. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkına Sahip Olanların Taraf ve Dava Ehliyeti

Bu başlık altında Anayasa Mahkeme'sine bireysel başvuruda bulunma hakkına sahip olanların “taraf ehliyeti” ve “dava ehliyeti” üzerinde durulacaktır. Bireysel başvurularda, 6216 sayılı Kanun'da taraf ve dava ehliyetine ilişkin düzenlemeler bulunmamaktadır. 6216 sayılı Kanun'un 49/7 maddesinde; “Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır” hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle taraf ehliyeti ve dava ehliyeti konuları usul kanunlarındaki hükümlere göre belirlenecektir. 01.06.1982 Tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 31. maddesi⁷⁰⁴ taraf ehliyetine ilişkin hususlarda HMK'ya ve onun yollamada bulunduğu Türk Medeni Kanunu'na (TMK'ya) atıfta bulunmuştur. Dolayısı ile taraf ve dava ehliyeti konusu, HMK'ya ve onun yollamada bulunduğu TMK'ya göre ele alınacaktır.

3.1.3.2.1. Taraf Ehliyeti

“Taraf ehliyeti, davada taraf olabilme yeteneğidir”⁷⁰⁵. Taraf ehliyeti, medeni hukuktaki hak ehliyetinin, medeni usul hukukunda büründüğü şekildir⁷⁰⁶. Dolayısı ile Medeni Kanun'a göre hak ehliyetine sahip olan herkes (gerçek ve tüzel kişiler) aynı zamanda taraf ehliyetine de sahiptir⁷⁰⁷ (HMK, m. 50).

⁷⁰⁴ “1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 5/4/1990 - 3622/11 md.; Değişik:10/6/1994-4001/14 md.) Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır.

2. Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.” (İYUK, m. 31).

⁷⁰⁵ Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 264.

⁷⁰⁶ *Ibid.*

⁷⁰⁷ “Medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir” (HMK, m. 50).

Türk Medeni Kanunu'na göre, her insanın hak ehliyeti vardır. Hak ehliyeti, haklara ve borçlara sahip olabilme yeteneğidir. (TMK, m. 8). Gerçek kişiler için kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Gerçek kişilerin hak ehliyeti ise sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren başlar (TMK, m. 28). Dolayısı ile her ne kadar cenin'in hak ve özgürlüğün niteliğine göre bir hakkın süjesi olup olmayacağı tartışmalı ise de Medeni Kanun'a göre sağ ve tam doğmak koşulu ile kişi, ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Dolayısı ile niteliğine uygun düştüğü için insan onuru, yaşam hakkı, kişiliğin korunması ve mülkiyet hakkı açısından doğmamış çocuklar da hak ehliyetine sahiptirler. Bu hakların korunması Almanya örneğinde olduğu gibi, kanuni temsilci veya vasi aracılığı ile sağlanabilir⁷⁰⁸.

Gerçek kişilik, ölümle sona erdiği için (TMK, m. 28) kural olarak ölümle birlikte hak ehliyeti de son bulur. Dolayısı ile kural olarak ölmüş kişi adına dava açılmaz⁷⁰⁹. Ancak Federal Alman Anayasa Mahkemesi, insan onurunun ölümünden sonra da varlığını sürdürdüğünü, bu nedenle ölmüş kişilerin bu hak (insan onurunun korunması hakkı) açısından anayasa şikâyetinde taraf ehliyetine sahip olduklarını kabul etmektedir (BVerfGE, 51; 87; 51, 13)⁷¹⁰.

Dava açıldıktan sonra kişinin ölmesi durumunda ise dava konusu hakkın niteliğine göre hareket etmek gerekir. Buna göre eğer dava konusu hak sonuçları itibari ile yalnızca kişiyi ilgilendiriyor ise kişinin ölümü ile taraf sıfatını yitirdiğini ve mirasçılarının davaya ölen kişi adına devam edemeyeceğini kabul etmek gerekir. Buna karşın yalnızca ölen kişiyi değil, mirasçıları da ilgilendiren haklara ilişkin davalar -özellikle malvarlığına ilişkin davalar- açısından, mirasçılar, mecburi dava arkadaşı olarak davayı hep birlikte takip edebilirler⁷¹¹.

Sözleşme organları da gerçek mağdur ile arasında yakın bir bağ bulunan kişinin, kendi hakları doğrudan çiğnenmemesine rağmen, gerçek mağdurun

⁷⁰⁸ Karaman, *op. cit.* s. 119.

⁷⁰⁹ Kuru vd., *op. cit.*, s. 267.

⁷¹⁰ Göztepe, *op. cit.*, s. 51.

⁷¹¹ Kuru, vd., *op. cit.*, s. 268. "Taraflardan birinin ölümü hâlinde, mirasçılar mirası kabul veya reddetmemişse, bu hususta kanunla belirlenen süreler geçinceye kadar dava ertelenir. Bununla beraber hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, talep üzerine davayı takip için kayyım atanmasına karar verebilir (HMK, m. 55).

haklarının çiğnenmesinden dolayı mağdur durumuna düşmesini, “dolaylı mağdur”luk olarak kabul etmektedir⁷¹². Bu durum, özellikle mağdurun mirasçıları, akrabaları ve mağdur ile sıkı ilişki içerisinde olan yakınları için söz konusu olmaktadır. Gerçek mağdurun ölüm veya başka bir nedenle başvuru yetkisini bizzat kullanmasının mümkün olmaması durumunda ana, baba, kardeş gibi yakınlarının hem gerçek mağdur adına, hem de başvuru konusu ihlalin kendilerini de mağdur ettiği gerekçesiyle kendi adlarına Mahkeme'ye başvurmaları mümkündür. Aynı şekilde, başvuru yapıldıktan sonra ölen bir kişi yerine, yakınların başvuruyu sürdürmeleri mümkündür⁷¹³. Başvurucu, başvurudan sonra ölmüşse, AİHM'ye göre, eğer bu konuda haklı bir çıkar varsa, özellikle de mirasçı olması nedeniyle ihlal yoluyla ortaya çıkan dezavantajlı durum, o kişi bakımından rahatsız edici görülüyorsa ve/veya başvuru özel bir öneme sahipse, mirasçıları veya yakın akrabaları tarafından davaya devam edilmesi mümkündür⁷¹⁴.

Tüzel kişiler, kanunun aradığı özel hükümler uyarınca kişilik kazanırlar ve kanunda aranan şartların gerçekleşmesi ile kişilikleri sona erer (TMK, m. 47) Tüzel kişiler, kişilik kazandıkları andan itibaren hak ehliyetine (insana özgü nitelikler dışındaki bütün haklara ve borçlara) sahip olurlar (TMK, m. 48). Hak ehliyetine sahip oldukları için taraf ehliyetine de sahip olurlar. (HMK, m. 50). Dava tüzel kişi adına, tüzel kişiyi temsile yetkili organlar tarafından açılır. Tüzel kişinin organı sıfatını taşımayan üyeleri veya ortakları tüzel kişi adına dava açamazlar. Tüzel kişiliğin son bulması taraf ehliyetini de sona erdirir⁷¹⁵.

3.1.3.2.1. Dava Ehliyeti

“Dava ehliyeti, kişinin kendisinin veya yetkili kılacağı bir temsilci (vekil) aracılığı ile bir davayı takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir”⁷¹⁶. “Dava ehliyeti bulunan herkes, davasını kendisi veya tayin ettiği vekil aracılığıyla açabilir ve takip edebilir” (HMK, m. 71).

⁷¹² Anayurt, *op. cit.*, s. 187.

⁷¹³ Gözübüyük / Gölcüklü, *op. cit.*, s. 42.

⁷¹⁴ Tezcan, Durmuş, Erdem, M. Ruhan; Sancaktar, Mustafa, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2002, s. 98.

⁷¹⁵ Kuru, *vd. op. cit.*, s. 268-269.

⁷¹⁶ *Ibid.*, s. 273.

HMK, m. 51'e göre; "Dava ehliyeti, medenî hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir." Dolayısı ile medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetine sahip bulunan herkes (gerçek ve tüzel kişiler) dava ehliyetine de sahiptir. Başka bir deyişle dava ehliyeti, medeni hukuktaki fiil ehliyetinin medeni usul hukukunda büründüğü şekildir⁷¹⁷. O zaman fiil ehliyeti ile ne kastedildiğini açıklığa kavuşturmak gerekir.

Fiil ehliyeti, bir kimsenin kendi eylem ve işlemleri ile kendi lehine hak veya borç yaratabilme yeteneğidir⁷¹⁸. Medeni Kanun'un 10. maddesine göre; "Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır." Maddeye bakıldığında gerçek kişiler için fiil ehliyetinin ikisi olumlu, biri olumsuz olmak üzere üç şartının olduğu görülmektedir. Olumlu şartlar, ayırt etme gücüne sahip olmak⁷¹⁹ ve ergin olmak⁷²⁰; olumsuz şart ise kısıtlı olmamaktır⁷²¹. Bu şartları taşıyan kişiler tam ehliyetlidir. Medeni Kanun'un 14. maddesine göre de "Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur." Dolayısı ile bu kişiler tam ehliyetli değildirler. Tam ehliyetlilerin dava ehliyeti vardır. Dolayısı ile bunların Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmaları mümkündür. Sorun ayırt etme gücüne sahip olmayanların (tam ehliyetsizlerin), ayırt etme gücüne sahip olan küçükler ve kısıtlıların (sınırlı ehliyetsizlerin) ve tam ehliyetli olup kanun koyucunun bazı işlemleri yapabilmesi için belli bir kişinin rızasını ve görüşünü almayı zorunlu kıldığı kişilerin (sınırlı ehliyetlilerin) Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda dava ehliyeti açısından nasıl değerlendirileceğidir? Başka bir ifade ile "tam ehliyetsizler", "sınırlı ehliyetsizler" ve "sınırlı ehliyetliler" açısından dava ehliyeti meselesi Medeni Kanun'a göre mi çözülecek/çözülmelidir yoksa 6216 sayılı Kanunda hüküm bulunmamasına rağmen bu konuda Anayasa Mahkemesi'nce

⁷¹⁷ *Ibid.*

⁷¹⁸ Akıntürk, *op. cit.*, s. 116.

⁷¹⁹ Ayırt etme gücü, makul bir şekilde davranma yeteneğidir. "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir" (TMK, m. 13).

⁷²⁰ Erginlik, belli bir yaşa gelmek veya kanun koyucu tarafından bazı şartların varlığı halinde o yaşa gelmiş gibi kabul edilmektir. Medeni Kanun'a göre kişi üç şekilde ergin olabilir. 1. 18 yaşına doldurmak (TMK, m. 11/1); 2. evlenmek (TMK, m. 11/2) 3. Mahkeme kararıyla (Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir, TMK, m. 12).

⁷²¹ Kısıtlı olmamak, bir kimsenin kanunda öngörülen sebeplerden birine dayanılarak, mahkeme kararıyla fiil ehliyetinden tamamen veya kısmen mahrum edilmesidir. Öztan Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 22. B. Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 253.

anayasa yargısının özelliğinden dolayı içtihat yoluyla farklı bir yol mu izlenecek/izlenmelidir?

Tam ehliyetli olmayan gerçek kişilerin dava ehliyetine sahip olup olmadıkları meselesini Medeni Kanun'un hükümlerini esas alarak çözüme kavuşturacak olursak; tam ehliyetsizler adına hukuki işlemleri ancak kanuni temsilcilerinin yapabileceğini dolayısı ile bunların dava ehliyetlerinin olmadığını kabul etmek gerekir⁷²².

Sınırlı ehliyetsizler ise istisnai hallerde dava ehliyetine sahiptirler. Bu istisnalardan biri de kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardır⁷²³. Temel hak ve hürriyetler devredilmez ve vazgeçilmez nitelikte haklar olduğundan, esasen bu hakları kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar arasında değerlendirip, sınırlı ehliyetsizlerin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda, dava ehliyetine sahip olduklarını kabul etmek gerekir.

Sınırlı ehliyetliler ise ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlanmamış kişilerdir. Ancak kanun koyucu bunlara, menfaatleri icabı bir danışman atanmasını uygun görmüştür. Bu kişilerin, Medeni Kanun'un 429. maddesinde sayılan hukuki işlemleri⁷²⁴ yapabilmek için danışman onayını almaları zorunludur⁷²⁵. Bu işlemler arasında "dava açmak" da vardır. TMK'daki bu hükümden yola çıkarak, sınırlı ehliyetlilerin danışman onayını almadan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunamayacaklarını kabul etmek, bireysel başvuru kurumunun amacı ve işleviyle

⁷²² *Ibid.*, s. 263; Kuru vd. *op. cit.*, s. 275.

⁷²³ Öztan, *op. cit.*, s. 269; Kuru vd. *op. cit.*, s. 274.

⁷²⁴ "Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen ergin bir kişiye aşağıdaki işlerde görüşü alınmak üzere bir yasal danışman atanır:

1. Dava açma ve sulh olma,
2. Taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması,
3. Kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehnedilmesi,
4. Olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri,
5. Ödünç verme ve alma,
6. Ana parayı alma,
7. Bağışlama,
8. Kambiyo taahhüdü altına girme,
9. Kefil olma.

Aynı koşullar altında bir kimsenin malvarlığını yönetme yetkisi, gelirlerinde dilediği gibi tasarruf hakkı saklı kalmak üzere kaldırılabilir." (TMK, m. 429).

⁷²⁵ TMK, m. 429'da belirtilen görüş ifadesi hatalıdır. Kişi anılan maddedeki işlemleri yaparken danışmanın onayını almak zorundadır. Öztan, *op. cit.*, s. 272.

bağdaşmamaktadır⁷²⁶. Başka bir deyişle, sınırlı ehliyetsizlerin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda dava ehliyetine sahip olduklarını kabul edip, sınırlı ehliyetlilerin bu ehliyetten yoksun olduklarını kabul etmek kendi içerisinde tutarlı olmaz. Göztepe'nin aktardığına göre, Alman doktrininde Pestalozza, anayasa şikâyetinin konusu bir yargı kararı ise dava ehliyeti kararı veren mahkemenin usul hukukuna göre belirlenebileceğini söylemektedir. Zuck ise anayasa yargısının özelliğinden dolayı diğer usul hukuku kurallarının bu alana doğrudan uygulanamayacağını, dayanılan hakkın niteliğine, dava konusu işlemle olan hukuki ilişkisine bakmak gerektiğini söylemektedir. Dörr ise öğretide geliştirilen “temel hak reşitliği” kavramının anayasa şikâyetinde dava ehliyeti için bir ölçüt olabileceğini belirtmektedir⁷²⁷. Temel hak reşitliği kavramı, bir kimsenin davaya konu hakkı tek başına kullanıp kullanmayacağını belirtmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, bu öğretiyi doğrultusunda, reşit olmayan fakat askerlik yapması gerekenlerin vicdani ret hakkı bağlamında anayasa şikâyetinde dava ehliyetine sahip olduklarını kabul etmiştir (BVerfGE 28, 255; 60, 240; 65, 321)⁷²⁸. Mahkeme bir başka kararında, FA'nın 93. maddesinin 4a bendinde anayasa şikâyetinde bulunabilecekler için “herkes” ifadesinin kullanıldığını; ehliyet konusuna başka kanunla da bir sınırlama getirilmediğini; dolayısı ile “herkes” ifadesini kendisinin yorumlayacağını ve her olayda temel hakkın niteliğini esas alarak yapacağı yorum ile ehliyet meselesinin sınırlarını kendisinin çizeceğini belirterek “temel hakları kullanma ehliyeti” (temel hak reşitliği) öğretisine ulaşmıştır⁷²⁹.

Strasburg organlarının, dava ehliyeti konusundaki tutumuna bakıldığında, Sözleşme organlarının, başvurucunun taraf ehliyeti ile dava ehliyeti arasında bir ayırım yapmadığı görülmektedir. Başka bir ifade ile taraf ehliyeti olan kişinin aynı zamanda dava ehliyetinin de bulunduğu kabul edilmektedir. Ulusal hukukta kişinin dava açabilmesi için hakları kullanma ehliyetine (fiil ehliyetine) sahip olması gerekirken Sözleşme bakımından bu ehliyet aranmamaktadır. Dolayısıyla, kısıtlılık, akıl hastalığı ve yaş küçüklüğü gibi ehliyet eksiklikleri AİHM'ye bireysel başvuru

⁷²⁶ Karaman, *op. cit.*, s. 150.

⁷²⁷ Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, *op. cit.*, s. 56-57.

⁷²⁸ *Ibid.*, s. 57.

⁷²⁹ Karaman, *op. cit.*, s. 151.

yolunun işletilebilmesi için bir engel oluşturmamaktadır⁷³⁰. Örneğin 14 yaşındaki bir kişi, din özgürlüğüne yönelik bir ihlal olduğu gerekçesiyle AIHM'ye bireysel başvuruda bulunabilir. Bu kişi başvuruyu doğrudan doğruya kendisi yapabileceği gibi kanuni temsilcisi aracılığı ile de yapabilir⁷³¹.

Medeni Kanun'a göre, dava ehliyeti olmayanların Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunamayacaklarını kabul etmek, bazı sorunlara yol açabilir. Örneğin bir kişinin akıl hastası olduğu gerekçesiyle özgürlüğünden yoksun bırakılması durumunda, bu kişinin "kişi hürriyeti ve güvenliği" (Any., m. 19, AIHS, m. 5) hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunamayacağını ancak kanuni temsilcisinin başvuruda bulunabileceğini kabul etmek ya da bir yıl ve daha fazla hapis cezası almış bir kişinin "adil yargılanma hakkı"nın ihlal edildiği gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'ne ancak vasisi aracılığı ile bireysel başvuruda bulunabileceğini kabul etmek, hak arama özgürlüğü ile bağdaşır nitelikte görünmemektedir⁷³². Temel hak ve özgürlükler, devredilmez ve vazgeçilmez nitelikte haklar olduğu için bu hakların ihlal edilmesi durumunda hakkın süjesinin bizzat başvuruda bulunabileceğini kabul etmek gerekir. Bu konuda AIHM'nin dava ehliyeti ve taraf ehliyeti arasında bir fark gözetmeyen, hak süjesine o hakla ilgili dava açma hakkı da tanıyan içtihadını benimsemek; Medeni kanundaki veya Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümleri, bireysel başvuru kurumunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulamak, kurumun amacıyla daha bağdaşır nitelikte görünmektedir.

Tüzel kişiler de fiil ehliyetine sahiptirler. Bunlar, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar (TMK, m. 49). Dolayısı ile tüzel kişiler, fiil ehliyetine sahip oldukları andan itibaren dava ehliyetine de sahiptirler. Tüzel kişiler, yetkili organları aracılığı ile davayı takip ederler (HMK, m. 52). Bir tüzel kişinin yetkili organlarının hangileri olduğu (tüzel

⁷³⁰ Anayurt, *op. cit.*, s. 163-164; Tezcan vd., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, *op. cit.*, s. 65.

⁷³¹ *Ibid.*

⁷³² Aynı yönde görüş için bkz. Karaman, *op. cit.*, s. 152.

kişiyi dışarıya karşı kimlerin temsil edeceği) kanuna ve tüzel kişinin tüzüğüne göre belirlenir⁷³³.

Tüzel kişiliği olmayan kişi grupları, birden fazla bireyin bir araya gelmesiyle oluşan topluluklardır⁷³⁴. Yukarıda belirtildiği üzere AİHS'nin 34. maddesinde, tüzel kişiliği olmayan "kişi grupları"nın da AİHM'ye başvurabileceği açıkça belirtilmiştir. Anayasa'nın 148/3 ve 6216 sayılı Kanun'un 45/1 ile 46/2 maddeleri bir arada değerlendirildiğinde, Türk pozitif hukuku açısından da buna bir engel olmadığı ortadadır. Dolayısı ile tüzel kişiliği olmayan "kişi grupları" da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilir. Ancak, tüzel kişiliği olmayan kişi gruplarının Mahkeme'ye başvurabilmeleri için ya topluluğu oluşturan kişilerin tamamının başvuruyu imzalamaları ya da kişi topluluğu adına başvuran kişinin, adına başvurduğu kişilerden temsil yetkisi almış olması gerekmektedir⁷³⁵. Aksi halde onlar adına başvuruda bulunamaz.

Tez'in, 3.1.2.3.3. numaralı "Anayasa Mahkemesi Kararları" başlığı altında belirtildiği üzere, 6216 sayılı Kanun'un 45/3 maddesi, Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı bireysel başvuru yolunu kapattığı ve siyasi partilerin kapatılması kararını da Anayasa Mahkemesi verdiği için bu kararlara karşı bireysel başvuru yolu kapalıdır. Ancak aynı başlık altında gerekçeleriyle ortaya konduğu üzere⁷³⁶ bu

⁷³³ Kuru vd., *op. cit.*, s. 279.

⁷³⁴ Özdek, *op. cit.*, 54.

⁷³⁵ Gözübüyük / Gölcüklü, *op. cit.*, s. 39.

⁷³⁶ 6216 sayılı Kanun'un 45/1 maddesi; "Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin" Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında herkes için korunacağını belirtmektedir. Bu durum, 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 1. fıkrasındaki hüküm ile Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı bireysel başvuru yolunu kapatan 3. fıkrasındaki hükmün birbiriyle çeliştiğini göstermektedir. Başka bir ifade ile 45. maddenin 1. fıkrası "parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma" özgürlüğünün bireysel başvuruya konu edilebileceğini söylerken, aynı maddenin 3. fıkrası dolaylı yoldan bunu yasaklamaktadır. Bireysel başvuru kurumunun amacına uygun olarak 45. maddenin 1. fıkrası üstün tutulup, siyasi parti kapatma veya devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvuruların, Anayasa Mahkemesi'nce kabul edilebileceği söylenebilir. Ancak bu durumda da Yüce Divan kararları ile ilgili kısımda değinilen Genel Kurul'da yargılamaya katılan üyelerin, Bölümlerde bireysel başvuru incelemesine katılmaları gibi adil yargılanma hakkıyla bağdaşmayan bir durum söz konusu olacaktır. Bu sorunu aşmak için de siyasi parti kapatılması veya devlet yardımından yoksun bırakılmasına ilişkin davalara bakma görevinin, Genel Kurul'dan alınıp Bölümlerden birine verilmesi ve bu kararlara karşı da diğer Bölüme bireysel başvuruda bulunulması gibi bir çözüm yolu öngörülebilir. Aksi halde, bir derneğin yararlanabileceği Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkından, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olan siyasi partiler (Any., m. 68/2) yararlanamayacaktır.

kararlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kabul edilmelidir. Böyle bir durumda, hakkında kapatma kararı verilen siyasi partiyi, kapatma davasında temsil eden organların, partinin tüzel kişiliği sona ermesine rağmen bireysel başvuruda da dava ehliyetine sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir. AİHM de hükümet dışı kuruluşların tüzel kişiliğinin sona ermesinin, bunların AİHM'e bireysel başvuruda bulunma ehliyetlerini ortadan kaldırmadığını belirtmektedir⁷³⁷. Kaldı ki Medeni Kanun'un 52. maddesinin⁷³⁸ kıyasen uygulanması ile de kısmen de olsa bu sonuca varılabilir.

3.1.3.3. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru'da Başvurucunun Hukuki Yararının Bulunması

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkına sahip olanların, sadece bu hakka sahip olması yeterli olmayıp, aynı zamanda başvuruda bulunmakta (Anayasa Mahkemesi'nden koruma istenmesinde) korunmaya değer bir hukuki yararının olması da gerekmektedir⁷³⁹.

Hukuki yarar, sözlük anlamı itibari ile “hukuken korunan yarar”⁷⁴⁰ demektir. Hukuken korunan yarar (menfaat) ise haktır⁷⁴¹. Hak, hukukta, “hukuki güvence altına alınmış ve yararlanılması ferdin iradesine bırakılmış menfaat” olarak tanımlanmaktadır⁷⁴². Birinin bir konuda hakkı olduğundan söylerken, o kişinin bir şeye yetkili olduğunu ve o şeyi meşru olarak talep edebileceğini kastetmiş oluruz. Yani bir hakkın varlığından bahsedebilmek için ilk olarak, hakkın sahibine o konuda (hakkı kullanıp kullanmama konusunda) bir “takdir yetkisi”nin tanınmış olması; ikinci olarak da karşı taraftan, olumlu ya da olumsuz bir edimde bulunma konusunda “talep hakkı” içermesi gerekmektedir. Belki hakkın bir unsuru olmamakla beraber ya da yetki unsuru içerisinde mütalaa edilmek üzere, hakkın ayrılmaz bir parçası olarak,

⁷³⁷ Karaman, *op. cit.*, s. 154.

⁷³⁸ “Sona eren tüzel kişinin kişiliği, ehliyeti tasfiye amacıyla sınırlı olmak üzere tasfiye sırasında da devam eder.” (TMK, m. 52).

⁷³⁹ Kuru vd. *op. cit.*, s. 313.

⁷⁴⁰ Yılmaz, *op. cit.*, s. 489.

⁷⁴¹ Akıntürk, *op. cit.*, s. 28;

⁷⁴² Coşkun, Vahap, *İnsan Hakları Liberal Açıdan Bir Tahlil*, Liberte Yayınları, Ankara, 2006, s. 105.

her hak sahibinin, hakkın tanınmasını ve hakka saygı gösterilmesini istemek hakkı vardır⁷⁴³.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmak için başvurunun bir hakkının (hukuken korunan bir menfaatinin) ihlal edilmiş olması gerekmektedir. 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." Maddedeki "etkilenenler" ifadesini, olumsuz yönde etkilenmek şeklinde algılamak; başka bir ifade ile "ihlal" olarak anlamak gerekmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, temel hak ve özgürlük ihlali durumunda öngörülmuş bir yoldur. Zaten madde gerekçesinde de bireysel başvuru için hakka yönelik kişisel, güncel ve doğrudan bir ihlalin varlığının gerektiği belirtilmektedir⁷⁴⁴. Dolayısı ile maddede geçen "hakkı ... etkilenenler" ibaresinden kastedilen, "hakkı ihlal edilenler"dir.

AİHM, kendisine yapılan bireysel başvurularda, başvuru açısından illa bir zarar doğmuş olmasını aramamaktadır. Bir temel hak ve özgürlüğün ihlali şart ise de bu ihlal sonucunda bir zararın ortaya çıkmış olması şart değildir. Örneğin, bir kimsenin AİHS'nin 8. maddesine aykırı olarak soruşturma sırasında telefonları dinlenilmiş ise telefonunun dinlenmesi sonucunda elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılmaması durumunda, kişi açısından bir zarar doğmamış olabilir ancak böyle bir durumda Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan hak ve özgürlükler ihlal edilmiştir. Dolayısı ile zarara uğramış olmanın mağdur olmak için yeter şart olduğu ancak gerek şart olmadığı söylenebilir⁷⁴⁵. Bu kabul, AİHS'in 14 No'lu Protokol ile 35. maddesinin 3. fıkrasına eklenen⁷⁴⁶ "insan haklarına saygı ilkesi" ve

⁷⁴³ *Ibid.*, s. 107.

⁷⁴⁴ "Bireysel başvurunun hukukî niteliği, söz konusu işlem ve eylemler nedeniyle ilgilinin şahsına ait bir hakka yönelik mevcut ve doğrudan bir *ihlâl*in varlığını gerektirmektedir."

⁷⁴⁵ Bilir, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi*, op. cit., s. 79.

⁷⁴⁶ "3. Ağıdaki hallerde Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan bireysel başvuruları kabul edilemez bulur:

a) Başvurunun konu bakımından Sözleşme veya Protokollerinin hükümleriyle bağdaşmaması, dayanaktan açıkça yoksun veya bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olması, veya;
b) Başvurucunun önemli bir zarar görmemiş olması; meğer ki Sözleşme ve Protokolleri ile güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesi başvurunun esastan incelenmesini gerektirsin. Ancak ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir dava bu gerekçe ile reddedilemez" (AİHS, m. 35/3).

“davanın ulusal mahkemece gereği gibi incelenmemiş olması” durumlarından herhangi birinde, davanın kabul edilebilirlik koşulları açısından reddedilemeyeceği yönündeki hükümle de uyumludur. AİHS, m. 35/3 teki bu iki özel durumdan herhangi birinin söz konusu olması halinde, başvurunun önemli bir mağduriyeti olmasa, başvuru herhangi bir zarara uğramasa dahi başvurusu esastan incelenmek üzere kabul edilecektir. 6216 sayılı Kanun’un 48/2 maddesinde de benzer bir düzenleme vardır. Buna göre; “Anayasanın uygulanması ve yorumlanması” açısından önem taşıyan başvurular başvuru önemli bir zarara uğramamış olması durumunda dahi kabul edilebilirlik koşulları açısından reddedilemeyecektir (6216 sayılı Kanun, m. 48/2).

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda, başvurunun güncel ve kişisel bir hakkı kamu gücünün bir işlem, eylem ya da ihmalden, doğrudan etkilenmiş (ihlal edilmiş) ve bu durumu ortadan kaldırmak için Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurudan başka bir yol kalmamış ise kişinin bireysel başvuruda bulunmada hukuki yararının var olduğu kabul edilmelidir. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurudan beklenen, bir temel hak ve özgürlük ihlalinin, Anayasa Mahkemesi’nce ortadan kaldırılması olduğuna göre, ihlalin genel mahkemelere başvurularak ortadan kaldırılması mümkün olduğu durumlarda, bireysel başvuruda bulunmakta hukuki yarar bulunmadığını kabul etmek gerekir⁷⁴⁷. Dolayısı ile hukuki yarar şartı, ikincilik ilkesi ile de yakından ilişkilidir.

6216 sayılı Kanun’un 46/1 maddesinde bireysel başvuruda aranan, bir hakkın “güncel”, “kişisel” ve “doğrudan” etkilenmesi (ihlal edilmesi) koşulu, Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin, anayasa şikâyetine ilişkin olarak içtihat yoluyla geliştirmiş olduğu, güncel, kişisel ve doğrudan bir yararın olması ölçütünün, 6216 sayılı Kanun ile bir kural haline getirilmesinden başka bir şey değildir⁷⁴⁸. Yani FAM’ın içtihat yoluyla geliştirdiği ölçütler, kanun koyucu tarafından kanun hükmü haline getirilmiştir. Aslında hukuki yarar kavramı, da 6216 sayılı Kanun’un 46/1 maddesindeki “güncel”, “kişisel” ve “doğrudan” etkilenme, koşullarında ifadesini

⁷⁴⁷ Göztepe, Anayasa Şikayeti, *op. cit.*, s. 67.

⁷⁴⁸ Ekinci, Hüseyin, “Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesi’nde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü”, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, *Hukuk Adamları Birliği (HUKAB) Sempozyumu Serisi I*, Ed.: Musa Sağlam, Ankara, 2011, s. 142; Göztepe, *Anayasa Şikayeti, op. cit.*, s. 67.

bulmaktadır⁷⁴⁹. Özetle Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru için “hak ihlali” gerekmekte olup; bu ihlalin güncel, kişisel ve doğrudan olması lazımdır.

3.1.3.3.1. Güncellik

6216 sayılı Kanun’un 46/1 maddesine göre bireysel başvuruda bulunan bir kişinin, bireysel başvuru kapsamında korunan bir temel hak ve özgürlüğünün “güncel”, “kişisel” ve “doğrudan” etkilenmesi gerekir. Güncellik şartı, kamu gücü işlem, eylem ya da ihmalden kaynaklanan temel hak ve özgürlüğü ihlalinin, bireysel başvuru anından mevcut olması gerekliliğine işaret eden bir şarttır. Başka bir ifade ile başvuru anında hak ihlaline neden olan işlem, eylem veya ihmal mevcut olmalıdır⁷⁵⁰. Kamu gücü işlem, eylem veya ihmalden kaynaklanan ihlalin, başvuru anında mevcut olmasının yanı sıra başvuru sonuçlanana kadar da güncelliğini devam ettirmesi gerekir⁷⁵¹. Güncel hukuki yarar, başvurunun yapıldığı anda ve devam ettiği esnada mevcut olan yarardır⁷⁵². Hatta başvuru karara bağlanırken de hukuki yararın varlığını sürdürüyor olması gerekir⁷⁵³.

AİHM, kendisine yapılan başvurularda önkoşul, olarak davacı ile uygulanan idari işlem ya da karar arasında yakın, somut, güncel bir menfaat ilişkisinin bulunmasını aramaktadır. AİHM, yapılan idari işlem veya kararla başvuru arasında böyle bir bağ görmediği takdirde, başvuruyu reddetmektedir. AİHM, Athanassoglou ve Diğerleri / İsviçre Davası’nda, başvuru, İsviçre Federal Konseyi’nin Beznau II Nükleer Santrali’nin işletme ruhsatının süresinin uzatılmasını ve bu karar sürecinde izlenen yöntemlerin, Sözleşme’nin 6/1, maddesi ile 2. ve 8. maddelerinde güvence altına alınan yaşama hakkı ve özel yaşama saygı gösterilmesi haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. AİHM, yaptığı yorumda, davacıların genel olarak nükleer santrallerin zararlarından bahsettiklerini; fabrikanın fiilen kendi kişisel durumlarını, sağlıklarını ve menfaatlerini etkilediğine dair somut deliller ortaya koyamadıklarını;

⁷⁴⁹ Göztepe, *Anayasa Şikayeti, op. cit.*, s. 67.

⁷⁵⁰ Karaman, *op. cit.*, s. 154.

⁷⁵¹ Özbey, *op. cit.*, s. 273.

⁷⁵² Artukmaç, Sadık, *Bizde İdarenin Murakabesi*, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1950, s. 420.

⁷⁵³ Ekinci, *op. cit.*, s. 143; Gözübüyük, *op. cit.*, s. 186.

fabrikanın faaliyet süresinin uzatılması ile başvuru arasında güncel, etkin ve somut bir menfaat bağı bulunmadığını belirtmiştir⁷⁵⁴.

Henüz gerçekleşmemiş potansiyel hak ihlali iddiasına dayanan hususlarda başvuru yapılamaz⁷⁵⁵. Başvuruların, gelecekte muhtemel zarar görebilme ihtimalinin varlığı durumunda de güncel zarar görme koşulu gerçekleşmiş olmaz⁷⁵⁶. Ancak AIHM bazı kararlarında, başvurunun kabulü için ihlalin gerçekleşmiş (güncel) olması koşulunu aramamakta; bu olasılığın çok yüksek olmasını yeterli görmektedir. Örneğin geri verilecek kişinin, iade edildiği ülkede, Sözleşme ile güvence altına alınan bir hakkının ihlal edilmesi olasılığının çok yüksek olması durumunda, başvurunun kabulü için ihlalin gerçekleşmiş (güncel) olması koşulunu aramamaktadır⁷⁵⁷.

Güncellik koşulu, esasen Almanya gibi, kanunlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun kabul edildiği ülkelerde, kanunlaşmış ancak henüz yürürlüğe girmemiş kanunlar aleyhine yapılacak bireysel başvurular için önem arz etmektedir. İdari kararlara veya yargı kararlarına karşı bireysel başvurunun kabul edildiği ülkelerde bu koşul varlığının tespiti pek bir sorun oluşturmamaktadır⁷⁵⁸. Türkiye'de Anayasa Mahkeme'sine bireysel başvuru, kanunlara karşı mümkün olmadığı (6216 sayılı Kanun, m. 45/3); yargı kararlarına karşı mümkün olduğu için aleyhine bireysel başvuruda bulunulan kesinleşmiş yargı kararı, varlığını koruduğu sürece güncellik koşulu da gerçekleşmiş olacaktır.

3.1.3.3.2. Kişisellik

6216 sayılı Kanun'un 46/1 maddesine göre bireysel başvuruda bulunan bir kişinin, bireysel başvuru kapsamında korunan bir temel hak ve özgürlüğünün "güncel", "kişisel" ve "doğrudan" etkilenmesi gerekir. Kişisellik koşulundan (kişisel

⁷⁵⁴ Özbey, *op. cit.*, s. 274. Kararın tamamı için bakınız: Case of Athanassoglou and Others v. Switzerland, 06.04.2000, Application no. 27644/95, özellikle § 42 vd. European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58560> (03.05.2013).

⁷⁵⁵ 6216 sayılı Kanun 46/1 madde gerekçesi.

⁷⁵⁶ Gören, "Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)", *op. cit.*, s. 116.

⁷⁵⁷ Case of Soering v. The United Kingdom, *op. cit.*, §, 111 ve son.

⁷⁵⁸ Göztepe, *Anayasa Şikâyeti, op. cit.*, s. 65.

olarak etkilenmekten) kasıt, hak ihlalinin başvuru ile ilgisinin olması⁷⁵⁹; başvurucaunun kamu gücünün bir işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle maddi veya manevi olarak bizzat mağdur olmasıdır⁷⁶⁰. Başka bir ifadeyle, başvuruca sadece kendisini etkileyen ihlaller için başvuruda bulunabilir; üçüncü kişileri etkileyen ihlaller için başvuruda bulunamaz⁷⁶¹. Dolayısı ile kişisellik şartı, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruyu, “actio popularis”den de (popüler dava) ayıran; kurumun popüler davaya dönüşmesini engelleyen önemli bir unsurdur⁷⁶². 6216 sayılı Kanun’un 46/2 maddesinde; “ Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir” hükmü yer almaktadır. Ancak kanunda bu hüküm yer almasaydı dahi, kişisellik koşulundan dolayı özel hukuk tüzel kişilerinin, üyelerinin hakları için bireysel başvuruda bulunamayacakları yine söylenebilirdi⁷⁶³.

Kamu gücü işlem, eylem veya ihmalden kaynaklanan ihlalin, bir kimsenin hukuk dünyasında ortaya çıkmış olması gerekir. Buna “gerçek mağdur” denir. “Bir kanun veya uygulama, kişinin henüz menfaatini ihlal etmemekle birlikte, her an ihlal edilebilecekse veya ihlal tehdidi içerisinde bulunduruyorsa, bu durumdaki kişilere de “potansiyel mağdur” denir⁷⁶⁴. Potansiyel mağdur kavramı, daha çok yürürlüğe girmiş ancak kişiye henüz uygulanmamış bir kanunun veya düzenleyici idari işlemin varlığı durumunda söz konusu olur. Türk hukukunda da kanunlara ve düzenleyici idari işlemlere karşı Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kabul edilmediği için potansiyel mağdur kavramı ve bunların Anayasa Mahkemesi’ne başvurmaları gibi tartışmanın gündeme gelmesi pozitif hukuk çerçevesinde olası gözükmemektedir⁷⁶⁵.

⁷⁵⁹ Artukmaç, *op. cit.*, s.421.

⁷⁶⁰ Özbey, *op. cit.*, s. 276.

⁷⁶¹ İkinci, *op. cit.*, s. 143.

⁷⁶² Gören, “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)”, *op. cit.*, s. 115; Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, *op. cit.*, s. 60

⁷⁶³ Oder, Bertil Emrah, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda (Anayasa Şikâyeti) Etkin ve Etkili Kullanım”, *Bireysel Başvuru “Anayasa Şikâyeti”, Hukuk Adamları Birliği (HUKAB) Sempozyumu Serisi I*, Ed.: Musa Sağlam, Ankara, 2011, s. 95.

⁷⁶⁴ Anayurt, *op. cit.*, s. 177- 178.

⁷⁶⁵ Yasamanın ve yürütmenin işlemlerine karşı anayasa şikâyetinin kabul edildiği Almanya’da, FAM tarafından (BVerfGE 15, 286; 24, 289) potansiyel mağdurların da anayasa şikâyetinde bulunabileceği kabul edilmektedir. Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, *op. cit.*, s. 61.

AIHS organlarının, gerçek mağdur ve potansiyel mağdur kavramlarının yanında “dolaylı mağdur” kavramını da kabul ettikleri görülmektedir⁷⁶⁶. Dolaylı mağdur, mağdur ile arasında yakın bir bağ bulunan, kendi hakları doğrudan çığnıenmemesine rağmen mağdur durumuna düşen kişidir⁷⁶⁷. AIHM dolaylı mağdurların da bireysel başvurularını kabul etmektedir⁷⁶⁸. Bunun için gerçek (doğrudan) mağdur ile başvuru arasında özel ve kişisel bir bağın olması gerekir⁷⁶⁹. Kişisellik koşulundan dolayı kural olarak dolaylı mağdurun da Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun tarafı olamayacağı düşünülebilir. Fakat Federal Alman Anayasa Mahkemesi (BVerfGe, 51, 395), eşlerden birinin sınır dışı edilmesine yönelik bir kararın diğer eşin de hakkını etkilediğini⁷⁷⁰; birinin telefonunun usulsüz olarak dinlenmesi durumunda onunla telefonda konuşan üçüncü kişilerin de hakkının ihlal edildiğini (BVerfGe, 30, 16)⁷⁷¹ belirtmektedir. Mahkeme, bu durumlarda diğer eşin veya üçüncü kişinin kamu gücü işleminden kişisel olarak etkilendiğini kabul etmektedir⁷⁷². Özellikle doğrudan mağdurun gözüaltında kaybolması, ölmesi gibi nedenlerle bireysel başvuruda bulunamaması durumlarında, dolaylı mağdurun başvurusunu kabul etmek gerekir.

FAM, bir mahkeme kararına karşı yapılan başvurularda, davada taraf olmayanların başvurusunu kabul ederken, “davada taraf olmayan kişinin hukuki statüsünün doğrudan değişmesini” ölçüt olarak almaktadır⁷⁷³. FAM’ın bu içtihadının Türk Anayasa Mahkemesi’nce de benimsenmesi; davada taraf olmayan ancak verilen kararlar hukuki statüsü doğrudan etkilenen kişiler açısından da kişisellik koşulunun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekir. Mağdur (hakkı ihlal edilen) kavramının

⁷⁶⁶ Anayurt *op. cit.*, s. 177; Özdek, *op. cit.*, s. 54.

⁷⁶⁷ Anayurt, *op. cit.*, s. 187.

⁷⁶⁸ AIHM, McCann ve Diğerleri / Birleşik Krallık Kararı’nda 2. madde ile ilgili olarak ölen mağdurun eşinin başvurusunu, Case of McCann v. The United Kingdom, 27.09.1995, Application no. 18984/91, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57943> (03.05.2013); Kurt / Türkiye Kararı’nda, 3. madde ile ilgili olarak gözüaltında kaybolan kişinin annesinin başvurusunu kabul etmiştir. Case of Kurt v. Turkey, 25.05.1998, Application no. 15/1997/799/1002, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58198> (03.05.2013).

⁷⁶⁹ Nalbant, Atilla, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru”, *AIHM ve Türkiye-II (Anayasa Şikayeti ve AIHM) Uluslararası Sempozyumu*, Ed.: Ahmet Taşkın, Ankara, 10 Aralık 2010, s. 230.

⁷⁷⁰ Göztepe, *Anayasa Şikayeti, op. cit.*, s. 61.

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² *Ibid.*

⁷⁷³ *Ibid.*; Karaman, *op. cit.*, s. 156.

geniş yorumlanması, Türk hukukunda kanunlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru mümkün olmadığı için kurumun “actio popularis”e dönüşmesine de sebep olmaz.

3.1.3.3. Doğrudanlık

6216 sayılı Kanun'un 46/1 maddesine göre bireysel başvuruda bulunan bir kişinin, bireysel başvuru kapsamında korunan bir temel hak ve özgürlüğünün “güncel”, “kişisel” ve “doğrudan” etkilenmesi gerekir. Doğrudan etkilenmekten kasıt, kamu gücü işlem, eylem ya da ihmalinin, başka bir karara veya işleme gerek kalmaksızın başvuru hakkını etkiliyor olmasıdır⁷⁷⁴. “Daha sonraki bir işlem aracılığıyla etki doğurmayan ya da böyle bir işlemin yapılmasına bağlı olmayan bir etkileme ya da temel hak zedelenmesi doğrudandır” (BVerfGE 69, 122)⁷⁷⁵

Karşılaştırmalı hukuktaki veriler göz önüne alındığında, doğrudan etkilenme koşulu, esasen kanunlar ve düzenleyici idari işlemler bakımından tartışma konusu olabilir. Bu koşul kanunlara karşı bireysel başvurunun mümkün olduğu sistemlerde önemlidir⁷⁷⁶. Çünkü doğrudanlık koşulu, bir kanunun bir hak ve özgürlüğü başka bir karar ya da işleme gerek kalmadan etkileyip etkilemediği sorununu çözmeye yönelik bir koşuldur. Eğer bir kanunun, bir hak ya da özgürlüğü etkilemesi için bir karara ya da işleme gerek varsa doğrudanlık koşulunun gerçekleşmediği kabul edilir. Bu koşul sayesinde, kanunlar için Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruların sayısı azaltılır⁷⁷⁷. Eğer bir kanunun, bir hak ve özgürlüğü etkilemesi için bir idari karar ya da işleme ihtiyaç varsa, bu idari karar ya da işleme karşı da öncelikle kanun yoluna (yargı yoluna) başvurulur, kanun yolunda ihlalin giderilememesi durumunda bu sefer kanun yolunda verilen karara karşı son çare olarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurulur.

⁷⁷⁴ Özbey, *op. cit.*, s. 276.

⁷⁷⁵ Gören, “Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)”, *op. cit.*, s. 117.

⁷⁷⁶ Oder, *op. cit.*, s. 95.

⁷⁷⁷ FAM'ye göre (BVerfGE 43, 386; 58, 107) bir uygulama işlemine ihtiyaç duyulmamakla birlikte bir yasa “kişileri daha önceden bir karar almaya itiyorsa ve bu kararlar sonradan yinelenemeyecek ve düzeltilemeyecek nitelikteyse” doğrudanlık koşulu yine gerçekleşmiş kabul edilir. Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, *op. cit.*, s. 62 vd.

Türk hukukunda kanunlara ve düzenleyici idari işlemlere karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru mümkün olmadığı (6216 sayılı Kanun, m. 45/3); yargı kararları açısından da doğrudanlığı tespit etmek zor olmadığı için doğrudanlık koşulunun Türk hukukunda fazla bir işlevselliğe sahip olmadığını kabul etmek gerekir⁷⁷⁸.

3.1.4. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurudan Önce Olağan Kanun Yolları Tüketilmiş Olmalıdır

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, temel hak ve özgürlüklere ikincil nitelikte koruma sağlayan özel bir hukuki yoldur. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun, ikincil nitelikte koruma sağlayan özel bir hukuki yol olması demek, bu yola başvurmadan önce, var olan kanun yollarının tüketilmesi demektir. İkincil nitelikte korumanın anlamı, kanun yollarının hem şekli hem de maddi anlamda tüketilmesi gerekliliğinde yatmaktadır.

Geniş anlamda kanun yolu, idari ve yargısal başvuru yollarının tamamıdır. Dar anlamda kanun yolu ise bir mahkemeye başvurma olanağıdır⁷⁷⁹. Eğer, kişi kanun yoluna başvurarak kamu gücünden kaynaklanan temel hak ve özgürlük ihlalinin ortadan kaldırma imkânına sahipse, öncelikle bu kanun yoluna başvuracak; ihlalin kanun yolunda giderilememesi durumunda, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunacaktır.

1982 Anayasası'nın 148/3 maddesinde de “Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmesi şarttır” hükmüne yer verilmektedir. Kanun yolu, davanın taraflarına tanınan ve yanlış olduğu iddia edilen nihai kararların tekrar incelenmesine ve değiştirilmesine imkân veren bir hukuki yoldur⁷⁸⁰. Olağan kanun yolu, nihai kararların kesinleşmesine engel olan kanun yoludur. Nihai kararlar, süresi içerisinde olağan kanun yoluna gidilmemesi veya gidilip de onanması sonucu kesinleşirler. Kesinleşmiş hükümlere karşı tanınan kanun yoluna da olağanüstü

⁷⁷⁸ Oder, *op. cit.*, s. 96.

⁷⁷⁹ Özbey, *op. cit.*, s. 281.

⁷⁸⁰ Kuru vd., *op. cit.*, s. 723.

kanun yolu denir⁷⁸¹. Olağan kanun yolları medeni yargılamada, istinaf (HMK⁷⁸², m. 341) ve temyiz (m. 361); ceza yargılamasında, itiraz (Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)⁷⁸³, m. 267), istinaf (m. 272) ve temyiz (m. 286); idari yargılamada itiraz (İYUK, m. 45), temyiz (m. 46) ve kararın düzeltilmesidir (m. 54). Olağanüstü kanun yolları ise medeni yargılamada, yargılamanın iadesi (HMK, m. 374); ceza yargılamasında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı (CMK, 308), kanun yararına bozma (m. 309) ve yargılamanın yenilenmesi (m. 311); idari yargılamada, kanun yararına bozma (İYUK, m. 51) ve yargılamanın yenilenmesidir (m. 53). Adli yargıda 5235 sayılı Kanunla⁷⁸⁴ ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı olağan kanun yolu olarak istinaf yolu öngörülmüş; 5236 sayılı Kanunla⁷⁸⁵ da medeni yargılamada karar düzeltme yolu kaldırılmış, temyiz yolu da yeniden düzenlenmiştir. Ancak HMK'ya 31.3.2011 tarih ve 6217 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle eklenen geçici 3. madde⁷⁸⁶ gereğince, Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar, 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun temyize ilişkin hükümleri uygulanmaya devam edilecektir.

Anayasa'nın 148/3 maddesinde öngörülen, olağan kanun yollarının tüketilmiş olması koşulunun, olağanüstü kanun yollarını kapsamadığı açıktır.⁷⁸⁷ Ancak bir kere olağanüstü kanun yoluna başvurulmuşsa, bu yolda, ihlalin giderilmesi ihtimali mevcut olduğu için bu yolun da tamamen tüketilmesini beklemek gerekir.

⁷⁸¹ *Ibid.*, 724.

⁷⁸² 12.1.2011 Tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu.

⁷⁸³ 4.12.2004 Tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu.

⁷⁸⁴ 26.9.2004 Tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, m. 25 vd.

⁷⁸⁵ 26.09.2004 Tarih ve 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, m. 20.

⁷⁸⁶ “(1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete’de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(2) Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(3) Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır.” (HMK, geçici madde 3).

⁷⁸⁷ Özbey; *op. cit.* s. 285; Göztepe, Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, *op. cit.*, s. 27; Kararman, *op. cit.*, s. 262.

Anayasa, “Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır” (m. 148/3) hükmüne yer vermesine karşın; 6216 sayılı Kanun, “İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir” (m. 45/2) hükmüne yer vermiştir. Başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmak için başvuru yapılmadan önce Anayasa’da, “olağan kanun yollarının tüketilmesi” şart koşulmuş iken; 6216 sayılı Kanun’da, “kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının ... tüketilmiş olması” şart koşulmuştur. Doktrinde, kanun metnindeki bu ifade farklılığının Anayasaya aykırılık oluşturup oluşturmadığı tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. Göztepe, hem medeni, hem ceza, hem de idari yargılama usulünde kanun yolundan kastedilenin yargısal bir başvuru yolu olduğunu, Anayasa’daki “olağan kanun yolu” kavramının kanun koyucu tarafından 6216 sayılı Kanun’da “idari ve yargısal başvuru yolları” olarak ifade edilmesinin, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun ön koşulunu artırdığını dolayısı ile hakkın kullanılmasını zorlaştırdığını bu nedenle de Anayasa aykırı olduğunu öne sürmektedir⁷⁸⁸. Buna karşın, doktrinde, “olağan kanun yolu” kavramını sadece yargı boyutuyla ele almanın, Anayasa’nın bütün kurum ve kanunları kapsadığı gerçeğine uygun olmadığı dolayısı ile “olağan kanun yolu” kavramının “yargısal olağan kanun yolu” kadar “idari olağan kanun yolu”nu da kapsadığı, bu nedenle 6216 sayılı Kanun’daki düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığı da ileri sürölmektedir⁷⁸⁹.

1982 Anayasası’nın 148/3 ve 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesi bir arada değerlendirildiğinde bireysel başvuru, kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmallerinden kaynaklanan ihlallere karşı mümkündür. Kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali ise yasama, yürütme veya yargı organından kaynaklanır. Ancak, 6216 sayılı Kanun’un 45/3 maddesi, yasama işlemleri, düzenleyici idari işlemler, Anayasa Mahkemesi kararları ve Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere karşı, bireysel başvuru yolunu kapatmıştır. 6216 sayılı Kanun’un 45/3 maddesi karşısında, Anayasa Mahkemesi kararları hariç, yargı organının kararlarına karşı Anayasa

⁷⁸⁸ Göztepe, Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, *op. cit.*, s. 26-27.

⁷⁸⁹ Özbey, *op. cit.*, s. 284.

Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabileceği konusunda bir şüphe yoktur. Buna karşın, yasama organının işlemlerine ve yürütme organının düzenleyici işlemlerine karşı bireysel başvuruda bulunulamaz. Yürütme organının veya yasama ya da yargı organının bireysel idari işlemleri için de iki ihtimal söz konusudur. Eğer Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler söz konusu ise yine 6216 sayılı Kanun'un 45/3 maddesi gereği, bu işlemlere karşı bireysel başvuru yapılamayacaktır. Buna karşın, Anayasa'nın yargı denetimi dışında bırakmadığı işlemler söz konusu ise bu işlemlere karşı varsa öncelikle idari başvuruda bulunulacak, idari başvurudan bir sonuç alınamaması durumunda da yargı yoluna başvurulacak, orada da ihlalin giderilememesi durumunda, son çare olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulacaktır. Eğer kanunda bir idari başvuru yolu öngörülmemiş ise doğrudan yargı yoluna başvurulacaktır.

İdari yargı mercilerine dava açmadan evvel, bir ön şart olarak idari başvurunun yapılmasının zorunlu olup olmamasına göre idari başvurular; isteğe bağlı idari başvurular ve zorunlu idari başvurular olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Eğer kanunda, dava açmadan evvel, idareye başvurma bir zorunluluk olarak öngörülmemişse veya idareye başvuruyu yasaklayan açık bir hüküm yok ise ortada bir isteğe bağlı idari başvuru var demektir. Bu durumda kanun, kişiye idareye başvurma konusunda bir takdir yetkisi tanımıştır. Yani kişi isterse doğrudan idari yargı yerlerinde dava açabilir, isterse de dava açmadan evvel idareye başvurup idareden alacağı yanıtı göre, tekrar dava açma hakkını kullanabilir. 06.01.1982 Tarih ve 2577 Sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 10'ncü⁷⁹⁰ ve 11'nci⁷⁹¹ maddelerinde düzenlenen idari başvurular birer isteğe bağlı idari başvurulardır.

Kanunda, yargı yoluna başvurmadan evvel, idareye başvurmak bir zorunluluk olarak öngörülmüş ise buna zorunlu idari başvuru denilmektedir. Zorunlu idari

⁷⁹⁰“1. İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler (İYUK, m. 10/1).

⁷⁹¹“1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.

3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır.” (İYUK, m. 11).

başvuruda, idari başvuru, dava açmanın bir ön şartı olarak görülmekte ve bu ön şart yerine getirilmedikçe dava açılmamakta, açılrsa dahi merci tecavüzü gerekçesiyle dava dilekçesi ilgili idareye tevdi edilmektedir⁷⁹². Zorunlu idari başvurular, kanunda başvuru için öngörülen süre içerisinde yapılmak durumundadırlar. Aksi halde kişinin bu ön şartı zamanında yerine getirmediği için dava açma hakkı da ortadan kalmış olur⁷⁹³. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 13'üncü⁷⁹⁴ maddesinde düzenlenmiş olan idari eylemlere karşı yapılması öngörülen idari başvuru türü, zorunlu idari başvurunun tipik bir örneğidir⁷⁹⁵. Zorunlu idari başvuru, bazen idari işlemler⁷⁹⁶; bazen de İYUK m. 13'te olduğu gibi idari eylemler için öngörülmüş olabilirler. Ancak kanun koyucu, idari işlemlere karşı kural olarak idari başvuruyu zorunlu kılmamış iken; idari eylemlere karşı dava açmak için idari başvuruyu zorunlu kılmıştır⁷⁹⁷.

6216 sayılı Kanun'da bahsedilen “idari başvuru yolu” yargısal başvuru yoluna alternatif bir başvuru yolu değil, yargısal başvuru yoluna başvurulmadan önce tüketilmesi zorunlu olan bir idari başvuru yoludur⁷⁹⁸. İHM'ye göre, kamu gücü ihlaline karşı birden fazla alternatif etkili başvuru yolu var ise bunların hepsinin

⁷⁹² Nuri Alan, “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartı” *Danıştay Dergisi*, 19, S.50-51, 1983, s.30.

⁷⁹³ Yeni,ce, Kazım ve Esin, Yüksel, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu, İdari Yargılama Usulü*, Ankara, 1983, s. 248

⁷⁹⁴“1. İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka süratle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.

2. Görevli olmayan adli ve askeri yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda, birinci fıkrada öngörülen idareye başvurma şartı aranmaz.” (İYUK, m. 13).

⁷⁹⁵ 2577 sayılı yasa dışında da mevzuatta da zorunlu idari başvuru yolunun öngörüldüğü düzenlemeler içeren kanunlar vardır. Zorunlu idari başvuru usulünün öngörüldüğü bazı kanunlar şunlardır: 15.05.1957 Tarih ve 6964 sayılı Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanunu m. 5/3., 04.07.1972 Tarih ve 1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, m. 34.

⁷⁹⁶ İdari işlemler ile ilgili olarak zorunlu idari başvuru için 22.02.1983 Tarih ve 2801 Sayılı Bazı Kamu Alacaklarının Özel Uzlaşma Yolu ile Tahsili Hakkında Kanun'un 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası örnek gösterilebilir. Fıkra: “Bu madde hükümlerine göre yapılan tarhiyatın mükelleflerce kabul edilmemesi halinde, bu Kanun hükümleri uygulanmaz. Mükellefler tarhiyatı kabul etmediklerini, ilgili Vergi Dairesine ihbarnamenin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde dilekçe ile bildirirler ...” Tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde yapılacak başvuru idarenin yapmış olduğu idari işleme karşı zorunlu bir başvurudur.

⁷⁹⁷ Yıldırım, Ramazan *İdari Başvurular*, Mimoza Yayınları, 2. B., Konya, 2006, s. 116.

⁷⁹⁸ Doğru, *op. cit.*, s. 104.

tüketilmesi gerekmez; birinin tüketilmesi yeterli olur. Hangisinin tüketileceğini belirlemek ise başvurucunun ihtiyarındadır⁷⁹⁹.

Yukarıdaki izahatlardan anlaşılacağı üzere, 6216 sayılı Kanun'un aleyhine bireysel başvuruda bulunmayı müsaade ettiği kamu gücü işlem, eylem ya da ihmallerine karşı, hem idari hem de yargısal başvuru yolu öngörülmüş ise iki farklı ihtimal söz konusu olacaktır. Eğer, kanunda öngörülen idari başvuru yolu zorunlu değil ise kişi, isterse önce idari başvuru yoluna, akabinde de yargı yoluna başvurabileceği gibi doğrudan yargı yoluna da başvurabilecektir. Ancak kanunda öngörülen idari başvuru yolu zorunlu ise kişi, zaten bu yolu tüketmeden yargı yoluna başvuramayacağı için öncelikle zorunlu olan idari başvuru yolunu tüketecek, akabinde de yargı yoluna başvurabilecektir. Eğer idari başvuru yolu öngörülmemiş ise kişi, o zaman da tüketilmesi gereken zorunlu bir idari başvuru yolu olmadığı için doğrudan yargısal başvuru yolunu tüketecektir.

Bireysel başvuruya konu olacak kamu gücü işlemleri, kişiler bakımından emredici ve bağlayıcı işlemler⁸⁰⁰; başka bir deyişle “icrai” nitelikte işlemler (kararlar) olmalıdır. İşlemin icrai nitelikte olmasından kasıt, ilgilisi için yeni bir hukuksal durum yaratan, mevcut bir hukuksal durumu değiştiren ve ya da kaldıran işlemlerdir⁸⁰¹. Dolayısı ile icrai nitelikte olmayan görüş bildirmeler, öneri ya da tavsiyeler, bilirkişi raporları gibi kamu gücü işlemleri ile hazırlık işlemleri, bireysel başvuruya konu olamazlar.

AIHM'ye göre, zorunlu bir idari başvuru yolu var ise öncelikle bu başvuru yolunu tüketmek gerekir. Etkili bir başvuru yolu oluşturmadıkları gerekçesiyle, isti'taf başvurusu ve hiyerarşik başvuru yolları tüketilmesi gerekli başvuru yolları olarak kabul edilmemektedirler. Aynı şekilde kamu denetçisine (ombudsman) başvuru yolu da kamu denetçisinin icrai karar alma yetkisine sahip olmaması

⁷⁹⁹ *Ibid*; *Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi*, Avrupa Konseyi / Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2011, s. 17. http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_TUR.pdf (12.05.2013).

⁸⁰⁰ Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, op. cit., s. 44.

⁸⁰¹ Kamu gücü işlemlerinin icrai nitelikte olması zaten bunların kamu gücüne dayanılarak yapılmasından kaynaklanmaktadır. Günday, *op. cit.* s. 112.

nedeniyle Mahkemece, tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmemektedir⁸⁰².

Konu ile ilgili olarak, bireysel başvuru konusu olabilmesi açısından Türkiye’de tutuklama kararlarının özel bir öneme sahip olduğu söylenebilir. Özellikle, tutuklama kararlarının “makul sebeplere dayanmadığının” ve “gerekçelendirilmediğinin” çok sık ileri sürülüyor olması, 1982 Anayasası’nın 19. maddesi ve AİHS’nin 5. maddesine aykırılık iddialarının sık sık gündeme gelmesine sebep olmaktadır. Bu bağlamda akla, tutuklama sürelerinin uzunluğundan dolayı bizihi tutuklama kararlarının bireysel başvuru konusu yapıp yapılamayacağı sorusu gelmektedir. AİHM kararları ve doktrindeki genel eğilim, yargılama veya tutuklama sürelerinin uzunluğundan kaynaklı hak ihlallerinin tek başına bireysel başvuru konusu olabileceği yönündedir⁸⁰³. Mevzuattaki şartları taşımayan tutuklama kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlar, emredici ve bağlayıcı kamu gücü işlemleri haline gelmektedir. Diğer bir deyişle icrai bir niteliğe bürünen hukuka aykırı tutuklama kararları ile gerek Anayasa’da gerekse AİHS’de yer alan temel haklardan “Kişi Hürriyeti ve güvenliği” hakkı ihlal edilebilmektedir. Böyle bir durumda ihlal, itiraz üzerine red kararı veren yargı kararından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, yargılamanın bitmesini beklemeksizin, başka bir ifade ile olağan kanun yollarının tüketilmesini beklemeksizin, tutuklama kararları aleyhine Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılabileceğinin kabul edilmesi gerektiği söylenebilir⁸⁰⁴.

Bireysel başvuruda bulunan kişinin, kanunda öngörülen başvuru yollarının tamamını, bireysel başvuruda bulunmadan önce, tüketmesi gerekmektedir (6216 sayılı Kanun, m. 45/2). Başvuru yollarının tamamının tüketilmesinden kasıt, tüketilmeye başlanan bir başvuru yolunun öngördüğü usul içinde sonuna kadar gidilmesi, başvurunun bütün aşamalarının tamamlanması⁸⁰⁵; başvurunun, başvuru

⁸⁰² Gözler, Anayasa Hukuku’nun Genel Teorisi, *op. cit.*, C. II, s. 597; Anayurt, *op. cit.*, s. 211, Özdek, *op. cit.* s. 57.

⁸⁰³ Tunç, Hasan, “Türk Hukukunda Tutuklama Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Hakkı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Yıl: 2013, S. 1-2, s. 1647-1648.

⁸⁰⁴ *Ibid*, s. 1652.

⁸⁰⁵ Doğru, *op. cit.*, s. 104;

yolundaki en yüksek makama kadar taşınmasıdır⁸⁰⁶. Eğer başvuru, yürürlükteki maddi hukuk ve usul hukuku kurallarına uygun bir şekilde başvuru yolunu sonuna kadar kullanmamışsa, başvuru yolunun tamamının tüketildiğinden bahsedilemez⁸⁰⁷. Örneğin, ilk derece mahkemesinin nihai kararına karşı temyiz yoluna başvurmayıp kararın kesinleşmesini sağlayan kişi, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunamaz. Başka bir ifade ile başvuru yolunun olağan kanun yollarını / idari ve yargısal başvuru yollarını kullanmaması nedeniyle, kesin hüküm haline gelen mahkeme kararı (kamu gücü işlemi) aleyhine, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunamaz⁸⁰⁸. Çünkü bireysel başvuru olağan kanun yollarının tamamı tüketildikten sonra başvurulması gereken ikincil nitelikte bir yoldur. Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü de bir kararında, başvuru yolunun etkili ve sonuç almaya yeterli görerek başvurduğu bir kanun yolunun sonucunu beklemeksizin, karar düzeltme talebinden feragat etmek suretiyle, bu süreci kendi iradesiyle sona erdirmesini, olağan kanun yollarını usulüne uygun bir şekilde tüketmemek olarak değerlendirip; başvurunun, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁸⁰⁹. Keza, iki başvuru yolunun yaptığı bir bireysel başvuruda, başvuru yollarından biri, ilk derece mahkemesinin verdiği kararı temyiz

⁸⁰⁶ Özbey, *op. cit.*, s. 287.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, s. 285; Ekinci ve Sağlam, *op. cit.*, s. 23; Doğru, *op. cit.*, s. 104; Karaman, *op. cit.*, s. 255.

⁸⁰⁸ Ekinci ve Sağlam, *op. cit.* s. 23.

⁸⁰⁹ “20. Başvuru konusu olayda başvuru, devlet hizmeti yükümlülüğüne tabi tutulmasına ilişkin işlemin iptaline karar verilmesi istemiyle Ankara 11. İdare Mahkemesinde dava açmış ve dava anılan Mahkemenin 31/10/2008 tarih ve E.2008/336, K.2008/2235 sayılı kararı ile reddedilmiştir. Bu karara karşı Danıştay nezdinde temyiz talebinde bulunulmuş, Danıştay Beşinci Dairesinin 13/12/2011 tarih ve E.2009/2392, K.2011/7344 sayılı kararıyla temyiz isteminin reddine ve anılan kararın onanmasına karar verilmiştir. Başvurucu, Danıştay Beşinci Dairesinin onama kararına karşı karar düzeltme isteminde bulunmuş, ancak 26/9/2012 tarihli dilekçesi ile karar düzeltme talebinden feragat etmiştir.

21. Bir kanun yoluna başvurulmuş olması tek başına bu yolun tüketildiği anlamına gelmez. Bir kanun yolunun tüketildiğinden söz edilebilmesi için öncelikle yapılan başvurunun sonucunun beklenmesi ve inceleme süresince öngörülmüş olan yöntem, biçim, süre ve diğer koşullara uygun hareket edilmesi gerekir. Başvurucunun, etkili ve sonuç almaya yeterli görerek başvurduğu bir kanun yolunun sonucunu beklemeksizin, karar düzeltme talebinden feragat etmek suretiyle bu süreci kendi iradesiyle sona erdirdiği ve böylece olağan kanun yollarını usulüne uygun bir şekilde tüketmeden bireysel başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır.

22. Açıklanan nedenlerle, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “başvuru yollarının tüketilmemesi” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.” Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm Kararı, 26.03.2013, Başvuru no. 2012/26, § 20, 21, 22, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000382&content= (13.05.2013). Başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna dair bir başka kararı için bakınız: Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 05.03.2013, Başvuru no. 2012/74, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000360&content= (13.05.2013).

etmemiş ve hakkındaki kararın temyiz edilmeksizin kesinleşmesine sebep olmuş; diğer başvuru ise temyiz yoluna başvurarak olağan kanun yollarını tüketmiştir. Mahkeme bu başvuruda⁸¹⁰; “başvuruculardan birinin kararı temyiz etmediği için birinci başvuru tarafından ihlal iddiasına konu karar için öngörülmüş olan kanun yolları tüketilmeksizin bireysel başvuruda bulunulduğu anlaşıldığından, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin ‘başvuru yollarının tüketilmemesi’ nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi” gerektiğine hükmetmiştir.

6216 sayılı Kanun’un 45/2 maddesinde belirtilen; “kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının”, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olmasından kasıt ise başvurudan evvel müracaat edilen olağan kanun yollarının tamamlanmış olmasıdır. Çünkü olağan kanun yolları / idari ve yargısal başvuru yolları, tüketilinceye kadar, ihlalin giderilmesi ihtimali mevcut olduğu için bu yolların tamamı tüketilmeden bireysel başvuruda bulunulmamalıdır.

Başvurucu, başvuru yollarını bireysel başvurudan önce tamamen tüketmeden Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmuş ancak Anayasa Mahkemesi, kabul edilebilirlik konusunda karar vermeden evvel başvuru yolu tamamen tüketilmiş olursa, Anayasa Mahkemesi başvuruyu kabul edilemez bulmamalıdır⁸¹¹. Buna karşın, Anayasa Mahkemesi’ne başvuruyu yaptıktan sonra fakat Mahkeme’nin henüz kabul edilebilirlik kararı vermesinden evvel, başvuru yolunun müracaat edebileceği yeni bir başvuru yolu ortaya çıkarsa, başvuru yolunun söz konusu iç hukuk yollarını tüketmesi gerektiğini kabul etmek gerekir⁸¹². Keza Anayasa Mahkemesi, kabul edilebilirlik kararı verip başvuruyu esastan incelediği sırada, benzer başvurulara konu ihlalleri ortadan kaldıran yeni bir başvuru yolunun yürürlüğe konulması durumunda da bu başvuru yolunun etkili olup olmadığını değerlendirip, yeni başvuru yolunun ihlali giderebileceği kanaatine varırsa, başvurucudan yeni başvuru yolunu

⁸¹⁰ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 12.02.2013, Başvuru no. 2012/1027, § 23, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000327&content=13.05.2013.

⁸¹¹ Doğru, *op. cit.*, s. 104-105.

⁸¹² AİHM’nin iç hukuk yollarının tüketilmesi konusundaki içtihatları da bu yöndedir. Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, *op. cit.*, C. II, s. 600.

tüketmesini isteyebilmelidir⁸¹³. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun ikincilik niteliği de bunu gerektirir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, ikincil derecede ve istisnai nitelikte bir yol olduğu için kişiler, hak ihlali iddialarını öncelikle ilk derece mahkemeleri ve yüksek mahkemeler önünde ileri sürmüş olmalıdırlar. Kişiler hak ihlali iddialarının ancak diğer yargı organları önünde tatmin edilememesi durumunda Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilirler. Dolayısı ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurmadan evvel, tüketilen kanun yolundaki mercilerin (mahkemelerin) ihlali iddialarının değerlendirme ve gerektiğinde ihlalin sonuçlarını giderebilmeleri için ihlal iddialarının bu merciler önünde ileri sürülmüş olması gerekmektedir⁸¹⁴. En azından ihlal konusunun olağan kanun yolunda / idari ve yargısal başvuru yolunda, özü itibarı ile dile getirilmiş olması; iddiayı inceleyen mercilerin bu konuda dikkatinin çekilmiş olması gerekmektedir. Bununla beraber, başvurucunun ihlal edildiğini iddia ettiği temel hak ve özgürlüğünün, Anayasa'daki maddelerini belirtmesi şart değildir⁸¹⁵. Olağan kanun yolunda / idari ve yargısal başvuru yollunda usulüne uygun biçimde ileri sürülmeyen bir ihlal iddiasının, bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiş olması hâlinde Mahkeme, bu konudaki başvuruyu, başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulacak ve işin esasına girmeksizin reddedebilecektir⁸¹⁶.

Olağan Kanun yollarının / idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi koşuluna, Federal Almanya'da, FAMK'nın 90/2 maddesinden⁸¹⁷ kaynaklanan iki; FAM içtihatlarından kaynaklanan bir olmak üzere, toplam üç istisna getirilmiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, bu üç istisnadan birinin varlığı halinde anayasa

⁸¹³ AİHM'nin de iç hukuk yollarının tüketilmesi konusunda benzer içtihatları bulunmaktadır. *Ibid.*

⁸¹⁴ Ekinci ve Sağlam, *op. cit.* s. 23. FAM'ye göre (BVerfGE 74, 113) "Anayasa şikâyetine ancak bu yolla elde edilmek istenen amaca, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmadan ulaşılmayacaksa, başvurulabilir... Eğer bir ihlal, genel mahkemede usulüne uygun olarak ileri sürülmediği için denetlenememişse, kanun yollarının tüketildiğinden söz edilemez"; Kılınç, *op. cit.*, s. 35.

⁸¹⁵ Özbey, *op. cit.*, s. 287; *Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi*, *op. cit.*, s. 17.

⁸¹⁶ Ekinci ve Sağlam, *op. cit.* s. 23.

⁸¹⁷ "Eğer ihlale karşı kanun yolları açıksa, anayasa şikâyetine ancak kanun yolları tüketildikten sonra başvurulabilir. Anayasa şikâyeti genel bir öneme sahipse veya önce kanun yollarına başvurması şikâyetçi açısından ağır ve giderilemez zararlara neden olacaksa, Anayasa Mahkemesi kanun yolları tüketilmeden yapılmış bir başvuru hakkında derhal karar verebilir." (FAMK, m. 90/2)

şikâyeti için kanun yolunu tüketme koşulunun aramamaktadır. Bu istisnalar şunlardır⁸¹⁸;

- a) Kanun yollarının tüketilmesinden bir sonuç alınmasının beklenmemesi,
- b) Kanun yollarının tüketilmesinin beklenmesinin başvuru açısından ağır ve giderilmesi güç zararlara yol açacak olması (FAMK, m. 90/2),
- c) Anayasa şikâyetinin karara bağlanmasının tüm toplumu ilgilendiren genel öneme sahip bir soruna ışık tutacak olması (FAMK, m. 90/2).

AİHS'nin getirdiği sistem de ikincil nitelikte bir koruma sağladığı için AİHS'nin 35. maddesine göre, AİHM'e ancak iç hukuk yolları tüketildikten sonra başvurulabilir. Bununla beraber AİHM, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralını mutlak ve aşırı bir şekilcilikle yorumlamamakta; Sözleşme'nin amacı ve somut olayın özellikleri ışığında daha esnek bir şekilde değerlendirmektedir⁸¹⁹. İnsan hakları ihlalinin giderilebilmesi için AİHM'ye, iç hukukta öngörülmuş, fiilen ulaşılabilen ve sonuç alma imkânı bulunan (etkili) adlî ve idarî iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra başvuru yapılabilir⁸²⁰. Başvurucunun içinde bulunduğu koşullar göz önüne alındığında, iç hukuk yollarının tüketilmesi gereksiz, anlamsız, kullanılsa bile sonucu değiştirmeyeceği apaçık ortada ise AİHM, başvurucuyu bu şarttan muaf tutulabilmektedir⁸²¹. Mahkeme'nin içtihatlarıyla ortaya çıkan muafiyet durumlarını (iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını aramadığı durumları) şu şekilde sıralamak mümkündür⁸²²:

⁸¹⁸ Sabuncu ve Arnewine, *op. cit.*, s. 232; Özbey, *op. cit.*, s. 291-292; Şahbaz, *op. cit.*, s. 86; Göztepe, *Anayasa Şikâyeti, op. cit.*, s. 78-81.

⁸¹⁹ AİHM, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralını mutlak olarak yorumlamamakta; bu kuralın otomatik olarak uygulanabilir nitelikte bulunmadığını kabul etmekte ve bu kurala uyulup uyulmadığının denetlenmesi sırasında her bir olayın özel şartlarına dikkat edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Akdivar ve Diğerleri / Türkiye Davası, 16.09.1996, Başvuru no. 21 893/93, § 69, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgozter.asp?id=591> (12.05.2013).

⁸²⁰ Bilir, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi, op. cit.*, s. 27.

⁸²¹ Anayayurt, *op. cit.*, s. 216.

⁸²² Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 70- 72; Anayurt, *op. cit.*, s. 216- 220; Bilir, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi, op. cit.*, s. 27; Özbey, *op. cit.*, s. 295-297.

- a) Sözleşme'ye aykırılık oluşturan idari uygulamaların (idari pratiğin⁸²³) varlığı, hak ihlallerinin idari bir pratik haline gelmiş olması,
- b) Yerleşmiş bir yargı içtihadının bulunması,
- c) Açık bir ulusal kanun hükmünün bulunması ve kanun ile Sözleşme hükmünün açıkça çatışması,
- d) Kamu Görevlilerince kişinin iç hukuk yolunu tüketmesinin engellenmesi,
- e) Ulusal makamdaki girişimlerin normal ölçüleri aşan gecikmelere veya ihmallere maruz kalması sonucu davanın sürüncemede kalması,
- f) İç hukuk yolunun etkisiz olması⁸²⁴,
- g) İç hukuk yargı yollarının kapalı olması.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilmek için Anayasa'da "olağan kanun yollarının" (m. 148/3), 6216 sayılı Kanun'da da "kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının" (m. 45/2) tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olmasının şart olduğu yönünde bir kural yer almakta ise de Anayasa Mahkemesi, bu kuralları mutlak olarak yorumlamamalı, otomatik olarak uygulamamalı, her olayın özel şartlarını dikkate almalıdır⁸²⁵. Anayasa Mahkemesi hem FAMK'daki ve FAM içtihatlarındaki istisnaları hem de AİHM kararlarındaki ölçütleri dikkate alıp, olağan kanun yolları / idari ve yargısal

⁸²³ Sadece birbirinden kopuk ve istisnai olaylar şeklinde kalmayıp, bir model veya sistem meydana getirecek şekilde birbirleriyle bağlantılı ve yeterli sayıda olan, özdeş veya benzer uygulamalara idari pratik denir. Bir idari pratiğin AİHS'e aykırı bir idari pratiğin varlığı durumunda şikâyetçi açısından iç hukuk yollarını tüketme kuralı aranmaz. Case of Ireland v. The United Kingdom, op. cit., § 159.

⁸²⁴ Sözleşme'ye aykırı eylemlerin tekrarından ve kamu makamlarının bu eylemlere hoşgörü göstermelerinden oluşan bir idari uygulamanın varlığı ve bu uygulamanın yapılacak hukuki muameleleri boş ve etkisiz kılacak nitelikte olması halinde, iç hukuk yollarını tüketme şartı aranmaz. Aksoy / Türkiye Davası, § 52; İç hukuk yollarının tüketilmediği iddiasında bulunan hükümetin görevi, iç hukuk yolunun olay sırasında teoride ve pratikte mevcut ve etkili olduğu, yani ulaşılabilir olduğu; başvuruçuların şikâyetleri konusunda bir tatmin sağlama imkânına sahip olup, makul bir başarı şansı sunduğu konusunda Mahkeme'yi ikna etmektir. Akdivar ve Diğerleri / Türkiye Davası, op. cit., § 68.

⁸²⁵ AİHM içtihatları da bu yöndedir. AİHM, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralını mutlak olarak yorumlamamakta; bu kuralın otomatik olarak uygulanabilir nitelikte bulunmadığını kabul etmekte ve bu kurala uyulup uyulmadığının denetlenmesi sırasında her bir olayın özel şartlarına dikkat edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Akdivar ve Diğerleri / Türkiye Davası, op. cit., § 69.

başvuru yolları tüketilmeden yapılan başvuruları da başvuru yolları tüketilmediği gerekçesiyle reddetmemeli, AİHM gibi bu konuda esnek davranmalıdır.

3.2. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Genel Usul Kuralları

3.2.1. Bireysel Başvuruları İncelenmekle Görevli ve Yetkili Mahkeme: Anayasa Mahkemesi

Görev ve yetki kuralları, bir davaya aynı yargı kolu içerisinde ilk derece mahkemelerinden hangisinin bakacağını düzenleyen kurallardır⁸²⁶. Eğer bir yargı kolu içerisinde birden fazla ilk derece mahkemesi varsa ve bu mahkemeler ülke sınırları içerisinde birden çok yerde kurulmuş ise o zaman görev ve yetki kuralları büyük önem arz etmektedir. Ancak 1982 Anayasa'nın 148/3 maddesine göre; "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir." Keza 6216 sayılı Kanun'un 45/1 maddesi de benzer bir ifade ile bireysel başvuruların, Anayasa Mahkemesi'ne yapılacağını belirtmektedir⁸²⁷. Anayasa'nın 148/3 ve 6216 sayılı Kanun'un 45/1 maddesi bir arada değerlendirildiğinde, Türk hukukunda bireysel başvuruları incelemekle görevli mahkemenin Anayasa Mahkemesi olduğu açıktır. Anayasa Mahkemesi de anayasa yargısı kolunda ve ülke sınırları içerisinde tek olduğu için yetkili mahkeme de başkentteki Anayasa Mahkemesi'dir.

3.2.1.1. Anayasa Mahkemesi'nin Oluşumu ve Yapısı

1961 Anayasası ile Türk hukukuna giren Anayasa Mahkemesi 17, üyeden oluşmaktadır (Any. m. 146/1). Bu 17 üyeden 3 tanesi TBMM tarafından⁸²⁸ (m.

⁸²⁶ Kuru vd., *op. cit.*, s. 129.

⁸²⁷ "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." (6216 sayılı Kanun m. 45/1).

⁸²⁸ "Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa,

146/2), 14 tanesi de Cumhurbaşkanınca seçilir (m. 146/3). Cumhurbaşkanı, bu üyelerin 4'ünü doğrudan, 10'unu kendisine önerilen adaylar arasından seçmektedir⁸²⁹.

Anayasa Mahkemesine üye seçilebilmek için 45 yaşın doldurulmuş olması gerekir. Anayasa Mahkemesi, üyeleri 12 yıl için seçilirler ve 65 yaşını dolduran üyeler emekliye ayrılırlar. Bir kimse iki defa Anayasa Mahkemesi üyesi seçilemez (m. 147/1). Anayasa Mahkemesi, üyeleri arasından gizli oyla ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile dört yıl için bir Başkan ve iki başkanvekili seçilir. Süresi biten başkan ya da başkanvekilleri yeniden seçilebilirler (m. 146/6).

Anayasa Mahkemesi üyeliğinin sona ermesi ise bir üyenin hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymesi halinde kendiliğinden; görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması halinde de, Anayasa Mahkemesi üye tamsayısının salt çoğunluğunun kararı ile sona erer (m. 147/2) .

Anayasa Mahkemesi'nin yapısına baktığımızda, Mahkeme teşkilatı; Başkanlık, Genel Kurul, Bölüm'ler, Komisyonlar, Genel Sekreterlik ve idari birimlerden oluşmaktadır (6216 sayılı Kanun, m. 20/1). Mahkeme, esas olarak 17 üyeden oluşan Genel Kurul ve her biri 7 üyeden oluşan iki Bölüm halinde çalışmaktadır (Any., m. 149/1; 6216 sayılı Kanun, m. 2/1-ç,d). Bölüm'lerin her birine bağlı olarak görev yapan 3'er de Komisyon bulunmaktadır. Genel Kurul, siyasî partilere ilişkin dava ve başvurulara, iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara; Bölüm'ler, bireysel başvurulara (Any., m.

bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur (Any., m. 146/2).

⁸²⁹ Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askerî Yargıtay, bir üyeyi Askerî Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer (Any., m. 146/3). Yükseköğretim kurumları öğretim üyelerinin profesör veya doçent unvanını kazanmış, avukatların en az yirmi yıl fiilen avukatlık yapmış, üst kademe yöneticilerinin yükseköğrenim görmüş ve en az yirmi yıl kamu hizmetinde fiilen çalışmış ve birinci sınıf hâkim ve savcılarının adaylık dahil en az yirmi yıl çalışmış olması şarttır (m. 146/5).

149/2), Komisyonlar ise bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesine (İçtüzük, m. 32/1) bakmakla görevli birimlerdir. Bu birimlerin yanında bir de Mahkeme kararlarını izleyerek içtihadın geliştirilmesi ve tanıtımı için çalışmalar yapmak, içtihat farklılıklarının önlenmesine yönelik önerilerde bulunmak ve bu amaçlarla istatistikler ve araştırma raporları hazırlamakla görevli olan Araştırma ve İctihat Birimi (Ar-İç) bulunmaktadır (İçtüzük, m. 3/1-a, m. 26)

Anayasa Mahkemesi'nde Kanun ve İçtüzük çerçevesinde Başkan tarafından verilen işleri yapmak üzere Genel Kurul, Bölümler, Komisyonlar ve Araştırma İctihat Birimi bünyesinde görev yapan başraportör, raportör ve raportör yardımcıları bulunmaktadır. Genel Kurul bünyesinde, Genel Kurul Başraporlülüğü; Bölüm'ler bünyesinde, Bölümler Başraportörlülüğü ve Komisyonlar bünyesinde, Komisyonlar Başraportörlülüğü birimleri oluşturulmuştur. Komisyon'larda ve Bölümlerde görev yapan raportörler, bireysel başvuru raportörleri olarak adlandırılmaktadır (İçtüzük, m. 3/1-f).

Anayasa Mahkemesi bünyesinde ayrıca, Komisyon'lar başraportörünün gözetiminde bir raportör ve yeterli sayıda raportör yardımcısı ile personelden oluşan (İçtüzük, m. 65/1) ve gelen başvuruları şekli eksiklikler bulunup bulunmadığı yönünden inceleyen (İçtüzük, m. 66/1) Bireysel Başvuru Bürosu vardır.

Anayasa Mahkemesi bünyesinde, başkanlığına bağlı olarak bir Genel Sekreterlik birimi kurulmuştur (6216 sayılı Kanun, m. 23/1). Genel Sekreterlik; Genel Sekreter, Genel Sekreter yardımcıları ve Mahkeme başkanlığınca görevlendirilecek yeterli sayıda personelden oluşur (İçtüzük, m. 35/4). Genel Sekreter, Anayasa Mahkemesi başkanı tarafından raportörler arasından görevlendirilir (6216 sayılı Kanun, m. 23/2). Genel sekreterliğin görev ve yetkileri şunlardır: Başvuruların kaydı ve sevk edilmesi, Genel Kurul ve Bölüm toplantılarıyla ilgili idari işlerin yürütülmesi, kararların ve raporların otomasyonunun sağlanması ve arşivlenmesi, Mahkeme'nin yazışmalarının yapılması, Mahkeme kararlarının uygulanmasının takip edilmesi ve bu konuda Genel Kurula bilgi verilmesi, Bütçenin harcanması ve bu konuda Başkana bilgi verilmesi, Mahkeme'nin kurumsal, bilimsel, idari, mali ve teknik işlerinin yürütülmesi ve Protokol işlerinin düzenlenmesi, personelin sevk ve idaresinin sağlanması ve Kanun, İçtüzük ve yönetmelik hükümleri

çerçevesinde Başkan tarafından verilen diğer işlerin yapılması (6216 sayılı Kanun m. 23/3; İçtüzük, m. 35/2).

3.2.1.2. Anayasa Mahkemesi'nin Görevleri ve Çalışma Usul ve Esasları

1982 Anayasası'na göre, Anayasa Mahkemesi'nin görevleri şunlardır:

- a) Kanunları, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davalarına bakmak⁸³⁰ (Any., m. 148/1).
- b) Anayasa değişikliklerini açılan iptal davası üzerine sadece şekil bakımından denetlemek (Any., m. 148/1).
- c) Görülmekte olan davada uygulanacak kanun ya da kanun hükmünde kararname hükümlerinin Anayasaya aykırılığının taraflarca ileri sürülmesi veya mahkemece bu nitelikte görülmesi hallerinde açılan itiraz davalarını karara bağlamak (Any., m. 152/1).
- d) Cumhurbaşkanını, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılamak (Any., m. 148/6-7) .
- e) Siyasi partilerin mali denetimini yapmak⁸³¹ (Any., m. 69/3).

⁸³⁰ 1982 Anayasası bazı kanun, karar ve işleri yargı denetimi dışında bırakmıştır. Mahkemenin denetimi dışında bırakılan işler şunlardır: Milletlerarası andlaşmalar, (Any., m.90/5), olağanüstü hallerle, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler (Any., m.148), Anayasa'nın 174. maddesinde yer alan inkılap kanunları ve parlamento kararları.

⁸³¹ Anayasa Mahkemesi, bu denetim görevini yerine getirirken Sayıştay'dan yardım alır (Any. m. 69/3).

- f) Siyasi partilerin kapatılması istemiyle açılan davalara bakmak⁸³² (Any., m. 69/4).
- g) Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına ve üyeliklerinin düşmesine ilişkin Türkiye Büyük Millet Meclisi kararlarının iptali istemlerini karara bağlamak (Any., m. 85).
- h) Kendi üyeleri arasından Uyuşmazlık Mahkemesi başkanını seçmek (Any., m. 158/2).
- i) Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruları incelemek (Any., m. 148/3).

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, soyut ve somut norm denetimi yapmak, Yüce Divan sıfatıyla bazı üst düzey kamu görevlilerini yargılamak, Siyasi partilerin mali, denetimini yapmak ve kapatılmaları istemiyle açılan davaları karara bağlamak, kural olarak parlamento kararları Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olmamakla beraber bazı parlamento kararlarını (yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına ve üyeliklerinin düşmesine ilişkin Türkiye TBMM kararları ile TBMM İçtüzüğü) denetlemek, Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başkan seçmek ve bireysel başvuruları incelemek görev ve yetkilerini haizdir. Ayrıca ileride Mahkeme'ye tali kurucu iktidar tarafından başka görevler verilmesi durumunda bu görevleri de yerine getirmek zorundadır (Any., m. 148/son).

Bu tezin inceleme konusu Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda sayılan görevlerinden, 7.5.2010 tarih ve 5982 tarihli Kanun'un 18. maddesi ile Anayasa'nın 148. maddesine eklenen 3. fıkra ile Anayasa Mahkemesi'ne verilen; "Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruları incelemek" görevidir.

⁸³² Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkralara göre temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına da karar verebilir (Any., m.69/7).

Anayasa Mahkemesi, iki Bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır. Bölümler, başkanvekili başkanlığında 4 üyenin katılımıyla; Genel Kurul ise Mahkeme başkanının veya başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az 12 üye ile toplanır. Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır (Any., m. 149/1). Ancak, Anayasa değişikliğinde iptale, siyasî partilerin kapatılmasına ya da devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu gerekmektedir (m. 149/3).

Siyasî partilere ilişkin dava ve başvurulara, iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara Genel Kurul'ca; bireysel başvurular ise Bölüm'lerce karara bağlanır (m. 149/2). Anayasa'da, bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için Komisyon'lar oluşturulabileceğini belirtmiştir (Any., m. 149/1). Anayasa'nın bu hükmü doğrultusunda bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi oluşturulan Komisyon'lar tarafından yapılmaktadır (İçtüzük, m. 32/1).

Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla baktığı davaları duruşmalı olarak inceler. Bunun dışında kalan işleri dosya üzerinde inceler. Ancak, bireysel başvurularda duruşma yapılmasına karar verilebilir (Any., m. 149/son). Mahkeme ayrıca, gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilir. Mahkeme, siyasî partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasî partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin savunmasını dinler (Any., m. 149/son).

3.2.1.3. Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuruları Yargılama Yetkisi

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruları inceleme yetkisi, konu, zaman, yer ve kişi bakımından sınırlıdır. Yani, Mahkeme'nin yapılan bir başvuruyu inceleyebilmesi için konu, zaman, yer ve kişi bakımından yetkili olması gerekir.

3.2.1.3.1. Konu Yönünden Yetki

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun konusu, çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılarıyla incelendiği üzere, Anayasa'nın 148/3 maddesine göre kamu

gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen kişilerin, “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi biri”dir. Ancak 6216 sayılı Kanun’da; “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi biri” olarak belirtilmiştir (6216 sayılı Kanun, m. 45/1). Anayasa’daki düzenlemeye aykırı olarak, başvuruya konu temel hak ve özgürlükleri Türkiye’nin taraf olduğu protokollerle sınırlayan 6216 sayılı Kanun’un 45/1 maddesi yürürlükte kaldığı sürece, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun konusunu da 6216 sayılı Kanun’un 45/1 maddesinde belirtilen haklar oluşturacaktır⁸³³. Başvurucunun ihlal edildiğini iddia ettiği hak Anayasa’da güvence altına alınmış ancak AİHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamında yer alan hak ve özgürlüklerden birisi değil ise Anayasa Mahkemesi, konu bakımından yetkisizlik nedeni ile başvuruyu reddedecektir (6216 sayılı Kanun, m. 45/1 ve m. 48/1).

6216 sayılı Kanun’un bireysel başvuru kapsamı dışında bıraktığı yasama işlemleri, düzenleyici idari işlemler, Anayasa Mahkemesi kararları ve Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvuruya konu edilemez (6216 sayılı Kanun, m. 45/3). Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında; “Bir yasama işleminin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda, bireysel başvuru yoluyla doğrudan yasama işlemine değil ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabilecektir” demek suretiyle, yasama işlemine karşı yapılan bireysel başvurunun, “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁸³⁴.

⁸³³ Bu konudaki tartışmalar için bu tezin s.78 vd. bkz..

⁸³⁴ “17. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, kamusal bir düzenlemenin soyut biçimde Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak kabul edilemez.

18. Bir yasama işleminin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda, bireysel başvuru yoluyla doğrudan yasama işlemine değil ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabilecektir. Bu şekilde bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesi için söz konusu işlem, eylem ve ihmallere karşı varsa başvurulabilecek kanun yollarının da daha öncesinde tüketilmiş olması gerekmektedir.

19. Başvuru dilekçesinde, 298 sayılı Kanun’un 3. maddesi ile 2839 sayılı Kanun’un 4. maddesinin Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali gerektiği iddia edilmiştir. Bireysel başvuru kapsamında, bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamaz.

3.2.1.3.2. Zaman Yönünden Yetki

7.5.2010 Tarihinde kabul edilen 5892 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 18. maddesi ile Anayasa’nın 148. maddesinde değişiklik yapılarak, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kurumu kabul edildi. 5892 sayılı Kanun, Anayasa’nın 175/4 maddesi gereği halkoylamasına sunulmak üzere 13 Mayıs 2010 tarih ve 27580 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı. Bu Kanun, Yüksek Seçim Kurulu’nun 317 sayılı kararı⁸³⁵ doğrultusunda, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylamasında kabul edilerek yürürlüğe girdi.

5982 Sayılı Kanun’un geçici 18/son maddesinde, bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemelerin iki yıl içinde tamamlanması ve uygulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireysel başvuruların kabul edilmesi öngörülmekteydi. Bu düzenleme doğrultusunda, 30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 03.04.2011 tarih ve 27894 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmış; Kanun’un bireysel başvuruya ilişkin 45 ila 51 inci maddelerinin 23.9.2012 tarihinde, diğer maddelerinin ise yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir (6216 sayılı Kanun, m. 76). 6216 sayılı Kanun’un geçici 1/8 maddesinde ise “Mahkeme, 23.9.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi ancak 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvuruları inceleyebilecektir. Başka bir ifade ile 23.09.2012 tarihinden önce kesinleşmiş olan kararlar (nihai işlem ve kararlar) aleyhine yapılan bireysel başvurular, Anayasa Mahkemesi’nce “zaman yönünden yetkisizlik” nedeniyle reddedilecektir. Anayasa Mahkemesi de kendisine yapılan bir başvuruda, başvuru konusu kararın, bireysel başvuruların incelenmeye başlandığı tarih olarak belirlenen

20. Açıklanan nedenlerle, doğrudan ve soyut olarak yasama işlemlerinin iptali talebini içerdiği anlaşılan başvurunun “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.” Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 05.03.2013, Başvuru no. 2012/30, § 17, 18, 19, 20, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000358&content= (13.05.2013).

⁸³⁵ Resmî Gazete, 13.05.2010, 27580 (Mükerrer).

23.9.2012 tarihinden önce kesinleşmiş olduğu gerekçesiyle başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “zaman bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁸³⁶.

6216 Sayılı Kanun’un geçici 1/8 maddesine göre, bir bireysel başvurunun, zaman bakımından Anayasa Mahkemesi’nin yetkisi içinde görülebilmesi için kesinleşen nihai işlem veya karara konu olan; temel hak ve özgürlüğü ihlal ettiği iddia edilen işlem, eylem ya da ihmali gerçekleştiği tarihi değil, bu işlem, eylem ya da ihmali üzerine, başvuru yollarının tüketilmesi sonucunda elde edilen nihai işlem veya kararın kesinleşme tarihi esas alınacaktır⁸³⁷. Başka bir ifade ile bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği iddia edilen kamu gücü işlem, eylem ya da ihmali 23.09.2012 tarihinden önce gerçekleşmiş olsa dahi, bu işlem, eylem ya da ihmali karşı başvuru yollarının tüketilmesi neticesinde elde edilen nihai işlem veya kararın kesinleşme tarihinin 23.09.2012 tarihinden sonra olması gerekmektedir.

Acaba, bir temel hak veya özgürlük ihlalinin 23.09.2012 tarihinden önce başlamış ve bu tarihten sonra da devam etmesi durumunda Mahkeme, nasıl bir tavır alacaktır. Örneğin bir tutukluluk durumu 23.09.2012 tarihinden önce başlamış ancak bu tarihten sonra da devam etmekte ise Anayasa Mahkemesi’ne yapılacak bireysel başvuru’da Anayasa Mahkemesi, tutuklulukta makul sürenin aşıp aşılmadığını hesaplarken, 23.09.2012 tarihinden önceki süreyi dikkate alacak mıdır? Bu konuda

⁸³⁶ “18. Hukukun genel ilkelerinden birisi hukuk güvenliği prensibidir. Bu ilke, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmelerini, devletin de hukuki düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Kanunlar, ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Bu nedenle, bireysel başvurular bakımından Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi için kesin bir tarihin belirlenmesi ve Mahkemenin yetkisinin geriye yürütür şekilde uygulanmaması hukuk güvenliği ilkesinin bir gereğidir.

19. Başvuru konusu olayda başvurucu, eşinin ölümü sebebi ile Denizli 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde maddi ve manevi tazminat davası açmış, bu dava anılan Mahkemenin 1/10/2010 tarih ve E. 2005/394, K. 2010/178 sayılı kararı ile reddedilmiştir. Söz konusu ret kararı Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2/2/2012 tarih ve E. 2010/13450, K. 2012/1325 sayılı kararı ile onanmıştır. Başvurucunun karar düzeltme talebi ise anılan Dairenin 14/6/2012 tarih ve E. 2012/5613, K. 2012/10506 sayılı kararı ile reddedilmiş, ret kararı aynı tarihte kesinleşmiştir.

20. Açıklanan nedenlerle, başvuru konusu kararın bireysel başvuruların incelenmeye başlandığı tarih olarak belirlenen 23/9/2012 gününden önce kesinleşmiş olduğu anlaşıldığından başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “zaman bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.” Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 25.12.2012, Başvuru no. 2012/51, § 18, 19, 20, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000295&content= (13.05.2013).

⁸³⁷ Doğru, *op. cit.*, s. 108.

yol göstermesi açısından AİHM içtihatlarına bakılacak olursa; AİHM, Sözleşmecî Devletin başvuru konusu davayı makul sürede sonuçlandırıp sonuçlandırmadığına bakarken, Sözleşmecî Devletin AİHM'nin yargılama yetkisini kabul ettiği tarihi esas alıp, bu tarihten sonraki süreyi dikkate almamakla birlikte, bu tarihten önceki sürenin de göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. AİHM bu durumu, Mansur / Türkiye Davası'nda⁸³⁸ şu şekilde ifade etmiştir:

“... Mahkeme, Türkiye'nin Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini tanıma bildirimini tevdi tarihi (22 Ocak 1990) ile Edirne Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararını verdiği tarih (19 Şubat 1991) arasında geçen 'bir yıl yirmi sekiz günlük' süreyi dikkate alabilir. Bununla birlikte Mahkeme, başvurunun 22 Ocak 1990 tarihinden sonra devam eden tutukluluğunun Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına göre haklı olup olmadığını değerlendirirken, tutukluluğun 5 Kasım 1984'ten beri ..., yani yaklaşık 'beş yıl üç aydan' beri sürdüğünü de göz önüne almak zorundadır”.

Anayasa Mahkemesi'nin de bu gibi örneklerde (AİHS, m. 5/3 veya 6/1) makul sürenin aşılp aşılmadığını belirlerken, esas olarak 23.09.2012 tarihinden sonraki süreyi dikkate alacak olmakla beraber, bu tarihten önceki süreyi de muhakkak göz önünde bulundurarak bir karar vermesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin zaman bakımından yetkisinin, 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem veya kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları kapsadığı yukarıda belirtildi. Mahkeme'nin zaman bakımından yetkisinin sona ereceği zaman ise Anayasa'nın 148/3 maddesinin yürürlükten kaldırıldığı tarih olur. Ancak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun yürürlükten kaldırılması durumunda, kamu gücünün bireysel başvurunun yürürlükten kalkma tarihine kadar ki işlem, eylem ya da ihmallerinden doğan sorumlulukları ortadan kalkmaz⁸³⁹. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumun yürürlükten kalmasından önceki kamu gücü işlem eylem ya da ihmalleri, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği gerekçesiyle bireysel başvuruya konu edilebilir veya bu tarihten önce görüşülmesine

⁸³⁸ Mansur / Türkiye Davası, 08.06.1995, Başvuru no. 16026/90, § 51, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=591> (14.05.2013).

⁸³⁹ AİHS'nin 58. maddesi de Sözleşmecî tarafın Sözleşmeyi feshetmesi durumunda, fesihden önceki sorumluluklarından kurtulamayacağı yönünde bir hükme yer vermektedir. Buna göre; “Bu fesih işlemi, feshin geçerli sayıldığı tarihten önce işlenmiş ve yükümlülüklerin ihlali niteliğinde sayılabilecek olan bir fiil dolayısıyla, ilgili Yüksek Sözleşmecî Tarafın bu Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden kurtulması sonucunu doğurmaz.” (AİHS, m. 58/2).

başlanmış olan bireysel başvurular, karara bağlanmak üzere görüşülmeye devam edilir.

3.2.1.3.3. Yer Yönünden Yetki

Yer yönünden yetki başlığı altında; “Kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmalinden kaynaklanan temel hak veya özgürlük ihlallerinin nerede gerçekleşmesi durumunda Anayasa Mahkemesi’ne başvurulabilir?” sorusunun cevabı aranmaktadır. Aslında bu sorunun cevabı kısaca şu şekilde verilebilir: Anayasa Mahkemesi’nin yargılama yetkisi neresi ile sınırlı ise orada gerçekleşen temel hak ya da özgürlük ihlali için Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunulabilir. Kural olarak Anayasa Mahkemesi’nin yargılama yetkisi, devletin ülkesiyle sınırlıdır. Başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesi’nin yer yönünden yetkinin sınırları, devletin ülke sınırlardır. Ülke sınırları ise “kara sahası”, “hava sahası, iç” sular, boğazlar ve kara sularından oluşan “su sahası”ndan oluşmaktadır. Devletin, kara sahası, hava sahası ve “su sahası”nda egemenliği tamdır. Bu alanlar dışında örneğin bitişik bölge, münhasır ekonomik bölge, kıta sahanlığında, egemenliği sınırlı; açık denizlerde ise yoktur⁸⁴⁰.

AIHS’e göre, taraf devletler, yetki alanları içinde bulunun herkes için Sözleşme’nin birinci bölümündeki hak ve özgürlüklerden yararlanmaları için gereken tedbirleri alır (AIHS, m. 1). AIHM, taraf devletlerin yetki alanlarının sınırlarını belirlerken, devletin ülkesiyle sınırlı bir tanımlama yapmamakta, ülke sınırları dışında olsa dahi, taraf devletin otoritesinin geçerli olduğu yeri de yetki alanına dâhil saymaktadır⁸⁴¹. Dolayısı ile yetki alanı terimi geniş bir biçimde yorumlanır ve bir devletin sadece ülkesi sınırları içinde kalan alanlarda yetki sahibi olması gibi klasik bir tanımla kısıtlanmaz; kişinin, bir devletin denetimine tabi olduğu her yeri kapsar⁸⁴². Önemli olan devletin orada etkin bir denetim kurmuş olmasıdır. AIHM, Kuzey Kıbrıs’ta, Türkiye askerlerinin eylemlerine ilişkin başvuruları, olay her ne kadar Türkiye’nin ülke sınırları dışında gerçekleşse de yer

⁸⁴⁰ Gözler, *Anayasa Hukuku’nun Genel Teorisi C. I, op. cit.*, s. 424-427.

⁸⁴¹ Anayurt, *op. cit.*, s. 159.

⁸⁴² Dutertre, *op. cit.*, s. 20.

bakımından yetki yönünden reddetmemiştir. Mahkeme, konu ile ilgili olarak Loizidou / Türkiye Davası'nda özet olarak şu içtihatla bulunmuştur⁸⁴³:

Egemenlik yetkisi sadece taraf devletlerin topraklarıyla sınırlı değildir. İster kendi ulusal sınırları içinde isterse dışında yapılsın, Sözleşmecî Devletin toprakları dışında sonuç doğuran kamu makamlarının eylemleri nedeniyle sorumluluğu ortaya çıkabilir. Sözleşme'nin konusu ve amacı göz önünde tutulduğunda, ister hukuka uygun isterse hukuk aykırı askeri bir hareket sonucunda kendi ulusal sınırlarının dışındaki bir alanı etkili bir biçimde denetimi altında tutan bir devletin, o bölgede sorumluluğu doğabilir. Böyle bir bölgede, Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlükleri devletin koruma yükümlülüğü bu tür bir denetimin sonucudur; bu denetim kendi silahlı kuvvetleri aracılığıyla doğrudan uygulanabileceği gibi, kendine bağımlı bir yerel yönetim aracılığıyla da uygulanabilir.”

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda, Mahkemesi'nin yer bakımından yetkisi belirlenirken esas olarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin tam egemenlik sahibi olduğu ülke sınırları içerisinde yetkili olduğunu ancak AİHM içtihatları doğrultusunda etkili bir denetim kurduğu ülke sınırları dışında da yer bakımından yetkili olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi bir kabul Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun kabul edilmesinin gerekçelerinin en başında gösterilen AİHM'e Türkiye aleyhine yapılan başvuruları ve verilen ihlal kararlarını azaltmak amacıyla bağdaşmaz.

3.2.1.3.4. Kişi Yönünden Yetki

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruda kişi yönünden yetkisini belirlerken, konuya iki farklı açıdan bakmak gerekir. Bunlardan birincisi Mahkeme'ye kimlerin başvurabileceği, ikincisi ise Mahkeme'ye kime karşı başvurulabileceğidir.

Mahkemeye kimlerin başvurabileceği konusunda hem Anayasa'nın 148/3 hem de 6216 sayılı Kanun'un 45/1 maddesinde “herkes” ibaresi kullanılmıştır. Anayasa'da, bireysel başvuru süjesi olarak kabul edilen “herkes” ile ilgili herhangi bir sınırlama yapılmamış iken; 6216 sayılı Kanun hak süjesi olarak kabul edilen “herkes” kavramının sınırlarını çizmiştir. Buna göre, Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamayacağı⁸⁴⁴ gibi özel hukuk tüzel kişileri ise sadece tüzel kişiliğe ait

⁸⁴³ Case of Loizidou v. Turkey, op. cit., § 62, 105.

⁸⁴⁴ Federal Almanya'da içtihat yoluyla kabul edildiği üzere kamu hukuk tüzel kişilerinin de adil yargılanma hakkı ve yasal yargıç hakkının ihlalinin dolaylı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabileceğini kabul etmek gerekir. Ayrıca Hassemer'in belirttiği üzere (op. cit., s. 166)

haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir (6216 sayılı Kanun, m. 46/2.) Ayrıca, sadece Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuruda bulunamaz (6216 sayılı Kanun, m. 46/3). Bu sınırlar içerisinde başvuru hakkına sahip olanların aynı zamanda ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir haklarının doğrudan etkilenmeleri gerekmektedir (6216 sayılı Kanun, m. 46/1). Kimlerin Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunabileceği, taraf ve dava ehliyetine ilişkin hususlar yukarıda 3.1.3 nolu ana başlık altında ayrıntılı olarak incelendiği için bu başlık altında aynı bilgileri vermek lüzumsuz bir tekrar olacağından, konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bu çalışmanın s. 225 vd.'na bakılabilir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru'da hukuk yargılamasında olduğu üzere, bir davalı ve davacı taraf ya da ceza yargılamasında olduğu üzere, bir iddia makamı ve sanık yoktur. Başvuruda, dava edilen ne işlemin tesis eden kamu gücü, ne de devlettir. Ortada, başvuranın dava konusu işlemin, eylemin ya da ihmalin, bireysel başvuru kapsamında güvence altına alınan bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği iddiası ve bu ihlalin ortadan kaldırılması talebi vardır. Dolayısı ile ortada bir davacı değil, “başvuran” veya “başvurucu” vardır. Bireysel başvurunun, Adalet Bakanlığı'na bildirilmesi ve Bakanlığın da görüş bildirmesi (6216 sayılı Kanun, m. 49/2), Bakanlığın bireysel başvurunun davalı tarafı yapmaz; kendisine olsa olsa kamu gücünü temsil eden sıfatı verir⁸⁴⁵. Dolayısı ile Mahkemeye başvuru yapıldığında, bir davada olduğu üzere, bir karşı taraf, bir davalı yoktur. Sadece bireysel başvuruya konu bir hak veya özgürlüğü ihlal ettiği iddia edilen bir “kamu gücü işlemi” vardır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda aslolan bireysel başvuruya konu temel hak veya özgürlüğü ihlal eden kamu gücü işleminin, hangi devletin kamu gücünü kullanan organlarınca yapıldığıdır. Başka bir ifade ile Mahkeme'nin kişi yönünden yetkili olabilmesi için bireysel başvuruya konu hak veya özgürlüğü ihlal ettiği iddia edilen kamu gücü işleminin, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kamu gücünü kullanan merkezi idare organları, mahalli idare organları, kamu kurumları

temel hakkın koruduğu yaşam alanının, sadece ilgili hak sahibine özgülenmesi durumunda, kamu tüzel kişilerinin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabileceğini kabul etmek gerekir.

⁸⁴⁵ Doğru, *op. cit.*, s. 107.

veya yargı organlarınca yapılması gerekmektedir. Başvurucu, Türkiye dışında, yabancı bir devletin veya uluslararası bir kuruluşun kamu gücü işlemine, eylemine ya da ihmeline karşı, Türk Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunamaz. Ancak Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yer bakımından yetki alanı içerisinde, yabancı bir devlet, uluslararası örgüt ya da üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen temel hak ya da özgürlük ihlallerine karşı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin pozitif (koruma) yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilmelidir⁸⁴⁶. Hele ki yabancı devlet veya uluslararası örgüt, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu uluslararası çok taraflı veya iki taraflı bir anlaşmanın gereği olarak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin rızası ile yetki alanları içerisinde (egemenlik sahasında) faaliyet göstermekte ise bu faaliyetleri esnasında gerçekleştirdiği iddia edilen temel hak veya özgürlük ihlallerinden dolayı Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni pozitif yükümlüklerini ihlal ettiği gerekçesiyle sorumlu tutmak gerekir.

3.2.2. Başvurunun Yapılabileceği Yerler

6216 Sayılı Kanun'da, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruların, 6216 sayılı Kanun'da ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde belirtilen şartlara uygun olarak; “doğrudan ya da mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla” yapılabileceği belirtilmektedir (6216 sayılı Kanun, m. 47/1). Buna göre bireysel başvurular doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne yapılabileceği gibi diğer mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla da yapılabilir. 12.7.2012 Tarih ve 28351 No'lu Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (bundan sonra kısaca İçtüzük olarak anılacaktır) 63/1 maddesinde de aynı hükme yer verilmiştir⁸⁴⁷. Bu yollar dışında başvurunun başka bir yolla başvuru yapması, meri hukuk açısından mümkün değildir. Bu bağlamda, başvurunun posta yoluyla yapılması veya eksikliklerin giderilmesi için gönderilecek belgelerin posta yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne ulaştırılması usule uygun değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de posta yolu ile

⁸⁴⁶ *Ibid.*

⁸⁴⁷ “Bireysel başvurular, Kanunda ve İçtüzükte belirtilen şartlara uygun biçimde İçtüzük ekindeki ve Mahkemenin internet sitesinde yayımlanan başvuru formuna uygun olarak Mahkemeye şahsen yapılabileceği gibi diğer mahkemeler ya da yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla da yapılabilir” (İçtüzük, m. 63/1).

yapılan başvuruları kabul etmemektedir⁸⁴⁸. Keza Mahkeme, eksik evrakların posta yolu ile gönderilmemesini, başvuru hak kaybına uğramamaları bakımından başvuru yapıldıktan sonraki aşamalarda da Anayasa Mahkemesi'ne gönderecekleri evrakı, iki suret halinde, başvuru numarası, vatandaşlık numarası, adı ve soyadı bilgilerinin yer aldığı ve eksiklik gidermeye dönük olduğu belirtilen bir dilekçe ile anılan yerlere vermeleri gerektiğini belirtmektedir⁸⁴⁹. Anayasa Mahkemesi, özellikle ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutukluların başvuru evraklarını posta yoluyla değil, kurum müdürlükleri aracılığıyla Anayasa Mahkemesi'ne ulaştırmaları gerektiğini belirtmektedir⁸⁵⁰.

Başvurunun belirtilen üç yol dışında, elektronik ortamda, mektupla veya posta gibi diğer yollarla yapılabilmesi konusunda kanun koyucu, İçtüzükle düzenlemesi yapma yetkisini Anayasa Mahkemesi'ne vermiştir (6216 sayılı Kanun, m. 47/1). Diğer bir deyişle kanun koyucu; süreç içindeki teknik gelişmeler ve işleyişteki gerekliliklerin gözetilerek ilâve başvuru yöntemlerinin İçtüzük değişikliği vasıtasıyla kabulüne imkân tanınmıştır.

Bireysel başvurular İçtüzük ekindeki ve Anayasa Mahkemesi'nin internet sitesinde yayınladığı başvuru formuna uygun hazırlanarak yapılır. Usulüne uygun olarak hazırlanan başvuru formu, harç tahsil makbuzuyla birlikte yukarıda belirtilen üç yerden birine teslim edildiğinde, başvuru ya da temsilcisine bir alındı belgesi verilir. Alındı belgesindeki tarih, başvurunun yapıldığı tarih olarak kabul edilir (İçtüzük, m. 63/2). Başvurucunun, mahkemeler ya da yurtdışı temsilciliklerine teslim ettikleri başvuru formu ve ekleri, gerekli kayıt işlemleri yapıldıktan sonra fiziki ve

⁸⁴⁸ 6216 sayılı Kanun'un 47/1 maddesinde ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 63/1 maddesinde bireysel başvuruların mahkemelere veya yurt dışı temsilciliklerine ya da bizzat Anayasa Mahkemesine yapılabileceği öngörülmüş olmasına rağmen, başvurulardan 300'ü posta yoluyla yapılmış, bu nedenle de söz konusu başvurular kayda alınmayarak başvuru evrakları başvuru iade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, "Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler" (Posta yoluyla bireysel başvuru), http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/postayoluyla.pdf (17.05.2013).

⁸⁴⁹ Başvurucu, daha sonra oluşacak ihtilafları önlemek ve tebliğ tarihinden sonra 15 gün içinde belgelerin ibraz edildiğinin tevsiki için başvuru dilekçenin kendisinde kalan suretine teslim alan memurdan teslim tarihini, adını, soyadını ve imzasını talep edebilir. Anayasa Mahkemesi, "Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler" (Posta yoluyla eksiklik tamamlamaya yönelik dilekçe ve belge gönderilmesi), http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/postayoluyla_dilekcebelge.pdf (17.05.2013).

⁸⁵⁰ *Ibid.*

elektronik ortamda Anayasa Mahkemesi'ne gönderilir. Dava ve diğer yargılama işlemlerinin elektronik ortamda gerçekleştirildiği hallerde Uluslararası Yargı Ağı Programı (UYAP) kullanılarak veriler kaydedilir ve saklanır (İçtüzük, m. 63/3). Anayasa Mahkemesi Genel Kurul'u elektronik ortamda, güvenli elektronik imza kullanılarak başvuru yapılabilmesine ilişkin karar alabilir (İçtüzük, m. 63/3).

3.2.3. Başvuru Harcı ve Adli Yardım

6216 sayılı Kanun'un 47/2 maddesine göre; "Bireysel başvurular harca tabidir." Harcın miktarı, 2.7.1964 tarih ve 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun (1) Sayılı Tarifesi'nin "yargı harçları" başlıklı A/I-4 maddesinde 150 Türk Lirası (TL) olarak belirlenmiştir. Ancak bu miktar her yıl yeniden değerlendirilme oranında artırılmaktadır. Buna göre 2013 yılı için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurularda harç miktarı 198, 35 TL'dir⁸⁵¹. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde de "2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa Bağlı (I) sayılı Tarifenin A) Mahkeme Harçları" başlıklı Bölümünün ilk cümlesinde belirtilen bireysel başvuru harcı Maliye Veznelerine yatırılır" hükmüne yer verilmektedir (İçtüzük, m. 62/1).

6216 sayılı Kanun'un 64. maddesinde; kural olarak Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak başvurular, alınacak kararlar ve bunlarla ilgili yapılacak işlemlerin harca tabi olmadığı belirtilmiş ancak aynı maddede bireysel başvuruların, bu kuralın tek istisnası olarak harca tabi olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin objektif hukuk düzenini koruma işlevi bağlamında Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak başvuruların harca tabi olmaması esastır. Burada kişilerin temel hak veya özgürlüklerinin korunmasının maddi bir değerle ölçülmemesi ve mali koşulların hak aramada engel oluşturmasının önüne geçme amacı vardır⁸⁵². Dolayısı ile bireysel başvuruların harca tabi olmasının, bu ilke ile çeliştiği yönünde görüşler

⁸⁵¹ 01.01.2013 Tarih ve 28515 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 69 Seri No'lu Harçlar Kanunu Genel Tebliği ekinde yer alan (1) Sayılı Tarife'nin "yargı harçları" başlıklı A/I-4 maddesinde, 2013 yılında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurularda alınacak harç tutarı, 198, 35 TL olarak belirlenmiştir. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130101.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130101.htm> (19.09.2013).

⁸⁵² Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, op. cit. s. 98.

bulunmaktadır⁸⁵³. Buna karşın 47. maddenin gerekçesinde; bireysel başvuru için başvurma harcının ödenmesi zorunlu tutularak, gereksiz başvurular ile Mahkeme'nin zaman ve emek kaybının önüne geçilmesinin hedeflendiği, ekonomik durumu nedeniyle bu harcı karşılayamayacak olanların adli yardımdan yararlandırılmaları imkânı bulunduğu, bu nedenle bu harcın bireylerin hak arama özgürlüğünü kısıtlamayacağı ifade edilmiştir.

Yargı hizmetlerinden harç alınması, dünyada yaygın bir uygulama olup, bu uygulama, AİHM, tarafından adil yargılanma hakkı (AİHS, m. 6) kapsamında yapılan incelemelerde, üye devletlerin yetkisi dâhilinde görülmüştür. AİHM, adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim konusunda taraf devletlerin düzenleme yapma yetkilerinin bulunduğunu, bu düzenlemenin harç alınması gibi maddi nitelikteki yükümlülükleri de içerebileceğini belirtmiştir⁸⁵⁴. Anayasa Mahkemesi de 20.10.2011 tarihli kararında adli, yardım imkânının var olması durumunda yargı hizmetlerinden harç alınmasını hak arama özgürlüğüne aykırı görülemeyeceğini belirtmiştir⁸⁵⁵. Mahkeme anılan kararında AİHM içtihatlarını da dayanak yaparak şu ifadelerle yer vermektedir⁸⁵⁶:

“Kanun koyucunun yargı hizmetlerinin verilmesi karşılığında harç alınması biçiminde düzenleme yapma yetkisi bulunmakla birlikte, bunun Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında bulunan mahkemeye erişim hakkını engellememesi için, “harcın miktarının makul olması”, “harcın alınmasında haklı bir amacın olması”, “ulaşılacak istenen amaç ile harç miktarı arasında orantı olması” ve “ödeme gücü olmayanlar bakımından etkili adli yardım sisteminin olması” kriterlerine uyulması gerekir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da bu yöndedir (Tolstoy-Miloslavsky/İngiltere, 13.6.1995, No: 18139/91; Kreuz/Polonya, 18.6.2001, No: 28249/95; Bakan/Türkiye, 12.6.2007, No: 50939/99; Ülger/Türkiye, 26.6.2007, No: 25321/02).”

Yukarıdaki kararda da görüldüğü üzere, AİHM ve Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkı bakımından, hakkın kullanılmasını fiilen ortadan kaldırmadığı sürece ve bazı ölçütlere uyulması koşulu ile harç gibi maddi nitelikteki bir yükümlülüğün getirilebileceğini kabul etmektedir.

⁸⁵³ Karaman, *op. cit.*, s. 226.

⁸⁵⁴ Özbey, *op. cit.*, s. 309-310; Çoban, Ali Rıza, “Yeni Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun Mahkeme'nin İş Yüküne Etkisi Açısından Değerlendirilmesi”, *Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) HUKAB Sempozyum Serisi 1*, Ed.: Musa Sağlam, Ankara, 2011, s. 167.

⁸⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2011/54, K. 2011/142, Karar Tarihi: 20.10.2011, *AMKD*, S. 48, C. 4, Ankara, 2011, s. 2088.

⁸⁵⁶ *Ibid.*

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 62/2 maddesine göre; “Adli yardım talepleri, genel hükümlere göre başvuruların kabul edilebilirliği hakkında karar verecek Bölüm veya Komisyonlar tarafından hükme bağlanır.” Bu hükümden anlaşılacağı üzere, mali durumu bireysel başvuru harcını karşılayamayacak durumda olanlara, adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim haklarının ihlal edilmemesi için adli yardım imkânı tanınmıştır. Adli yardım, avukatlık ücreti ile yargı harcı gibi diğer yargılama masraflarını karşılamayacak durumda bulunanlara tanınan hukuki bir imkândır⁸⁵⁷. Adli yardım konusunda 6216 sayılı Kanun'da bir hüküm bulunmadığı gibi İçtüzükte de sadece adli yardım taleplerinin kimler tarafından hükme bağlanacağına ilişkin bir hüküm yer almaktadır (İçtüzük, m. 62/2). Dolayısı ile adli yardım konusunda 6216 sayılı Kanun'un 49/7⁸⁵⁸ maddesinin yaptığı atıf gereği, ilgili usul kanunlarındaki adli yardıma ilişkin hükümler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde bireysel başvurular için de uygulanacaktır. Türk hukukunda adli yardıma ilişkin hükümler ise sadece 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334-340. maddelerinde yer almaktadır⁸⁵⁹. Nitekim adli yardım konusunda, 4.7.1972

⁸⁵⁷ Özbey, *op. cit.*, s. 316.

⁸⁵⁸ “Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır.” (6216 sayılı Kanun, m. 49/7).

⁸⁵⁹ HMK, m. 334-340'da adli yardıma ilişkin yer alan hükümler şöyledir:

“Adli yardımdan yararlanacak kişiler

MADDE 334- (1) Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler.

(2) Kamuya yararlı dernek ve vakıflar, iddia ve savunmalarında haklı göründükleri ve mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda oldukları takdirde adli yardımdan yararlanabilirler.

(3) Yabancıların adli yardımdan yararlanabilmeleri ayrıca karşılıklılık şartına bağlıdır.

Adli yardımın kapsamı

MADDE 335-(1) Adli yardım kararı, ilgiliye, aşağıdaki hususları sağlar:

- a) Yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muafiyet.
- b) Yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet.
- c) Dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderlerin Devlet tarafından avans olarak ödenmesi.
- ç) Davanın avukat ile takibi gerekiyorsa, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temini.
- (2) Mahkeme, talepte bulunanın, yukarıdaki bentlerde düzenlenen hususlardan bir kısmından yararlanmasına da karar verebilir.
- (3) Adli yardım, hükmün kesinleşmesine kadar devam eder.

Adli yardım talebi

MADDE 336- (1) Adli yardım, asıl talep veya işin karara bağlanacağı mahkemeden; icra ve iflas takiplerinde ise takibin yapılacağı yerdeki icra mahkemesinden istenir.

tarikh ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Kanunu'nun 56. maddesinde, İYUK ve HMK'ya; İYUK'nın 31/1 maddesinde de HMK'ya atıfta bulunulmuştur.

Başvurucu, başvuru harcını yatıracak mali güce sahip değil ise bunu başvuru dilekçesinin sonuç talepleri bölümünde belirtip; adli yardımdan yararlanması gerektiğine ilişkin ispatlayıcı belgeleri forma eklenmesi gerekmektedir. Bu şekilde Mahkeme'ye iletilen adli yardım talepleri de genel hükümlere göre başvuruların kabul edilebilirliği hakkında karar verecek Bölüm veya Komisyonlarca hükme bağlanacaktır (İçtüzük, m. 62/2).

(2) Talepte bulunan kişi, iddiasının özeti ile birlikte, iddiasını dayandıracığı delilleri ve yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olmadığını gösteren mali durumuna ilişkin belgeleri mahkemeye sunmak zorundadır.

(3) Kanun yollarına başvuru sırasında adli yardım talebi bölge adliye mahkemesine veya Yargıtay'a yapılır.

(4) Adli yardım talebine ilişkin evrak, her türlü harç ve vergiden muaftır.

Adli yardım talebinin incelenmesi

MADDE 337- (1) Mahkeme, adli yardım talebi hakkında duruşma yapmaksızın karar verebilir. (Ek cümle: 11/4/2013-6459/ 23 md.) Ancak, talep hâlinde inceleme duruşmalı olarak yapılır. (Ek cümle: 11/4/2013-6459/ 23 md.) Adli yardım taleplerinin reddine ilişkin mahkeme kararlarında sunulan bilgi ve belgelerin kabul edilmeme sebebi açıkça belirtilir.

(2) (Değişik: 11/4/2013-6459/ 23 md.) Adli yardım talebinin reddine ilişkin kararlara karşı, tebliğinden itibaren bir hafta içinde kararı veren mahkemeye dilekçe vermek suretiyle itiraz edilebilir. Kararına itiraz edilen mahkeme, itirazı incelemesi için dosyayı o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde ise aynı işlere bakmakla görevli en yakın mahkemeye gönderir. İtiraz incelemesi neticesinde verilen karar kesindir. Adli yardım talebi reddedilirse, ödeme gücünde sonradan gerçekleşen ciddi bir azalmaya dayanılarak tekrar talepte bulunulabilir.

(3) Adli yardım, daha önce yapılan yargılama giderlerini kapsamaz.

Adli yardım kararının kaldırılması

MADDE 338- (1) Adli yardımdan yararlanan kişinin mali durumu hakkında kasten veya ağır kusuru sonucu yanlış bilgi verdiği ortaya çıkar veya sonradan mali durumunun yeteri derecede iyileştiği anlaşılırsa adli yardım kararı kaldırılır.

Adli yardımla ertelenen yargılama giderlerinin tahsili

MADDE 339- (1) Adli yardım kararından dolayı ertelenen tüm yargılama giderleri ile Devletçe ödenen avanslar dava veya takip sonunda haksız çıkan kişiden tahsil olunur. Adli yardımdan yararlanan kişinin haksız çıkması hâlinde, uygun görülürse yargılama giderlerinin en çok bir yıl içinde aylık eşit taksitler hâlinde ödenmesine karar verilebilir.

(2) (Ek: 11/4/2013-6459/ 24 md.) Adli yardım kararından dolayı Devletçe ödenen veya muaf tutulan yargılama giderlerinin tahsilinin, adli yardımdan yararlananın mağduriyetine neden olacağı mahkemece açıkça anlaşılırsa, mahkeme, hükümde tamamen veya kısmen ödmeden muaf tutulmasına karar verebilir.

Adli yardım kararıyla atanan avukatın ücretinin ödenmesi

MADDE 340- (1) Adli yardımdan yararlanan kişi için mahkemenin talebi üzerine baro tarafından görevlendirilen avukatın ücreti, yargılama gideri olarak Hazinesinden ödenir."

Federal Almanya’da, anayasa şikâyeti, Anayasa Mahkemesi’nde bakılan diğer davalar gibi harca tabi değildir (FAMK, m. 34/1). Keza İspanya’da da Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvurular kural olarak bir harca tabi değildir⁸⁶⁰. Yukarıda izah edildiği üzere, AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında, bir mahkemeye başvurunun harca tabi tutulması, belli ölçütlere uymak koşulu ile adil yargılanma hakkını ihlalini oluşturmamaktadır. Bu bağlamda, Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruların harca tabi tutulmasının anılan ölçütlere uygun olduğu görülmektedir. Şöyle ki 6216 sayılı Kanun’un 47. maddesinin gerekçesinde bireysel başvuruların harca tabi tutulmasının dayanakları ile ilgili olarak şu ifadelerle yer verilmiştir:

“Bireysel başvuru için başvurma harcının ödenmesi zorunlu tutularak, gereksiz başvurular ile Mahkemenin zaman ve emek kaybının önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Ekonomik durumu nedeniyle bu harcı karşılayamayacak olanların adli yardımdan yararlandırılmaları imkânı bulunduğundan, bu harcın bireylerin hak arama özgürlüğünü kısıtlamayacağı düşünülmektedir.”

Gerekçede ortaya konulan nedenlerin, AİHM ve Anayasa Mahkemesi’nin, mahkeme harçları ile ilgili ortaya koyduğu; “harcın miktarının makul olması”, “harcın alınmasında haklı bir amacın olması”, “ulaşılacak istenen amaç ile harç miktarı arasında orantı olması” ve “ödeme gücü olmayanlar bakımından etkili adli yardım sisteminin olması” ölçütlerini karşıladığı görülmektedir. Bu bakımdan uygulamada, adli yardım konusunda mağduriyetlerin ortaya çıkmaması durumunda, bireysel başvuruların harca tabi tutulmasının adil yargılanma hakkı kapsamında bir mahkemeye erişim hakkını engellemeyeceği söylenebilir. Eğer uygulamada adli yardımdan faydalandırılmayan kişilerin, AİHM’ye yapacakları başvurularda haklı bulunmaları (adil yargılanma hakkı kapsamında bir mahkemeye erişim hakkını engellendiği) gibi bir durum ortaya çıkarsa, o zaman başvuru harcının kaldırılması düşünülebilir.

3.2.4. Başvuru Dilekçesi: Şekli ve İçeriği

6216 sayılı Kanun’un 47/3 ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 59/2 maddesinde, Anayasa Mahkemesi’ne yapılacak bireysel başvurularda, başvuru

⁸⁶⁰ İspanya’da amparo başvurusu harca tabi olmamakla beraber, maliyetlerin karşılanması, başvuranın başvuru hakkını kötüye kullanması durumlarında mahkeme bir ödenceye karar verebilmektedir. Arnwine, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, *op. cit.*, s. 265.

dilekçesinde hangi hususların yer alması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, başvurunun bir avukat tarafından temsil edilmesi durumunda, vekâletnamenin de sunulması gerekmektedir (6216 sayılı Kanun'un 47/4). Başvurular, İktüzük ekinde (Ek-1) örneği bulunan ve Anayasa Mahkemesi'nin internet sitesinde yayımlanan başvuru formu⁸⁶¹ kullanılarak resmî dilde yapılır (İktüzük, m. 59/1). 6216 sayılı Kanun'un 47/3 ve İktüzüğün 59/2 maddesine göre, başvuru dilekçesinde (formunda) aşağıdaki hususlara yer verilir:

- “a) Başvurucunun adı, soyadı, vatandaşlık numarası, doğum tarihi ve yeri, uyuğu, cinsiyeti, mesleği ve adresi, varsa telefon numaraları ve elektronik posta adresi.
- b) Başvurucu tüzel kişi ise unvanı, adresi ve tüzel kişiliği temsile yetkili kişinin kimlik bilgileri, varsa telefon numaraları ve elektronik posta adresi.
- c) Kanuni temsilcisi ya da avukatı varsa, kanuni temsilcisinin ya da avukatının adı, mesleği ve adresi, varsa telefon numarası ve elektronik posta adresi.
- ç) Kamu gücünün ihlale neden olduğu iddia edilen işlem, eylem ya da ihmeline dair olayların tarih sırasına göre özeti.
- d) Bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve delillere ait özlü açıklamalar.
- e) Başvurucunun güncel ve kişisel bir temel hakkının doğrudan zedelendiği iddiasının dayanakları.
- f) Başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamalar.
- g) Başvuru yollarının tüketildiği veya başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih.
- ğ) Başvuru mazeret nedeniyle süresi içinde yapılamamışsa buna dair açıklamalar.
- h) Başvurucunun talepleri.
- ı) Başvurucunun Mahkeme önünde devam eden bir başka başvurusu varsa numarası.
- i) Varsa kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulması talebi ve bunun gerekçeleri.
- j) Kısa mesaj (SMS) veya elektronik posta yoluyla bilgilendirme yapılmasını isteyip istemediği.
- k) Başvurucunun varsa avukatının ya da kanuni temsilcisinin imzaları.”

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun Türk hukuk sisteminde yeni olması nedeniyle, başvuru formu ile birlikte bu formun nasıl doldurulacağına ilişkin

⁸⁶¹ Bilgisayar ortamında doldurulacak bireysel başvuru formuna, http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/b_b.pdf adresinden; daktilo veya el yazısı ile doldurulacak bireysel başvuru formuna, http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/bsvr_form.pdf internet adresinden ulaşılabilir.

açıklamaların bulunduğu bir başvuru kılavuzu⁸⁶² da hazırlanmıştır. Ancak buna rağmen başvuru dilekçesinin (formunun) hazırlanmasında bazı eksiklikler ve yanlışlıklar yapıldığı Anayasa Mahkemesi'nce tespit edilmiş; bu tespitler Mahkeme'nin web sitesinde yayınlanmıştır⁸⁶³. Buna göre, başvuru formu dışında ayrı bir dava dilekçesi hazırladığı görülmüştür. Oysa başvuru formu bir dava dilekçesi gibi doldurulacak, ayrıca bir dava dilekçesi hazırlanmayacaktır. İktüzüğün 59. maddesi uyarınca, bireysel başvuruların bir örneği, Mahkeme'nin internet sitesinde yayımlanan ve İktüzük ekinde yer alan başvuru formu kullanılarak yapılmasının gerektiği belirtilmesine rağmen yine de başvuru matbu forma ulaşmada bir sıkıntı ile karşılaşılırsa başvuru formunda bulunması gereken bütün bilgileri içeren ve aynı formatta olan bir dilekçe yazarak da başvuru yapabilirler. Başvuru formunda, zorunlu özlü bilgileri vermek gerekirken, mahkeme kararlarının ve bilirkişi raporlarının gerekçelerine hatta tanık ifadelerine kadar geniş bilgilere yer vermek suretiyle, ekleri hariç on sayfayı geçmemesi gereken formların, on sayfayı geçtiği görülmüştür. Bu nedenle başvuru formunda gereksiz bilgi yazmaktan kaçınmaları, gerektiğinde özlü ifadeler kullanarak, formun ekindeki belgelere atıf yapmaları gerekmekte olup; buna rağmen form, on sayfadan fazla ise açıklamaların on sayfayı geçmeyecek bir özetinin forma eklenmesi gerekmektedir⁸⁶⁴ (İktüzük, m. 60/2).

Başvuru formunun birinci bölümünde; başvurunun gerçek kişiler tarafından yapıldığı hallerde başvuru formunun kimlik özellikle T.C. kimlik numaralarını ve adres bilgilerini eksiksiz doldurmaları; özel hukuk tüzel kişisi olması ve tüzel kişiliği temsile yetkili birden fazla kişi olması durumunda, sadece biri kişinin değil her bir kişi için kişisel bilgilerin doldurulması; yine birden fazla başvuru formunun birlikte başvuru yapılması halinde, her bir başvuru için ayrı bir sayfa kullanılarak her başvurucuya ilişkin kişisel bilgilerin ayrı ayrı forma eksiksiz olarak yazılması

⁸⁶² Bireysel başvuru kılavuzuna, http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/basvuru_kilavuzu.pdf (21.05.2013) adresinden ulaşılabilir.

⁸⁶³ Bireysel başvuruların yapılmasında usule ilişkin eksiklerin tamamına <http://www.anayasa.gov.tr/BireyselBasvuru/Hatirlatmalar/> (05.08.2013) adresinden ulaşılabilir. bakılabilir.

⁸⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, "Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler" (Genel Eksiklikler) http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/geneleksiklikler.pdf (21.05.2013).

gerekmektedir⁸⁶⁵. Burada, şunu hemen belirtmek gerekirkı Başvurucu, başvuru formunda kimlik bilgilerini belirtmek zorundadır (Başvuru Formu, a bendi). Başka bir ifadeyle Mahkeme’ye, isimsiz başvuru yapılamaz. Ancak başvuru, gerekçelerini açıkça ortaya koymak suretiyle kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulması talebinde bulunabilir (Başvuru Formu, i bendi). Başvurucunun bu talebi konusunda karar, Anayasa Mahkemesi’nce verilir.

Anayasa Mahkemesi, başvuru, tarafından başvuru formunun doldurulmasında en fazla hatanın “Açıklamalar”a ilişkin ikinci bölümde, özellikle bu bölümün ikinci kısmında yapıldığının tespit edildiğini belirtmektedir. Buna göre, başvuru, başvuru formunun “Açıklamalar”a ilişkin bölümünün ilk kısmında, kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmaline dair olayları, tarih sırasına göre açık ve özet bir şekilde açıklaması ve şayet birden fazla konuda şikâyeti varsa her bir konuyu ayrı ayrı belirtmesi gerekmektedir. Başvuru formunun ikinci kısmında ise bireysel başvuru kapsamında korunan temel hak veya özgürlüklerden hangisinin hangi nedenlerle ihlal edildiği, buna ilişkin gerekçeler ve delillere ait özlü açıklamalar yapılması gerekmektedir. Ancak başvuru, başvuru, genelde hukuka aykırılık iddialarında bulundukları, hangi haklarının ihlal edildiğini belirtmedikleri ve ihlal edildiğinin iddia ettikleri temel hak veya özgürlüklerin, Anayasa ve Sözleşme’deki madde numaralarını yazmadıkları saptanmıştır. Başvuru, başvuru, formun bu alanında Anayasa ile güvence altına alınan haklardan hangilerinin ihlâl edildiğini açık ve özet bir şekilde ifade etmesi, şikâyetlerinin Anayasa’nın hangi maddelerine dayandığını belirtmesi gerekir. Yine başvuru, tarafından bu bölümün ilk kısmında dile getirilen olayların neden bu maddelerde belirtilen hakları ihlal ettiği yani olaylar ile ihlal arasındaki illiyet bağıını gerekçeleri ve delilleriyle birlikte ortaya koyması gerekir. Başvuru, başvuru, bu alanda son olarak başvuru, kamu gücü kullanılmak suretiyle kişisel ve güncel bir hakkının doğrudan ihlâl edildiğini ve bu ihlâl nedeniyle

⁸⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler” (Formun birinci bölümüne ilişkin eksiklikler), http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/birincibolum.pdf (05.08.2013).

mağdur olduğunu, meydana gelen mağduriyetin başvuru yapıldığı sırada da devam ettiğini, gerekçeleri ile birlikte ortaya koyması gerekmektedir⁸⁶⁶.

Başvuru formlarında karşılaşılan eksikliklerden önemli bir kısmı da formun üçüncü bölümüne ilişkindir. Bu bölümde başvurucuların bazen olağan başvuru yollarını tüketmeden tesis edilen işleme karşı doğrudan bireysel başvuruda bulundukları; bazen de başvuru yollarını tüketmiş olmakla birlikte başvuru formunda başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaları tarih sırasına göre detaylı olarak belirtmedikleri görülmüştür. Örneğin bir yargı kararına karşı başvuru yapılması halinde, başvurucunun öncelikle hakkında tesis edilen işlemin tarih ve sayısı ile işlemi tesis eden makamı belirtmesi, daha sonra bu işleme karşı dava açılan ilk derece mahkemesinin adını, verilen kararın tarihi ile esas ve karar numarasını, son olarak da bu karara karşı temyiz veya itiraz yolu öngörülmüşse bu aşamalarda karar veren mahkemenin adını, karar tarihi ile kararın esas ve karar numarasını formun ilgili alanına eksiksiz olarak yazması gerekir. Nihai kararı veren mahkemenin bilgileri yerine sadece ilk derece mahkemesinin karar bilgileri yazılmamalıdır. Ayrıca nihai kararın tebliğ tarihi belirtilmeli ve buna ilişkin tebliğ belgesi muhakkak ibraz edilmelidir⁸⁶⁷.

Başvuru formunun dördüncü bölümün Anayasa Mahkemesi önünde devam eden başka bir başvurusu olması halinde başvurucudan bunu belirtmesi istenmektedir. Ancak bazı başvurucuların kendi başvurusu ile doğrudan ilgili veya bağlantılı önceki başvurularına ilişkin bilgileri forma yazmadıkları; bazılarının da başka başvuru yaptıklarını ifade etmelerine rağmen, diğer başvurularının numarasını belirtmedikleri tespit edilmiştir⁸⁶⁸.

Mahkemeye yapılan başvuru belgelerinde başvurucunun kimlik bilgilerini gizlemesi mümkün değildir (İçtüzük, m. 59/2-a). Ancak, başvurucunun daha sonraki

⁸⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler” (Formun ikinci bölümüne ilişkin eksiklikler), http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/ikincibolum.pdf (05.08.2013).

⁸⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler”, http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/ucuncubolum.pdf (22.05.2013).

⁸⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler”, (Formun üçüncü bölümüne ilişkin eksiklikler), http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/ucuncubolum.pdf (05.08.2013).

aşamalarda yalnızca kamuya açık olan belgelerde kimliğinin gizli tutulmasını talep etme hakkı vardır (İçtüzük, m. 59/2-i). Başvurucunun, yargılamanın aleniyeti ilkesinin istisnası niteliği taşıyan bu talebinin gerekçesini başvuru formunda bildirmesi gerekmektedir. Bu talep başvuruyu karara bağlayacak olan Komisyonlar ya da Bölümlerce değerlendirilecektir. Ancak bazı başvuru sahiplerinin, kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulması talebinde bulunmasına rağmen, bu talebin gerekçesini yazmadıkları, bazılarının da kamu görevinde çalışma gibi muğlak gerekçelere yer verdikleri ve talebinin dayanakları olan belgeleri de forma eklemedikleri görülmüştür⁸⁶⁹.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru formunun beşinci bölümünde, sonuç talepleri kısmında bazı başvuru sahiplerinin önemli eksikliklerle başvuruda bulunduğunu tespit etmiştir. Bazı başvuru sahiplerinin bu bölümde kanundaki haklardan kendilerinin yararlandırılması gibi genel ve muğlak ifadelerle yer verdikleri, açık ve somut bir şekilde taleplerini belirtmedikleri; bazılarının da sonuç kısmını boş bıraktıkları, ya da form haricinde bir dilekçe ile taleplerini belirttikleri tespit edilmiştir. Bu noktada Mahkeme'nin başvuru sahibinin talebiyle sınırlı olarak karar verme yetkisinin bulunduğu, bu nedenle başvuru sahibinin beklentilerinin karşılanması açısından taleplerini açıkça belirtmesi gerektiği unutulmamalıdır. Bu bölümde, başvuru sahibinin varsa adli yardım talebi, tedbir kararına hükmedilmesi talebi, duruşma talebi, keşif ve bilirkişi incelemesi talebi, tazminat ve yargılama giderlerine hükmedilmesi talebi ve bunların miktarlarının, tazminatın türünün ve hükmedilecek tazminata faiz işletilmesi talebinin belirtilmesi ve bu taleplerinin gerekçelerine ve dayanaklarına ilişkin belgeleri de forma eklemesi gerekmektedir. Bu bağlamda özellikle adli yardım talebinde bulunan başvuru sahiplerinin, maddi durumlarının iyi olmadığına dair belgeleri başvuru formuna eklemeleri gerekmektedir. Yine bazı başvuru sahiplerinin sadece tazminata hükmedilmesi talebinde bulundukları, tazminatın türünü, miktarını belirtmedikleri ve dayanakları olan belgeleri forma eklemedikleri; bazılarının da talep ettikleri tazminat tutarlarını resmi belgelerde yazılı olan değerden farklı bir değer belirterek, zararın başvuru tarihindeki değerini yazdıkları ancak buna ilişkin

⁸⁶⁹Anayasa Mahkemesi, "Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler", (Formun dördüncü bölümüne ilişkin eksiklikler), http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/dorduncubolum.pdf (05.08.2013).

her hangi bir belge ibraz etmedikleri tespit edilmiştir. Bazı başvuru sahiplerinin da mahkemeyi hukuka aykırılık denetimi yapan veya temyiz incelemesi yapan bir mercii olarak gördükleri, bu nedenle kararın bozulması, kararın düzeltilmesi; bazılarının ise tahliyesine veya beraatine karar verilmesi talebinde bulundukları, özellikle ceza infaz kurumlarındaki hükümlü ve tutuklularca ise dosyalarının yeniden incelenmesi taleplerinde bulundukları görülmüştür. Bazı başvuru sahiplerinin bizzat başvurmasına rağmen, başvuru formunun son sayfasına, kendilerini ilk derece ve temyiz mercilerinde temsil eden ancak başvuru formunun doldurulması sırasında vekili olmayan avukatlarını forma yazdıkları tespit edilmiştir. Başvuru formunu başvuru sahibi bizzat doldurmuşsa başvuru sahibinin; temsilci veya vasisi doldurmuşsa bunların; avukat doldurmuşsa avukatın formu imzalaması gerekir. İmzasız formların işleme konulmadığı unutulmamalıdır⁸⁷⁰.

Başvuru dilekçesine (formuna) aşağıdaki belgelerin aslı ya da onaylı örnekleri de eklenir (İçtüzük, m. 59/3):

- “a) Kanuni temsilci veya avukat vasıtasıyla takip edilen başvurularda başvuru sahibini temsile yetkili olduğuna dair belge.
- b) Harcın ödendiğine dair belge.
- c) Nüfus cüzdanı örneği, başvuru sahibi yabancı ise geçerli kimlik belgesi.
- ç) Tüzel kişilerde tüzel kişiliği temsile yetki belgesi.
- d) Nihai karar ya da işlem tebliğ edilmişse tebellüğ belgesi.
- e) Dayanılan belgelerin asılları ya da onaylı örnekleri.
- f) Tazminat talebi varsa uğranılan zarar ve buna ilişkin belgeler.
- g) Başvuru süresinde yapılamamışsa varsa mazereti ispatlayan belgeler.”

Başvuru formu, İçtüzüğün 59/2 maddesine uygun olarak düzenlendikten sonra, aynı maddenin 3. fıkrasında belirtilen belgelerin aslı ya da onaylı örnekleri başvuru formuna eklenir. Başvuru sahibi, başvuru formunun ekinde sunduğu belgeleri, tarih sırasına göre numaralandırarak, her bir belgeyi, tanımlayıcı başlıklar hâlinde bir dizi pusulasına bağlar (İçtüzük, m. 60/3). Başvuru formunun ekler hariç on sayfayı geçmesi hâlinde ise başvuru sahibinin ayrıca başvuru formuna olayların özetini eklemesi gerekir (İçtüzük, m. 60/2).

⁸⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler” (Formun beşinci bölümüne ilişkin eksiklikler), http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/besincibolum.pdf (05.08.2013).

Başvurucu, ihlal iddiasına dayanak olarak gösterdiği İçtüzüğün 59/3 maddesinde belirtilen forma eklenecek belgelere, herhangi bir nedenle erişememesi hâlinde, bunun gerekçelerini belirtir. Mahkeme, gerekli gördüğü takdirde, bu bilgi ve belgeleri resen toplayabilir (İçtüzük, m. 59/4).

Başvurucunun, adresinde veya başvuruya ilgili koşullarda herhangi bir değişiklik meydana geldiğinde, başvuru bu Mahkeme'ye bildirmek zorundadır (İçtüzük, m. 59/5).

3.2.5. Temsil

6216 sayılı Kanun'un 47/4 maddesinde; "Başvurucu bir avukat tarafından temsil ediliyorsa, vekâletnamenin sunulması gerekir" hükmü yer almaktadır. Bu hükme, aksi ile kanıt mantık kuralıyla yaklaşıldığında, bu hükümden, başvurunun bir avukat tarafından temsil edilmesinin zorunlu olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Zaten bu husus 47. maddesin gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir. Kanun'daki bu hükme paralel olarak İçtüzükte de; "Bireysel başvuru, bizzat başvuru, kanuni temsilcisi ya da avukatı tarafından yapılabilir" (İçtüzük, m. 61/1) hükmüne yer verilmiştir. "Avukat veya kanuni temsilci aracılığıyla yapılan başvurularda temsile dair yetki belgesinin sunulması zorunludur" (İçtüzük, m. 61/1). Başvurucu, avukat ya da kanuni temsilcisi tarafından temsil ediliyor ise bu şahıslarla yapılan yazışmalar ya da bunlara yapılan tebligatlar, başvurucuya yapılmış sayılır (İçtüzük, m. 61/1). Kural olarak AİHM'ye yapılan başvurularda, AİHM İçtüzüğü'nün 36/1 maddesine göre, avukat ile temsil zorunluluğu yoktur. Başvurucu, başvurusunu bizzat yapabileceği gibi temsilci aracılığı ile de yapabilir. Hatta bu temsilcinin bir avukat olması da zorunlu değildir. Ancak başvurunun, aleyhine başvuruda bulunulan Sözleşmecî Devlete bildirilmesinden sonra, Daire başkanı başka türlü karar vermedikçe, başvurunun bir temsilci tarafından temsili edilmesi gerekir. (AİHM İçtüzük, m. 36/2).

Federal Almanya'da anayasa şikâyetinde kural olarak, bir temsilci vasıtasıyla temsil edilme zorunluluğu yoktur. Ancak Anayasa Mahkemesi'nde duruşma yapılması halinde şikâyetçinin, Alman mahkemelerinde yetkili bir avukat veya bir Alman yükseköğretim kurumunda görevli hukuk alanında çalışan bir öğretim üyesi

tarafından temsil edilmesi gerekmektedir (FAMK, m. 22/1). Buna karşın İspanya’da amparo başvurusunda temsilci kullanılması zorunludur (Organik Kanun, m 49). Keza temsilci kullanma zorunluluğu Avusturya (Avusturya Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 17/2) ve Güney Kore’de de vardır (Güney Kore Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 71/1).

Mahkeme’nin daha hızlı ve verimli bir inceleme yapabilmesi; diğer taraftan da gereksiz ve eksik başvuruların önüne geçerek Anayasa Mahkemesi’nin iş yükünün azaltılabilmesi için Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda, başvuru avukat aracılığı ile temsili oldukça önemlidir. Hatta Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda, avukat ile temsil zorunluluğunun getirilmemesi bu yüzden eleştirilmiştir⁸⁷¹. Ancak böyle bir zorunluluğun başvuru açısından önemli bir maliyeti de beraberinde getireceği unutulmamalıdır. Her ne kadar maddi durumu iyi olmayan başvuru sahipleri için adli yardımdan yararlanma imkânı öngörülmüş olsa da (İçtüzük, m. 62), adli yardım, bürokratik işlemleri artırarak, başvuruların geç sonuçlanmasına neden olacağından avukat ile temsil zorunluluğunun getirilmemiş olmasının, isabetli bir tercih olduğu söylenebilir⁸⁷².

3.2.6. Başvuru Süresi ve Eski Hale Getirme

6216 sayılı Kanun’un 47/5 maddesine göre; “Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.” Aynı şekilde İçtüzüğün 64/1 maddesinde; “Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir” hükmüne yer verilmiştir. Bireysel başvuru, kişisel ve güncel bir temel hak ihlâlini ortadan kaldırmaya yönelik olağanüstü nitelikte bir yargı yolu olduğu için başvuruların belirli

⁸⁷¹ Çoban, *op. cit.*, s. 167.

⁸⁷² *Ibid.*, s. 168

bir süre içinde yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Süre koşulu, yargı kararlarının kesinliği ve hukuk güvenliği ilkelerini gerçekleştirebilmenin bir gereğidir⁸⁷³.

Türk hukukunda yasama işlemleri, düzenleyici idari işlemler, Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler bireysel başvuruya konu edilemediği için (6216 sayılı Kanun, m. 45/3) Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, esasen yargı kararlarına karşı mümkündür. Dolayısı ile 30 günlük sürenin başlangıcını hesap ederken kesinleşmiş gerekçeli yargı kararının başvuruca tebliğ veya tefhim tarihini esas almak gerekir. Acaba 30 günlük sürenin başlangıç tarihi kararın tebliğ ya da tefhim tarihinden itibaren mi yoksa tebliğ ya da tefhimi takip eden günden itibaren mi başlayacaktır? İçtüzüğün, 64/1 maddesi “Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten, ... itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir hükmüne yer vermektedir.” Buna karşın Anayasa Mahkemesi, 12.02.2013 tarihli bir kararında; “Başvurucunun avukatına nihai karar 7/11/2012 tarihinde tebliğ edilmiş olup, bu tarihten itibaren en son 7/12/2012 tarihine kadar başvuru yapılması gerekirken, 12/12/2012 tarihinde yapılan başvuruda süre aşımı bulunduğu” sonucuna varmıştır⁸⁷⁴. Bu karardan anlaşılabacağı üzere Anayasa Mahkemesi, 30 günlük süreyi tebliğ tarihini izleyen günden itibaren başlatmıştır.

Tebliğ ve tefhim imkanının bulunmadığı hallerde süre, kararın ilanı veya başvuruca başka bir yolla bildirilmesiyle başlar⁸⁷⁵. İlan konusunda, 6216 sayılı Kanun'da ve İçtüzük'te bir hüküm bulunmadığı için 6216 sayılı Kanun'un 49/7 maddesi⁸⁷⁶ uyarınca diğer usul kanunlarına bakmak gerekmektedir. Bu bağlamda İYUK'a bakıldığında, İYUK'nın 7/3 maddesinde; “Adresleri belli olmayanlara özel kanunlarındaki hükümlere göre ilan yoluyla bildirim yapılan hallerde, özel kanununda aksine bir hüküm bulunmadıkça süre, son ilan tarihini izleyen günden

⁸⁷³ Sağlam, Musa, “Bireylerin Anayasa Mahkemesi'ne Başvurusu (Bir Reform Önerisi)”, *TBB Dergisi*, Sayı: 60, 2005, s. 160.

⁸⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 12.02.2013, Başvuru No. 2012/1075, § 25. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000328&content=23.05.2013.

⁸⁷⁵ Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, op. cit., s. 81.

⁸⁷⁶ “Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır” (6216 sayılı Kanun, m. 49/7)

itibaren onbeş gün sonra işlemeye başlar” hükmüne yer verildiği görülmektedir. Maddede belirtilen aksine bir hüküm, 11.2.1959 Tarih ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 31. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; “İlanen tebliğ, son ilan tarihinden itibaren yedi gün sonra yapılmış sayılır” (Tebligat Kanunu, m. 31). Bununla beraber, ilanen tebliğe karar veren merci, icabına göre daha uzun bir süre tayin edebilir. Ancak, bu süre 15 günü geçemez (Tebligat Kanunu, m. 31).

Eğer kararın tamamının bir kopyası, şikâyetçiye verilmemişse, Federal Alman Anayasa Mahkemesi Yasası m. 93/1'deki⁸⁷⁷ hükme kıyasla otuz günlük süre, şikâyetçinin kararın tamamının kopyasını almak için Mahkeme'ye yaptığı yazılı ya da şahsi başvuru ile duracağı; durma, kararın tamamının kopyası mahkemece şikâyetçiye verilinceye ya da resen veya taraflardan biri tarafından tebliğ edilinceye kadar sürereceği söylenebilir.

Bireysel başvuru, bir başvuru yolunun öngörülmemiş olması durumunda ise ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir (6216 sayılı Kanun, m. 47/5, İçtüzük, m. 64/1). Devam eden bir ihlal söz konusu ise ihlalin devamı süresince ve ihlalin sona ermesinden itibaren 30 gün içinde başvuruda bulunulabilir⁸⁷⁸.

Bireysel başvurular, Anayasa Mahkemesi'ne şahsen yapılabileceği gibi diğer mahkemeler ya da yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla da yapılabilir (İçtüzük, m. 63/1). Başvuru formu, harç tahsil makbuzuyla birlikte belirtilen yerlere teslim edildiğinde başvuru ya da temsilcisine alındı belgesi verilir ve bu tarih, başvurunun yapıldığı tarih olarak kabul edilir (İçtüzük, m. 63/1). Başvuru yollarının tüketilmesi sonucundaki nihai kararın başvurucuya tebliğ ya da tefhim edildiği tarih ile alındı belgesindeki tarih arasındaki sürenin otuz günü geçmesi hâlinde başkaca bir

⁸⁷⁷ FAMK, m. 93/1'e göre; “Anayasa şikâyeti bir ay içinde yapılmalı ve gerekçelendirilmelidir. Eğer ilgili hukuk kuralına göre resen yapılıyorsa süre, kararın tebliğinden veya tefhiminden itibaren başlar. Diğer durumlarda süre, kararın ilanıya ya da ilan yapılmıyorsa, kararın şikâyetçiye herhangi bir yolla bildirilmesiyle başlar. Eğer kararın tamamının bir kopyası şikâyetçiye verilmemişse, birinci cümledeki süre, şikâyetçinin kararın tamamının kopyasını almak için mahkeme ofisine yaptığı yazılı ya da şahsi başvuru ile durur. Durma, kararın tamamının kopyası mahkemece şikâyetçiye verilinceye ya da resen veya taraflardan biri tarafından tebliğ edilinceye kadar sürer.”

⁸⁷⁸ Karaman, *op. cit.*, s. 242.

inceleme yapılmaksızın başvurunun reddine karar verilir⁸⁷⁹. Süre koşulu, başvurunun her aşamasında dikkate alınması gereken bir usul hükmüdür⁸⁸⁰. Anayasa Mahkemesi de başvuru yollarının tüketildiği tarihten itibaren 30 gün içinde yapılmayan bireysel başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “süre aşımı” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁸⁸¹.

Tatil günleri süreye dâhildir. Sürenin son gününün resmi tatile denk gelmesi durumunda, süre tatil gününü izleyen ilk çalışma gününün mesai bitimine kadar uzar. Bununla beraber, sürenin son gününün idari izin gününe rastlaması durumunda sürenin uzaması söz konusu olmaz⁸⁸².

Tebliğat Kanunu'nun 11. maddesinde yer alan kural uyarınca vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır ve tebliğ edilen evrakın içeriğine göre bir kanun yoluna başvurulması söz konusu ise kanunda öngörülen süreler bu tarih itibarıyla işlemeye başlar⁸⁸³.

Otuz günlük süre niteliği itibari ile bir hak düşürücü süredir. Kural olarak bu sürenin kaçırılması durumunda bireysel başvuru yapılamaz. Ancak 6216 sayılı Kanun, “Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler” hükmüne yer vermektedir (6216 sayılı Kanun, m. 47/5). Benzer şekilde İçtüzük'te de şu hükme yer verilmiştir: “Başvurucu mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvurusunu yapamadığı takdirde, mazeretinin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilir” (İçtüzük, m. 64/2). Görüldüğü üzere, Kanun'da sadece “haklı bir mazeret” denilmiş iken, İçtüzük'te bu haklı mazeretin neler olabileceği “mücbir sebep veya ağır hastalık gibi” denilerek örneklendirilmiştir. Haklı mazeret, İçtüzükte belirtilen sebepler sınırlı değildir. Başka bir ifade ile İçtüzük'teki sayma tahdidi değil tadadidir. Başvurucuların mazeretlerini

⁸⁷⁹ Ekinci ve Sağlam, *op. cit.*, s. 26.

⁸⁸⁰ Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm, 12.02.2013 tarih ve 2012/1075 Nolu Karar, *op. cit.*, § 18.

⁸⁸¹ *Ibid.*, § 26.

⁸⁸² Odyakmaz, Zehra, Ümit Kaymak ve İsmail Ercan, İdari Yargı, 7. B., XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 204.

⁸⁸³ Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm, 12.02.2013 tarih ve 2012/1075 Nolu Karar, *op. cit.*, § 24.

belgelere dayandırması veya başka delillerle ispat etmesi gerekmektedir. Örneğin kendisinin veya çocuğunun ağır hastalığını belgelendirmesi gerekmektedir⁸⁸⁴. Haklı bir mazeret nedeniyle 30 günlük başvuru süresinin kaçırılması durumunda Mahkeme, öncelikle başvurucunun mazeretinin geçerli olup olmadığını inceleyerek talebi kabul veya reddedecektir (6216 sayılı Kanun, m. 47/5). Bu süreçte öncelikle Komisyonlar raportörlüğünce mazeretin kabulünün gerekip gerekmediği yönünde bir karar taslağı hazırlanır. Komisyon, öncelikle başvurucunun mazeretinin geçerli olup olmadığı konusunda bir inceleme yaparak mazereti, kabul veya reddeder (İçtüzük, m. 64/2). Niteliğine uygun düştüğü takdirde, mazeret ve kabul edilebilirliğe ilişkin tek bir taslak hazırlanıp bu iki husus birlikte de karara bağlanabilir (m. 64/3).

Süre koşulu, yargı kararlarının kesinliği ve hukuk güvenliği ilkelerini gerçekleştirebilmenin bir gereği olsa da belirlenen sürelerin davanın taraflarına kendi haklarını yeterince kullanmasına imkân verecek derecede uzun olmasına da dikkat edilmelidir⁸⁸⁵. Örneğin Almanya’da, anayasa şikâyeti için bir aylık başvuru süresi öngörmüştür (FAMK m. 93/1). İspanya’da kanunlara karşı amparo başvurusu yapılamamakla birlikte, parlamento kararlarına karşı amparo başvurusu, bu kararların kesinleştiği tarihten itibaren 3 ay (Organik Kanun, m. 42); parlamentonun idari nitelikteki karar ve işlemlerine, yürütmenin karar ve işlemlerine karşı 20 gün (m. 43/2); kesinleşmiş yargı kararlarına karşı ise süre, bu kararların ilgiliye tebliğinden itibaren 30 gündür (m. 44/2). AİHM’ye bireysel başvuru için öngörülen süre ise 6 aydır (AİHS, m. 35/1). Doktrinde 30 günlük sürenin yeterli olmadığı yönünde görüşler⁸⁸⁶ olsa da genel olarak olduğu gibi bu sürenin yeterli olduğu yönünde görüşler de vardır⁸⁸⁷. Kanaatimce 30 günlük süre, hem karşılaştırmalı hukuktaki örnekler hem de günümüzdeki iletişim teknolojileri göz önünde tutulduğunda, başvurucunun, başvurusu dilekçesini (formunu) hazırlaması ve başvuruda bulunması için yeterli gözükmektedir.

⁸⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler” (Formun üçüncü bölümüne ilişkin eksiklikler), *op. cit.*

⁸⁸⁵ Sağlam, Musa, “Bireylerin Anayasa Mahkemesi’ne Başvurusu (Bir Reform Önerisi)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 60, 2005, s. 160.

⁸⁸⁶ Şahbaz, *op. cit.*, s. 99, Şen, Ersan ve Özdemir, Bilgehan, “Bir Görüş - Anayasa Mahkemesi Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi (Süper Yetkilere Doğru mu?)”, *Terazi*, S. 55, Mart 2011, s. 85; Karaman, *op. cit.*, s. 241.

⁸⁸⁷ Özbey, *op. cit.*, s. 338; Ekinci, *op. cit.*, s. 145. Esen, “Türkiye’de Anayasa Şikayeti”, *op. cit.*, s. 51.

3.2.7. Başvuru Evrakında Eksikliğin Bulunması Durumunda Eksikliğin Giderilmesi Usulü

Başvurucunun başvuru dilekçesinde (formunda) veya eklerinde eksiklik olması durumunda, Anayasa Mahkemesi başvuruyu hemen reddetmemekte; başvurucuya eksiklikleri tamamlaması 15 günü geçmemek üzere bir süre vermektedir. Mahkeme, başvurucuya bu süreyi verirken, haklı bir mazereti olmaksızın verilen süre içerisinde eksikliğin tamamlanmaması durumunda, başvurunun reddedileceği ihtarında da bulunmak zorundadır. Aksi halde başvuru verilen süre geçtikten sonra da eksikliği giderebilecektir. 6216 sayılı Kanun'un 47/6 maddesine göre; "Başvuru evrakında herhangi bir eksiklik bulunması hâlinde, Mahkeme yazı işleri tarafından eksikliğin giderilmesi için başvuru veya varsa vekiline onbeş günü geçmemek üzere bir süre verilir ve geçerli bir mazereti olmaksızın bu sürede eksikliğin tamamlanmaması durumunda başvurunun reddine karar verileceği bildirilir." Başvuranın söz konusu eksikliği tamamlamaması, onun hak arama konusunda istekli olmadığını göstereceğinden, böyle bir durumda Mahkeme, başvurunun reddine karar verecektir (6216 sayılı Kanun, m. 47 gerekçesi).

Onbeş günü geçmemek üzere verilecek süre, niteliği itibari ile "kesin süre"dir. Bu sonuca, İçtüzüğün 66/3 maddesinden varılmaktadır. Şöyle ki İçtüzük m. 66/3'te; "... tespit edilen eksikliklerin verilen kesin sürelerde tamamlanmadığı hâllerde ..." şeklinde bir ibare yer almaktadır. Bu ibareden anlaşılacağı üzere, başvurucuya verilen süre, "kesin süre"dir. Sürenin nitelik itibari ile kesin süre olmasının pratik sonucu, kesin süre içerisinde yerine getirilmeyen bir işlemin bu süre geçtikten sonra yerine getirilmesine imkân bulunmamasıdır. Yargıtay, kesin sürenin amacının, davanın gereksiz yere uzatılmasını önlemek ve adaletin bir an önce tecellisini sağlamak olduğunu ancak kesin süreye riayet edilmemesinin yargılamayı

uzatmaması halinde süreye riayet edilmemesine bir sonuç bağlanmaması gerektiğini belirtmektedir⁸⁸⁸.

Yine 6216 sayılı Kanun'un 47/6 ve İçtüzüğü'nün 66/3 maddesi bir arada değerlendirildiğinde geçerli bir mazeretin varlığı halinde, bu süre başvurucuya birden fazla kez verilebilir.

Başvurunun; süresinde yapılmadığı, İçtüzüğü'nün 59 uncu ve 60. maddelerdeki şekil şartlarına uygun olmadığı ve tespit edilen eksikliklerin verilen kesin sürelerde tamamlanmadığı hâllerde Komisyonlar Başraportörü tarafından reddine karar verilir ve bu karar başvurucuya tebliğ edilir. Başvurucu bu karara tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde Komisyona itiraz edilebilir. Komisyonların bu konuda vereceği kararlar kesindir (İçtüzük, m. 66/3).

⁸⁸⁸ “Kesin önelin esas amacı, davanın gereksiz yere uzatılmasını önlemek, adaletin bir an önce tecellisini sağlamaktır. ... Öncelikle, kesin süreye ilişkin ara kararı her türlü yanlış anlaşılmayı önleyecek biçimde açık ve eksiksiz yazılmalı, yapılacak işler teker teker belirtilmelidir. Bunun yanında verilen süre yeterli, emredilen işler, gerekli ve yapılabilir nitelik taşımali, ayrıca hakim süreye uyulmamanın sonuçlarını açıkça anlatmalı, tarafları uyarmalıdır. Öte yandan, kesin süre tarafların yanında hakimi de bağlayacağından uyulmaması halinde gereği hakim tarafından hemen yerine getirilmelidir. ... Davacı, kesin önel içerisinde tanık listesini bildirmemiş ise de, sonraki celseye tanıklarını bizzat getirmiştir. Öte yandan mahkemece öteki deliller de tam olarak toplanmamıştır. Bu durumda yeni bir oturum tayinine sebebiyet verildiğinden davanın uzaması veya uzatılmasından söz edilemez. Gerekli ve yerinde olmayan kesin önele yaptırım uygulanması doğru değildir” Yargıtay 1. HD., T. 29.5.2002, E. 2002/6216 K. 2002/6900, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (24.05.2013).

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURULARIN İNCELENMESİ VE KARARLAR

4.1. Bireysel Başvuruların İncelenmesi

6216 Sayılı Kanun'un "Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi" başlıklı 48. maddesi ile "Esas hakkındaki inceleme" başlıklı 49. maddesi bir arada değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruların esasen iki temel aşamada incelendiği anlaşılmaktadır. Bu aşamalardan ilkinde bireysel başvuruların kabul edilebilirlik koşullarını taşıyıp taşımadığı incelenmekte; ikincisinde ise kabul edilebilirlik koşullarını taşıyan bireysel başvurular esas açısından incelenip kamu gücü tarafından bir temel hak veya özgürlük ihlali olup yapıp yapılmadığına tespit edilmektedir. Bunlardan önce, bireysel başvurunun gerekli olan şekil şartlarını taşıyıp taşımadığını kontrol etmek için bir de ön inceleme yapılmaktadır (İçtüzük, m. 66/1).

4.1.1. Bireysel Başvuru İncelemesi'nin Niteliği

Bireysel başvuruların incelenmesi ile ilgili bazı hususların daha iyi anlaşılabilmesi için Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı incelemenin çekişmeli yargı veya çekişmesiz yargı işlerinden mi olduğu hususuna değinmenin faydalı olacağı düşünüldüğünden, bu konu için ayrı bir başlık açılmıştır. Bireysel başvuruların incelenirken çalışmanın ileriki safhalarında ilgili konu başlıkları altında ayrıntılı olarak belirtileceği üzere, Anayasa Mahkemesi'ne, resen bilgi, belge ve delil toplanama (6216 sayılı Kanun, m. 49/3 İçtüzük, m. 70); tanık ve uzaman/bilirkişi dinleneme (İçtüzük, m. 38/8); gerektiğinde keşif yapma (İçtüzük, m. 69/3) yetkisi verilmiştir. Bütün bu yetkilerin amacı, bir temel hak ve özgürlük ihlali olup olmadığı gerçeğini ortaya çıkarmaktır.

Bireysel başvurularda, Anayasa Mahkemesi'nin, başvurucunun kendisine sunduğu bilgi ve belgelerle yetinmeyip gerektiğinde bilgi, belge ve delil toplaması, bu incelemede resen araştırma ilkesinin geçerli olduğunu göstermektedir. Hukuk

Muhakemeleri Kanunu’nda da çekişmesiz yargı işlerinde resen araştırma ilkesinin olduğu belirtilmektedir (HMK, m. 384/2. Dolayısı ile bireysel başvuruların çekişmesiz yargı işlerinden olduğu söylenebilir. Doktrinde de 6216 sayılı Kanun’un bireysel başvuruyu, çekişmeli yargı olarak kabul etmediği belirtilmektedir⁸⁸⁹. Keza, Yargıtay da çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı arasındaki farkı belirten en önemli ölçünün, “ihtilaf (çekişme) yokluğu kıstası”nın olduğunu söylemektedir. Buna göre çekişmeli yargı, bir ihtilaf (çekişme), uyuşmazlık, iddia ve karşı iddia hakkında karar verilmesi talebi ile açılan davalarla meşgul olmasına karşın; çekişmesiz yargıya tabi işlerde ilgililer arasında kural olarak bir ihtilaf (çekişme, uyuşmazlık) bulunmamaktadır. Çekişmeli yargıda, taraflarca hazırlama (ihzar) ilkesi geçerli olup, hâkim tarafların talepleri ile bağlıdır. Hâkim, tarafların iddia ettiği olaylar ve ileri sürdüğü delillerle yetinmek zorundadır. Kendiliğinden araştırma yetkisine sahip olmadığı gibi böyle bir yükümlülüğü de yoktur. Çekişmesiz yargıda ise re’sen araştırma prensibi geçerlidir. Çekişmesiz yargı işlerinde bu ilkenin geçerli olması, bu gibi işlerde ilke olarak mukabil (zıt) alakalı bir kimsenin olmaması düşüncesine dayanır. Bu açıklamalar doğrultusunda çekişmesiz yargıda hâkim, kamu yararı düşüncesiyle ve gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla kabul edilen re’sen araştırma ilkesi uyarınca, davanın ispatı için gerekli bütün delillere başvurabilir⁸⁹⁰. Yargıtay’ın bu içtihadı ile 6216 sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’ndeki bireysel başvuruya ilişkin düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, bireysel başvurunun çekişmesiz yargı işlerinden olduğu sonucuna varılabilir.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruların çekişmeli yargı olarak kabul edilmemesinin doğal sonucu, başvuruda bulunanın karşısında davalı sıfatını taşıyan birinin olmaması, iddia ve cevapların karşılıklı olarak birbirine tebliğ edilme zorunluluğunun bulunmamasıdır⁸⁹¹. Fakat 6216 sayılı Kanun’da ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nde, bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneğinin bilgi için Adalet Bakanlığına gönderileceği de hüküm altına alınmıştır (6216 sayılı Kanun, m. 49/2; İçtüzük, m. 37/4, m. 71).

⁸⁸⁹ Çoban, *op. cit.*, s. 176.

⁸⁹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 14.12.2005.E. 2005/2-693, K. 2005/726. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (25.05.2013).

⁸⁹¹ Ibid.

İçtüzüğün, “Adalet Bakanlığı’na Bildirim” başlıklı 71. maddesine göre, bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi durumunda, başvurunun bir örneği, bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilir. Bunun üzerine Adalet Bakanlığı lüzum görürse görüşünü yazılı olarak Mahkeme’ye bildirir (İçtüzük, m. 71/1). İçtüzük’te Adalet Bakanlığı başvuruya ilişkin görüşünü bildirmesi için otuz günlük süre tanınmıştır (İçtüzük, m. 71/2). Adalet Bakanlığı’ndan talep gelmesi hâlinde bu süre Mahkemece, otuz gün daha uzatılabilir (İçtüzük, m. 71/2). Adalet Bakanlığı’nca bir görüş bildirilmesi (cevap verilmesi) durumunda, Adalet Bakanlığı’nın bu cevabı başvuruca tebliğ edilir. Adalet Bakanlığı’nın cevabının başvuruca tebliğ edilmesi durumunda, başvuruca da varsa karşı beyanlarını, tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Mahkeme’ye sunması gerekir (İçtüzük, m. 71/3). Bu düzenlemeler, esasen çekişmesiz yargı niteliğine sahip olan bireysel başvurunun, Adalet Bakanlığı’nın görüş bildirmesi, bu görüşün başvuruca tebliği ve başvuruca da varsa beyanlarını bildirmesi durumunda, çekişmeli yargı haline gelmesine sebep olacaktır⁸⁹².

Doktrinde, davalı olmayan birinin (Adalet Bakanlığı’nın), Anayasa Mahkemesi tarafından bilgilendirilmesinin çelişkili bir durum olduğu, Adalet Bakanlığı’na verilen bu yetkinin Bakanlığın Mahkeme’yi etkilemesine imkan verdiğini ve bu durumun “silahların eşitliği” ilkesini zedelediği belirtilmektedir⁸⁹³. Ayrıca Kanun tasarısının alt Komisyon görüşmelerinde, muhalefet milletvekilleri, Adalet Bakanlığı’na tanınan bu yetkinin, kuvvetler ayrılığı ilkesini zedelediği yönünde itirazlarda bulunmuşlardır. Bu itirazlara karşın; “Adalet Bakanlığının konunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşınması durumunda taraf olacağı, bu nedenle konunun öncesini bilerek savunma yapması, gerekli tedbirleri alması ve sistematik sorunları ortadan kaldırması amacıyla” Adalet Bakanlığı’na böyle bir rol verildiği belirtilmiştir⁸⁹⁴.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru’da, hukuk yargılamasında olduğu üzere bir davalı ve davacı taraf ya da ceza yargılamasında olduğu üzere bir iddia

⁸⁹² Özbey, *op. cit.*, 380.

⁸⁹³ *Ibid.*, s. 379-380.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, s. 381.

makamı ve sanık yoktur. Başvuruda, dava edilen ne işlemi tesis eden kamu gücü, ne de devlettir. Ortada, başvuranın dava konusu işlemin, eylemin ya da ihmalin, bireysel başvuru kapsamında güvence altına alınan bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği iddiası ve bu ihlalin ortadan kaldırılması talebi vardır. Dolayısı ile ortada bir davacı değil, “başvuran” veya “başvurucu” vardır. Bireysel başvurunun, Adalet Bakanlığı’na bildirilmesi ve Bakanlığın da görüş bildirmesi (6216 sayılı Kanun, m. 49/2), Bakanlığın bireysel başvurunun davalı tarafı yapmaz⁸⁹⁵; kendisine olsa olsa kamu gücünü temsil eden sıfatı verir⁸⁹⁶.

Yukarıdaki bilgilerden ortaya çıkan sonuç şudur ki: Kanun koyucunun eğilimi, Anayasa Mahkemesi’ndeki bireysel başvuru incelemesini çekişmesiz yargı olarak düzenlemek böylelikle başvuru sürecini uzatmamak için tebligat yapma, savunma alma gibi işlemleri yapmaktan kaçınmaktır. Bununla beraber kanun koyucu, tarafların görüşlerini Anayasa Mahkemesi’ne sunmalarına fırsat vermek suretiyle, gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamayı amaçladığı söylenebilir⁸⁹⁷.

4.1.2. Ön İnceleme

Başvurular, kabul edilebilirlik koşullarını taşıyıp taşımadığı konusunda bir inceleme yapılmadan evvel, bireysel başvurunun gerekli olan şekil şartlarını taşıyıp taşımadığını kontrol etmek için bir ön inceleme yapılmaktadır (İçtüzük, m. 66/1).

4.1.2.1. Ön İncelemeyi Yapacak Olan Mercii: Bireysel Başvuru Bürosu

Bireysel başvuruların ön incelemesi yapmak üzere İçtüzükle bir “Bireysel Başvuru Bürosu” kurulması öngörülmüştür (İçtüzük, m. 66/1). Ön incelemeyi yapacak olan Bireysel Başvuru Bürosu, Komisyonlar başraportörünün gözetiminde bir raportör ve yeterli sayıda raportör yardımcısı ile personelden oluşur (İçtüzük, m. 65/1). Bu büronun görevleri şunlardır (İçtüzük, m. 65/2):

- a) Anayasa Mahkemesi’ne ulaşan bireysel başvuruların kaydını yapıp bu başvurulara bir numara vermek ve başvuruları dosyalamak,

⁸⁹⁵ Çoban, *op. cit.*, s. 176.

⁸⁹⁶ Doğru, *op. cit.*, s. 107.

⁸⁹⁷ Özbey, *op. cit.*, 381.

- b) Başvurulardaki idari yönden tamamlattırılması gereken eksiklikleri tespit etmek ve bunların giderilmesi için gerekli yazışmaları yapmak,
- c) Bireysel başvurularla ilgili yazışmaların kaydı, takibi, ilgili birimlere sevk edilmesi ve diğer işlemleri yapmak.

Ön inceleme ve kayıt işlemi ile ilgili olarak şunu söylemek gerekir ki kaydı yapılan ve numara verilen başvurular bir “ad” verme usulü benimsenmemiştir⁸⁹⁸. Bunun yanı sıra İçtüzüğü’nün (m. 65/2) düzenlemesinden anlaşıldığı kadarıyla, Bireysel Başvuru Bürosu işlem yapmaya, dosyanın fiziki olarak Mahkeme’ye ulaşmasından sonra başlayacaktır. Ancak tedbir talepleri hakkındaki incelemelerin, talebin elektronik ortamda ulaşmasıyla birlikte başlatılması gerektiği söylenebilir. Aksi halde tedbir taleplerinde fiziki dosyanın beklenmesi zaman kaybına yol açacağından tedbir talebinden beklenen amaca ulaşılmasına engel olabilir⁸⁹⁹.

4.1.2.2. Ön İncelemenin Konusu

Bireysel Başvuru Bürosu’nun yapacağı ön incelemenin konusu yukarıda da belirtildiği üzere başvurunun kabul edilebilirlik şartlarını taşıyıp taşımadığı değil, başvurunun gerekli olan şekil şartlarını taşıyıp taşımadığıdır⁹⁰⁰. İçtüzüğü’nün 66/1 maddesinin “Bireysel Başvuru Bürosu gelen başvuruları şekli eksiklikler bulunup bulunmadığı yönünden inceler” şeklindeki hükmü de bu hususu açıkça ortaya koymaktadır. Bireysel başvuruda şekle ilişkin koşullar tezin 3. Bölümünde ayrıntılı bir şekilde incelendiği için gereksiz bir tekrar olmaması açısından bu başlık altında aynı bilgilere yer verilmeyecek; sadece özet olarak Bireysel Başvuru Bürosu’nun hangi şekil şartlarını inceleyeceğine değinilecektir.

Bireysel Başvuru Bürosu, ön inceleme esnasında başvuru harcı, adli yardım, temsil, süre ve başvuru formuna ilişkin şekil şartlarına bakacaktır. Bu bağlamda ön inceleme esnasında bakılacak şekil şartları şunlardır:

- a) Başvuru harcının yatırılıp yatırılmadığına⁹⁰¹,

⁸⁹⁸ Doğru, *op. cit.* s. 83.

⁸⁹⁹ *Ibid.*

⁹⁰⁰ Karaman, *op. cit.*, s. 226.

⁹⁰¹ “Bireysel başvurular harca tabidir” (6216 sayılı Kanun, m. 47/2)

- b) Adli yardım talebinde bulunulmuş ise başvurunun adli yardımdan yararlanması gerektiğine ilişkin ispatlayıcı belgeleri forma ekleyip eklenmediğine⁹⁰²,
- c) Başvuru formu ve eklerinin İçtüzüğün 59. ve 60. maddesindeki şartlara uygun hazırlanıp hazırlanmadığına (başvuru formunda ilgili bölümlerin eksiksiz olarak doldurulup doldurulmadığına ve eklerin eklenip eklenmediğine),
- d) Başvurucu bir avukat tarafından temsil ediliyorsa, vekâletnamenin sunulup sunulmadığına⁹⁰³,
- e) Başvurunun, başvuru süresi (30 gün) içinde yapılıp yapılmadığına⁹⁰⁴; eğer başvuru süresinde yapılmamış ve eski hale getirme talebinde bulunulmuş ise başvurunun haklı mazeretlerini belgeleyen delilleri başvuru formuna ekleyip eklemediğine bakılacaktır⁹⁰⁵.

4.1.2.3. Ön İnceleme Sonucunda Verilebilecek Kararlar

Ön inceleme sonucunda başvuru formunda veya eklerinde herhangi bir eksiklik tespit edilmesi hâlinde, bu eksikliklerin giderilmesi için başvurucuya, varsa avukatına veya kanuni temsilcisine 15 günü geçmemek üzere bir süre verilir. Eksikliklerin tamamlattırılmasına dair yazıda başvurucuya, geçerli bir mazereti olmaksızın verilen sürede eksiklikleri tamamlamadığı takdirde başvurusunun reddine karar verileceği de bildirilir (6216 sayılı Kanun, m. 47/6, İçtüzük, m. 66/1,2). Geçerli

⁹⁰² Bireysel Başvuru Bürosu sadece adli yardım talebinde bulunan başvurunun adli yardımdan yararlanması gerektiğine ilişkin ispatlayıcı belgeleri forma ekleyip eklemediğine bakacaktır. Mahkeme'ye iletilen adli yardım talepleri de genel hükümlere göre başvuruların kabul edilebilirliği hakkında karar verecek Bölüm veya Komisyonlarca hükme bağlanacaktır (İçtüzük, m. 62/2).

⁹⁰³ Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurularda bir avukat tarafından temsil edilme zorunluluğu olmamasına karşın eğer bir avukat tarafından temsil ediliyorsa, vekâletnamenin sunulması gerekir (6216 sayılı Kanun, m. 47/4)

⁹⁰⁴ "Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir" (6216 sayılı Kanun, m. 47/5).

⁹⁰⁵ "Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler" hükmüne yer vermektedir (6216 sayılı Kanun, m. 47/5). Komisyon, öncelikle başvurunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek mazereti kabul veya reddine Bireysel Başvuru Bürosu değil, Komisyon Karar verir (İçtüzük, m. 64/2) .

mazeretten “mücbir sebep” veya “ağır hastalık” gibi haklı mazeretleri anlamak gerekir (İçtüzük, m. 64/2).

Başvurunun; süresinde yapılmadığı, İçtüzüğün 59 uncu ve 60. maddelerdeki⁹⁰⁶ şekil şartlarına uygun olmadığı ve tespit edilen eksikliklerin verilen kesin sürelerde tamamlanmadığı hâllerde, Komisyonlar Başraportörü tarafından reddine karar verilir ve bu karar başvurucuya tebliğ edilir. Başvurucu bu karara tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde Komisyona itiraz edilebilir. Komisyonların bu konuda vereceği kararlar kesindir (İçtüzük, m. 66/3).

İçtüzüğün 66/3 maddesindeki şartların oluşması durumunda başvuruyu reddetme yetkisinin Komisyonlar Başraportörüne verilmiş olması Anayasa’ya, 6216 sayılı Kanun’a aykırılık oluşturmakta, İçtüzüğün diğer hükümleriyle çelişmektedir⁹⁰⁷. Çünkü “red” kararı yetkisi Anayasa Mahkemesi’ne tanınmış olup, Raportörler ise Mahkeme üyesi olmayan, dosya hazırlanması ve sunulması konusunda Mahkeme’ye yardımcı olan uzman kişilerdir. Nitekim 6216 sayılı Kanun’un 47/5 maddesinde eski hale getirme talebin Mahkemece kabul veya reddedileceği; 48/3 maddesinde kabul edilmezlik kararının Komisyonlarca verileceği belirtilmiştir. Komisyonlar, Genel Kurul ve Bölümler ile birlikte Anayasa Mahkemesi’ni oluşturan bir birimdir⁹⁰⁸. Özbey’in çok yerinde bir örnekle belirttiği üzere, nasıl ki Yargıtay’a yapılan temyiz başvurularında, örneğin temyiz süresinin geçmiş olması durumunda, Yargıtay Tetkik Hakiminin temyiz talebini reddetme yetkisi yok ise benzer şekilde Başraportör’ün de böyle bir yetkisinin olamayacağını kabul etmek gerekir⁹⁰⁹.

Bireysel Başvuru Bürosu tarafından şekli eksikliklerin bulunup bulunmadığı yönünde yapılan ön incelemeden sonra şekli şartların var olduğunun anlaşılması üzerine başvurular, kabul edilebilirlik incelemesi için Komisyon’a sevk edilir.

⁹⁰⁶ İçtüzüğün 59. maddesinde bireysel başvuru formunda bulunması gereken hususlara ve eklerine, 60. maddesinde ise formun ve eklerinin hazırlanmasına ilişkin ilkelere yer verilmektedir.

⁹⁰⁷ Özbey, *op. cit.*, s. 343.

⁹⁰⁸ Mahkeme: Genel Kurul, Bölümler ve Komisyonlar ile bunlardan oluşan Anayasa Mahkemesi’dir (İçtüzük, m. 3/1-s).

⁹⁰⁹ Özbey, *op. cit.*, s. 343.

4.1.2.4. Bireysel Başvuruların Bölümlere ve Komisyonlara Tevzii, Başvuruların İnceleme Sırası, Yazışmalar ile Bilgi, Belge İsteme ve Tebliğ

Bireysel başvuruların, Bireysel Başvuru Bürosu tarafından kaydı yapıp bir numara verildikten sonra dağıtımını, Bölümler ve Komisyonlar arasında otomatik olarak yapılır (İçtüzük, m. 67/1). Eğer nitelikleri gereği birleştirilerek incelenmesi gereken dosyalar var ise bu dosyalar ilk kayda alınan başvuru dosyasında birleştirilir (İçtüzük, m. 67/2).

Bireysel başvurular, kural olarak geliş sırasına göre incelenerek karara bağlanır (İçtüzük, m. 68/1). Ancak Mahkeme'nin, başvuruların konuları itibarıyla önemini ve aciliyetini göz önünde bulundurarak belirlediği kriterler çerçevesinde farklı bir inceleme sıralaması yapması da mümkündür (İçtüzük, m. 68/2).

Başvurucuların, Mahkeme ile yazışmalarını, İçtüzükte belirlenen bireysel başvuru yapılmasındaki usulü izleyerek yapmaları gerekir (İçtüzük, m. 69/1). Bireysel başvuru dosyalarının tekemmül ettirilmesine ilişkin olarak duruma göre Genel Sekreterlik, Komisyon ya da Bölümler tarafından başvurucuya verilen ve asgari onbeş gün olan süreler kesin olup, bu süreler içinde usulüne uygun olarak gönderilmeyen bilgi ve belgeler, başvurunun değerlendirilmesinde dikkate alınmaz ve dosyaya dâhil edilmezler (İçtüzük, m. 69/2). Başvurulara ilişkin bilgi, belge ve diğer her türlü talebin yazılı olarak yapılması gerekir. Duruşma, tanık dinlenilmesi veya keşif esnasında yapılanlar hariç, bu usule uyulmaksızın yapılan talepler dikkate alınmaz (İçtüzük, m. 69/3).

Anayasa Mahkemesi, kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesi esnasında yasama, yürütme, yargı organları, kamu idareleri, kamu görevlileri, bankalar ile diğer gerçek ve tüzel kişilerle doğrudan yazışır, bilgi ve belge ister, gerekli gördüğü her türlü belge, kayıt ve işlemi inceler, bilgi almak üzere her derece ve sınıftan kamu görevlileri ile ilgilileri çağırabilir, idare ve diğer tüzel kişilerden temsilci isteyebilir. (İçtüzük, m. 70/1). Bu kapsamda Mahkeme'ye ulaşan bilgi ve belgeler, 15 günlük süre içinde görüşlerini sunabilmeleri için başvurucuya, Adalet Bakanlığı'na ve varsa diğer ilgililere tebliğ edilir (İçtüzük, m. 70/2). Mahkeme, başvurunun ya da kamu gücünün, istenen bilgi ya da belgeyi sunmaktan kaçındığı

ya da bir delili gizlediği yahut her ne suretle olursa olsun davet edildiği hâlde yargılamaya etkili bir şekilde katılmadığı kanaatine varırsa, bu durumdan gerekli sonuçları çıkararak kararını verir. (İçtüzük, m. 70/3).

4.1.3. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Koşulları Açısından İncelenmesi

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurularda, başvuruların başvuru hakkındaki esas incelemeyi yapacak olan “Bölüm” önüne doğrudan götürülmemesi; bu başvuruların “Bölüm” önüne götürülmeden evvel, Komisyon tarafından incelenmesi usulü öngörülmüştür (Any., m. 149/1, 6216 sayılı Kanun, m. 22/2, İçtüzük, m. 32/1). Kabul edilebilirlik incelemesi yoluyla gayri ciddi ve açıkça ya da çok yüksek ihtimalle başarısızlıkla sonuçlanacak başvurular, Bölüm önüne götürülmeden sonuçlandırılabilir. Böylelikle, başvuruların esasını inceleyecek olan Bölümlerin iş yükü altında ezilmesinin önüne de olabildiğince geçilmiş olacaktır.

Kabul edilebilirlik incelemesi, esas olarak Komisyon tarafından yapılmakla beraber (İçtüzük, m. 33/1), bu inceleme Bölümlerce de yapılabilir (İçtüzük, m. 28/2). Komisyon'dan, kabul edilebilirlik şartlarını taşıdığı yönünde bir kararla Bölüm'e sevk edilen başvurularda, kabul edilebilirliğe engel bir şartın var olup olmadığı Bölüm'lerce de incelenir. Bölüm'lerin kabul edilebilirlik şartlarından herhangi birinin eksik olduğunu tespit etmesi veya bu durumun sonradan ortaya çıkması durumunda incelemenin her aşamasında başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilebilir (İçtüzük, m. 28/2). Bireysel başvurunun esası hakkında karar verilinceye dek kabul edilebilirlik şartlarını taşıması gerekir. Başka bir ifadeyle, Kabul edilebilirlik incelemesi başvurunun her aşamasında yapılabilecek bir incelemedir.

4.1.3.1. Kabul Edilebilirlik İncelemesini Yapacak Olan Mercii: Komisyon

Anayasası'nın 149/1 maddesinde Anayasa Mahkemesi'nin iki Bölüm ve Genel Kurul hainde çalışacağı; bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için ise Komisyonlar oluşturulabileceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın bu hükmü doğrultusunda, 6216 sayılı Kanun'un 2/1 maddesinin g bendinde Kanun'da

geçen Komisyon teriminin, bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini yapmak üzere oluşturulan kurulları ifade ettiği belirtilmiştir. Kanun'un 22/2 maddesinde de Komisyon'ların oluşumu ve iş bölümü ile ilgili hususların İçtüzükle düzenleneceği belirtilmiştir. Kanun'un bu hükmü doğrultusunda İçtüzüğün 32 vd. maddelerinde Komisyon'ların oluşumu, görevleri ve çalışma usul ve esasları düzenlenmiştir.

4.1.3.1.1. Komisyonların Oluşumu

İçtüzüğün 32. maddesine göre, bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemelerini yapmak üzere Bölümlere bağlı olarak görev yapan üçer Komisyon oluşturulur. Bu hüküm doğrultusunda İki Bölüm'e bağlı toplam 6 (altı) Komisyon kurulmuştur⁹¹⁰. Komisyonların kaç üyeden oluşacağına dair ne 6216 sayılı Kanun'da ne de İçtüzük'te bir düzenleme olmamakla beraber Anayasa Mahkemesi'nin Mahkeme Teşkilatı Kuruluş Şeması'na bakıldığında, Komisyon'ların 2 (iki) üyeden oluştuğu görülmektedir⁹¹¹. Komisyonlar, bağlı bulundukları Bölüm'le birlikte numaralandırılmak suretiyle isimlendirilirler. Bölüm Başkanı, Komisyonlarda görev almaz. Komisyon başkanlığını ise kıdemli üye yapar (İçtüzük, m. 32/1).

Komisyonların oluşturulmasında ise şu usul izlenir. Öncelikle Başkanvekili haricindeki Bölüm üyeleri kıdem sırasına göre listelenir. İlk ay yapılacak toplantılara listedeki sıralamaya göre en kıdemsiz üye katılmaz. Daha sonraki aylarda ise kıdem sırasına göre toplantılara katılmayan en kıdemli üyeden başlamak suretiyle her üyenin dönüşümlü olarak görev yapması sağlanır. Bu dönüşümlü görev listesini ilişkin takvimi Bölüm Başkanı her sene başında hazırlar ve üyelere duyurur. Bölüm yeni üyenin katılması durumunda Bölüm Başkanı buna göre gerekli düzenlemeyi yeniden yapar (İçtüzük, m. 32/2).

Komisyon üyelerinden birinin toplantıya katılmaması durumunda (Komisyon üyeliklerinde eksiklik olması hâlinde) Bölüm Başkanı'nın hazırlamış olduğu liste

⁹¹⁰ Anayasa Mahkemesi, Mahkeme Teşkilat Kuruluş Şeması, <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=content&id=426> (03.06.2013).

⁹¹¹ Ibid.

gereği toplantıya katılmayan üye, Bölüme ait ilgili Komisyondaki eksik üyenin yerine görev alır (İçtüzük, m. 32/3).

Genel Kurul, Bölümlere bağlı Komisyonların ve Komisyonları oluşturan üye sayılarının değiştirilmesine her zaman karar verebilir. Böyle bir durumda Komisyonlar, İçtüzüğün 32/2 maddesinde belirtildiği şekilde yedinden oluşturulur (İçtüzük, m. 32/4).

4.1.3.1.2. Komisyonların Görevi ve Çalışma Usulü

Komisyonun işlevi esasen Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruları hukuki bir süzgeçten geçirerek, esastan incelenabilir nitelikte olmayan başvuruları sürecin dışına çıkarmak⁹¹², böylelikle Bölümlerin iş yükünü hafifletmektir. Komisyonlar, Komisyonlar raportörlerince hazırlanan kabul edilebilirlik karar taslakları ile kabul edilemezlik karar taslak ya da listelerini karara bağlarlar (İçtüzük, m. 33/1). Komisyonlar, kararlarını oy birliği ile almak zorundadırlar. Başka bir ifade ile Komisyonlar raportörlerince hazırlanan kabul edilemezlik karar taslağı komisyon tarafından oy birliği ile kabul edilirse başvurunun kabul edilemez olduğuna kesin olarak karar verilir. Oy birliğinin sağlanamadığı durumlarda başvuru Bölüm önüne gider (6216 sayılı Kanun, m. 48/3, İçtüzük, m. 33/2, m. 72/2).

Komisyonlar, Bölüm Başkanının uygun bulduğu konularda, raportörler tarafından hazırlanan karar taslaklarıyla ilgili olarak toplantı yapmadan, kідemsiz üyeden başlanarak imzalanması suretiyle de karar alabilirler. Komisyon üyelerinden birisinin konunun toplantıda görüşülmesini talep etmesi hâlinde bu usul uygulanmaz (İçtüzük, m. 72/3). Bölüm veya Komisyonlarca uygun görülmesi ve işin niteliğinin izin vermesi hâlinde elektronik oylama yapılması da mümkündür. Açık oylama yapıldığı durumlarda oylamaya kідemsiz üyeden başlanması gerekir (İçtüzük, m. 72/4).

İçtüzük, Komisyonların bazı durumlarda başvurunun kabul edilebilirlik hususunun karara bağlamadan, başvuruyu, ilgili Bölüme göndermelerini

⁹¹² Doğru, *op. cit.* s. 69.

emretmektedir. Buna göre Komisyonlar, Bölümce ilke kararının alınmasının gerektiği bazı durumlarda veya Komisyonca alınacak kararın Mahkemece verilmiş başka bir kararla çelişecek nitelikte olması durumunda, başvurunun kabul edilebilirlik hususunu karara bağlamadan, başvuruyu, ilgili Bölüme gönderirler. Buna göre, Komisyonlarca kabul edilebilirlik hususu karar bağlanmadan, başvurunun Bölüme gönderileceği durumlar şunlardır (İçtüzük, m. 33/3):

- a) Komisyonlar, önlerindeki bir başvurunun Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyıp taşımadığının, başvurucunun önemli bir zarara uğrayıp uğramadığının tespiti ve başvurunun çözümünün bir ilke kararını gerektirmesi,
- b) Alınacak kararın Mahkeme⁹¹³ tarafından verilmiş başka bir karar ile çelişebilecek nitelikte olması.

4.1.3.1.3. Komisyonlar Raportörlüğü

Anayasa Mahkemesi'nde, Kanun ve İçtüzük çerçevesinde Başkan tarafından verilen işleri yapmak üzere Genel Kurul, Bölümler, Komisyonlar ve Araştırma İctihat Birimi'nde görev yapan Başraportör, raportör ve raportör yardımcılarının olduğu; Komisyon'larda ve Bölümlerde görev yapan raportörlerin, bireysel başvuru raportörleri olarak adlandırıldıkları (İçtüzük, m. 3/1-f) daha önce belirtilmişti. Komisyonlar ve Bölümler raportörleri olarak ikiye ayrılan bireysel başvuru raportörleri; Kanun'da ve İçtüzük'te gösterilen bireysel başvuruya ilişkin görevleri yerine getirirler (İçtüzük, m. 38/4). Bireysel başvuru raportörlerinin temel görevi, bireysel başvurunun kabul edilebilirliği veya esasına ilişkin karar taslaklarını hazırlamak ve toplantılara katılmaktır⁹¹⁴ (İçtüzük, m. 38/5).

⁹¹³ Mahkeme: Genel Kurul, Bölümler ve Komisyonlar ile bunlardan oluşan Anayasa Mahkemesi'dir (İçtüzük, m. 3/1-s).

⁹¹⁴ "... (5) Bireysel başvuru raportörleri, bireysel başvurunun kabul edilebilirliği veya esasına ilişkin karar taslaklarını hazırlar, toplantılara katılırlar.

(6) Bireysel başvuru raportörleri, başraportörlerin gözetimi altında görev yaparlar. Karar taslaklarının hazırlanmasında verimliliğin sağlanabilmesi için başraportörün önerisi üzerine Başkan, Başkanvekillerinin de görüşünü alarak Bölümler raportörlerinin uzmanlık gruplarına ayrılmasına ya da raportörlerden çalışma grupları oluşturulmasına karar verir.

Bireysel başvuruların daha hızlı bir biçimde sonuçlandırılabilmesi için başraportör gözetiminde yeterli sayıda raportör, raportör yardımcısı ve personelden oluşan Komisyonlar raportörlüğü birimi oluşturulmuştur (İçtüzük, m. 34/1). Komisyonlar raportörlüğü biriminin görevleri şunlardır (İçtüzük, m. 34/2):

- a) Komisyonlar tarafından daha ayrıntılı incelemeyi gerektiren dosyaları belirlemek, dosyaları gruplandırarak veya tek tek incelemek ve kabul edilemez nitelikte olan başvuruları tespit etmek.
- b) Kabul edilebilirlik kriterlerini karşılayan başvurulara ilişkin kabul edilebilirlik karar taslaklarını, bu nitelikleri karşılamayan başvurulara ilişkin ise kabul edilemezlik karar taslaklarını ya da listelerini hazırlayıp Komisyonlara sunmak.

Komisyonlar tarafından kabul edilebilirliği hususu karara bağlanamayan başvurular ile gruplandırmalar kapsamındaki başvuruların kabul edilebilirlik karar taslakları, Komisyonlar Başraportörünün uygun görmesi hâlinde Bölümler raportörlüğünce hazırlanabilir (İçtüzük, m. 34/3). İş yükünün elvermesi veya iş verimliliğinin gerekli kılması hâllerinde, Komisyonlar Başraportörünün uygun görmesi durumunda Komisyonlar raportörlüğünce Bölümlere sunulmak üzere her türlü karar taslakları hazırlanabilir. (İçtüzük, m. 34/4). Komisyonlar önündeki başvuruların raportörler ve raportör yardımcıları arasında dağılımı, Başraportör tarafından yapılır. Raportörün görevlendirilmesinde konunun özelliği, raportörün deneyim ve uzmanlığı göz önünde tutulur. Görev dağılımının, sıraya ve işlerin raportörler ve raportör yardımcıları arasında dengeli biçimde yapılmasına özen gösterilmesi gerekir (İçtüzük, m. 34/5).

(7) Bireysel başvuru raportörleri, başvurularla ilgili dosyalara dâhil edilmesi gerekli görülen bilgi ve belgelerin ilgili kurum ve kuruluşlardan istenmesine ilişkin yazışmaları yaptırırlar. Gerekli tebligatları yaptırır ve takip ederler.

(8) Başkanın onayı ile Bölüm Başkanları tarafından bireysel başvuru raportörlerine gerektiğinde yapılması istenen görevin kapsamı ve niteliği de gösterilmek suretiyle tanık veya uzman dinleme ve benzeri görevler verilebilir” (İçtüzük, m. 38).

4.1.3.2. Kabul Edilebilirlik Koşulları

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir bireysel başvurunun, esas açısından incelenmek üzere kabul edilebilir bulunması için bazı şartları taşıması gerekir. Bu şartların neler olduğu 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında belirtilmiştir. 6216 sayılı Kanun'un birinci fıkrasına göre; "Bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için 45 ila 47 nci maddelerde öngörülen şartların taşınması gerekir". Anılan maddelerde öngörülen şartları taşımayan başvurular, kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığı gerekçesiyle Komisyonca oy birliği ile reddedilir (6216 sayılı Kanun, m. 48/3).

Kanun koyucu, başvuruların 6216 sayılı Kanun'un 45 ila 47. maddelerde öngörülen şartları taşımasının dışında başka kabul edilebilirlik şartları da öngörmüştür. Buna göre, "Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvuruçunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir" (6216 sayılı Kanun m. 48/2). Burada dikkat edilmesi gereken iki önemli husus vardır. Bunlardan birincisi, "Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıma" şartı ile "başvuruçunun önemli bir zarara uğrama" şartının birlikte gerçekleşmesi gerektiğidir⁹¹⁵. Başka bir ifade ile bireysel başvurunun kabul edilebilmesi için "başvurunun Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması açısından önem taşıması ve başvuruçunun önemli bir zarara uğraması" ya da "başvurunun temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıması" ve "başvuruçunun önemli bir zarara uğraması" şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir. "Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıma" şartı ile "başvuruçunun önemli bir zarara uğrama" şartının birlikte aranmasının isabetli bir tercih olmadığı söylenebilir. ile başvuruçunun önemli bir zarara uğramamış olsa dahi başvurunun Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının

⁹¹⁵ Doğru, *op. cit.* s. 109; Karaman, *op. cit.*, s. 267.

belirlenmesi açısından önem taşıması durumunda da başvurunun kabul edilebilir olmalıdır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun objektif işlevinin bir gereğidir. Dolayısı ile 6216 sayılı Kanun'daki “ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular” ibaresindeki “ve” bağlacının “veya” olarak değiştirilmesinin, kurumun genel mantığına daha uygun düşeceği söylenebilir. Dikkat edilmesi gereken ikinci husus ise 6216 sayılı Kanun'un 48/2 maddesinde aranan kabul edilebilirlik koşullarının olmaması otomatik olarak başvurunun kabul edilemez bulunmasına yol açmaz⁹¹⁶. Çünkü kanun koyucu, 48. maddenin ikinci fıkrasında aranan şartların bulunmaması halinde “Mahkeme, ... başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir” hükmüne yer vermektedir. Hükümdeki “verebilir” yüklemine, bir zorunluluğa işaret etmediği açıktır.

Özetlemek gerekirse kanun koyucu, bireysel başvuruların kabul edilebilmesi için aşağıdaki beş şartın var olup olmadığının aranması gerektiğine belirtmekte; bu şartlardan (a) şıkkında belirtilen şartta aranan koşullardan herhangi birinin yokluğu halinde başvuruların kabul edilemez olduğuna karar verilmesini emretmekte; diğer şıklarda belirtilen şartların yokluğu halinde Komisyona bir takdir hakkı bıraktığı görülmektedir. Ayrıca (b) veya (c) şıkkındaki şartın (d) şıkkında yer alan şartlarla birlikte gerçekleşmesi gerektiğini de tekrar hatırlatmak gerekir. Şimdi 6216 sayılı Kanunda yer alan kabul edilebilirlik şartlarına bakacak olursak, bu şartlar şunlardır (6216 sayılı Kanun, m. 48):

- a) Başvurunun 6216 sayılı kanun'un 45 ila 47. maddelerinde öngörülen şartları taşıması,
- b) Başvurunun anayasanın uygulanması ve yorumlanması açısından önem taşıması veya
- c) Başvurunun temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıması ve
- d) Başvurucunun önemli bir zarara uğraması ile
- e) Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmaması.

⁹¹⁶ *Ibid.*, s. 110.

4.1.3.2.1. Başvurunun 6216 Sayılı Kanun'un 45 ila 47. Maddelerinde Öngörülen Şartları Taşınması

6216 sayılı Kanun'un birinci fıkrasına göre; "Bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için 45 ila 47 nci maddelerde öngörülen şartların taşınması gerekir." 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinde⁹¹⁷, başvuru hakkının kapsamı (hangi temel hak veya özgürlüğün başvuru kapsamında korunduğu), başvurunun hangi kamu gücü işlem, eylem veya ihmallerine karşı yapılabileceği ve başvuru yapılmadan önce başvuru yollarının tüketilmesi gerektiğine ilişkin şartlar; 46. maddesinde⁹¹⁸, başvuru hakkına sahip olanlar ve 47. maddesinde⁹¹⁹ ise başvuru usulüne ilişkin şartlar düzenlenmiştir. 6216 sayılı Kanun'un 45 ila 47. maddelerinde öngörülen şartlar, bu tezin 2. ve 3. Bölümünün

⁹¹⁷ "(1) 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.

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

(3) 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" (6216 sayılı Kanun, m. 45).

⁹¹⁸ "(1) Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.

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

(3) Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz" (6216 sayılı Kanun, m. 46).

⁹¹⁹ (1) Bireysel başvurular, bu Kanunda ve İçtüzükte belirtilen şartlara uygun olarak doğrudan ya da mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla yapılabilir. Başvurunun diğer yollarla kabulüne ilişkin usul ve esaslar İçtüzükle düzenlenir.

(2) Bireysel başvurular harca tabidir.

(3) Başvuru dilekçesinde başvuru ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgilerinin, işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğün ve dayanılan Anayasa hükümlerinin, ihlal gerekçelerinin, başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların, başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih ile varsa uğranılan zararın belirtilmesi gerekir. Başvuru dilekçesine, dayanılan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğinin ve harcın ödendiğine dair belgenin eklenmesi şarttır.

(4) Başvurucu bir avukat tarafından temsil ediliyorsa, vekâletnamenin sunulması gerekir.

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

(6) Başvuru evrakında herhangi bir eksiklik bulunması hâlinde, Mahkeme yazı işleri tarafından eksikliğin giderilmesi için başvuru veya varsa vekiline onbeş günü geçmemek üzere bir süre verilir ve geçerli bir mazereti olmaksızın bu sürede eksikliğin tamamlanmaması durumunda başvurunun reddine karar verileceği bildirilir" (6216 sayılı Kanun, m. 47).

inceleme konularını oluşturmaktadır. 45 ila 47. maddelerde öngörülen şartlar, anılan bölümlerde ayrıntılı olarak incelendiği için gereksiz bir tekrar olmaması açısından, burada aynı konular tekrar yer verilmeyecektir. Dolayısı ile bu konularla ilgili olarak tezin anılan bölümlerine bakılması önerilmektedir. Burada sadece hatırlatma babında, kabul edilebilirlik incelemesi yapan merciin, 6216 sayılı Kanun'un 48/1 maddesi gereği arayacağı ve aynı Kanun'un 45 ila 47. maddelerindeki şartların neler olduğu belirtilecektir. Buna göre Komisyonlar, bir bireysel başvuruyu kabul edilebilirlik koşulları açısından incelerken 6216 sayılı Kanun'un 48/1 maddesi gereği, şu şartların var olup olmadığına bakacaktır:

- a) Bireysel başvuru kapsamında korunan bir hakkın ihlali iddiasının ileri sürülüp sürülmediği (6216 sayılı Kanun, m. 45/1).
- b) Başvuranın, kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamını, bireysel başvuru yapılmadan önce tüketip tüketmediği (m. 45/2).
- c) Aleyhine bireysel başvuru yapılan kamu gücü işlem, eylem ya da ihmalinin, aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilecek kamu gücü işlem, eylem ya da ihmallerinden olup olmadığı (m. 45/3)
- d) Başvurucunun, bireysel başvuru hakkına sahip olup olmadığı (m. 46),
- e) Başvuru usulüne ve başvuru süresine riayet edilip edilmediği (m. 47).

4.1.3.2.2. Başvurunun Anayasa'nın Uygulanması ve Yorumlanması Açısından Önem Taşması

6216 sayılı Kanun'un 48/2 maddesine göre; "Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması ... açısından önem taşımayan ... başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir." Bu kabul edilebilirlik şartı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun objektif işlevinin bir sonucudur⁹²⁰. Yorum, bir metnin anlamının belirlenmesidir. Anayasa'nın "yorumlanması" ise Anayasa'nın bir maddesinin, fıkrasının veya Anayasa'daki bir cümleinin yorum metodları kullanılarak anlamının

⁹²⁰ Hassemer, op. cit. s. 167.

saptanması faaliyetidir⁹²¹. Anayasa'nın yorumlanması ile Anayasa'nın bir hükmünün içerdiği genel ilkeler tespit edilir. Böylelikle kamu gücü işlem, eylem ya da ihmallerinin bu ilkeleri ihlal edip etmediği belirlenir. Anayasa'nın "uygulanması" ise yorum yolu ile ortaya çıkarılan genel ilkelerin kamu gücüne yüklediği yükümlülöklere, kamu gücünün aykırı davranıp davranmadığının belirlenmesidir⁹²².

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, Anayasa'daki bütün temel hak ve özgürlöklöler için değıl; Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlöklölerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğı protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğı iddiasıyla yapılabilir (6216 sayılı Kanun, m. 45/1). Ancak başvurunun bu hak ve özgürlöklöler için yapılmış olması, kabul edilmesi için yeterli değıldir. Başvurunun aynı zamanda, Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması açısından önem taşıması gerekmektedir⁹²³.

Bireysel başvurunun Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması açısından ilkesel bir önem taşıdığıının kabul edilebilmesi için Anayasa yorumlanmaksızın çözümlömesi mümkün olmayan, anayasa yargısınca henüz aydınlığa kavuşturulmamış ya da değışen koşullar nedeniyle yeniden yorumlanması veya aydınlığa kavuşturulması gereken bir sorunu gündeme getirmiş olması gerekir. Başvurunun karara bağlanmasında başvuranın sübjektif menfaatini aşan objektif bir menfaatin bulunması gerekir⁹²⁴. Başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesi, önüne gelen başvuru konusu ile ilgili olarak daha önceden bir karar vermemmişse veya daha önceki içtihadını gözden geçirme ve yeni bir içtihatla bulunma gereğı duymaktaysa ya da Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına rağmen genel mahkemelerin sistematik bir şekilde bu içtihadı dikkate almaması söz konusu ise Anayasa Mahkemesi, yapılan bireysel başvuruların, Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması açısından önem taşıdığıına karar verecektir⁹²⁵.

⁹²¹ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. II, op. cit.*, s. 225.

⁹²² Doğru, *op. cit.* s. 109-110.

⁹²³ Özbey, *op. cit.*, s. 351.

⁹²⁴ Hassemer, *op. cit.*, s. 167.

⁹²⁵ Karaman, *op. cit.*, s. 265.

Anayasa Mahkemesi, başvurunun Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması açısından önem taşıyıp taşımadığını belirlerken, Anayasa'nın anlamını ortaya koymaktadır. Böylelikle genel mahkemelere, Anayasa'nın anlamı konusunda bir yol göstermektedir.

4.1.3.2.3. Başvurunun Temel Hakların Kapsamının ve Sınırlarının Belirlenmesi Açısından Önem Taşması

6216 sayılı Kanun'un 48/2 maddesine göre, "Mahkeme, ... temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ... başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir." Aslında temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi Anayasa'nın yorumu ile mümkündür. Dolayısı ile temel hakların sınırlarının belirlenmesi ile Anayasa'nın uygulanması ve yorumu birbiriyle bağlantılı, iç içe geçmiş şartlardır. Bu nedenle Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması konusunun önem taşıyıp taşımadığı saptanırken başvulan yöntem, temel bir hakkın kapsamının ve sınırlarının belirlenmesinin önem taşıyıp taşımadığı saptanırken de kullanılabilir. Buna göre, bireysel başvurunun temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından ilkesel bir önem taşıdığının kabul edilebilmesi ve temel hakkın sınırlarının belirlenmesi için temel hakkı düzenleyen Anayasa hükmünün yorumlanmasının kaçınılmaz olması gerekir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi, önüne gelen başvuruda ihlal edildiği iddia edilen temel hak ve özgürlüğün kapsamı ve sınırları konusunda daha önceden bir karar vermemişse veya daha önceki içtihadını gözden geçirme ve yeni bir içtihatla bulunma gereği duymaktaysa ya da Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına rağmen genel mahkemelerin sistematik bir şekilde bu içtihadı dikkate almaması durumu söz konusu ise Anayasa Mahkemesi, yapılan bireysel başvurunun, temel hakkın kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıdığına karar verebilecektir.

Diğer yandan "temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi" ibaresinden, Anayasa Mahkemesi'nin bir temel hakkın kapsamının ve sınırlarını

önceden soyut olarak belirleyip sabitlemesi gibi bir anlam çıkarılmamalıdır⁹²⁶. Anayasa Mahkemesi, kararlarında, karara konu başvuru ekseninde, bir temel hakkın ne tür güvenceler içerdiğini gösterebilir. Ancak bu güvenceleri önceden sınırlaması söz konusu olamaz. Önüne gelen her bireysel başvuruda, bir temel hak ve özgürlüğü ihlal ettiği iddia edilen kamu gücü işleminin ağırlığına, değişen koşullara, olayın meydana geliş şekline göre hakkın içerdiği güvenceleri artırabilir⁹²⁷.

4.1.3.2.4. Başvurucunun Önemli Bir Zarara Uğraması

6216 sayılı Kanun'un 48/2 maddesine göre; “Mahkeme, ... başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı ... başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.” Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun kabul edilebilmesi için başvurucunun önemli bir zarara uğraması gerekir. Yalnız, yukarıda da (s. 316 vd.) belirtildiği üzere, başvurucunun önemli bir zarara uğramamış olması, tek başına bireysel başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmesi için yeterli değildir. Başvurunun kabul edilemez bulunabilmesi için başvurucunun önemli bir zarara uğramamış olmasının yanı sıra ya “başvurunun Anayasa’nın uygulanması ve yorumlanması açısından önem taşımaması ” ya da “başvurunun temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımaması” gerekir (6216 sayılı Kanun m. 48/2).

Bir kabul edilebilirlik şartı olarak “başvurucunun önemli bir zarara uğramış olması” koşulu, 14 Nolu Protokol⁹²⁸ ile AİHS’nin, kabul edilebilirlik koşullarını düzenleyen 35. maddesine de eklenmiştir (AİHS, m. 35/3-b). AİHS’ye bu şartın eklenmesinin amacı, Mahkeme’nin gelen başvuruları filtreleyerek, genel olarak Sözleşme veya Avrupa kamu düzeni açısından hukuki menfaat bulunan davalara odaklanmasını sağlamak, Mahkeme’nin önemsiz başvurular ile gereksiz yere zaman kaybetmesini önlemek ve iş yükünü hafifletmektir⁹²⁹. Sözleşme’ye göre, başvurucunun önemli bir zarar görmemiş olması durumunda AİHM bireysel

⁹²⁶ Doğru, *op. cit.*, s. 110.

⁹²⁷ *Ibid.*, s. 110.

⁹²⁸ 14 No’lu Protokol 13 Mayıs 2004 tarihinde Sözleşmeciler devletlerin imzasına açılmış; 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁹²⁹ Özbey, *op. cit.* s. 353.

başvuruyu kabul edilemez bulur (AİHS, m. 35/3-b). Ancak insan haklarına saygı ilkesinin başvurunun esastan incelenmesini gerektirmesi ya da davanın ulusal mahkemelerde gereği gibi incelenmemiş olması durumunda, başvuru, önemli bir zarara uğramamış olsa dahi Sözleşme, AİHM'nin kabul edilemezlik kararı veremeyeceğini belirtmektedir (AİHS, m. 35/3-b). Türk Anayasa Mahkemesi'nin de başvuruğunun öneli bir zarara uğramadığı durumlarda kabul edilemezlik kararı vermeden evvel, AİHS'de yer alan bu iki istisnai durumdan herhangi birinin var olup olmadığını araştırması ve bu konuda AİHM içtihatlarını rehber edinmesi, Türkiye'nin AİHM önünde mahkûm olmaması ve bireysel başvurunun amacına hizmet edebilmesi için gerekli görünmektedir.

Başvurucunun önemli bir zarara uğramış olması şartı, Roma hukukundaki “hakim ehemmiyetsiz meselelerle uğraşmaz (de minimis non curat preator)” ilkesinin bir yansımasıdır⁹³⁰. Fakat ne 1982 Anayasası'nda ne 6216 sayılı Kanun'da ne de AİHS'de “önemli / önemsiz zarar”ın ne olduğu konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konu, zımni olarak Mahkeme'nin içtihadına bırakılmış durumdadır. Anayasa Mahkemesi'nin de “önemsiz zarar” veya “önemli zarar” konusunda içtihat oluştururken, bu konuda AİHM'nin içtihatlarını örnek alması gerekir. Bu, AİHM içtihatlarıyla, Türkiye uygulamasındaki anlayış farkının ortadan kalması ve dolayısı ile Türkiye'nin AİHM önünde mahkûm olmaması için şarttır.

AİHM, 14 Nolu protokol ile kabul edilen “önemli bir zararın yokluğu” şeklindeki yeni kabul edilebilirlik kriterinden ne anlaşılması gerektiğini Korolev / Rusya Kararı'nda⁹³¹ ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre, bir hakkın ihlalinin uluslararası bir mahkeme tarafından incelenebilmesi için “asgari bir ağırlık eşliğini” aşması gerekmektedir. Asgari ağırlık eşliğinin ne olduğu ise her olayın kendi şartlarının toplamına göre belirlenebilecek bir konudur. Buna göre, ihlalin ağırlığı hem sübjektif olarak başvuru açısından hem de objektif olarak dava konusu bakımından incelenmelidir. Başka bir ifade ile zararın önemli olup olmadığı (asgari ağırlık eşliğini aşp aşmadığı) soyut olarak belirlenebilecek bir konu değildir. Zararın

⁹³⁰ Karaman, *op. cit.*, s. 268.

⁹³¹ Case of Korolev v. Russia, 01.07.2010, Application no. 25551/05, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116470> (04.06.2013).

önemli olup olmadığı saptanırken başvurunun maddi durumunun yanı sıra yaşadığı ülkenin ve bölgenin ekonomik şartları da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda AIHM bir kararında⁹³², 90 Euro'luk dava konusunun başvurunun hayatında önemli etkiler yaratmayacağı gerekçesi ile başvurunun önemli bir zarara uğramadığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulurken; başka bir kararında⁹³³ 50 Euro emekli maaşı alan biri için 350 Euro'luk zararın önemli olduğuna karar vermiştir.

AIHM, Giusti / İtalya Kararı'nda⁹³⁴ “asgari ağırlık eşiği” kavramının kapsamını biraz daha detaylandırmıştır. Buna göre, bir zararın, asgari ağırlık eşiğini aşıp aşmadığı tespit edilirken ihlal edildiği iddia edilen hakkın doğası, ihlale sebep olduğu iddia fiilin hakkın kullanıma etkisi ve varlığı ile söz konusu ihlalin başvurunun kişisel durumuna olası etkileri de dikkate alınmalıdır. Mahkeme, bu kriterleri göz önünde tutarak Giusti / İtalya Kararı'nda 15 yıl 6 ay süren davayı, Sözleşme'nin 6/1 maddesine aykırı bulmuş ve başvurunun uzun yargılama neticesinde önemli bir zarara uğramadığı iddialarını reddetmiştir.

Mahkeme, ayrıca zararın asgari ağırlık eşiğini aşıp aşmadığını tespit ederken, iç hukuktaki maddi değer değil, AIHM önüne getirilen başvurudan doğan zararın değerinin dikkate alınacağını belirtmektedir⁹³⁵. Dolayısı ile Anayasa Mahkemesi de önüne gelen davada, asgari ağırlık eşiğinin aşılıp aşılmadığını belirlerken başvurunun genel mahkemeler önünde ileri sürdüğü zararın miktarını değil, bireysel başvuruda öne sürdüğü zararın miktarını esas almalıdır.

4.1.3.2.5. Başvurunun Açıkça Dayanaktan Yoksun Olmaması

6216 sayılı Kanun'un 48/2 maddesinde düzenlenen kabul edilebilirlik koşullarından biri de “başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmaması” koşuludur.

⁹³² Case of Adrian Mihai Ionescu v. Romania, 01.06.2010, Application no. 36659/04, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99748> (04.06.2013).

⁹³³ Case of Giuran v. Romania, 01.06.2011, Application no. 24360/04, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-119469> (04.06.2013).

⁹³⁴ Case of Giusti v. Italy, 21.11.2011, Application no. 13175/3, Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-365> (04.06.2013).

⁹³⁵ Case of Ștefănescu v. Romania, 24.04.2011, Application no. 11774/04, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-562> (04.06.2013); Özbey, op. cit., s. 358-359.

Buna göre, “Mahkeme, ... açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir” (6216 sayılı Kanun m. 48/2). Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmaması şartı, AİHS’de de bir kabul edilebilirlik koşulu olarak düzenlenmiştir (AİHS, m. 35/3-a). Acaba bir bireysel başvuru hangi hallerde açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesi ile kabul edilemez bulunabilir? AİHM içtihatları esas alınarak doktrinde açıkça dayanaktan yoksun olmanın, aşağıdaki durumlarda söz konusu olacağı belirtilmektedir. Başka bir ifadeyle aşağıdaki durumlardan herhangi birinin varlığı halinde başvuru açıkça dayanaktan yoksun kabul edilebilecektir. Bu durumlar şunlardır⁹³⁶:

- a) Açık ve bariz bir şekilde bir temel hak ve özgürlük ihlalinin olmaması,
- b) Mahkemeden kanun yolu incelemesi yapılmasının istenmesi,
- c) Şikâyeti kanıtlayacak delillerin yokluğu,
- d) Başvurunun karmaşık olması ve zorlama iddialara dayanması.

Kabul edilebilirlik incelemesini yapan Komisyon, yukarıda belirtilen koşulların oluşup oluşmadığının tespit ederken, kaçınılmaz olarak işin esasına da girecektir⁹³⁷.

4.1.3.2.5.1. Açık ve Bariz Bir Şekilde Bir Temel Hak ve Özgürlük İhlalinin Yokluğu

Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bir bireysel başvuruda, başvuruya konu kamu gücü işlem, eylem ya da ihmali bireysel başvuru kapsamında korunan temel bir hak ve özgürlüğü ihlal ettiğine dair en ufak bir belirti yok ise Mahkeme, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar verebilir.

Açık ve bariz bir hak ve özgürlük ihlalinin yokluğu, adil yargılanma hakkı, müdahalenin meşruluğu ve esasa ilişkin gerekçeler dikkate alınarak saptanabilir. İlk olarak Mahkeme, adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği konusunda kabul edilebilirlik incelemesi yaparken; yargılamanın yetkili organlar eliyle yapıp

⁹³⁶ Doğru, *op. cit.*, s. 11-113; Özbey, *op. cit.*, s. 363-374; *Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi*, Avrupa Konseyi / Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2011, s. 68 vd. http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_TUR.pdf (05.06.2013).

⁹³⁷ Doğru, *op. cit.* s. 110.

yapılmadığına, yargılamada usul kurallarına uyulup uyulmadığına, başvurucuya genel mahkemeler önünde delillerini ve iddialarını sunma fırsatı verilip verilmediğine ve iddialarının gereği gibi dinlenip dinlenmediğine, yetkili organların objektif olarak olaya ve hukuki soruna ilişkin bütün unsurları dikkate alıp almadığına ve kararın yeterli gerekçelere dayandırılıp dayandırılmadığına bakacaktır⁹³⁸. Mahkeme sayılan koşullara uyulduğunu tespit ettiğinde, adil yargılanma hakkına müdahale olmadığına, dolayısı ile hakkın açık ve bariz bir şekilde ihlal edilmediğinin ortada olduğuna ve bu nedenle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varabilecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında⁹³⁹; “Başvuru konusu olayda başvurunun talepleri hakkında karar veren mahkemenin hukuku yorumlamasında ve delilleri takdirinde keyfilik bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun ... açıkça dayanaktan yoksun” olduğu sonucuna varmıştır.

İkinci olarak, bir temel hak ve özgürlüğe müdahalenin varlığı halinde, Mahkeme müdahalenin meşru olup olmadığına bakacaktır. Müdahalenin meşruluğu saptanırken özellikle orantılı olup olmadığına dikkat edilecektir. Eğer bir temel hak ve özgürlüğe kamu gücü tarafından bir müdahale söz konusu ise Mahkeme, müdahalenin erişilebilir ve öngörülebilir bir hukuka göre yapılıp yapılmadığı, eğer öyle ise müdahalenin AİHS ve Anayasa’da öngörülen meşru sınırlama sebeplerinden birine dayanıp dayanmadığı ve müdahalenin kanunda öngörülen meşru amaca ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekip gerekmediği (demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığı) sorularına cevap arayacaktır. Mahkeme, sırasıyla bu üç soruya olumlu cevap vermesi durumunda, müdahalenin Anayasa ve Sözleşme’ye uygun olduğu sonucuna varacaktır⁹⁴⁰. Dolayısı ile böyle bir durumda Mahkeme, açık ve bariz bir hak ihlali olmadığı için başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle, kabul edilemez olduğuna karar verebilecektir.

Yukarıdaki hususların dışında, Mahkeme’nin incelediği başvuruda Anayasa ve Sözleşme’nin ihlal edilmediği sonucuna varmasını gerektirecek aynı veya benzer

⁹³⁸ Özbey, *op. cit.*, s. 363-364.

⁹³⁹ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 26.03.2013, Başvuru No. 2012/237, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000383&content=06.06.2013.

⁹⁴⁰ *Kabul Edilebilirlik Kriterlerinin Uygulama Rehberi*, s. 71.

türden çok sayıda yerleşik içtihadının bulunması ya da başvuru konusu, daha önceden Mahkeme’ce doğrudan ele alınmamış olmakla beraber, Mahkeme’nin mevcut içtihatlarına dayanarak Anayasa ve Sözleşme’nin ihlal edilmediğinin açıkça anlaşılıyor ise başvuruda açık ve bariz bir şekilde temel hak ve özgürlük ihlali bulunmadığından dolayı Mahkeme, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna ve bu nedenle kabul edilemez olduğuna karar verebilecektir⁹⁴¹.

4.1.3.2.5.2. Mahkeme’den Kanun Yolu İncelemesi Yapılmasının İstenmesi

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru, temel hak ve özgürlüklere ikincil nitelikte koruma sağlayan özel bir hukuki yoldur. Başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesi, istinaf ya da temyiz incelemesi yapan bir üçüncü veya dördüncü derece Mahkeme değildir. Anayasa Mahkemesi’nin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır (6216 sayılı Kanun, m. 49/6). Bu husus Anayasa ve 6216 sayılı Kanunda da açıkça dile getirilmiştir. Anayasa’nın 148/4 maddesine göre; “Bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılmaz”. Yine 6216 sayılı Kanun’un 49/6 maddesine göre; “Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.” Benzer şekilde AİHM de ikincil nitelikte koruma sağlayan bir Mahkemedir. AİHS’nin 19. maddesinde ifade edildiği üzere AİHM’nin kurulmasının amacı, Yüksek Sözleşmeciler Tarafı’na yüklenen taahhütlere uyulmasını sağlamaktır. Yoksa Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlükleri ihlal etmediği sürece, AİHM’nin iç hukuk yolları tüketilirken, ulusal mercilerce yapılan maddi ve hukuki hataları ele almak gibi görevi bulunmamaktadır⁹⁴².

Anayasa Mahkemesi’nin, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapmaması, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların, kanun yolu mercileri tarafından gözetildiğine ilişkin makul kabulün bir sonucudur. Ancak Mahkeme yine de Anayasa’nın 148/4 ve 6216 sayılı Kanun’un 49/6 maddesindeki hükmü otomatik olarak uygulamamalı; genel mahkemeler ile istinaf veya temyiz

⁹⁴¹ *Ibid.*, s. 72.

⁹⁴² *Ibid.*, s. 70.

mahkemesinin kanun yolunda gözetilmesi gereken hususları gözetip gözetmediklerini incelemelidir. İnceleme sonucunda, kanun yolu mercileri kanun yolunda gözetilmesi gereken hususları gözetmişlerse, bu açıdan ortada bir sorun yoktur. Fakat kanun yolundaki merciler, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususları gözetmemişlerse ve bu gözetmeme, bireysel başvuru kapsamında korunan bir temel hak ve özgürlüğü ihlal etmiş ise o zaman ortada bir sorun var demektir. Anayasa'nın 148/4 ve 6216 sayılı Kanun'un 49/6 maddesi göz önünde tutulduğunda kural olarak Mahkeme, bireysel başvuru kapsamında korunan bir hakkın ihlal edilip edilmediğini incelemeli; kanun yolundaki mercilerin (ilk derece, istinaf veya temyiz mahkemelerinin) maddi veya hukuki hataları bu incelemede gözetilmemelidir⁹⁴³. Ancak kanun yolundaki mercilerin maddi ve hukuki hataları bireysel başvuru kapsamında korunan bir temel hak ve özgürlüğü ihlal etmiş ise o zaman ne olacaktır? İlke olarak kanun yolunda gözetilmesi gereken her husus bireysel başvurunun konusu değildir. Fakat bireysel başvuruya konu olan her husus kanun yolundaki merciler tarafından gözetilmesi gereken husustur. Aksi halde bireysel başvuruda bulunmadan önce kanun yollarının tüketilmiş olması koşulunun bir anlamı kalmaz⁹⁴⁴. Dolayısı ile belki de Anayasa Mahkemesi'nin ağır iş yükü altında ezilmesini önlemek ya da diğer yüksek mahkemelere, Anayasa Mahkeme'sinin bir temyiz mahkemesi olmadığı ve onların yetki alanlarına müdahale etmediği mesajını vermek için getirilmiş olan bu düzenlemeyi, sözcük anlamıyla birebir uygulamaktan kaçınmak gerekir. Bu hükmün bire bir uygulanması, bireysel başvuruların konusuz kalmasına sebep olabilir⁹⁴⁵.

Hangi hususların kanun yolunda gözetilmesi gerektiği konusunda, Alman Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı "Heck formülü" vardır. Türk Anayasa Mahkemesi'nin de kullanabileceği bu formüle göre; Anayasa Mahkemesi'nin bir mahkemece verilmiş bir kararı tabii ki bir temyiz mercii gibi sınırsız bir hukuki denetimden geçirmesi düşünülemez. Bu bireysel başvurunun mantığına da ters düşer. Maddi olguların tespit ve değerlendirilmesi, kanunların yorumu ve olaylara

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ Sağlam, "Anayasa Şikâyeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", *op. cit.* s. 435.

⁹⁴⁵ *Ibid.*

uygulanması kanun yolunda bu iş için görevli kılınmış olan mercilerin işidir. Anayasa Mahkemesi'nin görevi, kanun yolundaki merciin vermiş olduğu kararın bireysel başvuru kapsamında korunan bir hakka müdahale edip etmediğini tespit etmektir. Gerek medeni, gerek idari, gerekse ceza yargılamasında temyiz nedeni olarak ‐hukuka aykırılık‐ belirtilmiştir. Dolayısı ile temyiz mercilerinin inceleme konusu başka bir deyişle kanun yolunda gözetilmesi gereken husus ‐kanuna aykırılıktır.‐ O zaman kanuna aykırılığı belirlemek kanun yolunda görevli uzaman mahkemelerin işidir. Ancak kanuna aykırı yorum ve uygulamanın bir temel hak veya özgürlüğü ihlal edip etmediğini, başka bir deyişle Anayasaya aykırı olup olmadığını belirlemek ise Anayasa Mahkemesi'nin işidir⁹⁴⁶.

Yukarıdaki izahatları ve AİHM içtihatlarını dikkate alarak Anayasa Mahkemesi'nin genel bir kural olarak, aşağıdaki konularda başvuru yolundaki mercilerin (ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemelerin) tespitlerini ve vardıkları sonuçları sorgulayamayacağını kabul etmek gerekir⁹⁴⁷:

- a) Davadaki olayların kanıtlanması,
- b) Mevzuatın yorumlanması ve uygulanması,
- c) Yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi,
- d) Kişisel bir uyuşmazlığın sonucunun, esas yönünden adil olmaması,
- e) Ceza davasında sanığın suçluluğu veya masumiyeti.

Kural olarak yukarıda belirtilen hususlar, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar olduğu için Anayasa Mahkemesi'nce inceleme konusu yapılamamakla birlikte Mahkeme'nin söz konusu tespitleri ve varılan sonuçları sorgulayabileceği tek durum, söz konusu tespit ve sonuçların açıkça ve bariz bir şekilde adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan bir tarzda keyfi olması ve kendiliğinden Anayasa'yı ve dolayısı ile Sözleşme'yi ihlal etmiş olmasıdır⁹⁴⁸.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, s. 436.

⁹⁴⁷ *Kabul Edilebilirlik Kriterlerinin Uygulama Rehberi*, s. 70.

⁹⁴⁸ *Case of Sisojeva and Others v. Latvia*, 15.01.2007, Application no. 60654/00, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-79022> (06.06.2013).

Başvurucuların temyiz mercii önünde ileri sürebilecekleri “ yargılamayı yapan mahkeme yanlış karar verdi, mahkeme beni mahkûm etti ama ben suç işlemedim, deliller mahkemece yanlış değerlendirildi, kanun hükümleri mahkemelerce yanlış yorumlandı ve uygulandı, mahkemeler uygulanması gereken kanun hükümlerini dikkate almadan karar verdi, üst mahkeme kararlarında belirtilen (yerleşik) içtihatlar karar verilirken dikkate alınmadı, mahkemenin verdiği karar aleyhime sonuçlandı, karar haksız bir karardır”⁹⁴⁹ şeklindeki ifadelerin bireysel başvuruda yer almaması gerekir. Bu hususlar kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında⁹⁵⁰ başvurunun, ilk derece mahkemesince bilirkişi raporları arasındaki çelişki giderilmeksizin Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi tarafından tanzim edilen bilirkişi raporundaki kusur oranına ilişkin tespite dayanılarak tazminata hükmedilmesinin anayasal haklarının ihlaline yol açtığı, ilk derece mahkemelerince delillerin değerlendirilmesinde ve yorumlanmasında isabet olmadığına ilişkin iddiası, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu ve ilk derece mahkemesi kararlarının bariz bir şekilde keyfilik de içermediği gerekçesiyle, başvurunun “*açıkça dayanaktan yoksun olması*” nedeniyle kabul edilemez olduğu sonucuna varmıştır.

4.1.3.2.5.3. Şikâyeti Kanıtlayacak Delillerin Yokluğu

Anayasa Mahkemesi’ne yapılacak bireysel başvuruda şikâyetin kanıtlanmasına yönelik herhangi bir delil yok ise Mahkeme, delil yokluğundan dolayı başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulabilir. Başvurucu, şikâyet edilen konuya dair en azından delil başlangıcı⁹⁵¹ sunmak, bu konuda Mahkeme’de bir kanaat oluşturmak zorundadır⁹⁵². Başka bir deyişle, Mahkeme’ye olaylarla ilgili deliller sunmak suretiyle, olaylar hakkındaki iddialarını kanıtlamak ve bireysel başvuru kapsamında korunan bir hakkının ihlal edildiğini ispat etmek, başvurucuya

⁹⁴⁹ Öncü, Mehmet, “Bireysel Başvuruların AİHM Tarafından Usulden İncelenmesi ve Dördüncü Derece Türünden Şikâyetler”, *Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, (Editörler: Alpaslan Altan, Engin Yıldırım, Erdal Tercan, Hikmet Tülen ve Ali Rıza Çoban), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012, s. 400-401.

⁹⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 12.02.2013, Başvuru no. 2012/1027, op. cit., § 27, 28.

⁹⁵¹ “Delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir” (HMK, m. 202/2).

⁹⁵² Doğru, op. cit., s. 112.

düşer. Aksi takdirde Mahkeme, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin delil yokluğundan başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulabileceği özellikle iki temel durum vardır. Bunlardan biri, başvurunun bireysel başvuru kapsamında korunan temel hak ve özgürlüklerden bir veya bir kaç maddeye sadece atıfta bulunup bu maddelerin nasıl ihlal edildiğine, ilişkin bir açıklamada bulunmaması durumudur. Fakat böyle bir durumda, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddedilebilmesi için ihlal iddialarının davadaki olaylardan açıkça anlaşılamıyor olması gerekir. Diğer durum ise başvurunun iddialarını desteklemek için özellikle mahkemelerin veya diğer makamların kararları gibi belge ve delilleri sunmayı ihmal etmesi veya sunmayı reddetmesi durumudur. Ancak bu ikinci durumda da başvurunun delil sunmasını engelleyen kendisinin kontrolü dışında, örneğin cezaevi yetkililerinin cezaevi dosyasından bazı belgeleri Mahkeme'ye göndermemeleri gibi istisnai durumlar söz konusu ise başvurunun başvurusu yeterli delil sunmadığı nedeniyle açıkça dayanaktan yoksun bulunup, kabul edilemez olduğuna karar verilemez⁹⁵³. Böyle bir durumda Mahkeme'nin, başvurunun talebi üzerine veya resen başvuru ile ilgili bilgi, belge ve delilleri ilgililerden isteme yetkisinin olduğu unutulmamalıdır (6216 sayılı Kanun, m. 49/3).

4.1.3.2.5.4. Başvurunun Karmaşık Olması ve Zorlama İddialara Dayanması

Başvurucu, başvuruya konu ihlal iddialarını dayandırdığı maddi olayları, objektif olarak anlaşılması imkânsız derecede karmaşık bir şekilde anlatmış ise başvuru, Anayasa Mahkemesi'nce, açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bululacaktır. Aynı durum zorlama iddialar için de geçerlidir. Yani objektif olarak imkânsız, açıkça uydurulmuş veya açıkça sağduyuya aykırı olduğu anlaşılan olaylarla ilgili şikâyetler, açıkça dayanaktan yoksun bulunur. Bu tür durumlar, hukuk öğrenimi olmayan ortalama bir kimse için Sözleşme'ye ilişkin bir ihlal bulunmadığı görüntüsünün açık olduğu durumlardır⁹⁵⁴.

⁹⁵³ *Kabul Edilebilirlik Kriterlerinin Uygulama Rehberi*, s. 74.

⁹⁵⁴ *Ibid.*

4.1.3.3. Kabul Edilebilirlik İncelemesi ve Karar

4.1.3.3.1. Dosyanın Tekemmül Ettirilmesi

Yukarıda, bireysel başvuru raportörlerinin Komisyonlar ve Bölümler raportörleri olarak ikiye ayrıldığı (İçtüzük, m. 38/74) ve yine Komisyonlar raportörlüğünün, bireysel başvuruların daha hızlı bir biçimde sonuçlandırılabilmesi için başraportör gözetiminde yeterli sayıda raportör, raportör yardımcısı ve personelden oluşan bir birim olduğu (İçtüzük, m. 34/1) belirtilmiş idi. İşte başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinde, Komisyonlar raportörlüğüne önemli görevler düşmektedir. Bu bağlamda başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinde, Komisyon başraportörü tarafından görevlendirilen bir raportör, başvuru dosyasını kabul edilebilirlik şartları açısından inceler ve bu inceleme neticesinde; “dosyanın tekemmül ettirilmesi” ve “karara taslağının hazırlanması” gibi iki temel işlevi yerine getirir.

Raportör, başvuru dosyasını incelerken, dosyanın tekemmül ettirilmesine gerek görebilir. Raportör bu bağlamda, gerçeğin ortaya çıkması için başvurularla ilgili dosyalara dâhil edilmesi gerekli görülen bilgi ve belgelerin ilgili kurum ve kuruluşlardan istenmesine ilişkin yazışmaları ve tebligatları yaptırır ve takip ederler (İçtüzük, m. 38/7). Başkanın onayı ile Bölüm Başkanları tarafından bireysel başvuru raportörlerine gerektiğinde yapılması istenen görevin kapsamı ve niteliği de gösterilmek suretiyle tanık veya uzman dinleme ve benzeri görevler verilebilir (İçtüzük, m. 38/8). Anayasa Mahkemesi, kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesi esnasında yasama, yürütme, yargı organları, kamu idareleri, kamu görevlileri, bankalar ile diğer gerçek ve tüzel kişilerle doğrudan yazışır, bilgi ve belge ister, gerekli gördüğü her türlü belge, kayıt ve işlemi inceler, bilgi almak üzere her derece ve sınıftan kamu görevlileri ile ilgilileri çağırabilir, idare ve diğer tüzel kişilerden temsilci isteyebilir. (İçtüzük, m. 70/1). Bu kapsamında Mahkeme’ye ulaşan bilgi ve belgeler, 15 günlük süre içinde görüşlerini sunabilmeleri için başvurucuya, Adalet Bakanlığına ve varsa diğer ilgililere tebliğ edilir (İçtüzük, m. 70/2).

Bireysel başvuru dosyasının tekemmül ettirilmesine yönelik işlemler yapılırken, başvurunun kabul edilemezliğine veya düşmesine yönelik nedenler ortaya çıkabilir. Bu tür nedenlerin ortaya çıkması durumunda “başvurunun kabul edilemez olduğuna” veya “düşmesine” dair bir karar taslağı hazırlanır. Aksi halde başvurunun kabul edilebilirlik şartlarını taşıdığı ve bu nedenle Bölüm’e gönderilmesi gerektiği yönünde bir karar taslağı hazırlanır (İçtüzük, m. 34/2-b).

4.1.3.3.2. Karar Taslağının Hazırlanması

Komisyon raportörü, dosyayı tekemmül ettirildikten sonra, Komisyon’a sunmak üzere bir karar taslağı hazırlar. Raportörün hazırlayacağı ve Komisyon’ca karara bağlanacak olan karar taslağı, ya “kabul edilebilirlik karar taslakları” ya da “kabul edilemezlik karar taslak veya listeleri” şeklinde hazırlanır (İçtüzük, m. 33/1, m. 34/2-b).

Raportör, başvurunun, yukarıda “kabul edilebilirlik koşulları” başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınan 6216 sayılı Kanun’un 45, 46, 47 ve 48/2. maddelerinde yer alan kabul edilebilirlik şartlarını taşıyıp taşımadığını inceler. Diğer bir ifadeyle; raportör, başvurunun 6216 sayılı kanun’un 45 ila 47. maddelerinde öngörülen şartları taşıyıp taşımadığına, başvurunun Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyıp taşımadığına ve başvurucunun önemli bir zarara uğrayıp uğramadığına ya da başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olup olmadığına bakar (6216 sayılı Kanun, m. 48). Raportörün kabul edilebilirlik şartları yönünden incelemeyi hangi sıraya göre yapacağına dair ne 6216 sayılı Kanun’da ne de Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nde bir düzenleme yoktur. İnceleme yapılırken usul ekonomisi açısından en basit koşuldan en karmaşık olana doğru bir inceleme yapılmalıdır⁹⁵⁵. Raportör, yapacağı inceleme neticesinde; kabul edilebilirlik şartlarını taşıyan başvurular hakkında kabul edilebilirlik karar taslağı, kabul edilebilirlik şartlarından herhangi birini taşımayan başvurular hakkında ise kabul edilemezlik karar taslağı hazırlar. Eğer başvuruda birden fazla ihlal iddiası var ise raportör, başvurunun kısmen kabul edilebilir ve

⁹⁵⁵ Doğru, *op. cit.*, s. 87.

kısmen kabul edilemez olduğuna dair bir karar taslağı da hazırlayabilir. Hazırlanan bu taslak, Komisyon başraportörünün imzası ile Bölüm'e sunulur⁹⁵⁶.

İçtüzüğün, 33/3 maddesinde, ilke kararının alınması gereken bazı durumlarda, Komisyon'un kabul edilebilirlik şartları yönünden yapacağı incelemeye bir takım sınırlamalar getirmiştir. Buna göre;

“Komisyonlar, önlerindeki bir başvurunun Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyıp taşımadığının, başvurucunun önemli bir zarara uğrayıp uğramadığının tespiti ve başvurunun çözümünün bir ilke kararını gerektirmesi veya alınacak kararın Mahkeme tarafından verilmiş başka bir karar ile çelişebilecek nitelikte olması hâllerinde kabul edilebilirlik hususunu karara bağlamadan başvuruyu ilgili Bölüme gönderirler” (İçtüzük, m. 33/3).

İşte İçtüzük, m. 33/3'teki şartların varlığı halinde, raportörün, başvurunun Bölüm'e gönderilmesi yönünde bir karar taslağı hazırlaması gerekir⁹⁵⁷.

Karar taslakları İçtüzük'te belirtilen yazım usulüne uygun olarak hazırlanır (İçtüzük, m. 76/1). Burada, “İçtüzük'te belirtilen yazım usulüne uygun olmak”tan, İçtüzüğün Komisyon kararlarının şeklini belirten 77. maddesindeki şekil şartlarına uygun olmayı anlamak gerekir. Karar taslaklarının, raportörün özet görüşünü de içermesi gerekir (İçtüzük, m. 76/1). Bu şekilde hazırlanan karar taslakları, ilgili birim başraportörünün imzasıyla ilgili Komisyon'a sunulur (İçtüzük, m. 76/2).

4.1.3.3.3. Komisyon'un Kararı

Raportörün hazırladığı, karar taslağı (kabul edilebilirlik karar taslağı veya kabul edilemezlik karar taslağı) Komisyon önüne gelir. Raportörün hazırladığı taslak, Komisyon üyeleri açısından bağlayıcı değildir. Komisyon önüne gelen başvuruyu kabul edilebilirlik koşulları açısından inceleyecek ve kabul edilebilirlik veya kabul edilemezlik kararını verecektir. Eğer bir başvuruda birden fazla ihlal iddiası var ise Komisyon bazı ihlal iddiaları için kabul edilebilirlik kararı, diğer bazıları için ise kabul edilemezlik kararı verebilecektir⁹⁵⁸ ya da birden fazla başvuru olması halinde kabul edilebilirlik koşulları her başvuru için ayrı ayrı değerlendirilecek bazı başvuru sahiplerinin başvurularının kabul edilebilirliğine, diğer bazıları için ise kabul

⁹⁵⁶ *Ibid.*

⁹⁵⁷ *Ibid.*

⁹⁵⁸ *Ibid.*

edilemez olduğuna karar verebilecektir. Komisyon, kabul edilemezlik kararlarını her bir başvurucu için farklı şartların yokluğuyla da gerekçelendirebilecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin başvurucular açısından, kısmen kabul ve kısmen red yönünde kararı mevcuttur⁹⁵⁹.

Yukarıda da belirtildiği üzere, İçtüzük, Komisyon'un kabul edilebilirlik incelemesi yapma yetkisini sınırlamıştır. Aşağıdaki iki durumdan birinin söz konusu olması halinde, Komisyon'un kabul edilebilirlik konusunda bir karar vermeyip, başvuruyu bu konuda karar vermesi için Bölüm'e havale etmesi gerekmektedir (İçtüzük, m. 33/3). Bu durumlar şunlardır:

- a) Komisyonlar, önlerindeki bir başvurunun Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyıp taşımadığının, başvurunun önemli bir zarara uğrayıp uğramadığının tespiti ve başvurunun çözümünün bir ilke kararını gerektirmesi.
- b) Alınacak kararın Mahkeme tarafından verilmiş başka bir karar ile çelişebilecek nitelikte olması.

Komisyonlar, Bölüm başkanının uygun bulduğu konularda, raportörler tarafından hazırlanan karar taslaklarının toplantı yapılmasına gerek bulunmaksızın kıdemsiz üyeden başlanarak imzalanması suretiyle de karar alabilirler. Ancak Komisyon üyelerinden birisinin bu konunun toplantıda görüşülmesini talep etmesi hâlinde, anılan usul uygulanmaz (İçtüzük, m. 72/3). Bölüm veya Komisyonlarca uygun görülmesi ve işin niteliğinin elvermesi durumunda elektronik oylama

⁹⁵⁹ İki başvurunun yaptığı bir bireysel başvuruda, başvurulardan biri, ilk derece mahkemesinin verdiği kararı temyiz etmemiş ve hakkındaki kararın temyiz edilmeksizin kesinleşmesine sebep olmuş; diğer başvuru ise temyiz yoluna başvurarak olağan kanun yollarını tüketmiştir. Mahkeme bu başvuruda⁹⁵⁹; “başvuruculardan birinin kararı temyiz etmediği için birinci başvuru tarafından ihlal iddiasına konu karar için öngörülmüş olan kanun yolları tüketilmeksizin bireysel başvuruda bulunulduğu anlaşıldığından, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin ‘başvuru yollarının tüketilmemesi’ nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi” gerektiğine hükmetmiştir. Diğer başvurunun başvurusunu ise “açıkça dayanaktan yoksun” olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur. Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 12.02.2013, Başvuru no. 2012/1027, op. cit. § 23, 28.

yapılması mümkündür. Fakat açık oylama yapıldığı durumlarda, oylamaya kıdemsiz üyeden başlanır (İçtüzük, m. 72/4).

Komisyonlarda, başvurunun kabul edilebilirliği ya da edilemezliği kararları oybirliği ile alınır. Yani Komisyon’da bir başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilebilmesi için Komisyon’u oluşturan iki üyenin de olumsuz yönde oy kullanması gerekir. Oybirliğinin sağlanamadığı durumlarda ise karar vermek üzere başvuru, Bölüme havale edilir (İçtüzük, m. 33/2, m. 72/2). Böyle bir durumda Bölüm, öncelikle başvurunun kabul edilebilirliği konusunda bir karar alır. Bölümce, hakkında kabul edilebilirlik kararı verilen dosyanın esastan incelemesine geçilir.

Komisyonlarca verilen kararlarda yer alması gereken hususlar ise İçtüzüğün 76. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre Komisyon’larca verilecek kararlarda sayfa üst bilgisi olarak; Anayasa Mahkemesi’nin amblemi, “Anayasa Mahkemesi” ibaresi ve kararı veren Bölümün ilgili Komisyonu yer alır (İçtüzük, m. 76/1-a). Karar metninde ise başvuru numarası, karar tarihi, Komisyon başkanı ve üyeler ile raportörün adları, tarafların ve varsa temsilcilerinin adları, Mahkeme önünde izlenen usulün anlatımı, davaya konu olgular, tarafların iddia ve savunmalarının özeti, kararın gerekçesi, hüküm fıkrası ve yargılama masrafları belirtilir (İçtüzük, m. 76/1-b). Ayrıca kararlara sayfa ve paragraf numaraları eklenir (İçtüzük, m. 76/2).

6216 sayılı Kanun’un, 48/4 maddesinde; “Kabul edilemezlik kararları kesindir ve ilgililere tebliğ edilir” hükmü yer almaktadır. Bu hükümden açıkça anlaşıldığı üzere, Komisyonların kabul edilemezlik kararları kesindir. Buna karşın Komisyon’ca başvurunun kabul edilebilir olduğuna dair kararlar ise kesin olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sonuca hem 6216 sayılı Kanun’un 48/4 maddesindeki hükmün aksinden hem de Komisyon’ca kabul edilebilir olduğuna karar verilen başvuruların Bölümlerce de kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenip aksi yönde karar verilebileceğini belirten İçtüzüğün 28/2 maddesindeki hükümden varılmaktadır.

4.1.4. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruların Esas Açısından İncelenmesi

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruların esas bakımından incelenmesine ilişkin hususlar, 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede düzenlenmeyen esas hakkındaki incelemenin usul ve esasları ile ilgili diğer hususların ise İçtüzük'le düzenleneceği belirtilmiştir (6216 sayılı Kanun, m. 49/8).

4.1.4.1. Esas Bakımından İncelemeyi Yapacak Mercii: Bölüm

Anayasa'da, Anayasa Mahkemesi'nin iki Bölüm ve Genel Kurul halinde çalışacağı (Any., m. 149/1); bireysel başvuruların ise Bölümlerce karara bağlanacağı belirtilmiştir (Any. m. 149/2). Anayasa'nın bu hükmü doğrultusunda, 6216 sayılı Kanun'un 49/1 maddesinde; "Kabul edilebilirliğine karar verilen bireysel başvuruların esas incelemesi bölümler tarafından yapılır" hükmüne yer verilmiştir. 6216 sayılı Kanun'un 2/1 maddesinin 4 bendinde ise Kanun'da geçen Bölüm teriminin; "Bir başkanvekilinin başkanlığında yedi üyeden oluşan ve ilgili başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanıp bireysel başvurular hakkında karar verme yetkisine sahip olan kurulu" ifade ettiği belirtilmiştir. Kanun'un 22/2 maddesinde de Bölümlerin oluşumu ve iş bölümü ile ilgili hususların İçtüzük ile düzenleneceği belirtilmiştir. Kanun'un bu hükmü doğrultusunda İçtüzüğün 27 vd. maddelerinde Bölüm'lerin oluşumu, görevleri ve çalışma usul ve esasları düzenlenmiştir.

4.1.4.1.1. Bölüm'lerin Oluşumu

Anayasa Mahkemesi bünyesinde, bireysel başvuruları karara bağlamak üzere bir başkanvekili başkanlığında yedişer üyesi olan iki bölüm bulunur (6216 sayılı Kanun, m. 22/1; İçtüzük, m. 27/1). Yani bir Bölüm, başkanvekili artı yedi üyeden oluşur. Bölüm başkanı, Anayasa Mahkemesi başkanvekilidir. Genel Kurul tarafından Anayasa Mahkemesi üyeleri arasından 4 (dört) yıllığına seçilen başkanvekilinin görevleri, İçtüzüğün 11. maddesinde sayılmıştır⁹⁶⁰. Anayasa Mahkemesi başkanı

⁹⁶⁰ "(1) Başkanvekillerinin görev ve yetkileri şunlardır:

Bölüm'lere üye veya başkan olamaz (İçtüzük, m. 27/1). Bölümlerde görev alacak Başkanvekilleri dışındaki üyelere hangi üyenin hangi Bölüm'de görev yapacağı, üyelerin geliş kaynakları ve Bölümler arasında dengeli dağılım esasları gözetilerek Başkan tarafından belirlenir (İçtüzük, m. 27/2). Üyelerin Bölüm değişikliğine, ilgili üyenin talebi ya da Başkanvekilllerinden birinin önerisi üzerine, Başkan⁹⁶¹ tarafından karar verilebilir. (İçtüzük, m. 27/2).

4.1.4.1.2. Bölüm'lerin Görevleri ve Çalışma Usulü

Anayasa'nın 149/2 maddesinde belirtildiği üzere Bölüm'lerin görevi, bireysel başvuruları karara bağlamaktır. Anayasa'nın bu hükmü doğrultusunda Bölüm'lerin görevleri 6216 sayılı Kanun'un 28/1 maddesinde şu şekilde sayılmıştır:

- a) Komisyonlar tarafından kabul edilebilir bulunan başvuruların esas incelemesini yapmak.
- b) Komisyonlarca kabul edilebilirliği karara bağlanamamış başvuruların gerekli görüldüğü takdirde kabul edilebilirlik ve esas incelemesini birlikte yapmak.

Komisyon'ca kabul edilebilir bulunup Bölüm önüne gelen başvurular ile ilgili olarak, Bölüm'ler, önüne gelen başvurunun kabul edilebilirliğe ilişkin bir engelin olup olmadığına bakarlar. Böyle bir engelin varlığını tespit etmeleri ya da bu durumun sonradan ortaya çıkması hâlinde, incelemenin her aşamasında başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verebilirler (İçtüzük, m. 28/2).

-
- a) Başkanın gerekli gördüğü hâllerde Genel Kurul ya da Yüce Divana başkanlık etmek.
 - b) Üyesi olduğu Bölümün oturumlarına başkanlık etmek ve Bölümün işlerini yönetmek.
 - c) Başkanı oldukları Bölümün gündemini, Genel Kurulun çalışmasını aksatmayacak şekilde belirlemek.
 - ç) Bölümün duruşmalarına başkanlık etmek.
 - d) Bölüm üyelerinin görev yapacakları Komisyonları belirlemek.
 - e) Bölüm üyelerinin, Komisyonlarda dönüşümlü olarak görev yapmalarını sağlamak, bu amaçla listeleri hazırlar
 - f) Komisyonların verimli ve düzenli çalışmasını sağlamak ve bu amaçla uygun göreceği tedbirleri almak.
 - g) Komisyonların kararları arasında içtihat uyumsuzluğunun olduğu ya da oluşacağı kanaatine varıldığı hâllerde, Bölümün bu konuyu görüşmek üzere toplantıya çağırarak.
 - ğ) İş yükünün Komisyonlar arasında dengeli bir şekilde dağılımı için gerekli önlemleri almak
 - h) Kanun ve İçtüzükte verilen görevler ile Başkan tarafından tevdi edilen sair işleri yapmak" (İçtüzük, m. 11)..

⁹⁶¹ Başkan: Anayasa Mahkemesi Başkanı (6216 sayılı Kanun, m. 2/1-a).

Bölümlerden birinin görülmekte olan bir başvuruya ilişkin vereceği karar, Mahkeme'nin önceden vermiş olduğu bir kararla çelişecek ise ilgili Bölüm, başvuruyu karara bağlamadan önce bu hususu Genel Kurul önüne götürebilir (İçtüzük, m. 28/3).

Yukarıda belirtildiği üzere başkanvekilinin başkanlığında yedi üyeden oluşan (6216 sayılı Kanun m. 22/1; İçtüzük, m. 27/1) . Bölümler, Başkanvekilinin başkanlığında dört üyenin katılımı ile toplanır (Any., m. 149/1; 6216 sayılı Kanun, m. 22/1; İçtüzük, m. 29/1) Yani Bölüm toplantıları toplam beş kişi ile yapılır. Kararlar ise toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınır. (Any., 149/1, 6216 sayılı Kanun, m. 65/1). Oyların eşitliği hâlinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur (6216 sayılı Kanun, m. 65/1). Başkanvekilinin bulunmadığı durumlarda, Bölüme en kıdemli üye başkanlık eder (İçtüzük, m. 11/2, m. 29/1).

Bölümlerdeki heyetlerin oluşturulması amacıyla, Başkanvekilinin dışındaki Bölüm üyeleri kıdem sırasına göre listelenir. İlk ayki toplantılar, listedeki sıralamaya göre ilk dört üye ve Başkanvekilinden oluşan beş kişilik heyet tarafından yapılır. Takip eden aylardaki toplantılarda ise kıdem sırasına göre, toplantılara katılmayan en kıdemli üyeden başlamak suretiyle, her üyenin dönüşümlü olarak görev yapması sağlanır. Bölüm Başkanı bu dönüşüme ilişkin takvimi gösteren listeyi her sene başında hazırlar ve üyelere duyurur. Bölüme yeni üyenin katılması durumunda ise buna göre gerekli düzenlemeyi yapar ve durumu üyelere duyurur (İçtüzük, m. 29/2).

Bölüm'de, toplantı yeter sayısı sağlanamadığı takdirde, Bölüm Başkanı, Bölüm içinden kıdem sırasına göre üyeleri toplantıya katılmakla görevlendirir. Bunun çeşitli nedenlerle mümkün olmaması hâlinde, Bölüm başkanının önerisi üzerine, Anayasa Mahkemesi Başkanı, diğer Bölümden toplantılara katılmayan üyeleri kıdem sırasına göre toplantıya katılmakla görevlendirir (İçtüzük, m. 29/3).

Bölüm'ün toplantı takvimi, Genel Kurul çalışmalarını aksatmayacak şekilde Mahkeme Başkanının görüşünün alınması suretiyle ilgili Bölüm'ün başkanı tarafından belirlenir ve duyurulur. (İçtüzük, m. 29/4). Bölüm'ün toplantı gündemini

ise kural olarak Bölüm başkanı belirler. Ancak gerektiğinde belli işlerin gündeme alınmasına Bölüm de karar verebilir.

Bölüm'e sunulan karar taslakları ise sunuldukları tarihten itibaren 15 gün geçtikten sonra gündeme alınır (İçtüzük, m. 29/5). Gündeme alınan başvuru dosyaları Bölüm toplantılarında görüşülür. Toplantıda, başvuru dosyası, gündem sırasına göre Bölüm raportörü tarafından ayrıntılı biçimde toplantıya katılanlara anlatılır (İçtüzük, m. 30/1). Bölüm başkanı, toplantıda sunulan başvuru dosyasıyla ilgili söz isteyen üyelere istem sırasına göre görüşlerini açıklamaları için söz verir (İçtüzük, m. 30/2). Bölüm başkanının söz hakkı isteyen üyelere söz vermeme gibi bir yetkisi yoktur. İçtüzüğün bu konudaki, hükmü emredici niteliktedir. Bu şekilde yapılan müzakerelerin tamamlanmasından sonra kıdemsiz üyeden başlamak üzere oylama yapılarak başvuru dosyası hakkında karar verilir ve bu durum Başkan tarafından bir tutanakla tespit edilir (İçtüzük, m. 30/2). Yukarıda belirtildiği üzere kararlar, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınır. (Any., 149/1; 6216 sayılı Kanun, m. 65/1; İçtüzük, m. 72/1). Bölümce uygun görülmesi ve işin niteliğinin izin vermesi hâlinde elektronik oylama yapılması da mümkündür. Açık oylama yapıldığı durumlarda oylamaya kıdemsiz üyeden başlanır (İçtüzük, m. 72/4).

Oylama sonucunda bir karar taslağı hazırlanır. Daha sonra oylama sonucuna göre, hazırlanan karar taslağının incelenmesine geçilir. Bölüm başkanı, üyelere varsa sayfa ve paragraf numarası belirterek yapılmasını istedikleri değişiklik önerilerini bildirmelerini ister. Üyelerden gelen öneriler doğrudan taslağa işlenmez; bu öneriler öncelikle heyet tarafından oylanır. Önerilerin karar taslağına işlenip işlenmeyeceği bu oylama sonucuna göre belirlenir. Heyet tarafından alınan karar doğrultusunda kabul edilen metin, gerekli tashih işlemleri yapılmak üzere başraportöre gönderilir. Burada düzeltmelerin yapılmasının ardından karar, heyetin imzasına sunulur. (İçtüzük, m. 30/3).

4.1.4.1.3. Bölümler Raportörlüğü

Anayasa Mahkemesi'nde, Kanun ve İçtüzük çerçevesinde Başkan tarafından verilen işleri yapmak üzere Genel Kurul, Bölümler, Komisyonlar ve Araştırma İhtihat Birimri'nde görev yapan Başraportör, raportör ve raportör yardımcılarının

olduğu; Komisyonlarda ve Bölümlerde görev yapan raportörlerin, bireysel başvuru raportörleri olarak adlandırıldıkları (İçtüzük, m. 3/1-f) daha önce belirtilmişti. Komisyonlar ve Bölümler raportörleri olarak ikiye ayrılan bireysel başvuru raportörleri; Kanun'da ve İçtüzük'te gösterilen bireysel başvuruya ilişkin görevleri yerine getirirler (İçtüzük, m. 38/4). Bireysel başvuru raportörlerinin temel görevi, bireysel başvurunun kabul edilebilirliği veya esasına ilişkin karar taslaklarını hazırlamak ve toplantılara katılmaktır⁹⁶² (İçtüzük, m. 38/5).

Bireysel başvuruların daha hızlı bir biçimde sonuçlandırılması amacıyla başraportörün gözetiminde, yeterli sayıda raportör, raportör yardımcısı ve personelden oluşan Bölümler raportörlüğü birimi oluşturulur (İçtüzük, m. 31/1). Bölümlerin her birinde oluşturulan Bölümler raportörleri, bir raportörün eşgüdümünde uzmanlık alanlarına göre çalışma gruplarına ayrılabilirler (İçtüzük, m. 31/2). Bu şekilde oluşturulan Bölüm'ler raportörlüğü birimi aşağıdaki görevleri yerine getirirler (İçtüzük, m. 31/3):

- a) Komisyonlar tarafından kabul edilebilirliğine karar verilen başvuruları gruplandırarak veya tek tek incelemek ve esasına ilişkin karar taslaklarını hazırlamak ve Bölüm'lere sunmak.
- b) Komisyon'lar başraportörünün uygun görmesi hâlinde, kabul edilebilirliğe ilişkin karar taslaklarını hazırlayıp Bölümlere sunmak.

Kabul edilebilirliğin esastan yapılacak bir incelemeye bağlı olması ya da başvurunun niteliğinin gerektirmesi hâllerinde kabul edilebilirlik ve esasa dair karar

⁹⁶² "... (5) Bireysel başvuru raportörleri, bireysel başvurunun kabul edilebilirliği veya esasına ilişkin karar taslaklarını hazırlar, toplantılara katılırlar.

(6) Bireysel başvuru raportörleri, başraportörlerin gözetimi altında görev yaparlar. Karar taslaklarının hazırlanmasında verimliliğin sağlanabilmesi için başraportörün önerisi üzerine Başkan, Başkanvekillerinin de görüşünü alarak Bölümler raportörlerinin uzmanlık gruplarına ayrılmasına ya da raportörlerden çalışma grupları oluşturulmasına karar verir.

(7) Bireysel başvuru raportörleri, başvurularla ilgili dosyalara dâhil edilmesi gerekli görülen bilgi ve belgelerin ilgili kurum ve kuruluşlardan istenmesine ilişkin yazışmaları yaptırırlar. Gerekli tebligatları yaptırır ve takip ederler.

(8) Başkanın onayı ile Bölüm Başkanları tarafından bireysel başvuru raportörlerine gerektiğinde yapılması istenen görevin kapsamı ve niteliği de gösterilmek suretiyle tanık veya uzman dinleme ve benzeri görevler verilebilir" (İçtüzük, m. 38).

taslakları birlikte hazırlanabilir. Bölümler raportörlerince bu şekilde hazırlanan karar taslakları, görüşülmek üzere Bölümlere sunulur (İçtüzük, m. 31/4).

Bölümler önündeki başvuruların Bölüm raportörleri ve raportör yardımcıları arasında dağılımı, başraportör tarafından yapılır. Başraportör bu dağılımı yaparken, konunun özelliği, raportörün deneyim ve uzmanlığı göz önünde tutar; sıraya ve işlerin raportörler ve raportör yardımcıları arasında dengeli biçimde yapılmasına özen gösterir (İçtüzük, m. 31/5) .

4.1.4.2. Esas Açısından Yapılacak İncelemede İzlenecek Usul

Bölümler, bireysel başvuruları incelerken öncelikle 6216 sayılı Kanun ve İçtüzükte yer alan kurallara uymak zorundadırlar. Başvuruların incelenmesinde ve kararların infazında, bunlarda hüküm bulunmaması hallerinde, 6216 sayılı Kanun'un 49/7⁹⁶³ ve İçtüzüğün 84/1⁹⁶⁴ maddesi gereği, ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır.

4.1.4.2.1. Dosyanın Tekemmül Ettirilmesi: Bilgi, Belge, Delil Toplama, Tanık, Bilirkişi Dinleme ve Keşif

Bireysel başvuru hakkında bir karar taslağı hazırlanabilmesi için başvuru dosyasının tekemmül ettirilmesi yani temel bir hak ve özgürlüğün ihlal edilip edilmediğinin tespiti yönünde her türlü inceleme ve araştırmanın yapılması gerekir. Bu inceleme ve araştırma çerçevesinde bilgi, belge ve delil toplanabilir; tanık ve bilirkişi dinlenebilir; gerekiyorsa keşif yapılabilir.

Komisyonlar gibi Bölümler de bireysel başvuruları incelerken, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine yönelik her türlü araştırma ve incelemeyi yapabilir. Başvuruyla ilgili gerekli görülen bilgi, belge ve deliller ilgililerden isteyebilirler (6216 sayılı Kanun, m. 49/3). Bu bağlamda yasama, yürütme, yargı organları, kamu

⁹⁶³ “Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır” (6216 sayılı Kanun, m. 49/7).

⁹⁶⁴ Bireysel başvuruların incelenmesinde, kararların infazında Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır (İçtüzük, m. 84/1).

idareleri, kamu görevlileri, bankalar ile diğer gerçek ve tüzel kişilerle doğrudan yazışır, bilgi ve belge ister, gerekli gördüğü her türlü belge, kayıt ve işlemi inceler, bilgi almak üzere her derece ve sınıftan kamu görevlileri ile ilgilileri çağırabilir, idare ve diğer tüzel kişilerden temsilci isteyebilir. (İçtüzük, m. 70/1). Bu kapsamında Mahkeme'ye ulaşan bilgi ve belgeler, 15 günlük süre içinde görüşlerini sunabilmeleri için başvurucuya, Adalet Bakanlığına ve varsa diğer ilgililere tebliğ edilir (İçtüzük, m. 70/2). Mahkeme, başvurucunun ya da kamu gücünün, istenen bilgi ya da belgeyi sunmaktan kaçındığı ya da bir delili gizlediği yahut her ne suretle olursa olsun davet edildiği hâlde yargılamaya etkili bir şekilde katılmadığı kanaatine varırsa, bu durumdan gerekli sonuçları çıkararak kararını verir. (İçtüzük, m. 70/3).

Anayasa Mahkemesi Başkan'ının onayı ile Bölüm başkanları, bireysel başvuru raportörlerine, gerektiğinde yapılması istenen görevin kapsamı ve niteliği de gösterilmek suretiyle tanık veya uzman dinleme ve benzeri görevler verilebilir (İçtüzük, m. 38/8). Bu yetki kapsamında bireysel başvuru raportörleri, tanık ve uzman dinleyebilirler. Buradaki uzman teriminden, bilirkişi veya mütalaaları ile Mahkeme'ye hukuki konuda yardımcı olabilecek kişi veya kuruluşları anlamak gerekir. Uzman dinlenebileceğine göre, uzmanın görüşlerinin yazılı olarak alınabileceğini de kabul etmek gerekir⁹⁶⁵. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruların incelenmesi esnasında tanık veya uzman/bilirkişi dinlemenin yanı sıra, keşif yapılmasına da karar verebilir. Duruşma, tanık dinlenilmesi veya keşif esnasında yapılanlar hariç, başvurulara ilişkin bilgi, belge ve diğer her türlü talebin yazılı olarak yapılması gerekir. Aksi halde bu usule uyulmaksızın yapılan talepler dikkate alınmaz (İçtüzük, m. 69/3).

AIHM, yargılamasında da Mahkeme, tanık, bilirkişi dinlenebilmekte, keşif yapmakta ve taraflardan birinin veya üçüncü bir tarafın talebi üzerine veya kendiliğinden, davanın maddi olaylarına açıklık getirmesini sağlayabileceğini düşündüğü delilleri toplayabilmektedir (AIHM İçtüzüğü, m. 42) Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruyu incelerken tanık, bilirkişi dinlemesi, keşif yapması, bir temel hak ve özgürlük ihlali olup olmadığının tespitine yardımcı olacak yetkiler olmakla beraber, bu yetkilerin sürekli kullanılması Mahkeme'nin ağır bir iş

⁹⁶⁵ Doğru, *op. cit.*, s. 88.

yükü altına girmesine sebep olabilir. Dolayısı ile temyiz mercilerine bile tanınmayan bu tür yetkilerin, Mahkeme'nin iş yükü altında ezilmemesi için fazla kullanılmaması; Mahkeme'nin ikincil nitelikte olağanüstü bir hukuki yol olduğunun unutulmaması gerekir⁹⁶⁶. Örneğin Almanya'da Anayasa Mahkemesi delil toplama yetkisine sahip olmakla beraber, bu konudaki yetkisini oldukça isteksiz kullanmaktadır⁹⁶⁷.

4.1.4.2.2. Dosya Üzerinden İnceleme veya Duruşma Yapılması

6216 sayılı Kanun'un, "esas hakkındaki inceleme başlığını" 49/3 maddesine göre; Mahkeme, incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebilir." Yani bireysel başvuruların incelenmesinde kural, başvurunun dosya üzerinden incelenmesi; istisna, Mahkeme'nin gerekli görmesi halinde duruşma yapılmasıdır. Bu kural, esas hakkındaki incelemeyi yapan Bölümler için geçerli olup; kabul edilebilirlik incelemesini yapan Komisyonlar için geçerli değildir. Başka bir ifadeyle Komisyonlar kabul edilebilirlik incelemesi sonunda vereceği kararları dosya üzerinden vermek zorunda iken; Bölümler, gerek görülmesi halinde duruşma yapabilirler.

Bölümler duruşma yapılmasına resen karar verebileceği gibi başvuru veya Adalet Bakanlığı'nın talebi üzerine de verebilirler. Bölümler başvuru veya Adalet Bakanlığı'nın talebiyle bağlı olmayıp bu konuda bir takdir yetkisine sahiptirler. Başka bir ifade ile başvuru veya Adalet Bakanlığı'nın talebi üzerine Bölümler illa duruşma yapılmasına karar vermek zorunda olmayıp ancak gerek görülmesi halinde duruşma yapılmasına karar verebilirler (İçtüzük, m. 74/1). Duruşma yapılmasına karar verilmesi hâlinde, duruşmanın yeri, günü ve saati ilgililere bildirilecektir (İçtüzük, m. 74/2). Buradaki ilgililerden, başvuru ve Adalet Bakanlığı'nı anlamak gerekir. Duruşma esnasında, duruşma tutanağı düzenlenir. Tutanak örnekleri, talepleri hâlinde başvuru ve Adalet Bakanlığı ile varsa diğer ilgililere verilir (İçtüzük, m. 74/3). İçtüzüğün 74. maddesi ile Adalet Bakanlığı'na duruşma talep etme hakkının tanınması ve duruşma yapılması durumunda, duruşma tutanaklarının

⁹⁶⁶ Özbey, *op. cit.*, s. 386.

⁹⁶⁷ *Ibid.*

Adalet Bakanlığı'na verilmesi, Adalet Bakanlığı'nı davalı taraf pozisyonuna soktuğu söylenebilir⁹⁶⁸.

Anayasa Mahkemesi'nde yapılan bireysel başvuru yargılamasında, AİHS'nin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkı ihlal edilmemelidir. Duruşma yapılması adil yargılanma hakkı kapsamında bir hak olmasına rağmen, AİHM içtihatlarına göre bu hak mutlak nitelikte değildir. İlk derece mahkemesi önünde bir duruşma yapılmış olması veya kişinin bu hakkından feragat etmiş olması ya da olayın özelliklerinin duruşma yapılmasını gerektirmemesi durumunda temyiz mercii incelemesinde duruşma yapılmayabilir⁹⁶⁹. Anayasa Mahkemesi önüne gelen bireysel başvurular, daha önceki ilk derece, istinaf veya temyiz aşamalarında duruşma yapılmış olması durumunda veya olayın özelliklerinin duruşma yapılmasını gerektirmemesi halinde, bireysel başvuruları duruşma yapmaksızın dosya üzerinden incelemesi, AİHS'ye aykırı olmayacaktır⁹⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin duruşma yapılmasına gerek görmesi durumunda, yeterli sebep göstermeksizin başvurucunun veya Adalet Bakanlığı temsilcisinin duruşmaya gelmemesi halinde, Bölüm, duruşmaya devam etmenin adaletin gereği gibi dağıtılmasıyla bağdaşabileceğine ikna olduğu takdirde, duruşmaya devam edebileceğini AİHM İçtüzüğündeki hükümleri kıyas yoluyla uygulayarak kabul etmek gerekir (AİHM İçtüzüğü, m. 64/1). Anayasa Mahkemesi, duruşma yapılmasına karar verirse istisnai durumlarda⁹⁷¹ aksi Bölüm'ce kararlaştırılmadıkça, duruşmanın ve dosyadaki belgelerin kamuya açık olması gerekir (AİHS, m. 40).

AİHM, yargılamasında da gerek görülmesi halinde duruşma yapılabilmektedir (AİHM İçtüzüğü, m. 54/4⁹⁷²). Anayasa Mahkemesi'ne (Bölümlere) gerek gördüğü durumlarda resen veya başvuru ya da Adalet Bakanlığı'nın talebi

⁹⁶⁸ Özbey, *op. cit.*, s. 388.

⁹⁶⁹ Case of Dörry v. Sweden, 12.11.2002, Application no. 28394, § 37, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60737> (11.06.2013)

⁹⁷⁰ *Ibid.*s. 389.

⁹⁷¹ “Duruşmayı izleyenler ve basın mensupları, çocuk ve gençlerin menfaatlerini veya tarafların özel yaşamlarını korumanın gerektirmesi halinde, veya adaletin zarar göreceği özel hallerde Dairenin kesinlikle gerekli olduğuna inandığı ölçüde, demokratik bir toplumdaki genel ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik amacıyla bir duruşmanın tamamından veya bir kısmından çıkarılabilir” (AİHM, İçtüzüğü, m. 33/2).

⁹⁷² “Daire kabul edilebilirlik kararı vermeden önce, tarafların talebi üzerine veya kendi isteği ile bir duruşma yapmaya karar verebilir” (AİHM İçtüzüğü, m. 54/4).

üzerine bir temel hak ihlali olup olmadığı gerçeğinin ortaya çıkması için böyle bir yetki verilmiş olması önemli olmakla beraber, Mahkeme'nin yoğun iş yükü altında ezilmemesi ve başvuru dosyalarının bir an önce karara bağlanması için bu yetkisini çok zorunlu olmadıkça kullanmaktan imtina etmesi gerektiği söylenebilir.

AIHM yargılamasında, müzakerelere sadece yargıçlar katılmakta ve müzakereler kapalı yapılmaktadır (AIHM İç Tüzüğü, m. 22). Anayasa Mahkemesi'nin müzakereleri de gizli olup Başkanın uygun göreceği teknik araçlarla kayda alınır. Bu kayıtların muhafazası ve kullanımına ilişkin esaslar yönetmelikle düzenlenir (İçtüzük, m. 54/5).

4.1.4.2.3. Adalet Bakanlığı'na Bildirim

6216 sayılı Kanun'un 49/2 maddesine göre; “Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilir. Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hâllerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir.” 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin gerekçesinde bu maddede (49/2) öngörülen Adalet Bakanlığı'na yapılan bildirimin amacının bireysel başvurularda kamu adına yapılması gereken savunmaların Adalet Bakanlığınca koordine edilmesini sağlamak olduğu belirtilmektedir. Keza benzer şekilde İçtüzüğün 37/4 maddesinde, Bölümler başraportörünün, kabul edilebilirlik kararı verilen başvurulara ilişkin görüşünün alınması için Bölüm başkanı adına, Adalet Bakanlığı'na bildirimde bulunacağı belirtilmiştir.

İçtüzüğün “Adalet Bakanlığı'na Bildirim” başlıklı 71. maddesine göre, bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi durumunda, başvurunun bir örneği, bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilir. Bunun üzerine Adalet Bakanlığı lüzum görürse görüşünü yazılı olarak Mahkeme'ye bildirir (İçtüzük, m. 71/1). İçtüzük'te, Adalet Bakanlığı'na, başvuruya ilişkin görüşünü bildirmesi için otuz günlük süre tanınmıştır (İçtüzük, m. 71/2). Adalet Bakanlığı'ndan talep gelmesi hâlinde, Mahkemece bu süre otuz gün daha uzatılabilir (İçtüzük, m. 71/2). Adalet Bakanlığınca bir görüş bildirilmesi (cevap verilmesi) durumunda, Adalet Bakanlığının görüşü başvurucuya tebliğ edilir. Adalet Bakanlığının görüşünün başvurucuya tebliğ edilmesi durumunda, başvurucunun da varsa karşı beyanlarını,

tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Mahkeme'ye sunması gerekir (İçtüzük, m. 71/3). Başvurunun Adalet Bakanlığına bildiriminden itibaren belirtilen sürelerde (30 gün veya talep edilmesi ve Mahkemece kabul edilmesi durumunda artı 30 gün daha) cevap verilmediği takdirde, Mahkeme dosyadaki bilgi ve belgelere göre kararını verir (İçtüzük, m. 71/2).

6216 sayılı Kanun'un 50/3 maddesinde ise Bölüm'lerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edileceği ve Mahkeme'nin internet sayfasında yayımlanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazete'de yayımlanacağına ilişkin hususların ise İçtüzük'te gösterileceği belirtilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda İçtüzük'te, Bölüm Başkanının tespit ettiği, Bölüm tarafından verilen pilot karar niteliğinde ya da içtihadın ortaya konulması açısından ilkesel önemi haiz kararların Resmî Gazete'de yayımlanacağı belirtilmiştir (İçtüzük, m. 81/5).

Kanun esasen bireysel başvuruları bir çekişmeli yargı olarak kabul etmemiştir⁹⁷³. Bunun anlamı, başvurucunun karşısında bir davalının olmaması, iddia ve savunmaların karşılıklı tebliğ edilme zorunluluğunun bulunmamasıdır. Ancak daha önce de belirtildiği üzere Adalet Bakanlığı'nın görüş bildirmesi, bu görüşün başvurucuya tebliği ve başvurucunun da varsa beyanlarını bildirmesi durumunda, bireysel başvurunun incelenmesinin bu yönüyle çekişmeli yargı haline gelmesine sebep olacaktır⁹⁷⁴.

Doktrinde, davalı olmayan birinin, Anayasa Mahkemesi tarafından bilgilendirilmesinin, çelişkili bir durum olduğu, Adalet Bakanlığı'na verilen bu yetkinin Bakanlığın Mahkeme'yi etkilemesine imkan verdiğini ve bu durumun "silahların eşitliği" ilkesini zedelediği belirtilmektedir⁹⁷⁵. Ayrıca Kanun tasarısının alt Komisyon görüşmelerinde, muhalefet milletvekilleri, Adalet Bakanlığı'na tanınan bu yetkinin kuvvetler ayrılığı ilkesini zedelediği yönünde itirazlarda bulunmuşlardır. Bu itirazlara karşın; "Adalet Bakanlığının konunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşınması durumunda taraf olacağı, bu nedenle konunun öncesini

⁹⁷³ Çoban, *op. cit.*, s. 176.

⁹⁷⁴ Özbey, *op. cit.*, 380.

⁹⁷⁵ *Ibid.*, s. 379-380.

bilerek savunma yapması, gerekli tedbirleri alması ve sistematik sorunları ortadan kaldırması amacıyla” Adalet Bakanlığı’na böyle bir rol verildiği belirtilmiştir⁹⁷⁶.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru’da hukuk yargılamasında olduğu üzere bir davalı ve davacı taraf ya da ceza yargılamasında olduğu üzere bir iddia makamı ve sanık yoktur. Başvuruda, dava edilen ne işlemin tesis eden kamu gücü, ne de devlettir. Ortada, başvuranın dava konusu işlemin, eylemin ya da ihmalin, bireysel başvuru kapsamında güvence altına alınan bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği iddiası ve bu ihlalin ortadan kaldırılması talebi vardır. Dolayısı ile ortada bir davacı değil, “başvuran” veya “başvurucu” vardır. Bireysel başvurunun, Adalet Bakanlığı’na bildirilmesi ve Bakanlığın da görüş bildirmesi (6216 sayılı Kanun, m. 49/2), Bakanlıği bireysel başvurunun davalı tarafı yapmaz⁹⁷⁷; kendisine olsa olsa kamu gücünü temsil eden sıfatı verir⁹⁷⁸.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda kural olarak iki taraflı olması şart değildir. Şayet, Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir başvuruda, dosya üzerinden karar verebilecekse, bu durum silahların eşitliği ilkesine aykırı olmaz. Fakat Mahkeme’nin kararına etki edecek başka bir evrakın veya delilin dosyaya girmesi, Adalet Bakanlığı’nın görüş bildirmesi durumunda bunların başvurucuya tebliğ edilmesi ve başvurucuya, bunlar hakkında görüş bildirme imkânı tanınması gerekir⁹⁷⁹. Aksi bir durum AİHS’nin 6. maddesindeki adil yarılanma hakkına aykırılık oluşturur. Nitekim İçtüzük’te (m. 71/3) başvurucuya böyle bir imkânın verildiği görülmektedir.

Yukarıdaki bilgilerden ortaya çıkan sonuç şudur ki: Kanun koyucunun eğilimi, hem Anayasa Mahkemesi’ndeki bireysel başvuru incelemesini çekişmesiz yargı olarak düzenlemek, böylelikle başvuru sürecini uzatmamak için tebligat yapma, savunma alma gibi işlemleri yapmaktan kaçınmak hem de tarafların görüşlerini

⁹⁷⁶ Göztepe, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, *op. cit.* s. 29-30.

⁹⁷⁷ Çoban, *op. cit.*, s. 176.

⁹⁷⁸ Doğru, *op. cit.*, s. 107.

⁹⁷⁹ Akbilek, Nevzat, “Yargı Reformu ve AİHM”, *Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu*, Ankara, 2-3 Nisan 2012, s. 12 vd. ; aktaran, Özbey, *op. cit.*, 382.

Anayasa Mahkemesi'ne sunmalarına fırsat vermek suretiyle gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamaktır⁹⁸⁰.

4.1.4.2.4. Geçici Tedbir Kararı

6216 Sayılı Kanun'un 49/5 maddesine göre; "Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvurunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar." Anayasa'da öngörülmemesine rağmen, kanunla böyle bir imkân getirilmesinin gerekçesi; "başvuranın temel haklarının korunması için zorunlu görülen tedbirlerin Bölümlerce re'sen veya başvurunun talebi üzerine alınabilmesini sağlamaktır (6216 sayılı Kanun, m. 49'un gerekçesi).

Tedbir kararı, yürütmenin durdurulması şeklinde olabileceği gibi başka bir şekil de olabilir⁹⁸¹. Bu kararın ne şekilde olacağını belirlemek, tamamen Bölümlerin takdirindedir. Tedbir kararının verip vermemek ve verilecekse ne tür bir tedbir kararı verileceğini belirlemek Bölüm'lerin takdirinde olmakla beraber, bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Bölümler ancak başvurunun temel bir hak ve özgürlüğünün korunması için zorunluluk varsa tedbir kararı verebilecektir⁹⁸². Bölümlerce verilebilecek tedbir kararının, başvurunun hak ve özgürlüğünü korumak için zorunlu (gerekli) olması kadar, bu amaca hizmet etmeye elverişli olmasına da dikkat edilmelidir. 1982 Anayasası, iptal ve itiraz davalarında telafisi güç veya imkânsız zararların ortaya çıkması ihtimaline karşılık Anayasa Mahkemesi'ne yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisini vermemiş olmakla beraber; Anayasa Mahkemesi 21.10.1993 tarihli kararından beri içtihat yoluyla bu yetkiyi kendisinde görmektedir⁹⁸³. 6216 sayılı Kanun (m. 49/5) ile Bölümlere tanınan "tedbir kararı" verme yetkisi, Anayasa Mahkemesi'nin içtihat yoluyla kullandığı yürürlüğü durdurma yetkisinden farklıdır. Eğer kanunlara karşı bireysel başvuru yolu, 6216

⁹⁸⁰ Özbey, *op. cit.*, 381.

⁹⁸¹ Kararman, *op. cit.*, s. 294.

⁹⁸² Ekinci, *op. cit.*, s. 154.

⁹⁸³ Anayasa Mahkemesi Kararı, 21.10.1993, E. 1993/33, K. 1993/40-1, *op. cit.*

sayılı Kanun ile kapatılmamış olsaydı, o zaman Bölümler, “tedbir kararı” alma yetkisi çerçevesinde, aleyhine bireysel başvuruda bulunulan kanunların yürürlüğünün durmasına da karar verebileceklerdi.

İçtüzüğe göre; “Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verilebilir”. (İçtüzük, m. 73/1). İçtüzükteki bu düzenleme 6216 sayılı Kanun’un 49/5 maddesinde yer alan “Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurucunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verebilir” şeklindeki düzenlemeyi daraltıcı niteliktedir⁹⁸⁴. Kanunda tedbir kararı verilmesi herhangi bir nedenle sınırlanmamış iken; İçtüzük’te bu yetki “başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı” ile sınırlanmıştır. Dolayısı ile İçtüzük, Kanun’a aykırıdır. Anayasa Mahkemesi’nin tedbir kararı verirken sadece yaşam hakkı veya işkence yasağının ihlali durumunda değil, şartları varsa diğer temel hak ve özgürlük ihlallerinin varlığı halinde de tedbir kararı vermesi gerekir.

Dosyanın esası hakkında karar verilmeden önce, tedbir kararına başvurulmaması hâlinde başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılırsa, Komisyonlarca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesi derhâl yapılarak, tedbir hususunu karara bağlamak üzere başvuru, ilgili Bölüme gönderilir (İçtüzük, m. 73/2). Bu düzenlemeden açıkça anlaşıldığı üzere, Komisyon’ların tedbir kararı verme yetkileri bulunmamaktadır. Doktrinde, tedbir taleplerinin niteliği gereği acil talepler olduğu, bu nedenle Alman uygulamasında olduğu üzere, kabul edilebilirlik incelemesini yapan Komisyonlara da bu yetkinin verilmesi gerektiği ya da tedbir taleplerini karara bağlamak üzere özel bir usul öngörülmesi gerektiği yönünde görüşler vardır⁹⁸⁵. Tedbir kararının niteliği gereği, bu görüşlere katılmamak mümkün değildir.

Bölüm, tedbire karar vermesi hâlinde, kararın gereğinin ifası için kararı ilgili kişi ve kurumlara bildirir (İçtüzük, m. 73/3). Bir bireysel başvuru hakkında tedbir

⁹⁸⁴ Aynı yönde görüş için bkz.: Özbey, *op. cit.*, s. 394.

⁹⁸⁵ Akbilek, *op. cit.*, s. 11-12; Özbey, *op. cit.*, s. 394.

kararı verildikten sonra, başvurunun esası hakkındaki kararın en geç 6 (altı) ay içinde verilmesi gerekir. Başka bir deyişle tedbir kararı verildikten itibaren altı ay süre ile geçerlidir. Altı aylık sürenin sonunda tedbir kararının devamı konusunda bir karar alınmadığı takdirde, tedbir kararı kendiliğinden kalkar (6216 sayılı Kanun, m. 49/5; İçtüzük, m. 73/4). Altı aylık sürenin dolması ve devam kararının alınmaması dışında, tedbir kararının ortadan kalkmasına sebep olan iki durum daha vardır. Bunlar: tedbir kararının geçerli olduğu altı aylık süre zarfında başvurunun hakkının ihlal edilmediğine veya başvurunun düşmesine karar verilmesi durumlarıdır. Bu iki durumda da tedbir kararı kendiliğinden kalkar (İçtüzük, m. 73/4).

Tedbir kararı verildikten sonraki 6 ay içerisinde, başvurunun hakkının ihlal edilmediği veya başvurunun düşmesi yönünde bir karar verilmemesi durumunda, 6 aylık sürenin dolması ile tedbir kararının kendiliğinden kalkacağı yönündeki düzenlemenin mantığı madde gerekçesinde ortaya konmamıştır. Bu düzenlemenin amacı, belki başvuru ile ilgili incelemenin bir an önce sonuçlandırılması için Mahkeme'yi zorlamak olabilir. Ancak tedbir kararını vermeyi gerektirecek sebepler ortadan kalkmaksızın, tedbir kararının belli bir süre geçtikten sonra kendiliğinden kalkması, bu kararın alınması ile varılmak istenen amaca ters düşmektedir. Başka bir ifade ile başvurunun 6 ay içerisinde incelenip karar bağlanmaması durumunda tedbir kararının kendiliğinden kalkacağına ilişkin düzenleme (6216 sayılı Kanun, m. 49/5) yerinde bir düzenleme olmamıştır⁹⁸⁶. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere, kanun koyucu, resen veya başvurunun talebi üzerine, Bölümlere tedbir kararı alma yetkisini vermekle, başvuranın temel haklarının korunması için zorunlu görülen tedbirleri alınabilmesini sağlamayı amaçlamıştır (6216 sayılı Kanun, m. 49 gerekçesi). Dolayısı ile 6 aylık süre içerisinde, tedbir kararının gerekçeleri ortadan kalkmadığı veya başvurunun esası incelenip başvurunun bir hakkının ihlal edilmediği ya da başvurunun düşmesi kararı verilmediği halde, tedbir kararının kendiliğinden kalkması, 6216 sayılı Kanun'un 49/5 maddesindeki düzenleme ve madde gerekçesinin birbiriyle çeliştiğini göstermektedir. Ancak İçtüzüğün 73/4 maddesinde, Bölüme, altı aylık süre sonunda tedbirin devamı konusunda yeni bir

⁹⁸⁶ Şahbaz, *op. cit.*, s. 106.

karar alma yetkisinin verilmesi bu konudaki sakıncaları ortadan kaldırmaya yönelik önemli bir düzenlemedir. Mahkeme'nin İçtüzüğü'nün 73/4 maddesindeki bu hükmeye dayanarak, tedbir kararının gerekçeleri ortadan kalkmadığı sürece, bu kararın devamı yönünde karar alması gerekmektedir.

Bireysel başvuru, idari ve yargısal başvuru yolları tüketilmiş işlem, eylem ya da ihmallere (6216 sayılı Kanun, m. 45/2) başka bir deyişle kesinleşmiş kararlara karşı yapılmaktadır. Kesinleşmiş bir karara karşı bireysel başvurunun yapılması, başlı başına kararın yürütmesini durdurmamaktadır. Dolayısı ile bir temel hak ve özgürlüğü ihlal eden bir kamu gücü işlemine karşı bireysel başvuruda bulunulmuş olması durumunda, başvurunun esası hakkında bir karar verilinceye dek başvuru hukukunun hakkı ihlal edilmeye devam edilme ihtimali bulunmaktadır. Hatta bazen inceleme sonucunda başvuru hukukunun bir hakkının ihlal edildiği yönünde karar verilse dahi bu kararın kamu gücü işleminin verdiği zararı telafi etmek, diğer bir ifadeyle bu işlemten önceki durumu tesis etmek mümkün olmayabilir. İşte tedbir kararı başvuru hukukunu, bireysel başvuru incelemesi devam ettiği sürece kamu gücü işleminin olumsuz etkilerine karşı koruyacağından oldukça önemlidir⁹⁸⁷. Dolayısı ile 6216 sayılı Kanun'un da bu yönde bir düzenlemeye yer vermesi oldukça isabetli olmuştur. Kaldı ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kendisine yapılan başvuruları değerlendirirken Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesine göre yürütmeyi durdurma gibi geçici tedbir kararı verebilmektedir⁹⁸⁸.

4.1.4.2.5. Esas Hakkında Yapılacak İncelemenin Kapsamı

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında "Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi biri" korunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yoluyla bu haklardan

⁹⁸⁷ Pimentel, *op. cit.*, s. 219-220.

⁹⁸⁸ AIHM İçtüzüğü'nün "Geçici Tedbirler" başlıklı 39. maddesi şöyledir:

"1. Daire veya gerekiyorsa Daire Başkanı, bir tarafın veya ilgili herhangi bir kişinin talebi üzerine veya doğrudan kendisi, tarafların menfaati veya önündeki davanın gereği gibi görülebilmesi için alınması gerektiğini düşündüğü geçici tedbirleri taraflara bildirebilir.

2. Bu tedbirlere ilişkin bildirimler Bakanlar Komitesine verilir.

3. Daire, bildirdiği bir geçici tedbirin uygulanmasıyla bağlantılı bir konu hakkında taraflardan bilgi isteyebilir."

herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edilip edilmediğini incelemektedir. Bu işlev AİHM'ye de yüklenmiş bir işlevdir. AİHM de ikincil nitelikte koruma sağlayan bir mahkemedir. AİHS'nin 19. maddesinde ifade edildiği üzere, AİHM'nin kurulmasının amacı, Yüksek Sözleşmeciler Tarafı'na yüklenen taahhütlere uyulmasını sağlamaktır. Yoksa Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlükleri ihlal etmediği sürece, AİHM'nin iç hukuk yolları tüketilirken ulusal mercilerce yapılan maddi ve hukuki hataları ele almak gibi görevi bulunmamaktadır⁹⁸⁹.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, temel hak ve özgürlüklere ikincil nitelikte koruma sağlayan özel bir hukuki yoldur. Başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesi, istinaf ya da temyiz incelemesi yapan bir üçüncü veya dördüncü derece mahkeme değildir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin, bir mahkeme kakarına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemesinin kapsamı, bireysel başvuru kapsamında korunan bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilip edilmediği ile sınırlıdır. Bu husus Anayasa ve 6216 sayılı Kanunda da açıkça dile getirilmiştir. Anayasa'nın 148/4 maddesine göre; "Bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılmaz". Yine 6216 sayılı Kanun'un 49/6 maddesine göre; "Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."

Anayasa Mahkemesi'nin, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapmaması, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların, kanun yolu mercileri tarafından gözetildiğine ilişkin makul kabulün bir sonucudur. Ancak Mahkeme, yine de Anayasa'nın 148/4 ve 6216 sayılı Kanun'un 49/6 maddesindeki hükmü otomatik olarak uygulamamalı; genel mahkemeler ile istinaf veya temyiz mahkemesinin, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususları gözetip gözetmediklerini incelemelidir. İnceleme sonucunda, kanun yolu mercileri kanun yolunda gözetilmesi gereken hususları gözetmişlerse, bu açıdan ortada bir sorun yoktur. Fakat kanun yolundaki merciiler, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususları gözetmemişlerse ve bu gözetmeme, bireysel başvuru kapsamında korunan bir temel hak ve özgürlüğü ihlal etmiş ise o zaman ortada bir sorun var demektir.

⁹⁸⁹ *Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi*, s. 70.

Anayasa'nın 148/4 ve 6216 sayılı Kanun'un 49/6 maddesi göz önünde tutulduğunda, kural olarak Mahkeme, bireysel başvuru kapsamında korunan bir hakkın ihlal edilip edilmediğini incelemeli; kanun yolundaki mercilerin (ilk derece, istinaf veya temyiz mahkemelerinin) maddi veya hukuki hataları bu incelemede gözetilmemelidir⁹⁹⁰. Ancak kanun yolundaki mercilerin maddi ve hukuki hataları bireysel başvuru kapsamında korunan bir temel hak ve özgürlüğü ihlal etmiş ise o zaman ne olacaktır? İlke olarak kanun yolunda gözetilmesi gereken her husus bireysel başvurunun konusu değildir. Fakat bireysel başvuruya konu olan her husus kanun yolundaki merciler tarafından gözetilmesi gereken husustur. Aksi halde bireysel başvuruda bulunmadan önce kanun yollarının tüketilmiş olması koşulunun bir anlamı kalmaz⁹⁹¹. Dolayısı ile belki de Anayasa Mahkemesi'nin ağır iş yükü altında ezilmesini önlemek ya da diğer yüksek mahkemelere, Anayasa Mahkeme'sinin bir temyiz mahkemesi olmadığı ve onların yetki alanlarına müdahale etmediği mesajını vermek için getirilmiş olan bu düzenlemeyi, sözcük anlamıyla birebir uygulamaktan kaçınmak gerekir. Bu hükmün bire bir uygulanması, bireysel başvuruların konusuz kalmasına sebep olabilir⁹⁹².

Hangi hususların kanun yolunda gözetilmesi gerektiği konusunda Alman Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı "Heck formülü" vardır. Türk Anayasa Mahkemesi'nin kullanabileceği bu formüle göre; Anayasa Mahkemesi'nin bir mahkemece verilmiş bir kararı tabii ki bir temyiz mercii gibi sınırsız bir hukuki denetimden geçirmesi düşünülemez. Bu bireysel başvurunun mantığına da ters düşer. Maddi olguların tespiti ve değerlendirilmesi, kanunların yorumu ve olaylara uygulanması, kanun yolunda bu iş için görevli kılınmış olan mercilerin işidir. Anayasa Mahkemesi'nin görevi, kanun yolundaki merciin vermiş olduğu kararın bireysel başvuru kapsamında korunan bir hakka müdahale edip etmediğini tespit etmektir. Gerek medeni, gerek idari, gerekse ceza yargılamasında temyiz nedeni olarak "hukuka aykırılık" belirtilmiştir. Dolayısı ile temyiz mercilerinin inceleme konusu başka bir deyişle kanun yolunda gözetilmesi gereken husus "kanuna

⁹⁹⁰ *Ibid.*

⁹⁹¹ Sağlam, Anayasa Şikâyeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar, *op. cit.* s. 435.

⁹⁹² *Ibid.*

aykırılıktır.” O zaman kanuna aykırılığı belirlemek kanun yolunda görevli uzaman mahkemelerin işidir. Ancak kanuna aykırı yorum ve uygulamanın bir temel hak veya özgürlüğü ihlal edip etmediğini, başka bir deyişle Anayasaya aykırı olup olmadığını belirlemek ise Anayasa Mahkemesi’nin işidir⁹⁹³.

Yukarıdaki izahatlar ve AİHM içtihatları dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi’nin, genel bir kural olarak; davadaki olayların kanıtlanması, mevzuatın yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi, kişisel bir uyuşmazlığın sonucunun esas yönünden adil olmaması ve ceza davasında sanığın suçluluğu veya masumiyeti konularında, başvuru yolundaki mercilerin (ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemelerin) tespitlerini ve vardıkları sonuçları sorgulayamayacağı söylenebilir⁹⁹⁴. Belirtilen bu hususlar, kural olarak kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar olduğu için Anayasa Mahkemesi’nce inceleme konusu yapılamaz. Bununla birlikte, Mahkeme’nin söz konusu tespitleri ve varılan sonuçları sorgulayabileceği tek durum, söz konusu tespit ve sonuçların açıkça ve bariz bir şekilde adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan bir tarzda keyfi olması ve kendiliğinden bireysel başvuru kapsamında korunan temel hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olması durumudur⁹⁹⁵.

Yukarıda belirtildiği üzere, Heck formülü’ne göre, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlardan anlaşılması gereken, kanuna aykırılık teşkil eden hususlardır⁹⁹⁶. Bireysel başvuru kapsamında korunan temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil eden hususlar ise bireysel başvuru yolunda Anayasa Mahkemesi’nce incelenecek hususlardır. Ancak Anayasa Mahkemesi, kanun yolunda görevli uzaman mahkemelerin vermiş olduğu nihai kararların bir temel hak veya özgürlüğü ihlal edip etmediğini nasıl tespit edecektir? Başka bir deyişle Anayasa Mahkemesi bu denetlemeyi yaparken kendisine verilen yetkinin sınırlarını aşmamak için nasıl bir yöntem kullanacaktır? Bu konuda, Almanya’da Starck’ın “norm denetimi benzeri” formülü önemlidir. Bu formüle göre; “uzman mahkemelerin temel hakkı ihlal ettiği

⁹⁹³ *Ibid.* s. 436.

⁹⁹⁴ *Kabul Edilebilirlik Kriterlerinin Uygulama Rehberi*, s. 70.

⁹⁹⁵ *Case of Sisojeva and Others v. Latvia*, op. cit., § 89,

⁹⁹⁶ Sağlam, Anayasa Şikâyeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar, *op. cit.* s. 436.

ileri sürülen kararı, genel bir norma dönüştürüldüğü, yani norm olarak düşünüldüğü takdirde Anayasaya aykırı ise, Anayasa Mahkemesi'nin yetki alanı içinde kalır. Aksi takdirde uzman mahkeme yetkili olur"⁹⁹⁷. Hemen belirtmek gerekir ki bu formül Schumann formülüne dayanmaktadır. Schumann'a göre; "bir mahkeme kararına yönelik anayasa şikâyetinin başarılı olması, ancak şikâyet konusu mahkeme kararına esas teşkil eden hukuki düşüncenin bir kanun formülüne dönüştürülmesi halinde bu formülün de Anayasaya aykırı olarak değerlendirilebilmesine bağlı olmalıdır"⁹⁹⁸. Schumann ve Starck'ın formülünü uygulamada bir örnek ile açıklamak gerekirse⁹⁹⁹, Anayasa Mahkemesi'nde 2004 yılında gündeme gelen bir davada, bakaya suçunun failine savcı tarafından ön ödeme bildirimi yapılmış ancak fail parasızlık nedeniyle bu ödemeyi yapamayacağını belirtmiştir. Ceza kanunun o dönemde yürürlükte olan kuralı, herhangi bir haklı neden olmaksızın süresi içinde ön ödemeyi yapmayan kişinin yapılacak yargılama sonunda cezasının yarı oranında artırılmasını öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu kurala ilişkin iptal istemini, ön ödeme kurumunun yerine getirdiği işlevi göz önünde tutarak oy çokluğu ile reddetmiştir¹⁰⁰⁰. Olayın bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne geldiğini düşünüp, askeri mahkemenin kararını Schumann ve Starck'ın formülünü uygulayarak kararı şöyle normlaştırabiliriz: "Ekonomik imkânsızlıktan dolayı ön ödemeyi yapamayan fail suçunun cezasının yarı oranında artırılmış olarak çeker. Ekonomik imkânları yeterli olduğu için ön ödemeyi yapan fail ise suçunun cezasını herhangi bir artırım olmadan çeker". Olaya bu açıdan bakıldığında anılan ceza normunun, somut olayda, kişi özgürlüğüne, eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde müdahale ettiği ortadadır. Dolayısı ile askeri mahkemenin bu kararının temel bir hak ve özgürlüğü ihlal ettiği söylenebilecektir. Bu nedenle Schumann ve Starck formülü uygulanmak suretiyle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru işlevsel olarak bir norm denetimine

⁹⁹⁷ *Ibid.*, s. 437.

⁹⁹⁸ Schumann Ekkehard, *Verfassung und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd.II, Berlin 1963, s. 207; aktaran, Sağlam, Anayasa Şikâyeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar, *op. cit.* s. 437.

⁹⁹⁹ Sağlam, Anayasa Şikâyeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar, *op. cit.* s. 429, 439.

¹⁰⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, T. 31.03.2004, E. 2002/143, K. 2004/46, *AMKD*, S. 40, C. 2, Ankara, 2005, s. 681-686.

benzetilebilir. Bu usul, Mahkeme'nin kendi yetki alanını tespit etmesi için iyi bir öz denetim yöntemi olabilir¹⁰⁰¹.

Esas hakkındaki incelemenin kapsamı ;“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 edilip edilmediği ile sınırlı olmakla beraber, Mahkeme'nin inceleme yetkisinin başvurunun iddiasıyla sınırlı olup olmadığı hususu da net değildir. Başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesi (Bölümler), esas hakkındaki incelemeyi yaparken sadece başvurunun ihlal edildiğini iddia ettiği haklarla sınırlı bir inceleme mi yapacak yoksa bunun yanı sıra bireysel başvuru kapsamında korunan diğer hak ve özgürlüklerin de ihlal edilip edilmediğine de bakabilecek midir? Gerek 6216 sayılı Kanun'un 48/2 maddesindeki; Mahkeme'nin, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyan başvuruları kabul edilebilir bulması gerektiği yönündeki hükmü, gerekse İçtüzüğün bireysel başvurular hakkında düşme kararı verilmesinin şartları oluşmasına rağmen başvurunun “Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kıldığı hâllerde incelemeye devam” (İçtüzük, m. 80/3), edileceği şeklindeki emredici hükmü gerekse de bireysel başvuru kurumunun Türk hukukuna kazandırılmasındaki amaç ve bireysel başvurunun işlevi göz önünde tutulduğunda, Anayasa Mahkemesi'nin aleyhine başvuruda bulunulan kamu gücü, işlem, eylem ya da ihmali ile sadece başvuru dilekçesinde (formunda) belirtilen hakların değil, bireysel başvuru kapsamında korunan diğer hak ve özgürlüklerin de ihlal edilip edilmediğini inceleyebileceğini kabul etmek gerekir¹⁰⁰². Dolayısı ile her ne kadar bireysel başvuru formu kılavuzunda¹⁰⁰³ bireysel başvuru kapsamındaki haklardan

¹⁰⁰¹ Sağlam, Anayasa Şikâyeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar, *op. cit.* s. 440.

¹⁰⁰² Karaman, *op. cit.*, s. 300.

¹⁰⁰³ Bireysel Başvuru Formu Klavuzu II, B kısmı : “B- Bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin, hangi nedenlerle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve delillere ait özlü açıklamalar: Bu alanda başvuru Anayasa ile güvence altına alınan haklarından hangisinin ya da hangilerinin ihlâl edildiğini açık ve özet bir şekilde ifade etmeli ve şikâyetlerinin Anayasa'nın hangi maddelerine dayandığını belirtmelidir. Ayrıca başvuru konusu edilen kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmeline dair olayların hangi temel hakkını ihlal ettiğine ilişkin bağlantının kurulup açıklanması gerekmektedir.”

hangisinin, hangi nedenlerle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve delillere ait özlü açıklamaların yer alması gerektiği belirtilse de bu husus Mahkeme'nin başvuru formunda belirtilmeyen ancak bireysel başvuru kapsamında korunan hakların ihlal edilip edilmediğini incelemesine engel değildir. Kaldı ki karşılaştırmalı hukukta, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru konusunda, Türkiye de dâhil olmak üzere Kıta Avrupa'sı ülkelerinin örnek aldığı Almanya'da da Federal Alman Anayasa Mahkemesi, uygulamada, kendisini başvurucunun istemiyle bağlı görmemekte; başvuruyu sadece ihlal edildiği iddia edilen temel haklar açısından değil, anayasa şikayeti kapsamında korunan bütün haklar açısından resen incelemektedir¹⁰⁰⁴. Keza AİHM de başvurucunun olayları Sözleşme açısından değerlendirmesiyle ya da ihlal edildiğini ileri sürdüğü Sözleşme maddeleriyle kendini bağlı görmemektedir¹⁰⁰⁵. Nitekim, AİHM, Guzzardi / İtalya kararında¹⁰⁰⁶ da başvuru tarafından AİHS'nin 6. maddesinin ihlal edildiğini iddia edilmesine rağmen, 5. maddenin ihlal edildiği kararı verilmiştir.

4.1.4.2.6. Esas Hakkındaki Karar Taslağının Hazırlanması

Bireysel başvuru raportörleri ya da raportör yardımcılarınca, Bölümlere sunulmak üzere karar taslakları hazırlanır (İçtüzük, m. 76/1). Karar taslağı esasen bireysel başvuruda iddia edildiği üzere, bir temel hak ve özgürlük ihlalinin olduğu veya olmadığı yönünde hazırlanır.

İçtüzüğün 80/1 maddesindeki şartlar¹⁰⁰⁷ gerçekleşmiş olması ve başvurunun Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımaması ya da insan haklarına saygının başvuruyu incelemeyi gerekli kılmaması durumunda (İçtüzük, m. 80/2) başvurunun düşmesi yönünde bir karar taslağı hazırlanır.

¹⁰⁰⁴ Mellinshof, *op. cit.*, s. 37.

¹⁰⁰⁵ Gözübüyük ve Gölçüklü, *op. cit.* s. 50.

¹⁰⁰⁶ Case of Guzzardi v. Italy, *op. cit.* § 58-63.

¹⁰⁰⁷ Başvurucunun davadan açıkça feragat etmesi, davasını takipsiz bıraktığının anlaşılması, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkması olmasın ve Bölümler ya da Komisyonlarca saptanan herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi (İçtüzük, m. 80/1).

Kabul edilebilirlik incelemesi, esas olarak Komisyon tarafından yapılmakla beraber (İçtüzük, m. 33/1), bu inceleme Bölümlerce de yapılabildiği için (İçtüzük, m. 28/2). Bölüm raportörü, başvuru dosyasındaki bütün iddiaların kabul edilemez olduğu kanaatini taşıyor ise başvurunun kabul edilemezliği yönünde bir karar taslağı hazırlar. Bölüm raportörü, başvuru dosyasındaki bir kısım iddiaların kabul edilebilirlik şartlarını taşıyıp, diğer bir kısmının bu şartları taşımadığı kanaatinde ise o zaman, başvuru dosyasındaki temel hak ve özgürlük ihlali iddialarından bir kısmının kabul edilemez olduğu, bir kısmının da kabul edilebilir olduğu yönünde karar taslağı hazırlar.

Karar taslakları İçtüzük'te belirtilen yazım usulüne uygun olarak hazırlanır (İçtüzük, m. 76/1). "İçtüzük'te belirtilen yazım usulüne uygun olmak"tan, İçtüzüğün Bölüm kararlarının şeklini belirten 78. maddesindeki şekil şartların uygun olmayı anlamak gerekir. Karar taslaklarının, raportörün özet görüşünü de içermesi gerekir (İçtüzük, m. 76/1). Bu şekilde hazırlanan karar taslakları ilgili birim başraportörünün imzasıyla ilgili Bölüm'e sunulur. Bölüm'e sunulmak üzere hazırlanan karar taslakları ayrıca Araştırma ve İçtihat Birimi'ne (Ar-İç) de gönderilir (İçtüzük, m. 76/2).

4.1.4.2.7. Esas Hakkındaki Kararın Verilmesi

Bireysel başvuruların esastan incelenmesi sonucunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir (6216 sayılı Kanun, m. 50/1). Bölümler raportörlüğünce hazırlanan ve başraportörün imzası ile Bölüm'e sunulan karar taslakları (İçtüzük, m. 76/2), Bölüme sunuldukları tarihten itibaren 15 (onbeş) gün geçtikten sonra gündeme alınır (İçtüzük, m. 29/5). Gündeme alınan başvuru dosyaları Bölüm toplantılarında görüşülür. Toplantıda, başvuru dosyası, gündem sırasına göre Bölüm raportörü tarafından ayrıntılı biçimde toplantıya katılanlara anlatılır (İçtüzük, m. 30/1). Bölüm başkanı, toplantıda sunulan başvuru dosyasıyla ilgili söz isteyen üyelere istem sırasına göre görüşlerini açıklamakları için söz verir (İçtüzük, m. 30/2). Bölüm başkanının söz hakkı isteyen üyelere söz vermeme gibi bir yetkisi yoktur. İçtüzüğün bu konudaki, hükmü emredici niteliktedir. Bu şekilde yapılan müzakerelerin tamamlanmasından sonra, kідemsiz üyeden başlamak üzere oylama yapılarak başvuru dosyası hakkında karar verilir ve bu durum Başkan

tarafından bir tutanakla tespit edilir (İçtüzük, m. 30/2). Kararlar, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınır (Any., 149/1; 6216 sayılı Kanun, m. 65/1; İçtüzük, m. 72/1). Oyların eşitliği hâlinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur (6216 sayılı Kanun, m. 65/1). Bölümce uygun görülmesi ve işin niteliğinin izin vermesi hâlinde elektronik oylama yapılması da mümkündür. Açık oylama yapıldığı durumlarda oylamaya kıdemsiz üyeden başlanır (İçtüzük, m. 72/4).

Oylama sonucunda, bir karar taslağı hazırlanır. Daha sonra oylama sonucuna göre, hazırlanan karar taslağının incelenmesine geçilir. Bölüm başkanı, üyelerden varsa sayfa ve paragraf numarası belirterek yapılmasını istedikleri değişiklik önerilerini bildirmelerini ister. Üyelerden gelen öneriler, doğrudan taslağa işlenmez; bu öneriler öncelikle heyet tarafından oylanır. Önerilerin karar taslağına işlenip işlenmeyeceği, bu oylama sonucuna göre belirlenir. Heyet tarafından alınan karar doğrultusunda kabul edilen metin, gerekli tashih işlemleri yapılmak üzere başraportöre gönderilir. Burada düzeltmelerin yapılmasının ardından karar, heyetin imzasına sunulur. (İçtüzük, m. 30/3). Heyete katılan üyelerin birlikte veya ayrı ayrı varsa karşı oy yazılarını veya farklı ya da ek gerekçelerini karara ekleme hakları vardır (İçtüzük, m. 78/2).

Bölüm kararlarında hangi hususların yer alması gerektiği ise İçtüzüğün 78. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; Bölümlerce verilen kararların ilk sayfasın Anayasa Mahkemesi'nin amblemi, "Anayasa Mahkemesi" ibaresi, kararı veren Bölüm, başvuru numarası ve karar tarihi yer alır (İçtüzük, m. 78/1-a) Kararın diğer sayfalarında paragraflar numaralandırılmak suretiyle; Bölüm başkanı ve üyeler ile raportörün adları, tarafların ve varsa temsilcilerinin adları, Mahkeme önünde izlenen usulün anlatımı, davaya konu olgular, tarafların iddia ve savunmalarının özeti, kararın gerekçesi, hüküm fıkrası ve yargılama masrafları hakkındaki karar yer alır (İçtüzük, m. 78/1-b).

4.2. Bireysel Başvurunun Esastan İncelenmesi Sonunda Verilebilecek Kararlar ve Kararların Etkileri

4.2.1. Genel Olarak Bireysel Başvuru Sonucunda Verilebilecek Kararlar

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurular, Mahkeme'nin bir kararıyla sonlandırılır. İlk karar, ön inceleme sonucunda verilir. Ön inceleme sonucunda Komisyonlar başraportörünce “başvurunun reddine” karar verilir ve bu karara karşı 7 gün içerisinde Komisyon'a yapılan itiraz da Komisyon'ca reddedilir ise Komisyon'un vermiş olduğu bu karar kesin olduğundan (İçtüzük, m. 66/3), bireysel başvuru tümüyle sonlandırılmış olur.

Bir bireysel başvurunun Komisyon tarafından yapılan kabul edilebilirlik incelemesi sonunda, başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmesi durumunda (6216 sayılı Kanun, m. 48/3,4; İçtüzük, m. 33/1) veya kabul edilebilirlik koşulları başvurunun her aşamasında aranan koşullar olduğu için Bölüm tarafından başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmesi durumunda (6216 sayılı Kanun, m. 49/2; İçtüzük, m. 28/2) bireysel başvuru yine tümüyle sonlandırılmış olur.

Yargılamanın her aşamasında verilebilen düşme kararı da bireysel başvuruyu tümüyle sonlandırır (İçtüzük, m. 80) Hakkında “red”, “kabul edilemezlik” ya da “düşme” kararı verilmeyen bireysel başvurular ise esas hakkında verilen bir karar ile sonlandırılır.

Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği, ihlal edilmiş ise bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır (6216 sayılı Kanun, m. 49/6) . Dolayısı ile Bölümlerce bireysel başvurunun esastan incelenmesi sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir (6216 sayılı Kanun, m. 50/1). İhlal kararı verilmesi hâlinde, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez (6216 sayılı Kanun, m. 50/1).

4.2.2. Bireysel Başvuruların Esas İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar

4.2.2.1. Bir Temel Hak ve Özgürlüğün İhlal Edilmediği Kararı

Bölümlerce, başvurunun esastan incelenmesi sonunda, başvurunun Anayasa’da 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 edildiğine ya da edilmediğine karar verilir (6216 sayılı Kanun m. 45/1, m. 50/1). Esas incelemesi sonunda kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmalinden kaynaklı bir ihlal bulunamaz ise Mahkeme başvurunun bir hak ve özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verir. Böylelikle, başvurunun ihlal iddiaları reddedilmiş olur. Bu aynı zamanda, kamu gücü işleminin, bireysel başvuru kapsamında korunan haklar açısından Anayasaya uygun olduğunun, Anayasa’nın bu anlamda ihlal edilmediğinin tespiti anlamına gelir.

4.2.2.2. Bir Temel Hak ve Özgürlüğün İhlal Edildiği Kararı

Bireysel başvuruların esas incelemesi sonunda, “başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine” karar verilir (İçtüzük, m. 50/1). Anayasa Mahkemesi’nce (Bölüm’ce) yapılan esas incelemesi sonunda, başvurunun bir temel hak ve özgürlüğünün ihlal edilmiş olduğu kanaatine varılır ise “başvurucunun hakkının ihlal edildiğine” karar verilir. Bu aynı zamanda, kamu gücü işleminin, bireysel başvuru kapsamında korunan haklar açısından Anayasaya uygun olmadığı, kamu gücünün, anayasal yükümlüğüne aykırı davrandığı ve Anayasa’nın bu anlamda ihlal edildiğinin tespiti anlamına gelir.

Anayasa Mahkemesi’nin bir ihlal tespit etmesi ve yapılması gerekenlere ilişkin bir hüküm vermesi durumunda, bu hükmün muhatabı da kural olarak işlem ya da eylemi veyahut ihmalini gerçekleştiren kamu gücüdür.

Anayasa Mahkemesi’nin “başvurucunun hakkının ihlal edildiği” yönündeki kararı ile ihlale neden olan kamu gücü işlemi kendiliğinden ortadan kalmaz veya Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal olmaz. Ancak Anayasa Mahkemesi’nce ihlal kararı verilmesi hâlinde, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir (6216 sayılı Kanun, m. 50/1). Tespit edilen ihlalin bir

mahkeme kararından kaynaklanması durumunda, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için neler yapılabileceği, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin 2. fıkrasında ve İçtüzüğü'nün 79/1 maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa;

- a) İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir.
- b) Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir.
- c) Başvurucuya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir.

6216 sayılı Kanun'un 50/1 maddesindeki; “yapılması gerekenlere hükmetme” ibaresi, oldukça geniş kapsamlı bir ibaredir¹⁰⁰⁸. Bu ibare yukarıda belirtilen “yeniden yargılama” ya da “tazminat” veyahut “genel mahkemelerde dava açılması” şeklindeki önlemleri kapsadığı gibi bunların dışında ihlali giderici başka hukuki önlemleri de içerebilir. Genel olarak bir ihlalin tespiti durumunda eğer tespit edilen ihlalin devamı söz konusu ise kamu gücünün öncelikle bunun durdurulmasına ilişkin önlemleri alması gerekir. Bu bağlamda, Mahkeme’ce geçici tedbir kararı alınabilir. Tespit edilen ihlal tamamlanmış ise bu sefer Anayasa Mahkemesi’nin ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırıcı önlemleri alması gerekir. Mahkeme, böyle bir durumda, mümkünse durumu eski hale getirmeye yönelik tedbirlere başvurur. Bunun mümkün olmaması halinde ise tazminat gibi mağduriyeti giderici önlemleri gündeme getirir. Bir ihlalin tespiti durumunda Mahkeme, aynı türden bir ihlalin tekrar gerçekleşmemesi için hangi tür önlemlerin alınması gerektiğini kararında belirtebilir¹⁰⁰⁹.

İhlal kararı verilmesi halinde Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedecek olmakla beraber; (İçtüzük, m. 79/2) Kanun, kararın içeriğine ilişkin iki sınırlama durumundan bahsetmektedir. Bu durumlardan biri “yerindelik denetimi yapılamaması” diğeri de “idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilememesi” durumudur (6216 sayılı

¹⁰⁰⁸ Aydın, *op. cit.* s. 161.

¹⁰⁰⁹ Doğru, *op. cit.*, s. 92.

Kanun, m. 50/1). Başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesi’nce ihlal kararı verilmesi hâlinde, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak bu hüküm ile yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez (6216 sayılı Kanun, m. 50/1).

4.2.2.3. Yargılamanın Yenilenmesi

Anayasa Mahkemesi’nin bir ihlal tespit etmesi durumunda; “tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. ... Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir” (6216 sayılı Kanun, m. 50/2, İçtüzük, m. 79/1-a). Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar varsa bu yönde karar verir. Aksine yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde, Mahkeme, başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya başvurucuya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir (6216 sayılı Kanun, m. 50/2; İçtüzük, m. 79/1-b). Yeniden yargılama yapılmasında, başvuru hukuki yararının olup olmadığı, Anayasa Mahkemesi’nce tespit edilir. Genel olarak adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi durumunda yeniden yargılama yapılmasında başvuru hukuki yararının olduğu kabul edilebilir. Ancak her adil yargılanma hakkı ihlali, bunu gerektirmeyebilir. Bu konuda, adil yargılanma hakkı ihlal edilmemiş olsa idi mahkemeden farklı bir karar çıkabilecek idiyse, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar olduğu kabul edilebilir¹⁰¹⁰.

Yargılamanın yenilenmesi sebepleri; 6100 sayılı HMK’nın “Yargılamanın iadesi sebepleri” başlıklı 375. maddesinde, 2577 sayılı İYUK’nın “Yargılamanın yenilenmesi” başlıklı 53. maddesinde ve 5271 sayılı CMK’nın “Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri”¹⁰¹¹ başlıklı 311. maddesinde

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, s. 94.

¹⁰¹¹ CMK’da yargılamanın yenilenmesi nedenleri hükümlü lehine ve aleyhine olmak üzere iki grupta toplanmış; “Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri “ 311. maddede, “Sanık veya hükümlünün aleyhine yargılamanın yenilenmesi nedenleri” ise 314. maddede düzenlenmiştir.

düzenlenmiştir¹⁰¹². Bu kanunların anılan maddelerinde, Mahkeme kararının, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması durumu, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden biri olarak düzenlenmiştir¹⁰¹³ (HMK, m. 375/1-i; İYUK, m. 53/1-ı; CMK, m. 311/1-f). Keza, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da da AİHM'nin, Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma veya Yüce Divan sıfatıyla verdiği bir kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğine hükmetmesi hâlinde, AİHM kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Anayasa Mahkemesi'nden yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulabileceği belirtilmiştir¹⁰¹⁴ (6216 sayılı Kanun, m. 67/1). Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma davalarında veya Yüce Divan sıfatıyla verdiği kararlara karşı, yargılamanın yenilenmesi 5271 sayılı CMK hükümlerine göre istenebilecektir.(6216 sayılı Kanun, m. 67/2). AİHM kararlarının Türk hukukunda (HMK, m. 375; İYUK, m. 53; CMK, m. 311; 6216 sayılı Kanun, m. 67) yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmesi, AİHS'nin ulusal hukuk ile bütünleşmesi ve AİHM kararlarının dikkate alınıp uygulanması açısından oldukça önemlidir¹⁰¹⁵.

AİHM kararları, Türk hukukunda (HMK, m. 375; İYUK, m. 53; CMK, m. 311; 6216 sayılı Kanun, m. 67) yargılamanın yenilenmesi nedeni kabul edilmiş olmakla beraber ne HMK'da ne İYUK'da ne de CMK'da Anayasa Mahkemesi'nce bireysel başvuruların esas incelemesi sonunda verilen kesin kararların, yargılamanın

¹⁰¹² AİHM kararlarının Türk hukukunda yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden biri olarak kabul edilmesi, 3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile o zaman yürürlükte olan 18.6.1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun'a "445/A" maddesinin eklenmesi yine aynı Kanun'un 7. maddesi ile o zaman yürürlükte olan 4.4.1929 tarih ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanun'a "327/a" maddesinin eklenmesi olmuştur. AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İYUK'ya girmesi ise 15.7.2003 tarih ve 4928 sayılı Kanun'un 6. Maddesi ile İYUK'nın 53. maddesinin 1. fıkrasına "ı" bendenin eklenmesi ile olmuştur.

¹⁰¹³ İYUK ve CMK'da, AİHM kararına dayanılarak yapılacak yargılamanın yenilenmesi talebinin, AİHM kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebileceği (İYUK, m. 35/3; CMK, m. 311/1-f) belirtilmişken, HMK'da bu süre üç aydır (HMK, m. 377/1-e).

¹⁰¹⁴ AİHM kararlarının Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma veya Yüce Divan sıfatıyla verdiği bir kararlar açısından yargılamanın yenilenmesi sebebi olması, 30.3.2011 tarih ve 6216 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir.

¹⁰¹⁵ Özbey, *op. cit.*, s. 422.

yenilenmesi nedeni olacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Keza, 6216 sayılı Kanun'un 67/2 maddesinde de AİHM kararlarının, Anayasa Mahkemesi'nin sadece siyasi parti kapatma veya Yüce Divan sıfatıyla verdiği kararlar açısından yargılamanın yenilenmesi nedeni olabileceği düzenlenmiş; bireysel başvuruların esas incelemesi sonunda verilen kararların yargılamanın yenilenmesi nedeni olacağına dair herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Acaba anılan usul kanunlarında, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruların esas incelemesi sonunda verdiği kararların yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında sayılmaması, yeniden yargılama yapılmasına hukuken bir engel teşkil etmekte midir? 6216 sayılı Kanun'un 50/2 maddesine göre; "Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir." Aslında 6216 sayılı Kanun'daki bu düzenlemeye dayanarak, diğer kanunlardaki yargılamanın yenilenmesi sebeplerine, sonradan yürürlüğe girmiş olan 6216 sayılı Kanun ile yeni bir yargılamanın yenilenmesi sebebi eklendiği söylenebilir. Keza, 6216 sayılı Kanun'un, 49/7 maddesine göre; "Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzük'te hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır." Bu iki madde bir arada değerlendirildiğinde Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruların esas incelemesi sonunda verdiği yeniden yargılanma kararının, diğer mahkemeler için yargılamanın yenilenmesi sebebi olduğundan kuşku duymamak gerekir. Aksine, yeniden yargılama için Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruların esas incelemesi sonunda verdiği kararların HMK, İYUK ve CMK'da yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında sayılması gerektiğini iddia etmek, bazı durumlarda ihlali ortadan kaldırmak için gerekli olan bu çözüm yolunu kapatmak anlamına gelir. Ancak bu türden tereddütlerin ortadan kalması için Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruların esas incelemesi sonunda verdiği kararların HMK, İYUK ve CMK'da yapılacak bir değişiklik ile tıpkı AİHM kararları gibi yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında sayılmasının, bu tür tereddütleri ortadan kaldırmak için yerinde bir düzenleme olacağı söylenebilir.

Yargılamanın yenilenmesi isteklerini, esas kararı vermiş olan ilk derece mahkemesi karara bağlayacaktır¹⁰¹⁶ (HMK, m. 378/1; CMK, m. 318/1, İYUK, m. 53/2). Bireysel başvuruya konu yargı kararı, kanun yolu öngörülmezsizin kesinleşmiş bir yargı kararı ise Anayasa Mahkemesi dosyayı doğrudan kesin hükmü veren bu mahkemeye göndermeli; kanun yolu incelemesi sonunda kesinleşmiş bir yargı kararı ise dosyayı kanun yolundaki son kararı veren üst derece mahkemesine göndermelidir. Bunun üzerine kanun yolundaki üst derece mahkemesi de yeniden yargılama için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermelidir. Ancak tespit edilen ihlal sadece ilk derece mahkemesi kararından veya sadece temyiz mahkemesi kararından ya da her iki mahkeme kararından da kaynaklanmış olabilir. İhlalin ilk derece mahkemesi kararından ya da hem ilk derece hem de temyiz mahkemesi kararından kaynaklandığı durumlarda dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekir. Ancak ihlalin sadece yanlış hukuki değerlendirmeden dolayı temyiz mahkemesi kararından kaynaklandığının tespit edilmesi halinde, dosyanın temyiz mahkemesine gönderilmesi ve yeniden yargılamanın burada yapılması gerekir. Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapacak olan mahkemeyi seçerken, her somut olayda başvurusunun hakkına yönelik ihlali ortadan kaldıracak mahkemeyi iyi belirlemelidir. Böylelikle yargılama süreci uzamayacak, başvurusunun hakkına yönelik ihlal mümkün olan en kısa sürede ortadan kaldırılmış olacaktır¹⁰¹⁷. Kanun'daki, "dosya ilgili mahkemeye gönderilir" (6216 sayılı Kanun, m. 50/2) ibaresinden bunu anlamak gerekir.

6216 sayılı Kanun'un 50/2 maddesine göre; "Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir." Bu düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere, yeniden yargılama yapmakla yükümlü olan mahkemenin yapacağı yargılama sonunda ihlal ve sonuçlarını ortadan

¹⁰¹⁶ Danıştay, 7. D. T. 28.10.2004, E. 2004/2407, K. 2004/2691, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (23.06.2013). "Yargılamanın iadesi talebini içeren dilekçe, kararı veren mahkemece incelenir" (HMK, m. 378/1). "Yargılamanın yenilenmesi istemi, hükmü veren mahkemeye sunulur" (CMK, m. 318/1). "Yargılamanın yenilenmesi istekleri esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanır" (İYUK, m. 53/2).

¹⁰¹⁷ Özbey; *op. cit.*, s. 424-425.

kaldıracak şekilde bir karar vermesi gerekir¹⁰¹⁸. Anayasa Mahkemesi'nin kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağladığı için (Any., m. 153/son) yeniden yargılama yapan mahkemenin, Anayasa Mahkemesi kararına direnmesi düşünülemez. Ancak yeniden yargılama yapan mahkemenin, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar vermesi mümkün olduğu gibi Anayasa'nın 153/son maddesi ve 6216 sayılı Kanun'un (m. 50/2) açık hükmüne rağmen, ilk kararında direnmesi ya da farklı/yeni bir karar vermesi de söz konusu olabilir.

Birinci ihtimalde, yani yeniden yargılama yapan mahkemenin Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar vermesi durumunda, ortada bir sorun yoktur. Bu durumda her ne kadar mahkeme, eski kararını değiştirmiş, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında belirttiği hususları dikkate alarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıran yeni bir karar vermiş ise de başvurucunun bu yeni karara karşı tekrar bireysel başvuruda bulunabileceğini kabul etmek söz konusu değildir. Çünkü böyle bir durumda temel hak ve özgürlük ihlali, Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere giderilmiş olacaktır.

İkinci ihtimalin gerçekleşmesi, yani yeniden yargılamayı yapan mahkemenin, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar vermemesi durumunda, bu karar bir temel hak ve özgürlük ihlali oluşturduğu için bu karara karşı doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne tekrar bireysel başvuruda bulunulabileceğini kabul etmek gerekir. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi'nin ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için diğer tedbirlere başvurabilir¹⁰¹⁹. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi'nin dosyayı tekrar, kararda tespit edilen ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için ilgili mahkemeye göndermesi, süreci kısır bir döngüye sokacağından işi bir çözümsüzlüğe götürebilir. Yeniden yargılama sonucunda mahkemenin, Anayasa Mahkemesi'nin kararında belirttiği üzere ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde bir hüküm tesis etmemesi ve eski kararında direnmesi ve bunun üzerine başvurucunun yeniden

¹⁰¹⁸ Ekinci, *op. cit.*, s. 156.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, s. 157; Özbey, *op. cit.*, s. 422.

Anayasa Mahkemesi'ne başvurması durumunda, Anayasa Mahkemesi'nin doğrudan ihlal ve sonuçlarını ortadan kaldıracak bir karar vermesi mümkün değildir. Böyle bir öneri 6216 sayılı Kanun tasarısı metninde yer lamasına ve Anayasa Komisyonunda kabul edilmesine rağmen, TBMM Genel Kurul'u görüşmelerinde metinden çıkarılmıştır¹⁰²⁰. Dolayısı ile kanun koyucu Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan ihlal ve sonuçlarını ortadan kaldıracak bir karar verme yetkisi vermek istememiştir. Dolayısı ile yeniden yargılama sonucunda mahkemenin, Anayasa Mahkemesi'nin kararında belirttiği üzere ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde bir hüküm tesis etmemesi ve eski kararında direnmesi üzerine, başvurusunun yeniden Anayasa Mahkemesi'ne başvurması durumunda, Anayasa Mahkemesi'nin ihlali gidermek için diğer tedbir olan tazminat tedbirine başvurması, mevcut düzenleme çerçevesinde başvurulabilecek en makul çözüm yolu olarak gözükmektedir.

Üçüncü ihtimalde yani yargılamanın yenilenmesi sonucunda ortaya çıkan yeni deliller ve olgulara dayanılarak yeni bir karar verilir yani eski karar kısmen veya tamamen değiştirilir ise bu karara karşı temyiz yolu açık olacaktır¹⁰²¹. Dolayısı ile üçüncü ihtimalde, başvuru yeniden yargılama sonucunda eski kararın kısmen veya tamamen değiştirilerek verilen yeni kararın, hak ihlalinin ortadan kaldırmadığını düşünüyor ise yeniden yargılama sonucunda ilk derece mahkemesinin verdiği bu yeni karara karşı, varsa kanun yollarını tükettikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabileceğini kabul etmek gerekir.

6216 sayılı Kanun'da yapılan düzenleme ile yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkemenin, mümkünse dosya üzerinden karar vermesi istenmiştir (m. 50/2). Ancak bu düzenlemenin, madde metnindeki "mümkünse" ibaresinden dolayı duruşma yapılması gereken hallerde, duruşma yapılmasına bir engel olmadığı açıktır.

4.2.2.4. Tazminat Ödenmesine Hükmedilmesi

6216 sayılı Kanun'a göre; bireysel başvuruların esas incelemesi sonunda mahkeme kararından kaynaklanan bir ihlal tespit edilmiş ise Anayasa Mahkemesi,

¹⁰²⁰ Özbey, *op. cit.*, s. 433-434.

¹⁰²¹ Odyakmaz vd. *op. cit.*, s. 262; Kunter, Nurullah ve Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. B., Beta, İstanbul, 2000, s. 1183. ; Kuru vd. *op. cit.*, s. 828.

ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Eğer yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar yok ise başvuru lehine tazminata hükmedilebilir (m. 50/2). Aynı husus İçtüzükte de şu şekilde ifade edilmiştir: “Bölümlerce yapılan inceleme sonunda, başvurunun bir hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi hâlinde, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı takdirde başvuru lehine uygun bir tazminata hükmedilebilir” (İçtüzük, m. 79/1-b). 6216 Sayılı Kanun ve İçtüzük’teki düzenlemelere bakıldığında, tazminata hükmedilmesi için temel şart yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmamasıdır. Kanun’da her ne kadar tazminata hükmedilmesi için başvurunun zarar görmüş olması yönünde bir şarta yer verilmemiş ise de İçtüzüğün, başvuru dilekçesinde (formunda) bulunması gereken hususları belirten 59/3-f maddesinde başvurunun tazminat talebi varsa uğranılan zarar ve buna ilişkin belgeleri başvuru formuna eklemesi gerektiği hususuna yer verilmiştir. Dolayısı ile Mahkemenin tazminata hükmedebilmesi için başvurunun zarar görmüş olması şartı da aranmaktadır. Özetle tazminata hükmedilebilmesi için yeniden yargılama yapılmasında hukuki bir yarar bulunmaması ve başvurunun bir zarara uğramış olması gerekmektedir.

Kanun ve İçtüzük’te, tazminata hükmedilmesi için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaması şartının aranmasının isabetli bir düzenleme olmadığı söylenebilir. Çünkü bir olayda hem yeniden yargılama yapılmasında hukuki bir yarar olabilir hem de tazmini gereken bir zarar doğmuş olabilir. Yeniden yargılama ile daha önceden ihlale neden olmuş kamu gücü işlemi ortadan kaldırılabilir ancak işlemin ortadan kaldırılmasıyla; işlem, ortadan kaldırılmaya devam eden ihlalden doğan zararlar giderilememiş olabilir. Dolayısı ile Anayasa Mahkemesi yeniden yargılama yapılmasına karar vermiş olsa bile bu kararın doğmuş zararları tamamen gidermediği durumlarda tazminata da hükmedebilmelidir¹⁰²².

Tazminata hükmetme, artık yeniden yargılama yapılmasının başvurunun zararını gideremeyeceğinin anlaşılması üzerine verilecek bir karardır. Örneğin, uzun gözaltı, tutukluluk ya da yargılama sürelerinin söz konusu olması durumlarında,

¹⁰²² Doğru, *op. cit.*, s. 92-93.

Mahkeme, yeniden yargılama yapılmasında hukuki bir yarar görmeyip tazminata hükmetmelidir¹⁰²³.

Başvurucunun bir temel hak ve özgürlüğünün kamu gücü tarafından ihlal edilmesinden dolayı ortaya çıkan zarar, maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Dolayısı ile tazminatın niteliği de duruma göre değişir¹⁰²⁴. Mahkeme kararında tespit edilen ihlal ile başvurucunun uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı olması durumunda tazminata hükmedilecektir. Böyle bir illiyet bağının olmaması tazminata hükmedilmesine engeldir.

6216 Sayılı Kanun ve İktüzük'te Mahkeme'nin tazminata hükmederken hangi kriterleri esas alacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Mahkeme, maddi zararın tespitinde başvuru ve Adalet Bakanlığı'nın sunduğu ya da resen araştırma sonucu elde ettiği belgelere dayanabileceği gibi bu konuda uzman görüşüne de başvurabilir. Manevi zararların belgelendirilmesi zararın niteliği gereği mümkün olmadığı için bu durumda Mahkeme'nin ihlale yol açan olayın oluş şekline, başvurucuda yaratmış olabileceği üzüntü, elem ve acı duygularının yoğunluğuna göre, "hakkaniyet" esasını da göz önünde tutarak bir tazminat miktarı belirlemesi gerekir¹⁰²⁵. Ayrıca başvurucunun, bireysel başvuruya konu işleminden dolayı genel mahkemelerde tazminat davası açıp açmadığına ve bu konuda genel mahkemelerden alınmış bir yargı kararı olup olmadığına da bakılmalıdır. Örneğin CMK 141¹⁰²⁶ vd.

¹⁰²³ Özbey, *op. cit.*, s. 429-430.

¹⁰²⁴ *Ibid.*, s. 430; Doğru, *op. cit.*, s. 93.

¹⁰²⁵ Doğru, *op. cit.*, s. 93.

¹⁰²⁶ CMK'nın "Tazminat istemi" başlıklı 141. maddesine göre;

“(1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,

b) Kanunî gözetim süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,

c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan,

d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,

e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayla yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,

f) Mahkûm olup da gözetim ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu ceza ile cezalandırılan,

g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,

h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,

maddelerine göre tazminat isteminde bulunan biri, aynı zamanda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda da bulunmuşsa ve Mahkeme tazminata hükmedecek ise ortada aynı konuda iki farklı yargı organından iki farklı karar çıkması ihtimali söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda Mahkeme, 6216 sayılı Kanun'un 50/2 maddesinde belirtilen genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterme yetkisi kapsamında, tespit ettiği ihlal kararını tazminat davasının açılmış olduğu genel mahkemeye gönderebilir¹⁰²⁷.

Anayasa Mahkemesi kararında, tazminatın biçimi ve ödeme şekli açıkça belirtilmelidir¹⁰²⁸. 6216 sayılı Kanun'da, tazminat kararlarının uygulanması veya gecikmesi durumunda işletilecek faiz konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu karar doğrudan icra dairesi vasıtasıyla uygulamaya konulabilir. Faiz olarak da kanuni faiz işletilebilir.

Başvurucunun ihlalden dolayı uğradığı zararın giderilmesi yöntemlerinden biri olan tazminata hükmedilmesi yöntemi, AİHS'nin de öngörmüş olduğu bir yöntemdir. AİHS'nin "Hakkaniyete uygun tatmin" başlıklı 41. maddesine göre; "Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder."

4.2.2.5. Genel Mahkemelerde Dava Açılması Yolunun Gösterilmesi

6216 Sayılı Kanun'a göre bireysel başvuruların esas incelemesi sonunda bir mahkeme kararından kaynaklanmış ihlal tespit edilir ise ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir.

i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,

j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,

k) (Ek: 11/4/2013-6459/17 md.) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan,

Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.

(2) Birinci fıkranın (e) ve (f) bentlerinde belirtilen kararları veren merciler, ilgiliye tazminat hakları bulunduğunu bildirirler ve bu husus verilen karara geçirilir" (CMK, m. 141).

¹⁰²⁷ Özbey, *op. cit.*, s. 430-431.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, s. 456.

Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir (m.50/1,2). Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yararın bulunmaması da genel mahkemelerde dava açılması yolunun gösterilmesi için gerekli bir şarttır. Başka bir ifade ile yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar var ise genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilemez.

İçtüzüğe göre; “Tazminat miktarının tespitinin, daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi hâlinde, Bölüm bu konuyu kendisi karara bağlamaksızın genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebilir” (m. 79/1-c). Anayasa Mahkeme’since, genel mahkemelerde dava açılması yolunu göstermesi üzerine, bu karara binaen genel mahkemelerde dava açmak, başvurunun takdirine kalmıştır. Başvurucunun, genel mahkemelerde açtığı dava neticesinde, başvuru, ilk derece mahkemesince verilen kararın ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmadığı kanaatinde ise kanun yollarına başvurup tüketmesi gerekir. Kanun yolları tüketildikten sonra hâla ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmadığını iddia ediyor ise tekrar Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunabileceğini kabul etmek gerekir¹⁰²⁹.

4.2.3. Yerindelik Denetimi Yapılamaması ve İdari İşlem ve Eylem Niteliğinde Karar Verilemesi

6216 Sayılı Kanun’a göre; “Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez” (m. 50/1) İhlal kararı verilmesi halinde Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedecek olmakla beraber (6216 sayılı Kanun, m. 50/1; İçtüzük, m. 79/2), Kanun, kararın içeriğine ilişkin iki sınırlama durumundan bahsetmektedir. Bu durumlardan biri “yerindelik denetimi yapılamaması” diğeri de “idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilememesi” durumudur (6216 sayılı Kanun, m. 50/1). Başka bir ifade ile ihlal kararı verilmesi hâlinde, Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için

¹⁰²⁹ *Ibid.*, s.433.

yapılması gerekenlere hükmedebilir fakat yerindelik denetimi yapamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar veremez (6216 sayılı Kanun, m. 50/1). Ayrıca, Anayasa'nın, 125/4 maddesine göre; “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez”.

Kanuni düzenlemeler yapılırken bütün ihtimallerin önceden öngörülmesi mümkün değildir. Keza idarenin çözmekle mükellef olduğu sorunlar, o kadar çeşitlidir ki her bir olayla ilgili olarak aynı çözümü benimsemek doğru ve adil sonuçlar vermeyebilir. Yine kamu hizmetlerinin teknik zorunlulukları, idareyi, farklı biçimde davranmaya zorlayabilir. Bütün bunlardan dolayı, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde, kamu yararını gerçekleştirilebilmesi amacıyla zaman ve mekâna ve halin icaplarına göre idareye belli ölçülerde hareket serbestisi tanınmaktadır¹⁰³⁰. İşte idareye tanınan bu serbestî, idareye tanınan takdir yetkisinin ta kendisidir. Bu bağlamda takdir yetkisi, idareye tanınan, belli bir konuda karar alıp almama veya birden fazla karar arasında seçim yapma imkânı olarak tanımlanabilir¹⁰³¹. İdareye tanınan takdir yetkisi sınırsız, keyfiliği ve hukuksuzluğu içeren bir yetki olmayıp, bu yetki hukuk kurallarının çizdiği sınırlar içinde hareket etme özgürlüğüdür¹⁰³². İşte yerindelik denetimi yapılması demek, yargının, idari işlemin hukuka uygunluk denetiminin ötesinde, takdir yetkisini denetlemesi, buna müdahale etmesidir.

6216 Sayılı Kanun'a göre; esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilirken, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. (6216 sayılı Kanun, m. 50/1).İdari eylem

¹⁰³⁰ Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, 1966, s. 421-429; Özay, İl Han Günışığında Yönetim, Alfa, İstanbul, 1996, s. 359; Çağlayan, Ramazan, *Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003, s. 174-175.

¹⁰³¹ Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 340; Giritli vd. op. cit., s. 84; Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 77; Kalabalık Halil, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, Aralık 1997, (s. no yok) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_2_13.pdf (24.06.2013); Özkan, Gürsel, *Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi*, Saydam Matbaacılık, Ankara, 1995, s. 68.

¹⁰³² Özay, op. cit., s. 358.

ve idari işlem kavramının ne olduğu konusunda ne İYUK’da ne de diğer kanunlarda herhangi bir tarif yapılmış değildir. Dolayısı ile bu konuda doktrin ve içtihatlarla bakmak gerekmektedir. En dar anlamıyla “idarenin kamu hukuku alanındaki fiil ve hareketleri”¹⁰³³ demek olan idari eylem kavramı, doktrinde ve yargı kararlarında çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Örneğin öğretide, idari eylemi: idarenin, idari faaliyetlerini gerçekleştirirken özellikle asli görevlerinden olan kamu hizmetlerini yerine getirirken, idare ajanlarının yapmış olduğu bir hareket, bir tutum, bir olay veya ortada herhangi bir idari işlem olmadan yapılan iş, ameliye, hareket ve çalışmalar¹⁰³⁴ olarak tanımlayanlar olduğu gibi; idarenin, faaliyetleri esnasında gerek kasten gerçekleştirdiği fiiller gerekse iradesi dışında meydana gelen olaylar ile hareketsiz kalması sonucu meydana gelen bazı fiili durumlardır diye tanımlayanlar ya da idarenin faaliyeti esnasında yürütülen idari faaliyet ile ilgili olarak kullandığı araç ve gereçlerinin işleyişi veya işlemeyişi ya da idarenin personelinin davranışı yüzünden doğan zararlar şeklinde tanımlayanlar mevcuttur¹⁰³⁵. Mahkeme kararlarına bakıldığında, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararında, idari eylem şöyle tarif edilmiştir: “idari eylem, idarenin idare etme fonksiyonu sırasındaki bir hareketi, bir olayı, bir tutumu anlatır... İdareye ait bir barajın taşması, kolluk görevinin ifası veya yangın söndürme çalışmaları sırasında idare ajanlarının bir başkasının şahsına veya malına zarar vermeleri halinde olduğu gibi...” şeklinde tanımlanmıştır¹⁰³⁶. Doktrin ve yargı içtihatlarındaki bu izahatlardan anlaşıldığı üzere idari eylem, icrâi bir şekilde olabileceği gibi ihmali bir şekilde de olabilir. Yani idare ajanlarının müsbet fiilleri kadar, idare tarafından yapılması gereken bir şeyin yapılmaması, örneğin alınması gereken bir tedbirin alınmaması gibi menfi tutumlar da idari eylem olarak kabul edilmektedir¹⁰³⁷. Doktrinde, idari işlem ise kamu gücü ayrıcalıkları içeren ve hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamaları olarak tanımlanmaktadır¹⁰³⁸.

¹⁰³³ *Ibid.* s. 729.

¹⁰³⁴ Demirkol, Selami, “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu”, *Sayıştay Dergisi*, Ocak-Mart 2001, S. 40, s. 2 <http://www.sayistay.gov.tr/dergi/icerik/der40m5.pdf>, (24.06.2013).

¹⁰³⁵ Özay, *op. cit.*, s.729-730.

¹⁰³⁶ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, T. 14.4.1973, E. 1972/2, K. 1973/10, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (24.06.2013).

¹⁰³⁷ Sarıca, Ragıp, *İdari Kaza*, Cilt I, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949, s.380

¹⁰³⁸ Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, *op. cit.*, s. 251-252.

İdari işlemler, yeni bir hukuksal durum yaratan, var olan hukuksal durumları değiştiren ya da kaldıran irade açıklamalarıdır¹⁰³⁹.

Yargı organlarının verecekleri yargı kararları ile idarenin işlem ve eylemleri üzerinde yerindelik denetimi yapamaması veya idari işlem ve eylem niteliğinde karar verememesi demokrasi ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Kararları bağlayıcı nitelikte olan yargının, idarenin yerine geçip karar alması, yurttaşlara karşı hesap verme durumu söz konusu olmayan yargının günlük siyasete karışması sonucunu doğurur ki bu hem demokrasi ilkesi ile çelişir hem de kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturur¹⁰⁴⁰.

Olaya Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru açısından bakıldığında, 6216 sayılı Kanun'un 50/1 maddesinden çıkan sonuç o dur ki Anayasa Mahkemesi'nin esas inceleme sonunda takdir yetkisine müdahale sonucunu doğuracak şekilde yerindelik denetimi yapamaması, yürütmenin ve onun devamı olan idarenin kanunlarda tanınan yetkilerine müdahale edecek şekilde idari işlem veya eylem niteliğinde karar vermemesi gerekir¹⁰⁴¹.

4.2.4. Düşme Kararı

Bölümler ya da Komisyonlarca yargılamanın her aşamasında düşme kararı verilebilirler (İçtüzük, m. 80/1). 6216 sayılı Kanun'da sadece davadan feragat hâlinde düşme kararı verileceği belirtilmiş olmasına rağmen, İçtüzük'te davadan feragatin yanında düşme kararı verilebilecek başka durumlarda belirtilmiştir. Buna göre, Bölümler ya da Komisyonlarca yargılamanın her aşamasında aşağıdaki hâllerde düşme kararı verilebilir (İçtüzük, m. 80/1-a-ç):

- a) Başvurucunun davadan açıkça feragat etmesi.
- b) Başvurucunun davasını takipsiz bıraktığının anlaşılması.
- c) İhlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması.

¹⁰³⁹ Giritli vd. *op. cit.*, s. 983.

¹⁰⁴⁰ Özbey, *op. cit.*, s. 410-411.

¹⁰⁴¹ *Ibid.* s. 414.

ç) Bölümler ya da Komisyonlarca saptanan herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi.

Düşme kararı kabul edilebilirlik incelemesi aşamasında, Komisyonlarca verilebileceği gibi, Bölümler tarafından da esas hakkındaki son karar verilinceye dek yargılamanın her aşamasında verilebilir (İçtüzük, m. 80/1).

İçtüzüğün 80/1 maddesinde, a-ç bentlerinde sayılan nedenlerden herhangi birinin varlığı halinde “düşme kararı verilebilir” denmektedir. Başka bir ifadeyle İçtüzüğe göre, 81. maddenin 1. fıkrasının a-ç bentlerinde sayılan sebeplerden birinin varlığı halinde, Mahkeme mutlaka düşme kararı vermek zorunda değildir. İçtüzüğün 80. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen durumların varlığı halinde, 1. fıkra belirtilen sebepler var olsa dahi düşme kararı verilmeyebilir. Buna göre; “Bölüm’ler ya da Komisyon’lar; yukarıdaki fıkra belirtilen nitelikteki bir başvuruyu, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kıldığı hâllerde incelemeye devam edebilir” (İçtüzük, m. 80/2).

İçtüzüğün, düşme kararı konusunda böyle bir düzenleme yapması, bireysel başvurunun işleviyle de örtüşmektedir. Şöyle ki Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun biri sübjektif diğeri de objektif olmak üzere iki temel işlevi vardır. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun sübjektif işlevi, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve hayata geçirilmesidir¹⁰⁴². Gerçekten de Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun öncelikli hedefi kamu gücü tarafından bir temel hak veya özgürlüğü ihlal edilenlerin mağduriyetini gidermek için hakkı ihlal eden kamu gücü işlemini iptal ederek, ihlalden kaynaklanan mağduriyeti gidermektir. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun bu sübjektif işlevinin yanında bir de objektif işlevi vardır. Kurumun objektif işlevi ise Anayasa ile kurulan hukuk düzeninin korunması¹⁰⁴³ ve Anayasa yargısı içtihatlarının geliştirilmesidir¹⁰⁴⁴. Federal Alman uygulamasında, eğer bireysel başvurunun (anayasa şikâyeti)

¹⁰⁴² Mellinshof, *op. cit.*, s. 33; Hillgruber, Cristian – Goos, Cristoph, *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg, 2006, s. 34; aktaran, Kılınç, *op. cit.*, s. 27

¹⁰⁴³ Mellinshof, *op. cit.*, s. 33.

¹⁰⁴⁴ Kılınç, *op. cit.*, s. 26.

sübjektif özelliği ağır basıyorsa başvurunun geri alınabilmesinin, objektif yönü ağır basıyorsa geri alınamamasının söz konusu olacağı dile getirilmektedir¹⁰⁴⁵. İçtüzüğün 80/2 maddesi de objektif işleve atıf yapan bir düzenlemedir. Dolayısı ile 6216 sayılı Kanun 50/5 maddesindeki; “Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir” şeklindeki düzenlemenin isabetli olmadığı söylenebilir. Çünkü “verilir” ibaresi, emredici niteliktedir. Bu da Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun sadece sübjektif işlevini kabul etmek, objektif işlevini yok saymak anlamına gelir. Oysaki doğru olan ifade İçtüzük’teki “verilebilir” şeklindeki ifadedir. Dolayısı ile İçtüzükteki düzenleme dikkate alınarak Anayasa Mahkemesi, başvurucunun davadan feragat etmesi durumunda, başvurunun sübjektif işlevi ağır basıyor ise düşme kararı kararı vermeli; objektif işlevi ağır basıyor ise yani 80. maddenin 2. fıkradaki şartlar varsa düşme kararı verilmemelidir. Bu kıstas İçtüzüğün 80/1 maddesinde yazan diğer düşme sebepleri için de uygulanmalıdır. Bu açıklamalar doğrultusunda, 6216 sayılı Kanun’daki (m. 50/5) “verilir” ibaresinin de kanun koyucu tarafından “verilebilir” şeklinde değiştirilmesi gerektiği söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında “feragat”, kelime olarak “vazgeçme” aynı anlama geldiğini kabul etmiş; 6216 sayılı Kanun’un 49/7 maddesi gereği uygulanması gereken 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 307. maddesinde “feragatin”; “*davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir*” şeklinde tanımlandığını belirtmiştir. Mahkeme’ye göre; İçtüzük’ün 80. maddesinin 1. fıkrasının “a” bendi gereğince başvurucunun talep sonucundan vazgeçmesi hâlinde Anayasa Mahkemesi tarafından, başvurunun İçtüzük’ün 80. maddesinin 2. fıkrasındaki istisnalar arasında bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme sonucunda İçtüzüğün 80. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen istisnaların bulunmadığı kanaatine varılırsa başvurucunun feragatinden dolayı düşme kararı verilir¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁵ Federal Almanya’da doktrindeki görüşlerde, anayasa şikâyeti başvurusunun objektif niteliğinin daha çok öne çıktığı söylenebilirken Mahkeme kararlarında ise, öncelikle kişilerin temel haklarını koruma fonksiyonu olan sübjektif niteliğin öne çıktığı söylenebilir. Bununla birlikte, mahkeme her iki fonksiyonu da koruduğunu birçok kararında dile getirmiştir. Kılınç, *op. cit.*, s. 26.

¹⁰⁴⁶ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 12.02.2013, Başvuru No. 2012/69, § 16, 17, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000319&content= (27.06.2013).

Başvurucunun davadan açıkça feragat etmesi durumu dışında, başvurunun davasını takipsiz bıraktığının anlaşılması durumunda da Bölümlerce ya da Komisyon’larca düşme kararı verilebilir (İçtüzük, m. 80/1-b). Böyle bir durumda başvurunun başvuru takip etmeme iradesi olduğu kabul edilir. Örneğin, Mahkeme’nin başvurucuya veya temsilcisine belli bir süre ulaşamaması durumunda başvurunun takipsiz bırakıldığı kabul edilebilir.

İhlalin ve sonuçlarının ortadan kalmış olması durumu da düşme kararı verilebilecek bir başka durumdur (İçtüzük, m. 80/1-c). Bireysel başvurunun temel amacı iddia edilen hak ihlalinin tespit edip ortadan kaldırmaktır. Eğer ihlal ortadan kalmış ise bu amaca ulaşıldığı için başvuru hakkında düşme kararı verilebilir. Örneğin uzun tutukluluk süresinden dolayı CMK m. 141 vd. maddelere göre başvuru tazminat davası açmış ve bu tazminat almış ise bu tazminat Anayasa Mahkemesi’nin de ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için hükmetmeyi düşündüğü tazminat miktarıyla aynı ise Anayasa Mahkemesi, o zaman, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığı gerekçesi ile düşme kararı verebilir.

Anayasa Mahkemesi, feragat, davanın takipsiz bırakılması ve ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması nedenleri dışında, başka nedenlerle de başvuru hakkında düşme kararı verebilir. İçtüzüğün 80/1-ç maddesine göre, Bölüm’ler ya da Komisyon’larca saptanan herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi durumunda da başvuru hakkında düşme kararı verilebilir. İçtüzüğün 80/1-ç maddesinde belirtilen “başka nedenlerin” neler olabileceğini belirlemek konusunda, Mahkeme’nin takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin, başvurunun ölümü üzerine mirasçı veya yakınlarının başvuru takip edeceklerini bildirmemeleri veya bildirmelerine rağmen meşru bir menfaatlerinin olmaması ya da başvurunun veya temsilcisinin başvuru takip etmekte özen göstermemesi, çağrıldıkları halde duruşmaya gelmesi, kendilerinden istenen bilgi veya belgeleri Mahkeme’ye sunmamaları gibi¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁷ Doğru, *op. cit.*, s. 97-98.

Bireysel başvuruyu sonlandıran düşme kararı, AİHS’de de düzenlenmiş bir karar türüdür. AİHS’nin “Başvurunun kayıttan düşmesi” başlıklı 37/1 maddesine göre; başvuru sahibi başvurusunu takip etme niyetinde değilse veya sorun çözümlenmişse veyahut başka herhangi bir nedenden ötürü, başvurunun incelenmesine devam edilmesi hususunda artık haklı bir gerekçe görmezse AİHM yargılamanın herhangi bir aşamasında, başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verebilir. Ancak AİHS ve eki protokollerinde tanımlanan insan haklarına riayet gerektiriyorsa, Mahkeme başvurunun incelenmesine devam eder (AİHS, m. 37/1). Mahkeme koşulların haklı kıldığı kanısına varırsa, bir başvurunun eski haline döndürülmesini de kararlaştırabilir (AİHS, m. 37/2; AİHM İçtüzüğü, m. 43/5). Görüldüğü üzere AİHM, bir başvuru hakkında düşme kararı vermesine rağmen, davanın yeniden kayda alınmasını gerektirecek şartların oluştuğu kanısına varırsa, davayı yeniden kayda almak yetkisine sahiptir. Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi’ne bu yetki tanınmamıştır. Doktrinde, AİHS’de (m. 37/2’de) olduğu üzere, hakkında düşme kararı verilen bir başvurunun, haklı nedenlerin ortaya çıkması halinde tekrar kayda alınması gerektiği yetkisinin, Anayasa Mahkemesi’ne de tanınması gerektiği yönünde görüş de vardır¹⁰⁴⁸.

AİHM İçtüzüğüne göre, AİHM, davanın düşmesine karar verdiği zaman, masrafları da takdir eder (AİHM İçtüzüğü, m. 43/4). Anayasa Mahkemesi yukarıda zikredilen 12.02.2013 tarihli kararında, düşme kararı verilmesi durumunda bireysel başvuru harcının iadesi talebi ve yargılama giderleri ile ilgili olarak şu değerlendirmeyi yapmıştır: “... bireysel başvuru harcının iadesi hususu, 6216 sayılı Kanun ve İçtüzük’te özel olarak düzenlenmemiştir. İlgili diğer mevzuatta da, buna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. 6216 sayılı Kanun’un 49. maddesinin (7) numaralı fıkrasındaki atıf gereği, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 312. maddesindeki ‘Feragat veya kabul beyanında bulunan taraf, davada aleyhine hüküm verilmiş gibi yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilir. Feragat ve kabul, talep sonucunun sadece bir kısmına ilişkin ise yargılama giderlerine mahkûmiyet, ona göre belirlenir’ hükmünden, feragat beyanında bulunan tarafın yargılama giderlerinden sorumlu olacağı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte bireysel başvuru harcı, başvuru

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, s. 96.

sürecinin başlatılması için alınmaktadır. Anılan sürecin, esas hakkında inceleme ile sonuçlanması zorunlu olmayıp, ön inceleme veya kabul edilebilirlik incelemesi neticesinde de sona ermesi mümkündür. Dolayısıyla fazla veya yersiz olarak tahsilât yapılması hâlleri hariç, başvurudan feragat durumunda bireysel başvuru harcının iadesi mümkün değildir.”¹⁰⁴⁹

4.2.5. Pilot Karar

Pilot karar uygulaması, bireysel başvurunun ikincilik ilkesinin bir gereği olarak, AİHM’ye taraf devletlerin yapısal sorunlu alanlarına ilişkin önüne gelen çok sayıda başvurunun bir pilot dosya üzerinden iç hukuka bırakılmasının yoludur¹⁰⁵⁰. Bu çözüm yolu, taraf devletlerdeki yapısal sorunlardan kaynaklanan aynı nitelikteki çok sayıda başvurunun, tek tek incelenmesi yerine, bunların bir tanesinin incelenip, bu incelenen dosya üzerinden iç hukukta alınması gereken tedbirlerin gösterilmesi suretiyle, Mahkeme’nin iş yükünü azaltma isteğinin bir sonucu olarak, içtihat yoluyla ortaya çıkmıştır. Daha sonra da 14 Nolu Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra 12.02.2011 tarihinde yapılan ilk İçtüzük değişikliği ile AİHM İçtüzüğü’nde (m. 61) düzenlenmiştir¹⁰⁵¹.

14. Protokolde düzenlenmeyen pilot karar yöntemi, Bakanlar Komitesi’nin iki kararına; (2004)3 ve (2004) 6 kararlarına dayanılarak hayata geçirilmiştir¹⁰⁵². Bakanlar Komitesi, (2004)3 sayılı “Sistemik bir sorunu ortaya koyan kararlar” hakkında hazırladığı kararında, AİHM’yi, devletlere uygun çözüm bulma yolunda ve Bakanlar Komitesi’ne kararların uygulanmasını denetlemede konusunda yardımcı olmak amacıyla, sistemik bir sorun olup olmadığını ve bu sorunun nedenleri olduğunu düşündüğü durumları tespit etmeye davet etmiştir¹⁰⁵³. (2004) 6 sayılı “iç

¹⁰⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 12.02.2013, Başvuru No. 2012/69, op. cit., § 18.

¹⁰⁵⁰ Özbey, *op. cit.*, s. 236.

¹⁰⁵¹ Karaman, *op. cit.* s. 323.

¹⁰⁵² Altıparmak, Kerem, “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik”, *50. Yılında İnsan Hakları Mahkemesi Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?*, Yayına Hazırlayan, Kerem Altıparmak, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 66. Esere ayrıca online olarak: <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/a/aihm50.pdf> adresinden de ulaşılabilir.

¹⁰⁵³ Council of Europe Committee of Ministers, Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session) <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743257&Lang=fr> (27.06.2013).

hukuk yollarının geliştirilmesine ilişkin” kararında ise Mahkeme’nin giderek artan bir iş yükü ile karşı karşıya olduğunu, bu nedenle taraf devletlerin iç hukuklarında sorunları giderici önlemler almasının önemli olduğunu vurgulanmış; Mahkeme önüne çok sayıda dava gelmesi ve bunların devam etme ihtimalinin bulunması halinde hem potansiyel başvuruçuların hem de aktüel başvuruçuların kullanabileceği etkili bir iç hukuk yolu sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda ulusal mevzuat ya da uygulamadaki genel eksikliklere işaret eden “pilot karar” yönteminin önemine vurgu yapmıştır. Bakanlar Komitesi’ne göre, böylece hem ikincillik (subsidiarity) ilkesine uyulmuş olacak hem de AİHM’nin iş yükü sorunu çözülmüş olacaktır¹⁰⁵⁴.

Mahkeme ilk pilot kararı Broniowski / Polonya kararıdır. Mahkeme bu kararı, pilot karar yönteminin tipik bir örneğidir¹⁰⁵⁵. Broniowski, 2. Dünya Savaşı sonrasında SSCB ile Polonya arasında yapılan anlaşma sonucunda, SSCB sınırlarında kalan malları nedeniyle alacak hakkı doğan 80.000 Polonya vatandaşından sadece biridir. Bunlardan 167 kişi, davasını AİHM önüne götürmüştür¹⁰⁵⁶. Mahkeme, ihlalin, Polonya mevzuatının veya idari pratiğinin kötü işlemlerinden kaynaklanan ve çok sayıda kişiyi etkileyen ve etkilemeye devam eden yaygın bir sorundan kaynaklandığını¹⁰⁵⁷ tespit ettikten sonra, bu davada ilk defa, bir taraf devletin alması gereken genel önlemler konusunda karar vermiştir. Buna göre, Devlet’in alacağı genel önlemler ya AİHS’yi ihlal ettiği tespit edilen durumdan etkilenen çok sayıdaki kişinin haklarına ulaşmalarının önünde bulunan tüm engelleri kaldırmalı veya Taraf Devlet, bunun yerine eşit nitelikte bir giderim sağlayacak tazminat önlemine başvurmalıdır¹⁰⁵⁸.

AİHM İçtüzüğü’nün 61. maddesinde; bir başvuruya ilişkin olayların, ilgili Sözleşmeciler Taraf’ta yapısal ya da sistemik bir sorun ya da benzer başvurulara neden

¹⁰⁵⁴ Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session), <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743317> (27.06.2013).

¹⁰⁵⁵ Altıparmak, op. cit., s. 89.

¹⁰⁵⁶ Case of Broniowski v. Poland, 22.06.2004, Application no. 31443/96, § 193, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61828> (27.06.2013).

¹⁰⁵⁷ Ibid., § 189.

¹⁰⁵⁸ Ibid., § 194.

olan başka benzer işlevsizlikler ortaya çıkarması durumunda, Mahkeme'nin pilot karar uygulaması başlatılabileceği ve pilot karar verebileceği belirtilmektedir¹⁰⁵⁹. Bu tür durumlarda AİHM, tasnif edip gruplandığı bu kapsama giren başvurulardan bir tanesini seçerek esas hakkında karar verir. Bu kararda iç hukukta alınması gereken tedbirlere yer verilir. İşte bu karar pilot karardır. Bu sırada aynı türden olan diğer başvuruların incelenmesini erteler. Sözleşme'ye taraf devletin iç hukukta, pilot kararda belirtilen önlemleri alması ve ihlalleri ve sonuçlarını ortadan kaldırması durumunda, AİHM muhtemelen elindeki aynı türden başvurular hakkında kabul

¹⁰⁵⁹ AİHM İçtüzüğü'nün "Pilot karar usulü" başlıklı 61. maddesine göre:

"1. Bir başvuruya ilişkin olayların, ilgili Sözleşmeci Taraf'ta yapısal ya da sistemik bir sorun ya da benzer başvurulara neden olan başka benzer işlevsizlikler ortaya çıkarması durumunda, Mahkeme pilot-karar uygulaması başlatabilir ve pilot-karar verebilir.

2. (a) Mahkeme, pilot-karar usulünü başlatmadan önce, ilk olarak taraflardan, incelenen başvurudaki meselenin ilgili Sözleşmeci Taraf'ta böylesi bir sorunun ya da işlevsizliğin varlığından kaynaklanıp kaynaklanmadığına ve bu usul uyarınca başvurunun incelenmesinin uygunluğuna ilişkin görüşlerini ister.

(b) Mahkeme pilot-karar usulünü re'sen ya da bir ya da her iki tarafın talebi üzerine başlatabilir.

(c) Pilot-karar uygulaması için seçilen herhangi bir başvuru İçtüzüğün 41. maddesi uyarınca öncelikli olarak işlem görecektir.

3. Mahkeme pilot-kararında, hem yapısal veya sistemik sorunun niteliğini veya diğer işlevsizlikleri, hem de ilgili Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuk düzeninde, kararın hüküm fıkrasına uygun olarak alması gereken düzeltici tedbirlerin türünü tespit eder.

4. Mahkeme, gerekli tedbirlerin niteliğini ve teşkil edilen problemin iç hukuk düzeninde çözülebileceği hızı göz önünde tutarak, pilot kararın işlevsel hükümlerinde, yukarıda 3. paragrafta belirtilen pilot-kararının hüküm fıkrasındaki tedbirlerin belirli bir süre içinde yerine getirilmesini emredebilir.

5. Mahkeme bir pilot karar verirken, pilot kararda davalı Devlet tarafından alınması gereken bireysel ve genel tedbirlerin yerine getirilmesi beklentisiyle adil tazmin talebinin tamamını ya da bir kısmını saklı tutabilir.

6. (a) Mahkeme, uygun gördüğü takdirde, pilot kararın hüküm fıkrasında öngörülen gerekli düzeltici tedbirlerin uygulanmasını bekleyen bütün benzer başvuruların incelenmesini erteleyebilir.

(b) Başvuranlar, erteleme kararından uygun bir şekilde haberdar edilirler. Ayrıca, uygun görüldüğü takdirde, davalarını etkileyen bütün ilgili gelişmeler konusunda bilgilendirilirler.

(c) Mahkeme, dilediği zaman, düzgün bir adalet yönetiminin gerekleri nedeniyle ertelenen bir başvuruyu inceleyebilir.

7. Pilot dava, taraflarının dostane çözüm hususunda anlaşmaları halinde, bu tür bir anlaşma, diğer mevcut başvuranlara veya muhtemel başvuranlara ödenecek tazminatın yanında, pilot kararda tespit edilen genel tedbirlerin uygulaması hususunda davalı Hükümetin bir bildirimini içerir.

8. İlgili Sözleşmeci Tarafın pilot kararın hüküm fıkrasına uygun davranmaması halinde, Mahkeme, aksi yönde bir karar vermedikçe, yukarıda 6. paragraf uyarınca ertelediği başvuruların incelenmesine yeniden devam eder.

9. Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Mahkeme'nin bir Sözleşmeci Taraf'ta yapısal ya da sistemik sorunun varlığına dikkat çektiği herhangi başka bir kararın yanı sıra verdiği bir pilot karar hususunda bilgilendirilir.

10. Pilot-karar yargılamasının başlatıldığına, pilot kararın verilmesine ve bu kararın icrasının yanında yargılamanın sonlandırıldığına ilişkin bilgi, Mahkeme'nin web sitesinde yayınlanır." (AİHM İçtüzüğü, m. 61).

edilmezlik kararı verecek ve başvuru iç hukuktaki yeni başvuru yoluna yönlendirecektir. Aksi halde, yani iç hukukta pilot kararda belirtilen tedbirlerin alınmaması veya oluşturulan yeni başvuru yolunun ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmaması durumunda AİHM, incelemesini durdurduğu başvuruları, tekrar gündeme alıp inceleyecektir¹⁰⁶⁰.

Türk hukukunda ise pilot karar usulü, 6216 sayılı Kanun'da düzenlenmemiş olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde (m. 75) düzenlenmiştir. Buna göre, Bölümler, bir bireysel başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığını ve bu sorunun başka başvurulara da yol açtığını tespit etmeleri ya da bu durumun yeni başvurulara yol açacağını öngörmeleri hâlinde, pilot karar usulünü uygulayabilirler (İçtüzük, m. 75/1). Böyle bir durumda, Bölüm tarafından konuya ilişkin pilot bir karar verilir. Benzer nitelikteki başvurular idari mercilerce, pilot kararda belirtilen ilkeler çerçevesinde çözümlenir; çözümlenmediği takdirde Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanır (İçtüzük, m. 75/1). İçtüzüğün “toplucu karara bağlanır” ibaresinden aynı nitelikteki başvuruların tamamının Bölümlerce karara bağlanacağını anlamak gerekir.

Pilot karar usulünü Bölüm resen başlatabileceği gibi, Adalet Bakanlığı'nın ya da başvuru istemi üzerine de başlatabilir (İçtüzük, m. 75/2). Pilot karar usulünün uygulanması için seçilen başvuru, gündemin öncelikli işleri arasında sayılır (İçtüzük, m. 75/3). Bölüm vereceği pilot kararında, tespit ettiği yapısal sorunu ve bu sorunun çözümü için alınması gereken tedbirleri belirtir (İçtüzük, m. 75/4). Bölüm, bir konuda pilot karar alması durumunda, bu kararlar birlikte, karara konu yapısal soruna ilişkin benzer başvuruların incelenmesini erteleyebilir. İlgililer, bu erteleme kararı hakkında bilgilendirilirler. Bölüm, gerekli gördüğü takdirde, ertelediği başvuruları gündeme alarak karara bağlayabilir (İçtüzük, m. 75/1). Bölümün böyle bir şeye gerek görmesi, ilgili mercilerce pilot kararda belirtilen tedbirlerin alınmayıp, ihlal ve sonuçlarının devam etmesi durumunda söz konusu olabilir.

Türkiye uygulamasında, uzun tutukluluk ya da uzun yargılama süreleri gibi bazı yapısal sorunlardan kaynaklanması muhtemel, aynı türdeki çok sayıda başvuru

¹⁰⁶⁰ Doğru, *op. cit.* s. 95-96.

için bu yöntemin kullanılabilmesi; bunun da Anayasa Mahkemesi'ni önemli ölçüde iş yükünden kurtaracağı söylenebilir. Çünkü bu yöntem, AİHM'nin iş yükünü de oldukça hafifleten bir yöntemdir. Genel olarak Strasbourg'a yapılan başvuruların %90'ının kabul edilemez bulunduğu; kabul edilebilir bulunarak incelenen başvuruların %60'ının da Mahkeme'nin yerleşik içtihadının kurulduğu alanlarda "tekrar/kopya davalar" olarak nitelendirilen başvurulardan oluştuğu görülmektedir¹⁰⁶¹. Bu nedenle bu usulün, Türk hukukunda da kabul edilmesinin oldukça isabetli olduğu söylenebilir.

4.2.6. İctihat Farklılıklarının Giderilmesi

Anayasa Mahkemesi bünyesinde, bireysel başvuruları karara bağlamak üzere bir başkanvekili başkanlığında yedişer üyesi olan iki Bölüm bulunur (Any., m. 149/1, 2; 6216 sayılı Kanun, m. 22/1; İctüzük, m. 27/1). Anayasa'nın 149/1 ve 6216 sayılı Kanun'un 22/2 maddesinde verilen müsaade ile İctüzük ile bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemelerini yapmak üzere, Bölümlere bağlı olarak görev yapan üçer Komisyon oluşturulmuştur (İctüzük, m. 32) . Yani iki Bölüme bağlı, toplam 6 (altı) Komisyon kurulmuştur.

Her bir Bölüme bağlı olarak çalışan üçer Komisyonun, benzer türden başvuruları kabul edilebilirlik açısından incelerken, her Komisyo'dan farklı bir karar çıkması dolayısı ile Komisyonlar arasında içtihat farklılıklarının oluşması mümkündür. Keza aynı ihtimal Bölümler için de geçerlidir. İşte bu tür durumlar için 6216 sayılı Kanun'la bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; "Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır" (6216 sayılı Kanun, m. 50/4). Keza İctüzük'te de bireysel başvurulara ilişkin Bölümlerin verdiği kararlar arasındaki içtihat farklılıklarını karara bağlamak, Genel Kurulun görevleri arasında sayılmıştır (İctüzük, m. 25/1-d). Bölümlerin görevlerinin sayıldığı İctüzüğün 28. maddesinde, "Komisyon kararları arasındaki içtihat farklılıklarını gidermek" belirtilmemiş

¹⁰⁶¹ Çavuşoğlu, Naz, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Gerçekler ve Perspektifler", 50. Yılında İnsan Hakları Mahkemesi Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?, Yayına Hazırlayan, Kerem Altıparmak, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 24.

olmasına rağmen, bu görevin 6216 sayılı Kanun'un 50/4 maddesinin açık hükmü gereği Bölümlere ait olduğundan şüphe yoktur.

6216 sayılı Kanun, Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıklarının, bağlı oldukları Bölümler; Bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanacağını dekiikten sonra, konuya ilişkin diğer hususların ise İctüzükle düzenleneceğini belirtmiştir (6216 sayılı Kanun, m. 50/4). İctüzük'te bu konuda yapılan düzenlemeler çerçevesinde, içtihat farklılıklarının önlenmesine yönelik önerilerde bulunmak için Araştırma İctihat Birimi (Ar-İç.) kurulmuştur¹⁰⁶² (İctüzük, m. 3/1-a ve m. 26). Ar-İç Biriminin, Komisyon'lar veya Bölümlerce kabul edilen kararlar arasında, bir içtihat uyuşmazlığı tespit etmesi durumunda, bunu bir rapor ile ilgili Bölüm Başkanının ve Başkanın dikkatine sunmak görevi vardır (İctüzük, m. 26/2-b). Anayasa Mahkemesi başkanı bunun üzerine, Bölümlerin kararları arasında içtihat uyumsuzluğunun oluştuğu ya da oluşacağı kanaatine varırsa, Genel Kurulu bu konuyu görüşmek üzere toplantıya çağırır (İctüzük, m. 10/1-ı). Keza benzer şekilde Bölüm başkanı da (Anayasa Mahkemesi başkan vekili), Komisyonların kararları arasında içtihat uyumsuzluğunun oluştuğu ya da oluşacağı kanaatine vardığı hâllerde, Bölümü bu konuyu görüşmek üzere toplantıya çağırır (İctüzük, m. 11/1-g). Genel Kurul toplantısında varsa Bölümler arasındaki içtihat

¹⁰⁶² İctüzüğün, "Araştırma ve İctihat Birimi (Ar-İç)" başlıklı 26. maddesine göre;

"(1) Bir başraportörün gözetiminde yeterli sayıda raportör, raportör yardımcısı ve personelden oluşan Araştırma ve İctihat Birimi oluşturulur.

(2) Araştırma ve İctihat Biriminin görevleri şunlardır:

a) Rapor ve karar taslaklarını, Genel Kurulda ve Bölümlerde görüşülmesinden önce içtihat uyumluluğu ve gelişimi ile hukuk dili ve yazım kuralları yönünden inceleyerek gerekli gördüğünde ilgili rapor ya da karar taslağı ile birlikte Genel Kurul ya da Bölüme sunulmak üzere, bunların Birime ulaştırılmasından itibaren bir hafta içinde görüş hazırlamak.

b) Komisyonlar veya Bölümlerce kabul edilen kararlar arasında içtihat uyuşmazlığını tespit ettiği takdirde durumu, bir rapor ile ilgili Bölüm Başkanının ve Başkanın dikkatine sunmak.

c) Başkan ya da Başkanvekillerinin talebi üzerine, rapor ve kararların hazırlanmasına yönelik araştırma ve inceleme raporları hazırlamak ve bunları tüm üye, raportör ve raportör yardımcılarının yararlanmasına sunmak.

ç) Genel Kurul, Bölümler ve Komisyonlarca verilen ve içtihat açısından önem arz eden kararları takip ederek, bu konuda Mahkeme birimlerinde görev yapanların bilgilendirilmesi için dokümanlar hazırlamak ve gerekli çalışmaları yapmak.

d) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile diğer uluslararası yargı organları ve diğer yüksek mahkemelerin içtihatlarını takip etmek, Mahkeme içtihadı açısından önemli görülen konularda bilgi notları hazırlamak.

e) Her yıl yayımlanmak üzere Genel Kurul, Bölümler veya Komisyonlar tarafından verilen ilkesel nitelikteki ve önemli kararları tespit etmek" (İctüzük, m. 26).

farklılıkları; Bölüm toplantılarında ise Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları giderilir (6216 sayılı Kanun, m. 50/4).

4.2.7. Kararların İmzalanması, Tebliği, Yayınlanması, Tavzihi ve Maddi Hataların Düzeltilmesi

Bölüm'lerin ve Komisyon'ların verdikleri kararlar heyeti oluşturan Başkan ve kıdem sırasına göre tüm üyeler tarafından imzalanır ve Anayasa Mahkemesi mührüyle mühürlenir (İçtüzük, m. 81/1). Varsa karşı oy yazıları veya farklı ya da ek gerekçeler, kararın verildiği tarihten itibaren 15 (onbeş) gün içerisinde Bölüm başkanlığına sunulur. Bu süre içinde teslim edilmeyen karşı oy yazıları veya farklı ya da ek gerekçeler dikkate alınmaz. (İçtüzük, m. 81/2).

Bölümler ve Komisyonlarca verilen kararlar kesindir (İçtüzük, m. 81/3). Bu kararlar; Komisyonlarca verilen kabul edilmezlik kararı ile Bölümlerce verilen kabul edilmezlik kararı, Bölümlerin esas inceleme sonunda verdikleri ihlal olmadığı kararı ya da ihlal kararı (ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik kararlar) veyahut düşme kararıdır.

Bölüm ve Komisyon kararların imzalı asıl suretleri, Anayasa Mahkemesi arşivinde saklanır. 6216 sayılı Kanun'da, Bölüm'lerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edileceği belirtilmiştir (m. 50/3) İçtüzük'te ise Bölüm ve Komisyon kararlarının birer örneğinin başvurucuya, Adalet Bakanlığı'na ve diğer ilgililere tebliğ edileceği belirtilmiştir (İçtüzük, m. 81/3). Diğer ilgililerden kasıt işlem, eylem ya da ihmali ile temel hak ihlalinin gerçekleştiren kamu gücü organlarıdır¹⁰⁶³. Tebligat bir tüzel kişiye yapılacak ise tüzel kişiyi temsile yetkili kişi kimse ona yapılır; temsile yetkili birden fazla kişi varsa bunların birine yapılması yeterlidir¹⁰⁶⁴. Bununla birlikte başvurucunun avukatı

¹⁰⁶³ Karaman, *op. cit.*, s. 325.

¹⁰⁶⁴ Hükmi şahıslara tebliğ, salahiyetli mümessillerine, bunlar birden ziyade ise, yalnız birine yapılır. Bir ticarethanenin muamelelerinden doğan ihtilaflarda, ticari mümessiline yapılan tebliğ muteberdir (11.02.1959 ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu, m. 12).

ya da kanuni temsilcisi var ise bu kişilere yapılan tebligatlar da başvurucuya yapılmış sayılır¹⁰⁶⁵.

6216 sayılı Kanun’a göre, Bölümlerin esas hakkındaki kararları, Mahkeme’nin internet sayfasında yayımlanır ve bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzük’te gösterilir (6216 sayılı Kanun, m. 50/3). Bu bağlamda İçtüzük’te yapılan düzenlemeye göre; “Bölüm kararlarının tümü ile Komisyon kararlarından kabul edilebilirlik açısından ilkesel önem taşıyanları Mahkemenin internet sitesinde yayımlanır” (İçtüzük, m. 81/4). Hangi kararların Resmi Gazete’de yayımlanacağı ise İçtüzüğün 81/5 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “Bölüm Başkanının tespit ettiği, Bölüm tarafından verilen pilot karar niteliğinde ya da içtihadın ortaya konulması açısından ilkesel önemi haiz kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır” (İçtüzük, m. 81/5).

Bölümlerce verilen kararlar hakkında ilgililer, 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde, hükmün tanzihini ve maddi hataların düzeltilmesini talep edebilirler (6216 sayılı Kanun, m. 82). Tanzih, bir hükmün müphem olması ya da birbiriyle çelişen fıkralar içermesi durumunda, hükmün gerçek anlamının ortaya çıkarılması, başka bir deyişle hükmün açıklanması için başvuru yoldur.¹⁰⁶⁶ Maddi hataların düzeltilmesinde ise tarafların isimlerinin yanlış yazılmış olması, hesap hataları gibi yanlışlıklar düzeltilir¹⁰⁶⁷. Hükmün tanzih ve tanzih usulü 6216 sayılı Kanun’un (m. 82) atıf yapmış olduğu HMK’nın 305¹⁰⁶⁸ ve 306¹⁰⁶⁹ maddelerinde; düzeltilmesi ise 304.¹⁰⁷⁰ maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁰⁶⁵ “Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır. Vekil birden çok ise bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir. Eğer tebligat birden fazla vekile yapılmış ise, bunlardan ilkinde yapılan tebliğ tarihi asıl tebliğ tarihi sayılır. Ancak, Ceza Muhakemeleri Usulu Kanununun, kararların sanıklara tebliğ edilmelerine ilişkin hükümleri saklıdır.

Avukat tarafından takip edilen işlerde, avukatın bürosunda yapılacak tebligatlar, resmî çalışma gün ve saatleri içinde yapılır.

Kanuni mümessilleri bulunanlara veya bulunması gerekenlere yapılacak tebligat kanunlara göre bizzat kendilerine yapılması icabetmedikçe bu mümessillere yapılır” (Tebliğat Kanunu, m. 11).

¹⁰⁶⁶ Kuru vd., *op. cit.*, s. 829.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, s. 833.

¹⁰⁶⁸ HMK’nın “Hükmün tanzih” başlıklı 305. maddesine göre:

“(1) Hükmün 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.

(2) Hükmün fıkrasında taraflara tanınan haklar ve yüklenen borçlar, tanzih yolu ile sınırlandırılmaz, genişletilemez ve değiştirilemez” (HMK, m. 305).

4.2.8. Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması

6216 Sayılı Kanun’a göre; “Bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvuru aleyhine, yargılama giderlerinin dışında, ayrıca ikibin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına hükmedilebilir” (m. 51/1). Aynı şekilde İçtüzüğü’nün 83/1 maddesinde de: “Başvurucunun istismar edici, yanıltıcı ve benzeri nitelikteki davranışlarıyla bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığının tespit edilmesi hâlinde başvuru reddedilir ve yargılama giderleri dışında, ilgilinin ikibin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilir” hükmü yer almaktadır. Ayrıca 1982 Anayasası’nın 14. maddesinde de temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmayacağı hüküm altına alınmıştır¹⁰⁷¹.

HMK’nın “Tavzih talebi ve usulü” başlıklı 306. maddesine göre:

“(1) Tavzih, dilekçeye tarafların sayısı kadar nüsha eklenmek suretiyle hükmü veren mahkemeden istenebilir. Dilekçenin bir nüshası, cevap süresi mahkemece belirlenerek karşı tarafa tebliğ edilir. Cevap, tavzih talebinde bulunan tarafa tebliğ olunur.

(2) Mahkeme, cevap verilmemiş olsa bile dosya üzerinde inceleme yaparak karar verir; ancak gerekli görürse iki tarafı sözlü açıklamalarını yapabilmeleri için davet edebilir.

(3) Mahkeme tavzih talebini yerinde gördüğü takdirde 304 üncü madde uyarınca işlem yapar” (HMK, m. 306)

¹⁰⁶⁹ HMK’nın “Tavzih talebi ve usulü” başlıklı 306. maddesine göre:

“(1) Tavzih, dilekçeye tarafların sayısı kadar nüsha eklenmek suretiyle hükmü veren mahkemeden istenebilir. Dilekçenin bir nüshası, cevap süresi mahkemece belirlenerek karşı tarafa tebliğ edilir. Cevap, tavzih talebinde bulunan tarafa tebliğ olunur.

(2) Mahkeme, cevap verilmemiş olsa bile dosya üzerinde inceleme yaparak karar verir; ancak gerekli görürse iki tarafı sözlü açıklamalarını yapabilmeleri için davet edebilir.

(3) Mahkeme tavzih talebini yerinde gördüğü takdirde 304 üncü madde uyarınca işlem yapar” (HMK, m. 306)

¹⁰⁷⁰ HMK’nın “Hükmün tashihi” başlıklı 304. maddesine göre:

“(1)Hükümdeki yazı ve hesap hataları ile diğer benzeri açık hatalar, mahkemece resen veya taraflardan birinin talebi üzerine düzeltilebilir. Hüküm tebliğ edilmişse hâkim, tarafları dinlemeden hatayı düzeltmez. Davet üzerine taraflar gelmezse, dosya üzerinde inceleme yapılarak karar verilebilir.

(2) Tashih kararı verildiği takdirde, düzeltilen hususlarla ilgili karar, mahkemede bulunan nüshalar ile verilmiş olan suretlerin altına veya bunlara eklenecek ayrı bir kâğıda yazılır, imzalanır ve mühürlenir” (HMK, m. 304)

¹⁰⁷¹ 1982 Anayasası’nın, “Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması” başlıklı 14. maddesine göre;

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir” (Any., m. 14)

AİHS'nin 35. maddesinde; “başvuru hakkının suiistimali” durumunda, AİHM'nin başvuruyu kabul edilemez bulacağı hüküm altına alınmıştır (AİHS, m. 35/3). Bazen bir başvurunun kötü niyetli yapıp yapılmadığını kabul edilebilirlik incelemesi aşamasında anlamak mümkün olmayabilir. Esas incelemesi sırasında da başvuru hakkının kötüye kullanıldığı kanaatine varılabilir. Bu yüzden Türk hukukunda, “başvuru hakkının kötüye kullanılmasının” kabul edilebilirlik şartları arasında düzenlenmediği söylenebilir. Ancak kabul edilemezlik kararı başvurunun her aşamasında verilebileceği için “başvuru hakkının kötüye kullanılması”, kabul edilebilirlik şartları arasında düzenlenseydi de bir sorun olmazdı. Komisyon incelemesinde başvuru hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığını anlamak zor olsa dahi, bu konudaki kararı Bölüm de verebileceğinden, esas incelemenin her aşamasında Bölüm, başvuru hakkının kötüye kullanıldığı kanaatine vardığında, başvurunun kabul edilemez olduğu yönünde karar verebilirdi.

Türk hukukunda, “başvuru hakkının kötüye kullanılması” durumunda başvuru ile ilgili olarak “başvurunun reddi” kararı verileceği ve başvuru aleyhine bir yaptırım uygulanacağı hükme bağlanarak, Mahkeme'nin, kötü niyetli başvurularla meşgul edilmesini engellemek suretiyle, iş yükünü hafifletmek amaçlanmıştır. Oysaki başvuru “hakkının kötüye kullanılması” muğlâk bir kavram olduğu için Mahkeme'nin bu konuda çok dikkatli davranması gerekir. Aksi halde bu kavramın çok geniş yorumlanması durumunda, başvuru sonunda yaptırımla karşı karşıya kalma korkusuyla, kişilerin, Mahkeme'ye başvurmaması söz konusu olabilir. Bu da adil yargılanma hakkı kapsamında, hak arama özgürlüğünün ihlali sonucunu doğurabilir. Bu nedenle doktrinde, “başvuru hakkının kötüye kullanılması”nın başvurunun reddi ile sonuçlanacağı yönünde bir düzenlemenin yeterli olacağı, ayrıca para cezası öngörülmesinin yersiz olduğunu düşünenler bulunmaktadır¹⁰⁷². Ancak aksi yönde görüş beyan edenler de vardır¹⁰⁷³.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, Örneğin, Almanya'da bu uygulama görülmektedir. Almanya'da mahkeme bireysel başvuru hakkının suistimal edildiği

¹⁰⁷² Özbey, *op. cit.* s. 460.

¹⁰⁷³ Kılınç, *op. cit.* s. 52.

sonucuna varırsa 2600 Avro'ya kadar idari para cezası verebilmektedir¹⁰⁷⁴. Keza, Güney Kore'de, bireysel başvuru hakkını kötüye kullandığı düşünülen başvuru sahiplerine, Mahkeme içtüzüğünde belirlenmiş bir bedeli teminatı olarak hazineye yatırma yükümlülüğünün getirilebileceği düzenlenmiştir. Fakat Güney Kore'de bu kurum bugüne kadar hiç işletilmemiştir¹⁰⁷⁵. AİHS'de, başvuru hakkının suistimali (başvuru hakkının kötüye kullanılması) durumunda, başvuru hakkında kabul edilmezlik kararı verilmekte, ayrıca bir yaptırım öngörülmemektedir (AİHS, m. 35/3). Bu konuda AİHS'de kabul edilmeyen bir uygulamayı kabul etmek hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına engel olabilir¹⁰⁷⁶. Dolayısı ile hakkın kötüye kullanılması, başvurunun her aşamasında re'sen gözetilmesi gereken bir kabul edilebilirlik şartı olarak düzenlenmesinin ve yaptırım öngören düzenlemeden vazgeçilmesinin daha isabetli bir düzenleme olacağı söylenebilir. Ancak mevcut düzenleme yürürlükte olduğu sürece, Mahkeme hakkın kötüye kullanılması gerekçesi ile tazminata hükmedeceği zaman, oldukça ihtiyatlı davranması gerektiğini de belirtmek gerekir.

AİHS'nin 35/3 maddesinde, başvuru hakkının suiistimali halinde, Mahkeme'ce, başvuru hakkında kabul edilmezlik kararının verileceği belirtilmiş olmakla beraber, başvuru hakkının hangi durumlarda kötüye kullanılmış olacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu konu, AİHM'nin içtihatları ile şekillenmektedir. Bu bağlamda başvuru, Sözleşme'nin kapsamında korunan hakları koruma amacıyla değil de başka amaçlarla yapılmışsa, başvuru hakkının suiistimalinden bahsedilebilir. Bu duruma en iyi örnek kamuoyunda politik propaganda yapmak için yapılan başvurulardır. Ancak başvurunun politik bir amaç gütmesi her zaman başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez. AİHM, başvurunun hükümetler üzerinde baskı oluşturmak veya kamuoyu oluşturmak amacıyla yapılması ve bu konuda yayınlar yapılmasını, başvurunun gerçek olaylara dayanması, somut delillerle desteklenmesi ve Sözleşme ile korunan bir hakla ilişkin olması durumunda hakkın kötüye kullanımı olarak

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, s. 37.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, s. 53.

¹⁰⁷⁶ Şahbaz, *op. cit.* s. 120.

değerlendirmemektedir¹⁰⁷⁷. Ancak salt siyasal propaganda amacıyla yapılan başvurular, başvuru hakkının suiistimali olarak değerlendirilmektedirler¹⁰⁷⁸. Bunun yanı sıra asıl hedefin, aleyhine başvuruda bulunulan devleti taciz etmek; Mahkeme'nin müteaddit defa uyarılarına rağmen, aleyhine başvuruda bulunulan davalı devlete veya davalı devletin hükümeti veya başka bir resmi kurum temsilcisine yönelik hakaret edici, karalayıcı ifadeler kullanmaya devam etmek; başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁷⁹. Ayrıca başvurunun gerçek dışı bilgilere dayanması veya AİHM'ye gerçek dışı bilgi verilmesi Mahkeme'ce, başvuru hakkının suiistimali olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁸⁰. Bu içtihatlar ışığında AİHM'nin; tek amacı siyasal propaganda yapmak olan başvurular ile hakaret içeren başvurular veya Sözleşme organlarına gerçek dışı bilgi veren başvuruları, kötü niyetli başvurular olarak değerlendirdiğini söylenebilir¹⁰⁸¹.

6216 Sayılı Kanun başvuru hakkının kötüye kullanılmasını yasaklamış olmakla beraber (m. 51/1) tıpkı AİHS'de olduğu gibi başvuru hakkının hangi durumlarda kötüye kullanılmış olacağına dair bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde başvuru hakkının “istismar edici”, “yanıltıcı” ve “benzeri nitelikteki davranışlarla” kötüye kullanılabileceği belirtilmiştir (İçtüzük, m. 83/1). Buna göre asıl hedefi bireysel başvuru kapsamında korunan bir hakkı korumak olmayıp siyasi propaganda yapmak olan başvurular ile hakaret içerikli sözler içeren başvurular “istismar edici”; gerçek dışı bilgiler içeren başvurular ise “yanıltıcı” nitelikte olmalarından dolayı Anayasa Mahkemesi'nce, başvuru hakkının kötüye kullanıldığı durumlar olarak değerlendirilebilir. Başvuru hakkının kötüye kullanılması durumunda, başvurucunun disiplin para cezasıyla cezalandırılacak olması dikkate alındığında, Türkiye'nin bu konuda AİHM önünde mahkûm olmaması için Anayasa Mahkemesi'nin hangi başvuruların kötü niyetli

¹⁰⁷⁷ Reid, Karen, *A Practitioner's Guide to European Convention On The Human Rights*, Thomson, sweet and Maxwell, London, 2008, s. 40; aktaran, Özbey, *op. cit.*, s. 459.

¹⁰⁷⁸ McQuiston / İngiltere Davası, 4.3.1986, Başvuru no. 11208/84, DR 46, s. 182-186; aktaran, Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 99.

¹⁰⁷⁹ Gözübüyük ve Gölcüklü, *op. cit.*, s. 99.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, s. 98-99.

başvurular olduğu konusunda, AİHM içtihatlarını rehber edinmesi oldukça önemlidir.

İçtüzüğün 83. maddesinde, başvuru hakkının kötüye kullanılması durumunda öngörülen disiplin para cezası, ikibin Türk Lirası'ndan fazla olamaz. İkibin Türk Lirası üst sınırdır. Mahkeme, bunun daha azına da hükmedebilir. Bu disiplin para cezası verildiği anda kesin, itirazı kabil olmayan ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'a göre tahsil edilecek nitelikte bir yaptırımdır¹⁰⁸².

4.2.9. Bireysel Başvuru Sonunda Verilen Kararların Niteliği, Etkisi ve Uygulanması

Anayasa'nın 153/6 maddesine göre; "Anayasa Mahkemesi kararları ... yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar." Aynı husus 6216 sayılı Kanun'da da ifade edilmiştir. Buna göre; "Mahkeme kararları Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar" (6216 sayılı Kanun, m. 66/1). Bu düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, Anayasa Mahkemesi kararları, genel hukuki bağlayıcılık niteliğini haizdirler. Kararların bu niteliği, soyut ve somut norm denetiminde tam olarak belirlemektedir. Soyut ya da somut norm denetimi sonunda verilen iptal kararları, normu yürürlükten kaldırmasından dolayı herkes için bağlayıcı olmaktadır. Başka bir ifade ile Mahkeme'nin, soyut ve somut norm denetimi sonunda verdiği iptal kararları erga omnes etki doğuran kararlardır. Buna karşılık, bireysel başvuru sonunda verilen kararlar, sadece başvuru ve ilgilileri bağlar. Diğer bir ifadeyle bireysel başvuru sonucu verilen kararlar, olayla sınırlı, yalnız tarafları bağlayıcı (inter partes) niteliktedirler.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı acaba yalnızca hüküm fıkrası için mi geçerlidir yoksa gerekçeleri de buna dâhil etmek gerekir mi? Anayasa Mahkemesi bir kararında, konu ile ilgili olarak şunları söylemiştir¹⁰⁸³:

"Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri

¹⁰⁸² Ekinci, *op. cit.*, s. 159.

¹⁰⁸³ Anayasa Mahkemesi Kararı, 05.10.2000, E. 2000/45, K. 2000/27, *AMKD*, S. 36, C. 2, Ankara, 2001, s. 782.

bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, Yasama Organı, yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Başta Yasama Organı olmak üzere tüm organlar kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeler ile de bağlıdır. Kararlar gerekçeleriyle, yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle, yasama organı düzenlemelerde bulunurken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmamak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükleri ayırda olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılması Anayasa'nın 153. maddesine aykırı olur.”

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından, Anayasa Mahkemesi kararlarının hüküm fıkrası yanında, gerekçelerinin de özellikle yasama organı açısından bağlayıcı olduğu söylenebilir. Olaya, bireysel başvuru kararları açısından bakıldığında, bireysel başvuru kararlarının inter partes etkisinin sadece hüküm fıkrası ile sınırlı olduğu söylenebilir. Oysaki Anayasa Mahkemesi kararının gerekçeleri, somut karardan bağımsız olarak, hukuk hayatında önem arz edebilir. Gerekçeyi oluşturan hukuki kanaatler, genel nitelikte olduğu için somut yargılamanın süjesi ile sınırlı kalmayıp, hukuk kaynağı olarak uygulamada benzer durumlar için de tatbik edilebilir. Başka bir deyişle Anayasa Mahkemesi'nin, genel mahkeme kararlarının Anayasa'yı ihlal edip etmediği ile ilgili olarak vardığı kanaat, sadece kararı dava konusu yapılmış olan mahkeme için değil, aynı zamanda diğer mahkemeler için de bağlayıcı nitelikte içtihat oluşturur¹⁰⁸⁴. Olaya bu açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru karar gerekçelerinin, benzer davalarla ilgili olarak diğer mahkemeler açısından da bağlayıcı içtihat oluşturacağı söylenebilir¹⁰⁸⁵.

Anayasa Mahkemesi kararları, kesin kararlardır (Any., m. 153/1; 6216 sayılı Kanun, m. 66/1). Kararların kesinliği, şekli ve maddi anlamda bir kesinliği ifade eder. Şekli anlamda kesin hüküm, verilen bir karara karşı olağan kanun yoluna (temyiz, karar düzeltme vs.) başvuru imkânının kalmamış olmasıdır¹⁰⁸⁶. Bu bağlamda, bir mahkeme kararına karşı kanun yolu hiç öngörülmemişse veya kanun yolu öngörülmekle beraber bu yollar tüketilmişse, bu karar şekli olarak kesinleşmiş

¹⁰⁸⁴ Aliyev, *op. cit.*, s. 97-98.

¹⁰⁸⁵ Özbey, *op. cit.*, s. 453.

¹⁰⁸⁶ Kuru, *vd. op. cit.*, s. 784.

demektir¹⁰⁸⁷. Anayasa Mahkemesi kararları şekli anlamda kesin kararlardır. Sadece Mahkeme'nin Yüce Divan sıfatıyla vermiş olduğu kararlarına karşı, yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir (Any., m. 148/son).

Maddi anlamda kesinlik ise yargısal kararlara kanun tarafından tanınmış hakikattir. Hükümün bu vasfından dolayı maddi anlamda kesinlik, aynı taraflar arasında, aynı dava konusu hakkında ve aynı dava sebebine dayanarak yeni bir dava açılmaması olarak tarif edilebilir¹⁰⁸⁸. Böylece taraflar arasındaki hukuki ilişki, bütün bir gelecek için kesin olarak son bulmuş olur. Bunun amacı, hukuk güvenliğini ve hukuki istikrarı sağlamak ve mahkemelerin aynı konularla sürekli olarak meşgul olmasını engellemektir¹⁰⁸⁹. Kararın maddi anlamda kesinliği ile Anayasa Mahkemesi'nin soyut ya da somut norm denetimi sonunda, denetlediği normun Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermesi kastedilmektedir¹⁰⁹⁰. İşin esasına girilip denetlenen normun, Anayasa'ya aykırı olmadığına tespiti durumunda ise bu normun on yıl sonra yeniden Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi mümkündür¹⁰⁹¹. Aynı bakış açısı, bireysel başvuru kararları açısından sergilendiğinde, bireysel başvuruların maddi anlamda kesin hüküm olmasından kasıt, Anayasa Mahkemesi'nin başvuruya konu kamu gücü işlem, eylem ya da ihmalin, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği¹⁰⁹² ya da etmediği yönünde karar vermesidir. Burada Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararı, kadar ihlal olmadığı kararı da maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir. Bunun anlamı aynı başvuru, aynı başvuru konusu

¹⁰⁸⁷ Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, , *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 7. B., Ankara 2008, s. 517; Büyükeren, Sadi, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Kesin Hükümlerin Çatışması”, *Anakara Barosu Dergisi*, 1996/2, s. 199, Makaleye: <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1996-2/2.pdf> adresinden de ulaşılabilir.

¹⁰⁸⁸ Kuru vd. *op. cit.*, s. 787.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ Köküarı, İsmail, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, XII Levha, İstanbul, 2009, s. 208-209.

¹⁰⁹¹ “Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz” (Any. m. 152/son). Anayasa Mahkemesi'nin toplumun ve hukukun evrimi ile uyumu sağlayabilmesinin doğal bir sonucu olarak Mahkeme'nin içtihatlarında makul gerekçelerle önceki içtihatlarını değiştirmesi mümkündür. Ancak Anayasa'nın 152/son maddesinde öngörülen bu on yıllık süre yasağı hukukun ve toplumun değişimden koparılması tehlikesini taşımaktadır. Kaboğlu, İbrahim Özden., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 7. B., Legal, İstanbul, 2011, s. 365.

¹⁰⁹² Özbey, *op. cit.*, s. 455.

hakkında ve aynı başvuru sebebine dayanarak yeni bir başvuruda bulunamaz. Ancak bireysel başvuru sonunda verilen karar doğrultusunda hareket edilmemesi durumunda, ortaya yeni bir ihlal çıkacağı için bu yeni ihlale karşı Anayasa Mahkemesi'ne tekrar başvurulabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruları incelemesinde verilen kesin kararların uygulanması konusuna bakıldığında, bu konuda ne Anayasa'da ne 6216 sayılı Kanun'da ne de Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde açık ve teferruatlı bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Konu ile ilişkilendirilebilecek tek düzenleme, 6216 sayılı Kanun'da "Genel Sekreter ve Genel Sekreter yardımcılarının görevleri" başlıklı 23. maddesinde yer alan düzenlemedir. 6216 sayılı Kanun'a göre Genel Sekreter, "Mahkeme kararlarının uygulanmasının takip edilmesi ve bu konuda Genel Kurula bilgi verilmesi" ile görevli ve yetkilidir (m. 23/2-d; İçtüzük, m. 35/3-d). Genel Sekreter'in bu görevi nasıl yerine getireceği konusunda ise ne 6216 sayılı Kanun'da ne de İçtüzükte açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Konu ile ilgili olarak İçtüzük'te; "Genel Sekreterlik teşkilatı ve diğer hizmet birimlerinde çalışan memur ve hizmetlilerin görevleri ile bu görevlerin nasıl yürütüleceği Başkanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir" (İçtüzük, m. 35/4) şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Ancak böyle bir yönetmelik henüz çıkarılmış değildir. Dolayısı ile Mahkeme kararlarının uygulanmasının takip edilmesi konusunda Genel Kurula bilgi vermek Genel Sekreterliğin görevi olmakla beraber, (m. 23/2-d; İçtüzük, m. 35/3-d) bunun nasıl yapılacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu önemli bir eksikliktir. Dolayısı ile bu hususun, 6216 sayılı Kanun'da bir an önce açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.

AİHS'nin kurmuş olduğu sistemde, kararların yerine getirilip getirilmediğini denetleyen bir mekanizma vardır. AİHS sisteminde, AHİM kararlarının yerine getirilip getirilmediği, Bakanlar Komitesi'nce denetlenmektedir (AİHS, m. 46). AİHS'nin 46. Maddesinde, Mahkeme'nin kararlarının kesin ve bağlayıcı olduğu (m. 46/1) ve Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarının uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderileceği belirtilmiştir (m. 46/2). AİHS'nin 14 Nolu

Protokol'ün¹⁰⁹³ 16. maddesi ile değiştirilen AIHS'nin 46. maddesi'ne göre; taraflar, taraf oldukları her davada, Mahkeme'nin kesin kararlarına uymayı yükümlenirler (m. 46/1). Kararın kesin icrasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi (m. 46/2), karar kendisine iletildiği zaman, kesin kararın icrasının denetlenmesinin, kararın yorumlanmasına dair bir mesele tarafından engellendiği görüşünde ise konuyu yorum meselesi hakkında bir hüküm vermesi için Mahkeme'ye gönderebilir. Gönderme kararının, Bakanlar Komitesi'ne katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çoğunluğuyla verilmesi gerekir (m. 46/3). Bakanlar Komitesi, taraf devletlerden birinin, taraf olduğu davada verilen kesin karara uymayı reddettiği görüşünde ise ilgili tarafa resmi bir ihbar tebliğ ettikten sonra ve Komite'ye katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oyçokluğuyla aldıkları kararlar, ilgili tarafın 1. fıkrada öngörülen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir (m. 46/4). AIHM, 1. fıkranın ihlal edildiğini tespit ederse, alınacak önlemleri değerlendirmesi için davayı Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Mahkeme 1. fıkra ihlal edilmediğini tespit ederse, davayı davanın incelenmesini bitirecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderir (m. 46/5).

Türk hukukunda da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurular ile ilgili verilen kesin kararların uygulanmasını takip konusunda, niteliğine uygun düştüğü ölçüde AIHS 14 Nolu Protokoldekine benzer bir mekanizma öngörülebilir. Böyle bir görevin tek başına Genel Sekretere verilmesi uygun olmadığı söylenebilir. Bu bağlamda Mahkeme başkanlığına bağlı bir başraportör başkanlığında yeteri kadar raportör ve raportör yardımcısından oluşan bir başraportörlük oluşturulup, Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmasını takip etme görevi bu başraportörlüğe verilebilir. Bu başraportörlüğe, “Kararların Uygulanmasını Denetleme Başraportörlüğü” denilebilir. Bu başraportörlük, başvurucunun talebi üzerine veya re'sen yapacağı inceleme neticesinde, kararın uygulanmadığı ve ya eksik uygulandığı kanaatine varırsa konuyu bir raporla Anayasa Mahkemesi'ne iletmeli, Anayasa Mahkemesi de bu raporu inceleyip kararın uygulanıp uygulanmadığı veya

¹⁰⁹³ İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Değiştirilmesine İlişkin 14 No'lu Protokol, <http://www.aihmbasvururehberi.com/2011/09/14-ek-protokol.html> (01.07.2013).

uygulanmış ise eksiksiz olarak uygulanıp uygulanmadığı konusunda kesin kararı vermelidir. Anayasa Mahkemesi bu kesin kararında, kararın hiç uygulanmamasından veya eksik uygulanmasından dolayı başvurulacak tedbiri de belirtmelidir.

4.3. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurunun Çeşitli Açılardan Etkileri

4.3.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvurulara Etkisi

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, iç hukukta genel mahkemelerin temel hak ve özgürlüklere sağladığı korumaya ek, ulusal düzeyde ikincil nitelikte, bir koruma mekanizmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru ise iç hukukta sağlanan korumaya ek olarak öngörülen, ikincil nitelikte, uluslararası düzeyde bir koruma mekanizmasıdır. AİHS'nin benimsediği düzende, insan haklarının iç hukukça korunması asıldır. Uluslar arası koruma, ikincil niteliktedir. Başka bir deyişle kişilerin Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlükleri, öncelikle taraf devletlerce korunmalıdır¹⁰⁹⁴ (AİHS, m. 1). Bu nedenle, AİHM'ye başvurmadan evvel, iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir (AİHS, m. 13, m. 35/1). İç hukuk yollarının tüketilmesinin bir anlam ifade etmesi için iç hukuk yollarının etkili olması gerekmektedir (AİHS, m. 13). Bir iç hukuk yolunun etkili olabilmesi için ise ulaşılabilir olması, şikâyeteye çare sunma yeterliğini taşıması ve makul bir başarı şansının olması gerekmektedir¹⁰⁹⁵.

AİHM'ye başvuru sayısı, kurulduğu 1959 yılından beri sürekli olarak artmıştır. Özellikle 1998 yılında, 11 Nolu Protokol ile Sözleşme sisteminde yapılan reform ile AİHM önüne gelen dosya sayısında ciddi bir artış görülmüştür¹⁰⁹⁶. 1 Ocak

¹⁰⁹⁴ High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration, 19. February 2010, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/interlaken_declaration_en.pdf (03.07.2013).

¹⁰⁹⁵ Taşdelen, Okan, "Biri Bizi Gözetliyor: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Penceresinden Bireysel Başvuru Hakkı", *Hukuk Adamları Birliği (HUKAB) Dergisi*, Temmuz-Eylül 2012, s. 8; aktaran. Özbey, *op. cit.*, s. 472.

¹⁰⁹⁶ 1998 yılında yürürlüğe giren 11 Nolu Protokol öncesinde sözleşmecı devletlerin, bireysel başvuru hakkının bir beyanla tanımları gerekmekteydi. 11 Nolu Protokolle birlikte Sözleşmecı devletlerin bireysel başvuru hakkını bir beyanla tanıma zorunluluğu kaldırılmıştır. Artık Sözleşme'nin imzalanmasıyla birlikte bireysel başvuru hakkı da kabul edilmiş sayılmaktadır. Başka bir ifadeyle, 11 Nolu Protokolle ihtiyari yargı yetkisi bildirimini yerine zorunlu yargı yetkisinin kabulü benimsenmiştir. Böylece, 11 Nolu Protokolle birlikte bireyler kendilerine Sözleşme ile tanınan hakları ve özgürlükleri, doğrudan gerçekleştirme imkânı elde etmişlerdir. Bilir, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi*, *op. cit.*, s. 62-63.

2013 tarihi itibari ile AİHM önündeki derdest dosya sayısı 128.100'dür¹⁰⁹⁷. 31 Aralık 2012 tarihi itibariyle bu derdest dosyaların 16.879'u Türkiye aleyhine yapılan başvurulara ilişkindir¹⁰⁹⁸. Bu rakamla Türkiye, Rusya'da sonra AİHM önünde en çok derdest dosyası olan ülkedir.¹⁰⁹⁹ 1959-2012 yılları arasında Türkiye aleyhine verilen karar sayısı ise 2.870'dir¹¹⁰⁰. Bu rakamla Türkiye, AİHM önünde en çok mahkûm olan devlettir¹¹⁰¹. 1 Ocak 2013 tarihi itibariyle, 128.100 derdest dosya, AİHM için oldukça ağır bir iş yüküdür. AİHM'nin, bu ağır iş yükü altında, başvuruları daha hızlı sonuçlandırabilmesi için 01.06.2010 tarihinde yürürlüğe soktulan 14 Nolu Protokol ile Mahkeme'nin yapısında ve işleyişinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca Avrupa Konseyi, AİHM'nin devamlı artan ve üstesinden gelmekte zorlandığı iş yükünü hafifletebilmek amacıyla üye devletlere, iç hukuk yollarının etkili hale getirilmesi ve iç hukukta etkili başvuru yollarının oluşturulmasını tavsiye etmektedir¹¹⁰². Benzer şekilde, Venedik Komisyonu da 17-18 Aralık 2010 tarihli "Anayasa Yargısına Bireysel Erişim Çalışması" başlıklı raporunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iş yükünün azaltılması amacıyla ulusal düzeyde etkili iç hukuk yollarının oluşturulmasını önermektedir¹¹⁰³. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, sadece ulusal düzeyde önemli bir başvuru yolu olmayıp, sonuçları bakımından uluslararası düzeyde de önemlidir. Çünkü AİHM istatistikleri, etkili bir bireysel başvuru mekanizmasının olduğu ülkeler aleyhine

¹⁰⁹⁷ AİHM Önünde Bekleyen Derdest Başvuru Sayısı, (31 Ocak 2012 tarihi itibariyle), Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2012_ist/derdest.pdf (03.07.2013).

¹⁰⁹⁸ Ülkelere Göre AİHM Önünde Derdest Başvurular (31 Aralık 2012 tarihi itibariyle), Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Daire Başkanlığı, http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2012_ist/ulkelere_gore.pdf (03.07.2013).

¹⁰⁹⁹ Ibid.

¹¹⁰⁰ Maddelere Göre Taraf Devletler Hakkında Verilen Kararlar (1959 - 2012 Yılları Arası), Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2012_ist/59_12_taraf.pdf (03.07.2013).

¹¹⁰¹ Rusya'nın 31 Aralık 2012 tarihi itibariyle AİHM önünde 28593 derdest dosyası bulunmaktadır. Ibid.

¹¹⁰² Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session), *op. cit.*; High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration, *op. cit.*

¹¹⁰³ Venice Commission, CDL-PV(2010)004, 85th Plenary Session Venice, Session Report, 16-17 December 2010, s. 10, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-PV\(2010\)004-BIL.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-PV(2010)004-BIL.aspx) (03.07.2013).

yapılan başvuruların, bu mekanizmanın olmadığı ülkelere oranla daha düşük olduğunu göstermektedir¹¹⁰⁴.

AİHM nezdinde aleyhine en çok başvuruda bulunulan ikinci devlet olması ve mahkûm edilen devletler arasında birinci sırada olmasından dolayı, AİHM’ye Türkiye aleyhine yapılan başvuruların sayısını azaltmak için Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kabul edilmiştir¹¹⁰⁵. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru, iç hukuka dâhil bir yargı yoludur. Dolayısı ile AİHM’ye başvurmadan evvel tüketilmesi gereken bir iç hukuk yoludur (AİHS, m. 35/1). Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kapsamında, “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki haklar” korunduğu için (6216 sayılı Kanun, m. 45/1), bu kurum AİHM’nin de iş yükünü hafifleteceği muhakkaktır. Ancak Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun, AİHM nezdinde Türkiye aleyhine yapılan başvuru ve mahkûmiyet kararı sayısını azaltabilmesi ve bunun bir sonucu olarak da AİHM’nin iş yükünü hafifletebilmesi için etkili bir başvuru yolu olması gerekir. Bir başvuru yolunun etkili olabilmesi için ise ulaşılabilir olması, şikâyeteye çare sunma yeterliğini taşıması ve makul bir başarı şansının olması gerekir¹¹⁰⁶. Bunun için de Anayasa Mahkemesi, kamu gücü işlem, eylem ya da ihmalinin Anayasa’yı ihlal edip etmediğini denetlerken, kararlarında, AİHM içtihatlarını esas alması oldukça önemlidir. Başka bir deyişle temel hak ve özgürlüklerin kapsamını AİHM’nin bakış açısıyla paralel bir şekilde çizmelidir. Aksi halde etkili bir başvuru yolu olması ve kendisinden beklenen işlevi gerçekleştirmesi mümkün gözükmemektedir.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru, ulusal hukuka dâhil olduğu için AİHM’ye başvurmadan evvel tüketilmesi gereken bir iç hukuk yoludur. Ancak bu iç hukuk yolu tüketildikten sonra, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmadığı iddiası devam ediyor ise kişi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne bireysel başvuruda

¹¹⁰⁴ Venice Commission, 2010 Annual Activity Report, Council of Europe, 2011, s. 59, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-RA\(2010\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-RA(2010)001-e) (03.07.2013).

¹¹⁰⁵ Anayasanın 148. maddesinde değişiklik yapan 12.9.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun’un 18. maddesi gerekçesi.

¹¹⁰⁶ Taşdelen, *op. cit.*, s. 8; aktaran. Özbey, *op. cit.*, s. 472.

bulunabilir. Başka bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun, AİHM'ye bireysel başvuru yolunu kapatması gibi bir durum söz konusu değildir. Nitekim AİHM de Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun yürürlüğe girmesinden sonra, 14 Mayıs 2013 tarihinde verdiği Hasan Uzun / Türkiye (10755/13) Kararı'nda¹¹⁰⁷ Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmadan önce tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olduğunu belirtmiştir. AİHM bu kararında, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılmaksızın kendisine yapılan başvuruyu, iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur.

Hasan Uzun / Türkiye Kararı, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun etkili olup olmadığı konusunda herhangi bir değerlendirme içermemektedir. Mahkeme'ye göre; "Bu yolun teoride olduğu kadar uygulamada da etkin olduğunu ispat mükellefiyeti savunmacı Devlet'e ait olacaktır"¹¹⁰⁸.

Bu kararla da açıkça ortaya konulduğu üzere, Türkiye'de artık Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmadan, AİHM'ye bireysel başvuru yapılamayacaktır. Yukarıda belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesine başvuru yapıldıktan sonra ise istenirse, AİHM'ye bireysel başvuru yapılabilecektir. Belirtmek gerekir ki AİHM'nin bu kararı ve Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ile ilgili tespitleri¹¹⁰⁹ son derece önemlidir. Çünkü AİHM Gürcistan ve Azerbaycan gibi bazı ülkelerdeki bireysel başvuru yolunu, tüketilmesi gereken etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul etmemektedir. Bu kararda her ne kadar Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun, etkili bir başvuru yolu olup olmadığı hususuna yer verilmemiş ise de Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurularda vereceği önemli kararlarla ve AİHM

¹¹⁰⁷ Kararın sadece Fransızca metni yayınlanmıştır. Bu bilgiler, AİHM Yazı İşleri Müdürlüğü basın bildirisinden alınmıştır. Bildirinin Türkçe metnine <http://www.ankarabarosus.org.tr/images/diger/62/HasanUzun.pdf> (03.07.2013) adresinden ulaşılabilir.

¹¹⁰⁸ Ibid.

¹¹⁰⁹ Mahkeme Hasan Uzun / Türkiye Davasında, Türk hukukunda yürürlüğe konan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ile ilgili olarak şu tespitlerde bulunmuştur: "Mahkeme, kanun koyucunun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde sağlanan korumaya eşdeğer bir koruma mekanizması tesis etme niyetinden şüphe etmemektedir. Gerçekten, 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin 6. fıkrası ile 50. maddesinin 1. fıkrası ve AYM İç Tüzüğü'nün 79. maddesinin 1 fıkrasının d bendi uyarınca, bireysel başvurunun esastan incelenmesi, insan hakları ve temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesine ve eğer ihlal söz konusu ise, ihlale son verecek nitelikte bir telafi doğrultusunda hüküm verilmesine imkân sağlamaktadır." Ibid.

içtihatları çerçevesinde yapacağı değerlendirmelerle, etkili bir iç hukuk yolu olabilir. En azından bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin önünde herhangi bir hukuki veya fiili engel bulunmadığı rahatlıkla söylenebilir¹¹¹⁰.

4.3.2. Anayasa Mahkemesi'nin İş Yüküne Etkisi

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun, Türk anayasa yargısına en büyük etkilerinden birinin, Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünde meydana getireceği artış olacağından şüphe yoktur. Bu yargıyı varılmasının nedeni, karşılaştırmalı hukuktaki veriler ve Anayasa Mahkemesi'ne 23 Eylül 2012 tarihinden sonra yapılan bireysel başvuru sayısıdır.

Almanya'da, Federal Anayasa Mahkemesi'ne, yıllık ortalama 3.000 civarında anayasa şikâyeti başvurusu yapılmaktadır. FAM'ye, anayasa şikâyetinin uygulanmaya başlandığı 1951 yılından 2011 yılına kadar yaklaşık 180.000 anayasa şikâyeti başvurusu yapılmıştır. Bu rakam, FAM'ye yapılan toplam başvuruların yaklaşık % 97'sine tekabül etmektedir. Norm denetimi davaları yaklaşık % 2, organlar arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin davalar ise % 1,5 civarındadır¹¹¹¹. Anayasa şikâyetlerinin yaklaşık % 75-80'nini ise mahkeme kararlarına karşı yapılan şikâyetler oluşturmaktadır¹¹¹². Görüldüğü üzere, Almanya'da anayasa şikâyeti, FAM'ye yapılan başvuruların çok büyük bir kısmını oluşturmaktadır. FAM'ye yapılan anayasa şikâyetlerinin ise yaklaşık % 2,5'i başarılı olmaktadır¹¹¹³.

1978 İspanyol Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesi'ne, toplam 133.782 başvuru yapılmıştır¹¹¹⁴. Bu başvurulardan 120.000 hakkında nihai karar verilmiştir. Son olarak yayınlanan 2011 yılı verilerine göre, İspanya Anayasa Mahkemesi'ne 2011 yılında toplam 7.192 dava açılmış olup; bunların 7.098'i amparo

¹¹¹⁰ Bilir, Faruk, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Tüketilmesi Gereken Bir İç Hukuk Yoludur”, Ankara Strateji Enstitüsü, <http://www.ankarastrateji.org/yazar/prof-dr-faruk-bilir/anayasa-mahkemesine-bireysel-basvuru-tuketilmesi-gereken-bir-ic-hukuk-yoludur/> (03.07.2013).

¹¹¹¹ Kunig, Philip, “Türkiye için Bir Örnek: Federal Almanya'da Bireysel Başvuru”, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikâyeti”, *Hukuk Adamları Birliği (HUKAB) Dergisi*, Ed. Musa Sağlam, Temmuz-Eylül, Ankara, 2011, s. 46

¹¹¹² Kılınç, op. cit., s. 41.

¹¹¹³ Kunig, Philip, “Türkiye için Bir Örnek: Federal Almanya'da Bireysel Başvuru”, op. cit., s. 46.

¹¹¹⁴ Bu rakam, İspanyol Anayasa Mahkemesi'nin resmi web sitesinde 04.04.2013 tarihi itibarıyla belirtilen rakamdır. Tribunal Constitucional de España, Estadísticas 2011, <http://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/estadisticas/Pages/Estadistica.aspx> (04.07.2013).

başvurusudur¹¹¹⁵. Bu, da yapılan başvuruların % 98,6'sına tekabül etmektedir. Geçmiş yıllar da dikkate alındığında, amparo başvurularının yaklaşık % 97'si ilk inceleme de reddedilmektedir. Kabul edilen başvuruların ise yaklaşık % 2'si başarılı olmaktadır¹¹¹⁶.

Avusturya'da, Anayasa Mahkemesi'ne, her yıl ortalama 2.500 ila 2.800 civarında dava açılmakta; bu davaların yaklaşık % 80'ini anayasa şikâyetleri oluşturmaktadır¹¹¹⁷.

Rusya'da, Anayasa Mahkemesi'ne yıllık ortama 16.000 civarında bireysel başvuru yapılmaktadır. Bu rakam, Mahkeme'ye yapılan toplam başvuru sayısının yaklaşık % 98-99'una tekabül etmektedir¹¹¹⁸. İlk inceleme sonunda ise başvuruların yaklaşık % 3'ü kabul edilebilir bulunmaktadır¹¹¹⁹.

Güney Kore'de, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşundan 2010 yılına kadar ki dönemde¹¹²⁰ Anayasa Mahkemesi'ne yapılan toplam başvuru sayısı, 19.665'dir. Bunların 18.879'unu anayasa şikâyeti başvuruları oluşturmaktadır¹¹²¹. Bu da toplam başvuruların % 96'sına denk gelmektedir.

Karşılaştırmalı hukuktaki örneklerde de açıkça görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemelerinin iş yükünün çok büyük bir kısmını (yaklaşık %95'inden fazlasını) bireysel başvurular oluşturmaktadır. Ancak bu başvuruların, yine çok büyük bir kısmı (yaklaşık %95'inden fazlası) kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığı gerekçesiyle, kabul edilebilirlik aşamasında reddedilmektedir. Bu da vatandaşlar açısından, başvuru şartlarının yeterince anlaşılmadığını ya da her ihtimale karşılık bir

¹¹¹⁵ Tribunal Constitucional de España, Estadísticas 2011, <http://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/estadisticas/Pages/Estadisticas2011.aspx#A16> (04.07.2013).

¹¹¹⁶ Baamonde, *op. cit.*, s. 106.

¹¹¹⁷ Holzinger, *op. cit.* s. 62. Mahkeme yıllık ortalama 2600 dava çözmekte ve davalar ortalama süre olarak bir yıldan az bir zaman diliminde sonuçlandırılmaktadır. Haller, Herbert, "Avusturya Anayasa Mahkemesinin Organizasyonu ve Karar Biçimleri", *Anayasa Yargısı* 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 26-27 Nisan 2004, s. 50.

¹¹¹⁸ Zorkin, *op. cit.*, s. 283

¹¹¹⁹ *Ibid.*, s. 288

¹¹²⁰ Güney Kore'de anayasa yargısının yetkileri ve kapsamı ağır biçimde sınırlandırıldığından baskıcı yönetimin etkisiyle 1948-1988 yılları arasındaki 40 yıllık dönemde Anayasa Mahkemesi'ne başvuru sayısı 10'un altında kalmıştır. Dae-Jong, Kim, *op. cit.*, s. 145.

¹¹²¹ Baysal, Mustafa, "Güney Kore Cumhuriyeti Anayasa Şikayeti Uygulaması", Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti", *Hukuk Adamları Birliği (HUKAB) Dergisi*, Ed. Musa Sağlam, Temmuz-Eylül, Ankara, 2011, s. 197-198.

de buraya başvurayım düşüncesiyle başvuru yolunun istismar edici nitelikte kullanıldığına yorulabilir.

1961 Anayasası ile kurulan Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'ne, 1961 Anayasası döneminde (1962-1982 yılları arasında) toplam 1.757 başvuru yapılmıştır. 1982 Anayasası döneminde (1983-2012 yılları arasında) ise Anayasa Mahkemesi'ne yapılan toplam başvuru sayısı 3.043'dür¹¹²². Yani 1962-2012 yılları arasında (50 yıllık döneminde) Anayasa Mahkemesi'ne yapılan toplam başvuru sayısı 4.800'dür. Bu da yıllık ortalama 96 başvuruya denk gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruların başlamasından sonra, Anayasa Mahkemesi'nin iş yükü oldukça artmıştır. Türk Anayasa Mahkemesi'nin resmi web sitesindeki verilere göre¹¹²³ 24 Eylül 2012 ile 22 Mart 2013 tarihleri arasında Anayasa Mahkemesi'nde kayıtlı bireysel başvuru sayısı, toplam 3.421'dir. 418 başvuru ise posta yoluyla yapıldığı için kayıt altına alınmamıştır. Bu başvurulardan 937 tanesi Bireysel Başvuru Bürosu'nda ön inceleme aşamasında, 2.388 tanesi Komisyonlar önünde kabul edilebilirlik incelemesi aşamasında ve 96 tanesi de Bölümlere gönderilmiş başvurulardır. Başvurulardan 201 tanesi hakkında ön inceleme esnasında idari red kararı, 1 tanesi hakkında feragat nedeniyle düşme kararı ve Komisyonlar tarafından 366, Bölümler tarafından da 25 olmak üzere toplam 391 başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmiştir. "Adil yargılanma hakkı" toplam 2.724 başvuruya konu olarak, ihlal edildiği en çok iddia edilen hak olmuştur¹¹²⁴. Kamu gücü işlem türüne göre en çok başvuru 1.622 başvuru ile Temyiz Mahkemesi kararları aleyhine yapılmıştır¹¹²⁵.

¹¹²² Anayasa Mahkemesi, Veriler ve İstatistikler, Yargı İstatistikleri, Anayasa Mahkemesi'nin İşyükü (Genel), <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=44&lang=0&c=1> (04.07.2013).

¹¹²³ Anayasa Mahkemesi, 24 Eylül 2012-22 Mart 2013 Tarihleri Arasında Yapılan Başvurulara Göre Hazırlanan Bireysel Başvuru İstatistikleri, http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/2013_istatistik/istatistik.pdf (04.07.2013). Anayasa Mahkemesi resmi sitesindeki veriler, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Bürosunca başvuru formu esas alınarak hazırlanan gayri resmi verilerdir.

¹¹²⁴ Adil yargılanma hakkı, 444 başvuru ile mülkiyet hakkı, 351 başvuru ile eşitlik hakkı, 247 başvuru ile temel hak ve hürriyetlerin korunması, 260 başvuru ile seçme seçilme hakkı ve 166 başvuru ile kişi hürriyeti ve güvenliği takip etmektedir. Anayasa Mahkemesi, 24 Eylül 2012-22 Mart 2013 Tarihleri Arasında Yapılan Başvurulara Göre Hazırlanan Bireysel Başvuru İstatistikleri, op. cit.

¹¹²⁵ İlk Derece Mahkemesi kararlarına karşı 772, kanunlar aleyhine 553, İdari işlemler aleyhine 361, Bölge İdare Mahkemesi kararlarına 58 ve idari eylemlere karşı 52 başvuru yapılmıştır. Anayasa

Görüldüğü üzere, bireysel başvuruların Anayasa Mahkemesi'ne yapılmaya başlandığı tarihten (24 Eylül 2012'den), 22 Mart 2013 tarihine kadarki 6 aylık dönemde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru sayısı 50 yıllık dönemde (1962-2012) yapılan başvuruların yaklaşık 2/3 (üçte ikisi) oranına ulaşmıştır. Bireysel başvuruların aynı yoğunlukta devam edeceği düşünülürse, bir yıl sonunda Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru sayısı yaklaşık 7.000 civarında olacaktır. Bu da Anayasa Mahkemesi'ne 50 yıllık dönemde yapılan toplam başvuru sayısından daha fazla başvuru sayısı anlamına gelmektedir. Bütün bunlar, bireysel başvurunun, Anayasa Mahkemesi'nin işyükünü, geçmiş yıllarlar oranla çok büyük ölçüde artırdığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu işyükü altından ne ölçüde kalkabileceğini zaman gösterecektir.

4.3.3. Diğer Etkileri

Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu yeni yürürlüğe girdiği için¹¹²⁶ kurumun etkileri konusunda somut verilere dayalı tespitler yapmak pek mümkün değildir. Bu konuda somut verilere dayalı olarak yapılabilecek tek tespit, bir önceki başlık altında incelenen, bireysel başvurunun Anayasa Mahkemesi'nin iş yüküne olan etkisidir. Gerçekten de 50 yılda yapılan toplam 4.800 başvuruya karşılık, 6 ayda yapılan 3.421 başvuru, bireysel başvuruların Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü oldukça artırdığını açıkça göstermektedir.

Yeni uygulamaya konulmuş bir kurum olmasından dolayı, Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun etkileri konusunda, somut verilere dayalı tespitler yapmak pek mümkün olmadığı için burada bireysel başvurudan beklenen işlevler ve karşılaştırmalı hukuktaki örneklerden yola çıkarak, şimdilik kurumun muhtemel etkilerinden bahsedilebilir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun biri sübjektif diğeri de objektif olmak üzere iki temel işlevi vardır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun

Mahkemesi, 24 Eylül 2012-22 Mart 2013 Tarihleri Arasında Yapılan Başvurulara Göre Hazırlanan Bireysel Başvuru İstatistikleri, op. cit.

¹¹²⁶ “Mahkeme, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler” (6216 sayılı Kanun, geçici m. 1/8).

sübjektif işlevi, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve hayata geçirilmesidir¹¹²⁷. Kurumun objektif işlevi ise Anayasa ile kurulan hukuk düzeninin korunmasıdır¹¹²⁸. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun, sübjektif ve objektif işlevinden tevellüt eden bazı sonuçları vardır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun temel işlevi, birer sübjektif hak olarak, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve hayata geçirilmesidir¹¹²⁹. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun öncelikli hedefi kamu gücü tarafından bir temel hak veya özgürlüğü ihlal edilenlerin mağduriyetini gidermek için hakkı ihlal eden kamu gücü ihlalden kaynaklanan mağduriyeti gidermektir. Dolayısı ile iç hukukta öngörülen bu başvuru yolu sayesinde, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine sağlanan koruma artmış olacaktır.

AMBB'nin daha çok objektif niteliği haiz işlevinin bir sonucu olarak, AMBB sayesinde temel hak ve özgürlüklerin tüm ülkede aynı şekilde anlaşılıp uygulanacağı ve kurumun temel hak ve özgürlükler konusunda eğitici bir rol oynayacağı söylenebilir¹¹³⁰. Gerçekten de AMBB sayesinde, başta yargı olmak üzere, kamu gücünü kullanan bütün devlet organları Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin kapsamı konusunda, Anayasa Mahkemesi tarafından adeta bir eğitime tabi tutulmaları kaçınılmazdır. Hatta bu eğitimin sadece kamu gücünün kullanan organlarla sınırlı kalmayıp, yurttaşlara da sirayet ederek onlarda, demokrasi ve hak arama bilincini geliştirme ihtimali kuvvetle muhtemeldir. Böylelikle Anayasa'da tanınan hak ve özgürlüklerin söz de kalmadığını, bunun somut bir şekilde ve en üst düzeyde korunduğunu gören bireyin, yargıya olan güveni artacağı, yargının da bu sayede saygınlık kazanacağı söylenebilir¹¹³¹.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ile Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi de bariz bir şekilde somutlaştırılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, objektif olarak Anayasa'yı korumakta ve Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı

¹¹²⁷ Mellinshof, *op. cit.*, s. 33; Hillgruber, Cristian – Goos, Cristoph, *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg, 2006, s. 34; aktaran, Kılınç, *op. cit.*, s. 27

¹¹²⁸ Mellinshof, *op. cit.*, s. 33.

¹¹²⁹ *Ibid.*

¹¹³⁰ *Ibid.*

¹¹³¹ Sağlam, “Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, *op. cit.*, s. 457.

ilkesini somut olarak hayata geçirmektedir. AMBB bunu yaparken aynı zamanda Anayasa'nın yorumlanmasını sağlamaktadır. Böylece Anayasa yargısı içtihatları zenginleşmektedir¹¹³². Dolayısı ile Anayasa'da belirtilen, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin fiilen daha çok gerçekleşmesi veya temel hak ve özgürlükler konusunda anayasa yargısı içtihatlarının zenginleşmesi bu kurumun muhtemel etkileri olarak yansıyabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler için de önemli bir işleve sahiptir. O da Avrupa Konseyi üyesi ülkeler aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruları, ciddi oranda azaltmasıdır¹¹³³. Bu husus, Türkiye'de, AMBB'nin kabul edilmesinin de temel gerekçelerinden biridir. Dolayısı ile AMBB'nin AİHM'ye, Türkiye aleyhine yapılan başvuruların ve AİHM'de Türkiye aleyhine çıkan ihlal kararların sayısını azaltması da beklenmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun yukarıda belirtilen işlevleri gerçekleştirmesinin yegâne koşulu, şüphesiz ki bağımsız ve nitelikli yargıçlardan oluşan bir Anayasa Mahkemesi'nin varlığı¹¹³⁴ ve bu Mahkeme'nin yargılamalarında, AİHM içtihatlarını esas almasıdır.

¹¹³² Kılınç, *op. cit.*, s. 27

¹¹³³ *Ibid.* s. 28-29.

¹¹³⁴ Sağlam, "Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar" *op. cit.*, s. 457.

SONUÇ

12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halk oylaması ile kabul edilip yürürlüğe giren Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu, Türk hukuk sistemine dâhil olmuş ve 23 Eylül 2012 tarihinden sonra da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurular yapılmaya başlanmıştır.

Temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilenlere, bu ihlale son verilmesi ve ihlalden kaynaklanan mağduriyetlerin giderilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının tanınması, şüphesiz olumlu bir adımdır. Çünkü insan haklarına sağlanan normatif korumanın, bir anlam ifade edebilmesi için en üst norm olan Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin, yargısal bir mekanizma çerçevesinde korunması oldukça önemlidir. Mevcut sistem içerisinde bu iş öncelikle yasama, yürütme ve yargının (bağımsız mahkemelerin) işi olmakla beraber, bu konuda Anayasa'nın bağlayıcılığını ve üstünlüğünü tesis etmekle görevli Anayasa Mahkemesi'nin de devreye sokulmuş olması, Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlere sağlanan güvenceyi daha da artırmış olacaktır.

Temel hak ve özgürlüklerin taşıyıcısı olan bireylere, bu hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi durumunda, olağan kanun yollarını tükettikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunma hakkının tanınması, bireylere, hak ihlallerine karşı bizzat karşı koyma imkânı sunmaktadır. Böylece, temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda, bu hakların taşıyıcılarının da müdahil olduğu, daha güvenceli yeni bir koruma mekanizması devreye girmiş olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun amacı, AİHM'ye, Türkiye aleyhine yapılan bireysel başvuruları azaltmak olduğu için bu kurum sayesinde Anayasa'daki hak ve özgürlüklerin kapsamı AİHS ve AİHM içtihatları doğrultusunda belirlenecek; bu da Türkiye'deki uygulama ile AİHM içtihatları arasındaki anlayış farkının ortadan kalkmasına sebep olacaktır. Böylelikle, Türkiye'de, temel hak ve özgürlükler çağdaş demokrasilerdeki anlamıyla, anlaşılıp uygulanacaktır. Bu da Türkiye'de insan hakları standardının yükselmesine sebep olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ile Anayasa Mahkemesi'nin vereceği kararların derinliği doğrultusunda, temel hak ve özgürlükler konusunda, Türkiye'deki uygulama ile AİHM içtihatları arasındaki anlayış farkının ortadan kalkması sonucunda, temel hak ve özgürlük ihlallerinden kaynaklanan mağduriyetler, iç hukukta giderilmiş olacaktır. Bu da AİHM'ye Türkiye aleyhine yapılan bireysel başvuruları azaltacağı gibi, doğal olarak Türkiye aleyhine verilen kararların sayısında da bir azalmaya sebep olacaktır. Bu durum, Türkiye'nin uluslararası alandaki meşruiyetinin ve saygınlığının artmasına neden olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun, etkili bir yol olması durumunda, temel hak ve özgürlükler, çağdaş demokratik devletlerdekiyle aynı seviyeye yükselecek ve bireylerin temel hak ve özgürlükleri daha iyi korunacak; kamu gücünü kullanan otoritelerin de temel hak ve özgürlüklere karşı daha duyarlı bir şekilde yaklaşmasının yolu açılacaktır. Böylelikle, Anayasa'da tanınan hak ve özgürlüklerin söz de kalmadığını, bunun somut bir şekilde ve en üst düzeyde korunduğunu gören bireyin, yargıya ve özellikle Anayasa Mahkemesi'ne olan güveni artacak, yargı da bu sayede saygınlık kazanacaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru sayesinde, temel hak ve özgürlüklerin tüm ülkede aynı şekilde anlaşılıp uygulanması söz konusu olacaktır. Bu süreçte, başta yargı olmak üzere, kamu gücünü kullanan bütün devlet organları, Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin kapsamı konusunda, Anayasa Mahkemesi tarafından adeta bir eğitime tabi tutulmuş olacaktır. Hatta bu eğitimin, sadece kamu gücünün kullanan organlarla sınırlı kalmayıp, temel hak taşıyıcılarına da sirayet ederek, onlardaki demokrasi, insan hakları ve hak arama bilincini geliştireceği kuvvetle muhtemel görünmektedir.

AİHS'yi ve AİHM içtihatlarını esas alarak, temel hak özgürlükleri koruyacak olan Anayasa Mahkemesi'nin kararları; yasama, yürütme ve yargı organları, idare makamları, gerçek ve tüzelkişiler için bağlayıcı ve kesin olduğu için (Any., m. 153), kamu gücü makamlarının bu kararlara uymaması gibi bir durum söz konusu değildir. Böylelikle, bugüne kadar Anayasa'nın 90/son hükmüne rağmen, uluslararası insan hakları normlarını uygulamakta çekingen davranan yargı organları başta olmak üzere, kamu gücünü kullanan bütün organlar, Anayasanın 90/ son maddesinde

belirtildiği üzere; usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alarak karar vermek konusunda Anayasa Mahkemesi tarafından zorlanmış olacaktır. Bu da hâkimlerin Anayasa'nın 90/son maddesine dayanarak kanunları, AİHS ve AİHM içtihatları doğrultusunda yorumlamaları konusunda itici bir güç oluşturacak; Anayasa'nın 90/son hükmü artık, daha etkin bir şekilde uygulanacaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ile Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi, temel hak ve özgürlükler açısından pekişmiş olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun bu olumlu yanları yanında, sistemin daha iyi işleyebilmesi için mevcut yapı içerisinde eleştiriye tabi tutulması gereken bazı yanları da bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, Anayasa'nın 148/3 maddesinde Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” kapsamındaki” hak ve özgürlükler için öngörülmüş iken; 6216 sayılı Kanun'da “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki” (6216 sayılı Kanun, m. 45/1) hak ve özgürlükler için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabileceği belirtilmiştir. Anayasa'da yer alan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” ile ek Protokollerin de kastedildiğini anlamak gerekir. Çünkü Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu, anayasalarda yer alan negatif statü hakları veya birinci kuşak haklar diye adlandırılan klasik hakları korumayı amaçlayan bir kurumdur. Bu nedenle, klasik haklardan bir kısmını, bireysel başvurunun kapsamı dışında bırakmak, kurumun bilinen uygulama alanıyla örtüşmediği gibi amacına ve mantığına da ters düşmektedir¹¹³⁵. Bunun yanı sıra unutmamak gerekir ki söz konusu temel hak ve hürriyetlerin korunması olduğunda aslolan genişletici yorumdur. Yani Anayasa'nın 148/3. maddesindeki “Sözleşme” teriminin Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri tamamlayan ek Protokolleri de kapsadığı şeklinde yorumlamak ve anlamak gerekir. Dolayısı ile 6216 sayılı Kanundaki formül, ilk bakışta Anayasa'daki düzenlemeyi

¹¹³⁵ Sağlam, “Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar” *op. cit.*, s. 431. *Ibid.*, s. 431.

genişletiyor gibi görünse de aslında tam tersine daralttığı söylenebilir¹¹³⁶. Bu nedenle 6216 sayılı Kanun'un Anayasa ile uyumlu hale getirilmesi gerektiğı söylenebilir.

1982 Anayasası'nın ve 6216 sayılı Kanun'un benimsemiş olduğı formüle göre, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında korunan hak ve özgürlükler, doğrudan AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğı Protokoller kapsamındaki hak ve özgürlükler değıl, bunlara tekabül eden 1982 Anayasası'ndaki hak ve özgürlüklerdir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında korunacak olan hak ve özgürlükleri tespit ederken öncelikle, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğı Protokollerde yer alan hak ve özgürlükler ile bunların AİHM içtihatları doğrultusunda kapsamını tespit etmek; akabinde de bu hak ve özgürlüklere, tekabül eden 1982 Anayasası'nda güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlükleri belirlemek gerekmektedir. Bu da Anayasa'daki hangi hak ve özgürlüklerin bireysel başvuruya konu edilebileceğı konusunda bazı tereddütleri beraberinde getirmektedir. Oysa Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun kabul edildiğı ülkelerde, genel olarak bireysel başvuruya konu temel hak ve özgürlüklerin ya tek tek sayıldığı ya da Anayasa'nın belli bir bölümünde yer alan temel hak ve özgürlükler ile sınırlandırıldığı görölmektedir. Dolayısı ile 1982 Anayasası'ndaki temel hak ve özgürlüklerden hangilerinin bireysel başvuru kapsamında korunacağını açık bir şekilde belirtilmemesi, bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

Temel hak ve özgürlük ihlali, kamu gücünün yanlış işlem eylem ya da ihmallerinden değıl de Anayasa'ya aykırı bir kanun hükmünden kaynaklanıyor ise bu kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi, sorunu kökünden çözecektir. Aksi takdirde aynı sebepten dolayı temel hak ve özgürlük ihlallerinin gerçekleşmesi ve buna karşı benzer bireysel başvuruların yapılması kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenle, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varmaları durumunda, Bölümlere, bunların iptali istemiyle Genel Kurul'a başvurmaları yönünde yetki veren bir düzenlemenin Anayasa'da ve 6216 sayılı Kanun'da yapılması gerekmektedir. Böyle bir düzenleme, kanunlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılamaması nedeniyle, temel hak taşıyıcılarının,

¹¹³⁶ *Ibid.*, s. 430.

demokratik siyasal yaşama yargısal yoldan katılamamasından kaynaklanan eksiklikleri de dolaylı yoldan bir nebze de olsa gidermiş olacaktır.

Anayasa’da, “kamu gücü tarafından yapılan temel hak ve özgürlük ihlallerine” karşı bireysel başvuruda bulunulacağı belirtilmiş ancak bu ana kuralın istisnasını oluşturacak herhangi bir kamu gücü işleminden bahsedilmemiştir (Any., m. 148/3,4,5) Buna karşın, 6216 sayılı Kanun’la (m. 45/3); yasama işlemleri ve düzenleyici idari işlemlere karşı doğrudan bireysel başvuruda bulunulamayacağı; Anayasa Mahkemesi kararlarının ve Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin de bireysel başvuruya konu edilemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa ile öngörülme-yen istisnaların, Kanun ile öngörülmesi, Anayasa’ya aykırı olmuştur. Anayasa ile 6216 sayılı Kanun arasındaki bu uyumsuzluğun giderilmesi için ya 6216 sayılı Kanun’un 45/3 maddesinin yürürlükten kaldırılması ya da Kanun’da yer verilen istisnaların bir Anayasa değişikliği ile Anayasa’ya dâhil edilmesi gerekir. Ancak bu çözüm yollarından ilkinin tercih edilmesinin, insan haklarına saygılı devlet ilkesinin bir gereği olduğunu söylemek gerekir.

Diğer taraftan, 1982 Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı bazı işlemler vardır. Bu durum Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen; başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere, demokratik devlet ve insan haklarına saygılı devlet ilkelerine aykırıdır. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru, tam bu durumla ilgili bir çözüm olanağı sunacak iken; Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı kamu gücü işlemlerine karşı bireysel başvuru yolunun kapatılması, yerinde bir tercih olmamıştır. Bu durum, hem Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen ilkelere aykırılık oluşturmakta hem de 5. maddesinde yer alan “Devletin temel amaç ve görevleri, ... demokrasiyi korumak, ... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” şeklindeki hükmüyle çelişmektedir. Dolayısı ile Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı karar ve işlemlere karşı bireysel başvuru yapılmasının yolunu açacak bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylaması ile kabul edilip yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanun ile sadece Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru kabul

edilmekle kalmamış; Anayasa Mahkeme'nin üye sayısı, oluşumu ve yapısı, bireysel başvurunun doğuracağı ihtiyaçlar yönünde, yeniden düzenlenmiştir. Keza, 6216 sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü de bireysel başvurunun ihtiyaçlarına göre uyarlanmıştır. Ancak bu kapsamda, Anayasa Mahkemesi üyelerinde aranması gereken nitelikler konusunda, bireysel başvurunun ihtiyaçlarına cevap verecek tarzda bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Anayasa'nın 146. maddesindeki mevcut düzenleme çerçevesinde, Mahkemeye üye seçecek olan TBMM ve Cumhurbaşkanının bütün tercihlerini hukukçulardan yana kullanması halinde 17 üyenin tamamının hukukçu olma ihtimali bulunmaktadır. Takdir haklarını aksi yönde kullanmaları durumunda ise en az 13 üyenin hukukçu olması söz konusudur. Ancak bu üyelerin insan hakları uzmanı olmalarını ya da AİHM'ye Türkiye aleyhine en çok “adil yargılanma hakkı”nın ihlali gerekçesiyle başvuru yapıldığı düşünüldüğünde, medeni yargılama veya ceza yargılaması alanında, uygulamadan gelen hukukçular olmalarını temin edecek bir üye seçim mekanizması öngörülmuş değildir. Bireysel başvurunun kendisinden beklenen faydayı sağlayabilmesi, işlevlerini yerine getirebilmesi, kısaca etkili bir başvuru yolu olabilmesi için bağımsız ve kurumun gerektirdiği nitelikleri taşıyan üyelerin önemi yadsınmamalıdır. Dolayısı ile Anayasa Mahkemesi'ne üye seçiminde, Mahkeme'nin üye profilinin belli bir oranda insan hakları ve ceza yargılaması uzmanı hukukçulardan oluşmasını temin edecek şekilde, Anayasa'da bir düzenleme yapılmasının önemli olduğu düşünülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruların başlamasından sonra Anayasa Mahkemesi'nin iş yükü oldukça artmıştır. Türk Anayasa Mahkemesi'nin resmi web sitesindeki verilere göre¹¹³⁷ 24 Eylül 2012 ile 22 Mart 2013 tarihleri arasında Anayasa Mahkemesi'nde kayıtlı bireysel başvuru sayısı toplam 3.421'dir. Basit bir oranlama yapıldığında, Mahkeme'ye bir yıl içerisinde yaklaşık 7.000 başvuru yapılması beklenmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruları gerekli özenle inceleyip, başvuruları makul sürede sonuçlandırabilmesi için Mahkeme'nin iki Bölüm'e ayrılması isabetli bir düzenleme olmuştur. Böylelikle hem

¹¹³⁷ Anayasa Mahkemesi, 24 Eylül 2012-22 Mart 2013 Tarihleri Arasında Yapılan Başvurulara Göre Hazırlanan Bireysel Başvuru İstatistikleri, http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/2013_istatistik/istatistik.pdf (04.07.2013). Anayasa Mahkemesi resmi sitesindeki veriler, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Bürosunca başvuru formu esas alınarak hazırlanan gayri resmi verilerdir.

Mahkeme'nin yoğun iş yükü altında ezilmesinin önüne geçilmiş hem de Bölümlerin uzmanlaşması sağlayacak bir yapı oluşturulmuştur. Ayrıca kabul edilebilirlik incelemesinin Komisyonlarca yapılması da bireysel başvuruların incelenme sürecini hızlandıran önemli bir önlem olarak değerlendirilebilir. Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü hafifletmek için İçtüzük'te (m. 75), yapısal sorunlardan kaynaklanan aynı nitelikteki çok sayıda başvurunun, tek tek incelenmesi yerine; bu başvurulardan bir tanesinin incelenip, incelenen dosya üzerinden alınması gereken tedbirlerin belirtilmesini, başka bir ifadeyle örnek bir başvuru üzerinden verilen kararın, aynı nitelikteki diğer başvurulara da teşmil edilmesini öngören "pilot karar usulü"nün benimsenmesi de yerinde bir tercih olmuştur. Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak binlerce başvurunun hem yapılmasında hem de incelenmesinde kolaylık sağlaması açısından, bir başvuru formunun hazırlanması ve başvuruların bu matbu formun doldurulması suretiyle yapılması usulünün benimsenmesi ile başvuru formunun nasıl doldurulacağına dair bir bireysel başvuru kılavuzunun hazırlanmasının da yararlı olduğu söylenebilir.

6216 sayılı Kanun (m. 49/6) ile her ne kadar Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlı olduğu ve Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağı açık bir şekilde belirtilmiş ise de Anayasa Mahkemesi'nin incelemeyi bir temel hak ve özgürlük ihlalini tespitle sınırlı tutmaması durumunda, bunu engelleyebilecek bir mekanizma bulunmadığını unutmamak gerekir. Dolayısı ile Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda çok hassas davranması, kendisini Yüksek Mahkemelerin üstünde, süper bir temyiz mahkemesi olarak görmemesi gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin bu ince çizgiyi aşması durumunda, Anayasa Mahkemesi ile Yüksek Mahkemeler arasında bir gerginliğin ve çatışmanın doğması söz konusu olabilir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun temel hak ve özgürlüklerin korunmasında başarılı olabilmesi, bu konuda AİHM'ye Türkiye aleyhine yapılan bireysel başvuruların azabilemsi için kamu gücünü kullanan bütün devlet

organlarının ortak bir iradeyle hareket etmesinin oldukça önemli olduğunu da belirtmek gerekir.

Özetle, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumunun, mevcut yapısıyla eleştiriye açık bazı yönleri olmasına rağmen; kurumundan, Türkiye'de insan haklarının korunması, kamu gücünü kullanan organlarda belli bir düzeyde insan hakları bilincinin oluşması, AİHM içtihatları ile Türkiye'deki uygulamalar arasındaki anlayış farkının ortadan kalkması ve AİHM'ye, Türkiye aleyhine yapılacak olan bireysel başvuruların azalması konusunda bir işlevi yerine getirmesi beklendiği; bu beklentilerin karşılanması konusunda, Anayasa Mahkemesi'nin tavrının belirleyici olacağı ve bunun için Anayasa Mahkemesi'nin önünde genel olarak, fiili ya da bir hukuki engelin bulunmadığı söylenebilir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler:

AİHM Önünde Bekleyen Derdest Başvuru Sayısı, (31 Ocak 2012 tarihi itibariyle), Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2012_ist/derdest.pdf (03.07.2013).

Akbilek, Nevzat, “Yargı Reformu ve AİHM”, *Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu*, Ankara, 2-3 Nisan 2012.

Akıntürk, Turgut, *Medeni Hukuk*, 8. B. Beta, İstanbul, Ekim 2001.

Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

Aliyev Cabir, *Anayasa Şikayeti*, Beta, İstanbul, 2010.

Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America: A Comparative Study of the Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, 2008.

Altıparmak, Kerem, “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik”, *50. Yılında İnsan Hakları Mahkemesi Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?*, Yayına Hazırlayan, Kerem Altıparmak, Ankara Barosu Yayınları, 2009.

Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler” (Posta yoluyla bireysel başvuru), http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/postayoluyla.pdf (17.05.2013).

Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler”, (Posta yoluyla eksiklik tamamlamaya yönelik dilekçe ve belge gönderilmesi) http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/postayoluyladilekcebelge.pdf (17.05.2013).

- Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler” (Genel Eksiklikler), http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/geneleksiklikler.pdf (21.05.2013).
- Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler”,<http://www.anayasa.gov.tr/BireyselBasvuru/Hatirlatmalar/> (05.08.2013).
- Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler” (Formun birinci bölümüne ilişkin eksiklikler), http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/birincibolum.pdf (05.08.2013).
- Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler” (Formun ikinci bölümüne ilişkin eksiklikler), http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/ikincibolum.pdf (05.08.2013).
- Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler”, http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/ucuncubolum.pdf (22.05.2013).
- Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler”, (Formun üçüncü bölümüne ilişkin eksiklikler) http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/ucuncubolum.pdf (05.08.2013).
- Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler”, (Formun dördüncü bölümüne ilişkin eksiklikler), http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/dorduncubolum.pdf (05.08.2013).
- Anayasa Mahkemesi, “Bireysel Başvuruların Yapılmasında Usule İlişkin Eksiklikler” (Formun beşinci bölümüne ilişkin eksiklikler),

http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/besincibolum.pdf
(05.08.2013).

Anayasa Mahkemesi, 24 Eylül 2012-22 Mart 2013 Tarihleri Arasında Yapılan Başvurulara Göre Hazırlanan Bireysel Başvuru İstatistikleri, http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/2013_istatistik/istatistik.pdf (04.07.2013).

Anayasa Mahkemesi, Mahkeme Teşkilat Kuruluş Şeması, <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=content&id=426>
(03.06.2013).

Anayasa Mahkemesi, Veriler ve İstatistikler, Yargı İstatistikleri, Anayasa Mahkemesi'nin İşyükü (Genel), <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=44&lang=0&c=1> (04.07.2013).

Anayasa Şikâyeti Çalıştay Raporu (15.2.2011), İzmir Barosu Başkanlığı, http://web.ebaro.web.tr/uploads/35/izmir%20barosu/haber3/Anayasa_mahkrapor.pdf. (13.02.2013).

Anayurt, Ömer, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Ankara, 2004.

Armağan, Servet, “Federal Almanya’da Anayasa Şikâyeti”, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Yıl: 5, S. 7, 1971.

Arnwine, Esen, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, *AÜHF Dergisi*, C. 52, S. 4, 2003.

Arnwine, S. Esen, “Anayasa Şikâyeti”, *Ankara Hukuk Toplantıları Anayasa Şikâyeti*, Alman Anayasası’nın 60. Yılı Münasebetiyle Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Alman Büyükelçiliği İşbirliği ile Düzenlenen “Anayasa Şikâyeti” Sempozyumu 18 Mayıs 2009.

Arslan, Çetin, *Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi*, Nobel Yayınları, Ankara, 1999.

- Arslan, Ramazan, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Ankara, Turhan Kitabevi, 1977.
- Artukmaç, Sadık, *Bizde İdarenin Murakabesi*, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1950.
- Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 6. B., Mimoza, Konya, 2011.
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (European Convention on Human Rights) Çeviri: Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/temel/aihs.pdf> (21.05.2012).
- Avusturya Anayasa Mahkemesi Kanunu, (Constitutional Court Act) 1953-VfGG, <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfghsite/english/downloads/englishvfgg.pdf> (01.12.2012).
- Avusturya Federal Anayasası, T.C. Adalet Bakanlığı, *Avrupa Birliği Bazı Ülkelerin Anayasaları*, Ankara, Mayıs 2011.
- Aydın, Öykü Didem, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 4, Yıl: 2011.
- Azrak, Ülkü, “Türk Anayasa Mahkemesi”, *İÜHFM*, C. 28, S. 3-4, 1962.
- Baamonde, Maria Emilia Casas, “Amparo Başvurusu”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 24 Nisan 2009.
- Bakırcı, Fahri, TBMM’nin Çalışma Yöntemi, İmge Kitabevi, Ankara, 2000.
- Balta, Tahsin Bekir, “Türkiye’de Anayasa Yargısı”, *AÜHFD*, C. 18, S.1-4, Yıl: 1961.
- Banks, Lynda, *Constitutional Law in a Nutshell*, London 1981.
- Başlar, Kemal, *Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı*, Roma Yayınları, Ankara, 2005.
- Bavyera Anayasası (1919), 14. August 1919 Verfassungsurkunde des Freistaats Bayern, <http://www.verfassungen.de/de/by/bayern19.htm> (10.10.2012).

- Bavyera Anayasası (1946), 2. Dezember 1946 Verfassung des Freistaates Bayern, <http://www.verfassungen.de/de/by/bayern46.htm> (11.10.2012).
- Baysal, Mustafa, “Güney Kore Cumhuriyeti Anayasa Şikayeti Uygulaması”, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, *Hukuk Adamları Birliği (HUKAB) Dergisi*, Ed. Musa Sağlam, Temmuz-Eylül, Ankara, 2011.
- Bilir, Faruk, “2010 Yılı Anayasa Değişikliği ve 6216 Sayılı Kanun Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, *Yeni Anayasa Yeni Mutabakat (Anayasanın Güncel Sorunları ve Çözüm Önerileri)* içinde, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Bilir, Faruk, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Tüketilmesi Gereken Bir İç Hukuk Yoludur”, Ankara Strateji Enstitüsü, <http://www.ankarastrateji.org/yazar/prof-dr-faruk-bilir/anayasamahkemesine-bireysel-basvuru-tuketilmesi-gereken-bir-ic-hukuk-yoludur/> (03.07.2013).
- Bilir, Faruk, “Yeni Anayasa’da Yüksek Seçim Kurulu”, 29 Mayıs 2012, <http://www.ankarastrateji.org/yazar/doc-dr-faruk-bilir/yeni-anayasada-yuksek-secim-kurulu/> (17.04.2013).
- Bireysel Başvuru Formu (Bilgisayar ortamında doldurulacak olan), Anayasa Mahkemesi, http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/b_b.pdf (17.05.2013).
- Bireysel Başvuru Formu (Daktilo veya el yazısı ile doldurulacak olan) Anayasa Mahkemesi, http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/bsvr_form.pdf (17.05.2013).
- Bireysel Başvuru Kılavuzu, Anayasa Mahkemesi, http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/basvuru_kilavuzu.pdf (21.05.2013).
- Brunner, George, “Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im Europaischen Raum”, JÖR 50 (2002, VII) Hrsg. v. Peter Häberle.
- Bundesgesetzblatt, Für die Republik Österreich, Jahrgang 1948 Ausgegeben am 13. August 1948, 32. Stück, http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1948_1430/1948_143_0.pdf (16.10.2012).

Büyükeren, Sadi, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Kesin Hükümlerin Çatışması”, *Anakara Barosu Dergisi*, 1996/2.

Cataldo, Bernard F.- Frederick G. Kempin - John M. Stockton - Charles M. Weber, Introduction to *Law and Legal Process*, New York 1973.

Chan Robles Virtual Law Library, TRhe Rule on the Writ of Habeas Data: Philippine Supreme Court Decision, A. M. No. 08-1-16-SC January 22, 2008. <http://www.chanrobles.com/writofhabeasdata.html#.UNrqX2-IE0I> (26.12.2012).

Constitution of Mexico, http://www.oas.org/juridico/mla/en/mex/en_mex-int-text-const.pdf (21.12.2012).

Constitution of The Federal Republic of Austria, <http://legislationline.org/documents/section/constitutions>, (02.11.2012).

Constitution of The Kingdom of Spain, <http://legislationline.org/documents/section/constitutions> (28.11.2012).

Constitution of The Republic of Poland, <http://legislationline.org/documents/section/constitutions> (02.11.2012).

Constitution of The Republic of Slovenia, <http://legislationline.org/documents/section/constitutions> (02.11.2012).

Constitution of The Slovak Republic, <http://legislationline.org/documents/section/constitutions> (02.11.2012).

Constitutional Court of the Republic of Latvia, Strasbourg, Venice Commission, CDL-INF (1998)003, 17 February 1998, s. 30, [http://www.venice.coe.int/docs/1998/CDL-INF\(1998\)003-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/1998/CDL-INF(1998)003-e.pdf) (23.10.2012).

Coşkun, Vahap, İnsan Hakları Liberal Açıdan Bir Tahlil, Liberte Yayınları, Ankara, 2006.

Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of

domestic remedies (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session), <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743317> (27.06.2013).

Council of Europe Committee of Ministers, Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session) <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743257&Lang=fr> (27.06.2013).

Çağlayan, Ramazan, Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003.

Çalışkan, Ahmet Ziya, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğrenim Hakkı”, *EÜHFD*, C. XI, S. 3–4 , 2007.

Çavuşoğlu, Naz, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Gerçekler ve Perspektifler”, *50. Yılında İnsan Hakları Mahkemesi Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?*, Yayına Hazırlayan, Kerem Altıparmak, Ankara Barosu Yayınları, 2009.

Çekiç, Onur, “Türk Parlamento Hukuku’nda Yasama İşlemi Türleri ve Diğer (İsimsiz) Yasama Türleri”, *Yasama Dergisi*, Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos 2009, S. 12.

Çoban, Ali Rıza, “Yeni Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun Mahkeme’nin İş Yüküne Etkisi Açısından Değerlendirilmesi”, *Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) HUKAB Sempozyum Serisi I*, Ed.: Musa Sağlam, Ankara, 2011.

Dae-Jong, Kim, “Anayasa Şikâyeti Sistemi: Kore Deneyimi”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları 26, 2009.

Demirkol, Selami, “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu”, *Sayıştay Dergisi*, Ocak-Mart 2001, S.40, <http://www.sayistay.gov.tr/dergi/icerik/der40m5.pdf> (24.06.2013).

- Doğru, Osman, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007.
- Ekinci, Hüseyin ve Musa Sağlam, *66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Council of Europa ve T.C. Anayasa Mahkemesi, Ankara, 2012.
- Ekinci, Hüseyin,” *Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesi’nde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü*”, *Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti” Hukuk Adamları Birliği (HUKAB) Sempozyumu Serisi 1*, Ed.: Musa Sağlam, Ankara, 2011.
- Ergül, Ergin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İşkence Yasağı ve Türk Mevzuatı”, http://www.yayin.adalet.gov.tr/adalet_dergisi/sayil9.htm (05.03.2013).
- Esen, Selin, “Türkiye’de Anayasa Şikayeti” Türkiye Barolar Birliği, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, TBB Yayınları No: 201, Ankara, Nisan 2011.
- Faller, Hans Joachim, “Das Spanische Verfassungsgericht” *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (29), 1980.
- Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası, Federal Alman Siyasi Eğitim Merkezi, Almanca-Türkçe Metin, 2002.
- Federal Constitutional Court Act of Germany, <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm#97> (18.11.2012).
- Federal Constitutional Law on the Constitutional Court of the Russian Federation, No. 1-FKZ of 21 July 1994, [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/laws/eng/eur/rus?fn=documentframe.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/laws/eng/eur/rus?fn=documentframe.htm$f=templates$3.0) (12.12.2012).

- Fendoğlu, Hasan Tahsin., “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru” (Anayasa Şikayeti), <http://www.hasantahsinfendoglu.com/sde/ANAYASA%20MAHKEMESI%20BIREYSEL%20BASVURU.pdf> (17.04.2013).
- Feyzioğlu, Metin, “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu”, <http://www.feyzioglu.av.tr/yayin/habeas-corpus-kurumu.html> (26.12.2012).
- Gentili, Gianluca, “A Comparative Perspective on Direct Access to Constitutional and Supreme Courts in Africa, Asia, Europe and Latin America: Assessing Advantages for the Italian Constitutional Court”, *Penn State Internatioanl Law Review*, Vol. 29:4 2011.
- Gingsburg, Tom, “The Constitutional Court and the Judicialization of Korean Politics”, <http://lexglobal.org/files/The%20Constitutional%20Court%20and%20the%20Judicialization%20of%20Korean%20Politics.pdf> (17.12.2012).
- Giritli, İsmet, Bilgen, Pertev, Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku*, 3. B., Der Yayınları, İstanbul, 2008.
- Gönenç, Levent, “Yüksek Seçim Kurulu’nun Mahkeme Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme”, http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/makaleler/yskmahkeme_niteligi.pdf (15.4.2013).
- Gören, Zafer. “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)”, *Anayasa Yargısı 11*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, İstanbul, 28-29 Nisan 1994.
- Gören, Zafer. “Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz?”, *Pof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan*, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Görgün, Emin – Aydın, Yakup, “Sayıştay Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolu” *Sayıştay Dergisi*, S. 84, Ocak-Mart 2012.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, Ekin, Bursa, 2011.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, 5. B., Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2007.

- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 12. B., Ekin Kitabevi, Bursa, 2010.
- Göztepe, Ece, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 24, S. 95, Temmuz-Ağustos 2011.
- Göztepe, Ece, *Anayasa Şikâyeti*, AÜHFY, No: 530, Ankara, 1998.
- Gözübüyük A. Şeref ve Gölcüklü, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 7. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- Gözübüyük, Şeref, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, 30. B., Ankara, 2010.
- Grant, Lawrence – Patricia Hewitt - Christine Jackson - Howard Levenson, *Civil Liberty*, Middlesex 1978.
- Grundgesetz für die Bundesrepublik, 23. Mai 1949 Deutschland, <http://www.verfassungen.de/de/gg.htm> (10.10.2012).
- Guerra, Luis Lopez, “İspanya Uygulaması, Amparo Başvurusu-Konuşma”, *AIHM ve Türkiye-II Anayasa Şikâyeti ve AIHM / ECtHR and Turkey – II Constitutional Complaint and ECtHR Internatioanl Sermposium*, Ed. Ahmet Taşkın, 10 Aralık 2010 Ankara.
- Günday, Metin; *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, 5. B., Ankara, 2002.
- Güneş, Turan, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1965.
- Güney Kore Anayasa Mahkemesi Kanunu, (The Constitutional Court Act) http://english.ccourt.go.kr/home/att_file/download/constitutional_court_act.pdf (17.12.2012).
- Haller, Herbert, “Avusturya Anayasa Mahkemesinin Organizasyonu ve Karar Biçimleri”, *Anayasa Yargısı 21*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 26-27 Nisan 2004.
- Hasan Uzun / Türkiye Davası, Başvuru no.10755/13, <http://www.ankarabarosus.org.tr/images/iger/62/HasanUzun.pdf> (03.07.2013).

Hassemer, Winfried, “Anayasa Şikâyeti ve Buna ilişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)” *Anayasa Yargısı* 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 26-27 Nisan 2004

Hatemi, Hüseyin, *Kişiler Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

Helmut Alexey, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1962.

Hillgruber, Cristian-Goos, Cristoph, *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg, 2006.

High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration, 19. February 2010, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/interlaken_declaration_en.pdf (03.07.2013).

Holzinger, Gerhart, “Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı* 26, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 24 Nisan, 2009.

İba, Şeref, *Parlamento Hukuku, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları*, 4. B., 2009.

Kaboğlu, İbrahim Ö., *Anayasa Yargısı*, 2. B., İmge Kitabevi, Ankara, 1997.

Kaboğlu, İbrahim Özden, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 7. B., Legal, İstanbul, 2011.

Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, Avrupa Konseyi / Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2011, s. 68 vd. http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_TUR.pdf (05.06.2013).

Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, Avrupa Konseyi / Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2011, http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibilityguide_TUR.pdf (12.05.2013).

Kalabalık Halil, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, Aralık 1997, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_2_13.pdf (24.06.2013).

Kanadoğlu, Osman Korkut, *Anayasa Mahkemesi*, Beta, İstanbul, 2004.

- Kaneti, Selim, “Sayıştay’ın Anayasal Konumu”, *Sayıştay Dergisi*, S.1, 1990.
- Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, AÜHF, Ankara, 1976.
- Kararman, Ebru, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- Kelemen, Katalin, “Hungary: The New Constitutional Court Act”, <http://www.diritticomparati.it/2011/12/hungary-the-newconstitutional-court-act.html> (24.01.2013).
- Kılınç, Bahadır, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği” *Anayasa Yargısı* 25, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 25 Nisan 2008.
- Kıratlı, Metin, “Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi”, AÜSBF, Ankara, 1966.
- Kilkelly, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No. 1.
- Kim, Yang-Kyun, “Kore’de Anayasal Başvuru Sistemi”, *Anayasa Yargısı* 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 25-26-27 Nisan, 1992.
- Klucka, Ján, “Suitable Rights for Constitutional Complaint” *Workshop on the “Functioning of the*
- Köküarı, İsmail, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, XII Levha, İstanbul, 2009.
- Kunig, Philip, “Türkiye için Bir Örnek: Federal Almanya’da Bireysel Başvuru” , Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, *Hukuk Adamları Birliği (HUKAB) Dergisi*, Ed. Musa Sağlam, Temmuz-Eylül, Ankara, 2011.
- Kunter, Nurullah ve Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. B., Beta, İstanbul, 2000.
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

Macaristan Anayasa Mahkemesi Kanunu, (Act CLI of 2011 on the Constitutional Court), [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/laws/eng/eur/hun?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/laws/eng/eur/hun?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0), (21.01.2013).

Machacek, Rudolf, “Temel Hak Temini İle Politika Arasındaki Gerilim Alanında Anayasa Yargısı” *Anayasa Yargısı* 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 25-26-27 Nisan 1992.

Macovei, Monica, *İfade Özgürlüğü*, İnsan Hakları El kitapları No. 2.

Maddelere Göre Taraf Devletler Hakkında Verilen Kararlar (1959 - 2012 Yılları Arası), Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2012_ist/59_12_taraf.pdf (03.07.2013).

Maunz, G. Rüdger, R. Herzog, R. Scholz,(1980), RnNR 64 zu Art, 93 GG, *Grundgesetz-Kommentar* (lose Blaetter) Verlag C. H. Beck, München.

Mavčič, Arne Marjan, “The Application Before the Constitutional Court with a Special Reference to the Individual Application: Comperative and Slovenian Aspect”, *AİHM ve Türkiye-II Anayasa Şikayeti ve AİHM Uluslararası Semopzyum / ECtHR and Turkey – II Constitutional Complaint and ECtHR Internatioanl Sermposium*, Ed. Ahmet Taşkın, 10 Aralık 2010 Ankara.

Mavčič, Arne Marjan. “Tüketilmesi Gereken veya AİHS Anlamında Geçerli Bir İç Hukuk Yolu Olarak Bireysel Şikâyet”, Mart 2011, http://www.concourts.net/Mavcic_Tr_BireyselBasvurununTemelOzellikleri.pdf (22.05.2012).

Mavčič, Arne, *The Constitutional Review*, Book World Publications, The Netherlands, 2001.

Mellinghof, Rudolf, “Federal Alman Cumhuriyetinde Anayasa Şikâyeti”, *Anayasa Yargısı* 26, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2009.

Milliyet, 13 Ocak, 2011.

- Mole, Naula ve Catharina Harby, *Adil Yargılanma Hakkı İnsan Hakları Kitapçıkları* No. 3, Council of Europe, Ekim 2001.
- Nalbant, Atilla, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru”, *AIHM ve Türkiye-II (Anayasa Şikayeti ve AIHM) Uluslararası Sempozyumu*, Ed.: Ahmet Taşkın, Ankara, 10 Aralık 2010.
- Neziroğlu, İrfan, *Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları*, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2008.
- Nuri Alan, “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartı” *Danıştay Dergisi*, 19, S.50-51, 1983.
- Oder, Bertil Emrah, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda (Anayasa Şikayeti) Etkin ve Etkili Kullanım”, *Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”*, *Hukuk Adamları Birliği (HUKAB) Sempozyumu Serisi 1*, Ed.: Musa Sağlam, Ankara, 2011.
- Odyakmaz, Zehra, Ümit Kaymak ve İsmail Ercan, *İdari Yargı, 7. B., XII Levha Yayınları*, İstanbul, 2011.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, 1966.
- Organic Law 2/1979 on the Constitutional Court, of 3 October 1979, <http://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/normasreguladoras/Lists/NormasRegPDF/LOTC-en.pdf> (29.11.2012).
- Öncü, Mehmet, “Bireysel Başvuruların AIHM Tarafından Usulden İncelenmesi ve Dördüncü Derece Türünden Şikayetler”, *Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, (Editörler: Alpaslan Altan, Engin Yıldırım, Erdal Tercan, Hikmet Tülen ve Ali Rıza Çoban), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012.
- Önok, Rıfat Murat, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Ankara, 2006.
- Özay, İl Han Günışığında Yönetim, Alfa, İstanbul, 1996.

- Özbey, Özcan, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı*, 2. B., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. B., Yetkin, Ankara, 1993.
- Özdek, Yasemin, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE, Ankara, 2004.
- Özkan, Gürsel, *Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi*, saydam Matbaacılık, Ankara, 1995.
- Öztan Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 22. B. Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Öztürk, Bahri, “Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi ‘Yüce Divan’” *Anayasa Yargısı*, C.12, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1995.
- Paczolay, Peter, Constitutional Complaint, *Anayasa Yargısı 21*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 26-27 Nisan 2004
- Paul Kilisesi Anayasası, 28. März 1849 Verfassung des deutschen Reiches, <http://www.verfassungen.de/de/de06-66/verfassung48-i.htm> (05.10.2012).
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 7. B., Ankara 2008.
- Pimentel, Genora David Gongora, “Amparo Ne İçindir”, *Anayasa Yargısı 26*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2009.
- Pinto-Leon, Ignacio, “Amparo Trial a Mexican Institution”, <http://www.jurismex.com/Amparo%20Trial%20short%20version.pdf> (27.12.2012).
- Reid, Karen, *A Practitioner's Guide to European Convention On The Human Rights*, Thomson, sweet and Maxwell, London, 2008.
- Reidy, Aisling, İşkencenin Yasaklanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz İnsan Hakları El Kitapları No: 6, Avrupa Konseyi, 2002.

Resmî Gazete, 13.05.2010, 27580 (Mükerrer).

Roagna, Ivana, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Çev.: Ayşe Gül Alkış Schäling, Strazburg, 2012.

Rodriguez, Jorge ve Manuel Valdez, “Frequently Asked Question on Lawsuits and Amparo Procedures in México – I”, <http://www.pvmirror.com/realstate/219/amparoprocedures.html> (21.12.2012).

Rodriguez, Jorge ve Manuel Valdez, “Frequently Asked Question on Lawsuits and Amparo Procedures in México Part-II”, <http://www.pvmirror.com/realstate/220/amparoprocedures.html> (22.12.2012).

Rusya Federasyonu Anayasası (Türkçe), <http://www.anayasa.gen.tr/rusya.htm> (12.12.2012).

Sabuncu, Yavuz, “Federal Almanya’da Anayasa Şikâyeti”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: XXXVII, Eylül-Aralık 1982, No: 3-4.

Sağlam, Musa, “Bireylerin Anayasa Mahkemesine Başvurusu (Bir Reform Önerisi)”, *TBB Dergisi*, S. 60, Yıl, 2005, 1. 139-168.

Sağlam, Fazıl, “Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, *Demokratik Anayasa*, Der. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul, 2012.

Sağlam, Fazıl, “Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, Ed. Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2006.

Sağlam, Musa, “Bireylerin Anayasa Mahkemesi’ne Başvurusu (Bir Reform Önerisi)”, *TBB Dergisi*, Sayı: 60, 2005.

Sarıca, Ragıp, *İdari Kaza*, Cilt I, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949.

- Schuler, Andrea Hans, Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich, Zürich, Verlag Schulthess, 1968.
- Schumann Ekkehard, *Verfassung und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd.II, Berlin 1963.
- Spieb, Pirmin, “Anayasa Şikâyeti - Paul Kilisesi’nden Federal Alman Anayasası’na?” Çev.: Hüseyin Özcan, *Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.
- Şahbaz, İbrahim, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru ve Sorunlar”, Türkiye Barolar Birliği, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, TBB Yayınları No: 201, Ankara, Nisan 2011.
- Şen, Ersan ve Özdemir, Bilgehan, “Bir Görüş - Anayasa Mahkemesi Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi (Süper Yetkilere Doğru mu?)”, *Terazi*, S. 55, Mart 2011.
- Tahiroğlu, Bülent / Erdoğan, Belgin, Roma Usul Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- Taşdelen, Okan, “Biri Bizi Gözetliyor: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Penceresinden Bireysel Başvuru Hakkı”, *Hukuk Adamları Birliği (HUKAB) Dergisi*, Temmuz-Eylül 2012.
- Tezcan, D., Erdem, M. Ruhan ve Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, 3. B., Seçkin, Ankara, 2010.
- Tezcan, Durmuş, Erdem, M. Ruhan; Sancaktar, Mustafa, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2002.
- Teziç, Erdoğan, “Parlamento Kararı ve Kanun”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 5, 1998.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta, 5. B., İstanbul, 1998.
- The Constitution of the Russian Federation, http://state.rin.ru/cgi-bin/main_e.pl?r=0#A125_ (12.12.2012).

The Fundamental Law of Hungary, <http://www.mkab.hu/download.php?d=65> (21.01.2013).

The New Constitutional Court Act”, <http://www.diritticomparati.it/2011/12/hungary-the-new-constitutional-court-act.html> (24.01.2013).

The Constitution of the Republic of Korea, http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=214459 (17.12.2012).

Torres Del Moral, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Espanol*, 4. Edicion, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutence, Madrid.

Tribunal Constitucional de España, Estadísticas 2011, <http://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/estadisticas/Pages/Estadistica.aspx> (04.07.2013).

Tribunal Constitucional de España, Estadísticas 2011, <http://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/estadisticas/Pages/Estadisticas2011.aspx#A16> (04.07.2013).

Tunç, Hasan, “Türk Hukukunda Tutuklama Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Hakkı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Yıl: 2013, S. 1-2.

Turabi, Selami, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Rehberi*, Seçkin, Ankara, 2013.

Turhan, Mehmet, Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Tartışma Paneli, *Anayasa Yargısı*, 21, Ankara, 26-27 Nisan 2004.

Türkiye Barolar Birliği, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, 4. B., Barolar Birliği Yayınları: 131, Ankara, 2007

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli, TBMM, Ankara, Haziran 2011.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*: Anayasa, TOBB Yayınları, Ankara, 2000.

TÜSİAD, *Türk Demokrasisi’nde 130 Yıl*, İstanbul, 2006.

Usta, Mesut, Meksika Ülke Raporu, <http://latinamerika.ankara.edu.tr/ulkeraporlari/meksika.pdf> (21.12.2012).

Uzun, Cem Duran, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa Şikayeti Beklentiler ve Riskler)*, Seta Analiz, Şubat 2012.

Ülkelere Göre AIHM Önünde Derdest Başvurular (31 Aralık 2012 tarihi itibarıyla), Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Daire Başkanlığı, http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2012_ist/ulkelere_gore.pdf (03.07.2013).

Venice Commision, “Past and Present of the Korean Constitutional Justice - Independence of the Constitutional Court of Korea-”, http://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/KOR_Constitutional_Court_E.pdf (17.12.2012).

Venice Commission, 2010 Annual Activity Report, Council of Europe, 2011, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLRA\(2010\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLRA(2010)001-e) (03.07.2013).

Venice Commission, CDL-PV(2010)004, 85th Plenary Session Venice, Session Report, 16-17 December 2010, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-PV\(2010\)004-BIL.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-PV(2010)004-BIL.aspx) (03.07.2013).

Venice Commission, *Opinion 296/2004, CDL-AD (2004)024, 29.06.2004, Opinion on the Draft Constitutional Amendments With Regard to the Constitutional Court of Turkey*, [http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-AD\(2004\)024-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-AD(2004)024-e.asp) (20.06.2012).

Yanık, Murat, *Yüce Divan*, Derin Yayınları, İstanbul, 2008.

Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.

Yazıcı, Serap, *Anayasa Şikâyeti ve İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu*, 10 Aralık 2010, Ankara, <http://www.humanlawjustice.gov.tr/Upload/Kitaplar/aihmturkiye.pdf> (18.10.2012).

Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1969.

- Yenice, Kazım; Esin, Yüksel, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu, İdari Yargılama Usulü*, Ankara, 1983.
- Yıldırım, Ramazan *İdari Başvurular*, Mimoza Yayınları, 2. B., Konya, 2006.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.F
- Yılmaz, Mustafa, “Sosyalizm Sonrası Macaristan Cumhuriyetinin Siyasal, Anayasal ve İdari Yapısı Üzerine Bir İnceleme”, <http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/1997-11.pdf> (22.01.2013).
- Yücel, Bülent, “Hukuki İşlemlerin Sınıflandırılması Bakımından Yasama-İdare İşlevi Ayrımı ve Yasama Organının İdari İşlemleri”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 4, S. 1, 2004.
- Zorkin, Valery, “Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi’nin Uygulamasında Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı* 26, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2009.
- Zuck, Rüdger, *Das Recht der Verfassungsbeshwerde*, 2. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 1988.
- Zysk Lothar, *Rechtlexica*, München, 1971.

Yargı Kararları:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

- Aka Türkiye Kararı, 23.09.1998, Başvuru no. 19639/92, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=818> (23.07.2013).
- Akdıvar ve Diğerleri / Türkiye Davası, 16.09.1996, Başvuru no. 21 893/93, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=591> (12.05.2013).

Aksoy / Türkiye Davası, 18.12.1996, Başvuru no. 21987/93, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=622> (17.07.2013).

Aydın / Türkiye Davası, 25.09.1997, Başvuru no. 23178/94, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=701> (17.07.2013).

Başkaya ve Okçuoğlu / Türkiye Davası, 08.07.1999, Başvuru no. 23536/94 ve 24408/94, Yargıtay Başkanlığı, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/2353694ve2440894.pdf> (10.07.2013).

Belçika Ulusal Polis Sendikası / Belçika Davası, 27.10.1975, Başvuru no. 4464/70, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=20> (15.07.2013).

Bürüggemann et Scheuten / Almanya Davası, 12.7.1977, Başvuru no. 6959/75, DR 10.

Case “Relating to Certain Aspects of The Laws on The Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium (Merits), 23.07.1968, Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57525> (24.07.2013).

Case of Adrian Mihai Ionescu v. Romania, 01.06.2010, Application no. 36659/04, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99748> (04.06.2013).

Case of Ahmed v. Austria, 17.12.1996, Application no. 25964/94, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58001> (07.03.2013).

Case of Airey v. Ireland, 09.10.1979, Application no. 6289/73, European Court of Human Rights,

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57420>

(31.03.2013).

Case of Athanassoglou and Others v. Switzerland, 06.04.2000, Application no. 27644/95, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58560>

(03.05.2013).

Case of Belilos v. Switzerland, 29.04.1998, Application no. 10328/83, European Court of Human Rights,

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57434>

(02.03.2013)

Case of Boaghanemi v. France, 24.04.1996, Application no. 22070/93, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57991>

(10.07.2013).

Case of Bozano v. France, Application no. 9990/82 18.12.1986, European Court of Human Rights,

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57448>

(10.03.2013).

Case of Brogan and Others v. The United Kingdom, 29.11.1988, Application no. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, European Court of Human Rights,

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57450> (24.03.2013).

Case of Broniowski v. Poland, 22.06.2004, Application no. 31443/96, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61828>

(27.06.2013).

Case of C.N. and V. v. France, 11.10.2012, Başvuru no. 67724/09, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114032>

(01.07.2013).

Case of Campbell and Cosans v. The United Kingdom, 25.02.1982, Application no. 7511/76; 7743/76, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57455> (12.07.2013).

Case of Campbell and Fell v. The United Kingdom, 28.06.1984, Application no. 7819/77; 7878/77, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57456> (01.04.2013).

Case of Cossey v. The United Kingdom, 27.09.1990, Application no. 10843/84, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57641> (17.07.2013).

Case of Demir and Others v. Turkey, 23.09.1998, Application no. 71/1997/855/1062–1064, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58230> (24.03.2013).

Case of Demopoulos and Others v. Turkey, 01.03.2010, Application no. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97649> (11.07.2013).

Case of Dikme v. Turkey, 11.07.2000, Application no. 20869/92, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58751> (24.03.2013).

Case of Dörry v. Sweden, 12.11.2002, Application no. 28394, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60737> (11.06.2013).

Case of F. R. v. Switzerland, 28.06.2001, Application no. 37292/97, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59536> (02.04.2013).

Case of F.C.B. v. Italy, 28.08.1992, Application no. 12151/86, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57679> (012.04.2013).

Case of Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, 30.08.1990, Application no. 12244/86; 12245/86; 12383/86, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57721> (20.03.2013) .

Case of Gasus Dosier- Und Fördertechnik MmbH v. The Netherlands, 23.02.1995, Application no. 15375/89, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57918> (23.07.2013).

Case of Giuran v. Romania, 01.06.2011, Application no. 24360/04, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-119469> (04.06.2013).

Case of Giusti v. Italy, 21.11.2011, Application no. 13175/3, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-365> (04.06.2013).

Case of Golder v. The United Kingdom, 21.02.1975, Application no. 4451/70, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57496> (31.03.2013).

Case of Groppera Radio AG and Others v. Switzerland, 28.03.1990, Application no. 10890/84, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57623> (13.07.2013).

Case of Guérin v. France, 29.07.1998, Application no. 2520/94, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58204> (31.03.2013).

Case of Guzzardi v. Italy, 06.11.1980, Application no. 7367/76, European Court of Human Rights,

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57498>
(20.06.2013).

Case of H. v. Belgium, 30.11.1987, Application no. 8950/80, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57501> (012.04.2013).

Case of Handyside v. The United Kingdom, 07.12.1976, Application no. 5493/72, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499> (09.07.2013).

Case of Heaney and McGuinness v. Ireland, 21.12.2000, Application no. 34720/97, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59097> (12.04.2013).

Case of Ireland v. The United Kingdom, 18.01.1978, Application no. 5310/71, § 206, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57506> (19.07.2013).

Case of Johnston and Others v. Ireland, 18.12.1986, Application no. 9697/82, § 54, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57508>
(17.07.2013).

Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, 07.12.1976, Application no. 5095/71; 5920/72; 5926/72, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57509>
(24.07.2013).

Case of Klass and Others v. Germany, 06.09.1978, Application no. 5029/71, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57510>
(17.07.2013).

Case of Kokkinakis v. Greece, 25.05.1993, Application no. 14307/88, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57827> (12.07.2013).

Case of Korolev v. Russia, 01.07.2010, Application no. 25551/05, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116470> (04.06.2013).

Case of König v. Germany, 28.06.1978, Application no. 6232/73, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57512> (26.03.2013).

Case of Lamy v. Belgium, 30.03.1989, Application no. 10444/83, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57514> (25.03.2013).

Case of Lawless v. Ireland (No. 3), 01.07.1961, Application no. 332/57, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57518> (19.07.2013).

Case of Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium, 23.06.1981, Application no. 6878/75; 7238/75, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57522> (15.07.2013).

Case of Lithgow v. The United Kingdom, 08.07.1986, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57526> (18.07.2013).

Case of Loizidou v. Turkey, 18.12.1996, Application no. 15318/89, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58007> (11.07.2013).

Case of Mantovanelli v. France, 18.03.1997, Application no. 21497/93, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58023>, (012.04.2013).

- Case of Marckx v. Belgium, 13.06.1979, Application no. 6833/74, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534> (10.07.2013).
- Case of Minelli v. Switzerland, 25.03.1983, Application no. 8660/79, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=65> (13.05.2013).
- Case of Murray v. The United Kingdom, 28 10.1994, Application no. 14310/88, Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57895> (20.03.2013).
- Case of Niemietz v. Germany, 16.12.1992, Application no. 13710/88, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57887> (11.07.2013).
- Case of Niemietz v. Germany, 16.12.1992, Application no. 13710/88, , European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57887> (11.07.2013).
- Case of Observer and Guardian v. The United Kingdom, 26.11.1991, Application no. 13585/88, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57705> (10.07.2013).
- Case of Pellegrin v. France, 08.12.1999, Application no. 28541/95, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58402> (25.03.2013).
- Case of Pellegrin v. France, 08.12.1999, Application no. 28541/95, § 64-67, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58402> (25.03.2013).
- Case of Petrovic v. Austria, 27.03.1998, Application no. 156/1996/775/976, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58146> (18.07.2013).

Case of Piersack v. Belgium, 01.10.1982, Application no. 8692/79, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557> (02.04.2013).

Case of Plattform “Ärzte für das Leben” v. Austria, 21.06.1988, Application no. 10126/82, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57558> (15.07.2013).

Case of Poltoratskiy v. Ukraine, 29.4.2003, Application no. 38812/97, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61059> (08.03.2013).

Case of Pretto and Others v. Italy, 08.12.1983, Application no. 7984/77, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57561> (13.05.2013).

Case of Rasmussen v. Denmark, 28.11.1984, Application no. 8777/79, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57563> (18.07.2013).

Case of Rees v. The United Kingdom, 17.10.1986, Application no. 9532/81, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57564> (17.10.2013).

Case of Ribitsch v. Austria, 4.12.1995, Application no. 18896/91, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57964> (07.03.2013).

Case of S. W. v. The United Kingdom, 22.11.1995, Application no. 20166/92, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57965> (09.07.2013).

Case of Saraiva de Carvalho v. Portugal, 22.04.1994, Application no. 15651/89, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57883> (02.04.2013).

- Case of Saunders v. The United Kingdom, 17.12.1996, Application no. 19187/91, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58009> (13.04.2013).
- Case of Schiesser v. Switzerland, 04.12.1979, Application no. 7710/76, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57573> (24.03.2013).
- Case of Schmidt and Dahlström v. Sweden, 06.02.1976, Application no. 5589/72, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57574> (15.07.2013).
- Case of Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland, 30.06.1993, Application no. 16130/90, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57844> (15.07.2013).
- Case of Siliadin v. France, 26.7.2005, Application no. 73316/01, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69891> (08.03.2013).
- Case of Silver and Others v. The United Kingdom, 25.03.1983, Application no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, § 87, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57577> (09.07.2013).
- Case of Sisojeva and Others v. Latvia, 15.01.2007, Application no. 60654/00, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-79022> (06.06.2013).
- Case of Soering v. The United Kingdom, 07.07.1989, Application no. 14038/88, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57619>, (07.05.2013).
- Case of Sporrang and Lönnroth v. Sweden, 23.09.1982, Application no. 7151/75; 7152/75, § 61, European Court of Human Rights,

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57580>
(23.07.2013).

Case of Ștefănescu v. Romania, 24.04.2011, Application no. 11774/04, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-562> (04.06.2013).

Case of Telfner v. Austria, 20.03.2001, Application no. 33501/96, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59347> (13.05.2013).

Case of The Sunday Times v. The United Kingdom, 26.04.1979, Application no. 6538/74, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584> (09.07.2013).

Case of Van Der Mussele v. Belgium, 23.11.1983, Başvuru no. 8919/80, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57591>
(06.03.2012).

Case of Weeks v. The United Kingdom, 02.03.1987, Application no. 9787/82, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57594>
(25.03.2013).

Case of Welch v. The United Kingdom, 09.02.1995, Application no. 17440/90, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57927> (09.07.2013).

Case of Winterwerp v. Netherlands, 24.10.1979, Application no. 6301/73, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57597> (20.03.2013).

Case of X, Y and Z v. The United Kingdom, 27. 04. 1997, Application no. 21830/93, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58032> (10.07.2013).

Case of Zimmerman and Steiner v. Switzerland, 13.07.1983, Application no. 8737/79, § 24, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57609> (02.04.2013).

Case of, X. v. The United Kingdom, 5.11.1981, Application no. 7215/75, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57602> (24.03.2013).

Coeme and Others v. Belgium, 22.06.2000, Application no. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59194> (10.07.2013).

Çakıcı / Türkiye Davası, Başvuru no. 08.07.1999, 23657/94, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=890> (17.07.2013).

Çakıcı / Türkiye Kararı, 8 Temmuz 1999, Başvuru no. 23657/94, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=890> (07.03.2013).

De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, 18.6.1971, Application no. 2832/66, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57606> (19.03.2013).

Dikme / Türkiye Davası, 11.07.2000, Başvuru no. 20869/92, Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007.

Döşemealtı Belediyesi / Türkiye Davası, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, 23.03.2010. Başvuru no. 50108/06,

<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/dosemealtibelediye.pdf>
(23.04.2013).

E. B. / Fransa Davası, 26.01.2008, Başvuru no. 43546/02, <http://www.kararara.com/aihm/turkce2/aihm11017.htm> (10.07.2013).

Engel and Others v. Holland, 08.06.1976, Application no. 5100/71, European Court of Human Rights,
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479>
(10.03.2013).

Erdagöz / Türkiye Davası, 22.10.1997, Başvuru no. 127/1996/945/746, Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=712> (20.03.2013).

Hasan Eylem Zengin / Türkiye Davası, 09.10.2007, Başvuru no. 1448/04, <http://www.kararara.com/aihm/turkce/aihm10689.htm> (12.07.2013).

Iverson / Norveç Davası, 17. 12. 1963, Başvuru no. 1468/62, Yearbook of The European Convention on Human Rights, . C.6.

İlhan / Türkiye Davası, 27.06.2000, Başvuru no. 22277/93, Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007.

K. / Fransa Kararı, 7.12.1983, no. 10210/82, DR 35.

Kalaç / Türkiye Davası, 01.07.1997, Başvuru no. 61/1996/680/870, <http://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11872.htm> (12.07.2013).

Karaçay / Türkiye Davası, 27.03.2007, Başvuru no. 6615/03, <http://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11749.htm> (15.07.2013).

Kemal Yanaşık / Türkiye Davası, 6.1.1993, Başvuru no. 14524/89, DR 74.

Komisyon Raporu, Kıbrıs / Türkiye, 10.7.1976, Başvuru no. 6780/74 ve 6950/75.

- Komünist Partisi ve Diğerleri / Türkiye Davası, 30.01.1998, (133/ 1996/ 752/ 951), Yargıtay Başkanlığı, http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/133_1996_752_951.pdf (15.07.2013).
- Kurt / Türkiye Davası, Reports, 1998,-III, Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007.
- Mansur / Türkiye Davası, 08.06.1995, Başvuru no. 16026/90, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=591> (14.05.2013).
- Mathieu-Mohin ve Clerfayt / Belçika Davası, 02.03.1987, Başvuru no. 9267/81, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=123> (25.07.2013).
- McQuiston / İngiltere Davası, 4.3.1986, Başvuru no. 11208/84, DR 46.
- Öcalan / Türkiye Davası, 12.05.2005, Başvuru no. 46221/99, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Daire Başkanlığı, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ocalan46221.pdf> (08.03.2013).
- Salman / Türkiye Davası, 27.06.2000, Başvuru no. 21986/93, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=1366> (03.03.2013).
- Schalk ve Kopf / Avusturya Davası, 24.06.2010, Başvuru no. 30141/04, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Daire Başkanlığı, http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/ayrimcilik/cinsel_yonelim.pdf (10.02.2013).
- Stögmüller / Avusturya Dvası, 10.11.1969, Başvuru no. 1602/62, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları

- Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=10> (25.03.2013).
- Şerife Yiğit / Türkiye Kararı, 20.01.2009, Başvuru no. 3976/05, <http://www.kararara.com/aihm/turkce2/aihm11017.htm> (10.07.2013).
- Tanrıbilir / Türkiye Davası, 16.11.2000, Başvuru no. 21422/93. Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007.
- Taştan / Türkiye Kararı, 4 Mart 2008, Başvuru no. 63748/00. Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/tastan.pdf> (08.03.2013).
- Tomasi / Fransa Davası, 27.08.1992, Başvuru no. 12850/87, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=360> (07.03.2013).
- Tyrer / Birleşik Krallık Davası, 25.04.1978 Başvuru no. 5856/72, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=28> (06.03.2013).
- Ülke / Türkiye Davası, 24.01.2006, Başvuru no. 39437/98, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ulke2006.pdf> (08.03.2013).
- X. / Avusturya Davası, 6.10.1982, no. 9077/80, DR 26.
- X. v. The United Kingdom, 13.5.1980, Application no. 8416/79. DR 19.
- Yağcı ve Sargın / Türkiye Davası, 08.06.1995, Başvuru no. 16419/90 16426/90, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Projesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Çev. Osman Doğru, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=518> (25.03.2013).

Zana / Türkiye Davası, 25.11.1997, (69/1996/688/880), T.C. Yargıtay Başkanlığı,
http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/69_1996_688_880.pdf
 (10.07.2013).

Anayasa Mahkemesi Kararları:

Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 25.12.2012, Başvuru no. 2012/51,
http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000295&content= (13.05.2013).

Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 05.03.2013, Başvuru no. 2012/30,
http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000358&content= (13.05.2013).

Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 26.03.2013, Başvuru No. 2012/237,
http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000383&content= (06.06.2013).

Anayasa Mahkemesi, T. 08.04.1963, E. 1963/25, K. 1963/87, *AMKD*, S. 1, Ankara, 1964.

Anayasa Mahkemesi, T. 11.10.1963E. 1963/124, K. 1963/243, *AMKD*, S. 1, Ankara, 1964.

Anayasa Mahkemesi, T. 12.07.1965, E. 1965/19, K. 1965/42, *AMKD*, S. 3, 2. B., Ankara, 1992.

Anayasa Mahkemesi, T. 23,24,25.10.1969E. 1967/41, K. 1969/57, *AMKD*, S. 8. 2. B., Ankara, 1991.

Anayasa Mahkemesi, T. 10.01.1991, E. 1990/25, K. 1991/1, *AMKD*, S. 27, C. 1, Ankara, 1993.

Anayasa Mahkemesi, , T. 03.07.1991, E. 1991/6, K. 1991/20, *AMKD*, S. 27, C. 1, Ankara, 1993.

Anayasa Mahkemesi, T. 11.07.1991, 1E.1990/39,K. 1991/21, *AMKD*, S. 27, C. 1, Ankara, 1993.

- Anayasa Mahkemesi, T. 18.02.1992, E. 1992/12, K. 1992/7, *AMKD*, S. 28, C. 1, Ankara, 1993.
- Anayasa Mahkemesi, T. 20.11.1996, E.1996/58, K.1996/43, *AMKD*, S. 33, C. 1, Ankara, 1998.
- Anayasa Mahkemesi, T. 22.02.1997E. 1997/6, K. 1997/14, *AMKD*, S. 15, 2. B., Ankara, 1991.
- Anayasa Mahkemesi Kararı, T. 05.10.2000, E. 2000/45, K. 2000/27, *AMKD*, S. 36, C. 2, Ankara, 2001.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2011/54, K. 2011/142, Karar Tarihi: 20.10.2011, *AMKD*, S. 48, C. 4, Ankara, 2011.
- Anayasa Mahkemesi, T. 31.03.2004, E. 2002/143, K. 2004/46, *AMKD*, S. 40, C. 2, Ankara, 2005.
- Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 25.12.2012, Başvuru No. 2012/95, 24. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000296&content= (01.13.2013).
- Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm Kararı, 25.12.2012, Başvuru No. 2012/22, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000294&content= (03.05.2013).
- Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 12.02.2013, Başvuru no. 2012/1027, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000327&content= (13.05.2013).
- Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 12.02.2013, Başvuru No. 2012/1075, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000328&content= (23.05.2013).
- Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 12.02.2013, Başvuru No. 2012/69, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000319&content= (27.06.2013).

Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm Kararı, 05.03.2013, Başvuru no. 2012/74, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000360&content= (13.05.2013).

Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm Kararı, 26.03.2013, Başvuru no. 2012/26, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000382&content= (13.05.2013).

Danıştay Kararları:

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 14.4.1973, E. 1972/2, K. 1973/10. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (24.06.2013).

Danıştay, 7. D. T. 28.10.2004, E. 2004/2407, K. 2004/2691, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (23.06.2013).

Yargıtay Kararları:

Yargıtay, 1. HD., T. 29.5.2002, E. 2002/6216 K. 2002/6900, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (24.05.2013).

Yargıtay, HGK., T. 14.12.2005.E. 2005/2-693, K. 2005/726. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (25.05.2013).

Sayıştay Kararı:

Sayıştay Genel Kurulu, 22.10.2004 tarih ve 5105/1 nolu Kararı, Sayıştay Kararları Dizisi 10, s. 9. <http://www.sayistay.gov.tr/yayin/yayinicerik/sayistay2004kararlar.pdf> (16.04.2013).