

*İnsan Onuru İçin
Anayasa Mahkemesinde 25 Yıl*

25 Years at the Constitutional Court for Human Dignity

HAŞİM KILIÇ'A
ARMAĞAN
Essays in Honor of Haşim Kılıç

Editörler

Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN
Doç. Dr. Serdar GÜLENER
Yrd. Doç. Dr. Musa SAĞLAM
Dr. Hüseyin EKİNCİ

Cilt I
Vol. I

Ankara, 2015

© Anayasa Mahkemesi Yayınları

© Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN

© Doç. Dr. Serdar GÜLENER

© Yrd. Doç. Dr. Musa SAĞLAM

© Dr. Hüseyin EKİNCİ

Takım Numarası: 978-975-7427-63-6 (Tk.)

ISBN : 978-975-7427-64-3 (1.c)

Bu eser, kapak tasarımı dahil olmak üzere 5846 sayılı “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu” kapsamında korunmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin ve/veya yazarların yazılı izni olmaksızın eserin tümü bir kitabın bölümü olarak kullanılamaz; eserin tümü veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz.

Kitapta yer alan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir; Anayasa Mahkemesini bağlamaz.

Kapak Tasarımı : Gamze Tiraki

Sayfa Mizanpaj : Gamze Tiraki

Baskı ve Cilt

KALKAN MATBAACILIK

www.kalkanofset.com • 0312 341 92 34

TAKDİM

Türk Anayasa Mahkemesi yarım asrı aşan hayatı boyunca her zaman siyasal sistemin önemli bir aktörü olmuştur. Mahkemenin eleştirilere ve övgülere mazhar olmuş bu rolü, politik tartışmaların da odağında yer almıştır. Sayın Başkan Haşim Kılıç Mahkemenin bu tarihinin yarısına içeriden tanıklık etmiştir. Onun tanıklığı dışarıdan bir gözlemden öte bizatihi bu tarihin yazılmasına etkili bir şekilde katılma mücadelesi şeklinde cereyan etmiştir. Mahkemenin bir üyesi olarak kararlardaki oyları ve karşı oylarıyla Sayın Başkan Mahkemeyi, Anayasa'nın üstünlüğünün, temel hakların, hukuk devletinin ve demokrasinin koruyucusu olarak siyasal sistemin etkili bir unsuru haline getirmeyi hedeflerken, aynı zamanda Anayasa'nın özgürlükçü ve gelişmeci yorumuyla demokratik gelişimin önünü açan bir aktör olarak işlev görmesine çaba göstermiştir. Diğer taraftan özellikle iki dönem başkanvekili ve iki dönem başkan olarak Mahkemenin yönetiminde yer almış ve bir yönetici olarak yukarıda belirtilen hedefleri gerçekleştirmek için büyük uğraş vermiştir. Bu çabaların sonucu olarak Mahkeme son zamanlarda ülkemizde en güvenilir kurumlardan biri haline gelmiştir. Diğer taraftan Mahkeme, bu süreçte uluslararası arenada da işbirliği aranan öncü bir yargı organı ve küreselleşen dünyada evrensel değerlerin korunmasında diyalog ve işbirliği içinde ortak bir mücadelede yer alan saygın bir kurum haline gelmiştir. Elbette bu gelişmede en büyük pay Sayın Başkana aittir.

Türkiye'de anayasal demokrasinin gelişimini anlayabilmek için Sayın Kılıç'ın çeyrek asrı bulan Anayasa Mahkemesi serüveninin elbette etraflı bir şekilde incelenmesine ihtiyaç vardır. Bu çalışma bu yöndeki çabalara bir başlangıç teşkil etmek ve küçük bir katkıda bulunmak üzere planlanmış ve Sayın Kılıç'a 25 yıllık insan onurunu yüceltme mücadelesi için mütevazı bir teşekkür etme umuduyla hazırlanmıştır. Elbette Sayın Kılıç, bir taraftan kararların oluşumunda gerek müzakereler sırasında dile getirdiği görüşler, gerekse oy ve karşı oyları, diğer taraftan kamuya açık konuşmaları ve yönetim tarzıyla anayasal demokrasiye katkısını sunmuştur. Bu çalışma onun çabasının anlaşılması ve geliştirilmesine küçük bir katkıda bulunabilirse, yayına katkıda bulunanlar için büyük bir bahtiyarlık kaynağı olacaktır.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm Sayın Kılıç'ın fikirlerine ayrılmıştır. Bu bölümde kişisel tanıklıkların yanı sıra, Sayın Kılıç'ın konuşmaları ve onun fikirlerine ilişkin analiz yazılarına da yer verilmiştir. Bu bölümdeki tanıklıkların önemli bir kısmı yabancı ülkelerin Anayasa Mahkemeleri Başkan ve üyelerince yazılmıştır. Sayın Kılıç'ın yedi yılı aşan baş-

kanlığı döneminde uluslararası ilişkiler açısından Mahkemenin altın yıllarını yaşadığını söyleyebiliriz. Bu dönemde hem anayasa yargısına ilişkin uluslararası örgütlerle işbirliği hem de ulusal anayasa mahkemeleriyle ilişkilerde ciddi gelişmeler yaşanmıştır. Bunun bir sonucu olarak, Sayın Kılıç için bir Armağan çıkarılacağı duyurulduğunda, yurt dışında da yoğun bir ilgiyle karşılanmıştır. Sonuçta Armağanda beşi tanıklık ve onüçü bilimsel makale olmak üzere yurt dışından toplam 18 yazı yer almaktadır. Bu rakama yurt dışında yaşayan Türklerin yazıları dâhil değildir. Tek başına bu bile Sayın Kılıç'ın Mahkemenin uluslararası itibarına yaptığı katkıyı göstermek açısından yeterlidir. Türkiye'den çok değerli iki tanıklık yazısı yer almaktadır. Birinci bölümde ayrıca Sayın Başkanın, Başkanlığı süresince Mahkemenin Kuruluş Yıldönümlerinde yaptığı konuşmalar ile yine Sayın Başkan tarafından çeşitli vesilelerle yapılan konuşmalardan bazılarına yer verilmiştir. Bu konuşmalar Sayın Başkanın anayasal konulardaki görüşlerini takip etmemize olanak tanımaktadır. Nitekim bu bölümde yer alan yazılardan birisi Sayın Başkanın konuşmalarının içerik analizini yapmaktadır. Sayın Başkan'ın hukuki görüşlerini en açık bir şekilde izleyebileceğimiz başka bir alan ise kararlara yazdığı karşı oy gerekçeleridir. Belki Armağanın eksik kaldığı alanlardan birisi Sayın Başkan'ın karşı oy gerekçelerine yeterince yer verilememiş olmasıdır. Ancak 25 yıllık üyeliği süresince Sayın Başkan'ın pek çok kararda yazdığı karşı oyların incelenmesi bağımsız bir çalışmayı gerektirmektedir. Bu yönde bir başlangıç teşkil etmek amacıyla Armağanda yer alan analiz yazılarından birisi Sayın Başkan'ın anayasa değişikliklerine ilişkin kararlarda yazdığı karşı oyların incelenmesine ayrılmıştır.

İkinci bölüm bilimsel yazılara ayrılmıştır. Bu bölümde yurt içinden ve yurt dışından saygın akademisyen ve uygulayıcıların katkılarından oluşan toplam 24 yazı yer almaktadır. Bu bölümdeki yazılar anayasa hukuku ve temel haklara ilişkin teorik konuların yanı sıra uygulamada karşılaşılan bazı spesifik sorunları da inceleyen özgün makalelerden oluşmaktadır. Orijinal dili Türkçe olmayan katkılarda, yazının hem orijinal haline hem de Türkçe çevirisine yer verilmiştir. Böylece yazının orijinal dilini bilen okuyuculara yazarın kendi metnine ulaşma imkânı tanınması amaçlanırken ilgili dili bilmeyen okuyucuların da en azından yazının çevirisinden yararlanmasına olanak tanınmıştır.

Üçüncü bölüm ise hakemli yazılara ayrılmıştır. Bu bölümde yer alan yazılar yazarlarının talebi doğrultusunda hakem denetiminden geçirilmiş ve hakemli makale olarak yayınlanmıştır. Her bir makalenin hakemi yazının konusuna göre editörlerce belirlenmiş ve yazarın bilgileri saklanarak yazı değerlendirmeye sunulmuştur. Hakem tarafından yayınlanabilir olarak değerlendirilen yazılar gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra yayına alınmıştır. Hakem tarafından olumsuz değerlendirilen yazılar ise, yazarının talebi halinde, gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra iki farklı yeni hakeme daha gönderilmiş ve her iki hakemin de olumlu görüşü halinde ve istenilen değişiklikler yapıldıktan

sonra yayınlanmasına karar verilmiştir.

Armağın yayınlanacağı yönünde duyuru yapıldıktan sonra gerek yurt içinden gerekse yurt dışından yoğun bir teveccüh olmuştur. Elbette bu teveccühün nedeni Sayın Başkana yönelik saygı ve ilgidir. Armağanda yer alan yazılar incelendiğinde hem yurt içinden hem de yurt dışından çok önemli katkıların bulunduğu görülecektir. Uluslararası katkının Amerika'dan Avrupa'ya, Afrika'dan Asya'ya geniş bir coğrafyadan gelmesi şaşırtıcı olmadığı gibi, Sayın Başkanın Mahkemeye ve ülkeye hizmetinin canlı kanıtı olarak da görülmelidir. Anayasa hukuku ve insan haklarına ilişkin çok önemli ve orijinal katkıları içeren Armağan'ın anayasa hukukuna ilgi duyan okuyucular için bir başucu kaynağı olacağını söylemek abartılı olmayacaktır. Eserin anayasa hukukuna ve anayasacılık düşüncesine mütevazı bir katkıda bulunması ve Sayın Başkanın ülkeye ve Mahkemeye 25 yıllık hizmeti için küçük bir teşekkür olarak değerlendirilmesi katkıda bulunanların ortak dileğidir. Son olarak dizgide ve yayında sabırla tüm taleplerimizi karşılayan Kalkan Matbaası çalışanlarına teşekkür ederiz.

Editörler

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BÖLÜM HAŞİM KILIÇ HAKKINDA	1
I. FOTOĞRAF.....	3
II. ÖZGEÇMİŞ	7
III. TANIKLIKLAR	11
Haşim Kılıç ve Hukuk Felsefesinin Tanıklığı	15
Prof. Dr. Niyazi ÖKTEM	
Öncü Bir Anayasa Yargıcı, Haşim Kılıç	35
Taha AKYOL	
Honorable President Kılıç	47
Saygıdeğer Başkan Kılıç	49
Valerija GALIC	
Contribution Papers Concerning the Preparation of A Book in Honour of President of the Turkish Constitutional Court Mr. Haşim Kılıç.....	53
Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Haşim Kılıç Onuru- na Bir Kitap Hazırlanması Amacıyla Sunulan Katkı Makalesi	55
Moussa LARABA	
Liber Amicorum for the President Kılıç From President of the Constitutional Court of Montenegro	59
Karadağ Anayasa Mahkemesi Başkanı Sn. Desanka Lopičić'in Başkan Kılıç İçin Hatıra Yazısı	60
Desanka LOPIČIĆ	
The Real Professional, Colleague and Friend	63
Gerçek Profesyonel, Meslektaşım ve Dostum	66
Igor ROGOV	
Kosova Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş Yıllarında Muazzamla Tanışmam ...	71
Prof. Dr. Enver HASANI	

IV. HAŞİM KILIÇ'IN KONUŞMALARI	79
A. Kuruluş Yıldönümü Törenleri Açış Konuşmaları	81
Anayasa Mahkemesinin 46. Yıldönümü Töreni.....	83
Anayasa Mahkemesinin 47. Yıldönümü Töreni.....	92
Anayasa Mahkemesinin 48. Yıldönümü Töreni.....	104
Anayasa Mahkemesinin 49. Yıldönümü Töreni.....	113
Anayasa Mahkemesinin 50. Yıldönümü Töreni.....	122
Anayasa Mahkemesinin 51. Yıldönümü Töreni.....	129
Anayasa Mahkemesinin 52. Yıldönümü Töreni.....	139
B. Diğer Konuşmalar	149
Türk Yargı Sistemindeki Reformlar, Dünden Bugüne HSYK ve Avrupa Uygulaması İle Mukayese Konulu Sempozyum	151
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye Kararları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Konferansı	155
Atatürk Üniversitesi 2012-2013 Eğitim-Öğretim Yılı Açılış Töreni	162
Yargı Etiği Sempozyumu	169
TÜSİAD Yüksek İstişare Konseyi Toplantısı	171
Dünya Ehl-i Beyt Vakfı'nca Düzenlenen Muharrem İftarı	181
Avrupa'da Anayasa Mahkemelerine Bireysel Başvuruda En İyi Örnek Uygulamalar Konferansı	185
V. HAŞİM KILIÇ'IN FİKİRLERİ ÜZERİNE YAZILAR	189
Sayın Haşım Kılıç'ın Anayasa Değişikliklerinin Denetimine İlişkin Karşı Oy-ları Hakkında Bir Değerlendirme	193
Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN	

Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında Anayasa Mahkemesinin Dönüşümünün İzlerini Sürmek	247
Doç. Dr. Serdar GÜLENER	

İKİNCİ BÖLÜM	
BİLİMSEL ÇALIŞMALAR	281

Türkiye'nin Anayasal Kimliği ve "Yeni Anayasa" Arayışı	285
Prof. Dr. Zühtü ARSLAN	

Anayasa Mahkemesi ve HSYK	305
Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN	

Hukuk, Hukukun Üstünlüğü ve Adalet	331
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN	

Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa	351
Prof. Dr. Mehmet TURHAN	

Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü	387
Prof. Dr. Serap YAZICI	

Bireysel Başvuru Süresi	417
Prof. Dr. Erdal TERCAN	

Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvurularda Nitelendirme Yetkisi	467
Prof. Dr. Osman DOĞRU	

İsviçre Anayasasındaki Mesken Arama, Telefon Dinleme ve Tutukluluk Hallerine İlişkin Hükümler, Gerekçeleri ve Değerlendirmeler	523
Prof. Dr. iur. İbrahim KAPLAN	

İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesi'nin Rolü: Beklentiler, Gözlemler ve Riskler	549
Dr. Atilla NALBANT	

Mélanges in Honour of the President of the Turkish Constitutional Court Mr. Haşim Kılıç: Individual Access to the Constitutional Court- Effective Human Rights Protection on the National Level – The Contribution of the Venice Commission	563
Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Sn. Haşim Kılıç Onuruna Bir Derleme Çalışması: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru İnsan Haklarını Ulusal Boyutta Etkin Koruma Venedik Komisyonun Katkısı	574
Gianni BUQUICCHIO / Tanja GERWIEN	

Constitutions and National Identity: Preambles and Amendments587
Anayasalar ve Ulusal Kimlik: Başlangıç Bölümleri ve Değişiklikler599
Prof. Dr. Mark TUSHNET

Constitutional Jurisdiction: The Art of Effectively Speaking Law to Power ..615
Anayasa Yargısı: İktidara Karşı Hukuku Etkili Bir Şekilde Söyleme Sanatı ...638
Prof. Dr. Thomas GIEGERICH

Verfassungsgerichte Als Akteure Der Fortentwicklung Der Rechtsordnung –
Erfahrungen Aus Deutschland665
Hukuk Düzeninin Gelişiminde Aktör Olarak Anayasa Mahkemeleri – Alman-
ya Deneyimleri678
Prof. Dr. Dres. H.c. Philip KUNIG

Yürütmenin Yasama İşlemlerinin Demokratik Meşruiyeti – ABD, İngiltere, Al-
manya ve Türkiye Çerçevesinde Bir Mukayeseli Hukuk Değerlendirmesi ...693
Prof. Dr. Hermann PUNDER

Functions of the German Federal Constitutional Court as Challenge to Con-
stitutional Theory713
Anayasa Kuramına Bir Meydan Okuma Olarak Alman Federal Anayasa Mah-
kemesi'nin İşlevleri727
Prof. Dr. Friedhelm HUFEN

50 th Anniversary of the Slovenian Constitutional Review.....739
Slovenya'da Anayasal Denetimin 50. Yıldönümü776
Prof. Dr. Arne Marjan MAVČIČ

Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Kapsamında Makul Sürede Yargı-
lanma Hakkı819
Hasan Tahsin GÖKCAN

Place of Detention in the System of Measures for Ensuring the Presence of a
Suspect or an Accused and Successful Conduct of Criminal Proceedings869
Cezai Kovuşturmaların Başarılı Bir Şekilde Yürütülmesinin Sağlanması İçin
Bir Şüpheli veya Bir Sanığın Hazır Bulunmasını Sağlamaya Yönelik Tedbirler
Sisteminde Tutuklamanın Yeri890
Prof. Dr. Miodrag N. SIMOVIĆ

The Constitution and Constitutional Justice Experience and Challenges of the
Republic of Korea915
Anayasa ve Anayasal Yargı Kore Cumhuriyeti'nin Deneyimi ve Karşılaştığı
Zorluklar922
Lee Kang KOOK

International Solidarity to Address Violations of Fundamental Rights Against Humanity: Constitutional Court of Korea's Decision on the Korean Government's Duty to Protect Comfort Women Victims933
İnsanlığa Karşı Temel Hak İhlallerinin Üstesinden Gelinmesine Yönelik Uluslararası Dayanışma: Kore Anayasa Mahkemesi'nin Kore Hükümetinin Mağduriyete Uğrayan 'Rahatlama Kadınlarını' Koruma Görevine İlişkin Karar955
Park HAN-CHUL

Constitutional Justice in Tajikistan: Development Trends981
Конституционное Правосудие В Таджикистане: Тенденции Развития .989
Tacikistan'da Anayasa Yargısı: Gelişim Eğilimleri998
Mahmudzoda M. A

Separation of Powers and Judicial Independence in Malaysian Federal Constitution1007
Malezya Federal Anayasasında Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı1014
Tun Arifin BIN ZAKARIA

The Role of Judiciary in the Socio-Economic Development of Pakistan ...1025
Pakistan'ın Sosyo-Ekonomik Gelişiminde Yargının Rolü1036
Mr. Justice TASSADUQ (Hussain Jillani)

Legal Modernism in Palestine During the Ottoman Empire1049
Osmanlı İmparatorluğu Döneminde Filistin'de Hukuki Modernleşme1078
Dr. Feris MILHEM

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında İhtiyati Tedbir.....1111
Hasan MUTAF

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
HAKEMLİ MAKALELER1127

Uluslararası Deneyimler Işığında Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı: Bir Scylla ve Charybdis İkilemi mi?.....1131
Prof. Dr. Engin YILDIRIM

Türkiye'de Yüce Divan Yargılaması1197
Doç. Dr. Erdal ABDÜLHAKİMOĞULLARI

Alman Hukuku Karşılaştırmalı Olarak Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Koşullarında Ceza Hukuku Sorunları1237
Yrd. Doç. Dr. Gülsün A. AYGÖRMEZ UĞURLUBAY

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Taraf Devletlerin Ülkeleri Dışındaki Eylemlerden Doğan Sorumluluğu1271
Dr. Hasan BAKIRCI

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı İle Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi Konusunda Verdiği Kararlar.....1295
İbrahim ÇINAR

Bireysel Başvuruda Haklı Mazeret ve Sonuçları1341
Sinan ÇINAR

Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım1375
Dr. Hüseyin EKİNCİ

Bireysel Başvuru İncelemesinde Mülkiyet Hakkı1427
Dr. Selami ER

Anayasacılık ve Demokrasi: Gerilimden Uzlaşmaya1485
Hasan Tuna GÖKSU

Bireysel Başvuruda Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi ...1511
Dr. Recep KAPLAN

Bireysel Başvuruda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yerine Getirilmesi ..1557
Dr. Bahadır KILINÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Tutuklama (I): Tutuklulukta Makul Süre1585
Dr. Mehmet ÖNCÜ

İkincillik İlkesi Bağlamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Denetim Organları ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İhlal ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılma Usulleri1635
Dr. Şebnem NEBİOĞLU ÖNER

Tatbikattan Hareketle Somut Norm Denetiminin Etkinliği Üzerine Bir Etüd..1695
Doç. Dr. Mustafa S. ÖZBEK

Türk Anayasa Yargısında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna Açıklık1725
Dr. Musa SAĞLAM

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Bireysel Başvuru Açısından Değerlendirilmesi	1755
Dr. Hüseyin TURAN	
Bireysel Başvurunun İşlev ve Niteliği İle Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu	1779
Erhan TUTAL	
Siyasi Partilerin Parti İçi Demokrasi Esaslarına Uymaması Kapatma Nedeni Olabilir mi?	1831
Doç. Dr. Murat YANIK	
“Hakların Yetimi: Aklanma Hakkı”	
Yargı Kararları ve Mevzuattaki Durum Açısından Değerlendirilmesi	1853
Akif YILDIRIM	
Japonya’da Anayasanın Yargısal Korunması	1873
Serkan YOLCU	

HAKEM LİSTESİ

Aşağıda isimleri ve görev yaptıkları kurumlar yazılı bulunan ve akademik unvanları ve isimlerinin alfabetik sıralanışı dikkate alınarak listelenen kişiler, *Haşim Kılıç'a Armağan*'ın hazırlanması sürecinde, Armağan'da yayınlanması için gönderilen yazıları hakem sıfatıyla inceleyerek minnetle anılan katkılarda bulunmuşlardır.

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlker Nusret ÇOLAK	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ece GÖZTEPE	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Merdan HEKİMOĞLU	İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yüksel METİN	Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bertil Emrah ODER	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdal TERCAN	Anayasa Mahkemesi
Prof. Dr. Mehmet TURHAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Caner YENİDÜNYA	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Engin YILDIRIM	Anayasa Mahkemesi
Doç. Dr. Erdal ABDÜLHAKİMOĞULLARI	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Yusuf Solmaz BALO	Hakim
Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN	Anayasa Mahkemesi
Doç. Dr. Burak GEMALMAZ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat YANIK	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Bülent ALGAN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Esra DİL	Sakarya Üniversitesi İşletme Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Elif KÜZECİ	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Tolga ŞİRİN	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Alparslan ALTAN	Anayasa Mahkemesi

BİRİNCİ BÖLÜM

HAŞİM KILIÇ HAKKINDA

I. FOTOĞRAF



II. ÖZGEÇMİŞ

HAŞİM KILIÇ
ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANI

13.03.1950 tarihinde Kırşehir İli'nin Çiçekdağı İlçesi'nde doğdu. İlk, orta ve Yozgat'ta bitirdiği liseden sonra 1968 yılında Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisine kaydoldu.

1972 yılında mezun oldu. 1974 yılında Sayıştay Başkanlığında Denetçi yardımcısı olarak göreve başladı. Denetçi, Başdenetçi unvanlarını aldıktan sonra 1985 yılında Sayıştay Üyeliğine, beş yıl süren üyelikten sonra da 1990 yılında Anayasa Mahkemesi Üyeliğine seçildi.

Anayasa Mahkemesi'nin 7.12.1999 günlü toplantısında, açık bulunan Anayasa Mahkemesi Başkanvekilliğine seçildi.

7.12.2003 tarihinde ikinci kez Anayasa Mahkemesi Başkanvekilliğine seçildi.

8 yıllık Başkanvekilliği görevinin ardından, 22.10.2007 tarihinde Anayasa Mahkemesi Başkanlığına seçilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 14.09.2011 tarihinde yapılan toplantısında, ikinci kez Anayasa Mahkemesi Başkanlığına seçilerek yedibuçuk yıla yakın Başkanlık görevini yürütmüştür.

Evli ve dört çocuk babası olup Almanca bilmektedir.

III. TANIQLIKLAR

Prof. Dr. Niyazi ÖKTEM
(Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

HAŞİM KILIÇ VE HUKUK FELSEFESİNİN TANIKLIĞI

1991 Yılı 24 -25 Nisan, Geleneksel Anayasa Yargısı Sempozyumuna ilk davet edilişimdi. Dostluğundan gurur duyduğum, değerli hukukçu Yekta Güngör Özden, Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili olarak o yılki sempozyumu düzenleme görevini üstlenmişti. Yekta Bey'le, Türkiye Felsefe Kurumu çalışmalarında biraraya geliyorduk. Felsefenin ve Hukuk Felsefesinin öneminin bilincinde olan bir Yüksek Mahkeme üyesinin etkin ve etkili çalışmaları bizlerin yüreğine su serpmekteydi. Zira sosyal bilimler ve felsefeye önem veren üst düzey yargı mercii üye ve çalışanlarına ülkemizde pek rastlanmıyor.

Sayın Yekta Güngör Özden, hukuk felsefesi üzerine bir konuşma yapmamı istedi. Hazırlandım, çok heyecanlıydım. Rahmetli Hocam Prof. Dr. Adnan Güriz dışında Anayasa Mahkemesinde daha önce bir hukuk felsefecisinin konuşma yaptığını pek anımsamıyorum. 'Anayasa Yargısı ve Hukuk Felsefesi' başlıklı konuşmamda meşruiyet, hukukun üstünlüğü gibi konularda felsefe ve sosyolojinin önemine değiniyordum. Anayasa Yargısı tüm karar ve yorumlarında sosyoloji, felsefe ve doğal hukuk (evrensel hukuk) ilkelerine uygun bir tutum izlemeliydi. Yüksek Yargı organının ve tüm yargı erkinin uygulama ve yorumları pozitif hukuk normlarını aşabilmeliydi. Pozitif hukukun dar kısıplılarına kendini hapseden hukukçular bana ne dediler? Bilemem.

Meğerse salonda Sayıştay' dan gelen, rahmetli Turgut Özal tarafından yeni atanan, üstelik de hukuk mezunu olmayan bir Anayasa Mahkemesi üyesi varmış: Sayın Haşım Kılıç. Hukukçuları genelde pek üzerinde durmadığı, hatta 'felsefe ile hukuku sulandırmayın' dediği konular Haşım Beyin dikkatini çekmiş. Hukuk kökenli olmaması nedeniyle bir parça da rahatsızlık hisseden yeni üye, hukukun temelini oluşturan sosyal olgu ve etik değer boyutlarının vurgulanması karşısında galiba rahatlamış. Hukuk, ille de hukuk mezunları tarafından gerçekleştirilen hukuk teknisyenliğinin manipölasyonları olarak algılanmamalıdır. Hukuk vicdandır, ahlaktır, adalettir.

Kuşku yok ki teknik ve biçim, hukuk metodolojisi açısından önem taşımaktadır. Ancak teknik ve biçimin işlevi adaletin gerçekleştirilmesine yönelik ussal bir mekanizmadan ibarettir. Sayın Haşım Kılıç, tekniğin önemini görmüş, bu nedenle hukuk tekniğinin de içine girmiş ancak tabulaştırmamıştır. Belki de hukuk mezunu olmamanın getirdiği bir mantık ve yöntem onu ta-

Haşim Kılıç'a Armağan

bulaştırmaktan uzaklaştırmıştır. Hukukun *teleos'u* (gayesi) olan adalet-ahlâk ve demokratik, meşru hukuk devleti ilkeleri onun için her zaman ön planda olmuştur.

Yekta Bey'den sonra felsefe aşığı olan ikinci bir Anayasa Mahkemesi üyesini görmek, çağcıl Türkiye açısından büyük bir kazançtı. Sayın Özden ve Sayın Kılıç'ın farklı düşünce boyutlarından geldikleri herkesin malumudur. Önemli olan bu farklılığın getirdiği zenginliğin felsefe aşkında biraraya gelmesidir.

Bizim dostluğumuz böyle başladı.

Anayasa Mahkemesi otoriter devlet anlayışı paralelinde kararlar alırken Sayın Prof. Dr. Sacit Adalı ile Sayın Haşim Kılıç'ın muhalefet şerhleri koyduğunu da bilmekteydik. Zaman zaman fakirin yazılarına yollama yaptıklarını da duymuştum. Onur duydum.

Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili olarak Sayın Haşim Kılıç'ın hem Sayın Ahmet Necdet Sezer hem de Sayın Tülay Tuğcu' nun sağ kolu olduğunu biliyordum. Hatta rivayet o dur ki, Sayın Sezer'in bazı resmi konuşmalarını Haşim Bey kaleme almaktaydı. Anayasa Mahkemesi Başkanı iken son derecede demokrat bir kimlik sergileyen, Cumhurbaşkanlığı kurumundaki yetkilerin çağcıl demokrasilerle bağdaşmadığını her vesileyle tekrarlayan Sayın Sezer'in, Cumhurbaşkanı olduktan sonra bu yetkileri sonuna kadar kullanması bu rivayeti sanki doğrular gibi. Öyle ya demokrat Haşim Bey uzakta kaldı, yerini derin devlet mekanizması aldı.

Sayın Tülay Tuğcu' dan sonra Haşim Bey T.C. Anayasa Mahkemesi Başkanı oldu. Siyaseten farklı eğilimde olanlar da ona oy vermişlerdi. Dürüstlük, uzlaşmacı mantık, girişkenlik, nesnellik ve demokrasi aşığı olmak onu Türkiye Cumhuriyetinin en üst yargı merciinin başına getirmişti.

Neler demediler onun için? Neler? T. C. Başsavcılar, Başbakanlar üzerine gittiler. Sayın Kılıç'ın gündeme geldiği, şimşekleri üzerine çektiği dönemlerde fakir bir şeyler yazma ihtiyacını hissetti.

Bu tanıklık yazıma, kronolojik sıra içerisinde, vesilelere de değinmek suretiyle yayınlamış olduğum makalelerimi yerleştireceğim. Sanırım, böylelikle tanıklık somut ve tarihsel verilere koşut belgesel hâle gelmiş olur. Konu hep Haşim Bey olduğu için, farklı makalelerde tekrarlarla karşılaşacaksınız. Belki bir sıra içerisinde tekrarlardan hangisini çıkaracağımı bilemedim. Umarım başlıyorsunuz.

Tanıklığı hasbelkader bendeniz kaleme alıyor, ancak asıl tanık hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi, hukuk metodolojisi.

HAŞİM KILIÇ MAKALELERİ

Çok zor bir süreçte başkan seçilmişti Sayın Kılıç. Parti kapatma davaları en çetrefilli konuların başında gelmekteydi. 2007’de, iktidardaki Adalet ve Kalkınma Partisini kapatma davası açıldı. Yüce Mahkemenin üyelerinin çoğunun kapatmadan yana bir tavır ortaya koyacağını düşmekteydik. Haşim Bey zor durumdaydı. O biliyordu ki demokratik ülkelerde parti kapatmak, bancak o partinin teröre bulaşması hâlinde mümkündü. Hukuk fakültesi mezunu olan bazı üyeler bunun farkında bile değildi. Hukuk fakültesi mezunu olmayan Haşim Bey onları aldı, Avrupa’daki Anayasa Mahkemelerine götürdü. Gördüler, anladılar. Oralarda parti kapatma lafını duyan Yüce Mahkeme üyeleri şaşkınlık içinde kalmışlardı. Avrupa’daki yüksek mahkemelerdeki yargıçların şaşkınlıkları belki de bizimkileri düşündürdü.

Nihayet T.C. Anayasa Mahkemesi kararını verdi. Biraz karmaşık bir karar olsa da Adalet ve Kalkınma Partisi kapanmadı.

Bu karardan sonra aşağıdaki makaleyi yayınlamıştım.

HUKUKTAN ÜMİDİMİ KESMİŞTİM AMA!

(3 Ağustos 2008 Star Gazetesi Açık Görüş İlavesi)

Doğrusunu isterseniz fakir Adalet ve Kalkınma Partisinin kapatılacağını düşünüyordu. 35 yıllık hukuk felsefesi ve sosyolojisi hocası olarak hukuktan çoktan umudumu kesmiştim. Felsefe diyorduk, sosyolojiden söz ediyorduk, tarih bilmenin zorunluluğunu gündeme getiriyorduk, dinleyen yoktu. Politik kaygılar ve pozitivist hukukçu mantığı ‘bu adamlar ne diyor’ gibisine alaycı gülümsemelerle karşılıyordu bizim gibi düşünenleri. Yargı mensuplarının önemli bir bölümü metinler arasına sıkışmış bir vaziyette, lafzi yorumlarla mekanik ve teknik kararlar almaktaydı. Milliyetçi-ulusalcı olanlar, lafzi yorumlar dışına çıkma gereksinimi duyduğunda ‘vatan-millet-Sakarya, töre, ecdat, asil ve kahraman ulusum, dinim-imanım, laiklik elden gidiyor ‘düşünce ve ideolojilerini ön plana alarak hüküm veriyorlardı. Hiç kuşku yok ki sosyoloji ve tarih ağırlıklı yorumlardı bunlar. Ama hukuk fakültelerinde sosyoloji, tarih, felsefe seçimlik dersler konumunda olursa, genel eğitim de yandaş resmi tarih dışına çıkılmazsa, yargı mensuplarının sosyolojik yorumları ne ölçüde sağlıklı olabilir? Fakirin bile Devlet Güvenlik Mahkemelerinde yargılanmasına ramak kalmıştı. Yavuz Sultan Selim’in alevi kıyımı yaptığını yazdığımda DGM savcısı ‘olay gerçekten olmuş olabilir, ama yazmasanız olmaz mı?’ diye son derecede bilimsel (!) ve sağduyulu (!) bir tarih dersi vermişti.

Yargıç ve savcılarımızın, doğal haklar, temel hak ve özgürlükler gibi felse-

fi konuları içeren davalarda evrensel hukuku içeren Kopenhag Kriterlerine ne oranda uyduklarından bir hayli kuşkuluyum. Anayasamızın 90. maddesi, insan hakları bağlamında iç hukukla uluslararası anlaşmalar arasında çelişki çıkarsa, uluslararası anlaşmalara uyulmasını emreder. Bizim hukukçumuz, yüksek kültür donanımı birikimiyle elin Avrupalısını değil, 'milli gururumuzun, töremizin ruhunun hukukunu' uygulamayı yeğler.

Avrupa hukuk sisteminde ifade özgürlüğünün mutlak haklar kategorisinde yer almasına, Venedik Kriterlerine göre şiddeti öngören, teröre bulaşan partiler dışında parti kapatmanın demokrasiyi zedeleyeceğini bilmesine rağmen, Başsavcı Adalet ve Kalkınma Partisini kapatma davasını açmıştı. AYM' nin önceki kararlarından hareketle dokuza iki; hadi hadi sekize üç oy oranıyla parti kapatılır diye düşünmektaydım.

Umudum iyice yitikken AYM, sıkıntılı ve çelişkili de olsa çağcıl ve rasyonel bir karar aldı. Parti irticayla haşır neşir, ama kapatılmasına gerek yok, devlet yardımını keselim. Karar çağcıl, çünkü evrensel hukuka uygun. Çağcıl hukuk sistemlerinde düşünceyi ve inancı ifade etmek vazgeçilmez mutlak bir haktır. Öte yandan parti üyelerinin farklı tutum, davranış ve ifadelerinin Adalet ve Kalkınma Partisini irticanın odaklandığı bir yer olarak görülmesi anlamına gelmez. Üyelerin olumsuz tutumlarından parti sorumlu tutulamaz.

Kararın böyle olumlu çıkmasında Sayın Haşim Kılıç'ın etkili olduğunu bilmekteyiz. Kararın çelişkili olmasından da acaba Sayın Kılıç mı sorumlu? Evrensel hukuk ve özgürlük savunucusu Sayın Başkan, Nuh deyip Peygamber demeyen keskin cenahı ancak buraya kadar getirebilmiş herhalde. Ne yapsın Haşim Bey? İnattan geri dönüşler çelişkileri de gündeme getirecektir. Varsın çelişkiler de olsun, yeter ki demokratik süreç gerilemesin.

Karar rasyoneldir, çünkü Avrupa Birliğine giriş sürecinde olan bir ülkede iktidar partisinin kapatılması ülke aleyhine olacak, itibarımız sarsılacaktı. Borsa düşecek, yatırımlar duracak, döviz fırlayacak, ekonomi geriye gidecek, insan hakları bağlamındaki düzenlemeler askıya alınacaktı. Karar kitle psikolojisini, kamu vicdanını da tatmin etmiştir. Adalet ve Kalkınma Partisine oy vermeyen sağduyulu, demokrat seçmen de kapatmadan yana değildi. Kapatmayı isteyenler demokrasinin öz ve ruhundan bihaber sözde aydınlardı.

Karar Türk Demokrasisinin ufkunu da açmıştır. Bundan böyle TBMM' nin yapacağı iş Anayasa'yı değiştirmek ve rejimi parlamenter rejimin ruh, mantık ve yapısına uygun bir hâle getirmektir.

Çağın tanımayan, sosyoloji, tarih, felsefe bilmeyen 'slogan aydınları' dahil artık herkes gerçek demokrat olmalı, dolduruşlardan uzak kalmalı, slogan değil fikir üretmelidir. Anayasa Mahkemesinin bu kararı bilinçlenme vesilesi

N. Öktem: Haşim Kılıç ve Hukuk Felsefesinin Tanıklığı

olarak değerlendirilmelidir.

(Bu makaleyi özetleyerek aktardık)

HAŞİM KILIÇ KULAKLARIMIZIN PASINI SİLDİ

Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıldönümü münasebetiyle, Sayın Kılıç'ın 22 Nisan 2010 tarihinde yaptığı konuşma tam bir hukuk felsefesi dersiydi. Aşağıdaki makale bu açış konuşmasını irdeliyor.

(9 Mayıs 2010 Star Gazetesi Açık Görüş İlavesi)

Haşim Bey faşizan okları hep üzerine çekmiştir. Hukukçu olmadığı sıklıkla vurgulandı. Oysa dünyanın birçok yerindeki Anayasa Mahkemelerinde hukukçu olmayanlar da bulunur. Yasamanın, örneğin iktisadi hukuk düzenlemelerinin denetimi bağlamında Anayasa Mahkemelerinde iktisatçı üyelerde bulunacaktır.

Kendisine belden aşağı da vuruldu. Etik kaygılardan uzak darbeci ruhlar ona 'keçi' dedi. Sonra tevil yoluna gitti. O kadar düzey kayması içerisine girdiler ki, saçını göstermemek için eşinin halı altına saklandığını iddia ettiler. Bu tavırlar üstelik hukuk fakültesi mezunu çok üst düzeydeki emekliler tarafından sergilendi. Onlar ki hukuk mezunudurlar ama hukukun temelinde yatan etik değer boyutunu, sosyal gelişmeleri bilmezler, hukuk normlarını kendi faşizan-ulusalcı dogmalarının lâfzî yorumuna takılarak yorumlarlar. Onlar ki hukukun özündeki adalet, tarafsızlık, nesnellik, değişim ve gelişime dayalı ilerici süreç mantıklı yorum yöntemini tanımazlar, Vatan-Millet-Sakarya sloganlarıyla darbe zemini hazırlarlar. Onlar demokrasiyle militanlığın birbirine ters düşen iki kavram ve olgu olduğunun farkında bile değildirler, militan demokrasiden dem vururlar. Demokrasi özgürlük demektir; yakın, hazır, doğrudan, hemen tehlike oluşmadıkça her türlü ifade özgürlüğünün olduğu rejimin adıdır. Militanlık sadece ve sadece faşist, teokratik ve komünist rejimlerde olur.

Aldırmayın Sayın Haşim Kılıç, aldırmayın Yargıtay Başkanıyken Sayın Prof. Dr. Sami Selçuk da bu tür okların hedefi olmuştı. Hâlâ da hücumlar devam ediyor. Ama siz ve o Türk hukuk tarihinin unutulmayan hukukçuları olarak kalacaksınız. Diğerleri ise silinip gidecek veya tıpkı Evren Paşalar, siyasal idam kararları verenler gibi nefretle hatırlanacaklardır.

Biliyorum siz hukuk kökenli değilsiniz, ama hukuk ruh ve bilincine kendini adanmış, militan ideolojik tutumlardan uzak, evrensel kültür ve hukuk

Haşim Kılıç'a Armağan

değerlerine vakıf bir Anayasa Mahkemesi başkanıyınız. Biliyorum istemeye istemeye Anayasa Mahkemesi üyesi oldunuz. Adeta mecbur kaldınız. En çok oyu siz almıştınız, ama hukuk kökenli olmadığınız için atanmak istemiyordunuz. Rahmetli Özal'ın ve sizden sonra en çok oy alan adayın ısrarı ile Anayasa Mahkemesi üyesi oldunuz.

Hukuk kökenli değilsiniz ama 22 Nisan 2010 konuşmanızda herkese hukuk dersi verdiniz. Sami Bey'den sonra kulaklarımızın pası bir kez daha silindi. Üst yargı organı ileri gelenleri siyasal yandaşlıkla demeçler verirken siz, taraf tutmadan sadece ve sadece hukuktan söz ettiniz. Hükümet, Meclis, Silahlı Kuvvetler, Yargı, HSYK, Danıştay, Yargıtay herkes nasibini aldı. Hepsisi o konuşmanıza kulak vermelidir.

Evet... Hukuk dünyası rütbe, makam, debdebe ve güce itibar etmemelidir. Tüm devlet yöneticileri genel iradenin, halkın hizmetkârıdır. Hukuk felsefesi derslerimizde özgürlükçü devlet ideolojisinin düşünürlerinin böyle dediğini ifade etmeye çalışırız. Hukuk diplomanız olmayabilir ama hukuk felsefesini iyi biliyorsunuz. Kültür ve felsefe bağlamında acaba size faşizan oklar yollayanlar, hakaret edenler ne konumda? Çok merak ediyorum.

Belirttiğiniz gibi "cezaevlerindeki 116 bin insanın yarısından fazlası tutuklu-yken" itibarlı kişilerin tutukluluk hâli için sadece seslerini yükseltmeleri hangi aydın sorumluluğu kapsamı içerisine girer? Haksızlık, adaletsizlik tüm vatandaşlarla yönelik bir kaygı olmalıdır, sadece itibarlı kişiler için değil.

Bireyin bir değer olarak korunması, devletin güçlü olmasında bireyin onuruna saygı esasının yatmasının gerekliliğini vurgulamanız doğal hukuk felsefesinin yansımalarıdır. "İnsan onuru sadece imtiyazlıların ve itibarlıların değil, insan olma paydasına sahip kayıtsız şartsız herkesin taşıdığı temel değerdir" görüşünüz bana John Stuart Mill'i, Habermas'ı anımsattı.

"Yargı, gelecek kuşaklara kapanmamış hesap bırakmaması gereken bir güçtür (...) Yargıcın kutsallarını kararlarına yansıtması gereken en ciddi bağımlılık sorunudur" derken hukukçunun, etik, tarihsel ve sosyal sorumluluğunun altını çiziyorsunuz. Yargıç sadece ve sadece vicdanına bağımlıdır. O her türlü siyasal ideolojinin ve inancın dışında kalacaktır. Yargıç ve savcı devletin değil, insanın, insan onurunun tarafında yer alacaktır. Devlet ve onun içindeki tüm erklerin kurucusu bireydir, bireylerin oluşturduğu genel iradedir. Eğer kutsallık söz konusu ise o da devlet değil, bireyin onurudur.

Ya onlar... Hangisinde felsefi, etik, sosyolojik kaygılar var? Hangisi tarih ve evrensel değerler karşısındaki sorumluluk bilinciyle açık konuşmaları gerçekleştiriyor? Kuşku yok ki "vicdan-cüzdan" çelişkisini vurgulamak da cesur bir çıkış. Ama oraya kadar... Sayın Sami Selçuk'tan bu yana filozoflara, sosyolog-

lara değinen veya felsefi değerlendirmelere inen konuşmalara rastlamadık. Sadece ve sadece ideolojik sloganlar... Merak ediyorum kaç üst düzey hukukçumuz felsefe, tarih, sosyoloji, hukuk felsefesi ile haşır neşir? İdeoloji ve slogana sarılmak çok kolaydır. Önemli olan ideolojilerin derindeki felsefeyi anlamaktır. Felsefi bilinçle ancak güç ilişkileri, vicdan-cüzdan ikilemi ayrıca alınır ve vicdanın sesi dinlenir.

Felsefi bilinçlenme olmadığından ki, sizin ifadenizle "Yasal güvencelerin arkasına saklanarak hukuk dışı yöntem ve yollarla ülkeyi, demokrasiye ve cumhuriyeti kurtarma düşüncesine" kendilerini kaptırıyorlar ve "(...) Toplumun geleceğe dair korkuları istismar ederek, hukuk dışı davranışların, işkencelerin, faili meçhullerin meşru zeminini oluşturmaya" çalışıyorlar.

Hükümet ve Yasama Organı da konuşmanızın ruhuna ulaşmalıdır. Anayasa Mahkemesi ve HSYK'nın yapısı değiştirilirken siyasal sorumluluğu olmayan Cumhurbaşkanı'nın yetkilerini pekiştirmemelidir. Şimdiye kadar tüm cumhurbaşkanları genelde kendi "meşreplerine" uygun Anayasa Mahkemesi üyesi, HSYK üyelerini atadılar. Bu nedenledir ki 367 krizini yaşadık, Anayasa değişiklikleri içerik açısından da incelenerek, Anayasa'ya aykırı hükümler verildi. Ey Adalet ve Kalkınma Partisi milletvekilleri, Ahmet Necdet Bey'in atadığı hukukçulardan neler çektiğinizi unutmayın. Yüksek yargı organlarının başkanlarının, üyelerinin tarafsız ve bağımsız olmaları gerekir. Bu nedenle Cumhurbaşkanı Yargıtay'da, Danıştay'da, Sayıştay'da en fazla oy alan üyelerin yerlerini değiştirmeden atamasını yapmalıdır. Aslında atama değil, doğrudan doğruya seçim olmalıdır.

Kuşku yok ki devlet kurumları, Silahlı Kuvvetler yıpratılmamalıdır. Biliyoruz ki Hilmi Özkök Paşa geleneğine bağlı olan son iki Genel Kurmay Başkanı'mız da askerin siyasete müdahalesini istemiyor. Ama gene biliyoruz ki bu tür eğilimler hâlâ var. Doğrudan müdahale olmasa bile kargaşa çıkararak, bayrak mitingleri örgütleyerek hükümetlere alternatifler oluşturma operasyonları belki de devam edecek. Eğer Ordu yıpratılmak istenmiyorsa, Ordu mensuplarının açık yüreklilikle işin üzerine gitmeleri gerekir. Zanlılar hemen açığa alınmalı, sivil savcı ve mahkemelerin önüne set çekilmemelidir. GATA'ya kaldırılan sanıkların konumu kamuoyu üzerinde olumsuz etkiler yaratmaktadır. Şeffaflıkla güvenimiz çok daha fazla artar ve yıpranma sürecinden uzaklaşılır. Haşim Bey'in dediği gibi "Hangi kurumun mensubu olursa olsun hukukun dışına çıkan bir eylemi sabit olduğunda bedelinin ödemesine imkan sağlanması hâlinde kurumların yıpranması önlenir". Aksi taktirde, "kurumlar yıpranmasının anlayışıyla ülke bazı bedelleri "ödemek mecburiyetinde kalır. Kurum, içindeki "çürükleri" atarsa güven tazeler. Batı demokrasilerinde yaşayan insanlar bilirler ki tüm kurumların mensupları da kendileri gibidir-

Haşim Kılıç'a Armağan

ler. Her toplum ve her kurumda olduğu gibi suç olgusu her yerde vardır. Mesleki dayanışma psikozuyla olayların üzerine gitmemek sadece ve sadece geri kalmış toplumlardaki şoven ve militarist duyguların ürünüdür. Mesleki dayanışma psikozuyla suçluyu korumak veya “kol kırılır yen içinde kalır” demek adalet duygusunu zedeler ve kurumları yıpratır. Kurumları yıpratır, çünkü kamuoyu bir anlamda kurumun o suçlunun tutumunu benimsediği izlenimine kapılır.

Sayın Kılıç'ın konuşmasının katılmadığımız bir iki husus da mevcut. Yargı mensuplarının kurduğu derneklerinin sadece meslekleriyle ilgili sınırlı bir yapıya oturması söylemi kanımızca demokrasi bağlamında çok boyutlu bir yaklaşımı sergilemiyor. Batı Demokrasilerinde, yargı mensuplarının kurduğu dernekler ister istemez politik görüşlerini de dile getirmektedirler. Sosyal yaşam politik yaşamla ayrılmaz bir bütün oluşturur. Yargı mensuplarının kurduğu dernekler yargı sorunlarına da gireceklerdir. Bu hususu Demokrat Yargı-Demokrasi İçin Yargıç ve Savcılar Birliği 22.10.2010 tarihli Basın Bildirisinde vurguluyor. Yargı mensuplarının dernekleri kendi görüşlerini kamuoyuyla paylaşmalıdırlar, görüş paylaşımı üst yargı organlarının tekelinde olmamalıdır. Yeter ki bu dernekler, görüş paylaşım operasyonunu Yargıtay, Danıştay gibi kuruluşlara ait resmî mekanlarda gerçekleştirmesinler.

Evet Sayın Haşim Kılıç, yukarıdaki eleştirimiz saklı kalmak koşuluyla siz, biz hukuk hocalarına, Devlete, Hükümete, Silahlı Kuvvetlere, Yargıtay'a, Danıştay'a, Sayıştay'a, HSYK' ya ve de kendini aydın zannedenlere, pozitivist hukukçulara hukuk dersi verdiniz. Bırakın bizlerin hukuk tahsili yapmış olmamızı sizin ise Hukuk Fakültesinden diploma almamanızı, önemli olan hukuk ve adalet bilincidir. Önemli olan hukuk normlarını felsefe, sosyoloji, kitle psikolojisi ve tarihin verileriyle yorumlayabilmektir. Bu tür yorumlara ulaşabilenler gerçek hukukçu diğerleri ise hukuk teknisyenidir. Anayasa Mahkemesi kararlarındaki muhalefet şerhlerinizde hukukçu ruh ve boyutunuz açıkça ortaya çıkmaktaydı. Şimdi de, kendini aydın zannedenlerin, hukuku tahsili yapıp da felsefe, sosyoloji, tarih gibi kavramlardan nasibini alamamışların ideolojik kaygılarıyla hukuku ayaklar altına alındığı şu dönemlerde tarihsel bir çıkış yaptınız. Umarım sizi dikkate alırlar.

HAŞİM KILIÇ VE RONALD DWORKIN

Sayın Haşim Kılıç hukuk felsefesine o denli önem vermekteydi ki, Anayasa Mahkemesinin 2011 yılındaki 49. Kuruluş Yıldönümünü bu alana tahsis etti ve dünyada hukuk felsefecilerinin duayeni olarak kabul edilen Ronald Dworkin'i davet etti. Bu davette Sayın Başkan Vekili Dr. Alparslan Altan'ın da büyük destek ve katkısı olmuştur.

(1 Mayıs 2011 Star Gazetesi Açık Görüş İlavesi)

‘Nereden çıktı bu karşılaştırma? Ne alakası var? diyeceksiniz biliyorum. Üstelik Haşim Kılıç Anayasa Mahkemesi Başkanı olmuş ama hukuk fakültesini bile bitirmemiş. Öteki kos koca Dworkin, yaşayan en büyük hukuk filozofu. Biri gariban Anadolu çocuğu, köylü; öteki bir Amerikan Yahudi’si, burjuva. Bizim gibi kolejler bitirmiş, Harvard’ları, Oxford’lar da okumuş..

Dworkin kendi vatani ABD’nin hukuk sistemini sarstığı gibi, gelişmiş ülkelerin hukuk düşüncesini öyle bir sallamış ki sesi buralara kadar gelmiş ve T. C. Anayasa Mahkemesi Başkanının dikkatini çekmiş. Yüksek Mahkememizin felsefeye meraklı Genel Sekreteri Sayın Oğuz Kaya, üye Dr. Alparslan Altan ve hukuk kültür ve felsefesini pozitif hukukun üstünde tutan değerli üyelerinin gayret ve girişimleriyle Dworkin Türkiye’ye davet edilmiş. Çoğu Anadolu kökenli olan bu insanlar evrensel kültür gelişimlerini izlemekte ve de bu süreçle entegre olmaktadır. Anadolu insanının, köylünün sosyal, siyasal ve ekonomik güç haline dönüşmesinin en önemli faktörü çağı yakalayabilmesi, evrenselliği kavrayabilmesidir. Siz hâlâ sloganlara sarılarak lokalleşmeyi sürdürün.

Anayasa yargısı başlığıyla, Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıldönümlerinde gerçekleştirilen sempozyumların 49.’su böylelikle hukuk felsefesine tahsis edilmiş. Ana konuşmacı Dworkin ve onun yanında fakir bendeniz, hukuk felsefesi öğretim üyesi Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ ve anayasa profesörü Prof. Dr. Mehmet Turhan ... Haşim Bey anayasa-felsefe bağının önemini biliyor. Ama hukuk fakültesi mensup ve mezunlarının, üst düzey yargı organı üyelerinin kaçta kaç acaba konunun farkında? ‘Hukuku felsefeyle sulandırmayın!’ diyen öğretim elemanlarını tanıdım. Duyumlarım yanlış değilse hukuk felsefesi dersi Koç ve Bilkent Üniversitelerinde hâlâ seçilmişmiş. Onlar ki Aydınlanma Çağından söz ederler, tiyatroya, sinemaya giderler, konserleri kaçırmazlar. Ama beyinlerini felsefeyle ‘sulayıp’, canlandıramadıklarından analizler yapamayıp sloganlara sarılırlar.

25 Nisan 2011 tarihinde biz bütün gün Anayasa Mahkemesinde ‘hukuku felsefeyle sulandırdık’. Bu işe önce Haşim Bey başladı. Cumhurbaşkanı, TBMM Başkanı, Başbakan ve Bakanlara hukuk felsefesinin öneminde söz etti. Düşünebiliyor musunuz?! Hukuk düzenimizde ve hukuk fakültelerinde, entel-dantelliğe halel gelmesi diye bizlere kerhen yer verilirken, Türkiye Cumhuriyetinin en üst düzeydeki yargı organının Başkanı devlet ricaline felsefenin önemini anlatıyor. Felsefesiz hukuk, felsefesiz politika olmaz... Ne yazık ki diğer üst yargı organlarının başkanları felsefeden uzak tepkilerin duygusallığıyla Haşim beyi dinlemeye gelmedi. Allahtan askeri yargıçlar vardı. Üni-formalı yargıçlarımız Dworkin’i dinlediler. Ama Türk hukuk felsefecilerini

Haşim Kılıç'a Armağan

dinleme lûtfunda bulunmadılar. Demek ki onların nezdinde Türk hukukçuları, bu ülkenin hukuk felsefecileri önemsiz kişiler. Oysa askeri ve sivil erkân bir parça filozoflarımızın, sosyologların, sosyal bilimcilerin sesini dinleseydi belki de ülke bu kadar gerilmezdi.

Haşim Bey, dayanağını hukuk felsefesinde bulan evrensel hukuk normlarının verileriyle siyasetin etkisinde kalan, hantal işleyen hukuk sistemimizi eleştirdi. Plüralist demokrasinin, bireysel hakların, ulusal egemenlik kavram ve mantığının erdeminden söz etti. Seçim barajının sakatlığına, siyasal partilerin Hazineden aldıkları yardımdaki adaletsizliğe değindi. Siyasal partilerin kapatılmasının demokrasi mantığıyla bağdaşamayacağını çok açık bir ifadeyle dile getirdi. Artık vesayetçi mantık ve kutsal devlet anlayışından uzaklaşarak yeni bir anayasa yapılmalı, birey eksenli düzenlemelere gidilmelidir.

Sayın Kılıç, hukukun ve anayasaların yapılış sürecinde değişen sosyo-ekonomik verilerin de dikkate alınılmasının zorunluluğunu vurguladı. Öyle ya, hukukun dayandığı zemin sosyo-ekonomik veriler, amacı ise adaletin gerçekleşmesidir.

Konuğumuz Dworkin de benzer şeyleri felsefi temellere dayandırıyor. Hukukun amacı adil toplum düzenini gerçekleştirmektir. Yasalar, kurallar statiktir. Kuralların yanında bir de ilkeler vardır. Hukukun temel ilkelerinde, doğuştan kazanılan hakların doya doya yaşanması ruhu yatar. Hukukun temel ilkeleri evrensel mahiyettedir, tüm zamanlar için geçerlidir. Din, dil, ırk, sınıf, cinsiyet, cinsel tercihlere bakılmaksızın 'her eve lazımdır'.

Hukuk kuralları formülasyonlardan ibarettir. Gerçek hukuk uygulamadır, yorumdur. Yorum yaparak uygulamayı gerçekleştiren yargıç, kuralı aşabilmesi, adalet ve ahlak duygusuyla evrensel hukuk ilkelerinin bilincine ulaşmalıdır. Böyle bir konuma gelebilmek için, şoven tutumlardan uzak tarih analizlerine girmek, sosyoloji öğrenmek, felsefe bilmek, kitle psikolojisinin önemini kavramak gerekir. Yargıç roman okumalı, tiyatroya-sinemaya gitmeli, edebiyatla haşır neşir olmalıdır. Oralardan örnekler alarak yaşam deneyimini zenginleştirir. Böyle bir zenginlik, karar aşamasında onun ahlak ve adalete uygun karar vermesine yardımcı olur.

Savcılarımız, başsavcılarımız hukukun evrensel ilkelerini, ileri demokrasi uygulamalarını göz önünde bulundursaydı ikide bir kapatma davaları açmaz ve de ülke maceradan maceraya sürüklenmezdi. Kitle psikolojisi de dikkate alınmadığı için kapatılan partiler daha da güçleniyor, iktidar oluyor; şiir yüzünden hapse atılan politikacı başbakan koltuğuna oturuyor.

Felsefenin soyutluğunu ileri sürerek Dworkin'in evrensel hukuk ilkelerinin belirsizliğinden söz edebilir, hukuk güvenliği nedeniyle kuralda kalıp, po-

N. Öktem: Haşim Kılıç ve Hukuk Felsefesinin Tanıklığı

zitif normlara sarılmak isteyebilirsiniz. Merak etmeyin artık bu ilkeler pozitif hukuk metinlerine geçti ve adı Kopenhag Kriterleri oldu. Ve de böylelikle bizim Anayasamıza da girdi. Anayasamızın 90. maddesi, insan haklarına ilişkin konularda uluslararası antlaşmaların iç hukukun üstünde olduğunu söylüyor. Yeter ki cesur adımlar atarak yorumlar yapabilelim.

Diyebilirsiniz ki, devletimizin kuruluş felsefesi var, ihanet edemeyiz. Dworkin diyor ki; ABD'nin de 200 küsur yıllık Anayasası, kuruluş ilkeleri var. Biz onu aynen uygularsak evrensel ilkelerin gerisinde kalırız. O günkü 'Founder Fathers-Kurucu Babaların' görüşlerine bugün aynen sarılırsak statükocu (gerici) oluruz. Biz Anayasa'yı değiştirme işiyle uğraşmıyoruz, bugünün anlayışıyla yorumlar yapıyoruz.

Aynı şekilde Türk devletin kuruluş kurallarını, bugünün evrensel hukuk ilkelerinin ışığı altında yorumlayabiliriz. Atatürk ve arkadaşları, o gününün anlayışıyla doğal hukuk felsefesinin ilkelerine bağlı hukuk düzeni kurmuştu. O günlerde insan hakları ulus-devlet anlayışı içerisinde yer alıyordu. Bugün ise hukuk ve devlet birey eksenslidir. O günün anlayışını bugüne taşımak Asr-ı saadetçiliktir, statik bir bakıştır. Oysa Dworkin'i düşünerek dinamik bir Atatürkçülük anlayışını benimsemek gerekir. Çağdaşlaşma böyle yaşanır.

Geçtiğimiz dönemde eğer Anayasa Mahkemesi üyelerinin çoğunlukta olan kanadı, Atatürk ilkelerini onun da hedefi olan Batı Demokrasilerinin evrensel ilkeleri doğrultusunda yorumlasaydı, ne başörtüsü krizini yaşardık, ne de 367'yi.

'Haşim Bey Kulaklarımızın Pasını Sildi'...Geçen yıl bu başlıkla Sayın Kılıç'ın bir yıl önceki konuşmasını yorumlamıştık. Şimdi bir yandan Dworkin, öte yandan Haşim Bey ve de hukuk felsefesi... Bırakın Sayın Kılıç'la uğraşmayı, bırakın onun hukuk fakültesi mezunu olmayışını, bırakın ailesinin manevi-uhrevi boyutu algılayış şeklini. O hukuk mezunu değil ama o kurallara takılmayıp, hukukun bir yorum olduğunu biliyor. Gerçek çağdaş hukukçu siz misiniz? Yoksa o mu?

Dworkin'i Yüksek Mahkemeye davet edilmesi, hukuk felsefesini uygulamaya yansıtmaya çalışılması bir hukuk devriminin ayak sesleridir. Yeter ki yargıçların statükocu hukuk yorumu ve statik yaklaşımlı devlet kuruluş felsefesi mantığı bizleri vesayetçi yollara sürüklemesin.

HAŞİM KILIÇ'I ANLAMAK ...

2011 yılının sonlarından itibaren siyasal iktidar yavaş yavaş demokratikleşme sürecinden uzaklaşarak otoriter bir mantık ve uygulamaya gitmeye başlamış-

Haşim Kılıç'a Armağan

tı. Kuvvetler ayrılığı, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı hükümeti rahatsız ediyordu. Adalet ve Kalkınma Partisi tüm başarılarını sanki unutturmak istemekteydi. Öte yandan yargı organları da lüzumsuz yere yargılama sürecini uzatmakta, delillerle ilgili özensiz davranmaya başlamıştı. Sayın Kılıç 2 Nisan 2012 tarihinde gerçekleştirilen Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumundaki açılış konuşmasında dostane ikazlarda bulundu. Adalet ve Kalkınma Partisini kapanmadan kurtaran yandaş diye suçlanan Haşim Bey bu kez nerdeyse düşman ilan edildi. Aşağıdaki makalemizde bu çelişkiyi ele aldık.

(6 Nisan 2012 Star Gazetesi Açık Görüş İlavesi)

9 Mayıs 2010 tarihinde bu sayfalarda 'Haşim Bey Kulaklarımızın Pasını Sildi' başlığıyla Anayasa Mahkemesi Başkanımız Sayın Haşim Kılıç'ın o dönemlerde gerçekleştirdiği bir konuşmasını değerlendirmişti. Hukuk Fakültesi mezunu olmamasına rağmen kendisindeki hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi birikiminin boyutlarının anlatmaya çalıştık. Üst yargı organı mensupları içinde Yargıtay Eski Başkanlarında Prof. Dr. Sami Selçuk'tan uzun yıllar sonra ilk kez bir başkan hukukun özüne girerek kulaklarımızın pasını silmişti.

Oysa geçtiğimiz dönemlerde, olur olmaz konuşan, faşizan zihniyetin borazanlığını yapan, buram buram siyaset kokan, içerikten yoksun keyfi lafzi yorumlara takılan üst yargı organı başkan ve mensuplarının demeçlerine çok rastlamıştık. Onlar ayrıca Haşim Bey'i karalamak için ellerinden geleni yapmışlardı. Onlar Hukuk mezunuydu ama adalet, evrensel insan hakları, hukukun kültür boyutun, hukuk felsefesi ve sosyolojisinin bilincinde değillerdi. Haşim Bey, Hukuk Fakültesi mezunu değildi ama hukuk bilincini, hukukun ruh ve amacını özümsemişti.

Sayın Kılıç bu kez de nesnellliğini, objektifliğini kanıtladı. 2 Nisan 2012 de gerçekleştirilen Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumundaki açık konuşmasında son dönemdeki hukuk uygulamalarındaki sakatlıklara değindi ve siyasal iktidarı eleştirdi. Haklıydı.. Sıkıntılı bir dönemden geçilmişti, yeni sıkıntılar yaratılmamalıydı, hukuk gene siyasetin oyuncağı olma sürecine girmemeliydi.

İktidarı eleştiren Haşim Kılıç'ı oysa karşıtları Adalet ve Kalkınma Partisine yakın olmakla hep suçlamışlardır. Eşi de başörtülü ya, Haşim Bey tutucu, yobaz biriydi. Bir Başsavcı eskisi bu türden laflar etmiyor muydu?

Haşim Bey siyasete bulaşmamış, taraf olmamıştır, o hukuk felsefesinin tarafında yer almıştır. Konuşmasında da kendisi de tarafsızlığın önemini vurgulamakta ve 'Dün yargının siyaseti kuşatma gayretlerine karşı çıktığımız gibi bugün de siyasetin yargıyı kuşatmasına izin vermeyeceğiz' irade ve kararlılı-

ğını göstermektedir. Bu sözleri belki de oradaki bazı Adalet ve Kalkınma Partisi milletvekillerini ve de Sayın Adalet Bakanını rahatsız etti. Ekranda bunu gözlemledik sanki..

Haşım Bey tüm kariyerinde insan haklarından yana bir tutum izlemiştir. Faşizan rüzgarların kol gezdiği dönemlerdeki Anayasa Mahkemesi kararlarında onun ve Sayın Prof. Dr. Sacit Adalı' nın özgürlükçü muhalefet şerhlerini görürsünüz.

Başkan Vekilliği ve Başkanlık dönemlerinde Haşım Bey hep uzlaşmanın, dengenin sesi olmuştur. Siyasal içerikli, sorunlu dosyalar geldiğinde Anayasa Mahkemesi üyelerini yurt dışına götürerek, çağcıl demokrasilerdeki Anayasa Mahkemelerinin benzer durumlarda ne tür kararlar alındığının gösterilmesine öncülük yapmıştır. Adalet ve Kalkınma Partisinin kapatılmaması kararı, belki de böyle bir seyahatten sonra alınabilmiştir. Hukuk mezunu olmayan Başkan çağcıl, demokratik bir hukuk devletin kurulma sürecinde bu stratejisiyle tarihe geçmiş, Türk hukuk tarihine ismi yazdırmıştır.

Sayın Kılıç, 12 Eylül 2011 Anayasa Referandumu sonrası değişen mevzuatla ilgili Anayasa Mahkemesi bünyesinde yeni düzenlemeler gerçekleştirmiştir. Bireysel başvuru hakkıyla ilgili olarak istihdam edilen yeni raportörlere insan hakları, adalet, hukukun üstünlüğü, hukuk-felsefe ilişkileri bağlamında derslerin verilmesi için bir seminer programı gerçekleştirmiştir. Hukukun özde felsefe, sosyoloji, tarih olduğunu gören Haşım Kılıç, AY Mahkemesine gelen dosyaların felsefeciler, tarihçiler, sosyologlar, edebiyatçılar tarafından incelenerek raportörlere intikal etmesinde zorunluluk görmüş ve bu bölüm mezunlarının istihdamı için kadrolar almıştır.

Sempozyumdaki konuşmasındaki onun ifadesiyle 'yargı yaşanmış gerçeklere ulaşma sanatıdır'. Gerçekler hukuk metinlerinin çok üstündedir. Toplumsal gerçeklere, sosyal bilimlerin metodolojisiyle ulaşılabilir. Felsefe, sosyoloji, tarih bilmeden gerçeklik ortaya çıkmaz. Hukuk bir sanattır, bir tekniktir. Norma takılıp kalan yargı mensubu hukukçu değil, hukuk teknisyenidir.

Ve Haşım Bey şöyle devam ediyor: Bu sanatın icrası sırasında ortaya çıkan engellerin, hak ihlallerinin ortadan kaldırılması gerekir. 'Böylelikle vicdan birliği sağlanır. Yargının topluma sunduğu yegane ürün adalettir. Ve bu ürünün alternatifi yoktur'. Adaletin gecikmesi adaletsizliğe yol açar. 'Aksi durum bunalım, kaos ve vicdanları isyana sürüklemekten başka bir sonuç doğurmaz.'

Tam bir hukuk felsefesi söylemi... Zaten kendisi bu konuşmasında mevcut hukuk eğitimini eleştiriyor.' Hukuk eğitime teknik bakış egemendir'. Hukuk teknisyenleri yetiştirilmektedir, hukukçu değil. Hukukun kültürel bo-

Haşim Kılıç'a Armağan

yutuna nüfuz edemeyenlerin statükodan uzaklaşmaları, hak ve özgürlüklerin bilincine ulaşmaları mümkün değildir. Onun ifadesiyle 'Başta anayasalar olmak üzere pozitif hukuk kurallarının zemin etüdünü yapan hukuk sosyolojisi ile bunların vicdani başarısı ve psikolojik arka planını ölçerek, adil bir yörüngeye oturarak hukuk felsefesinin yeterince ve hak ettiği ölçüde eğitim sürecinde yer almaması endişe verici bir eksikliklerdir'.

Sayın Kılıç öyle bir hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi dostudur ki, geçen yıl geleneksel Anayasa Yargısı Sempozyumunu sadece bu konuya tahsis etti ve Yüce Mahkemenin Başkan Vekili Sayın Dr. Alparslan Altan'la birlikte dünyanın bir numaralı hukuk filozofu olarak değerlendirilen Prof. Ronald Dworkin'i davet ederek Türk Hukuk Dünyasına bir hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi şöleni yaşattı.

Yukarıdaki sözleri ve tüm tutum ve davranışları gösteriyor ki Haşim Bey hukukçudan öte bir hukuk sosyoloğu, bir hukuk filozofudur. Nesnelliği, hukuk normlarının üstüne çıkabilmesi, adalet kavram ve olgusunu, insan haklarını ön plana çıkarması böyle bir çağcıl aydın hukukçu yaklaşımın ürünüdür.

EVRENSEL HUKUK VE HAŞİM BEY

Gezi olayları ve yolsuzluk söylentilerinden sonra, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığından rahatsız olan siyasal iktidar nihayet kılıçları çekti. Anayasa Mahkemesinin evrensel hukuk çerçevesinde almış olduğu kararlar, siyasal iktidara göre milli hukuka uymuyordu. Bireysel başvuru hakkını, HSYK' nın eskisine nazaran daha nesnel hâle gelmesi Adalet ve Kalkınma Partisinin hoşuna gitmemişti. Oysa bu tür demokratik düzenlemeler onların eseri idi. Haşim Bey Anayasa Mahkemesinin 52. Kuruluş Yıldönümünde 'Evrensel Hukuktan' söz edince yer yerinden oynadı. Oysa Sayın Kılıç, Anayasa Mahkemesi Başkanı olarak yapmış olduğu son açış konuşmasında, hukukun özünü oluşturan felsefe, evrensel değerler ve sosyal olgunun önemini vurgulamaktaydı. Suçu buydu, gider ayak tarihsel misyonunu vurgulamış, tarihsel bir görevi yerine getirmişti. Fakir son olarak aşağıdaki makaleyi yazdı.

(Radikal Gazetesi 26 Nisan 2014)

Haşim Bey gene dar hukuk metinlerinin kalıpları içinde kalan pozitivist hukukçuların ve demokrasi bilincinden uzak insanların beyinlerini alt üst etti. Vizyonu dar hukuk hocalarını yanından ayırmayan, onların kılavuzluğuyla meydanlarda savcılar, yargıçları karalayan siyasilerin, Anayasa Mahkemesinin 52. Kuruluş yıldönümü nedeniyle gerçekleştirilen bu konuşmadan ders

alıp almadıklarını bilemeyiz.

Sadece siyasiler mi? Felsefeden, sosyolojiden, edebiyattan, psikolojinin verilerinden bihaber hukuk mezunları, kendini aydın sanan cahiller de bir şey anlamadı.

Sayın Haşim Kılıç 'evrensel hukuktan' söz etti. Değerli Başkan, bizim yıllardan beri hukuk felsefesi ve sosyolojisi derslerinde öğrencilerine anlatmaya çalıştığımız 'doğal hukuk' düşüncesinin ana ilkelerini açıkladı. İnsanların doğuştan kazandığı mutlak hakları vardır. Yaşama hakkı, düşünce ve inancı ifade hak ve özgürlüğü, mülkiyet hakkı ve uzantıları... Demokratik rejimlerde bu hak ve özgürlükler 'hazır, yakın, doğrudan, hemen tehlike oluşturmadığı' taktirde asla ve asla yasaklanamaz. Tam tersine, devlet ve de özellikle sosyal devlet bireylerin bu haklarını kullanma kolaylığı sağlama yükümlülüğü içindedir. Kitlelere alanları açar, farklı görüşte olanların 'mesajlarını alındı' der, gider onları dinler. Çoğulcu demokrasilerde birey bir değerdir, bireyin onuru her şeyin üstündedir; birey eksenli hukukla evrenselliğe ulaşılır.

Siz Haşim Bey'i hiç anlamadınız. Hukuk fakültesi mezunu değil diye küçümsediniz. Bir zamanlar koskoca bir Başsavcı, eşi ve kendisine çamur attı.' Militan demokrasi' mucidi bu tür mantıklar artık silindi gitti. Sevgili Adalet ve Kalkınma Partililer, AYM, hak ve özgürlüklerinizi çağcıl bir yorumla ele alıp sizi kurtardığı zaman Sayın Başkanı yere göğe sığdırmazken, bugün 'cüppeni çıkar da öyle gel' demeniz, en hafif deyiimiyle tutarsız ve ayıp. Haşim Bey o gün de, bugün de görevini yaptı, hukuku konuşturdu. Hukuk kararlarının siyaseti etkilemesi kadar doğal bir şey olamaz. Hukukla siyaset iç içedir.

'Bu kararlar milli değil' demeniz, etrafınızdaki hukukçuların bilgisizliğinin, yandaşlığının kanıtıdır. Hukuk evrenseldir. Din, mezhep, dil, ırk, cinsiyet, millet farkı tanımaz. Hak ve özgürlükler herkes içindir, evrenseldir. Millet eksenli hukuk çağ dışı bir kavram ve olgu olup faşist ve teokratik devletlerin hukuk ve devlet felsefesidir. Birey eksenli demokratik yapılanmalar karşısında o tür devletlerde devlet-millet kutsaldır. Biz artık bunu aşmalıyız. Zaman zaman aşıyorsunuz da...1915 olayları nedeniyle Ermenilere taziye dileklerinde bulunmanız gönlümüze su serpti. Lütfen siz devam edin. Otoriter, faşizan eğilimli danışmanlarınızın dolduruşuna gelmeyin.

Siz değil misiniz ki, 1982 Anayasasının 90. maddesine 'temel hak ve özgürlükler bağlamında uluslararası anlaşmaların iç hukuk düzeninin üstünde olduğu' anlayışını getirdiniz? Siz değil misiniz ki son Anayasa Referandumuyla birlikte 'bireysel başvuru hakkı', 'kamu denetçiliği', 'HSYK ve Anayasa Mahkemesinin teşekkül tarzıyla' ilgili olumlu değişikliklere imza attınız? Bu düzenlemelerle evrensel hukuka ivme kazandırdınız. Biz de 'yetmez ama evet' dedik.Vazgeçmeyin, dönmeyin.

Haşim Kılıç'a Armağan

Anayasa Mahkememiz bu yolda ilerliyor, evrensel hukukun verileriyle kararlar alıyor. Yukarıda sözünü ettiğimiz doğal, doğuştan kazanılan haklar bakışıyla Yüce Mahkeme uluslar arası, evrensel hukukun kurallarına uygun olarak adil yargılanma hakkının ihlalinde çözüm üretiyor. Hak ve özgürlükler eğer ihlal edilmiş ve de, bürokratik nedenlerle bu süre uzayacak, vahim sıkıntılar yaratacaksa ' bireysel başvuru' bürokratik aşamaları beklemeden gündeme gelir. Aksi taktirde hantal işleyen hukuk süreci telafi edilemeyecek sonuçlar doğuracak, bireyin onuru yerle bir olacaktır. Uluslararası anlaşmalarda bu durum değerlendirilmiştir ve de AHİM bu bağlamda kararlar vermiştir. Biz de Anayasa'mızın 90. maddesi hükmü çerçevesinde bu düzenlemeye uymak mecburiyetindeyiz. Uymazsak hem yürürlükteki pozitif hukuku, hem de evrensel hukuku çiğnemiş oluruz.

Sayın Haşim Kılıç'ın belirttiği gibi hukuk devletin vicdanıdır. Açılış konuşmasında, bu vicdanın sesi anımsatılmıştır. Kuruluş yıldönümünde sizler her yıl gelip, Başkanların konuşmalarını dinlemektesiniz. Sizlerin deyimiyle 'bizi çağırıp, fırça attı, siyaset yaptı diye' bir tahrifata yönelmeyin. Gelenekseldir bu tür toplantılara, Yargıtay'a Danıştay'a da açılışlara gitmektesiniz. Benzer söylemlerle yıllarca karşılaştınız. Bir dönem, Yargıtay Başkanı Prof. Dr. Sami Selçuk kulaklarımızın pasını silmekte, evrensel hukuktan söz etmekteydi. Bir başka Başkan 'vicdanla cüzdan arasında sıkıştıklarına' değinmişti. Literatür oluşturdu. Yankılar, tepkiler hep oldu. Ama kimse 'biz yasama olarak kanunları yaptık, bizim yaptığımız kanunlara bu başkan uymuyor' demedi. Sayın Başkan kanunlara uyararak, erkler ayrılığının karşılıklı dengeli denetiminin bilincini ortaya koyarak görkemli bir konuşma yaptı.

Hukuk ilkelerinin içinde öyle vurgular yaptı ki, sizlerin basit hukuk kurallarını dahi hiçe saydığınızı gösterdi. Delil göstermeden, belgeye dayanmadan yargıçları, savcılarını suçlamak, onların çete, paralel yapı olarak nitelemek olur mu? Soruşturma yapmadan hallaç pamuğu gibi onları, kolluk gücü mensuplarını oradan oraya savurmak hangi hukuk güvenliği, hangi hukuk bilincinin ürünüdür? Bunları söylemenin neresinde siyaset var?

Sayın Kılıç hukuk fakültesi mezunu değildir ama yüksek bir hukuk bilinci-ne sahiptir. Önemli olan hukuk mezunu olmak değil, katı hukuk kurallarını evrensel hukuk ilkeleriyle yorumlayabilmektir. O, hukukta felsefenin, sosyolojinin, kültürün önemini bilir. Bu nedenledir ki, o ve değerli Başkan Vekili Dr. Alparslan Altan, 2010 yılındaki 49. Kuruluş Yıldönümünde, dünyanın en önemli hukuk filozofu olarak kabul edilen Ronald Dworkin'i davet etti, Anayasa Yargısı Sempozyumunda bütün gün sadece ve sadece hukuk felsefesi konuşuldu.

Sayın Başkan, hukukun kültür yanına o denli önem vermektedir ki, Yüce

N. Öktem: Haşim Kılıç ve Hukuk Felsefesinin Tanıklığı

Mahkemede felsefe, sosyoloji, psikoloji, edebiyat fakültesi mezunları için kadrolar ihdas etti. Dosyaları bir de onlar incelesin. Hukuksal sorunsalın derinliklerinde acaba neler yatmakta? Normların katı kalıplarına sıkışan sıradan hukukçular bu boyutu pek kavrayamazlar ama hukuk eninde sonunda insanın ta kendisi, bireyin ruhu, vicdanı ve onurudur. Sayın Başkanın ifadesiyle 'kainatın özü insan, insanın özü ise eşdeğeri bulunmayan onurudur. Hukukun ve dinlerin koruma altına aldığı yegane değer budur.(...) Katılımcı ve çoğulcu demokratik sistem farklılıkların sesli yaşaması gerektiği çağrısını yapıyor. 'Başkan hem çağcıl demokrasilerde hem de inanç boyutunda insanın özünün ne olduğunu vurgulamaktadır. Hem gerçek Müslüman hem de gerçek Türk aydını artık bu aşamaya gelmelidir.

Türkiye'de hak ve özgürlüklerin artık yegane güvencesi Anayasa Mahkemesidir. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili kararların, evrensel hukuk bilinciyle genelde oybirliğiyle alınmış olması siyasetten uzak bir tutumu vurgulamaktadır. Buralara gelinmesinde Haşim beyin büyük katkısının olduğunu bilmekteyiz.

Artık bizler de siyasal kaygılardan, ideolojik yaklaşımlardan uzak olarak, muhafazakar-ilerici-ulusalci (milliyetçi) demeden evrensel hukuk anlayışıyla biraraya gelelim ve esenli ufuklara doğru yol alalım

SONUÇ

Sayın Haşim Kılıç için tanıklık yazısı yazmak benim için büyük bir onurdur. 40 yılı aşan hukuk felsefesi ve sosyolojisi hocalık hayatımda Türkiye'nin en üst yargı kuruluşunun başkanı her vesileyle hukukun kültür boyutunun önemini vurgulamış ve uygulamada da hukukun özünü dikkate almış. Benim için bundan daha büyük mutluluk olamaz.

Haşim Bey bir dost olarak da hep fakirin yanında olmuş, davetlerimi kabul etme nezaketinde bulunmuş ve çeşitli vesilelerle Anayasa Mahkemesinde konuşma yapmama vesile olmuştur.

Bireysel başvuru hakkı gündeme geldiğinde, Anayasa Mahkemesi Rapor-törlerinin eğitim seminerinde ilk konuşmacı bendenizdi. Eminim ki, Sayın Haşim Kılıç, Sayın Dr. Alparslan Altan ve Sayın Oğuz Kaya için hukukta ve bireyin hak ve özgürlüklerinde önce felsefe gelir. Bu nedenle ilk dersi bir hukuk felsefecisi vermelidir.

Sayın Kılıç'ı Doğuş Üniversitesi 2011-2012 ders yılı açılış konuşması için davet etmiştim. Kırmadı, lütfetti, teşrif buyurdu. O akşam tüm TV haberleri, ertesi gün tüm yazılı basın Sayın Başkanı anlattı.

Haşim Kılıç'a Armağan

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak 9 Mart 2011 günü Kamu Denetçisi (Ombudsman) konusuyla ilgili uluslararası bir sempozyum düzenlemiştik. Sayın Kılıç da katılacaktı. Bir akşam önce ani kar bastırdı. O sabah Haşim Bey'in makam arabası yoğun tipi nedeniyle yola çıkamadı.

Böyle çağcıl, demokrat, tarafsız ve objektif bir hukuk insanını tanımak, dostluğunu kazanmak benim için gerçekten onurdur. Sayın Haşim Kılıç, Türkiye demokrasisine ve hukuk sistemine katkılarından dolayı altın harflerle tarihe geçecektir.

Taha AKYOL

(Hürriyet Gazetesi Köşe Yazarı)

ÖNCÜ BİR ANAYASA YARGICI, HAŞİM KILIÇ

Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç, bizim anayasa hukuku tarihimizde liberal demokrasi ilkelerini her zaman savunmuş bir anayasa yargıcısıdır. Bu konuda iktidarda kimler olursa olsun, memlekette esen siyasi fırtınaların yönü ne olursa olsun, Kılıç, liberal demokrasi ve evrensel özgürlük fikrini daima kararlarında ve karşı oy yazılarında esas aldı. Anayasa Mahkemesi'nin bir vesayet organı gibi çalıştığı dönemlerde de böyledir, Mahkemedeki son yılını doldururken de böyledir. Kararlarıyla, karşı oy yazılarıyla böyle olduğu gibi, konuşmalarıyla da böyledir.

Yıl 1997-98... Ülkede 28 Şubat fırtınalarının estiği yıllar... Refah Partisi hakkında dava açılmış ve parti kapatılmıştır. Haşim Kılıç'ın bu kapatma kararına yazdığı "karşı oy" yazısı, Anayasa Yargısı tarihimizin en önemli belgelerinden biridir. 16 Ocak 1998 günlü kapatma kararına Kılıç'ın yazdığı "karşı oy"-da şu satırları okuyoruz:

"Çağdaş demokratik toplumlarda, anayasaların temel fonksiyonu insan hakları ve özgürlüklerini genişletmek ve teminat altına almaktır. Anayasa Mahkemesi'nin görevi de bu hedeflerin korunması ve hayata geçirilmesine destek vermektir. Bu nedenle, siyasal partilerin de güvencesidir..."¹

Kılıç'ın bu satırları, evrensel hukukta anayasa mahkemelerinin kazandığı çağdaş fonksiyonu ifade ettiği gibi, bizim Anayasa Yargısı tarihimizde de öncü bir görüştür. Bunu 'öncü görüş' olarak nitelemem mübalağa değildir. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin ikide bir parti kapatma kararları verdiği bilinmektedir. Dahası, Anayasa Mahkemesi, merhum Bülent Ecevit Hükümetinin AB uyum sürecinde parti kapatmayı zorlaştırma yönündeki reform çalışmalarına bile karşı çıkıyordu! Anayasa Mahkemesi, 23 Ocak 2001'de yaptığı basın açıklamasında "parti kapatmayı olanaksız hâle getirmenin demokratik cumhuriyeti korumasız bırakacağını" söylüyor, yasama organının parti kapatma konusunda evrensel hukuka uygun yeni kıstaslar getirilmesine karşı çıkıyordu! Gazeteler haklı olarak tarihimizdeki "muhtıralar" dizisine bir yenisinin eklendiğini düşünerek, Anayasa Mahkemesi'nin bu tavrını, manşetten "Anayasal Muhtıra" diye veriyordu!²

1 Karar No: 1998/1

2 Milliyet, 23 Ocak 2001

Haşim Kılıç'a Armağan

Kılıç'ın yukarıya aldığı satırlarını 'öncü' diye nitelememin de gerekçisi budur: Anayasa Mahkemesi'nin kendisini liberal demokrasi ve evrensel özgürlüklerin değil, otoritenin bekçisi saydığı bir gelenek içinde Haşim Kılıç buna "karşı oy" yazıyor, Mahkeme'nin parti kapatma değil, aksine şiddetle ilişkisi olmadığı sürece, partilerin varlığının güvencesi olması gerektiğini yazıyordu. Hem de 28 Şubat gibi askeri vesayetin eylemli hâle geldiği bir dönemde Kılıç, kendisine yönelen hücumlara göğüs gererek bu özgürlükçü duruşu sergiliyordu.

Evrensel hukuk

Kılıç'ın Anayasa Yargısı tarihimiz bakımından dikkat çeken diğer bir özelliği de sadece felsefi olarak değil, aynı zamanda norm ve mevzuat olarak da evrensel hukuku esas almasıdır. Nitekim bütün imza koyduğu kararlarında ve karşı oy yazılarında insan hakları söz konusu ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kılıç'ın temel referanslarından biridir. Refah Partisi'nin kapatılması kararına koyduğu karşı oy yazısından ilk bölüm başlığı "Uluslararası Sözleşmeler" dir. Burada Türkiye'nin Avrupa Konseyi üyesi olduğunu, BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ni ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzaladığını, onay kanunlarını da çıkardığını hatırlatır. Sözleşme'nin "demokratik devlet anlayışını somutlaştıran bir belge" olduğunu vurgular. Türkiye'nin 28 Ocak 1987'de bireysel başvuru hakkını; 1989 yılında da AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini tanıdığını belirtir. Kılıç'a göre, bu durumda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sadece felsefe olarak değil, norm olarak da "Türkiye açısından tam olarak işler hâle gelmiştir."

Kılıç, dokuz bin kelimeyi bulan bu uzun karşı oy yazısında, uluslararası sözleşmelere uymanın Türkiye için anayasal zorunluluk olduğunu belirtir. Kılıç'ın 1998'da yazdığı şu satırlar, altı yıl sonra yapılacak anayasa değişikliğinin habercisi gibidir:

Anayasamızın 15. maddesinde, savaş ve benzeri durumlarda bile temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ancak ULUSLARARASI YÜKÜMLÜLÜKLERİN ihlâl edilmemesi kaydıyla durdurulabileceğinin belirtilmiş olması, Anayasa'ya aykırılığın ileri sürülememesi SÖZLEŞMELERE anayasal bir üstünlük tanındığının dayanaklarıdır. Bu nedenle, sınırlayıcı ULUSAL YASA ile ULUSLARARASI SÖZLEŞME arasında bir çatışma olması durumunda, Sözleşme'nin gerisindeki genişletici iradeyi, yasayı belirleyen sınırlayıcı iradeye üstün sayarak özgürlükçü bir yorum getirilmesi, tüm uygar ülkelerin benimsenip uyduğu demokratik toplum düzeninin kurallarına uygun bir yaklaşım olur.

Kılıç'ın bu satırları yazmasından altı yıl sonra, 2004 Mayıs'ında Anayasa'nın 90. maddesine şu fıkra eklenecektir:

“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.”

Bugün, büyük memnuniyetle belirtiyim ki, artık bidayet mahkemeleri de kararlarında Sözleşme'nin ilgili maddelerine doğrudan atıfta bulunmaktadır.

Parti kapatmak

Kılıç'ın Refah Partisi'nin kapatılması kararına, üye Sacit Adalı ile birlikte muhalefet etmesi, hukuktan anlamayan ya da hukukçu olsa bile evrensel hukuk gözüyle bakmayan ideolojik çevrelerce suçlandı. Kılıç'ın “mürteci” olduğu iddia edildi, aile hayatına çirkin iftiralar yapılarak hakkında yıpratma kampanyaları açıldı. Bunlar Kılıç'ın açtığı dava sonucunda mahkum oldular. Bu olay bize hukuku savunmak için bazen kamuoyuna karşı da dik durmak gerekeceğini gösterir.

Hukuki açıdan baktığımızda, Kılıç'ın muhafazakar olmayan partilerin kapatılmasına da “karşı oy” yazdığı görülür. Yazdığı karşı oylarda gerekçe yine evrensel hukukun üstünlüğü ve milli kanunların da özgürlükçü yorumlanması gereğidir.

Şerafettin Elçi'nin Demokratik Kitle Partisi'nin kapatılmasına ilişkin karara yazdığı karşı oy bu bakımdan ilginçtir. 26 Şubat 1999 tarihli karardaki karşı oy yazısından, Kılıç, Evrensel hukukun, milli kanunlardan üstünlüğü konusunda şöyle yazmaktadır:

“... Anayasa Mahkemesi uygulamada milli yasalarla, uluslararası yasaları karşılaştırmak suretiyle “önceki kanun-sonraki kanun” ya da “genel kanun-özel kanun” değerlendirmesine tabi tutarak milli yasalara öncelik vermiştir. Sözleşmeyle milli kanunlar arasında uygulanan bu “kriterler” anayasal düzeye çıkarılarak demokratik toplumlarda varolan hak ve özgürlükler ölçüsüzce sınırlandırılmış birey ve örgütler dar bir alana sıkıştırılmıştır...”

Milli kanunların özgürlükçü gözle yorumlanması gerektiği konusunda Kılıç, karşı oy yazısında, Siyasi Partiler Kanunu'nun AYM'ce kapatma gerekçesi sayılan maddelerini tahlil ettikten sonra şöyle yazıyor:

Demokratik Kitle Partisi'nin programında ileri sürdüğü görüşleri, çoğulcu, katılımcı demokratik bir hukuk devletinde yapılabilecek eleştiri ve çözüm

Haşim Kılıç'a Armağan

önerileri kapsamında gördüğümünden, Siyasî Partiler Kanunu'nun 78. ve 81. maddelerine dayanılarak verilen kapatma kararına karşı oy kullandım.³

Siyasi parti kapatma ya da demokrasilerde siyasi temsilin evrensel hukuku konusunda Kılıç'ın herhalde hukuk tarihimizdeki en önemli tavırlarından biri, iktidar partisinin kapatılması için açılan davadaki karşı oy yazısıdır.

14 Mart 2009 günü Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, iktidarda bulunan Adalet ve Kalkınma Partisi hakkında kapatma davası açmıştır. Anayasa'nın 90. maddesine eklediği fıkra ile Avrupa hukukunu bağlayıcı hâle getiren iktidarın "irtica odağı" olduğunu söyleyerek kapatılmasını istemiştir! Böyle bir davanın açılması bile hukuk tarihimiz bakımından bir kara lekedir. Sadece milli iradeyle seçilmiş bir iktidar partisi olduğu için değil, iddianamedeki gerekçelerin zayıftan öteye ideolojik, zorlama ve komik olmasından dolayı... Dava açıldığında Milliyet Gazetesindeki köşemde çok eleştiri yazmıştım.

Bu çok tuhaf davanın saf bir hukuki süreç olduğuna inanmak mümkün değildir. Umarım Sayın Kılıç ve/veya başka üyeler, bu dava süresince mahkeme içinde ve dışında nasıl bir süreç yaşandığını anılarında yazarlar da hukuk tarihimize geçer, gelecek nesiller aydınlanır.

İktidar partisine "irtica odağı" sayılarak Hazine yardımının kesilmesi cezasının verildiği bu karara Kılıç'ın yazdığı dokuz bin kelimelik uzun karşı oy yazısı, ünlü Alman sosyalist lider Rosa Luxemburg'un şu sözüyle başlıyor:

"Özgürlük yalnızca ve daima farklı düşünenlerindir."

Alışılmış, rutinleşmiş veya güç sahipleriyle uyum halindeki görüşlerin zaten hürriyete ihtiyaç duymayacakları, hürriyet nefesine farklı düşünenlerin ihtiyaç duyacağı açık bir gerçektir.

Kılıç, karşı oy yazısında evvela, parti kapatmayı düzenleyen Anayasa ve kanun maddelerinin "oldukça kapsamlı olması, sınırlarının çizilmemesi, her türlü anlayış ve yoruma açık olması, siyasi partileri sıkıntıya sokacak nitelikte" olduğunu belirtir. Halbuki "Belirlilik ilkesi bu yasal sınırlamanın yargısal ya da idari bir tasarrufa ihtiyaç bırakmayacak açıklıkta olmasını zorunlu kılar." Anayasa'nın 90. maddesinde evrensel hukukun üstünlüğü hükmünü hatırlatan Kılıç, Anayasa Mahkemesi'nin görevinin evrensel hukuku uygulamak olduğunu belirtir. Bu açıdan, söz konusu partinin "irtica odağı" haline gelip gelmediğine, hangi hukuk açısından bakılmasını gerektiğini şöyle anlatır:

İnsan haklarına saygılı devlet, Anayasa'da temel hak ve özgürlük olarak düzenlenmiş ve güvenceye kavuşturulmuş insan haklarına saygılı devlet anla-

3 Karar No: 1999/1.

mına gelir. İnsan haklarına saygılı ifadesi ile 14. maddedeki “İnsan haklarına dayalı devlet” ifadesi birlikte okunduğunda, Anayasa’nın, devletin meşruiyet ve varlık nedenini “insan hakları ve özgürlüklerinde” gördüğü ortaya çıkar. Anayasa’nın 5. maddesi de tüm temel hak ve özgürlüklerin önündeki sosyal, hukuksal ve ekonomik engellerin kaldırılmasını devlete bir ödev olarak yükler.

Kapatma davasının konusu “irtica odağı” ithamı olduğu için, ister istemez laiklik anlayışıyla bire bir ilişkilidir. Laiklik tanımı dar ve otoriterse muhafazakar bir partiliyi “irtica odağı” saymak, yine zorlama yorum gerektirse de bir ölçüde mümkündür. Fakat laiklik anlayışı evrensel hukuktaki özgürlükçü tanıma dayanıyorsa, o zaman mümkün olmaz. Kılıç, çağdaş laiklik anlayışında din özgürlüğünün yerini şöyle tanımlar:

Bireylerin dini inanç ve kanaat özgürlüğünün yanında, inanç ve kanaatlerini dışa yansıtmaya ve yaşamlarını dini inanç ve kanaatlerine göre sürdürme hakkı da Anayasa’nın tanıdığı bir temel insan hakkıdır. Dolayısıyla Cumhuriyetin değişmez niteliklerinden biri olan insan haklarına saygılı/dayalı devlet ilkesi, devlet erki kullanan tüm kurumları bireylerin dini inanç, kanaat ve dinsel pratik özgürlüğüne saygılı olmaya, kişinin bu özgürlüğünün önündeki engelleri ortadan kaldırmaya zorunlu kılmaktadır.

Burada Kılıç’ın “insan haklarına saygılı devlet” tanımı ve devletin meşruiyetini insan haklarını korumasına bağlaması son derece dikkat çekicidir ve hukuk geleneğimizde son derece ileri bir görüştür. Söz konusu partiyi “irtica odağı” saymak için kararda belirtilen gerekçeleri teker teker eleştiren Kılıç’ın ortaya koyduğu laiklik tanımı, bizim Anayasa Yargısı tarihimizde meydana çıkacak olan liberal laiklik anlayışının ilk işaretlerinden biridir. Kılıç bu karşı oy yazısında, “irtica odağı” kavramının otoriter bir laiklik anlayışına dayandığını gösterir ve “laiklik ilkesini irdelemenin gerekli” olduğunu söyler. Bu, onun türban yasağının söz konusu olduğu davalarda da savunduğu liberal laiklik anlayışdır.

Otoriter laiklik ve evrensel hukuk

Kılıç’ın görüşlerinin Anayasa Yargısı tarihimizdeki ufuk açıcı niteliğini görmek için, Anayasa Mahkemesi’nin kurulduğu 1961 yılından beri sahip olduğu laiklik anlayışını hatırlamak gerekir. Anayasa Mahkemesi’nin laiklik konusundaki 25 Ekim 1983 günlü kararı, nasıl evrensel hukuka kapalı ve otoriter bir laikliği benimsediğinin belgesidir:

Hristiyan ve İslâm dinlerinin koşulları, inanç ve gerekleri aynı olmadığından, ülkemizde ve batı ülkelerinde oluşan durumlar ve ortaya çıkan sonuçlar

Haşim Kılıç'a Armağan

birbirinin aynı olmamış, aksine büyük farklılıklar göstermiştir. Dini ve din anlayışı tamamen farklı olan bir ülkenin, lâikliği, o ülke batı medeniyetine açık olsa dahi batılı ülkelerdeki anlayış içinde benimsemesi esasen beklene-
mez ve beklenemez.⁴

Demek ki, AYM'nin kararına bakılırsa, Türk milleti Müslüman olduğuna göre, evrensel laiklik tanımına, bunun getirdiği özgürlüklere ya ebediyen ulaşamayacak veya din değiştirmesi gerekecekti!!

AYM, 1971 yılında ayrıntılı olarak karara⁵ bağladığı otoriter laiklik anlayışını 2010 referandumuyla yapılan anayasa değişikliğine kadar devam ettirdi. 1971 yılının “muhtıra” yılı olduğunu hatırlatmaya gerek var mı, bilmiyorum.

Mahkeme'nin kurulduğu 1961'den itibaren, nesiller boyu üyeler değiştiği halde, hatta çeşitli konularda AYM'nin içtihatları da değiştiği halde, bu otoriter laiklik anlayışının devam etmesi, hem nasıl bir dogma haline geldiğini, hem AYM'nin üye kompozisyonunun nasıl 'oligarşik' nitelikte olduğunu gösterir. İşte bu katı ve dogmatik yapı içinde, laikliğin evrensel anlamını savunan, Haşim Kılıç oldu. Karşı oy yazısında, laikliği anayasadaki özgürlük ve demokratik hukuk devleti ilkeleriyle birlikte ele aldı. Laiklik tek başına bir dogma olarak değil, evrensel özgürlük ve evrensel demokratik hukuk devleti ilkeleriyle birlikte değerlendirilmeliydi... Şöyle yazıyordu Kılıç:

*“Bir siyasi parti, dinsel bir inancı benimseyemez ya da onun propagandasını yapamaz. Devletin düzeninin din kuralları ile yönetilmesine ilişkin taleplerle ilgilenemez. Ancak, bu inanç ya da dinsel öğretinin dış dünyaya yansımalarıyla bağ-
lılarının ihtiyacı olan özgürlük alanı ile ilgilenmesi de engellenemez. İlgi duyulan din değil özgürlüktür. Siyasi partilerin yaptığı da bu özgürlüğün sözcülüğüdür. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma davalarında demokrasi-
nin, laikliğin ve hukuk devletinin temel öğelerinin partilerce reddedilip edilmediği, partilerin demokratik ve laik hukuk devletine düşmanca tavrının olup olmadığı, insan onurunu aşağılayan amacının varlığı ya da farklı düşünenlere hoşgörüslük konularında inceleme yapmak zorundadır.”*

Kılıç bu karşı oy yazısında partilerin hoşgörüsüz, demokrasi karşıtı ve şiddet yanlısı olmaları hâlinde kapatılabileceğini savunur. Bugün Türkiye'nin geldiği nokta da budur, evrensel hukukta da böyledir.

Devlet ve fert

Kılıç'ın çizgisinde dikkat çeken istikrarlı özelliklerden birisi, devlet çıkarının önceliği yerine birey haklarının önceliğini savunmasıdır. Batı hukuk ge-

4 Karar No: 1983/2. AYM'nin bu evrensel kapalı otoriter laiklik dogmatizmi için aynı nitelikteki diğer bir karar için bkz. Karar No.1986/26

5 Karar No: 1971/76.

leneğinde bu normaldir, olağan bir hukukçu tavrıdır. Fakat bizim Anayasa Mahkememizin ve genel hukuk kültürümüzün geleneğinde devlete öncelik verilir.

Anayasa Mahkememizin özel yüksek okulları kapatan kararında⁶ ve özelleştirmeyle ilgili iptal kararlarında bu açıkça görülür. Özelleştirme konusunda, sonuçta makul bir çözüme varılsa da uzun süre engelleyici bir tavır takınıldı. AYM'nin 'devletçi' diyebileceğimiz bu engelleyici kararlarından en dikkat çekici olanı, "kamulaştırma" ve "özelleştirme"nin hukuken simetrik ya da paralel kabul edilmesidir; devletin gücüyle bireyin mülkiyet hakkı eşitmiş gibi! Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin 7 Temmuz 1994 günlü iptal kararına Haşim Kılıç ve diğer üyelerin yazdığı karşı oy hukukta devlet gücüyle fert hakları arasındaki dengeyi yansıtmak bakımından önemlidir. Üyeler Samia Akbulut, Mustafa Bumin ve Lütfi Tuncel'le birlikte Haşim Kılıç'ın yazdığı karşı oyda şöyle denilmektedir.

"Kamulaştırma ve devletleştirme kişinin mülkiyet hakkını doğrudan ilgilendirdiğinden ancak yasa ile düzenlenmesi mümkündür. KHK'lerle düzenlenememesi de kişinin mülkiyet hakkı ile olan bu ilgisi nedeniyledir. Kamu mülkiyet hakkı ile kişinin mülkiyet hakkı arasında 35. maddeye göre paralellik kurmak mümkün değildir. Devlet Anayasa'da belirtilen ilke ve sınırlamalara bağlı kalmak koşulu ile mülkünü devredebilir. Bu uygulamaları yasa ile yapabileceği gibi yöntemince çıkarılacak yetki yasası ve buna bağlı KHK'lerle de düzenleyebilir. KHK'lerle de özelleştirme uygulaması sırasında görevlilerin uyması gereken anayasal ilke ve sınırlarının ve diğer koruyucu hükümlerin getirilmesi hiç kuşkusuz mümkündür."

Devlet/fert denkleminde ferdin hak ve hürriyetleriyle devletin kamulaştırma, cezalandırma gibi yetkilerinin evrensel hukuk anlamında dengelenmesi bakımından Terörle Mücadele Yasası da ilginç bir örnektir. 1991 gibi erken sayılabilecek bir yılda, Kılıç'ın karşı oy yazısındaki şu görüşü, evrensel ceza hukuku anlayışı bakımından son derece önemlidir:

Anayasa'nın 38. maddesinde belirtilen "Kanunilik ilkesi" suçların hiçbir yorum ve tereddüde meydan vermeyen açıklıkta ifade edilmesini öngörmektedir. Suç, sınırları belli edilmemiş ve subjektif unsurların ağır bastığı, çeşitli anlamların çıkarılabildiği biçimde tanımlanamaz. Aşırı takdir yetkisinin kullanılmasına imkan veren ifadeler nerede duracağı belli olunmayan keyfi uygulamaların kaynağı olur. Böyle bir uygulama ise önlenmek istenen terörün boyutlarının daha da büyümesine ya da Devlet terörünün doğmasına yol verir. Kendi varlığını korumak isterken keyfi uygulamalarla vatandaşını ezen,

6 Bkz. Karar No: 1971 /3

7 Karar No: 1994/45-2

yok eden bir Devlet olur.⁸

Herhalde bu karşı oy yazısındaki “kendini korumak için keyfi uygulamalarla vatandaşını ezen, yok eden devlet” ifadesinin altını çizmek gerekir. Böyle bir devlet vatandaşını kendine düşman yapacağı gibi, adil ve hürriyetlere saygılı bir devletin vatandaşlarından sevgi ve saygı göreceğini belirtmeye de ihtiyaç olmasa gerek.

Kuvvetler Ayrılığı

Devlet gücünün adil ve kişilerin hak ve özgürlüklerine saygılı olması, tarihî zamanlarda hükümdarın adil olup olmamasıyla yakından ilgiliydi. Çağımızda hak ve hürriyetlerin sınırı tarihin hiçbir döneminde görülmedik ölçüde genişlediği gibi, devlet kurumu da son derece teşkilatlı hâle gelmiştir. En yetkili kişinin, kralın, başkanın ya da başkanın adil olup olmamasının ötesinde, devlet makinasının hukukla sınırlanması ve fertlerin hukukla korunması esastır. Hak ve hürriyet demek, otoritenin, iktidarın sınırlanması demektir. AYM Başkanı Haşim Kılıç'ın 24 Nisan 2009'da kuruluş yıldönümü münasebetiyle yaptığı konuşmada şu satırları görüyoruz:

“Demokratik anayasaların en önemli işlevi, siyasi iktidarı etkili bir şekilde sınırlandırmak suretiyle bireyin hak ve özgürlüklerini korumaktır. Esasen, anayasaların bu işlevi, toplumsal yaşamın olmazsa olmazı olan özgürlük ve otorite arasındaki denge arayışının sonucudur. Gerçekten de bireysel özgürlükler, ancak otoritenin kullanım alanının hukuk kurallarıyla belirlendiği ve sınırlandırıldığı durumlarda güvence altına alınabilir. Tarih, sınırlandırılmayan iktidarın hak ve özgürlükler için çok ciddi bir tehlike teşkil ettiği hakikatinin canlı şahididir... Friedrich Hayek'in ifade ettiği gibi, demokratik rejimlerin temel meselesini “halk iradesinin onun üstünde başka bir ‘irade’ tesis etmeden nasıl sınırlandırılacağı” konusu oluşturmuştur...”

Bunun tek yolu, bilindiği gibi, kuvvetler ayrılığıdır. İktidar sahiplerinin iyi niyetinden veya otoriter eğilimlerinden bağımsız olarak, kuvvetlerin, erklerin tek elde toplanmaması, birbirini denetleyip dengeleyecek şekilde ayrı organlara verilmesi... Tarihteki hiçbir hukuk sisteminde, hiçbir devlet modelinde kuvvetler ayrılığı yoktur. Yasama, yürütme ve yargı erkleri hükümdarda toplanmış, mesele onun adil olup olmamasına bağlanmıştır. Adalet dönemleri olsa bile bunun istibdat yarattığı tarihi bir gerçektir. Montesquieu ile birlikte görülmüştür ki, demokrasinin, hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesi ancak kuvvetler ayrılığı ile mümkündür.”

AYM Başkanı Haşim Kılıç, 30 Mayıs 2013 günü TÜSİAD'da yaptığı konuşmasının

8 Karar No: 1992/20.

da şöyle diyor:

“Güçler ayrılığı fikrinin amacı, temel hak ve özgürlükleri güvence altına almaktır. Bu fikir, yasama, yürütme ve yargı erklerinin aynı elde toplanmasının, özgürlükler açısından büyük bir tehdit oluşturduğu varsayımına dayanır. Nitekim, modern güçler ayrılığının teorisyeni olan Fransız düşünür Montesquieu, meşhur “Kanunlar’ın Ruhı” adlı eserinde şöyle der: “Yasama ve yürütme erkleri, aynı kişi ya da organda toplandığı zaman özgürlük olamaz... Aynı şekilde yargı, yasama ve yürütmeden ayrılmadığı zaman da özgürlük olamaz... Eğer bir kişi ya da organ, bu üç erki yani yasa yapma, uygulama ve yargılama erklerini kendinde toplarsa, işte bu her şeyin sonu demektir.”

Kılıç’ın bu sözlerini AYM’nin internet sitesinde okuduğumda fikrî hocam merhum Ali Fuat Başgil’in 1937’deki bir konferansını hatırladım. Devlet tarafından resmen kuvvetler birliği fikrinin savunulduğu ve uygulandığı “parti devleti” dönemde, Anayasa Profesörü Ali Fuat Başgil, İstanbul Hukuk Fakültesi’nde verdiği konferanslarda şöyle konuşuyordu:

“Montesquieu’nün şu dahiyane buluşu geçen asırların medeni dünyasında fevkalade bir şöret ve rağbet kazanmıştır. Bu filozofeski dilimizde ‘tefrik-i kuva’ denilen bu nazariyesiyle adını tarihin en büyük adamları arasında koymuştur. Bu fikir daha 18. asırda Fransa’dan Amerika’ya geçmiş ve Amerikan Teşkilat Kanunu’nun en esaslı bir ilham kaynağı olmuştur. Müstakil Amerikan teşkilatının Washington, Madison ve Hamilton gibi büyük simaları diyorlardı ki: “Zulmün en hakiki tarifi teşri, icra ve kaza selahiyetlerinin bir elde toplanmasıdır. Bu el ister bu selahiyetleri verasetle iktisap etsin, ister nasb ve tayin ile, ister intihab ile kazansın farksızdır.” Bir memlekette halkın ve hürriyetlerin yegane teminatı bu selahiyetlerin birbirini hudutlandırmasındadır.”⁹

Anayasa hukuku tarihimizin büyük isimlerinden Merhum Ali Fuat Başgil, sonraki yıllarda “Esas Teşkilat Hukuku” adlı ders kitabında, kuvvetler ayrılığı fikrini kuvvetle savunur. Fikren yakın olduğu DP’nin otoriterleşmesini de eleştirir. Şahsen uyarılarını da yapmış fakat maalesef etkili olamamıştı. Başgil, 27 Mayıs şekavetine karşı mücadele eden bir hukuk adamıydı aynı zamanda.

Kuvvetler ayrılığı, siyasi otorite karşısında fert hak ve hürriyetleri konularında anayasa hukuku bilgini Prof. Başgil ile, Anayasa Yargısı hakimi Haşim Kılıç’ın çizgi beraberliği dikkat çekicidir. Haşim Kılıç türban yasağına ve parti kapatmalara karşı çıkarken muhafazakar olduğu için, siyasi yakınlık duygusuyla böyle yaptığını sanıldı. Bu yüz-

9 Ali Fuat Başgil, **Hukukun Ana Meseleleri ve Müesseseleri, Konferanslar**, Yağmur Yayınevi, İstanbul 2008, s. 72. (Prof. Başgil’in 1937-1938 ders yılında İstanbul Üniversitesi Konferans salonunda verilmiş konferanstır. Başgil, dönemin siyasi ikliminde kuvvetler birliğine açıkça karşı çıkmaz, kuvvetler ayrılığının eski bir fikir olduğunu söyler fakat “iş ve selahiyet bölümü” kavramını savunur, erklerin tek elde toplanmasının yanlış olduğunu belirtir.)

Haşim Kılıç'a Armağan

den çok siyasi hücumlara maruz kaldı. Halbuki başka kararlarında da aynı özgürlükçü çizgi görüldüğü gibi, AKP iktidarın çıkardığı kanunlardan anayasa aykırı olanları iptal ederken de aynı hukukun üstünlüğü anlayışıyla davrandı. İktidarın otoriter tavırlarını eleştirmekten de çekinmedi. Siyasi değil, hukuki değerleri esas aldı daima; her hukukçunun yapması gerektiği gibi...

Anayasa Mahkemesi'nin 2012 yılında çıkarılan Sayıştay Kanunu hakkında oybirliğiyle verdiği iptal kararı, hukuk ve demokrasi tarihimizde en önemli Anayasa Yargısı kararlarından biridir. Kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı bakımından, 2014 yılında HYSK kanunda yapılan değişiklikler hakkında AYM'nin verdiği ayrıntılı iptal kararı, evrensel hukukun üstünlüğünü güçlendiren tarihi bir karardır.

Anayasa Mahkemesi'nin yapısında 2010 referandumundan sonra gerçekleşen değişiklik, çoğulcu bir üye kadrosunun oluşması ve bilhassa, AİHM içtihatlarını uygulamak üzere "bireysel başvuru" hakkının getirilmesi, hukuk tarihimizdeki en önemli reformlardan biridir. Türkiye'de artık evrensel hukuka bağlı, evrensel hukuku bilen, evrensel hukuka inanan, evrensel hukuku uygulayan bir Anayasa Mahkememiz vardır.

Bu konuda çok büyük emeği geçen Başkan Haşim Kılıç, tarihin takdirini hak etmiştir. Emekli hayatında kendisinden hem hatıralarını yazmasını hem eserleriyle hukuka hizmetini sürdürmesini yürekten temenni ediyorum. Hukuku daha fazla öğrenmeye, benimsemeye, sahip çıkmaya ihtiyacımız var.

Valerija GALIC

*(President of the Constitutional Court of Bosnia and
Herzegovina)*

Honorable President Kılıç,

Please allow me to first of all express my admiration for your efforts, will, aspiration, enthusiasm and professionalism in handling the work and obligations. In your dedicated work full of enthusiasm you have demonstrated your desire to attain one goal, achieving justice through institutions of the judicial system through the entire period during which we had close and continuous cooperation to benefit the welfare of the citizens of our two countries.

Although I had an opportunity to thank you personally, I also wanted to take this opportunity to express the wish to make permanent acknowledgment of your work, eagerness, authority and approach to work. I believe you have observed that I have often addressed you with: "It is an honor...". I also think you noticed that we, as colleagues, Presidents of the Constitutional Courts of Republic of Turkey and Bosnia and Herzegovina, have shared wishes and dreams to create even better conditions for respecting and raising awareness on protection and advancement of human rights. In fact, we shared dreams that were possible to be made into reality, throughout all these years, together with our colleagues, judges and other colleagues from other countries.

You can certainly be proud as a considerable number of achieved actions and projects testify to your sincere devotion, aspiration and dedication to prosperity of the Constitutional Court of Republic of Turkey. You can be certain that the future generations will work hard on the foundations that you have created with your personality, work and dedication through all these years.

I am convinced that even now when you are leaving the position of the President of the Constitutional Court of Republic of Turkey nothing has changed to that end. I am convinced that your relationship towards constitutional justice, human rights and protection of constitutional order shall remain equally great, unchanged, unsubmissive and unconditional.

You shall remain the voice of conscience and reason to all those who find familiar the sense of need for justice and fairness, human rights and protection of constitutional order, to all those who appreciate your work and who shall continue your work.

As a Judge and President of the Constitutional Court of Bosnia and

Haşim Kılıç'a Armağan

Herzegovina, I shall continue to encourage colleagues and all those who find issues we deal with important, to look upon efforts and self-sacrifice that have adorned you and results you achieved with your work, authority and commitment!

Once again I thank you for wonderful and fruitful cooperation!

Yours sincerely,

Saygıdeğer Başkan Kılıç,

Öncelikle müsaadenizle iş ve sorumluluklarınızı yerine getirme konusunda ki tüm çabalarınız, iradeniz, isteğiniz, çalışma azminiz ve profesyonel yaklaşımınızla ilgili takdirlerimi ifade etmek isterim. Kendinizi hevesle adanmış olduğunuz çalışmalarınızda ülkelerimiz vatandaşlarının refahı için yürüttüğümüz yakın ve sürekli işbirliğimiz süresince, yargı sisteminin kurumları vasıtasıyla adalete ulaşmak yönündeki tek hedefe varmak hususunda çaba gösterdiniz.

Her ne kadar size şahsen teşekkürlerimi iletme imkanım olmuşsa da bu vesileyle mesleğinizdeki azminiz, bilgi ve yaklaşımınızla ilgili hissiyatımı daimi kılmak isterim. Size hitap ederken 'onur duymak' ifadesini sık kullandığımın malumunuz olduğuna inanıyorum. Aynı şekilde, Türkiye Cumhuriyeti ve Bosna-Hersek Anayasa Mahkemeleri Başkanı meslektaşlar olarak, biliyorsunuz ki insan haklarının korunması ve ilerletilmesine dair bilinç ve saygı zemini oluşturmak yönünde daha iyi şartları hayata geçirebilmek ortak hayalini ve dileğini paylaştık. Aslında, bunca yıldır meslektaşlarımız, hakimler ve farklı farklı ülkelerden diğer meslektaşlarımızla birlikte gerçek kılınması mümkün hayaller paylaştık.

Tamamlamış olduğunuz çalışmalar ve yürüttüğünüz projeler Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin refahı için nasıl bir tutkuyla, kendinizi adayarak ve umutla çalıştığınızı göstermekte olduğundan bunlarla gurur duyabilirsiniz. Emin olunuz ki gelecek nesiller, bugün şahsiyetiniz ve kendinizi adayarak gerçekleştirdiğiniz çalışmalarla atmış olduğunuz bu temel üzerinde bu çabaları devam ettireceklerdir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı olarak görev sürenizin sona erecek olmasına rağmen inanıyorum ki bu durum asla değişmeyecektir. Anayasal adalet, insan hakları ve anayasal düzenin korunmasına yönelik bu yüce, sarsılmaz, kayıtsız şartsız ve boyun eğmeyen tavrınızın ebedi olacağı kanaatindeyim.

Adalet ve hakkaniyete, insan hakları ve anayasal düzenin korunmasına benzer şekilde ihtiyaç duyan, çalışmanızı takdir eden ve devam ettirecek herkes için daima vicdanın ve aklın sesi olacaksınız.

Bir hakim ve Bosna-Hersek Anayasa Mahkemesi Başkanı olarak meslektaşlarımızı ve mesleğimizi önemli bulan herkesi, şahsınızı daha da yücelten

Haşim Kılıç'a Armağan

çabalarınız ve kendinizi adayarak sergilediğiniz çalışmalar ile bu şekilde elde etmiş olduğunuz neticeler ve sahip olduğunuz bilgi ve kararlılığınızı her zaman örnek almaları yönünde teşvik etmeye devam edeceğim!

Bir kez daha bu mükemmel ve verimli işbirliği için teşekkürlerimi sunarım.

Saygılarımla,

Mr. Moussa LARABA

*(Former Judge (2004-2011) at the
Constitutional Council of Algeria)*

*(Secretary General of the Conference of
Constitutional Jurisdictions of Africa (CCJA))*

CONTRIBUTION PAPERS CONCERNING THE PREPARATION OF A BOOK IN HONOUR OF PRESIDENT OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT MR. HAŞİM KILIÇ

My first meeting with the President back in the month of April 2005 on the occasion of the celebration of the 45th anniversary of the establishment of the Constitutional Court of Turkey at this time he was Vice President of the Court, I was a judge in the Algerian constitutional Council as part of a delegation of the council led by its President, who visited Ankara to attend the festivities, at the dinner we sat alongside President HACHIM who noted that President Algerian Council was very old but very dynamic, he was asked the following question: how long will you stay still work? The president of the Algerian Council replied, until my last sigh ... Mr. HACHIM who did not expect such a response and surprised by the liveliness of the President of the Algerian Council, he has laughed so hard he started to cry...

The chairmanship of Mr. HACHIM at the Turkish Constitutional Court had a direct impact and noticed on relations with the Algerian Constitutional Council on the one hand and on the African continent represented by the Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa, on the other.

Indeed, relations of cooperation and exchanges in the field of constitutional law between the two countries have witnessed a remarkable development in the last decade, that is to say, since the advent of Mr. HACHIM at the head of the Court and several delegations from both countries participated in the various activities organized by any court.

These meetings allowed;

- A better understanding of the system of constitutional review of each court
- A better understanding among the judges of the two courts
- A rapprochement between the two secretariats
- An exchange of publications and information

Regarding relations with the African continent, the prospects are promising, since the CJCA since 2012 has become a major partner under regional areas, as such she was invited to be present at the first and second congress of the

Haşim Kılıç'a Armağan

AACC respectively held in Seoul and Istanbul.

Another area of cooperation relevant to the CJCA is the “Summer School”, in fact a request was lodged with the Constitutional Court of Turkey for the benefit of African experience, Mr. HACHIM has had only supported the approach but he also invited a delegation from the CJCA to visit Ankara to assist the work of the summer academy.

But the most important to me, and that deserves mention is when he came to Algiers, in the month of October 2009, to express support and solidarity with the Algerian Constitutional Council is headquartered came to be the target of a deadly terrorist attack, in fact President HACHIM responding to an invitation from the President of the Algerian Council to attend the celebrations marking the 20th anniversary of the establishment of the Council, made the trip to Algiers at the head a strong and important delegation of the Constitutional Court of Turkey came to witness the celebration of this event, braving all threats to show at the same time the enemies of democracy and justice support to the Algerian Constitutional Council in these difficult times.

I wanted to bring the information to show that many countries, including Arab “brothers”, refused to make the trip to Algiers arguing pretexts and justifications for no good reason, not to participate in this event.

The visit of the delegation of the Turkish Constitutional Court led by its President Mr. HACHIM, you have to appreciate the true value, since it took place in a difficult and tense situation; and for a period or the Algerian Constitutional Council through a difficult period due to profiled by terrorist threats ... This visit did not leave indifferent officials Algerian Council.

In summary the chairmanship of HACHIM of the Constitutional Court of Turkey to have a very positive impact on relations with the Constitutional Council of Algeria and leaving with the entire African continent observed today with great respect and admiration constitutional advances in Turkey.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANI

SAYIN HAŞİM KILIÇ ONURUNA

BİR KİTAP HAZIRLANMASI AMACIYLA SUNULAN KATKI MAKALESİ

Sayın Başkan ile tanışmam, kendisinin Anayasa Mahkemesi Başkanvekili, benimse Cezayir Anayasa Konseyi'nde görevli bir hakim olduğum Nisan 2005'te Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunun 45. yıl dönümü münasebetiyle Cezayir Anayasa Konseyi'nin törenlere katılmak üzere Başkanımız liderliğinde Ankara'ya gelen heyetinde yer almam sayesinde olmuştu, akşam yemeğinde yanyana oturduğumuz Başkan KILIÇ, Cezayir Anayasa Konseyi Başkanı'nın yaşına rağmen gayet dinamik olduğunu ifade edip şöyle sormuştu: Ne zamana kadar çalışmaya devam edeceksiniz? Cezayir Anayasa Konseyi Başkanı şöyle cevap vermişti: Son nefesime kadar... Sayın Böyle bir yanıt beklemeyen HAŞİM, Cezayir Anayasa Konseyi Başkanı'nın dinamizmine daha da şaşırarak gözleri yaşarınca dek gülmüştü.

Sayın HAŞİM'in Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanlığı görevini ifasının hem Cezayir Anayasa Konseyi ile hem de Afrika Anayasa Yargısı Kurumları Konferansı (CCJA) tarafından temsil edilen Afrika kıtası ile ilişkilere doğrudan etkisi olmuştur.

Esasen, iki ülke arasında anayasa hukuku alanında işbirliğine ve bilgi ve deneyim alışverişine dayalı ilişkiler geçtiğimiz on yılda, yani Sayın HAŞİM'in Anayasa Mahkemesi Başkanlığı görevine geldiği ve iki ülkeden çok sayıda heyetin karşı tarafın düzenlediği çeşitli faaliyetlere katılmak üzere o ülkeyi ziyaret ettiği son on yıllık dönemde dikkate değer bir gelişme kaydetmiştir.

Bu ziyaretler;

- Her iki mahkemenin uyguladığı anayasal denetim sisteminin daha iyi anlaşılmasına,

- İki mahkemede görev yapan hakimlerin birbirlerini daha iyi tanıyıp anlamasına,

- İki mahkemenin genel sekreterlikleri arasında yakınlaşmaya,

- Yayın ve bilgilerin paylaşılmasına olanak tanımıştır.

Afrika kıtasıyla ilişkiler, CCJA'nın bölgelerle ilgili olarak önemli bir ortak

Haşim Kılıç'a Armağan

haline geldiği 2012 yılından bu yana gelişim açısından daha da ümit vaat etmektedir; aynı şekilde CCJA, Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği'nin (AACC) sırasıyla Seul ve İstanbul'da gerçekleştirilen birinci ve ikinci kongrelerine katılmak üzere davet edilmiştir.

CCJA ile ilgili bir diğer işbirliği alanı, "Yaz Okulu" projesidir; Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi tarafından Afrikanın deneyiminin geliştirilmesi için bir teklif sunulmuş, Sayın HAŞİM bu yaklaşımı desteklemekle kalmamış, aynı zamanda CCJA'dan bir heyeti yaz akademisi çalışmalarına yardımcı olmak üzere Ankara'ya davet etmiştir.

Şahsım açısından en önemlisi ve burada değinmeden geçemeyeceğim konu, Başkan HAŞİM'ın Ekim 2009'da Cezayir Anayasa Konseyi'ne desteğini ifade etmek ve dayanışma ruhunu ortaya koymak üzere Cezayir'i ziyaret etmesidir; Konsey binamız bir süre önce çok ciddi bir terörist saldırının hedefi olmuştu; Başkan HAŞİM esasen Cezayir Anayasa Konseyi Başkanı tarafından Konsey'in kuruluşunun 20. yıl dönümü münasebetiyle düzenlenen kutlamalara katılmak üzere davet edilmişti, ancak kendisi hem davete icabet etmiş, hem de beraberinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nden çok güçlü ve önemli bir heyeti Cezayir'e getirerek kuruluş yıl dönümümüzü kutlamış, bütün tehlikelere göğüs germek suretiyle o zor dönemde Cezayir Anayasa Konseyi'ne verdiği desteği demokrasi ve adalet düşmanlarına açıkça göstermiştir.

Arap "kardeşlerimiz" de dahil olmak üzere pek çok ülkenin mazeretler ve bahaneler sunarak kutlama törenlerine katılmak üzere Cezayir'e gelmediğini de bu vesileyle ifade etmek isterim.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi heyetinin, Başkanı Sayın HAŞİM liderliğinde gerçekleştirdiği ziyaretin değerini teslim etmek gerekir, zira söz konusu ziyaret zor ve gergin bir dönemde, Cezayir Anayasa Konseyi'nin terörist tehditlere maruz kaldığı günlerde gerçekleştirilmiştir... Cezayir Anayasa Konseyi yetkilileri bu ziyarete kayıtsız kalmamıştır.

Özetlemek gerekirse, HAŞİM'in Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı olmasının Cezayir Anayasa Konseyi ile ilişkilere son derece olumlu bir etkisi vardır ve Türkiye'de Anayasa Mahkemesi uygulamaları alanındaki gelişmeler bütün Afrika kıtasında büyük bir saygı ve takdirle karşılanmaktadır.

Desanka LOPIČIĆ
(The Constitutional Court of Montenegro)

**LIBER AMICORUM FOR THE PRESIDENT KILIC FROM PRESIDENT
OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF MONTENEGRO MRS
DESANKA LOPIČIĆ**

History of Turkish and Montenegrin nation is woven by good and bad examples, but have always prevailed examples of human dignity, honor and honesty, the examples described in the poem Turk written by ruler of Montenegro, Prince I Petrović in 1879 which had closely align the Sultan Abudl Hamid and Montenegrin Prince.

Therefore, I am convinced that borders of our two states exist only on paper, but not in our consciousness. To this conviction also contributed the President of the Constitutional Court of Turkey Mr.Kilic. "The greatest secret of men is a man".

Writing about great President of Constitutional Court of Turkey and his esteemed personality is difficult, because not everything can be summarized in one moment, emotions, feelings, consciousness and what I want to say.

President Kilic is someone who understands and reconciles differences and captures people with wise words and special energy. He personally supported the Protocol on cooperation between Constitutional Court of Republic of Turkey and Constitutional Court of Montenegro, and since then the relation are deepened and developed.

Constitutions represent foundation of our identities and individuality and synthesis of ethical and legal order and justice as a measure of the social life. Constitutional courts are supreme institutions for solving constitutional disputes, and therefore exchange of the experiences about jurisprudence or case law is the way on which protection of constitutionality in all European states is developed. The great merits for this mission belong to President Kilic.

KARADAĞ ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANI SN. DESANKA LOPIČIĆ'İN BAŞKAN KILIÇ İÇİN HATIRA YAZISI

Türk ve Karadağ uluslarının tarihi iyi ve kötü örneklerle bezelidir, ancak insan şerefi, onuru ve dürüstlüğü örnekleri her zaman ön planda yer almıştır. Karadağ hükümdarı Prens I. Petrović tarafından 1879 yılında yazılan Türk şiirinde açıklanan örneklerde Sultan Abdülhamid ve Karadağ Prensi arasında yakın bir ilişki olduğu görülmüştür.

Bu nedenle, bu iki devletimizin sınırlarının yalnızca kağıt üzerinde var olduğundan, ancak anlayışımızda var olmadığından eminim. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Sn. Kılıç da bu kaniya katkıda bulunmuştur. "İnsanların en büyük sırrı insandır".

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin muhteşem Başkanı vedeğerli kişiliği ile ilgili yazı yazmak zordur, çünkü her şey ve bilhassa duygular, hissiyat, anlayış ve benim de söylemek istediklerim bir anda özetlenemez.

Başkan Kılıç farklılıkları anlayarak bağdaştırabilen ve bilgece sözleri, kendine has enerjisi ile insanları etkileyen bir kişidir. Kendisi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ve Karadağ Anayasa Mahkemesi arasındaki işbirliği hakkındaki Protokolü bizzat desteklemiştir ve o günden bu yana, ilişkiler derinleştirilmekte ve geliştirilmektedir.

Anayasalar, kimliklerimizin, benliğimizin temelini; toplumsal bir yaşam ölçütü olarak ahlak ve hukuk düzenleri ile adaletin bir sentezini temsil eder. Anayasa mahkemeleri anayasal ihtilafların çözüme kavuşturulmasına yönelik en üst kurumlardır ve bundan ötürüdür ki, bütün Avrupa devletlerinde, hukuk sistemleri veya içtihadla ilişkin deneyimlerin paylaşımı anayasallığın korunmasına temel teşkil eder. Başkan Kılıç bu misyona ilişkin en büyük övgüyü hak etmektedir.

Igor ROGOV

*(The Chairman of the Constitutional Council of the
Republic of Kazakhstan)*

THE REAL PROFESSIONAL, COLLEAGUE AND FRIEND

The constitutional control is important attribute of the modern democratic structure of the majority of the states of the world. Without it in modern conditions support of the constitutional legality, hence the legality as a whole is impossible. This objective is achievable only under conditions of accurate and strict observance of the Constitution and laws that in turn predetermines a special place and a role of institutes of legal protection of the Basic Law.

In the Republic of Turkey the body of the constitutional control that the Constitutional Court is, has rich history and a wide experience. It was founded in the Constitution of 1961 and started working from the moment of adoption of Law of April 22, 1962 on the Establishment and Judgment Procedures of the Constitutional Court.

In 2014 the Constitutional Court of Turkey celebrated its 52nd anniversary. During these years it made a powerful contribution to formation and development of political and legal system of the country, through interpretation and explanation of provisions of the Constitution became a true “custodian” of the constitutional values. By its decisions the Court directs the development of the national law, law-making and law-enforcement practice to their compliance with their modern understanding of the rights and freedoms of the person and the citizen fixed in fundamental international acts.

High professional experts who are skilled intellectual support of the Republic of Turkey work in the Constitutional Court. From year to year the prestige of Court becomes stronger, its practical, scientific and international potential develops.

In achievement of this progress the role of the President of the Constitutional Court of Turkey Mr. Hasim Kilic should be particularly noted. Under his leadership there were serious changes in line with universal tendencies in a so-called constitutional legal framework of the country. In close cooperation with the Venice Commission of the Council of Europe, which is internationally recognized independent forum on exchange of ideas in the legal sphere, the constitutional reform of 2010 was carried out, the new Law on the Constitutional Court was adopted, the institute of the individual complaint was established, Court structure was improved, the principles of

Haşim Kılıç'a Armağan

independence of judges were strengthened.

Hasim Kilic is one of bright representatives of the international legal publicity.

Having graduated in 1972 from Eskişehir Economic and Commercial Sciences Academy, he passed all main stages of formation of the real professional. More than 15 years he worked in Court of Accounts where he consistently held the positions starting from the assistant auditor to the member of this Court.

Special milestone in his career, in our opinion, is work in body of the constitutional control of Turkey. Since 1990 he is the judge of the Constitutional Court, and in 1999 was chosen as the Vice-President.

The profound theoretical knowledge, rich practical experience, vision of prospects of development of the right predetermined election in 2007 of Hasim Kilic as a President of the Constitutional Court of Turkey.

All his life is connected with service to the law, union of efforts of lawyers in the statement of ideas of constitutionalism and the principles of the constitutional state.

Being in public service, he actively advanced ideas of the rule of law, firmness of human rights and freedoms and democracy values, steadily remaining on his belief in difficult situations and the decisions made by the Constitutional Court testify this.

He made a big contribution to process of formation of Association of the Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions (AACC). Under his leadership presidency of the Republic of Turkey in this Association in 2012-2014 was carried out successfully. For studying and an exchange of experience in the sphere of the constitutional control the Summer School for staff officers of members of Association which annually passes in Ankara.

Representatives of the Constitutional Council of Kazakhstan annually take part in the international symposiums devoted to "birthday" of the Constitutional Court of Turkey. Organizers always manage to raise the general problems actual for legal systems of the states and to provide fruitful discussion for their extensive discussion.

We are proud that between the Constitutional Council of Kazakhstan and the Constitutional Court of Turkey for all these years there were friendly partner relationships, in establishment and development of which a great merit belongs to Mr. Hasim Kilic. It is well - known that Turkey was the first to recognize independence of Kazakhstan. Our cooperation developed within

I. Rogov: The Real Professional, Colleague and Friend

interstate co-operation in the spirit of strategic partnership of the brotherly countries.

On behalf of staff of the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan and from myself personally I want to express deep gratitude to the President of the Constitutional Court of Turkey Mr. Hasim Kilic for effective cooperation in the affair of the constitutional legality ensuring.

I wish Him a good health, happiness and progress in realization of all drawn-up plans.

Paying once again my deep respect, I hope for continuation of our cooperation.

GERÇEK PROFESYONEL, MESLEKTAŞIM VE DOSTUM

Dünya üzerindeki devletlerin büyük çoğunluğu için anayasal kontrol, çağdaş demokratik yapının önemli bir unsurudur. Bu olmaksızın, günümüzde anayasal meşruiyet ve dolayısıyla meşruiyetin kendisi mümkün olamaz. Bu amaca ulaşılması, ancak ve ancak Temel Hukuk kapsamında hukuki korumayla görevli kurumların özel yeri ve rolünü belirleyen Anayasa ve kanunlara tam ve sıkı sıkıya uyulmasıyla mümkündür.

Türkiye Cumhuriyeti'nde Anayasa Mahkemesi teşkilatında vücut bulan bu anayasal kontrol de zengin tarih ve tecrübe birikimine sahiptir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası'yla kurulmuş ve 22 Nisan 1962 tarihinde kabul edilen Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunla birlikte çalışmaya başlamıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi 2014 senesinde kuruluşunun 52'nci yılını kutlamıştır. Bu süreçte, ülkenin siyasi ve hukuk sisteminin gelişimine büyük katkılar sağlamış, Anayasa hükümlerine getirdiği yorum ve açıklamalarla Mahkeme, Anayasal değerlerin gerçek "koruyucusu" olmuştur. Mahkeme, vermiş olduğu kararlarla ulusal hukuk, yasama ve yürütmenin gelişimine başlıca uluslararası yasalarla tespit edilmiş olan bireylerin ve vatandaşların temel hak ve özgürlüklerine çağdaş bakış açısına uygun bir yön vermektedir.

Anayasa Mahkemesinde mesleğinde ileri düzeyde uzmanlaşmış, Türkiye Cumhuriyeti'ne entelektüel açıdan destek veren bireyler çalışmaktadır. Her geçen sene Mahkemenin itibarı artmakta, bilimsel, uluslararası ve uygulama potansiyeli gelişmektedir.

Gerçekleştirilmiş olan tüm bu ilerlemelerde Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Haşim Kılıç'ın rolüne bilhassa vurgu yapılmalıdır. Kılıç'ın önderliğinde ülkenin anayasal çerçevesi muhtevasında evrensel eğilimlerle paralel önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Uluslararası tanınırlığıyla hukuk camiasında bağımsız bir fikir alışverişi platformu olan Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu ile yakın işbirliği içerisinde 2010 senesinde anayasa reformu gerçekleştirilmiş, yeni Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun kabul edilmiş, bireysel başvuru müessesesi oluşturulmuş, Mahkemenin yapısı iyileştirilmiş, hâkimlerin bağımsızlığı

I. Rogov: Gerçek Profesyonel, Meslektaşım ve Dostum

ilkesi güçlendirilmiştir.

Haşım Kılıç, uluslararası hukuk camiasının önde gelen, parlak simalarındandır.

Kılıç, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi'nden 1972 senesinde mezun olmuş, mesleğin tüm temel safahatından geçmiştir. On beş yıldan fazla hizmet verdiği Sayıştay'da, denetçi yardımcılığından başlayarak bu Mahkemenin üyeliğine kadar pek çok kademede görev yapmıştır.

Kılıç'ın kariyerinde, fikrimizce, önemli bir kilometre taşı Türkiye'de anayasal denetim bünyesine geçişi olmuştur. Kendisi 1990 senesinden beri Anayasa Mahkemesi hâkimidir ve 1999'da Başkan Vekilliğine seçilmiştir.

Engin teorik bilgisi, uygulama alanındaki zengin tecrübesi ve hakların geliştirilmesi yönündeki vizyonu 2007 senesinde yapılan seçimlerde Haşım Kılıç'ın Anayasa Mahkemesi Başkanı olmasında belirleyici olmuştur.

Sayın Kılıç, bir ömür boyu hukuka hizmet etmiş, hukukçuların Anayasa'ya dair fikir ve çalışmalarını anayasal devlet ilkeleriyle bağdaştırmaya çaba göstermiştir.

Kamu hizmeti süresince hukukun üstünlüğü, insan hak ve özgürlükleri ile demokratik değerler düşüncelerini etkin biçimde ilerletmiş ve zorlu anlarda düşüncelerinden ödün vermemiştir ve Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlar bunu açıkça göstermektedir.

Sayın Kılıç, Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği'nin (AACC) oluşturulması sürecine önemli katkılarda bulunmuştur. Sayın Haşım Kılıç'ın önderliğinde Türkiye Cumhuriyeti söz konusu Birlik başkanlığını 2012-2014 yıllarında başarıyla yerine getirmiştir. Anayasal kontrol konusunda çalışmalar gerçekleştirmek ve deneyim paylaşmak maksadıyla Birliğe üye kurum personeli için yaz okulu her sene Ankara'da gerçekleştirilmektedir.

Kazakistan Anayasa Konseyi temsilcileri, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi "doğum günlerine" özel sempozyumlara her yıl katılmaktadır. Bu birleşmelerde ev sahibi tarafından devletlerin hukuk sistemlerinde karşılaşılmakta olan genel sorunlar daima masaya yatırılmakta ve bunlara dair yoğun ve verimli tartışmalar gerçekleştirilmektedir.

Bizler Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi arasında bunca yıldır süregelen dostane ve ortaklık ilişkilerimizden duyduğumuz gururu ifade etmek isteriz, bu münasebetin temellerinin atılması ve gelişiminde Sayın Haşım Kılıç'ın emeği büyüktür. Kazakistan'ın bağımsızlığını ilk Türkiye'nin tanıdığı herkesin malumdur. Devletlerarası işbirliği çerçevesinde geliştirmiş olduğumuz bu iş-

Haşim Kılıç'a Armağan

birliği, aslen iki kardeş ülke arasındaki stratejik bir ortaklıktır.

Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyi personeli ve şahsım adına anayasal meşruiyetin temini yönünde gösterdikleri etkin işbirliği için Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Haşim Kılıç'a en derin şükranlarımızı sunarım.

Kendisine sağlık, mutluluk ve tüm planlarını gerçekleştirmek yönünde başarılar dilerim.

En derin saygılarım ve işbirliğimizin devamı dileklerimle.

Prof. Dr. Enver HASANI
(*Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı*)

KOSOVA ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KURULUŞ YILLARINDA MUAZZAMLA TANIŞMAM¹

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Haşim Kılıç hakkındaki yazıları derlemekle görevli Yazı ve Yayın Kurulu tarafından bir şey yazmam teklif edildiğinde kendimi olağanüstü onurlandırılmış hissettim. Ancak, bu derlemenin Muhterem Haşim Kılıç'ın 2015 Mart'ında emekliye ayrılması vesilesiyle yapılacak olmasından kaynaklanan hüznümü gizleyemediğimi belirtmem gerekir. İlginç bir tesadüftür ki onun emekliye ayrılışı, birkaç aylık bir farkla, 2015 yılının Haziran'ında bendenizin de Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanlık görevimin tamamlandığı döneme denk geliyor. Benim, yaşımdan dolayı henüz emekli olmayacağım anlaşıyor. Bu husus, Saygıdeğer Başkan Haşim Kılıç onuruna yazacağım nesrin başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Başkan Haşim Kılıç'la ilgili düşüncelerimi tarif etmek zor; bu sadece benim için değil, Mahkeme'deki diğer mesai arkadaşlarım için de durum aynı. Bu yüzden bu yazının, şahsım ve Mahkeme Üyesi diğer arkadaşlarımın Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin çalışmalarına başladığı 2009 yılından bu yana tanıdığı Sayın Haşim Kılıç hakkındaki yüce düşüncelerinin en seçkinleri olarak anlaşılması gerekir. Bu dünyadaki her başlangıcın zorluğu gibi, Mahkememizin de kuruluş yıllarını haliyle birçok soru işareti, güvensizlik ve zor meydan okumalar takip ediyordu.

Aramızdaki yaş farkının belirgin olmasına rağmen, Batı evreninin kenarında olan ülkelerimizdeki anayasa mahkemelerinin yeri ve rolüne ilişkin görüşlerimiz tamamen aynıydı. Bu evren, Türk toplumu olduğu gibi Kosova toplumunun da hedeflediği yegane alternatif idi ve olmaya devam edecektir. Bakış açılarımız, yaş farkımıza rağmen, toplumlarımızın karşı karşıya kaldıkları meseleler konusundaki düşüncelerimiz farklı değildi; özellikle bireysel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal hükümlerin rolü ve yeri konusunda. Sayın Başkan Haşim Kılıç'ın Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin ilk yargı yılı töreninde baş konuşmacılardan biri olarak yaptığı konuşmasını çok iyi hatırlıyorum. Kosova Anayasa Mahkemesi arşivinde muhafaza edilen konuşmasını yaptığı süre içerisinde Başkan Kılıç, yerli ve uluslararası katılımcıların merakını uyandırıp kuvvetlerin ayrılığı ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa bölümlerinin rolü ve yeri konusunda dikkatleri baştan sona

1 Türkçe metin olarak gönderilmiştir.

Haşim Kılıç'a Armağan

canlı tutmayı başarmıştır. Konuşmacı Haşim Kılıç, yetkilerin sınırlandırılmasına ilişkin kilit meseleleri ele alırken ifadesinin her şekliyle etkileyici olup kontrolsüz yetkinin toplumlarımıza getireceği tehlikelerden konuşmak suretiyle, bir edip edasıyla konuşan ve Platonvari bir fikir adamı eğitimi almış izlenimini uyandırıyor. Ancak onun konuşması bir mağdura yönelik bir özür dileme değil, demokratik yetki mekanizmasını istismar ederek mutlak hakimiyeti hedefleyen bireylere toplumlarımızın nasıl yaklaşması gerektiğine ilişkin bir reçete niteliğindedir. Toplumlarımız, muhterem Başkan Haşim Kılıç'ın 2009 sonbaharında önseziyle dile getirdiği meselelerle karşı karşıya kaldılar. Tek sözle bu konuşma sadece bir hitap olmayıp, toplumlarımızda ciddi şekilde tartışılması elzem olan bir tez olduğunu zaman bize göstermiştir. Bu konuşma -daha o günde- bir deneyim değeri olmaksızın açık bir kuramsal söylemden söz edilemeyeceğini gösteriyordu. Aslında bu söylem, çok disiplinli muazzam bilgiye sahip ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kamusal yaşam işlerine ilişkin muazzam tecrübeyi omuzlarında taşıyan bir kişinin çabasını açık bir şekilde ortaya koyuyordu. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin, Kemalizm olarak bilinen ve ideal cumhuriyetçiliğin temel ilkeleriyle tecviz olunan Türkiye Anayasası'nın belirlediği usul ve kurallar dışında hükümetin yönetme niyetiyle karşı karşıya kaldığı müteakip yıllarda bu husus anlaşıldı. Bu ilkeler Batı demokrasilerinin Türk toplumuna etkisinin bir sonucu olarak yirminci asır boyunca işlenmiş olup, yabancıların gözünde bu işlenme, Anayasa Mahkemesi'nin rolü ve ağırlığının merkezde olduğu Türk demokrasisi için kabul edilebilir ve güçlü bir temel olarak görülmüştür. Hukukun üstünlüğü, anayasa ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklere riayet ve kuvvetlerin ayrılığının temel başvuru noktalarının olduğu liberal anayasal bir siyasi sitem için demokrasinin temel önermeleri tipiktir. Çalışmalarında bu ilkeleri başvuru noktası ve yol gösterici olarak benimsendiği hususu, Anayasa Mahkemesi'nin her kararında açıkça görülmektedir. Sayın Haşim Kılıç'ın aydın profili aslında bu ilkeleri özümsemiş olup bu ilkelerle özdeşleştirilmektedir.

Hukukun Üstünlüğü ve Kuvvetlerin Ayrılığı

Saygıdeğer Başkan Haşim Kılıç'ın Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin 2009 yılında ilk Yargı Yılı Töreni'ndeki konuşmasını dinlemiş olanlar belki de uygulamayla ilgisi olmayan kuramsal bir söylemin söz konusu olduğunu düşünmüş olabilirler. Fakat bu böyle değildi. Onun çalışmalarını takip etmiş olanlar, Türkiye'nin mevcut Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın dönemin Adalet ve Kalkınma Partisi'ni kapatma kararı alan görev arkadaşlarının aksine Başkan Haşim Kılıç'ın 2008 yılında Karşıoy Yazısı yayımlayarak

mesleki onuruyla çoğunluğun görüşüne katılmadığını belirtir. Bu partinin çalışmalarını durdurma taraftarı olanlar, Başkan Haşim Kılıç'ın, sadece Türk anayasa yargısının paradigmasını değil, Kemalist sekülerlik tezinin arkasına sığınan Ankara'nın muhafazakar şablonlarına göre şekillenmiş modellerini de yıkan, tamamen ileri görüşlü olan gerekçesini anlamakta zorluk çekmişlerdir. Başkan Haşim Kılıç'ın Karşioy Yazısı, Türk toplumunun 1856 yılından başlayıp Mustafa Kemal'in iktidara gelmesiyle daha yoğun olarak hedeflediği Batı toplumlarında devletin vatandaş karşısında değil, vatandaşın devlet karşısında savunulması gereğine işaret etmiştir. Kısacası söz konusu Karşioy Yazısı ilk defa devlet kurumlarının birey karşısında savunmasını değil de bireye ve yasalar ile mahkemeler aracılığıyla devletin siyasi yetki denetimine işaret etmiştir. Sayın Haşim Kılıç'a göre bu, o zamana kadarki kuramsal ve uygulamalı demokrasinin Kemalizm'e dayanan muhafazakar yorumunu anlamak isteyenler için *son çare*'yi oluşturmaktaydı. Başkan Haşim Kılıç bununla yetinmedi.

Henüz dört yıl geçmeden, 2008 yılında "savunduğu" AKP partisi artık mağdur olarak değil, yurttaş özgürlüğünü mağdur eden ve daha Montesquie'nin ünlü "De l'esprit des lois" (1748) eserinde şekillenen her batılı liberal toplumun temel anayasal demokratik ilkelerinin karşıtı olarak yeniden ortaya çıktı. Dönemin Başbakan'ı Recep Tayyip Erdoğan'ın partisi adalet yargısına müdahale hakkını Adalet Bakanlığı'na tanıyan kanunu çıkardığında, Başkan Haşim Kılıç yönetimindeki Türkiye Anayasa Mahkemesi cesur bir şekilde karşı çıkıp kuvvetlerin ayrılığı ilkesinin savunulması adına bu kanunu iptal etti.

Aynı hükümet Twitter sosyal medya erişimini kısıtladığında da aynı Mahkeme aynı yönetimle Türk bireyinin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda belirtildiği şekilde, kendini çevreleyen tüm dünyayla rahatça iletişim kurma özgürlüğünü savunmuştur.

Adalet aygıtı insanların zihninde hukuki bir kılıcı canlandırır. Bu gündelik ancak anlamlı düşünceden hareketle kanun, belli zaman ve mekanda toplumun kendisi tarafından konmuş davranış ölçüsünü oluşturur. Toplumsal istek, siyasi otorite ve yargı mekanizması arasındaki uyum gerçek adaletin özünü teşkil eder. Bu bağlamda genel hukukun özel şekli olarak anayasa hukuku, bir toplumdaki gerçek adaletin özünü en iyi şekilde yansıtır. Bu nedenle anayasa mahkemeleri, toplumun birbiri ve kamu otoritesi karşısında davranış ölçünlülüğünü etkileyen karmaşık etmenlerin kesişmesini ve belli kamusal otorite halkaları arasındaki karşılıklı davranış ölçünlülüğünü yansıtmaları gerektiğinden, anayasal sistemin bir halkasından daha fazlasıdır. Bu bağlamda, en üst kanun olan anayasa ile bütünleşmiş toplumsal düzene ilişkin mutabakatın koruyucusu ve savunucusunu temsil ettikleri olgusuyla doğrulanmış ol-

Haşim Kılıç'a Armağan

duğundan, anayasa mahkemeleri, anayasal hukuk sisteminin bir halkasından daha fazlasıdır. Bu gerekçelendirme çizgisini, Anayasa Mahkemesi ve Başkan Haşim Kılıç'ın şahsına yönelik tüm yersiz eleştirilere ve zorluklara rağmen, bu mutabakata Kemalizm ile tüm diğer toplumsal akımları eşit şekilde yerleştirerek Türk toplumunun fikir birliğini korumayı başaran Türkiye Anayasa Mahkemesi kararlarının her paragrafında bulmak mümkündür. Demokrasinin gelişmesi, hukukun üstünlüğü, insan ile azınlıkların hak ve özgürlüklerinin korunması lehine başarılı bir şekilde hızını durdurduğumuz siyasi gücün eleştiri girdabında hepimizin az çok yer aldığı için, aslında ona yönelik saldırılar, hepimize yönelik saldırılar olmuş ve olmaya devam etmektedir. Başkan Haşim Kılıç kadar hiçbirimizin bu saldırılara maruz kalmadığımız aşıkardır; bu saldırılar onu, biz anayasa mahkemeleri üyelerinin onurunun koruyucusu ve yaptığımız işin koruyucu simgesi yapmış ve bize başlangıç noktası olmuştur. Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararı, gerekçelerinde Türk toplumunun anayasal problemlerinin ötesinde liberal anayasal demokrasilerin en yüce ve en evrensel değerlerini özetlediğinden, yönettiğim Mahkeme'ye referans noktası olmuştur. Dahası, her ne kadar daha hafif olsalar bile, son yıllarda siyasetten aldığımız darbeler de bizleri aynı yolun yolcusu ve aynı deneyimin ortağı yapmışlardır. Bu ortamda, hukuk cemiyetinin mensubu olmamasına rağmen, Başkan Haşim Kılıç'ın kişiliği ve Mahkeme Başkanı olarak çalışmasından da kaynaklanan özellikler bulunmaktadır.

Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin tarihi, anayasa yargısının toplumsal siyasi gelişmeleri ve dönüşümlerini özlü ve derin bir şekilde yansıtan gerçek manada şaşırtıcı bir örnektir. Türk anayasa yargısı bu tür gelişim ve dönüşümlerin aynı zamanda katalizörü olmuş ve olmaya devam etmektedir. Sayın Haşim Kılıç'ın Türkiye Anayasa Mahkemesi'nde yıllar süren çalışması Türk anayasa hukuku ve ötesinin timsalidir. "Hiç kimse mükemmel değildir" klişeleşmiş olan söze bağlı kalınacaksa, olağanüstü derecede mütevazı olup Haşim Kılıç'ın bireysel hayat tecrübesinin mesleki kariyerle ideal birleşimi olduğunu kabul etmemiz gerekir. Onun parlak mesleki kariyeri, anayasa hukukunun zorunlu olarak hukuk dogmatizmi ve anayasa hukuku tekniklerinden değil, belli bireysel ve toplumsal yapılardan şekillendiğini gösteren özgün bir örnektir.

Kosova'da Kapasite Geliştirme

Muhterem Başkan Haşim Kılıç ve yıllarca yönettiği arkadaşlarının, Kosova Anayasa Mahkemesi'nin duruşma salonunun yapılışından kapasite geliştirme için doğrudan sunulan mali yardıma kadar, Kosova Anayasa Mahkemesi'ne sundukları tam desteği zikretmemiş olsam kendilerine karşı borçlu

kalacaktım.

İlk yıllarda oturup muhakeme edecek ve tartışıp alacağımız kararları düşünecek bir salonumuz olmadan çalışmaya başlamak olağanüstü derecede zordu. Bu konuda Sayın Haşim Kılıç'ın 2009 yılında bilgilendirilmesi yeterli olmuş ve üç aydan kısa bir süre içerisinde tamamlanan duruşma salonunun yapımı Anayasa Mahkememize taahhüt edilmiştir. Kosova Anayasa Mahkemesi'nin salonu bölgemizdeki mahkeme salonlarının en iyileri arasında olup verimliliğimizin artması ve Anayasa Yargıçları olarak bizlerin onurunun korunmasında etkili olduğu şüphesizdir. Saygıdeğer Başkan Haşim Kılıç'ın desteği sadece Mahkeme Salonu'yla sınırlı kalmamıştır.

Geçiş döneminden geçmekte olan fakir ülke Kosova ve Anayasa Mahkemesi'nin ilk yıllarında çalışma alanlarının genişletilmesi; mali işler, lojistik, personel ve hukuk departmanı gibi bölümlerdeki kapasitelerinin geliştirilmesi gereksinimi vardı. Bu anlamda da Sayın Haşim Kılıç'ın yönetimindeki Anayasa Mahkemesi hiçbir tereddüde düşmeksizin Mahkememizin bahçesindeki bu tür alanların yapılışına yardımcı olup bu sayede çalışmakta olduğumuz ortamda kendimizi sıkışmış hissetmemekteyiz. Bu desteğin Mahkeme çalışanlarının verimli çalışmalarına etki ettiği şüphesizdir; zira dar alanlar insanın düşüncesini de daraltıp onu verimsiz yapar.

Personelimiz, hukuk danışmanlarımız ve diğer çalışanlarımızın haftalar süren araştırma ziyaretlerine Türkiye Anayasa Mahkemesi'ne gittikleri durumlar az olmamıştır; öyle ki kararlarımızın yasal gerekçe performansının ve Kosova Anayasa Mahkemesi'nde taslak hazırlama sürecindeki kısımların iyileşmesine etki etmiştir.

Aziz dostum Haşim Kılıç'ı ömrümün sonuna kadar akil ve diplomat biri olarak hatırlayacağım. Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin yıldönümlerinden birinde, tahmin edilebileceği üzere Kosova Anayasa Mahkemesi'nin varlığı ve çalışmaları konusunda çekinceleri olan Sırp mevkidaşlarının katılımının gerekli olduğu için, her zamankinden farklı olarak o yıl davet edilmememiz durumunda yanlış anlama olmaması gerektiğini akıllı bir şekilde rica ettiğini hatırlıyorum. Başkan Haşim Kılıç'a sonsuz güvenim olduğundan benim yanlış anlamamı gerektirecek bir neden olmadığı halde, o bunu kuruluş aşamasında olduğumuz ve bölge ile Avrupa anayasa mahkemeleri tarafından izole edildiğimiz bir dönemde şahsımın, görev arkadaşlarım ve Kosova Anayasa Mahkemesi'nin onuru ve hassasiyetine saygı göstermek için yapıyordu. Bunun bizim için büyük anlamı vardı; çünkü bir gün bizim de bölge ve daha geniş çapta anayasa mahkemeleri ailesinin eşit mensubu olacağımız konusunda cesaretlendiriyordu. Başkan Haşim Kılıç bu diplomat tutumunu, 2014'ün ilkbaharında Viyana'daki Avrupa Anayasa Mahkemeleri Toplantısında çok sayı-

Haşim Kılıç'a Armağan

da batılı ülkelerle birlikte, Kosova'nın Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı'nın eşit üyesi olması gerektiğini güçlü bir şekilde savunduğu zaman da ortaya koymuştur. Biz bundan dolayı Kosova Anayasa Mahkemesi'nin büyük bir dostu olarak kendisine sonsuza kadar müteşekkirimiz.

Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin yıldönümü, konferans, seminer gibi etkinlik düzenleyip Başkan Haşim Kılıç'ın Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nden en azından beşer arkadaşımızı davet etmediği bir başka toplantı hatırlamıyorum. Hepsi bu kadar değil; Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin sponsoru olduğu ve Avrupa Konseyi ile Venedik Komisyonu'nun işbirliğiyle 2014 Temmuz'unda Strazburg'da düzenlenen uluslararası konferansa Kosova Anayasa Mahkemesi Başkanı sıfatıyla Kosova İçtihadında Anayasal Şikayetin Rolü ve Önemi hakkında bir konuşma yapmak üzere davet edildim. Benim için her açıdan özel bir memnuniyetti. Birincisi, orada bulunmam Avrupalı ve diğer bölge mevkidaşlarımla tanışmak anlamına geliyordu. İkincisi, insan hakları ve güçlü olağanüstü kanun yolu olarak anayasal şikayet alanındaki deneyimlerimizi anlatmak suretiyle Kosova'nın Batı Avrupa'nın demokratik toplum standartları modeline göre şekillendiğini gösteriyordu. Aslında bu kadar kısa süredeki varlığı dikkate alındığında Kosova Anayasa Mahkemesi'nin böylesine ayrıntılı bir içtihadı sahip olmasını çok az bir kısmı bekliyordu. Kosova Anayasa Mahkemesi'nin anayasal yükümlülüğünün bir parçası olarak Strazburg Mahkemesi standartlarını uyguladığını açıklamam katılımcılarda duyarlılık etkisi yaratmış ve bu kıtanın ayrılmaz bir parçası olarak Kosova Mahkemesi'nin Avrupa'nın kurumsal trendleri dışında kalamayacağına inanılmasını sağlamıştır. Üçüncüsü ise, orada bulunuşum Avrupalı meslektaşlarla başka temasların yaratılması için bir artı imkan oluşturunuyordu. Bu konferans çerçevesinde Avrupa Konseyi'nin İsviçre Konfederasyonu tarafından finanse edilen bir bağışın parçası olarak Kosova Anayasa Mahkemesi'nin Strazburg Mahkemesi'nde bulunan iki stajyerini ziyaret etme fırsatı da buldum.

Görülebileceği üzere Başkan Haşim Kılıç tarafından Kosova Anayasa Mahkemesi'nin özel bir görev, bir tür "emanet" olarak yakın tutulması, genç bir kurum olarak kimliğimizin tesisinin ilk yıllarında dışlanmış kalmamamızı sağlamıştır. Başta ABD, Büyük Britanya, Almanya, İsviçre, Fransa, İtalya ve diğer Avro-Atlantik partnerlerimiz tarafından sunulan büyük desteğin yanında bu yakın tutma, hukukun üstünlüğü, insan haklarına ve azınlık haklarına riayet ve kuvvetlerin kesin ayrılığı konusunda Kosova kamusal gücünün yönlendirilmesi yolculuğumuzda dik duruşumuz için bir güvence ve emniyeti oluşturmaktadır.

Ben şahsen ve Kosova Anayasa Mahkemesi'ndeki görev arkadaşlarım Sayın

E. Hasani: Kosova A.Y.M.'nin Kuruluş Yıllarında Muazzamla Tanışmam

Haşim Kılıç'ı tanımış olmak, onunla irtibat kurmak ve sıkı işbirliği yapmaktan dolayı kendimizi ayrıcalıklı hissetmekteyiz. Bu nedenle kendisine kalben müteşekkiriz ve mutlu rahat bir emeklilik diliyoruz.

IV. HAŞİM KILIÇ'IN KONUŞMALARI

A. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ TÖRENLERİ
AÇIŞ KONUŞMALARI

ANAYASA MAHKEMESİNİN 46. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ TÖRENİ

(25 Nisan 2008)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasa yargısı alanında hukukun üstünlüğünü gerçekleştirmek bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve hukuk devleti ilkelerini tüm kurum ve kurallarıyla toplumda egemen kılmak amacıyla görev yapan Anayasa Mahkemesinin 46. Kuruluş Yıldönümü kutlama törenine katılmanızdan dolayı size ve tüm konuklarımıza şükranlarımı sunuyorum.

Bu yılın Sempozyum konusu “*Yeni Anayasa Arayışları ve Yargının Konumu*” dur. Anayasa tarihimizin başlangıcı olarak kabul edilen Sened-i İttifak’tan bu yana iki asır geçmesine karşın, yeni anayasa arayışlarımız hâlâ devam ediyor. Bunun temel nedeni, olağanüstü dönemlerde yapılan anayasaların önceki dönemlere tepkide aşırıya gidilmesi, siyasetin ve toplumun normalleşmesiyle birlikte, yeni anayasa değişikliklerine ihtiyaç duyulmasıdır.

Anayasalar, devletlerin temel organlarının yetki ve görevlerini tanımlayan; bu organların çalışma yöntemlerini, birbirleriyle olan ilişkilerini, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini genel ilkeler çerçevesinde düzenleyen; iktidarların gücünü bireyler lehine sınırlayan, her türlü hukuk dışılığı engelleyen temel hukuk belgeleridir.

Yaşama hakkı başta olmak üzere insan hakları ve özgürlükleri konusunda duyarlı ve kararlı, düşünce, inanç, kültür ve soy başkalıklarını gözetmeyen tüm farklılıklara saygılı özgürlükçü bir toplum özlemi gittikçe yükselen bir değer olmuştur.

Demokratik, laik, çoğulcu, katılımcı insan onuru ve hukukun üstünlüğü temeline oturan, katı ideolojik dogmalardan arınmış, değişime açık, toplumun değerleriyle bütünleşmiş ve uzlaştırıcı bir anayasa özlemi tüm toplum kesimlerince dile getirilmektedir. Türk toplumu demokrasiyi tüm siyasal eylemleriyle birlikte yaşamakta, sosyal barışın vazgeçilmezinin laiklik olduğunu görmekte, her şeyden önemlisi tüm bireysel, toplumsal ve siyasal taleplerin bir özgürlük sorunu olduğuna yönelik kültürün geliştiğine tanıklık etmektedir. Bu hızlı dönüşüm içinde geleneksel, ideolojik ve metafizik bağlarından kopan toplumda bireylerin kimlik arayışlarının ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Dönüşüm hızla siyasal yapıyı da etkilemekte ve onu zorlamaktadır. Yüz elli yıllık çağdaş uygarlık mücadelemiz, toplumsal dönüşümün ancak ve ancak çağdaş batılı değerler paralelinde, tek meşruiyet kaynağı özgürlükler olan demokratik, laik ve sosyal hukuk devletine ulaşılmasıyla ileri bir düzeye taşılabileceğini göstermektedir. Demokratikleşerek özgürlükçü bir düzene doğru gitmediği sürece, siyasal yapının toplumsal dönüşüme cevap verebilmesi olanaksızdır. İç barış, toplumun yalnızca demokratik kültüre sahip olmasıyla değil, siyasetin ve bürokrasinin demokratik bir kültürü içselleştirmesiyle sağlanabilir.

Bürokratik yapıyı özgürlükçü demokratik işleyişe engel olmaktan çıkarıp, ulusun demokratik iradesinin gerçekleşmesi yolunda kullanan, insan onuru ve özgürlükleri dışında hiçbir kutsal değer tanımayan, temel hakları çağdaş bir istisna ile sınırlayan, devletin bütün işlem ve eylemlerini tarafsız ve bağımsız yargı denetimine tabi kılan, ancak bununla yetinmeyip yargı organları üzerinde demokratik bir denetim kuran, siyasi ve bürokratik karar mekanizmalarının da kadın-erkek eşitliğini sağlayan, diğer yandan değişen ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelere paralel olarak hızlı karar alınmasını ve icrasını olanaklı kılan bir Anayasa'nın hazırlanması gerekir. Kuşkusuz bu Anayasa'nın tüm görüşlerin ve kesimlerin katıldığı müzakereci bir ortamda hazırlanıp kabul edilmesi Anayasa'nın toplumsal barışı sağlama iddiasını güçlendirecektir.

Yeni anayasanın, yıkıcı etkileri gittikçe artan çevre ve iklim sorunlarına gelecek kuşakların özgürlükleri adına müdahale direktifi içermesi yalnızca Türkiye'ye karşı değil, aynı zamanda Dünya'ya karşı sorumluluğun da bir gereğidir.

Değerli Konuklar,

Son bir yıldır ülkemizde hukuk ve siyaset ilişkisinin yoğunlaştığı ve hassas bir boyut kazandığı hepimizin malumudur. Özellikle Anayasa Mahkemesi'ne intikal eden bazı davaların doğası gereği siyasal nitelikli olmaları yoğun tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Mahkeme kararları elbette tartışılabilir ve eleştirilebilir. Demokratik hukuk devletinde bunun aksi düşünülemez. Yargı kararlarının eleştirilmediği yerde, yargının kendisini yenilemesi ve geliştirmesi mümkün değildir. Ancak, yargı kararlarının eleştirilebilmesi onların bağlayıcılığını ortadan kaldırmamaktadır. Kurumlar ve kişiler şu ya da bu sebeple mahkeme kararlarını beğenmeyebilirler. Ancak anayasal yetki kullanılarak verilen kararların yerine getirilmemesi veya savsaklanması hukuk devletinde düşünülemez.

Diğer yandan, devlet organları arasındaki ilişkiler konusunda bilgi kirliliği ve kavram karışıklığı, anayasal bir ilke olan kuvvetler ayrılığının tam olarak

Anayasa Mahkemesinin 46. Kuruluş Yıldönümü Töreni

anlaşılamamasından kaynaklanmaktadır. Anayasal devletin temel niteliklerinden biri olan kuvvetler ayrılığının amacı, iktidarın tek elde toplanması sonucu temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesini engellemektir. Bu nedenle, kuvvetler ayrılığı ilkesi devlet egemenliğinin üç unsuru olan yasama, yürütme ve yargının farklı organlara verilmesini zorunlu kılmaktadır. Nitekim Anayasamızın Başlangıç kısmında kuvvetler ayrımı *“Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği”* olarak tanımlanmaktadır. Bu işbölümü ve işbirliğinin şartları da Anayasa’da belirlenmiştir. *“Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz”* hükmünü içeren Anayasa’da, her bir devlet organının yetki ve görevleri açıkça belirtilmiştir. Bu durum karşısında, tüm kurumlar güçler ayrılığına tam bağlılık içinde görevlerini yerine getirdikleri sürece her türlü sorunun çözümünün zor olmayacağı açıktır.

Yasama, yürütme ve yargı organlarının hareket alanlarını genişletme çabaları güçler arası çatışmanın en belirgin sebebidir. Söz konusu güçler kaynağını Anayasa’dan almadığı bir yetkiyi üstünlük kurmak için kullandığı sürece bu çatışma devam edecektir.

Yasama ve yürütme erki; yargısal, siyasal ve demokratik kamuoyunun denetimine tabi olmasına karşılık yargı yalnızca kendi içinde işlevsel bir denetime tabidir. Halk adına egemenlik yetkisi kullanan yargı halkın demokratik denetimine tabi olmadığı gibi yargısal faaliyetlere ilişkin kamuoyu oluşumunu engelleyebilecek önemli yetkilere de sahiptir. Verdiği tüm kararların bireylerin temel hak ve özgürlükleriyle ilişkili olduğu dikkate alındığında yargısal yetkilerin çok hassas dengelere işaret ettiği ve en küçük sapmada ciddi sorunlara yol açtığı bir gerçektir.

Demokratik bir hukuk devleti olma yolunda önemli bir adım olan ve toplumda özgürlük bilincine ciddi katkılar sağlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargılama yetkisinin kabul edilmesinin ardından ülkemiz aleyhine verilen kararlar, ağırlıklı olarak, yargı yoluyla gerçekleştirilen hak ihlallerine dayanmaktadır. 1999 yılında Avrupa Birliğinin aday statüsünü kazandıktan sonra kabul edilen reform paketlerinin önemli kısmı yargının temel haklarla ilgili bu ihlallerini ortadan kaldırmak amacıyla çıkarılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği ihlal kararlarının *“yargılamanın yenilenmesi”* sebebi olarak usul yasalarına girmesi ve Anayasa’nın 90. maddesinde de temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri ile ulusal yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesinden dolayı çıkabilecek uyuşmazlıklarda uygulama önceliğinin uluslararası sözleşme hükümlerine verilmiş olması, yargıçların uygulamadaki isteksizliğini ve ihmal

teknîğini ortadan kaldırmaya yetmemiştir.

Hukukun üstünlüğü yargıcın üstünlüğü anlamına gelmez. Anayasa'nın ve yasaların bağlayıcılığı vatandaşlardan önce devlet organları ve yargı mercileri için geçerlidir. Anayasa'nın bağlayıcılığının düzenlendiği 11. maddede bağlayıcılık sıralamasında, yargı organlarının bireylerden önce sayılması anlamsız değildir. Yargı belirli bir dereceye kadar değil, mutlak anlamda tarafsız olmak zorundadır. Belirli bir noktadan sonra tarafsızlığını yitiren yargıç, o noktadan itibaren artık yargıç değildir. Çünkü tarafsızlığın olmadığı yerde adalet yoktur. Verdiği kararın hukukun üstünlüğü ve adalet ile bir ilgisi olamaz. Yargıç, kendisine anayasa ve yasalarla verilmiş görevler dışında misyon üstlenemez. Unutulmamalıdır ki, hukukun dışına çıkmakla korunabilecek bir sistem esasen korunmaya değer değildir.

Mahkemeler adalet dağıtan kurumlardır. Adalet ise toplum ve devlet hayatının en temel değeridir. Adalet mülkün temelidir sözü bu anlamda sadece adliye saraylarına değil, her yargıcın vicdanına kazınmalıdır. Unutmayalım ki, adalete güvenin zedelendiği bir yerde toplumsal ve siyasal bağların çözülmesi kolaylaşır. Millet adına kullanılan yargı yetkisinin adalet duygularını tatmin edebilmesi için kararların irdelenmesi, eleştirilmesi ve tartışılması gerekir. Kurumsal özeleştirme, yapılan görevin ve sorumluluğun doğal sonucu olup, anayasal organlar bu özeleştirmeyi yapabilme cesaretini gösterebilmelidir. Ancak, yargı kararlarının eleştirilmesi hakarete ve güven zedelemeye dönüştüğünde kurumsal ve toplumsal barışın bozulması kaçınılmazdır.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesine intikal etmiş davalarla ilgili olarak, gerek ulusal gerekse uluslararası çevrelerce Mahkemeyi yönlendirme, etkileme ve baskı altında tutma girişimleri büyük bir üzüntü ile takip edilmektedir. Mahkeme üyelerinin verdikleri oylar gözetilerek görsel ve yazılı basında hangi Cumhurbaşkanının kimi seçtiği ve nasıl oy kullandıkları biçimindeki kategorik değerlendirmeler, yargıçların kendilerini koruma içgüdülerini harekete geçirerek vicdani kanaatlerini saptırmaya yönelik ağır bir saldırı niteliğindedir. Mahkeme üyelerinin görüntülerinin her dakika televizyon ekranlarından gösterilmesi, haber ya da açık oturumlarda isim verilerek hedef haline getirilmesi yaşanmış elim olaylardan ders çıkarmayanları sorumluluktan kurtarmayacaktır. Yapılanları izliyor ve farkındayız.

Haber vermekle yorum yapmayı birbirine karıştıran, bireyin değerlendirme hakkını elinden alarak onu şartlandıran ve insan onurunu hiçe sayan bir yayın anlayışının çağdaş dünyada örneği bulunmamaktadır.

Tüm bu olumsuzluklar Anayasa Mahkemesinin Türkiye Cumhuriyetinin üniter yapısını koruma ve gerçekten demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olması yolundaki gayretlerini asla durduramayacaktır.

Anayasa Mahkemesinin 46. Kuruluş Yıldönümü Töreni

Sayın Cumhurbaşkanım, Değerli Konuklar,

Hukuk, keyfi yönetimlere karşı bireylerin son sığınağıdır. Hukukun olmadığı yerde özgürlük de yoktur. Özgürlük, adalete dayalı bir hukuk düzeninin olduğu yerde korunabilir. Bu düzenin en büyük teminatı da hiç kuşkusuz yargıçlardır. Bu nedenle, hukuka ve onu uygulamakla görevli yargı organlarına güvenin azalması demokratik hukuk devletinde sonun başlangıcıdır. Hukuk, bütün kurumların ve devletin bekasının garantisi olan adaletin en önemli aracıdır. Bu kavramın aşındırılması, içinin boşaltılması ve en önemlisi kısır siyasi çekişmelerin aracı hâline getirilmesi, bir topluma yapılacak en büyük kötülüktür. Hukuku istismar edenlerin, onu politik çıkarların aracı hâline getirmeye çalışanların unutmaması gereken tek şey, farklı görüşlere, düşüncelere, ideolojilere sahip toplum üyeleri olarak herkesin farklılıklarıyla bir arada yaşamasının ön koşulu olan hukuku ve onun üstünlüğünü zedeleyecek davranışlardan özenle kaçınmaları gerektiğidir. Çağdaş anayasaların yönetim biçimi konusunda tek tercihi demokrasidir. Demokrasi, en geniş anlamda *“halkın halk için halk tarafından yönetimi”* olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımda belirleyici olan ve demokrasiyi otoriter yönetim modellerinden ayıran *“halk tarafından yönetim”* dir. Halkın yönetimde özne olması da, ancak karar alma mekanizmalarına katılması ve belirleyici olmasıyla mümkündür.

Demokrasilerde karar alma sürecinde belirleyici olan *“çoğunluk”* ilkesidir. Siyasi kararlar, serbest seçimlerde halkın çoğunluğunun seçtiği temsilciler tarafından alınmaktadır. Toplumsal ve siyasal çeşitlilik çoğunluk yönetimini pratik bir zorunluluk hâline getirmiştir. Elbette, özellikle anayasal konularda mümkün olan en geniş katılımı ve uzlaşmayla karar alınması idealdir. Ancak, gerçek hayatta ideallere ulaşmak her zaman mümkün olmadığından bu pratik zorunluluk çağdaş temsili demokrasilerde çoğunluk yönetimini kaçınılmaz kılmıştır.

Ancak, modern demokrasiler çoğunluğun mutlak yönetimi anlamına da gelmemektedir. Anayasamızın Başlangıç kısmında belirtilen *“hürriyetçi demokrasi”*, aynı zamanda azınlıkta kalanları korumak için çoğunluğun mutlak iktidarının sınırlandırılması gerektiğini ifade etmektedir. Özgürlüklere tehdit oluşturması bakımından bir kişinin sınırsız iktidarı ile çoğunluğun sınırsız iktidarı arasında özde bir fark yoktur. İktidarın yozlaştırıcı doğası ve tarihsel tecrübe dikkate alındığında bu durum daha iyi anlaşılacaktır. Lord Acton’un ifade ettiği gibi *“iktidar yozlaştırır, mutlak iktidar mutlaka yozlaştırır.”* Siyasi iktidarın sınırlandırılması gerektiği fikri bu temel varsayımdan hareket etmektedir. Esasen anayasa yargısının meşruiyeti de temel hak ve özgürlükleri korumak için çoğunluğun iktidarını sınırlandırma işlevinden kaynaklanmaktadır. Siyasal iktidarlara anayasal çerçevede tutmanın en etkili yollarından biri

olarak kabul edilen anayasa mahkemelerinin asli görevi, anayasal devletin teminatı olarak, ferdin hak ve özgürlüklerini devlet otoritesini kullanan diğer kurumlar karşısında korumaktır. Bu varoluş hikmetinden uzaklaştığı ve bireysel hakları koruyamadığı takdirde anayasa mahkemeleri meşruiyet kriziyle karşı karşıya kalmaya mahkûmdur. Bu arada hemen belirtmek gerekir ki, ülkemizde anayasa yargısının demokratik meşruiyeti açısından tartışılan bir sorun da anayasallık denetimi yapan organın oluşumunda parlamentonun devre dışı bırakılmasıdır. Bilindiği üzere, anayasa yargısına yer veren modern demokrasilerde parlamento şu ya da bu ölçüde anayasa mahkemelerinin üye oluşumuna katılmaktadır. Bu, anayasa mahkemelerinin Kelsen'in ifadesiyle, "*negatif yasa koyucu*" oldukları gerçeği karşısında kaçınılmaz bir gerekliliktir. Nitekim 1961 Anayasası bile Anayasa Mahkemesi üyelerinin üçte birinin yasama organı tarafından seçilmesi yöntemini benimsemişken mevcut Anayasamız, dönemin şartlarına ve siyasal kurumlarına bir tepki olarak, Anayasa Mahkemesine parlamentonun üye seçmesine kapıları tamamen kapatmıştır. Bugün gelinen noktada anayasa yargısı ile yasama organı ilişkilerindeki bu güvensizliğin ortadan kaldırılması için egemenlik yetkisi kullanan anayasa yargısının ulus iradesiyle bağlantısının kurulması gerekliliği açıktır. Yapılacak seçimlerde liyakatin ve objektif kriterlerin esas alınacağı bir yöntemin ön görülmesi, bu konudaki olumsuz sonuçları ortadan kaldıracaktır.

Demokratik hukuk devletinin varlık nedeni, bireyin doğuştan ve sadece insan olmasından dolayı sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerini etkili bir şekilde korumaktır. İnsan haklarının özü, insan onurunun bir değer olarak korunmasıdır. İnsan ya da insanlık onuru denilen değer, kişinin ancak insanca yaşama tarzının korunmasıyla olanaklıdır. İnsan onuruna saygı, insanın ne olacağına ve nasıl olacağına kendisinin karar vermesini gerektirir. Köleliğin kötülüğü, köle olanın kendi kararını kendisinin verememesinde, efendisinin idaresine tâbi olmasında, kısacası özne değil nesne olmasında yatmaktadır. Oysa özgürlük kişinin nesne değil özne olmasını gerektirir.

İnsan onurunu temellendiren, demokratik hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarından biri de kuşkusuz, düşünceyi ifade özgürlüğüdür.

Anayasa ve yasalarda hak ve özgürlüklere verilen yer, ulusların kültür ve uygarlık alanında ulaştıkları düzeyin bir göstergesi olarak kabul edilmekte, düşünce özgürlüğü ise ülkelerin demokratik sicilinin saptanmasında en belirgin ölçü sayılmaktadır.

Alman Anayasa Mahkemesi de birçok kararında düşünce özgürlüğünün hürriyetçi demokratik düzen için kurucu bir nitelik taşıdığını, bu düzenin hayat ögesi olan sürekli düşünsel hesaplaşmanın ancak bu özgürlüğün varlığı ile mümkün olacağını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 46. Kuruluş Yıldönümü Töreni

1982 Anayasası'nda düşünce özgürlüğü, *“düşünce ve kanaat özgürlüğü”* ve *“düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü”* olarak iki ayrı maddede düzenlenmiş olsa da, bu kavramla her zaman düşünceyi açıklama özgürlüğü anlatılmak istenmiştir. Bu özgürlük, insanın serbestçe bilgilenmesi, düşüncelere ulaşabilmesi, onları başkalarına iletebilmesi, düşünce ve kanaatleri nedeniyle suçlanamamasıdır. Bireyin iç dünyasından çıkmamış ve toplumun beğenisine sunulmamış bir düşüncenin anayasal korumaya ihtiyacı olamaz. Farklı düşüncelerin ifade edilmesinin yasaklanarak, tarihsel, toplumsal ve siyasal olaylarda *“tek doğrunun”* varlığını savunmak demokrasinin birlikte yaşamayacağı tabular yaratmaktan öte sonuç doğurmamaktadır. Aynı olguların farklı kişilerde farklı algılama sonucu farklı inanç ve kanaatlere yol açtığı biyolojik bir gerçektir. Bireyin yerine geçerek onun ne düşünmesi ya da nasıl hissetmesi gerektiğine karar vermek ancak *“dayatma”* kavramıyla tanımlanabilir. Oysa demokrasiler tartışma ve ayrırılıkların olmayışı üzerine değil, tam tersine, onların varlığı ve etkinliği üzerine kuruludur. Cumhuriyetimizin kurucusu ulu önder Atatürk, *“Özgürlük olmayan bir ülkede ölüm ve yıkım vardır. Her ilerlemenin ve kurtuluşun anası özgürlüktür”* ifadesiyle tüm tabulara karşı çıkarken şöyle diyordu: *“Ben manevi miras olarak kalıplaşmış hiçbir düstur bırakmıyorum. Zaman süratle ilerliyor. Böyle bir dünyada asla değişmeyecek düsturlar getirildiğini ileri sürmek aklın ve bilimin gelişmesini inkar etmek olur. Benim manevi mirasçılarımla yalnızca aklın ve bilimin rehberliğini benimseyenlerdir.”* Georges Clemenceau'nun, *“konuşan ülkelerde zafer, susan ülkelerde utanç vardır”* sözünün devamı olarak ifade özgürlüğünün ve çoğulculuğun, gönül birliğimizi ve bütünlüğümüzü pekiştireceği çoklukta birliğin bizi güçlendireceği açıktır. Demokrasi, rejimlerin en yürekli olarak tarif edilirken, yalnızca ilgi uyandırmayan, tedirgin etmeyen düşüncelere değil tersine, toplumu inciten, sarsan görüşlerin sergilenmesine de izin verdiği için yüceltilmiştir.

Irkı ve rengi ne olursa olsun, inansın inanmasın, her insanı aziz kılan, kendini ifade edebilmesi ve insan olma onurudur.

Düşünceyi ifade özgürlüğünün *“içinden düşün”*, mantığına indirgenerek hapsedilmesi bu özgürlüğün ortadan kaldırılması ile eşdeğerdedir. Şiddet olgusu ile ifade özgürlüğünün birbirinden ayrılmasının öncelik kazandığı ortadadır. Savaş dili değil barış dili argümanlarını kullanarak kendini ifade edenlerin insanlık onuru korunmalıdır. Bireylerin kendilerini ifade edebilmeleri, konuşabilmeleri, uyuşmazlık ve kavga yerine çözüm ve barış getirir. Konuşamadığımız yerde ancak kötülükler üretiriz. Düşünceyi açıklama özgürlüğü, herkesin kendi kimliğiyle ortaya çıkmasına olanak sağlayan, sahteliği ve ikiyüzlülüğü yok eden onurlu bir hayatın sigortasıdır.

Herkesin aynı şekilde düşünmeye ve inanmaya zorlandığı bir ülkede ço-

Haşim Kılıç'a Armağan

ğulcu demokrasiden bahsetmek mümkün değildir. Tek doğru anlayışı etrafında toplumu şekillendirmek isteyen bir siyasi yapı, bir adım ötede siyasi vesayetçiliğin tuzağına düşecektir. Vesayetçilik, bireyin ve toplumun henüz olgunlaşmamış, iyi ve kötü ayrımını yapamayan varlıklar olarak görülmesinden kaynaklanır. Alman filozof Kant'ın ifadesiyle, *"tasavvur edilebilen en büyük despotizmin doğduğu yer de tam burasıdır."*

Türk milleti demokratik, laik ve siyasal gelişimini kimi olumsuzluklara rağmen büyük bir özveriyle sürdürmeye devam etmekte, demokrasi ve laiklikten birinin diğerine tercih edilmesinin bilimsel açıdan yanlış, siyasal yönden de tehlikeli olduğunu çok iyi bilmektedir. Dinin Devlet yönetimi ve siyasetten arındırılarak özgün yapısı içinde korunması, farklı inanç ve dinlerin ya da inançsızlıkların bir arada yaşamasının temel güvencesi olan laiklik bir büyük *"barış projesi"* olarak Türk toplumunun koruması ve güvencesi altındadır. Bireyin siyasal yapının oluşumuna özgürce ve eşit olarak iştirak edemediği, bir azınlığın ya da çoğunluğun inançları nedeniyle siyasal katılımdan uzaklaştırıldığı yerde demokrasi olmayacağı gibi laiklikten de söz edilemez. Özgürlükçü ve çoğulcu demokrasi farklı olanı yani *"öteki"*ni kendi varlığının ve varoluşunun teminatı olarak görmeyip onu yok edilmesi gereken bir *"düşman"* olarak nitelediği müddetçe, çağdaş demokrasinin muhtaç olduğu hoşgörü ve çoğulculuğu sağlamak mümkün değildir. İşte tam da bu noktada laik devlet gücüne yaşamsal değerde ihtiyaç duyulmaktadır. Çoğulcu ve katılımcı devlet, bir orkestra şefi gibi farklı sesleri ahenkli hâle getirme becerisini gösteren, maskeli toplum ve ikiyüzlü birey ahlakının oluşumuna izin vermeyen devlettir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Gücünü özgürlüklerden alan demokrasinin özgürlük alanını genişlettikçe bağımsızlık sistemini de güçlendireceği açıktır. Toplumu kendi içinde ayrıştıran, onu devletine karşı soğutan, insanlık onurunu işkenceye tabi tutan bir yönetim anlayışı çağdaş dünyada yer bulamayacaktır. Hukuk dışı yollardan güç alarak rejimi ya da ülkeyi kurtarma girişimlerinin ülkenin batışını hızlandırmaktan başka işe yaramayacağı bilinmelidir.

Çağın kenar mahallesinde yaşamamak için uygar dünyayla tanışmak ve kimliğimizi kaybetmeden bütünleşmek zorunluluktur. Evrensel kavramlara farklı anlamlar yükleyerek evrensel dilin ortadan kaldırılması çağdaş dünya ile bağlantımızı koparacaktır.

Bugün sorunları çözmek için harcanması gereken çabadan daha çok, sanki çözülmemesi için büyük çaba sarf ediyoruz. Sorunlar ötelenmekte gerginlik tırmandırılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 46. Kuruluş Yıldönümü Töreni

Toplumsal siyasal, etnik ve dinsel kesimleri arasında ciddi bir güven bunalımının olduğu saklanamaz bir gerçektir. Güvensizlik kavgayı ve dayatmaları da beraberinde getirmektedir. Gücü elinde bulunduranlar karşı düşüncedekilerin güvensizliğini ve korkularını ortadan kaldıracak çözümleri üretmediği sürece bu çatlak derinleşecektir.

Hissedilen korkular göz ardı edilemez. Yaşanan hayat tarzlarının ideoloji haline geldiği bir dünyada duyulan güvensizlik ve korkular acilen değerlendirilmeye alınmalıdır. Aksi hâlde, her şeyin rejim sorunu haline getirildiği ülkemizde birlikte yaşama koşulları daha da ağırlaşacaktır.

Şu günlerde, kişisel, toplumsal ve kurumsal uzlaşmaya her zamankinden daha fazla ihtiyaç duymaktayız. Anayasal sorunlarımızı çatışmayla değil, hukuk kuralları çerçevesinde karşılıklı diyalog ve uzlaşma yoluyla çözmek zorundayız. Siyasi kutuplaşmaların bu ülkeye ağır bedeller ödettiği hepimizin malumudur. Demokrasi ve hukukun üstünlüğü temelinde çözülemeyecek hiçbir sorun yoktur. Demokrasi kurum ve kurallar rejimidir. Kurumlar, kurallara uyarak görevlerini yaptığında kriz olarak görünen sıkıntılardan da demokratik hukuk devleti güçlenerek çıkar. Önceki nesillerden devraldığımız medeniyeti, kültürü ve geleneği yıkıcı ve olumsuz unsurlardan arındırılmış bir şekilde gelecek kuşaklara devretmek hepimizin ortak görevidir. Unutmayalım ki tek bir Türkiye var. Kaptanından güverteye kadar yolcularına kadar hepimiz aynı geminin içindeyiz. Bu geminin sağlam, güvenilir ve huzurlu bir şekilde yol alması hepimizin en büyük amacı olmalıdır. Gün, ayrılıkları öne çıkarma, toplumsal ve siyasal kutuplaşmaları körükleme günü değildir. Gün, farklılıklarımızı zenginlik kabul edip bir arada, refah ve özgürlük içinde yaşamak için elimizden geleni yapma günüdür. Gün, demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti olarak çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmak için bir adım daha atma günüdür.

Sayın Cumhurbaşkanım, Değerli Konuklar,

Konuşmamın sonunda, yaş sınırı nedeniyle 12 Haziran 2007 tarihinde emekliye ayrılan Anayasa Mahkemesinin saygı değer Başkanı Tülay Tuğcu'ya bundan sonraki emeklilik hayatında sağlık, esenlik ve mutluluk içinde geçirecek uzun bir ömür diliyorum.

Katılmakla onur verdiğiniz kuruluş yıldönümümüzde sizleri aramızda görmekten dolayı şahsım ve mahkememiz adına en iyi dileklerimi ve saygılarımı sunuyorum.

ANAYASA MAHKEMESİNİN 47. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ TÖRENİ

(24 Nisan 2009)

Sayın Cumhurbaşkanı,

Anayasa yargısı alanında hukukun üstünlüğünü gerçekleştirmek bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve hukuk devleti ilkelerini tüm kurum ve kurallarıyla toplumda egemen kılmak amacıyla görev yapan Anayasa Mahkemesinin 47. Kuruluş Yıldönümü kutlama etkinlikleri ve yeni hizmet binamızın açılış törenine katılarak sevincimizi paylaşmanızdan dolayı başta siz olmak üzere, ülke dışından gelen değerli mahkeme başkanları ile beraberrindeki heyete ve tüm konuklarımıza Mahkememiz adına şükranlarımı sunuyorum.

Demokratik anayasaların en önemli işlevi, siyasi iktidarı etkili bir şekilde sınırlandırmak suretiyle bireyin hak ve özgürlüklerini korumaktır. Esasen, anayasaların bu işlevi, toplumsal yaşamın olmazsa olmazı olan özgürlük ve otorite arasındaki denge arayışının sonucudur. Gerçekten de bireysel özgürlükler, ancak otoritenin kullanım alanının hukuk kurallarıyla belirlendiği ve sınırlandığı durumlarda güvence altına alınabilir. Tarih, sınırlandırılmayan iktidarın hak ve özgürlükler için çok ciddi bir tehlike teşkil ettiği hakikatinin canlı şahididir.

Bu durum, çoğunluk ilkesinin hakim olduğu çağdaş demokratik rejimler için de geçerlidir. Demokrasilerde elbette egemenlik halka ait olmakla birlikte, egemenliği kullanan siyasi çoğunluğun otoritesi de sınırsız değildir. Buradaki sınır, bireylerin hak ve özgürlükleridir. Ancak, bu hak ve özgürlüklerin belirlenmesi ve korunması sürecinde ciddi sorunların ortaya çıktığı da bir gerçektir. Geçen yüzyılın en önemli liberal düşünürlerinden Friedrich Hayek'in ifade ettiği gibi, demokratik rejimlerin temel meselesini *"halk iradesi'nin onun üstünde başka bir 'irade' tesis etmeden nasıl sınırlandırılacağı"* konusu oluşturmuştur. Esasen Hayek'in bu sözü anayasa yargısının varlığını ve sınırlarını belirlemektedir.

Anayasa mahkemeleri, halk iradesi sonucu ortaya çıkan yasama ve yürütme organlarını sınırlandırmak amacıyla kurulmuşlardır. Bu mahkemelerin meşruiyeti de temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla çoğunluğun iktidarı-

Anayasa Mahkemesinin 47. Kuruluş Yıldönümü Töreni

nı sınırlandırma işlevinden kaynaklanmaktadır. Ancak, “*negatif yasa koyucu*” olarak da nitelendirilen anayasa yargısı alanında faaliyet gösteren aktörlerin varoluş hikmetinden uzaklaştığı, bireysel hakları koruyamadığı ve demokratik siyasi iradeyi vesayet altına almaya kalkıştığı durumlarda anayasa yargısı meşruluk kriziyle karşı karşıya kalmaya mahkûmdur. Anayasamızın Başlangıç kısmının altıncı paragrafında, “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanmak, milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde “ONURLU BİR HAYAT” sürdürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” belirtilmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının maddi ve manevi varlığının gelişimini “*onurlu bir hayata*” bağlayan bu anlayış, üzerinde durulması gereken en önemli anayasal değerlerden biridir.

19. yüzyıla kadar filozoflar ve düşünürlerin çalışmalarında etik bir zorunluluk ifadesi olarak karşımıza çıkan “*insan onuru*” sanayileşme, sömürgecilik ve ulus devletlerin teşekkülü süreciyle birlikte yaşanan büyük sosyal kırılmaların ardından siyasi bir anlam kazanmaya başlar. İnsan onuruna uygun bir yaşamın ve sosyal koşulların sağlanması bu dönemi ve sonraki dönemleri de etkileyecek bir söyleme dönüşmüştür.

İnsan varlığının ortaya çıkışıyla birlikte, adı konmasa da, tüm insanların zihninde bulunan bu temel değer, devlet gücü kullanan kurum ve kuruluşlara egemen kılınması, başka bir anlatımla, anayasaların bu temel değerle bütünleştirilmesi ancak 20. yüzyılda gerçekleştirilebildi. Bu yüzyıl anayasalarında ve uluslararası belgelerde yer alan insan onuru kavramı bir yandan tarihsel birikimi yansıtırken, diğer yandan bu yüzyılda yaşanan büyük felaketlere karşı bir tepkinin ifadesi oldu. Fakat yine de, ulusların özgür iradeleriyle kendi anayasalarını ve temel değerlerini ürettikleri demokratik sistemlerinin insan şeref ve haysiyetini tanınması ve korumasının ön şart olduğu gerçeği, ne yazık ki hâlen tam olarak anlaşılabilmiş değildir.

Çoğulcu bir toplumun, hukukun üstünlüğüne dayalı özgürlükçü demokratik bir yapı olarak varlığını sürdürebilmesi, yargılar, kanaatler, düşünceler ve yaşam biçimi çeşitliliğine rağmen herkesçe kabul edilen evrensel bazı değerlere sahip çıkmasıyla olanaklıdır. İşte insan onuru düşüncesi, bu değerlerin başında, toplumsal bilincin bir yansıması ve insan haklarının korunması yönündeki duyarlılığın bir ifadesi olarak algılanmalıdır.

Kuşkusuz, feodal, militarist, teokratik veya sınıfsal üstünlüklere dayalı toplumalarda da özgürlük, eşitlik ve kardeşlik kavramları söz konusu olabilir. Ancak, bu sistemlerde özgürlük yalnızca bazıları için, eşitlik ve kardeşlik ise aynı inanca ya da ideolojik tercihe sahip olanlar arasında mümkündür. Bu an-

Haşim Kılıç'a Armağan

layışlara karşı yürütülen mücadele günümüz çoğulcu demokrasi düşüncesini yaratan mücadeledir ve bugün bütün yoğunluğuyla devam etmektedir.

İnsan onuru, militarizmin, otoriter ve totaliter anlayışların yarattığı yıkımların ardından dünya milletlerinin ortak iradesiyle kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin ana eksenini oluşturmaktadır. Beyannamenin ilk maddesinde *"tüm insanların özgür; onur ve haklar bakımından eşit"* doğduğu kabul edilmektedir. Bu Beyanname, 6 Nisan 1949 tarihinde iç hukukumuzda dâhil edilmiştir.

İnsan onuru, hiç kimsenin bir eşya gibi muamele göremeyeceğini, bütünüyle haklardan yoksun bırakılamayacağını, haysiyet kırıcı cezalara ve uygulamalara tâbi tutulamayacağını, işkencenin yasaklandığını ve devamına değer görülmeyen yaşamların sona erdirilmesine izin verilmeyeceğini, kişinin en kıymetli varlık olduğu hakkında hiç kimsenin, hiçbir devlet kurumunun, hangi yüce değer veya çıkar adına olursa olsun tasarrufta bulunamayacağını emreder.

İnsan onuru sadece imtiyazlıların veya itibarlıların onuru değil, insan olma ortak paydasına sahip her varlığın koşulsuz, amasız, fakatsız ya da herhangi bir kurum ya da kuruluş kaydı olmaksızın sahip olduğu temel bir değerdir. Bunda belirli bir cins, etnik yapı, dini inanış, felsefi veya ahlaki aidiyete göre ayırım yapmanın olanağı yoktur. Onurlu muamele, etnik, dini, ideolojik homojenliğin sağlanması şartına da bağlanamaz. Bu öyle bir değerdir ki, onu lütfetmek hiçbir sistemin veya devlet düzeninin haddine değildir. Siyasal düzenler bunu yalnızca kabul eder, saygı duyar ve korumayı varlığının temel nedeni görür. Çünkü tek değer ölçütü, insandır. Bunun dışında, devlet, sistem, hukuk ve benzeri yapılar insana ve özgürlüğüne hizmet ettikleri, onurunu ayakta tuttukları sürece değerli ve saygıya değer kuruluşlardır. Büyük filozof Kant'ın ifadesiyle, *"insan amacın bizatihi kendisidir. Ve hiçbir koşulda amaç için bir araca indirgenemez."*

İnsan onuru, ne başkalarının temel hakları gerekçe gösterilerek geçersiz kılınabilir, ne de anayasada veya siyasal yapıda egemen olan *"anayasal değerler"* gerekçe gösterilerek zayıflatılabilir. Aksine, anayasalarda yer alan normlar, insan onurunun ne ölçüde korunduğunun göstergesidir. Onu zayıflatan kurallara hangi anayasalarda yer verilmişse, bu, yalnızca onların toplumun özgür iradesinin ürünü olmamasından kaynaklanabilir.

- Hak ve özgürlüklere ilişkin temel değerler siyasal işleyişin yönünü ve içeriğini de belirler. Çoğulcu demokrasilerde bu temel değerler 1789 Fransız Devriminden beri özgürlük ve demokrasi üzerine kurulu iken, bazı sistemlerde bu felsefeyi devlet kurum ve kuruluşlarını yönlendiren ideolojiler oluşturmuştur: Bu açıdan bakıldığında, insan onurunun,

Anayasa Mahkemesinin 47. Kuruluş Yıldönümü Töreni

- Vücut bütünlüğüne saygı gösterilmesi ve onun korunması,
- Hukukî ve sosyal eşitliğin tesis edilmesi,
- İnsani yaşam koşullarının sağlanması,
- İnsanın kendi öz tercihlerine göre kimliğini ve kişiliğini belirlemesi, unsurlarıyla somutlaştırılabileceğini söyleyebiliriz. Bu somutlaştırma, temel hak ve özgürlüklerin tarihî gelişim serüvenine de uygun düşmektedir. Aslında bu süreç, Mirandola'nın belirttiği gibi, *“özerklik amacıyla kendini gerçekleştirme ve kendi kaderine hâkim olma sürecidir.”*

Sayın Cumhurbaşkanı,

Hak ve hürriyetlerin “özü” olan insan onurunun devletin değişmez nitelikleriyle olan bağlantıları yaşamsal düzeydedir.

Yaradılışın özünde bulunan çoğulculuk, tek düşünce ve tek inanca izin vermemiştir. Demokrasi, zorunlu olarak her çeşit azınlığın varlığını ve kendini ifade etme hakkını içerir. Demokrasinin özünü oluşturan farklılıkların özünde hoşgörü ve sabır vardır. Bu değerleri taahhüt eden bir demokrasinin sorunları çözme yeteneğine fırsat verilmelidir.

Demokratik rejimlerde mevcut olan toplumsal görüşlerdeki ayrılık ve farklılıklar zorunlu olarak siyasi hayata yansımak durumundadır. Sağlıklı bir siyasi hayatın oluşması için bu yansıma gereklidir ve iç barışa ancak bu şekilde ulaşılabilir. Kurumsallaşan çoğulculuk ve katılımcılık, kronikleşen bunalımların çözüm yollarını da üretecektir.

Demokrasiyle birlikte hak ve özgürlüklerle tanışarak onurunu güvence altına alan Türkiye halkını bu tercihten geri döndürmek için vakit artık çok geçtir. Demokratik ilkeleri hayatın içine katarak bir yaşam biçimine dönüştüren halkımızı bundan vazgeçirme çabalarının hiç şansı yoktur. Çoğulculuğun karşıtı olan tek inanç ve tek düşünce insanları ikiye bölme olmaya ve kendine ait olmayan bir hayatı yaşamaya mecbur eder. İnsan onuruna yapılan böyle bir saldırıya demokrasinin izin verdiğini söyleyebilmek akıl dışıdır. *“Tek doğru”* anlayışından beslenen fanatizm, *“farklı”* olanın kolayca *“öteki”* ne dönüştürülüp yok edildiği bir ortam hazırlayabilmektedir. Varlığını *“öteki”* nin yokluğu ile tanımlayan her türlü görüş, inanç ve ideoloji fanatizmin ağına düşmüş demektir. Oysa özgürlükçü ve çoğulcu demokrasi farklı olanı, yani *“öteki”* ni kendi varlığının ve varoluşunun teminatı olarak görmeyi zorunlu kılar. *“Öteki”* ile ilişkimizi sağlıklı bir düzleme oturtamadığımız ve onu var olması gereken bir *“dost”* olarak göremediğimiz müddetçe, çağdaş demokrasilerin muhtaç olduğu hoşgörü ve çoğulculuğu sağlamak mümkün değildir.

Demokrasi, gerginlikleri ve çatışmaları yok etme iddiasında bulunmayan,

Haşim Kılıç'a Armağan

ancak, hoşgörü kültürüyle tarafları birlikte yaşamaya ikna eden bir barış tekniğidir. Büyük edebiyatçı Tolstoy'un *"kafa sayısınca düşünce, yürek sayısınca sevgi vardır"* sözleri toplumun doğal yapısındaki bu çok renkliliği açıkça vurgulamaktadır.

"Dogma istemiyorum, donar kalırız" diyen büyük kurtarıcı Gazi Mustafa Kemal de, sorgulayan, eleştiren ve bilimin aydınlık yolunda kaybettiklerini arayan bir toplumu işaret etmekte ve *"en büyük eserim Türkiye Büyük Millet Meclisidir"* derken de milli iradenin ve demokratik rejimin öngördüğü onurlu bir hayatın programını çizmektedir.

Kısaca, Anayasa'nın 2. maddesindeki demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti niteliklerinin gücünü insan onurunun dokunulmazlığından aldığını söylemek bu bölümün özetidir diyebiliriz.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Din ve laiklik kavramları bir takım siyasi hareketlere stratejik ve lojistik destek sağlarken, bireysel hak ve özgürlükler alanında ise daralmalara neden olmuştur. Dini ilgilendiren alanlarla siyaseti ilgilendiren alanlar arasındaki sınır anlaşmazlıkları sağlıklı bir tartışma zeminini de ortadan kaldırmaktadır. Siyasilerin ilgi alanı haline getirilen din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin sorunlar çözülmedikçe siyasetin dinden beslenmesinin de kaçınılmaz olduğu görülmektedir.

Anayasamızın öngördüğü laik ve demokratik ilkeler, devletin ideolojiler, inançlar ve inançsızlıklar karşısında tarafsız ve eşit uzaklıkta kalmasını zorunlu kılar. Hukuk devleti olma niteliği de bu tarafsızlığı sağlama görevini üstlenmiştir.

Cumhuriyetin demokratik ve laik yapısını bunca olumsuzluklara rağmen korumaya kararlı olan Türkiye halkı, bugüne kadarki deneyimlerinden, toplumsal taleplerinin, devlete düşmanlık biçiminde algılanmasının sorunları ötelemekten ve büyütmekten başka sonuç getirmediğini görmektedir. Devletin organları toplumun bir bölümünü kendine dost, bir bölümünü de düşman ilan ederek ayrımcılığa sebep olamaz. Toplumsal sorunlara ilişkin çözüm yolları hayata geçirilirken bir kesimin zaferi diğer kesimin hezimetini biçiminde yaratılacak psikolojik ortamlar, barışa ve demokrasiye katkı sağlamadığı gibi rövanş alma duygularını da tetiklemektedir. Demokratik anlayışın zorunlu kıldığı *"karşı dengelerin kurulması"* toplumsal uzlaşmayı sağlarken, sorunların çözümünü de kolaylaştıracaktır. Nitekim sayısal çoğunluğun gücüne bağlı olarak her toplumsal sorunu karşı dengeler gözetilmeden anayasal norm bazında çözme girişimleri, yakın zamanda onarılması çok zor tarihi hataların yapılması sonucunu doğurmuştur.

Anayasa Mahkemesinin 47. Kuruluş Yıldönümü Töreni

Üzeri örtülerek yeraltına itilen inanç ve düşünceler hak etmedikleri bir çecikiliğin avantajını yaşamaktadırlar. Bu haksız rekabetin ortadan kaldırılması özgür bir ortamdaki tartışma zemininin varlığına bağlıdır. Bireyleri sahte kimliklerle kendini tanıtmaya ve dolaşmaya zorlayan ifade özgürlüğünün önündeki engeller insan onuruna zarar vermeden kaldırılmalıdır. Bu bağlamda, siyasi partiler de ifade özgürlüklerine ilişkin sorunları yaşamaya devam etmektedir. Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında, siyasi partilerin Anayasa'ya aykırı eylemleri belirtilmesine rağmen, Siyasi Partiler Yasası'nda bunların açılımlarının yapılmaması nedeniyle belirsiz alanlar yargı kararlarıyla doldurulmaktadır.

Siyasi partilerin temelli kapatılmasına ilişkin yaptırım kaldırılmamalı, ancak, kapatma öncesi aşamalarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen standartlara uygun çerçevenin çizilmesi öncelikle benimsenmeli; terör, şiddet, baskı içeren eylem ve söylemler ile barışçıl çözümler birbirinden ayrılarak uygulanacak yaptırımlar geciktirilmeden düzenlenmeli ve kapatma davaları demokratik siyasi hayatı biçimlendirme aracı olmaktan çıkarılmalıdır. Anayasa'nın 68. maddesinde koruma altına alınan anayasal değerlere aykırı faaliyette bulunan siyasi partilere, belirtilen suçların Anayasa Mahkemesince tespiti hâlinde temelli kapatılma yerine Hazine yardımıdan yoksun bırakılma cezası verilmesi siyasi suçun niteliği ile uyuşmayan bir ara yaptırımdır. Karşı ağırlık bu değildir ve gözden geçirilmeye muhtaçtır. Kapatma öncesi ara yaptırımlar ağırlığına göre çeşitlendirilmeli ve siyasi nitelikte dengeli ve uygun hâle getirilmelidir. Böylece, siyasi partilerin kapatılma davalarında Hazine yardımıdan faydalananlarla yararlanmayanlar arasındaki yaptırım eşitsizliğinin de giderilmiş olacağı kuşkusuzdur. Siyasi partilerden mali denetimleri aşamasında hesabını eksik veren, tamamlamayan veya hiç veremeyenlere karşı mali yaptırımlar uygulanması niteliği gereğince isabetli olabilir.

Ülke genelindeki seçimlerde uygulanan % 10'luk seçim barajı ile siyasi partilere hazineden yapılacak mali yardım için öngörülen en az %7'lik oy barajının ne demokratik rejimin katılımcılığıyla ne de hakça dağıtım ilkesiyle izahı mümkündür. Bu düzenlemeler demokratik katılımcılığın özünü zedelemekten değiştirilmelidir.

Öte yandan, insan onurunun demokratik ve laik ilkeler yanında hukuk devletiyle olan bağı da göz ardı edilemez.

Hukuk devleti, hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı, idarenin tüm eylem ve işleminin yargı denetimine tabi tutulduğu, kişilerin her türlü korku ve endişeden arındırılarak hukuksal güvenliklerinin sağlandığı devlettir.

Devlet güç ve kudret demektir. Bunun sınırlanmadığı ve denetlenmediği yerde keyfilik ve hukuksuzluk vardır. Hukuk devletinin temel unsuru olan

Haşim Kılıç'a Armağan

yargı, toplumu hukuk süzgecinden geçirerek arındıran bir niteliğe sahiptir. Bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlanamamış bir yargının, arındırmadan daha çok kirliliği arttıracak kuşkusuzdur. Güçlü ve tarafsız bir yargı demokrasi- nin, lâikliğin ve sosyal devletin güvencesidir. Başına buyrukları hukuk içine çeken yargının, en son sözü söyleyen güç olması sebebiyle, tarafsızlığı ve bağımsızlığı yaşamsal önem taşır. Bir yargıcın tarafsızlığı onun onurudur. Yargıç, vicdanında kurulan mahkemede tarafsızlığını etkileyecek duygularına, öznel düşüncesine ve öfkesine kayıtsız kalmak zorundadır. Vicdanı etkileyen dostluk ve düşmanlık duyguları, yargıcın tarafsızlığını ortadan kaldırır. Hâkimin verdiği veya vereceği hoşla gitmeyen kararlar nedeniyle içinde yaşadığı sosyal çevreden dışlanma korkusu, meslek onuru ile asla bağdaşmayan bir duygu olup, bu mahalle baskısından kendini kurtarması, tarafsızlığına yapacağı en önemli katkı olur.

Hak ve özgürlükleri yani insanlık onurunu koruma, kollama ve güvenliğini sağlama görevi yargıya emanet edildiğine göre, bu emanetin güvenliği de ancak yargıç tarafsızlığıyla sağlanabilir.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Anayasa'nın 138. maddesinde, açıkça, *"hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz"* denilmesine rağmen, yargıyı etkileme ve yönlendirme çabaları halen devam etmektedir.

Her önemli davada yargı, siyasi düşüncelerle kuşatılmakta, mahkeme hâkimlerinden önce, medya ve siyaset dünyasının yargıçları kararlarını vererek davayı sonuçlandırmaktadır. Mahkemeleri yönlendirme ve etkileme çabaları ile hâkimlerin ve savcılarının özel hayatlarının didiklenerek vicdani kanaatlerinden uzaklaştırma gayretleri suçtur. Savcılarımızın işlenen bu suçlara karşı hareketsizliği düşündürücü ve üzücüdür. Yargı kararı olmadan suçlu ilan edilen insanların onurları yok edilmektedir. Bu bir insanlık suçudur. Yasaları uygulama aşamasındaki özensizlikler insanların haysiyet ve şerefi üzerinde onarılması güç yaralar açmaktadır. İnsan onuru ve kişi dokunulmazlığı, insan hakları sisteminin ve insan hakları bildirilerinin en önemli dayanağı ve Anayasa'nın da üstünde yer alan tek değerdir. Yokedilen insanlık onurunun doğurduğu öfke, demokrasiden ve hukuk devletinden intikam alma duygusuna dönüşmeden gerekli olan her türlü düzenleme acilen yapılmalıdır.

Anayasa'nın 153. maddesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı açıkça ifade edilmesine rağmen, hiçbir tereddüde ihtiyaç duyulmayacak açıklıktaki karar gerekçelerinin yeniden yorumlanarak değiştirilmesi, başkalaştırılması, etkisiz ve sonuçsuz kılınması ve bu girişimlerin destek görmesi söz konusu maddeyi

Anayasa Mahkemesinin 47. Kuruluş Yıldönümü Töreni

işlevsiz kılan tutumlardır. Siyasi hayatta yaşanan konjektürel sıcaklık, bu tür tutumlara karşı yapılan açıklamaların devamına izin vermemiştir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Yargı reformu yıllardır bitmeyen bir senfoniye dönüşmüştür. Hemen her dönemde bu konuda çalışmalar ve tartışmalar yapılmış, beyanatlar verilmiş ancak bir türlü hayata geçirilememiştir.

Ötelenen, gizlenen yargıya ait sorunlar yıllar geçtikçe büyümeye devam etmektedir. Hâkimin ve savcılarının çalışma şartlarının iyileştirilmesi bağlamında son yıllarda yurt çapında yapılan adliye sarayları motivasyonu arttıran ne kadar umut verici gelişmeler ise, yargının işlevselliğine ilişkin çağdaş reformların yıllardır bekletilmesi de o derece üzüntü verici gecikmelerdir. Önceki yıllarda Mahkeme Başkanlarının ısrarla üzerinde durdukları Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısından, bazı kurumların yargı dışı bırakılan eylem ve işlemlerinden, yargıçların disiplin ve terfilerine ilişkin sorunlardan söz etmek istemiyorum. Zira tüm bu sorunlar artık hukuk dünyasına mensup olmayanlarca da bilinen gerçeklerdir. Ancak, son yıllarda adli ve idari yargıdaki iş yükünün olağanüstü sayılara ulaşarak bu kurumlarda önemli bir tıkanıklığın yaşanması nedeniyle hukuka ve adalet düzenine olan inancın zayıflaması, endişe ve kaygıyla izlenmektedir. Hemen belirtmek gerekirse, adli ve idari yargıda görevli değerli meslektaşlarımızın olağanüstü özverili çalışmaları hızla artan bu birikimleri azaltmaya yetmemiştir. Dava dairelerinin sayısının veya üyelerinin arttırılması da sorunun çözümüne katkı sağlamamıştır. Artan dava sayısı nedeniyle yargılamanın yıllarca devam etmesi veya zamanaşımına uğramasıyla, Anayasamızda ve taraf olduğumuz temel insan hakları sözleşmelerinde güvence altına alınan "*âdil yargılanma hakkı*" ciddi biçimde ihlâl edilmektedir.

Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular ve sonuçlandırılan davalar bakımından ülkemizin istatistiki durumunun ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin faaliyet raporuna göre, 2008 yılı sonunda Mahkemenin önünde bulunan 97.300 derdest dosyanın 11.100 adedini Türkiye aleyhine yapılan başvurular oluşturmaktadır. Dolayısıyla, Mahkemenin bakmakta olduğu dosyaların %11.42'si Türkiye'ye ilişkindir. Bu rakamlardan anlaşılıyor ki Türkiye, Rusya'dan sonra aleyhine en çok başvuru yapılan ülke konumundadır. Son on yıl içinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği toplam 8172 ihlâl kararının 1652'si ülkemize ait olup, daha da önemlisi, bu kararların yarısı adil yargılanma hakkının ihlali ile ilgilidir. Köklü bir Anayasa yargısı geleneğine sahip olan ülkemiz açısından bu tablo, bağımsız, tarafsız, hızlı, etkili, verimli adalet dağıtan bir yargı sisteminin önündeki en-

gellerin kaldırılmasının hayati bir yükümlülük olduğunu göstermektedir.

Bu olumsuz tablonun oluşmasında en büyük etken, kuşkusuz, gerekli iç denetim sisteminin kurulup işletilememiş olmasıdır. Genellikle değişik platformlarda haklı olarak dile getirildiği üzere, bu konuda atılması gereken en önemli adım, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce başvuruların ülke iç hukukunda incelenmesini sağlayacak bir yöntem olan “*anayasa şikâyeti*”nin hayata geçirilmesidir. Avusturya, İtalya ve Almanya’dan sonra dördüncü sırada kurulan ve bugün 47. Kuruluş Yıldönümünü idrak ettiğimiz Türk Anayasa Mahkemesinin, bu tarihi süreçte kendisinden beklenen “*özgürlüklerin mahkemesi*” işlevini yerine getirebilmesi için bireysel başvuru hakkının varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 2004 yılındaki (6) sayılı tavsiye kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki dava yükünün azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin iç hukukta tanınması gerekliliğine değinmiş, aynı şekilde, Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu veya bilinen adıyla Venedik Komisyonu da 2004 yılında Türk kamuoyuna duyurulan anayasa şikâyetine ilişkin anayasa değişikliği önerisini olumlu bulduğunu ifade etmiştir. Ancak, bu çağrılara karşın binlerce kurumun işlemleriyle temel hak ve özgürlüklerin somut, güncel ve acıyla tekrarlanan ihlallerine karşı güvence olanağı yalnızca “*yasaların anayasal denetimi*”ne terk edilmiştir.

Bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti, Anayasa’da belirtilen temel hak ve özgürlüklerin yasama, yürütme ve yargı organları tarafından ihlal edilmesi durumunda bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanmaktadır.

Bireysel başvuru’nun uygulanma biçimi ülkeden ülkeye farklılık gösterse de, Federal Almanya, Avusturya, İspanya, Rusya, Macaristan, Ukrayna, Polonya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, İsviçre, Belçika, Meksika, Şili, Brezilya, Arjantin ve Güney Kore gibi ülkeler de uygulanmaktadır.

İnsan onurunun üstünlüğünün yalnızca yasama organına karşı değil, devlet yetkisi kullanan tüm mercii ve kişilere karşı da etkin kılınması gerekir. Toplumsal iradenin devlete egemen olamadığı, kendisiyle ilgili temel siyasi kararları temsilcileri eliyle alamadığı, hangi yetkilerin kimler tarafından yerine getirileceğini bilemediği ya da bu alanların demokratik denetimin işlemediği bürokratik mekanizmalara devredildiği yerlerde, anayasalarda yer alan insan onurunun korunması mümkün olmayacaktır. Çünkü demokrasi özgürlüklerin hayata geçirilmesi ve korunabilmesinin yoludur. Bu ilke toplumsal çoğulculuğun yalnızca yasama organına değil bütün devlet organlarına yansıtılabilmesini zorunlu kılar.

Türkiye yirmi yılı aşkın süredir, kuruluşundan beri üyesi bulunduğu Av-

Anayasa Mahkemesinin 47. Kuruluş Yıldönümü Töreni

rupa Konseyinin yargılama organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bağlayıcı yargılama yetkisini kabul etmiş durumdadır. Türkiye’de iç hukuk yollarını tüketen vatandaşlarımızın müracaatlarıyla başlayan süreçte verilen ihlal kararları bir yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarını zenginleştirirken, diğer yandan bireylerin temel hak bilincinin güçlenmesine katkı sağlamaktadır. Bu etkileşim süreci, uluslararası ilişkilerin de katkısıyla yasal ve anayasal dönüşümlerle ülkemizde sosyal bir değişimin de olanaklarını yaratmıştır. Yalnızca kendi devletinin değil, doğrudan uluslararası hukukun da süjesi olduğunu gören vatandaşlarımız, uluslararası kuruluşlar üzerinden de hukuksal koruma sağlayabilme mutluluğunu yaşamaktadır. Ancak bu mutluluğun bir de hüznü yönü vardır. Vatandaşlarımız uluslararası yargı organları nezdinde temel hak ve özgürlüklerini dava edebildikleri halde, kendi ülkesinde temel hak ve özgürlükleri dava edebilecekleri anayasa şikâyeti olanağına sahip değildirler. Bu ise hak arama özgürlüğü yönünden eksik bir düzenleme ve negatif sınırlamadır. Bu durum, temel hak ve özgürlüklerini ancak uluslararası yargı organları aracılığı ile koruyabileceklerine yönelik bir inanca dönüşürken, kendi milli kurumlarına karşı ise inançsızlığa yol açmakta, ayrıca uzun süre bu taleplere kayıtsız kalan siyaset kurumunun meşruiyetini de zayıflatabilmektedir.

Uluslararası yargı kararları iç hukukta doğrudan bir etki yaratmamakta, mağdurun maddi yönden tazminiyle tükenen bir sonuç doğurmaktadır. Bunun dışında uluslararası ilişkilerin zorlayıcı etkisiyle bazen yasal bazen de anayasal reformlarla yetinilmektedir. Ancak, ülkemizde reform sürecinde yapılan düzenlemelere bakıldığında, sorunun yasa değişikliklerinin yapılmasından çok, bu reformlarla güdülen demokrasi ve özgürlük eksenli iyileştirmelerin uygulamada dirençle karşılandığı görülecektir. Yasama iradesine rağmen, “özel hukuk” algılarında direnme alışkanlığının yalnızca yasa değişiklikleriyle kırılması oldukça güçtür. Temel hak ve özgürlüklerin kurumlarca içselleştirilmesi ve uygulamaya egemen kılınması ancak bir yaptırım mekanizmasıyla sağlanabilir. Gerçekten de, bireysel başvuruyu uygulamaya koyan Almanya’da yargı sistemi Weimar döneminde otoriter ve totaliter güçlerin iktidarını kolaylaştırmışken 1949 sonrasında ise insan onurunu ve özgürlüklerini egemen kılan, bu gücüyle de birçok ülkenin ve uluslararası yargı kuruluşunun içtihatlarını esaslı biçimde etkileyen bir rol oynayabilmiştir.

Esasen, Anayasa’nın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikle insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin yasalar karşısında uygulama önceliğine sahip kılınması, bireysel başvuruya ilişkin temel anayasal altyapının mevcut olduğunu da göstermektedir. Ancak, bir iç hukuk kuralına dönüşen uluslararası sözleşmelerin diğer iç hukuk kurallarından pek farklı olmaması, anayasal normlar gibi soyut ifadeler içermesi, ortaya çıkan uygulamanın

uluslararası yargısal içtihatlarla aykırı biçimde gelişmesine, dolayısıyla anayasa değişikliğinin etkisizleştirilmesine sebep olmaktadır. Oysa anayasa koyucunun iradesi bu değişikliklerle uluslararası özgürlük standartlarının dikkate alınmasını gerektirmektedir. Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yarım asrı aşan sürede gerçekleştirdiği içtihatları dikkate alınmadığı takdirde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan ülkemiz yönünden Sözleşme'nin anlamsız kalacağı açıktır.

Bireysel başvurunun kabul edilmesiyle Türkiye'deki uygulamalarla uluslararası yargı uygulamaları arasında olması gereken uyum sağlanmış olacak, demokrasi yoluyla billurlaşan özgürlük talebi de devlet ve toplum hayatına egemen kılınabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkının tanındığı 1980'li yılların sonundan beri anayasa şikâyeti kurumuna yöneltilen eleştirilerin bir kısmı bu kurumun yeterince bilinmemesinden kaynaklanmaktadır. Eleştirilerin, daha çok, mahkeme kararlarına karşı bireysel başvuruyu kabul etme yetkisinin Anayasa Mahkemesine verilmesi hâlinde Mahkeme'nin "*süper temyiz mahkemesi*" olabileceği konusundaki yanlış varsayımlara dayandığı gözlemlenmektedir. Bu nedenle, bazı noktaların açıklığa kavuşturulması zorunludur.

Kuşkusuz, bireysel başvuru ile Anayasa Mahkemesinin temyiz mahkemesi gibi çalışması söz konusu değildir. Doktrinde ve önceki Anayasa Mahkemesi sempozyumlarında akademisyenlerce dile getirildiği gibi, bireysel başvuru ancak tüm yargı yolları tüketildikten sonra yapılabilecek, Anayasa Mahkemesinin denetimi ise yasaların uygulanmasında tercih edilen yorumun, kişinin Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüğünü ihlal edip etmediğiyle sınırlı olacaktır. Anayasa Mahkemesi hiçbir koşulda olay incelemesi, eylem tanımlaması veya uygulanacak yasanın saptanmasıyla ilgili hüküm kurmayacaktır. Uzman mahkemelerin yetkilerine Anayasa Mahkemesinin müdahalesi söz konusu olmayacağından, yeni bir temyiz yolundan da söz edilemez. Kuşkusuz, Anayasa Mahkemesi ile diğer mahkemeler arasında doğabilecek yetki çatışmasını ve olağanüstü temyiz merciine dönüşmesini engelleyecek düzenlemelerin yapılması da zorunlu olacaktır.

Bireysel başvuru sisteminde, Anayasa Mahkemesince davaların kabul edilebilirliği konusunda özel olarak oluşturulacak komisyonlara verilecek takdir yetkisinin geniş tutulması yapılacak gereksiz başvuruların ayıklanmasında önemli bir süzgeç oluşturacaktır

Başta yargı organları olmak üzere bütün devlet kurumlarında temel insan haklarının korunması yönünde önemli ilerlemeler sağlayacak bireysel başvuruya ilişkin öneriye, özgürlük alanındaki engellerin kaldırılması amacın-

Anayasa Mahkemesinin 47. Kuruluş Yıldönümü Töreni

dan başka bir anlam yüklenmemelidir. Bu önerilerin kurumlar arası rekabete konu yapılması, yargısal sorunlarımızı çözümsüz bırakmaktan başka işe yaramayacaktır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Fiziksel konum itibarıyla Devletimizin büyük katkılarıyla Türkiye şartlarında ciddi bir iyileşme süreci yaşayan Anayasa Mahkemesinin çalışmaları ve hukuk dünyasına verdiği kararları ile hızlı, etken ve Anayasa’da öngörülen süreler içinde davaları sonuçlandıran bir yargı organı olma yolunda çok önemli mesafeler aldığını ifade etmek istiyorum. Mahkememiz mensuplarının özverili çalışmaları sonunda çeşitli nedenlerle oluşan dava sürecindeki birikimlerin de kısa süre içinde tasfiye edileceğinin işaretlerini vermektedir.

Sayın Cumhurbaşkanım, Yurt Dışından Gelen Saygıdeğer Mahkeme Başkanları ve Kıymetli Konuklar,

Sevincimize ve mutluluğumuza katılmakla onur verdiniz, bizlere güç kattınız. Verdiğiniz bu güçle Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ebedi varlığı ve bütünlüğü ile bireylerin hak ve özgürlüklerini koruyarak hukuk düzeni içinde yaşaması için burada bulunduğumuzu bildiriyor. Mahkememiz adına hepinize saygılar sunuyorum.

ANAYASA MAHKEMESİNİN 48. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ TÖRENİ

(22 Nisan 2010)

Sayın Cumhurbaşkanı,

Anayasa yargısı alanında hukukun üstünlüğünü gerçekleştirmek, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve hukuk devleti ilkesinin tüm kurum ve kurallarını toplumda egemen kılmak amacıyla görev yapan Anayasa Mahkemesinin 48. Kuruluş Yıldönümü etkinlikleri ile aramıza yeni katılan değerli üyelerimizin andiçme törenlerine onur verdiğiniz için başta siz olmak üzere ülke dışından gelen saygın anayasa ve yüksek mahkeme başkanları ile beraberindeki heyete ve tüm konuklarımıza hoş geldiniz diyor, Mahkememiz adına şükranlarımı sunuyorum.

Anayasa Mahkemesinin 48. yılında ülkemizin halen en önemli sorunu olarak ön plana çıkan yargı bağımsızlığı, tarafsızlığı ve sorumluluğu konusunu yeniden konuşmak durumunda kaldığımız için üzgünüm. Üzgünüm, zira Cumhuriyetimiz 87, Anayasa Mahkememiz 48 yaşında olmasına rağmen halen bu konuyu tartışıyoruz. Türkiye Cumhuriyeti kurumlarının, aradan geçen bunca zamanda elde ettiği birikimlerinin çok önemli boyutlara ulaşmış olmasına rağmen, insan kalitesine bağlı sorunlarını çözme başarısını gösteremediğini görüyoruz. Yargıda bağımsızlık ve tarafsızlık adına yaşanan tüm olumsuzlukların kaynağında insanı ve ona bağlı niteliklerini buluyoruz.

Yargının kendi içinden kaynaklanan sorunlarını ortaya koymaya çalışırken tek bir yargı mensubunu dahi hedef almadan, sistemin özeleştirisi kapsamında bir değerlendirmesini yapmak arzusunda olduğumu peşinen ifade etmek isterim. Kastım, yargı mensuplarının canını acıtmak değil, yargının canını acıttığı insanların bilmesi gereken sorunları ortaya koyabilmektir.

Değerli Konuklar,

Yargının bağımsızlığı, tarafsızlığı, adil yargılanma ve sorunlarla dolu işleyişine ilişkin konularda toplumun çok ciddi kaygısı, endişesi ve şikâyeti vardır. Bu çılgınlara sebep olan sorunları konuşmadan üstünü örtmek, ötelemek ancak hastalıklı bir hukuk devletinin böyle devam etmesinden çıkar sağlayanların bilinçli bir yöntemi olabilir. Oysa insan onuru ve hukukun üstünlüğü temeline oturan tarafsız ve güçlü bir yargı sistemi toplumun hayat sigorta-

Anayasa Mahkemesinin 48. Kuruluş Yıldönümü Töreni

sıdır. Bu nedenledir ki yargının sorunlarını korkuya ve öfkeye kapılmadan konuşacağız. Farklı görüşler arasında olması gereken diyaloglar kurularak sorunlara çözüm projelerini toplumun beğenisine sunacağız. Herkesin, ifade özgürlüğünü sonuna kadar kullanarak yargıyla ilgili hissettiği acılarını bizimle paylaşmalarına imkân tanıyacağız.

Sorunlara çözüm önerileri getirmek yerine suçlamayı tercih eden önyargılı ve saplantılı ideolojik itiraz sahipleri, haklı ve isabetli çözümlerin hayata geçmesini engellemektedirler. Yargı, sorunlarına ilişkin özeleştirisini yapma cesaretini göstererek çözüm yollarını doğrudan topluma önerebilmeli, çocukluk dönemine ilişkin hastalıklarından kurtulma zamanının geldiğini anlamalıdır. Bağımsızlığa ve tarafsızlığa teslim olmayı reddedenler ayakta kalamayacaklardır. Demokratik bir hukuk devleti olma mücadelesini işimizden, eşimizden arta kalan zamanlarda değil, tüm varlığımızla sürdürmedikçe yolumuz çok ama çok uzayacaktır. Yargıyı ideolojik vesayet altında tutmaya çalışanlar bağımsızlık ve tarafsızlıktan en çok rahatsız olanlardır. Her konuda farklı düşünebiliriz, ancak yargının tarafsızlığı konusunda herkesin ittifak etme zorunluluğu vardır. Esasen yargıcın sahip olduğu inançlarını, siyasi görüşlerini, ideolojisini, özetle kutsallarını kararlarına yansıtması çözülmesi gereken en ciddi bağımlılık sorunudur. Bu bağımlılık, karşı düşünceyi tahrik etmekte, başka bir yanı sıra, farklı bir bağımlılığa davetiye çıkarmaktadır. Yasama, yargı ve yürütme gücünü kim kullanırsa kullansın, yasal güvencelerin arkasına saklanarak hukuk dışı yöntem ve yollarla ülkeyi, demokrasiyi ve cumhuriyeti kurtarma düşüncesinden vazgeçmelidir. Toplumun geleceğe dair korkuları yıllarca istismar edilerek kullanılmış, hukuk dışı davranışların, işkencelerin, faili meçhullerin meşru zemini oluşturulmaya çalışılmıştır. *“Kurumlar yıpranmasın”* anlayışının arkasında ülkeye nasıl bir bedel ödettirildiğinin farkında olduğumuzun bilinmesi gerekir. Hangi kurum veya kuruluş mensubu olursa olsun hukukun dışına çıkan bir eylemi sabit olduğunda, onu koruma ve kollama çabaları yerine, bedelini kendisinin ödemesine imkân sağlanması hâlinde kurumların yıpranması önlenmiş olacaktır. Yargı ise bu bedeli ödetme ve hesap sorma makamıdır. Başka bir anlatımla, yargı gelecek kuşaklara kapanmamış hesap bırakmaması gereken bir güçtür.

Yargı, bu hesabı görmeye başladığında elindeki adalet terazisinin ayarını bozarsa toplumun güven duygusunu kaybedecektir. Verdiği kararlarla toplum vicdanını sakinleştiremeyen yargının, hakkını arayanların hukuk dışı yöntemlerle sorunu çözmeye eğilimlerini güçlendireceği açıktır.

Duverger’in ifadesiyle *“hukukun gücünün azaldığı yerde güçlünün hukuku geçerli olmaya başlayacaktır.”* İnsanların arasındaki anlaşmazlıkları çözecek tarafsız bir otoriteye duyulan ihtiyaç, devleti ve egemenliği doğurmuştur. Ege-

Haşim Kılıç'a Armağan

menlik yetkisi kullanan hâkimlerin tarafsızlığına duyulan güven nedeniyle *"Berlin'de hâkimler var"* sözü tarihe not düşürülmüş ve hukuk tanımaz güçlere karşı sığınılacak yerin tarafsız bir mahkeme olduğuna işaret edilmiştir.

Sayın Cumhurbaşkanım, Değerli Konuklar,

Ülkemizde yargının tarafsızlığından ve bağımsızlığından şikâyet edenlerin sosyal profiline baktığımızda ciddi bir eksen kaymasının gerçekleştiğini görüyoruz. Yıllardır soruşturma ve kovuşturma hukukunun haksız ve ölçsüz uygulamalarına konu olmuş olayları ve insanları görmezlikten gelenler, her ne olduysa bugün yargıdan en çok şikâyet eden konuma gelmişlerdir. Oysa hukuk dünyası yargılanan kişilerin itibarı, makamı, unvanı ve rütbesi ile asla ilgilenemez. Ancak uygulamalar bunu teyit etmiyor.

Ne yazık ki Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün 2009 yılı sonundaki verilerine baktığımızda ülke genelinde cezaevlerinde yatan hükümlü ve tutuklu sayısı yüz on altı bin civarında görülmektedir. Bunun altmış bini tutuklu elli altı bini ise hükümlüdür. Bu sayının toplamda %52'si tutuklu olarak cezaevlerindedir. Bir başka deyişle cezaevlerinde yatanların yarısından fazlası tutukludur. Çağdaş ülkelerle kıyas edilemeyecek kadar tutuklu barındıran ülkemizdeki bu tablo kimseyi rahatsız etmez iken, itibarlı, rütbeli, makam sahibi insanlar bu sayıya dâhil olduklarında yargıçların tarafsız olmadığı, usul yasalarının yanlış ve yanlı uygulandığı iddiaları söylenir hâle geldi.

Doğru olanı ise hiçbir ayırım gözetilmeksizin, %52 olan tutuklu oranının sorgulanmasıdır. Usul yasalarına göre, belli koşullarda uygulanması gereken tedbir niteliğindeki tutukluluğun erken cezalandırma yöntemine dönüşmesi insan onurunda onarılması güç yaralar açmaktadır. Tutuklulara karşı olan dostluk ve husumet, bu gerçeği söylemeye engel olmamalıdır.

Zira insan onuru, sadece imtiyazlıların ve itibarlıların değil, insan olma ortak paydasına sahip, kayıtsız şartsız herkesin taşıdığı temel bir değerdir. Bu değerın yaşatılması tarafsız bir yargının güvencesi altında gerçekleşebilir. Ancak, yargı bağımsızlığını, taraf olduğu değerlerin sığınağı olarak kullananlar yargı güvencesini topluma hissettiremezler. Unutulmamalıdır ki, taraflı ve bağımlı bir yargının hiçbir dönemde kazananı olmamıştır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Türk halkı bugünkü yargı düzeninden şikâyetçidir. Hangi yüksek yargı kuruluşunun kaç kişiden oluştuğu, nasıl seçildiği tartışmaları onları doğrudan ilgilendirmiyor. Toplum haksızlıklara karşı tek sığınak olarak gördüğü yargısından aldığı kararın zamanı, sürati, etkisi ve kararı veren hâkimin tarafsızlığı konularında kendini doğrudan ilgili görüyor, şikâyet ve mutsuzluklarını da

Anayasa Mahkemesinin 48. Kuruluş Yıldönümü Töreni

bunlar üzerinde yoğunlaştırıyor.

Etkin, süratli, tarafsız ve bağımsız bir yargı konusunda yaşanan olumsuzluklar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine şikâyet yolunu cazip ve zorunlu kılmaktadır. Avrupa Mahkemesinin verdiği ihlal kararlarının büyük bölümünün adil yargılanma ilkesine aykırılık üzerine kurulduğu gerçeği de toplumun şikâyetini teyit eder niteliktedir. Bu konuda yüksek yargı organlarına ait bilgi siteleriyle Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce açıklanmış verilerden hiçbir yorum yapmadan bazı kesitler vermek istiyorum.

2009 yılı itibariyle Yargıtay Başkanlığının iş yüküne bakıldığında, ceza dairelerinde geçen yıllardan devirlerle birlikte beş yüz yirmi bin, Hukuk dairelerinde dört yüz seksen bin ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında ise altı yüz binin üzerinde olmak üzere toplam bir milyon altı yüz bin civarında dava dosyasının bulunduğu Yargıtayın kayıtlarından anlaşılmaktadır.

2008 yılındaki verilere göre, bir ceza davasının başlamasından kesinleşmesine kadar geçen ortalama süreler incelendiğinde; savcılıklarda 346 gün, ceza mahkemelerinde 258 gün, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ile Yargıtayın ceza dairelerinde 838 gün olmak üzere toplam 1442 gün yani ortalama tam 4 yıl sonunda ceza davalarının kesinleşerek sonuçlandığı görülmektedir.

Yargıtay Ceza Dairelerinde 2009 yılı sonu itibariyle on beş bin civarında dosyanın zamanaşımına uğradığı Bakanlığın istatistik kayıtlarından saptanmıştır.

Danıştay Dava Dairelerinde 2008 yılı sonu verilerine göre, iki yüz elli bin civarındaki dosyanın ancak %39'unun sonuçlandığı dikkate alınırsa %60 oranında dosyaların ertesi yıla devredildiği açıktır.

Anayasa Mahkemesi ise 2005 yılından 2010 yılı Nisan ayına kadar kendisine intikal etmiş, itiraz ve iptal davaları ile yüce divan ve parti kapatma davaları dâhil toplam sekiz yüz yetmiş üç dosyanın yedi yüz ellisini karara bağlayarak kalan 123 dosyanın bu yıl sonuna kadar bitirilmesi için gerekli planlamaları yapmıştır.

Bu rakamların ifade edilmesinde yargı mensuplarını incitmek gibi bir amacın olmadığını yeniden belirtmek isterim. Amacım, Türk yargı sisteminin içinde bulunduğu tabloyu ortaya koymaktır. Nitekim belirtilen yüksek yargı organlarının Sayın başkanları da yargının içinde bulunduğu durumu izah etmek için bu saptamaları zaman içinde yapmışlardır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Yargının bağımsızlık ve tarafsızlığı konusunda yaşadığı sorunları bir an için göz ardı ederek yukarıdaki tablo değerlendirildiğinde, Türkiye Cumhuriyeti

Haşim Kılıç'a Armağan

vatandaşlarının adil yargılanma konusunda yaşadığı acıları ifade eden yeterli veriler olduğu açıkça görülmektedir. Bu gerçekler karşısında ülkemizin bu yargı sistemi ile çağdaş hukuk devleti niteliğini yakalaması asla mümkün değildir. Halkımızın mutluluğu adına uygar dünya ile bütünleşmiş, her türlü siyasi ve ideolojik etkiden arındırılmış, hızlı ve etkin bir yargı sisteminin kurulması için acil bir yargı reformunun yapılması zorunluluk haline gelmiştir. Nitekim Avrupa Birliği ilerleme raporlarında da bağımsız, tarafsız, etkin ve hızlı bir yargının gerekliliğine işaret edilmiş, Türkiye ise Katılım Ortaklığı Belgelerinde bu engelleri ortadan kaldırmak için söz vermiştir.

Yargı sürecinde oluşan adalet dağıtımındaki bu aşırı gecikme acil çözüm üretmeyi zorunlu kılmaktadır. Yüksek yargı mensuplarımızın donanımları, bilgi birikimleri ve deneyimleri bu sorunlara çözüm bulmaya fazlasıyla yeterlidir. Ancak, bu birikimlerden sorunların çözümü için yeterince faydalanılmadığı da bir gerçektir. Uyuşmazlıkların yargıya intikal etmesinden önce öngörülecek çözüm yollarının yetersizliği ve yargılama aşamalarında ara kademelerin hayata geçirilemeyişi, yüksek yargı organlarına başvuru sayısındaki artışın ciddi nedenleridir.

Çeşitli hukuk sistemlerinde alternatif çözüm yolları bağlamında müzakere, arabuluculuk, anayasal dayanağı olan çeşitlendirilmiş tahkim ve ombudsmanlık gibi uygulamalar yargıya intikal etmeden önce uyuşmazlıkların çözümünde önemli katkılar sağlayacaktır. 1960 sonrasında ABD ve Almanya'da yapılan yargı reformu kapsamında özellikle çevrenin ve tüketicinin korunması, haksız rekabet, iş hukuku, cinsiyet ve ırk ayrımı gibi alanlarda hayata geçirilen "*grup davaları*" yöntemi yargı düzenimize kazandırılmalıdır. Hukuka aykırılıklara karşı benzer davaların toplulaştırılmasını sağlayan bu sistem, dava giderleri ve görülme zamanı yönünden hak aramayı kolaylaştırdığı gibi usul ekonomisine sağladığı imkân nedeniyle mahkemelerin iş yükünü önemli ölçüde hafifletecektir.

Değerli Yargı Mensupları,

Meslek hayatımızda yaşadığımız olumsuzlukları kamuoyu ile paylaşma erdeminden kaçınmamalıyız. Bu bağlamda altını çizerek ifade etmek istediğim bir konu da yüksek yargıda çeşitli görevler için yapılan seçimlerde yaşanan olumsuzluklardır.

Yüksek yargıda seçim telaşının olmadığı günler sayılıdır diyebiliriz. Seçim sisteminin gereği olan ziyaretler, görüşmeler, kulisler yargıda ciddi zaman kaybına neden olduğu gibi, seçim psikolojisinin yargı mensupları arasında mevcut olan ilişkiler üzerindeki belirleyici etkisi, gruplaşmayı ve ayrışmayı da beraberinde getirmektedir. Yüksek yargıdaki bu seçim sisteminin objektif kriter ve meslek ilkelerine dayalı çözüm yolları ile yeniden düzenlenmesi ve

Anayasa Mahkemesinin 48. Kuruluş Yıldönümü Töreni

seçimlik görevlerin sayısının azaltılması yargının tarafsızlık ve bağımsızlık sorununa ciddi katkı sağlayacaktır.

Yargıda şeffaflık dönemi açılmalıdır. Türk Milleti adına karar verenlerin bunu nasıl oluşturduğunu milletin görme ve bilme hakkı vardır. Bu nedenle TBMM’de olduğu gibi Anayasa Mahkemesi başta olmak üzere, Yargıtay ve Danıştayın Genel Kurullarındaki görüşme ve müzakerelerin kayda alınması, tutanakların kamuoyuna açıklanması veya önemli görüşmelerin herkese açık olması sağlanmalıdır. Aleniyet ilkesi, toplumun geleceğine yön veren çok önemli kararların alındığı bu kurullardaki görüşmelerin gizliliğinin haklı gerekçelerini ortadan kaldırmaktadır.

Öte yandan, gerek Bakanlığın, gerekse yüksek yargı organlarının kürsü hâkim ve savcılarını üzerinde oluşturduğu korku ve kaygılar giderilmedikçe bağımsızlıktan söz edilemez. Zira tarafsızlığı da sağlayacak olan bağımsızlık yargıcının zihnindeki beklentilerin, yüreğindeki kaygıların giderilmesiyle mümkündür.

Toplumun yargıyı nasıl algıladığını yargının mensupları merak etmelidir. Bize yakın ya da ötekine yakın hâkim ve mahkeme ayırının söyleme dönüşmesi yargının da, hukuk devletinin de çöküş habercisidir. Kamuoyunun dikkatinin yoğunlaştığı önemli davalarda birbiriyle çelişen ve toplum vicdanını ikna edecek hiçbir gerekçeye dayanmayan, günaşırı farklı kararların ortaya çıkması, yargıya olan güveni temelden sarsacak görüntülerdir.

Yargı mensuplarının sorunları ve yargının geleceğine ilişkin konularda faaliyet göstermek üzere dernek kurmak ve buna katılmak Anayasamızın ve uluslararası belgelerin güvencesi altındadır. Hâkim ve savcılarının da bu güvence kapsamında örgütlenme hak ve özgürlüklerini kullanması yadırganmaz. Derneklere ilişkin bu hakların sınırları da aynı Anayasa ve uluslararası belgelerde gösterilmiştir.

Son yıllarda yargı mensuplarının kurduğu dernek ve birliklerin yaptıkları faaliyetlerin bazı sorunları da beraberinde getirdiği yaşanan bir gerçektir. Dernek kurma ve buna üye olma hakkı bağlamında hâkim ve savcılarının, güvenlik güçlerinin, din adamlarının yaptıkları görev itibarıyla toplum içindeki özel konum ve duruşları bunların haklarını kullanırken daha özenli ve sınırlı davranmayı zorunlu kılmaktadır. Yargıç derneklerinin toplumun tüm sorunlarıyla ilgili, öneri, görüş ve düşünce açıklamaları yargının tarafsızlığı ile doğrudan ilgilidir. Açıklanan görüş ve düşünceler temel alınarak derneklerin farklı siyasi zeminlere oturtulması, yargının siyasallaşması kapsamında ciddi bir tehlikedir. Farklı dünya görüşleri yansıtan derneklere üye olma konusunda hâkim ve savcılarının esasen endişe ve sorunlar yaşadığı da bir gerçektir.

Haşim Kılıç'a Armağan

Bu nedenle örgütlenme özgürlüğünün bağımsızlık ve tarafsızlığı olumsuz yönde etkilemeyecek şekilde hâkim ve savcılarının sadece mesleki sorunları ile ilgili sınırlı bir yapıya kavuşturulması zorunluluk arz etmektedir.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Halkın iradesini emanet etmediği odakların hazırladığı, bu nedenlerle de evrensel değerlerin, ilkelerin, ölçülerin esas alınmaması sonucunda, Anayasamızı sıkça değiştirme ihtiyacı ile karşı karşıya olduğumuz bir gerçektir. Konumuz itibarıyla üzerinde yorum yapamadığımız son değişiklik projesiyle ilgili bir temennimizi burada belirtmekle yetineceğim.

Bağımsızlık ve tarafsızlık konularında ciddi sorunları olan yargı sistemimizde yapılacak değişikliklerin, tepkisel düşüncelere dayanmaması ve niteliği farklılaşmış yeni bir tarafsızlık ve bağımsızlık sorunu doğurmaması en büyük dileğimizdir.

Anayasalar, toplumdaki bütün farklılıkları ortak bir paydada buluşturarak bir arada yaşamayı sağlayan ve her sosyal kesimin katıldığı toplumsal bir sözleşme olarak tanımlandığına göre, bir araya gelmiş siyasi düşünce sahipleri ile kültür ve inanç gruplarının eğilim ve beklentilerine cevap veren bir anayasa oluşturulması ihtiyacı açıktır. Esenliğe kavuşmamızın yolu bu farklılıkların eşitlik ve barış temelinde buluşturulmasından geçmektedir.

Çoğulcu ve çoğunlukçu niteliği bulunan demokratik rejimlerde *“bir sayı fazla ise hepsi benim”* biçimindeki sayısal üstünlük anlayışı, temel hak ve özgürlükler alanında asla geçerli olmayan bir ilkedir. Azınlıkta kalan kesimlerin temel hakları da sayıların üstünlüğüne bağlı olmaksızın demokrasinin ve hukuk devletinin güvencesi altındadır.

Devletin temel yapısını, yönetim biçimini, devlet organlarının birbirleriyle olan ilişkilerini, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen anayasaların içeriği kadar, yasalaşma yöntemi de demokratik rejimin dokusuna uygun katılımcı, çoğulcu, özgürlükçü bir süreci yansıtmaları her yüreğin temennisi ve beklentisidir.

Siyaset kurumunun iç işleyişindeki olumsuzluklar ülkemizin hayati derecede önemli sorunlarının çözümünü güçleştirmektedir. Oysa demokratik bir rejimde siyaset sorun yaratmak değil, sorunları çözme sanatı olarak tarif ediliyor. Siyasetin gerilim yaratma sanatı olmadığını görmek halkımızın en doğal hakkıdır. Toplumun en masum sorunlarının bile ideolojik bir bakıştan geçirildikten sonra *“rejim krizine”* dönüştürülmesi *“siyasal ayrışmanın”* keskinleşmesini besleyen en önemli kaynaktır. Zira yaratılan siyasi gerilim bireyleri taraf olmaya zorlamakta, yanlış da olsa ait olduğu siyasi kesimin doğrularını inatla savunmaya mecbur bırakmaktadır. Çağdaş dünya uygulamaları ile ör-

Anayasa Mahkemesinin 48. Kuruluş Yıldönümü Töreni

tüşmeyen demokrasi, laiklik ve hukuk devletine ilişkin sorunlarımıza yeterli derinliğin kazandırılmaması, devlet aygıtı içinde hukuk dışı yapılanmaların derinlik kazanmasına neden olmuştur. Tüm hukuk dışılıklara rağmen olgunluğundan, vakarından ve onurundan hiçbir şey kaybetmeden olayları büyük bir soğukkanlılıkla takip eden yüce halkımızın varlığı en büyük şansımız olmuştur. Tahrikler, tehditler ve siyasi rant hesapları farklı yaşamların farklı kültür sahiplerinin bir arada yaşama bilincini ve kararlılığını ortadan kaldırmaya yetmemiştir. Bu güzelliklerin karşılığı halkımıza verilmelidir. Halkın beklentisi, çözüm projeleri üzerinde anlaşma sağlanamasa bile, siyaset önderlerinin demokratik bir zeminde buluşması ve sorunların konuşulabildiğini göstermesidir. Bunu beceremeyenler bilin ki barış üretemezler.

Hukuk devleti, demokrasi ve laiklik gibi evrensel değerlerin genetik yapısı değiştirilerek *“bize özgü modeller”* yaratılması sorunlarımızı çoğaltmaktan başka sonuç doğurmamıştır. Ancak, sürmekte olan tartışmalar, eleştiriler ve yeni paradigmlar bu evrensel değerlerin orijinalini arama bağlamında umut verici gelişmeler olarak değerlendirilmektedir.

Anayasa yargısını ilgilendiren boyutu ile temel insan hakları ve özgürlükleri alanında yaşanan küreselleşme, hukuk sistemlerinde de bütünleşme dönemini getirmiştir. Çoğulcu, özgürlükçü, katılımcı, demokratik bir düzende yaşama bilinci bütünleşme ve dayanışmayı önemli ölçüde zorunlu kılmaktadır. Bu birliktelik çağın dışında kalan görüş ve düşünceleri sorguluyor, değiştiriyor ve insan onuruna aykırı ne varsa ezip geçiyor. En önemlisi de, karanlık ve derin dünyaların tüm hukuk dışı eylemleri aydınlanmakta, egemen olan otoriter düzenler demokratik alana kayarak yer değiştirmekte, farklı kültür, inanç ve yaşayışların *“kökünü kazıma”* anlayışı yerini demokratik sabır ve olgunluğa bırakmaktadır. Ülkemizde temel hak ve özgürlükler ile rejim sorunlarının tartışıldığı bir dönemde, dünyada ikinci, üçüncü, hatta dördüncü kuşak haklara ilişkin yaşanan önemli gelişmeler, halkımıza sunulan refah ve mutluluk seviyesindeki yetersizliği net bir şekilde ortaya koymaktadır.

Yüce Atatürk'ün temellendirdiği Türkiye Cumhuriyetine vatandaşlık bağı ile tutunmuş herkesin düşüncelerini, inançlarını ve duygularını dolu dolu yaşamaları için gerekli zemini oluşturmak demokratik bir hukuk devletinin en temel ödevidir. Böyle bir devletin yeni sorunlara eski cevaplarla karşılık verme hakkı yoktur. Çağı yakalama inancıyla hazırlanmış, evrensel değerlerle örtüşen ekonomik, sosyal, siyasal ve hukuksal çözüm önerileri insan onurunu yücelten en aziz toplum projeleridir.

Son söz olarak önerim şudur *“onurlu insan, güçlü Türkiye”*

Haşim Kılıç'a Armağın

Sayın Cumhurbaşkanım,

Konuşmamın sonunda mahkememizden emekli olan değerli üyelerimize bu vesile ile bir kez daha sağlık ve esenlik diliyorum.

Katılmakla onur verdiğiniz andiçme ve kuruluş yıldönümü töreninde sizleri aramızda görmekten dolayı şahsım ve mahkememiz adına teşekkürlerimi sunarken, gelecek yıllarda demokrasi ve hukuk devletin evrensel değerlerini yakalamış bir Türkiye de buluşmak dileği ile saygılarımı sunuyorum.

ANAYASA MAHKEMESİNİN 49. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ TÖRENİ (25 Nisan 2011)

Sayın Cumhurbaşkanı,

Değerli Konuklar,

Varlık nedeni temel hak ve özgürlüklerin teminatı olarak görev yapmak olan Anayasa Mahkemesinin 49. Kuruluş Yıldönümünde sevincimizi paylaşma imkanı verdiğiniz için, başta siz olmak üzere tüm konuklara Mahkememiz adına hoş geldiniz diyor şükranlarımı sunuyorum. 25 Nisan 2012 günü yarım yüzyılı geride bırakarak 50. Kuruluş Yıldönümünde de birlikte olma dileğimi şimdiden belirtmek istiyorum. Demokratik katılımı sağlayacak ve bireylerin temel hak ve hürriyetlerini güvence altına alacak yeni bir anayasa oluşturma arayışları içinde yapılan ve yapılacak çalışmalara teorik ve felsefi bir boyut kazandırmak amacıyla Anayasa Mahkemesinin bu yılki sempozyum konusunu “*Anayasa Yapımında Temel Tartışma Noktaları*” olarak tespit ettik. Bu konuyu tespit etmede etkin olan diğer bir faktör de Profesör Ronald Dworkin’in davetimizi kabul etme nezaketini göstermiş olmasıdır. 20. yüzyılda hukuk felsefesini derinden etkileyen, onu dönüştüren ve hukuk dünyasına eşitlik ve özgürlük konusunda yenileyici bir bakış getiren değerli bilim adamını yakından tanıma ihtiyacı duyduk. Bu vesile ile aramızda bulunan Sayın Prof. Dworkin’e de katılma nezaketi gösterdiği için teşekkürlerimi sunmak istiyorum.

Sayın Cumhurbaşkanı,

12 Eylül 2010 yılında yapılan referandum sonucu kabul edilen Anayasa değişiklikleriyle Mahkememizde de yapısal ve fonksiyonel anlamda çok önemli değişikliklerin yapıldığı malumdur. Dünyada hak ve özgürlüklere ilişkin yeni bakışlar, demokratik gelişmeler, dayatmacı anlayışlardan bunalan halkın bundan kurtulma arayışları ve tüm bu gelişmelere kayıtsız kalan yargısal direnç, yapılan anayasa değişikliklerinin zorunlu sebepleri arasında sayılabilir.

Yargıda yaşanan olumsuzluklara çözüm bulmak amacıyla yapılan değişiklikler, diliyorum ki yeni sorunların ortaya çıkmasına neden olmaz. Her sorunu yasal düzenlemelerle çözmeye anlayışı, dünyada en çok kanuna sahip olan ülkeler arasına girmemiz sonucunu doğurmuştur. Demokratik hukuk devleti inancı ve geleneği kimi ülkelerde yazılı anayasa yapılmasına dahi ihtiyaç

Haşim Kılıç'a Armağan

göstermemiştir. Türk hukuk dünyasında ortaya çıkan yasa enflasyonunun temelinde, yasama organı ile yargı organları arasındaki güvensizliğe dayalı bir mücadelenin etkileri vardır. Bu organların egemenlik anlayışında ortaya çıkan farklı yaklaşımlar, güvensizliğin ana kaynağını oluşturmaktadır. Hukusal metinlerle uygulama arasındaki kopukluklar, bilinçli ya da bilinçsiz yapılan yorumlar sonunda ortaya çıkan sapmalar, sorunları yasa ile çözme anlayışını tetikleyen diğer bir faktördür. Çok ciddi bilimsel araştırmalara konu olmuş parlamento - yargı ilişkisinden doğan sorunları bir kuruluş yıldönümü konuşmasında geniş bir şekilde dile getirmenin yersizliği ve yetersizliği karşısında fazla konuşmak istemiyorum. Anayasa değişiklikleri ile Mahkememizin yeniden yapılandırılması sonucu yeni görev ve yetki çerçevesinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülerek kabul edilen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Anayasa değişikliğinden sonra uygulamada ciddi sorunlar yaşayan Mahkememize çözüm getirenlere yasa hakkında olumlu ya da olumsuz bir değerlendirme yapmadan öncelikle teşekkür ediyorum. Ancak, bu yasanın komisyonlarda ve Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülmesi aşamasında, bazı milletvekillerinin Mahkememiz ve üyeleri hakkında yaptıkları değerlendirmeler şaşkınlık ve büyük bir üzüntüyle karşılanmıştır. Mahkememizle ilgili yapılan değişiklikler ya da öngörülen imkânlar tamamen parlamentonun takdiri ile şekillenmiştir. Söz konusu takdirin bazı milletvekillerinin, burada tekrarlamaktan utanç duyduğum sözcüklerle, yaptıkları değerlendirmeleri şiddetle reddediyoruz. Kürsü dokunulmazlığının imkânlarından faydalanarak ahlaki ve hukuki temelden yoksun ithamlarla Mahkemeyi kirletmeye kimsenin hakkı yoktur. Mahkeme üyelerinin onur ve şerefle yürüttüğü görev sırasında verdikleri kararlarının, kimi sevindirdiğini ya da üzdüğünü düşünmediğimizi ve de bununla ilgilenmediğimizi herkesin bilmesini isteriz. Dostluk ve husumet duyguları mahkeme kararlarının yönlendiricisi olamaz. Hakaret ve suç içermeyen her türlü eleştiriyi saygı ile karşılıyor ve korumak durumunda olduğumuz temel hak ve özgürlükler kapsamında görüyoruz.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Mahkemenin yeni Kuruluş Yasasında, anayasa değişikliği nedeniyle yapılması gereken zorunlu düzenlemeler dışında idari ve teknik konularda da bazı yeniliklerin getirildiği görülmektedir. Yasanın en önemli bölümü, Anayasa'da öngörülen bireysel başvuruya ilişkin düzenlemelerdir.

49. Kuruluş Yıldönümünü kutladığımız Anayasa Mahkemesinin bu tarihi süreçte kendisinden beklenen *"özgürlüklerin mahkemesi"* işlevini yerine getirebilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan çok sayıdaki başvuru ve bunun sonunda verilen ihlal kararlarının azaltılabilmesi için bireysel

Anayasa Mahkemesinin 49. Kuruluş Yıldönümü Töreni

başvuru hakkının tanınması kaçınılmaz hâle gelmiştir. Bu zorunluluk, sadece yasama ve yürütme organlarının tasarruflarının değil, egemenlik yetkisi kullanan ve insan onurunu korumakla görevli yargı organlarının da sebep olduğu hak ihlallerinin denetimsiz kalmaması anlayışından doğmuştur. Bireysel başvurunun özellikle Anayasa yargısının gelişmesine çok önemli zenginlik katacağına, temel haklar konusunda Türkiye'deki uygulama ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarındaki anlayış farkının ortadan kalkmasına imkân sağlayacağına olan inancımı belirtmek isterim. Esasen bu değişiklikle Anayasa koyucunun iradesi de, uluslararası özgürlük standartlarının iç hukukta uygulamaya geçirilmesini sağlamaktır. 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri uygulamaya geçirilmeye çalışılmışsa da, bu konuda gerekli olan denetimin yetersiz kalması beklenen sonucu doğurmamıştır. Bireysel başvuru yolunun bu denetim açığını kapatacağı konusundaki beklentiler oldukça yüksektir.

Yargı sistemimizde birikmiş olan sorunları çözecek yasal düzenlemeler yapılmadığı takdirde, bireysel başvurunun başarı şansının çok düşük olduğunu bir kez daha yineliyorum. Bunun yapılmaması halinde, bireysel başvuru yolu adil yargılanma konusundaki sorunları daha da büyütecektir.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruyu “*etkin bir denetim yolu*” olarak uygulayamadığı sürece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular azalmayacaktır. Kuruluş yasası ile düzenlenen bireysel başvuruya ilişkin sistemin etkin bir denetim sağlayıp sağlamayacağı 2012 yılının Eylül ayında başlayacak çalışma süreci içerisinde görülecektir. Temennimiz etkin bir denetimin gerçekleştirilmesidir. Sayın Cumhurbaşkanı,

12 Haziran 2011 günü yapılacak olan genel seçimlerin hazırlık aşamasında Siyasi Partilerimizin projeleri hakkında yaptıkları açıklamalardan, sivil toplum örgütlerinin çalışmalarından seçim sonrasında Anayasa'da yapılacak değişikliklerin, siyasi hayatta önemli bir gündem oluşturacağı anlaşılmaktadır.

Toplumsal ortak sorunlarını dile getiren siyasi partilerimizin özgürleşme, sivilleşme ve demokratikleşme konularında ortaya çıkan iradeyi görmezlikten gelmesi düşünülemez. Halkın iradesini emanet etmediği odakların hazırladığı, bu nedenle de evrensel değerlerin, ilkelerin, ölçülerin esas alınmaması sonucunda ortaya çıkan sorunları çözebilmek için, Anayasamızı sıkça değiştirme ihtiyacı ile karşı karşıya olduğumuz bir gerçektir. Bu nedenle, yoğun bir şekilde dillendirilen toplumsal sorunlara kayıtsız kalamayan siyasi partiler ve sivil toplum örgütleri yeni bir anayasa yapımına ilişkin projelerini açıklamaktadırlar.

Hemen belirtmeliyim ki demokrasi, laiklik ve hukuk devleti anlayışına bağ-

Haşim Kılıç'a Armağan

lı olarak geçmişte yaşanan yapay rejim krizlerinin, siyasi partilerimizce sosyal ve ekonomik alanda ortaya çıkan gerçek sorunlara çözüm önerileri şekline dönüştürülmesi, siyasi alanda barışa katkı sağlayacakumut verici gelişme olarak değerlendirilmelidir. Belirtilen anayasal ilkeler, kavgalara kaynaklık yerine barış projelerine ilham kaynağı olmaktadır. Siyaset kurumlarımızın özgürlük ve demokrasi alanlarını genişletmek için ortaya koydukları rekabeti ilgiyle izliyoruz.

Yeni bir anayasa yapım sürecinde sivil toplum örgütlerinin, büyük bir cesaret ve heyecanla ortaya koydukları düşünceler, öneriler ve çözüm yolları yeni oluşacak Meclis üzerinde önemli bir baskı unsuru oluşturacaktır. Önerilerini yazılı bir anayasal metin haline getirmeden olumlu ve olumsuz yönleriyle samimiyet içinde ortaya koymaları, etkileyici bir yöntem olarak oldukça başarılı bir görüntü vermektedir. Statükoyu güçlü bir şekilde ayakta tutmaya çalışanları toplum, olması gereken yerde şekillendirmeye başlamıştır. Teknolojik gelişmeler, bireyleri içi boş önyargılardan arındırarak kendi gözlemine dayalı bilgilerle iradesinin oluşmasına yardımcı olmakta, böylece felaket ve korku üzerine kurulu senaryo üretenleri etkisiz hâle getirmektedir. Başka bir anlatımla, teknolojik gelişmeler ve yaşam tarzları siyasi partilerin ideolojik öngörülerinden daha hızlı ve radikal bir şekilde değişmekte, buna uyum sağlayamayanların ise toplumda karşılığı bulunmamaktadır.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Türkiye'nin anayasacılık tarihi, 1876 tarihli Kanuni Esasi'den başlayarak bugüne kadar 1921, 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları ile oluşturuldu. 1876 Anayasası Padişah tarafından on sekiz bürokrat ve on ulemadan oluşan bir komisyona hazırlatılan ferman anayasasıdır. 1921 Anayasası ise egemenliği doğrudan kullanabilen olağanüstü yetkilere sahip bir Meclis tarafından hazırlandı. 1961 ve 1982 Anayasalarının da askeri müdahaleler sonunda halka sunulduğu yakın tarihimizin gerçekleridir. Bu tarihi gelişimde de görüldüğü gibi, milletin iradesinin egemen olduğu bir anlayışa dayalı anayasal süreç yerine, devlet kurumlarınca hazırlanan ve bu kurumların vesayetini tahkim eden bir anlayışın uygulandığı açıktır. Yapılan doğru da olsa kaynak sorunludur. Bu sorun ancak bireyin onurunu, temel hak ve özgürlüklerini etkin biçimde koruyan daha demokratik, katılımcı, çoğulcu yeni bir anayasa düzeninin oluşturulması ve devlet-birey ilişkisinin daha güvenceli bir yapıya kavuşturulması ile çözülebilir.

Anayasacılık, aydınlanma sürecinde insanlığın, özgürlüklerini koruma, barışı tesis etme ve geleceğini inşa konusunda gösterdiği mücadelenin bir parçasıdır. Toplumların anayasalarını yapma iradesi, kendilerine ait kararların kendileri tarafından verilmesini, kaderleri hakkında söz sahibi olmalarını,

Anayasa Mahkemesinin 49. Kuruluş Yıldönümü Töreni

kısaca kendi sözleşmelerini yapmalarını zorunlu kılmaktadır. Bunu da ancak, iradesi vesayetten kurtarılmış toplumlar yapabilir.

1950 yılında başlayan ve 1980'lerden itibaren hızlanan kentlileşme farklı talepleri ortaya çıkarmaya başladı. Toplum dünya ile bütünleşme yolunda hızla ilerlerken, küresel rekabet siyasal işleyişte ekonominin yeni bir güç olarak ortaya çıkmasına neden oldu. Ekonomik gelişim, alt yapı yatırımlarını hızlandırdı. Artan kişi başına milli gelir ile birlikte iş, hizmet ve finans sektörlerinde dünyaya açılım sağlanması, insanımızın küresel gerçekleri okumasını, bireyselleşmesini, estetik kaygılara önem veren bir davranış kültürü geliştirmesini, yaşamın gerçeklerinden ve bilginin gücünden beslenen özgürlük taleplerini gündeme taşımasını sağladı. Toplum aklını kullanma cesaretini göstermeye başladı.

Gerek ekonomik gelişme, gerekse bu gelişmelerin tetiklediği kültürel ve bireysel özgürlük talepleri, kaçınılmaz olarak bastırılan farklılıkların, kültürel, etnik ve inanç kimliklerinin gün yüzüne çıkmasına neden oldu. Bilgi çağının imkânları ile bu gerçekler daha da netleşti. Geleneksel tarihle siyasal kabuller sorgulanmaya başlandı. Artık Türkiye farklılıklarının bilincinde olarak, geleceği özgüvenle kucaklayacak bir anlayışla kendini yeniden tanımlama aşamasına geldi. Toplum, ulaştığı seviyede insanı merkeze alan bir anlayışla kültürlere, inançlara, dillere ve dünya görüşlerine saygı ekseninde kendi ortak paydasını üretmeye başladı. Bu gelişim de, her şeyden önce toplumun ve bireyin ergin olmayışı ve güvensizlik üzerine kurulu bir anayasal düzenin ayakta kalmasını imkânsız kılıyor.

Bugün farklı bir noktadayız. Ekonomik gelişim, farklılıkların politik kimliklere ve bilinçli tercihlere dönüşmesi, dünyayla etkileşim, toplumu siyasal alanın temel olgusu haline getirmiştir. Toplum, tarihinin hiçbir döneminde olmadığı ölçüde siyasallaştı. Bilginin gücünü kullanmaya başlayan toplumun nesnelliği, karmaşık siyasal süreçleri analitik bir şekilde okuyabilme imkânlarını yarattı. Vesayet kurumlarının anlayabileceği ve denetleyebileceği basitlikten uzaklaştı.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Toplumumuzun son yıllarda siyasi, ekonomik, sosyal ve demokratik alanlarda kaydettiği gelişmeler, ülkeyi koruma ve kollama konusunda olağanüstü kurtarıcılara yönelik çağrı dönemini kapatmıştır. Sorunların artık demokratik yol ve yöntemlerle çözüldüğü bir süreci yaşamak zorundayız. Türkiye Cumhuriyeti'nin kimlik belgesi olarak da tanımlayabileceğimiz Anayasasında devletimiz, insan haklarına dayalı laik, demokratik, sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlanmaktadır. Bu ilkelerin evrensel anlamlarının yapısı değiştirilerek "*bize özgü modeller*" yaratılması sorunlarımızı çözülmekten başka sonuç

doğurmamıştır. Bu değerlerin evrensel orijinalliği bozulmadan hayata geçirilebilmesi için gerekli olan toplumsal kültür oluşmuştur. Artık, bu evrensel gerçekler üzerinde uzlaşma sağlama imkân ve iradesini ortaya koyabilmeliyiz.

Önkoşulsuz bir şekilde, tüm toplumsal farklılıkların siyasal etkinlikleri ve güçleri ne olursa olsun, anayasa yapım sürecinde kurucu ve değerli olarak görülmesi, onların talep ve beklentilerinin anayasa yapımında temel meşruiyet dayanağı olarak kabul edilmesi şarttır. Toplumun merkeze alındığı, Meclisin toplumsal talep ve beklentiler ekseninde anayasa metnini kaleme aldığı ve nihai kararın yine toplum tarafından verildiği bir anayasa yapım süreci barışımızı sağlamanın yolu olarak görülmektedir. Yeni Anayasa'nın barış ve dinamiklerin önünü açması, etkin ve hızlı bir siyasal yapılanmayı esas alması, siyasal yapının karar süreçlerini, yabancılaşmayı ortadan kaldıracak şekilde topluma ve bireylere yakınlaştırması ve Türkiye'yi uluslararası hukukun saygın ve etkin bir üyesi haline getirecek şekilde yapılandırması gerekir. Dışlayıcı hiçbir referans anayasal düzen ilkelerine dönüşmemelidir. Yüzde on seçim barajı nedeniyle, temsil oranı sorunlu olan bir Meclisin tüm kesimlerinin yeni anayasa yapım sürecine dâhil edilebilmesinin yolunun, Parlamento dışında bulunan siyasi partilerle sıcak bir diyalogun kurulmasına bağlı olduğunu belirtmeden geçemeyeceğim.

Anayasa'nın 175. maddesinde anayasa değişikliği için öngörülen nitelikli çoğunluk anlayışının içinde, uzlaşmaya dönük örtülü bir yaklaşım olduğu düşünülebilirse de bu, çoğunluğu elde edenlerin azınlıkta kalan diğer görüşleri ve farklılıkları yok sayma, dışlama ya da dayatma yolunu haklı kılamaz. Ancak, nitelikli çoğunluk dışındaki görüş sahiplerinin de bu gücü bloke etme, etkisizleştirme gibi davranış sergilemelerine de izin verilemez. Doğal hukukla örtüşen evrensel değerler üzerinde geniş katılımlı bir iradeyi oluşturmak zor değildir. Yeter ki demokrasinin müzakere imkânlarından faydalanarak çözüm bulma iradesi samimiyetle ortaya konulabilsin. Toplumun tanıklığında ortaya konulan bu samimi duruşlar, çoğunlukçu, dayatmacı ve *"ben yaptım oldu"* noktasındaki düşünce sahiplerinin haksızlığını açıkça ortaya koyacaktır. Siyaset kurumları, geçmişte yaşanan fahiş hatalarla hesaplaşarak, sorunlara çözüm önerilerini cesaretle sunabilmelidirler. Ümit ediyorum ki bu gayret, Anayasa Mahkemesine dava açmak suretiyle sorun çözme kolaycılığını da ortadan kaldıracaktır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Türkiye'de demokratikleşmeyi engelleyen en önemli sebeplerden birisi de Siyasi Partiler Kanunu'nun çağı yakalayan, çoğulculuk ve temsil esasına uygun bir yapıya kavuşturulamamasıdır. Anayasa'da yapılan değişikliklere

Anayasa Mahkemesinin 49. Kuruluş Yıldönümü Töreni

paralel olarak Siyasi Partiler Kanunu'nda gerekli değişiklikler yapılmadığından dolayı, Anayasa Mahkemesinin siyasi ve mali denetim görevi güçlkle yürütölmektedir. Anayasa'da belirtilen siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin sebeplerin Siyasi Partiler Kanunu'nda yeterli ve anlaşılabilir şekilde açılımlarının yapılmamış olması, suçların yasallığı ilkesiyle de çelişmektedir. Nitekim 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 78. maddesinden 90. maddesine kadar düzenlenmiş olan siyasi partilere ilişkin yasaklar, Anayasa'da yapılan değişikliklere paralel olarak gerekli uyarlamalar yapılmadığından uygulanamaz durumdadır. Siyasi Partiler Kanunu'nun 104. maddesinde ise, parti kapatma sebepleri dışında öngörölen yasaklara uyulmaması halinde, verilecek olan ihtar kararının gereğı yerine getirilmediğı takdirde nasıl bir yaptırım uygulanacağı belli değildir. Daha önce, belirtilen bu yasaklara uymayan siyasi partilere kapatma davası açılır iken, anayasa değişikliğı ile bu yaptırım kaldırılarak, Devlet yardımından kısmen yada tamamen yoksun bırakılma cezasına dönüştürölmüş; ancak, bu hüküm de Devletten yardım alan ve almayan siyasi partiler arasında eşitsizlik yarattığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Esasen, Anayasa Mahkemesinin bu kararı siyasi partilerin bir kısmına bütçeden yapılan yardımların da adil olmadığına açık bir ifadesidir. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na göre, partilere bütçeden ödenen devlet yardımı, genel seçim barajını aşmış olan partilerle milletvekili seçimlerinde en az %7 ve yukarı oy almış olan partilerimize yapılmaktadır. Bir başka anlatımla %0 ila %7 arasında oy almış partilere hiçbir şekilde yardım yapılmamaktadır. Nitekim adil olmayan bu dağılım Anayasa'nın 69. maddesinde öngörölen *"Devlet yardımından kısmen ya da tamamen yoksun bırakma"* yaptırımını, devlet yardımı almayan partiler yönünden uygulanamaz hâle getirmiştir. Siyasi partilerin siyasi yönden denetim konusu gündeme gelmişken, Anayasa Mahkemesinin son yıllarda parti kapatma davalarında siyasi özgürlükler lehine ortaya koyduğu uygulamaların belirtilmesi gerekir.

1990 ila 2000 yılları arasında on dokuz siyasi parti hakkında Mahkememize açılan kapatma davası bulunmaktadır. Bunlardan on beş adet dava, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütönlüğü ile laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı faaliyetlerden dolayı; kalan dört dava ise, çeşitli sebeplere bağılı olarak açılmıştır. Söz konusu on dokuz kapatma davasının on yedisi hakkında partilerin kapatılmasına, ikisi hakkında da kapatma isteminin reddine karar verilmiştir.

2001 ila 2010 yılları arasında ise on beş siyasi parti hakkında kapatma davası açılmış, bunlardan birisi hakkında kapatma kararı, on dava hakkında red kararı, dördü hakkında ise davanın düşürölmesine karar verilmiştir.

Bu sayılardan da göröleceğı gibi, 2001 yılından sonra Anayasa Mahkemesinin parti kapatma davalarında önemli bir tavır değişikliğı sergilediğini söyle-

Haşim Kılıç'a Armağan

yebiliriz. 2000'li yıllardan sonra Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma davalarında başlattığı bu önemli değişikliğin sebebi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Mahkemesinin kararlarında belirtilen kriterleri esas olan bir yaklaşım göstermeye başlamasıdır. Başka bir anlatımla, terör, şiddet ve baskı bağlantılı parti çalışmaları dışında kalan faaliyetler, ifade ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirilerek, kapatma kararına dayanak teşkil eden delil olarak kabul edilmemiştir. Başka farklı düşünceler varsa da ana neden bu gerekçe üzerinde yoğunlaşmaktadır. Sebep ne olursa olsun parti kapatma davalarında ortaya çıkan bu sonuç, özgürlükler bağlamında çok önemli ve önemli olduğu kadar da demokrasi adına sevindirici bir gelişmedir. Siyasi partilerin ifade ve örgütlenme özgürlüklerine ilişkin alanın bu şekilde genişletilmesi, sorunları çözücü niteliği ile demokratik, laik hukuk devletinin güvencesi olmaya önemli katkı sunacaktır.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da siyasi partilerin mali denetimlerinin Sayıştayca yapılabileceği, denetim sonuçlarının ise Anayasa Mahkemesince karara bağlanacağı öngörülmüştür. Ancak, bireysel başvuru ile oluşacak iş yükü gözetildiğinde muhtemel anayasa değişikliğinde bu görevin Anayasa Mahkemesinden tümüyle alınmasının yerinde olacağı düşünülmektedir.

Siyasi Partiler Kanunu'nun demokratik devlet sürecini doğrudan etkileyen siyasi partilerin işleyişine ilişkin konulardaki mevcut olumsuzluklar ilgililer tarafından her vesileyle dile getirildiğinden zamanınızı almak istemiyorum. Ancak, son günlerde siyasi hayatta meydana gelen olaylar, Anayasa ile siyasi hayatı düzenleyen yasaların içeriğinin, ne zaman patlayacağı belli olmayan mayınlarla dolu olduğu gerçeğini bir kez daha ortaya çıkarmıştır. Sorunlar daha ortaya çıkmadan Anayasa ve yasalardaki siyasi hakları etkileyen anti-demokratik kuralların acilen ortadan kaldırılması, yasama organının ülke barışına yapacağı en hayırlı hizmet olacaktır. Zira uyuşmazlıkların doğması ile ortaya çıkan çözüm gayretlerinin bedeli ağır ödenmektedir.

Uygulamalardan ya da yasal düzenlemelerden kaynaklanan olumsuz gelişmeler bahane edilerek toplumun terörize edilmesi, sokakların ve meydanların yaşanmaz hâle getirilmesi tarihin hiçbir döneminde sorunları çözmemiştir. Hak ihlallerine karşı terör ve şiddet bağı kurulmadan demokratik tepkilerin gösterilmesi anayasal bir hak olduğu kadar, bireylerin ya da örgütlerin görev ve sorumlulukları kapsamındadır. Dileğimiz sorunlar çözülürken demokrasi ile bağın koparılmamasıdır. Hiçbir özgürlük, terör ve şiddetin teminatı olmaz. Hak ve özgürlüklerini kullanırken terörle ortaklık kuranların hiç kimse-den demokratik tavır ya da sabır beklemeye hakkı yoktur.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Anayasa Mahkemesinin 49. Kuruluş Yıldönümü Töreni

Değerli Konuklar,

Konuşmamın sonunda 2010 ve 2011 yılında kaybettiğimiz Mahkememize çok önemli hizmetler veren değerli büyüklerimizden emekli üyelerimiz Mustafa Gönül, Ali Hüner, Selçuk Tüzün ve Mitat Özok'ı tekrar saygıyla anıyor kendilerine Allah'tan rahmet diliyorum.

Onur verdiğiniz 49. Kuruluş Yıldönümü töreninde sizleri aramızda görmekten dolayı şahsım ve Mahkememiz adına teşekkürlerimi sunarken, gelecek yıl kutlayacağımız 50. Kuruluş Yıldönümünde daha aydınlık bir Türkiye'de buluşmak dileğiyle saygılarımı sunarım.

ANAYASA MAHKEMESİNİN 50. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ TÖRENİ

(25 Nisan 2012)

Sayın Cumhurbaşkanı,

Yurtdışından gelen elli yedi ülkenin çok değerli Anayasa Mahkemesi Başkanları, Üyeleri ve beraberindeki misafirler,

Saygıdeğer Konuklar,

Değerli Basın Mensupları,

25 Nisan 1962 yılında kurularak çalışmaya başlayan Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 50. Kuruluş Yıldönümünde sizlerle beraber olmanın mutluluğunu yaşıyoruz. Katılmakla sefa getirdiniz, Onur verdiniz, güç kattınız. Bu nedenle şahsım ve T.C. Anayasa Mahkemesi adına şükran borcumuzu yerine getirirken hepinize saygı ve sevgiyle hoş geldiniz diyorum.

Mahkememizin 50. Yıl tören ve etkinliklerine dünyanın dört kıtasından gelen ülkelerin Anayasa Mahkemesi veya anayasa yargısı görevini yürüten Yüksek Mahkeme Başkan ve Üyeleri ile başta Lahey Adalet Divanı Üyeliği yapmış Saygın Hukukçu Ürdün Başbakanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı, Venedik Komisyonu Başkanı ve Afrika Anayasa yargısı Konferansı Başkanı olmak üzere, tüm konuklarımızın bu mutlu günümüze katılmış olmaları bizleri ziyadesiyle onurlandırmıştır.

T.C. Anayasa Mahkemesinin 50. yaşını idrak ettiği bu onurlu günümüzde Mahkeme üyeliğine seçilen iki değerli arkadaşımızın and içerek aramıza katılmaları hem gücümüzü hem de sevincimizi bir kat daha arttırmıştır. Danıştayda uzun yıllar görev yaptıktan sonra seçilen Sayın Muammer Topal, erdemli kişiliği, çalışkanlığı ve birikimleriyle Mahkememiz için yeni bir soluk olacaktır. Üniversite kontenjanından seçilen, anayasa hukukunda yaptığı çalışmalar ve özgürlüğü esas alan yaklaşımlarıyla kamuoyunun yakından tanıdığı değerli bilim adamı Sayın Prof. Dr. Zühtü Aslan'ın aramıza katılmış olması evrensel nitelikte değer taşıyan yorumlarıyla anayasa yargısına güç katacaktır. Her iki meslektaşımızın da çalışma dönemlerinde çağdaş yorumlarıyla sorun üreten değil, sorun çözen mahkeme anlayışına destek vereceklerine, temel hak ve özgürlükleri her türlü değerın üstünde tutarak, demokratik hukuk devletinin tam bir tarafsızlık içinde koruyucusu ve güvencesi olacak-

Anayasa Mahkemesinin 50. Kuruluş Yıldönümü Töreni

larına inancımı belirterek, yeni seçilen üyelerimizi kutluyor başarılarının devamını diliyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi bugün elli yaşındadır. Geride bıraktığımız yarım asır içinde, neler yaptığı ya da neler yapmadığı hukuk tarihine ve aziz milletimizin vicdanlarında kayıtlara geçmiştir. Mahkemenin elli yıllık çalışmasının bilançosunu çıkartarak bunların değerlendirmesini yapmak bizlere düşmez. Siyaset bilimcileri, değerli hukukçular ve ilgili olan herkes, Mahkemenin elli yıllık tarihini yargılayarak olumlu ya da olumsuz nerede durduğumuzun tespitini yapacak, geleceği aydınlatma adına bizlere ışık ve yön verecektir.

Anayasa Mahkemelerinin varlığı, devlet iktidarının sınırlandırılması ve siyasi otorite ile bireylerin temel hak ve özgürlükleri arasında olması gereken evrensel ölçülere uygun denge sisteminin kurulması, böylece “*insan onuru*”nun güvence altına alınması ihtiyacından doğmuştur. İnsanlık onurunu doğrudan etkileyen, hak ve özgürlük ihlalleri mahkemelerin adil kararlarıyla giderilmiş olur. Kabul etmek gerekir ki mahkeme kararlarının herkesi aynı şekilde memnun etmesi beklenemez. Bu süreçte mahkemeler, verdiği kararları alkışlayanlar ile acımasızca eleştirenlerin tepkisiyle karşı karşıyadır.

Ancak belirtmek gerekirse, Mahkeme üyelerinin onur ve özveriyle yürüttükleri görevleri sırasında verdikleri kararlarının, taraflardan kimi sevindirdiğini ya da üzdüğünü düşünmediklerini ve ilgilenmediklerini herkesin bilmesini isteriz. Hakaret ve suç içermeyen her türlü eleştiri bizim için azizdir. Ve saygı ile karşılıyoruz. Dahası, mahkemelerin kendilerini gözden geçirmeleri ve içtihatlarını geliştirmeleri açısından eleştiri yapılmasında esasen fayda da görüyoruz. Eleştirinin, şok düşünce ve sarsıcı ifadelerin olmadığı bir sistemi demokrasi kavramıyla tanımlayamayız. Demokratik bir sistemde yargı kendine güvenen, risk alan, sorunlara çözüm üreten, bireysel ya da toplumsal öfkeyi sakinleştiren fonksiyonu nedeniyle böyle bir duruş sergilemek zorundadır. Amacımız temel hak ve özgürlükleri doğal yapısından uzaklaştırmadan tam olarak kullanılır hâle getirmektir. Anayasa Mahkemeleri; anayasal çizgiyi esas almak suretiyle siyasi aktörler arasında hakemlik fonksiyonunu yerine getirirken, taraflara lojistik destek sağlayan bir kurum olamayacağı gibi, milletin iradesini temsil edenlere çelme takma yeri olarak da kullanılamaz. Bazılarının mutluluğunu arttırmak için başkalarının özgürlüklerinin özünü zedelemek gibi bir yanlışlığa da izin verilemez.

Özgür düşüncenin ve eleştirinin olmadığı yerde dogmatizmin saltanatı ve “*tek doğru*” anlayışı vardır. Bu anlayışın, farklı olanların bir arada yaşamasına, bilimsel ve toplumsal gelişmeye nasıl engel olduğunu tarihi tecrübeler acı bir

Haşim Kılıç'a Armağan

şekilde bize göstermiştir.

İçinde bulunduğumuz 21. yüzyılda, yoğun bir şekilde yaşanan tecrübe ve gelişmelerden sonra, insan haklarına yönelik ulusal ve uluslararası korumanın daha etkin hâle gelmesi zorunludur. İnsan hak ve özgürlüklerine, ulusal düzeyde koruma sağlanamadığı takdirde uluslararası kuruluşların devreye girdiği bilinmektedir. Bu nedenle özellikle anayasa şikâyetinin kabul edildiği ülkelerdeki anayasa mahkemelerinin hak ihlallerini giderici yönde etkin çalışması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi uluslararası yargı organlarının ikincil niteliğine uygun olacak ve bu organların iş yükünü hafifletecektir.

Hak ve özgürlükler artık evrenseldir. Onları derinleştirmek, tehditler karşısında güvence altına almak anayasa mahkemelerinin temel görevidir. Anayasa yargısının özü; ırk, renk ve inancı ne olursa olsun, insan olma ortak paydasına sahip olan herkesin onurunu yüceltmektir. Zira kâinatın özünün insan, insanın özünün de onuru olduğunun bilincindeyiz.

Sayın Cumhurbaşkanı,

12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandumda kabul edilen Anayasa değişiklikleriyle Anayasa Mahkemesinin yapısında ve görev alanında önemli değişiklikler yapılmıştır. Anayasa'nın 148. maddesine göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde belirlenen temel hak ve özgürlüklere denk düşen Anayasamızdaki temel hak ve özgürlüklerin, bir kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla bireyler, Anayasa Mahkemesine şikâyetle bulunabileceklerdir. Bu şikâyetleri incelemek ve sonuçlandırmak üzere Mahkeme bünyesinde iki bölüm oluşturulmuş ve bölümlerin 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren başvuruları kabul etmeye başlayacağı kurala bağlanmıştır. Hak ihlaline uğrayanların umut ve beklentilerini arttıran, bu olağanüstü kanun yolunun işlerlik kazanması için hazırlıklarımız hızla devam etmektedir. Bu bağlamda, Avrupa Konseyi Ankara temsilciliği ile yapılan projeler kapsamında, başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olmak üzere, bireysel başvuru yolunun başarıyla uygulandığına inandığımız, Federal Almanya ve İspanya Anayasa Mahkemelerinin uygulamalarını yerinde incelemek ve araştırmak üzere hâkimlerimiz altı aydır bu ülkelerde çalışmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Yasası da Anayasa'daki değişikliklere uygun olarak parlamentodan geçmiş ve uygulanmaya başlanmıştır. Mahkeme işleyişine ilişkin içtüzük taslağı hazırlanmış ancak, bireysel başvuruya ilişkin esas ve usuller konusunda düzenlemeler yapılmak üzere, yurt dışından gelecek hâkimlerimizin yeni önerileri için beklemeye alınmıştır. Bireysel başvurunun başarı ile uygulanmasında doğrudan ilgili gördüğümüz, işlemlerin elektronik ortamda yürütülmesi konusunda Adalet Bakanlığımızın UYAP sistemi ile bağlantı kurulmuş, bilgisayar programlarının yapımı için anlaşma sağlan-

Anayasa Mahkemesinin 50. Kuruluş Yıldönümü Töreni

mıştır. Anayasa Mahkemesinin bilgi işlem merkezini, temel hak ve özgürlüklerle ilgili dünyadaki tüm gelişmeleri yakından izleyecek her türlü bilgi, belge, karar ve dökümana ulaşılabilir bir merkez haline getirmek üzereyiz. Avrupa Konseyi ile yapılan proje kapsamında yurtdışı ve yurt içinde bireysel başvuru konusunda uzmanlaşmış hukukçularla üye ve raportörlerimizin yuvarlak masa toplantıları yoğun bir şekilde devam etmektedir. Türk Hukuk sistemine ilk defa giren bireysel başvuru gibi önemli bir hak arama yolunun, bütün ayrıntılarıyla yasal bir düzenlemeye bağlı tutulmasının zorluğu açıktır. Ayrıntıların ve uygulama aşamasında oluşacak bazı boşlukların Mahkemenin İçtüzüğü ve içtihatlarıyla şekilleneceğinin kabulü gerekir.

Bireysel başvurunun “*etkin bir denetim yolu*” haline gelmedikçe, hukuk dünyası tarafından kabul görmeyeceğinin bilinci içindeyiz. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve onu uygulayan Mahkemenin bugüne kadar verdiği kararlarla Anayasamızda bunlara denk düşen temel hak ve özgürlükler arasında “*öz yönünden*” uyum sağlanma zorunluluğunun önemi açıktır. Anayasamızın 90. maddesine göre, ulusal yasalarla, temel haklar içeren uluslararası antlaşma hükümlerinde farklı anlayışların ortaya çıkması halinde, uluslararası antlaşmaların esas alınacağı konusundaki düzenleme, “*öz yönünden uyum konusunda*” büyük bir imkân sağlayacaktır. Bu anayasal imkânlar kullanılmak suretiyle Türk Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlükler konusunda, yerleşik “*evrensel standartlarla*” örtüşen kararlar üreteceğine inancımı belirtmek isterim. Anayasa Mahkemesinin etkin bir denetim yapabilme konusundaki başarısının ancak adli, idari ve askeri yargı alanında yapılacak olan yargı reformlarıyla yakından ilgili olduğunu vurgulamadan geçemeyeceğim. Türk Yargı Sisteminde yıllardır oluşmuş tıkanıklıklar giderilmedikçe, adil yargılanma konusunda bireysel başvuru yolunun başarı şansının, oldukça düşük olduğunu üzülerek belirtmek zorundayım.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Mahkememizin kuruluşunun 50. yılında misafirimiz olan ülkelerin çok değerli Mahkeme Başkanları ve Üyelerinin katıldığı sempozyum konusunu dünyadaki gelişen hak ve özgürlük hareketlerine ayırarak, bu alanda yaşanan sorunlara çözüm üretecek bir hukuk şölenine dönüştürmek istedik.

Bu bağlamda, tespit edilen sempozyum konusuna da uygun olarak hak ve özgürlükler üzerinde ciddi bir tehdit oluşturan “*birikmiş öfke ve nefret duygularının*” altını çizerek dikkatlerinize sunmak istiyorum.

İnsanlığın varoluşundan itibaren bireysel, toplumsal ve küresel öfke birikiminin olduğu bir gerçektir. Bu birikim, bazen yükselerek bazen de makul ölçüler içinde kalarak hayatımızın bir parçası olmuştur. Çoğu zaman nefrete de dönüşebilen bu öfkeye ırk, dil, din, renk, mezhep, ideoloji, her türlü

Haşim Kılıç'a Armağan

ayırımcılık ve adaletsiz gelir dağılımının kaynaklık ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Saydığımız kaynakların beslediği öfke, insanlığın var oluşunun gerekçesi olan, temel hak ve özgürlüklerimiz için her zaman tehdit unsuru olmuştur. Bunlara dayalı hak ve özgürlük ihlalleri dünyanın birincil sorunu olmaya devam etmektedir.

İşte bugün, söz konusu ihlallerin geldiği noktayı konuşmak, çözüm projeleri sunmak ve belirtilen sorunla doğrudan ilgili olan dünya ile anayasa mahkemelerinin rolünü görüşmek üzere, Mahkememizin ellinci kuruluş yıldönümünün bize verdiği eşsiz fırsattan faydalanmak istiyoruz. Dünya barışının buradan çıkacak mesajlara ihtiyacı vardır.

Toplumun bir arada yaşama koşullarını düzenleyen anayasalar ile buna uygun çıkarılan yasalar, onurlu bir hayatın nasıl olması gerektiği konusunda kapsamlı pozitif kurallar içermektedir. Ancak, bu pozitif kuralların, yaşanan hak ve özgürlük ihlallerini yalnız başına çözemediği herkesin kabul edeceği açıklıktaki bir gerçektir. İnsani ve ahlaki değerlerin destek vermediği kuralların sorun çözme şansı oldukça düşüktür. Kuralların sorun çıktıktan sonraki aşamada gösterdiği etki, onarıcı niteliği olsa da yetersiz kalıyor. Önleyici ve caydırıcı bir alan yaratmak için, sevgi ikliminde gelişen insani ve ahlaki değerlerin yardımı kaçınılmazdır. Hak ihlalleri bireylerin önce vicdanlarında sessiz bir devrime sebep olmakta, sonra da meydanlarda eyleme dönüşerek seslendirilmektedir. İşkenceye uğramış insanların onur sesine, bizlerin de hep beraber, insan onurunu koruyan kararlarımızla cevap vermemiz gerekir.

Doğuştan sahip olduğumuz ve insanoğlunun en değerli varlığı olarak tanımlanan *“insanlık onuru”*’nu güvence altına alan anayasalar ve yargı organları bu değeri koruyabildikleri ölçüde ölümsüzleşiyorlar. Bireyin sadece kendisinin ya da ait olduğu topluluğun hak ve özgürlüklerini savunduğu bir düzeni demokratik sistem adı ile ifade edemeyiz. Her türlü farklılıkların birlikte yaşama iradesini ancak başkalarının haklarını savunan onurlu insanlar hayata geçirebilir. *“Söylediklerinize katılmıyorum ancak, ifade özgürlüğünüzü ölünceye kadar savunacağım”* diyen Voltaire, tarihte bu çağrıya en özlü karşılığı veren büyük eylemcilerden biridir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bireyin hayatını anlamlı kılan, ona yaşama sevinci veren düşüncüyü ifade etme özgürlüğü ile din ve vicdan özgürlüğünü dışarıya yansıtmadan, bireyin iç dünyasında kalması gerektiğine indirgeyen anlayışlar toplumda hiçbir zaman kabul görmemiştir. İnsanlık tarihi, bu iki özgürlüğün yaşam hakkından bile önce geldiğini belgeleyen olaylarla doludur. Sözüünün engellenmesini ölümle eş tutan büyük düşünür ve gönül ereni Yunus Emre de;

Anayasa Mahkemesinin 50. Kuruluş Yıldönümü Töreni

“Behey Yunus, sana söyleme derler

Ya ben öleyim mi söylemeyince”

diyerek bu özgürlüğün vazgeçilmez boyutunu insanlığa iletiyordu.

Bireyin iç dünyasından çıkmamış ve toplumun beğenisine sunulmamış bir düşüncenin ya da inancın anayasal korumaya zaten ihtiyacı olamaz. Kendini ifade edebilmek, vicdanı özgürleştirmek, savaş yerine barış getirir. Bunun için özgürlükler adına duyulan korku ve kaygıları göz ardı edemeyiz. Düşünceyi ifade ve inanç özgürlüğü için çizilmiş sınırlar, o ülkenin demokratik sicilinin belirgin ölçütüdür. Evrensel kavramlara farklı anlamlar yükleyerek *“evrensel dil”* ortaklığımızı ortadan kaldırmadan, bu dilin imkânlarını kullanmak suretiyle birbirimize ulaşabilmeliyiz.

İnsanlık onuruna saygı, insanların ne düşüneceğine, neye inanacağına ve nasıl bir hayat tarzını seçeceğine kendisinin karar vermesini zorunlu kılar. Esasen anayasa yargısının meşruiyeti de, bireylerin bu tercihlerini güç sahiplerine karşı koruma konusunda gösterdiği başarıya bağlıdır.

Siyasi önderler ve gücü elinde tutanlar savaş dilini değil, barış dilini tercih ederek kalplerin yumuşamasına katkı sunmalıdır. Zira gücü elinde tutanlar sevgi ve merhamet duygularını içinde barındıran *“ana yürekli”* olmaya herkesten daha çok zorunludurlar. Demokrasinin, kutsal kitapların ve tüm öğretilerin insanlığa sunmaya çalıştığı sevgi, hoşgörü ve uzlaşma kültürünü ancak bu yüreklerde yetiştirebiliriz.

Öfkenin ve nefretin yürek toprağına saçtığı tohumların nerede ne zaman yeşererek, hangi masum ve mazlum insanlara gözyaşı döktüreceğini bilemezsiniz. Unutulmamalıdır ki adil olmayan kralların çocukları bu tehlikeye daha yakındır. Özgürlüklere ilişkin sorunların ulusal sınırlar içine hapsedilerek ülkelerin *“iç işi”* olma niteliği oldukça zayıflamış, artık, tüm dünyanın katıldığı ortak vicdanın denetimi altına girmiştir. Yaşanan hak ihlallerinin doğurduğu sorunların biriktirdiği küresel öfke, dünyada önemli fay hatları oluşturmuş özellikle son yıllarda Kuzey Afrika hattındaki kırılmalar, otoriter ve totaliter yönetimlerin hukuk dışı varlıklarını ortadan kaldırmıştır. Sonuçta, demokrasinin kendine yapılmış müdahalelerin hesabını er veya geç sormaktan çekinmediğini yakın tarihteki olaylar bize göstermiştir.

Demokrasi, bu sorunlara çözüm olarak demokratik sabır, hoşgörü ve güven ortamında tanışmayı, konuşmayı ve uzlaşmayı öneriyor. Ve diyalog çağrısı yapıyor. Bağlantı kurulamaz ise tanışamayız ve sevginin gücünden faydalanamayız. Eflatun’un ifade ettiği gibi *“diyalog doğruyu tespit etme yöntemidir.”* Ötekini yenerek zafer kazanma duygusunun karıştığı diyalog kültürü sorun çözemez. Anayasa mahkemeleri, verecekleri mesaj ve kararlarıyla sevgi ve

Haşim Kılıç'a Armağan

hoşgörü eksenindeki bir iklimi yaşatmaya devam etmelidir. Yeri gelmişken geciken bir teşekkür borcumuzu burada ödemek istiyorum.

Tarihte kalmış olayların kin ve nefretini günümüze taşıyarak, ülkeler arasında yeni sorunlar doğuracak bir yasayı, verdiği kararlar ortadan kaldıran Fransız Anayasa Konseyinin insanlık onuruna bağlılığını ve katkısını şükranla anıyor, imza atanları yürekten kutluyorum.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Çok değerli konuklar,

Demokrasi ve hukukun üstünlüğü temelinde çözülemeyecek hiçbir sorun yoktur. Tüm anayasa mahkemeleri karşılıklı anlayış ve işbirliğine dayanan bir dünyada yaşamak için kendilerine düşen görevi yapmanın bilinci içindedir. T.C. Anayasa Mahkemesi de, 50. Kuruluş Yıldönümüne katılarak verdiğiniz güçle hoşgörünün, uzlaşmanın insan haklarının, hukuk devletinin, ülkemiz ve dünya barışının bekçisi olmaya devam edecektir.

Başta zatiâîlileri olmak üzere, katılan tüm konuklarımıza ayrı ayrı teşekkür ediyor, gülümseyen daha aydınlık bir Türkiye'de ve Dünya'da buluşmak dileği ile saygı ve sevgilerimi sunuyorum.

ANAYASA MAHKEMESİNİN 51. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ TÖRENİ

(25 Nisan 2013)

Sayın Cumhurbaşkanı,

Asya Anayasa Mahkemeleri Birliğine Üye Ülkelerin Sayın Başkan ve Üyeleri,
Değerli Misafirler,

Anayasa yargısı alanında hukukun üstünlüğünü gerçekleştirmek, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak, hukuk devleti ilkelerini toplumda ege-men kılmak amacıyla görev yapan T.C. Anayasa Mahkemesinin 51. Kuruluş Yıldönümü etkinlikleri ile Mahkememize yeni seçilen üyemizin yemin töre-nine katılarak sevincimizi paylaşmanızdan dolayı başta siz olmak üzere, ülke dışından gelen Mahkeme Başkanları ile beraberindeki heyet üyelerine ve tüm konuklarımıza Mahkememiz adına şükranlarımı sunuyor hoş geldiniz diyo-rum.

Bugün andiçerek görevine başlayan değerli meslektaşımıza başarı, sağlık ve esenlik dileklerimizi bildiriyor, ileri bir demokrasi ve hukuk devleti anlayışını zenginleştireceğine olan inancımızı belirtmek istiyorum. Hukukçu kimliğiyle yıllarca sürdürdüğü üst düzey kamu görevlerinde elde ettiği birikimlerin bunu sağlamaya yeterli olduğu görülmektedir. Anayasa'nın, evrensel ilkele-rin ve yasaların şekillendireceği vicdani kanaati dışında, hiçbir etki ve baskı altında kalmadan onurlu ve sorumluluk isteyen bu yüce görevi yerine geti-recekleri kuşkusuzdur. Daha aydınlık bir Türkiye için buna ihtiyacımız var. Sayın Emin Kuz'a başarı dileklerimi yinelerken yolunun açık olmasını diliyo-rum.

Sayın Cumhurbaşkanı,

2012 yılı içinde Güney Kore'nin başkenti Seul'de Asya Anayasa Mahkeme-leri Birliği açılış kongresi yapıldı. Rusya, Türkiye, Endonezya, Pakistan, Fili-pinler, Özbekistan, Kazakistan, Malezya, Moğolistan, Tacikistan ve Tayland asıl üye olarak katılmış ve konferansın sonunda iki yıl sürecek başkanlık gö-revini Türk Anayasa Mahkemesinin üstlenmesi oy birliğiyle kabul edilmiştir. Bu yıl hazırlık toplantısını, gelecek yıl ise ikinci kongresini İstanbul'da gerçek-leştirmek üzere birlikte olacağız.

Haşim Kılıç'a Armağan

Türkiye, Asya ve Avrupa kıtalarında olması nedeniyle aynı zamanda Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansına da üyedir. Venedik Komisyonu öncülüğünde oluşmakta olan Dünya Anayasa yargısı Konferansına da Mart ayı içinde üyelik başvurmuzu yaptık.

Türk Anayasa Mahkemesi elli yıllık tecrübesi ve birikimi ile bu örgütler içinde etkili biçimde yer almaya devam edecektir. Ayrıca, Mahkeme olarak bugüne kadar 15 ülkeyle ikili işbirliği protokolleri imzalamak suretiyle yoğun bir uluslararası diyalog sürecini başlatmış bulunuyoruz.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Uluslararası boyutlarını kısaca özetlediğim bu çalışmalar hakkında bilgi arz etmemin sebebi gayet açıktır. Dünyada kurulu anayasa mahkemelerinin asli ve ortak görevi; ırk, renk, din ve inancı ne olursa olsun, insan olma ortak paydasına sahip olan herkesin doğuştan varlığına inandığımız *“insan onurunu”* korumak ve gözetmektir. Esasen bu değeri korumak birincil derecede yasama ve yürütme organlarının görevi olup yargı, son tahlilde bir ihlal varsa bunu ortadan kaldıran güçtür.

Biz, insan onurunun güçlü bir kaynak olduğuna inananlarız. Bu kaynak, insanlık tarihinin en başından bugüne kadar siyaseti, ekonomiyi, sosyal hayatı ve kültürleri derinden etkilemiştir. Temel hak ve özgürlüklerle, adalet duygusunu içinde barındıran *“insan onuru”*, yaratıcıdan iz ve işaretler taşıması nedeniyle de ilahi dinler başta olmak üzere tüm inanç sistemlerinin ve medeniyetlerin de koruması altına alınmış en yüce değerdir. Dünyadaki yazılı anayasa metinleri incelendiğinde doğrudan ya da dolaylı olarak daha ilk maddelerinde insanlık onurunun korunması ve kollanması teminat altına alınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda devletin kimlik bilgisi kapsamında yerini alan Cumhuriyetin temel niteliklerinden demokratik, laik, sosyal, hukuk devleti ilkeleri de bütünüyle *“insan onurunu”* yüceltmek amacıyla hizmet etmesi gereken temel değerlerimizdir. Belirtilen ilkeleri evrensel tanımlarından koparmadan yorumlamak bu korumanın başarı şansını yükseltecektir.

Kimliği, kişiliği, unvanı ne olursa olsun, hak ve özgürlüğü ihlal edilen her bireyin insan onuru yara almış demektir. Bu ihlali giderme görevi son noktada yargıya emanet edilmiştir. Yargı bu görevini yerine getirirken belli bir ideolojiye mensup olanların hayat tarzlarını güvenceye almak için, ötekilerden özgürlükleri kaçırmaya çalışırsa ayakta kalma şansı yoktur. Adil olmayan bir yargı zulmediyordur. Selçuklu İmparatorluğunun büyük devlet adamı Nizamülmülk *“devletler küfürle devam edebilir, ancak zulümle payidar olamaz”* derken adil olamayan her davranışı zulüm olarak tanımlamıştır. Adil olmak herkes için gereklidir, ancak yargı mensupları için olmazsa olmaz gerekliliktir. Hâki-

Anayasa Mahkemesinin 51. Kuruluş Yıldönümü Töreni

min vicdanına emanet edilen insanın onurunu ancak adaletle yüceltebiliriz. Bu nedendir ki, dünyadaki yargı kuruluşları belirtilen amacı gerçekleştirmek üzere güç birliği yapmaktadır. Hak ihlallerinin doğurduğu olumsuzluklar, küreselleşen dünyada sınırları aşarak uluslararası kurumların doğmasını ve ortak bir vicdan denetiminin varlığını zorunlu kılmıştır. Bu kapsamda Asya Anayasa Mahkemeleri Birliğinin de ortak paydamız olan insan onurunun yüceltilmesinde önemli katkılar sunacağına olan inancımı belirtmek istiyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Mahkememize görev olarak verilmiş olan *"bireysel başvuru yolu"* 23.9.2012 günü itibarıyla uygulanmaya başlanmıştır. Avrupa Konseyi ile yaptığımız projeler kapsamında Mahkeme üye ve raportörlerimiz çok yoğun bir hazırlık dönemi geçirmiş, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Anayasamızda belirlenen hak ve özgürlüklerin uyumlulaştırılması konusunda, bir yılı aşkın süre içinde teorik ve uygulamalı çalışmalar yapılmıştır. Ocak 2013 tarihinde üyelerimizle birlikte yaptığımız ziyaret sonucunda Avrupa Mahkemesi ile güçlü bir diyalog kurulmuş, Türk Anayasa Mahkemesinin etkin bir denetim yapma konusundaki iradesi ortaya konularak, hak ihlallerinde yaşanan sorunların çözümü için gerekli projeler üzerinde görüşülmüştür. Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu ve Barolar Birliği ile yapılan ortaklaşa çalışmalarla hakim, savcı ve avukatlarımızın bireysel başvuru konusunda bilgilendirilmeleri için bölgesel toplantılara devam edilmektedir. Halkımızın da görsel ve yazılı basın aracılığıyla bilgilendirilmesi süreci yoğun bir şekilde sürmektedir.

2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen cümle ile temel haklarla ilgili uluslararası andlaşmalarla ulusal yasalar arasında aynı konuda çıkan uyumsuzluklarda, uluslararası andlaşmaların esas alınacağına ilişkin değişiklik ve 2010 yılında Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen bireysel başvuru yolu, aynı amacı gerçekleştirmeye dönük devrim niteliğinde yapılan düzenlemelerdir. Yasama organının, hak ihlallerinin önlenmesi kapsamında ortaya koyduğu bu güçlü iradenin, yargı kuruluşlarınca yapılacak uygulamalarla desteklenmesi gerektiği açıktır. Her iki düzenleme birbirini tamamlamakta ve bireysel başvuru yolu 90. maddenin hayata geçirilmesi konusunda denetleyici bir fonksiyon üstlenmektedir. Temel haklarla ilgili evrensel anlayışlarla buluşma konusunda, etkin bir görev üstlenen Anayasa Mahkemesinin insan onurunu yüceltecek, özgürlük alanını genişletecek çalışma anlayışıyla hareket edeceğinden kimsenin kuşku duymaması gerektiğini belirtmek isterim. Yeni başlanan bu görevde gerekli içtihatlar ortaya çıkıncaya kadar, halkımızın sabrına ve anlayışına ihtiyacımız vardır. İlk başvurularda görülen usule ve şekle ilişkin eksikliklerin yoğunluğu nedeniyle işin esasına

Haşim Kılıç'a Armağan

ilişkin kararların çıkmasında makul bir sürenin geçmesinin zorunlu olduğu görülmektedir.

Bireysel başvurunun başladığı 23 Eylül 2012 tarihinden bugüne kadar, Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru sayısı 4042'dir. Konularına göre bir ayırım yapıldığında açılan davaların %75'ini adil yargılama konusundaki ihlâl iddiaları, kalan %25'lik bölümünü ise, mülkiyet hakkı başta olmak üzere diğer haklara ilişkin şikayetler oluşturmaktadır. Bu sonuçlara bakıldığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan şikâyetlerdeki çeşitlilik ile Anayasa Mahkemesine yapılan şikâyet konuları arasında tam bir paralellik mevcuttur. Denilebilir ki, Anayasa Mahkemesine yapılan şikayetler sonucunda hak ihlaline ilişkin verilecek kararların en çok adil yargılanma konusunda gerçekleşeceği- nin tahminini yapmak zor değildir.

Bireysel başvuru konusunda beklentilerin yüksek olduğunun farkındayız. Özellikle yargı teşkilatının yapısal sorunlarından kaynaklanan hak ihlallerinin, bireysel başvuru yoluyla kısa vadede ortadan kaldırılacağını düşünmek gerçekçi bir yaklaşım değildir. Son yıllarda yargı reformları kapsamında yapılan değişikliklerin, sorunların çözümü konusundaki olumlu etkilerini önemsiyoruz. Yıllarca biriken sorunların giderilmesi için yasamanın, yürütmenin ve yargı organlarının gösterdikleri samimi gayretler görmezlikten gelinemez. Ancak Avrupa Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesine yapılan başvurularda adil yargılanma konusundaki şikayetlerin ilk sırada yer alması, yargı sistemindeki yapısal sorunların çözümüne yönelik köklü değişikliklerin acilen yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Türkiye'nin yeni bir anayasa arayışı bütün ağırlığıyla gündemdeki yerini korumaya devam ediyor. Aslında bu arayış yüz elli yıldır güncelliğini hiç kaybetmedi. Anayasalar meşru temellere oturmadığı ve değişime açık tutulmadığı sürece bu arayışın devam etmesi kaçınılmazdır. 2011 yılında yapılan genel seçimlerle birlikte, yeni bir anayasa yapılması ihtiyacı, tüm siyasi partiler tarafından kabul görerek dillendirildi. Seçim sonrasında, Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu bulunan her partinin eşit şekilde katıldığı Anayasa Uzlaşma Komisyonu kurulmuş, meslek kuruluşları, üniversiteler, işçi-işveren sendikaları, dernekler, vakıflar, Meclis dışındaki siyasi partiler büyük bir heyecan ve özveri ile demokratik bir ortamda özgürce tartışmalarını yapmış, hazırladıkları öneri ve projelerini Meclis Başkanlığına iletmışlerdir. Uzlaşma Komisyonunun ileri düzeyde radikal önerilere muhatap olmalarına rağmen, çalışmalarını büyük bir sabır ve olgunluk içinde sürdürmüş olması demokrasimiz adına ciddi bir kazanım olmuştur. Ancak, dört siyasi partimizin önerilerini sunduktan sonra, müzakere imkanlarını zorlamamaları, ortak bir pay-

Anayasa Mahkemesinin 51. Kuruluş Yıldönümü Töreni

dada buluşmak için tıkanan noktada, yeni öneriler ortaya koymamış olmaları sürecin yavaşlamasına yol açmıştır.

Siyasi partilerimizin gayretleriyle yeni öneri ve çözüm yollarının devreye girmesi halinde, umutlar tükenmeyecektir. Toplumun sarf ettiği bunca emeğin siyaset kurumlarınca anayasa metnine dönüştürülmesi, ülke sevdası taşıyan her yüreğin dileğidir, temennisidir, umududur.

Toplumdaki her kesimin yeni anayasadan beklentisinin farklı olması, kendi önceliklerine göre bir anlam yüklemesi anlayışla ve doğal karşılanmalıdır. Toplum, sorunlarıyla demokratik bir ortamda ilk defa yüzleşiyor, onları sorguluyor, farklılıkları anlamaya çalışıyor ve yeni yapılacak toplum sözleşmesinin kodlarını belirlemek istiyor. Bugüne kadar yapılan anayasaların, devlet yöneticileri tarafından hazırlanarak halkın onayına sunulmuş olması nedeniyle yönetilenler de ilk kez iradelerini ortaya koyarak kendi yaptıkları Sözleşme'nin sahibi olmak onurunu yaşamak istiyor. Bu güçlü iradenin karşılıksız kalması halinde, toplum, yaşadığı anayasal sorunlara karşı ilgisiz ve tepkisiz kalabilir. Bu sonuçtan, başta siyaset kurumlarımız olmak üzere herkesin zarar göreceği açıktır. Korkmadan konuşabilme, öfkelenmeden tartışma ortamı sağlanarak, farklı görüşler ve öneriler arasında müzakere yolları usanmadan denenmelidir. Anlamları ve tanımları derin ayrılıklar yaratan soyut kavramların ön plana çıkarılması sorun üretmekte ve uzlaşma yollarını zorlaştırmaktadır. Evrensel doğruluğu kanıtlanmış açık, net, anlaşılabilir "*ortak değerler*"in referans alınması uzlaşma şansını güçlendirecektir.

Siyaset kurumlarımızın tam bir uzlaşma sağlaması zaten düşünülemez. Herkesin isteklerinin anayasada yer alması gibi bir ütopyanın gerçeklerle örtüşmeyeceği açıktır. Önemli olan referanduma sunulacak anayasanın, yüksek bir katılımı kabulünü sağlayacak ortak projelerin ortaya çıkarılmasıdır. Toplumu, çoğunluğun ya da azınlığın dayatmasıyla karşı karşıya bırakmak, sorunların derinleşmesine ve birlikte yaşama arzusunun zayıflamasına neden olacaktır. Sivil toplum ile kurum ve kuruluşlardan gelen hazırlıklarda uzlaşma imkanını kolaylaştıracak yeteri kadar öneri ve alternatiflerin varlığı, siyasetin işini kolaylaştırmaktadır. Kendi doğruları dışında öteki önerilere kapıları kapatmak, siyaset kurumlarının Anayasa'yı değiştirme konusundaki samimiyetlerini sorgulama hakkını doğurur. Hızla değişen dünyada çözüm-süzlükte direnmenin getireceği hiçbir kazanım olamaz. Çoğulculuğa dayalı geniş tabanlı bir uzlaşma süreci, ortaya çıkan sorunlar nedeniyle çoğunlukçu anlayışla da anayasa yapılabilir düşüncesine haklılık kazandıran bir sürece dönüşmek üzeredir. Bu yöntem de demokratik bir çaredir ancak, meşruiyet sorununa ilişkin tartışmaları ortadan kaldırmayacaktır. Olumsuz sona erecek bir sürecin, yeni anayasa yapımının ancak demokrasi dışı müdahaleler

Haşim Kılıç'a Armağan

sonucu gerçekleşebileceği yönündeki temelsiz ve yersiz düşüncelere haklılık kazandıracağı unutulmamalıdır.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Anayasaların dayanıklı ve uzun ömürlü olması üç temel değer üzerine oturması koşuluyla gerçekleşebilir. Bunlardan birincisi, Anayasa'nın temel dinamiklerinin, felsefesinin ve ruhunun merkezine "*insan onuru*"nın yerleştirilmesidir. Bu mutlak varlığın esas alınması, bütün anayasal ilkelerin yorumlanmasında, devletin temel amaç ve görevlerinin belirlenmesinde ölçü olacak böylece özgür birey ve demokratik devlet kavramlarının somutlaştırılması kolaylaşacaktır. İnsanlığın bu ortak değeri, Anayasa'nın meşruiyet sorununu çözebileceği gibi, değişimler karşısında kolay üretilecek çözüm yollarına da sağlam bir kaynak olacaktır.

İnsan onuru anlayışı bazılarına imtiyazlı bir hayat tarzı sunulmasına engeldir. Ona göre, bazı insanların diğerlerine nispetle daha değerli olduğu düşüncesi geçerli değildir. Zira yaratılışla birlikte her insanın onur değeri eşittir. Belirtilen eşitliğe din, mezhep, ırk ve renk etkili değildir. Bu eşitlik ancak bireylerin seçtikleri hayat tarzına göre yaşanan süreç içinde değişebilmektedir. Tarihin gerçeklerinden süzülerek kural haline gelen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ilk maddesinde de "*tüm insanların özgür, onur ve haklar bakımından eşit olduğu*" kabul edilerek insan onuru evrensel bir değer olarak tanımlanmaktadır. Devletin görevi bu değerın yüceltilmesi için gerekli ortamı sağlamak, onu olumsuz etkilerden korumak için gerekli önlemleri almaktır.

Anayasa yapım sürecinde rol alan sosyal ve siyasal kurumların, değişmemesi gereken tek kırmızı çizgilerinin "*insan onuru*" olması ve bunu Anayasa'ya yansıtarak gelecek kuşaklara değerli bir miras bırakmaları beklenmektedir.

Anayasal düzenlemelerde ikinci temel değer, insan hak ve özgürlüklerinin teminat altına alınmasıdır. Anayasaların yapılmasındaki asıl amaç da bunu gerçekleştirmektir. Devletin var olmadığı dönemlerde de insanların hak ve özgürlükleri mevcuttu. Bunu korumak için devletin varlığına ihtiyaç duyan toplum, bu kez devlet gücüne karşı da özgürlüğünü teminatlı bir konuma getirmek istemiştir. Bu ihtiyaç, devletin gücünü kullanan yasama, yürütme ve yargı organlarının hukuk dışına çıkarak bu değerlerin zedelenmesine ya da ortadan kaldırılmasına engel olma düşüncesinden doğmuştur. İnsanın varoluş nedeni olan hak ve özgürlükleri böylece koruma altına alınmış olmaktadır. Hak ve özgürlüklerin tarihine bakıldığında büyük çatışmaların, bireyle devlet arasındaki sınırlarda cereyan ettiği görülmektedir. Bu çatışmaların yaşanmaması için çağdaş her ülkenin anayasasında hak ve özgürlüklerin ve bunların sınırlandırılma sebeplerinin açık, net, anlaşılır biçimde düzenlenmesi gerekiyor. Geçmişte anayasa yargısının sicilinde kayıtlı olan bilgiler, insan

Anayasa Mahkemesinin 51. Kuruluş Yıldönümü Töreni

haklarına ilişkin sınırların açıkça çizilmesi gerektiğini maalesef zorunlu kılıyor. Özellikle insan onuru ile doğrudan ilgisi bulunan yaşama hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü, dini inanç ve kanaat özgürlüğü ile mülkiyet hakkının sınırları yaşamsal öneme haizdir. Özgürlük ve güvenlik dengesinde bu sınırların netliği ve açıklığı, sorun yaratılmamasını önleyici niteliği ile oldukça değerlidir. Devletten korkmama özgürlüğünün teminatı da bu sınırların varlığına bağlıdır.

Anayasaların üçüncü temel değeri ise kuvvetler ayrılığı ilkesinin amacına uygun şekilde tanımlanarak, güçler arası yetki çatışmasına engel olmaktır. Yasama organını yürütme organının doğal parçası haline getiren bugünkü uygulama çağdaş anlamda gerekli olan kontrol ve denge sistemini etkin şekilde uygulamaya imkân vermemektedir. Yargı ile yasama ve yürütme arasındaki diyalog, iş bölümüne dayalı bir anlayış yerine, yargının yerindelik denetimi yapması nedeniyle çatışmacı bir ilişkiye dönüşmüş, toplumda derin izler bırakan bu durumun düzeltilmesi için anayasal değişiklikler yapılması zorunluluğu doğmuştur. Bu çatışmaları tekrar yaşamamak için anayasada özellikle yüksek yargı kuruluşlarının tarafsızlığını ve bağımsızlığını sağlayacak demokratik seçim yöntemleri öngörülmesi ve yargı yetkisinin sınırları da açıkça belirtilmelidir.

Yasama ve yürütme organları arasında oluşan vesayet sorunu anayasal düzeyde çözülme bile, siyasi partiler ve seçim kanunlarında yapılacak değişikliklerle daha demokratik bir temele oturtulabilir.

Öte yandan, geçmişte yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin büyük sorunlar doğurduğu, hatta seçim süreçlerinin askeri ve yargısal müdahalelere konu olduğunu hepimiz biliyoruz. Bu ve benzer sorunları ortadan kaldırmak için, 2007 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile cumhurbaşkanlığı seçimi doğrudan halkın iradesine bırakılarak, daha sorunsuz bir yapıya kavuşturulmak istenmiştir. Ne var ki bu yöntemle yapılacak seçimler sonunda, güçlü bir destekle seçilen cumhurbaşkanı ile yürütme organı arasında, muhtemel bir yetki çatışmasının olabileceği düşünceleri ileri sürülmektedir. Yaşanabilecek olumsuz gelişmelerin yeni seçim sistemi ile bir ilgisinin bulunmadığı düşünülmektedir. Geçmişte Parlamento tarafından seçilen cumhurbaşkanları ile yürütme organı arasında yaşanan sorunlar ileri sürülen sakıncaları doğrulamaktadır. Konu demokratik yönetim anlayışı ile öznel düşünce ve inançlarla doğrudan ilgilidir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Yeni bir Anayasa'nın üç temel değer üzerine kurulması sonucunda diğer konuların bu ilkeler kapsamında çözülmesi zor değildir. Sorun olarak görülen bazı konularda Anayasa'nın suskun kalması, bunun yerine kanunlarla

Haşim Kılıç'a Armağan

boşlukların doldurulmasının tercih edilmesi, tıkanan konularda çözüm yolu olarak düşünülebilir. Anayasa hükümlerini yorumlama hakkına sahip olanların, meşruiyet sorunu olmayan yöntemlerle seçilmeleri kaydı ile dürüst yorum ahlakına sahip, birikimli, çağı yorumlayabilen, demokratik anlayışları içselleştirmiş niteliklere sahip olmaları halinde, anayasa metinlerinin çok ayrıntılı yazılmasına gerek kalmayacaktır.

Yeni anayasa ile ulaşılmak istenen çağdaş hukuk devleti anlayışına tarafsız ve bağımsız bir yargı sistemi ile ulaşılabilceği gerçeği göz ardı edilemez. İnsan onurunu merkeze alan bir Anayasa'nın hayata geçirilebilmesi, yargı mensuplarının din, dil, ırk, mezhep ve ideolojik farklılık gözetmeksizin tüm insanlığa karşı adil davranması ile mümkün olabilir. Yargı mensupları, insanlık onurunun son tahlilde vicdanına emanet edildiğinin bilinci içinde olmalıdır. Bu emaneti incitmeden korumak yargının da onuru ve görevidir. Adaletin kestiği parmak acıdığı anda ya hukuk kurallarında ya da hâkimin liyakat ve tarafsızlığında sorun var demektir. Hâkim, verdiği kararlarıyla mağdurun ve toplum vicdanının acısını dindirdiği gibi, sanığın da vicdanını adaletle teskin etmek zorundadır. Yargının iç hesaplaşmaya, intikam almaya, ya da keyfiliğe yol açacak uygulamalara alet edilmesi hukuk devletinin, demokrasinin ve özgürlüklerin sonunu getirir. Yasaların uygulanması aşamasında gösterilen özensizlikler insan onurunda onarılması güç etkiler bırakmaktadır. Avrupa Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesine yapılan şikayetlerin büyük bölümünün, yargısal işlemlerin sebep olduğu hak ihlallerine ilişkin olduğunu belirtmiştik. Kusursuz anayasa yazılması ya da mükemmel yasa çıkartılması, uygulamanın sebep olduğu sorunları ortadan kaldırmaya maalesef yetmiyor. Anayasa'nın 90. maddesi, bireysel başvuru yolu ve son dönemlerde yargıyla ilgili yapılan yasal düzenlemeler birlikte düşünüldüğünde, uygulamadan doğan sorunların çözümü için umutlar artmaktadır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Son zamanlarda mahkemelerde devam etmekte olan bazı davalardaki hak ihlalleri gerekçe gösterilerek insaf ölçülerini aşan tepkiler ortaya konmaktadır.

Bazı kesimlerin ilgi duyduğu ya da siyasi düşünce ortaklığının doğal sonucu olarak yakın dostların yargılandığı davalarda, demokratik tepki ve destek verilmesi anlayışla karşılanmalıdır. Bu konuda verilmiş anayasal haklar sonuna kadar kullanılabilir. Ancak hakların kullanılması yargıya meydan okumayı, onu tehdit etmeyi ve şiddete başvurma hakkını kimseye vermez. İşgal ettiği makam, mevki, unvan ne olursa olsun kimsenin suç işleme imtiyazı olamaz. Makul ve ölçülü olmak, bu sınırlar içinde demokratik hakları kullanmak, herkesin yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülüktür. Kaldı

Anayasa Mahkemesinin 51. Kuruluş Yıldönümü Töreni

ki anayasal hakların bu şekilde kullanılması haklı tepkileri haksız ve sevimsiz duruma düşüreceği izahtan varestedir. Yargının bugün olduğu gibi, geçmişte de sebep olduğu yanlışlıklar ve hak ihlalleri olagelmıştır. Bunları gidermek için yasal yollara başvurma dışında hiç kimse, şiddet ve tehdit yolunu tercih etmemiştir. Bu tür davranışların üzüntü ve kaygı verici olduğunu belirtmek istiyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Kaynağı ne olursa olsun insan onuruyla bağdaşmayan hak ihlalleri nefret söylemini de beraberinde getirmektedir. Bu söylemler toplum kesimlerinde doğal olan farklılıkların keskinleşmesine ve derinleşmesine yol açtığı gibi, diyalog kurma ve uzlaşma şartlarını da ağırlaştırmaktadır. Toplumsal tansiyon artsa da, halkımızın olaylar karşısındaki sabrı ve olgunluğu, demokratik değerlere olan bağlılığı, gelecekle ilgili kaygılarımızı azaltmaktadır. Ancak halkımızın bu olgunluğu daha fazla zorlanmamalıdır. İfade ve örgütlenme özgürlüğü, toplumu ayırıştıran nefret söylemlerinin kaynağı olamaz. Hakaret, baskı ve şiddet içerikli ifadelerle ırkçı yaklaşımların ifade özgürlüğünün korumasından faydalanması mümkün değildir. Bu olumsuzlukların önlenmesi için yapılmış olan yasal düzenlemelerin yetersizliği karşısında, demokratik bir ortamda gelişecek olan sevgi ve hoşgörü kültürünün lojistik desteğine ihtiyacımız vardır. Bu kültürün gelişmesinde siyaset kurumları başta olmak üzere, sivil toplum kuruluşlarının, üniversitelerin ve yargının katkısı ile desteğinin önemi tartışılmaz bir gerçektir.

İnsanların taşıdığı kalp ve gönül, kin ve nefretin evi olarak yaratılmamıştır. Doğal olan ve yakışan sevginin, saygının, hoşgörünün, sabrın ve merhamet duygularının buraları yurt edinmesidir. İnsan onurunun da beslendiği bu duyguların gücünden ve enerjisinden faydalanmalıyız. Barış düzenine yazılı metinlerle değil, tıkanmış olan kalp ve gönül yollarının açılmasıyla daha kolay ulaşabiliriz. Bunu sağlayabilecek yüzyıllardır biriktirdiğimiz çok köklü bir kültüre sahibiz. Zira bütün dinler ve inançlar da savaşı değil, barışı fetih olarak tanımlayan ortak kurallara sahiptir. Farklılıkları ya da farklı olma hakkını ancak bu kültürle güvence altına alabiliriz.

Sayın Cumhurbaşkanım, Değerli Misafirler,

Anayasa Mahkemesinin 51. yılı dolayısıyla düzenlediğimiz ve iki gün sürecektir sempozyumda *“Bireysel Başvuru Ekseninde Anayasal Yorum”* konusu tartışılacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve bazı Avrupa Ülkelerinin Anayasa Mahkemesi üyeleri ile hukukçularının da bildiri sunacakları bilimsel toplantının, bireysel başvuru uygulamasına ışık tutacak şekilde verimli olacağına inanıyoruz.

Haşim Kılıç'a Armağan

Bu vesileyle, farklı ülkelerden gelen Anayasa Mahkemesi Başkan ve Üyelerine, bildirileriyle ve katılımlarıyla sempozyuma katkı sunacak olan herkese şükranlarımı sunuyorum.

Bu yıl içinde rahmetli olan Mahkememizin emekli üyelerinden Muammer Turan'a Allaha rahmet diliyorum. Şubat ayı içinde yaş haddi nedeniyle emekliye ayrılan üyemiz Sayın Fulya Kantarcıoğlu'na da emeklilik hayatında sağlık mutluluk ve esenlik diliyorum.

Katılmakla verdiğiniz onurdan dolayı başta zat-ı alileri olmak üzere tüm konuklarımıza Mahkememiz adına teşekkür ediyor saygı ve sevgiler sunuyorum.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 52. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ TÖRENİ (25 Nisan 2014)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Çok Değerli Misafirler,

Anayasa Mahkemesinin 52. kuruluş yıldönümü ve Mahkememize yeni seçilen üyemizin yemin törenine katılarak ortak olduğunuz sevincimizi sizlerle yaşamak bizlere onur vermiştir. Başta zat-ı alileri olmak üzere tüm konuklarımıza şahsım ve mahkememiz adına hoş geldiniz diyor, şükranlarımı sunuyorum.

Bugün andiçerek Mahkememizde göreve başlayan değerli meslektaşımız Hasan Tahsin Gökcan'a başarı, sağlık ve esenlik dileklerimi bildiriyorum. Hukukçu kimliği ile yıllarca adli yargıda görev yapan yeni üyemizin birikimi, deneyimi ve adalet duygularının şekillendirdiği özgür vicdanı ile Mahkememize güç katacağına olan inancımı belirtmek isterim. Muhtelif kaynaklardan seçilerek gelen üyelerimizin karar ve faaliyetlerimize yansıyan mesleki tecrübeleri Mahkememizin ortak vicdanını oluşturmaktadır. Kuşkusuz bu sonuca ulaşırken, başta Türkiye Cumhuriyeti Anayasası olmak üzere, hukukun evrensel ilkeleri ve ilgili yasa hükümlerine göre hareket ettiğimiz açıktır. Bu vicdani alan, dostluk ve düşmanlık duygularına kapalı olduğu gibi ırk, renk, siyasi düşünce ve bireysel inançların da dışındadır. İnsanlık onurunun varlığı, temel hak ve özgürlükleri de evrenselleştirmiştir. Bu değerleri yüceltmek, derinleştirmek, tehditler karşısında savunmak Anayasa Mahkemelerinin en temel görevidir. Esasen Anayasa yargısının varlık nedeni; ırk, renk ve inancı ne olursa olsun, insan olma ortak paydasına sahip herkesin var olan onurunu korumaktır. Bu kutsal görevin başarı ile yürütülebilmesi, ancak bağımsız ve tarafsız kalmayı becerebilen yargıçların varlığı ile mümkündür.

Mahkememize güç katacağına yürekten inandığım değerli meslektaşımıza başarı dileklerimi yinelerken, çalışma ve yorumlarıyla "sorun üreten değil, sorun çözen yargı" anlayışına destek vereceğine, insan haklarına dayalı, demokratik hukuk devletinin tam bir tarafsızlık içinde koruyucusu ve güvencesi olacağına inancımı tekrar belirtmek isterim.

Haşim Kılıç'a Armağan

Sayın Cumhurbaşkanım,

Hukukun üstünlüğü anlayışı ve demokratik değerlerle beslenen bir devletin yolu her zaman aydınlıktır. İkinci Dünya Savaşı felaketini yaşamış Avrupa'nın geçmişte yaşadıkları ile bugün geldikleri seviye çok önemli mesajlar vermektedir. Dünya'da dini, etnik ve sınıf savaşlarının en yoğun yaşandığı bölge olan Avrupa, komünizm ve faşizm gibi totaliter rejimlerden demokrasi ve hukuk devleti mücadelesini vererek kurtulmuştur.

Demokratik değerleri, hukukun üstünlüğünü ve hukuk devleti anlayışının gereklerini tekrar tekrar konuşmak zorundayız.

İnsanlar, onurlu bir hayat yaşayabilmek için, hukuk güvenliğinin egemen olduğu bir devletin varlığına her zaman ihtiyaç duymuşlardır. Evrensel değerlerin ağırlıklı olarak uygulandığı, tüm eylem ve işlemlerin yargı denetimine tabi tutulduğu, hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlet, hukuk devleti olarak tanımlanmıştır. Hukuk devletinin en belirgin diğer bir özelliği ise, tasarruflarının öngörülebilir, ulaşılabilir açık ve şeffaf olmasıdır. Hukuk devletinin odağında esas itibarıyla iktidar gücünün keyfi davranışlarının sınırlandırılması vardır. Bu nedenle kamu gücünü kullananlar da vatandaşlar gibi hukuksal ilkelerle kuşatılmıştır.

Bir ülkeyi hukuk güvenliği testinden geçirebilmek için öncelikle yazılı hukuk kurallarının, daha sonra da bunu uygulayan hakim, savcı, adli personel ve adli kolluğun ne durumda olduğunun tespiti gerekir. Sisteme dahil unsurlar ahenk içinde birbirini engellemeden adalete ulaşmaya hizmet ediyorsa sorun yok demektir. Haklı bir neden olmaksızın, kamu yararı gözetilmeden, siyasal amaçları gerçekleştirmek düşüncesiyle yazılı hukuk kurallarında çok sık aralıklarla yapılan değişikliklerin, toplumda hukuk güvenliğini sağlayabileceğinden bahsedilemez.

Ekonomik, siyasi, sosyal ve kültürel hayatı alt-üst edecek yasal düzenlemelerin öngörülebilir olmaması, bireylerin hukuka olan güvenin tükendiği yerdir. Esasen, hukuk güvenliğini sağlayacak olan unsurlar, bağımsızlık ve tarafsızlık sorununu çözmüş olan yargı organları ile yasama ve yürütme organlarının insan haklarını özne kabul eden uygulamalarıdır.

Hukuk devletinin temel direği olan yargı, aynı zamanda devletin vicdanı olarak da tanımlanır. Bu vicdanın, siyasi ve ideolojik vesayet odaklarının işgaline uğraması nedeniyle toplum hayatına verilen zararların acı örnekleri, hafızalardan henüz silinmemiştir. İşgal devam ettiği sürece de bunları yaşamaya devam edeceğiz. Yargının vicdanını işgal edenlerin kimliği, düşüncesi ya da kutsalları ne olursa olsun bu sonuç değişmeyecektir. Dün hak ihlaline uğramış mağdurlarla, bugün aynı ihlalleri yaşayan mağdurların kimliklerinin

Anayasa Mahkemesinin 52. Kuruluş Yıldönümü Töreni

farklı olması bu bakışımızı asla etkilemeyecektir. Sadece yargı değil, onur sahibi olan herkesin haksızlığa ve ihlale karşı çıkması insanlık borcudur. Zira, barışın teminatı olan farklılıkların birlikte yaşamasını ancak, başkalarının hak ve özgürlüklerini savunan onurlu insanlar hayata geçirebilirler.

Değerli Konuklar,

Kamu gücünü etkili bir şekilde kullanan yargı, siyasi ve ideolojik yapıların hedefinde her zaman “ele geçirilmesi gereken bir kale” olarak görülmüş, ele geçirenler de kendi vesayet sistemini dayatmanın çabasına düşmüştür. Kaleyı ele geçiremeyenler ise, yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının ne kadar hayati bir öneme sahip olduğunu söyleyip durmuşlardır. Kaleyı işgal edenler de yargıyı, siyasi düşüncelerine ve ideolojilerine lojistik destek sağlamak için ya da rakiplerinden intikam alma aracı olarak kullanmışlardır. Altını çizerek ifade ediyorum. Bu anlayış ve işgalden kurtulmadıkça bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşması hayaldır. Yargı üzerinde oluşan ya da oluşacak siyasi, ideolojik, dini, ırkı ve mezhebi tüm vesayetçi anlayışlar, başta yargı mensupları olmak üzere herkes tarafından şiddetle reddedilmelidir.

Esasen vesayet altındaki bir yargıdan hukuk güvenliğini sağlaması da beklenemez. Böyle bir sistem yönetenlerin güvenliğini sağlarken, ötekilere de ancak, korku, endişe ve umutsuzluk verebilir. Korkunun ve endişenin hakim olduğu iklimlerde de özgür vicdanlar üretilemez. Herkese bildik gelen bir sözle yeniden tekrarlamak gerekirse, hukuk güvenliği insanların güvercin ürkekliği içinde yaşamadığı korkusuz bir ortamın varlığı olarak da tanımlanabilir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile yargı organları üzerinde oluşan vesayetçi anlayışların ortadan kaldırılması için cesaretli adımlar atıldı. Bu adımlar toplumda büyük karşılık da gördü. Söz konusu vesayetçi yönetimlerin görevlerinin sona ermesi ile büyük bir boşluk doğdu. Bu boşluğun, toplumun her kesimini kucaklayan, hoşgörölü, özgürlükçü, çoğulcu, adil ve evrensel değerleri yansıtan tercihlerle doldurulması gerekirken, ne yazık ki bunu gerçekleştiremedik. Bu kez, farklı renkte yeni bir vesayet sisteminin oluşmasına tanık olduk. Kimse bu yeni oluşumun günahından kendini soyutlamaya çalışmasın. Tarih olanları kaydediyor. Bunları konuşmak, gerçekleri itiraf etmek ve cesaretle çözüm yolları bulmak zorundayız.

Daha önceki yıllarda yaptığım konuşmaların bir bölümünde aynen şunları dile getirmiştım. Yargı, milletin iradesine tuzak kurulacak yer değildir ve olmamalıdır. Son dönemde yargı, bu konuyla ilgili olarak “paralel devlet” yada “çete” diye nitelendirilen çok vahim, çok ciddi ve çok ağır bir suçlamayla karşı karşıyadır. Bu suçlama üzerinde yapışık kaldığı sürece yargının

Haşim Kılıç'a Armağan

ayakta kalması mümkün değildir. Bugün itibariyle bırakınız ceza davalarını, en basit alacak davasına ilişkin kararlar bile tartışmaya açılmış ve yargıya olan güven ağır yara almıştır. Başta yargı ve yürütme organları olmak üzere herkes bu iddialarla ilgili bilgi, belge ve delilleri zaman geçirmeden ortaya koymak zorundadır. Gerek yargıda, gerekse yürütme organı içinde var olduğu iddia edilen bu kişilerin başka illere tayin edilerek ya da yerlerini değiştirerek sorunu çözenin anlamsızlığı açıktır.

Söz konusu iddiaların yargı kurumlarında psikolojik travma yarattığı, delil, bilgi ve belgeye dayanmayan ihbar mektuplarının hüküm icra ettiği, hâkim ve savcılar arasında önemli ayrışma ve bölünmelere sebep olduğu hepimizin saklayamayacağı gerçeklerdir. Bu ayrışma ve bölünmenin hukuk devletinin, hukuk güvenliğinin ve adaletin sonunu getireceğini yargıda yaşadığımız olaylar açıkça göstermektedir.

Tekrar etmek gerekirse, yargının bu iç ağrısı ile yaşaması asla mümkün değildir. İddia edilen kayıt dışı yapılanma yargı mensupları arasında korku, endişe ve gelecekle ilgili belirsizliklerin doğmasına, aralarında olması gereken mesleki ilişkinin çok olumsuz etkilenmesine yol açmaktadır.

Görevi, maddi gerçekleri ortaya çıkarmak olan yargının karşı karşıya kaldığı bu iddianın adı "vicdan yolsuzluğu"dur. Bunun için yapılması gereken açıktır. Hukuk devletine yakışan yöntemler uygulanmak suretiyle gerçekliğinin ispat edilmesi halinde, faillerine bir saniye bile beklenmeden gerekli yaptırımlar uygulanmalıdır. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının vazgeçilmez unsuru olan "özgür vicdanlı" hâkim ve savcılarımızın ayakta kalması için buna mecburuz. Demokratik hukuk devletlerinde, tehdit ederek, korkutarak sorunların çözüldüğüne ilişkin örnekler bulamazsınız.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasa Mahkemesince verilen kararların, toplumda yarattığı siyasi, sosyal ve ekonomik sonuçları üzerinde, bazı değerlendirmeler yapılması zorunluluğu vardır. Kurumların özeleştirilerini yapabilme cesaretini göstermeleri gerektiğine inanıyoruz. Bunu yapamadığımız takdirde kurumların kendilerini geliştirmesi ve yenilemesi mümkün olmayacaktır. Mahkemelerin geçmişte verdiği kararlar sonucunda toplumda yaşanan sarsıntıların, demokratik hayata ve hukuk devleti anlayışına olan olumsuz etkilerinin bilançosunu çıkarmak zorundayız. Hemen her toplumda Sorunların temel kaynağı yasama, yürütme ve yargı organlarının sebep oldukları hak ihlalleridir. Bu ihlallerin sonuçları ve toplumsal karşılığı önemsenmelidir. Bireylerin, her türlü endişe ve korkudan arındırılmış güvenli bir alanda hayat sürmeleri, en temel anayasal haklarıdır.

Anayasa Mahkemesinin 52. Kuruluş Yıldönümü Töreni

Anayasa Mahkemesinin “hak ve özgürlükler mahkemesi” olarak tanımlanmasının ancak, etkin ve süratli çalışmasıyla hak ihlallerini ortadan kaldırma gücüne bağlı olduğunun bilincindeyiz. Bunu gerçekleştirmek için mensuplarımızın ortaya koyduğu kararlı iradesinden, kimsenin kaygı ve endişe duymaması samimi dileğimizdir.

Kamu gücüne sahip olanların topluma sunduğu hak ve özgürlükleri, lütuf ya da bağış düzleminde değerlendirmesi düşünülemez. Farklı olanların hak ve özgürlüklerine karşı kimse, ev sahibi edasıyla duruş da sergileyemez. Yetmiş altı milyonun her ferdi bu evin sahibi ve Anayasa ile teminat altına alınmış hakların kullanıcısıdır.

Demokrasi, insan onuru, temel hak ve özgürlükler, Mahkememizin korumak zorunda olduğu evrensel değerlerdir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi başta olmak üzere, çağdaş dünya milletlerinin kabul ettiği insan hakları belgelerinde, temel hak ve özgürlükler; din, ırk, mezhep, siyasi düşünce ve ideolojilerden arındırılarak sadece “insan olma” ortak paydasında birleştirilmiş ve evrensel bir değer olarak tanımlanmıştır. Bu evrensel değerler bütün insanlığın gönül birliğini ve bütünlüğünü sağlayacak etki ve öneme sahiptir. Farklılıkları değiştirmeye, dönüştürmeye ve kendimize benzetmeye çalışmadığımız sürece, bu hedefi yakalamak hayal olmayacaktır.

Türkiye ise bu evrensel değerlere bağlılığını çeşitli antlaşma ve sözleşmelerle dünyaya ilan etmiştir. Bu bağlamda, 1990 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisinin kabul edilmesi ve 2004 yılında Anayasa’nın 90. maddesinde yapılan temel haklarla ilgili “evrensel ölçütlere” atıf yapan değişiklikler, devrim niteliğinde sayılabilecek evrensel düzenlemelerdir. 2010 yılında Anayasa’nın 148. maddesine yapılan eklemelerle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu açılmış, yargı organları ve idarelerin sebep olduğu hak ihlallerinin Anayasa yargısı denetimi sağlanmıştır.

Sayın Cumhurbaşkanı,

Bu değişiklikleri yeniden hatırlatma gereğinin altını şu nedenle çizmek istiyorum. Milletimizin iradesini temsil eden Yasama Organı bu değişikliklerle başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere tüm yargı organlarına “evrensel standartları uygulayın!” talimatı vermiştir. Bu nedenledir ki, yerel gerçeklerle evrensel standartları örtüştürmek zorundayız. Anayasa Mahkemesinin son günlerde verdiği bireysel başvuru kararlarına yapılan ölçülü eleştirileri saygı ile karşılarken, belirtilen zorunluluk nedeniyle verilen kararlarımızın arkasında olduğumuzu da ifade etmek istiyorum.

Haşim Kılıç'a Armağan

Değerli Konuklar,

2011 yılında yapılan genel seçimlere katılarak milletvekili seçilen ancak, haklarındaki kovuşturma nedeniyle cezaevlerinde tutukluluk hâli devam eden kimi milletvekillerinin, Mahkememize yaptıkları bireysel başvurular üzerine, milleti temsil haklarının ciddi şekilde ihlal edildiği sonucuna varılmış ve bu nedenle tahliyeleri gerçekleştirilmiştir. Siyaset kurumlarını çok yakından ilgilendiren ve onların çözmesi gereken böyle bir sorunun, öncelikle yasal düzenlemelerle çözülmesini yürekten arzu ederdik.

Mahkemelerde devam eden davaların bir bölümünde uzun yargılama, bir bölümünde de uzun tutukluluk nedeniyle Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurulara ilişkin olarak ihlal kararları verilmiş, sanıkların tutuksuz yargılanmak üzere tahliyeleri sağlanmıştır. Belirtilen davalarda, şikâyetçilerin kanun yollarını tüketme koşulu aranmaksızın Anayasa Mahkemesinin ihlal kararları verdiğinin altını çizmek istiyorum.

Anayasa Mahkemesi, yakın zamanda bir internet sitesine erişimin yasaklanması kararına karşı yapılan şikâyet başvurusu hakkında verdiği kararında, “tüketilmesi gereken başvuru yolları” gözetilmediği için yoğun eleştirilerle karşı karşıya kalmıştır. Gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gerekse Anayasa Mahkemesi defalarca verdiği kararlarında “kanun yollarının tüketilmesi” koşulunun mutlak olmadığını ifade etmişlerdir. Uzun yargılama, uzun tutukluluk ya da şikâyete konu hakkın yeterli ve etkili hukuk yolları ile korunup korunmadığı yönünde yapılan değerlendirmeler ise bunun istisnalarını teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesinin uzun yargılama ve uzun tutukluluk şikâyetlerine ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları doğrultusunda kanun yolları tüketilmeden verdiği ihlal kararlarına karşı hiçbir eleştiri yapılmamasına rağmen, bir internet sitesine erişimin yasaklanması kararına yönelik verdiği ihlal kararının siyasal kaygılarla ölçüsüz bir şekilde eleştirilmesi dikkat çekicidir.

Değerli Konuklar,

Hukuk devletinde mahkemeler, emir ve talimatla çalışmadığı gibi, dostluk ve düşmanlık duyguları ile de yönlendirilemez. Mahkemeler verdikleri kararların sonuçlarının doğurduğu üzüntü ve sevinçlerle de ilgilenmez. Bu duyguları gayet doğal kabul eder. Ancak, verilen kararlardan hukuk dışı sonuçlar çıkararak, Mahkeme mensuplarını itibarsızlaştırma gayretleri iyi niyetle izah edilemez. İnternet sitesine idari kararla getirilen yasağın daha ilk dakikasında siteye başka yollardan ulaşılmak suretiyle etkisiz ve sonuçsuz bırakılabilmesi gösterilen orantısız tepkiyle örtüşmüyor.

Yeni teknolojik gelişmelerin, insan hak ve özgürlüklerini korumak için alı-

Anayasa Mahkemesinin 52. Kuruluş Yıldönümü Töreni

nan yasal önlemleri, etkisiz hâle getirdiği bir çağda yaşıyoruz. Tarihe hak ve özgürlük savunucusu olarak geçen Gorbaçov, Sovyetler Birliği çözülmeden önce, küreselleşmeye karşı direnenlere “antenlere vize koyamazsınız” diyerek iletişim araçları karşısındaki zorluklara işaret etmiştir. Kuşkusuz, böyle bir zorluk bireylerin hak ve özgürlüğünü, devletin ise varlığını koruyacak yasal düzenlemeleri yapmasına engel değildir. Esasen Anayasa Mahkemesi’nin eleştirilen kararı, idari bir işlemin kanuni dayanağının olmadığını tespitinden ibarettir. 5651 sayılı Kanunun dokuzuncu maddesinin dördüncü fıkrası gereğince, alınacak bir mahkeme kararı ile bu kanunsuzluk hâli giderildiğinde, aynı Kanunun hak ve özgürlükleri koruyan imkânlarından faydalanmayı engelleyen bir durumun varlığından bahsedilemeyecektir.

Amacımız sorun üretmek değil, sorun çözmek olmalıdır. Bir eylemin, işlemin veya yasama tasarrufunun, siyasi bir belge olan Anayasa’ya göre, denetlenmesi nedeniyle ortaya çıkan Anayasa Mahkemesi kararının siyasi sonuçlar doğurması doğal bir zorunluluktur. Bu sonuçlara bakarak Anayasa Mahkemesi’nin siyasi amaçlarla hareket ettiğini söylemek ya da milli olmamakla suçlamak içeriği ve derinliği olmayan sığ eleştirilerdir. Mahkeme mensuplarımız, verdiği kararlarından siyasi ya da sosyal bir rant elde etme iddialarını onurlarına yapılmış bir saldırı olarak kabul ederler. Anayasa Mahkemesi, 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği öncesinde, yargı ile yürütme organı arasında yaşanan gerilimlerin, ülkemize verdiği ekonomik, siyasi ve sosyal zararların bilincindedir. Bu sebeple yeni gerilimler yaşatacak meydan okuma çağrılarını cevapsız bırakmaya kararlıyız.

2010 yılındaki anayasa değişikliğine kadar, Anayasa Mahkemesi’nin özgürlük, demokrasi, laiklik ve sosyal hukuk devleti konularındaki sınırlayıcı ve daraltıcı anlayışından mağdur olanların bugün, bireylerin hak ve özgürlük alanını genişleten, önündeki engelleri kaldıran, evrensel standartları hayata geçiren bir anlayışa dönüşmüş olan Mahkeme kararlarından rahatsızlık duymalarını yaşadıkları garip bir çelişki olarak görüyoruz. Bizler adil olmayı kutsal bir görev kabul eden bir medeniyetin mensupları olarak, gücün ve şartların etkisiyle gömlek değiştiren bir karakterin sahibi olamayız. Dün hak ihlaline uğrayanların nasıl yanında yer alınmışsa, bugün de kimliği, kişiliği, gücü ve rütbesi ne olursa olsun, hak ihlaline sebep olan herkesin karşısına, aynı adalet gömleğiyle çıkmaya devam edeceğiz. Mahalle baskısı ile yargı mensuplarının görüş, düşünce ve kararlarının etki altına alınma çabaları, adaletin kutsallığına inanmış olanlar için geçerli değildir.

Anayasa Mahkemesi, insan onurunun zorunlu kıldığı hak ve özgürlükleri, hiçbir ayırım yapmadan ve bir hesabın içinde bulunmadan, ilgisine ulaştırmaktan başka amacı olmayan bir yargı kurumudur.

Haşim Kılıç'a Armağan

Son yıllarda yargı alanında yaşananların toplumda yarattığı güvensizlik ve olumsuzluklar, Anayasa Mahkemesinin adeta bir temyiz makamı gibi algılanmasına yol açmış, umut haline gelen bireysel başvuru yolunu kullananların sayısı çok büyük rakamlara ulaşmıştır.

Esasen tutuksuz yargılanmanın kural, tutuklamanın istisna olduğu bir sistem yerine, uzun tutukluluğun asıl, tutuksuz yargılanmanın ise istisna olduğu bir yargı sürecini yaşıyoruz. Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların % 70'inin adil yargılanma konusundaki şikâyetler olduğu gözetildiğinde, yargı organlarımızın topluma sunduğu adaletin hangi düzeyde olduğunu sorgulamak zorundayız. Bu oran, önceki bölümde önemi vurgulanan hukuk güvenliğine, yargı organlarımızın verdiği olumsuz katkıyı göstermektedir.

Yargıya olan güvensizliğin yetkililerce güçlü şekilde dillendirilmesi yaşanan sorunları çözmemektedir. Bu kolaycılıktan vazgeçilerek yargıç ve savcı profiline sorunları, yargılama sistemindeki yapısal sorunlar, Mahkememizce tespit edilen ihlallerin giderilmesi yönünde devlete düşen pozitif ve negatif yükümlülükler ile alınması gereken tedbirler masaya yatırılarak çözümler üretilmelidir.

Amacımız, idarenin ve yargı organlarının sebep olduğu hak ihlallerini inceleyen, temel hak ve özgürlüklerle ilgili evrensel standartların ülkemizde benimsenmesini sağlamak suretiyle Anayasa Mahkemesinin “etkin bir denetim” yaptığı inancını topluma yerleştirmektir. Mahkememizin etkin denetim yapmadığı düşüncesinin yerleşmesi hâlinde ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin kararları yok sayılarak, başvuruları doğrudan kabul etmesi gibi bir uygulama ile karşı karşıya kalacağımız herkes tarafından bilinmelidir. Böyle bir sonucun ise ülkemiz yargı erkinin demokratik dünya milletleri nezdinde çok ciddi bir itibar kaybına sebep olacağı açıktır.

Bu nedenle, anlayışla karşıladığımız tüm eleştirilere rağmen, hak ve özgürlük yollarının açılması süreci mahkememizce kararlı bir şekilde sürdürülecektir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Son yıllarda birey ve toplum olarak, yaşanan sorunlarla ilgili en masum çözüm önerilerini, düşünce ve görüşleri derhal siyasi bir süzgeçten geçirdikten sonra kabul veya reddeder hâle geldik.

Bu yaklaşım toplumun aşırı siyasallaşmasına, kutuplaşmasına ve kaygı verici bir gerilimin yaşanmasına yol açıyor. Yaşanan gerilim insanlarımızı taraf olmaya zorlamakta, söylenenler yanlış da olsa, taraf olmanın güçlendirdiği inatçılıkla düşünceler savunulmaya çalışılmaktadır. Sorunlara veya önerilen

Anayasa Mahkemesinin 52. Kuruluş Yıldönümü Töreni

çözümlere tepkisel tavırlarla meydan okumak, taraftar bağlılığını güçlendirmekte ise de insanların biraraya gelme, diyalog ve uzlaşma iradelerini zayıflatmaktadır. Diyalog ve uzlaşma zeminini kaybettiğimizden dolayı, farklı olanların doğruları ile zenginleşemiyoruz. Başkalarının haklarına sahip çıkmak bir insanlık erdemidir. Katılmasak da, hakkı ihlal edilenlerin yükünü paylaşmak, onurlu insan olma refleksinin doğal bir sonucudur. Demokratik ülkelerin gücünün yasaklara değil, özgürlüklere dayalı olduğu gerçeği gözardı edilmemelidir.

Değerli Konuklar,

Yaşanan gerilimlere kim sebep olursa olsun, bu ortamda gelişen kin ve nefret söyleminin farklı düşünce ve inanç sahipleri arasında “duygusal bir kopuş” a yol açtığı açıktır. Kalp ve gönül dünyasını ilgilendiren bu duygulardaki ayrışmaların, birlikte yaşama irademiz üzerinde olumsuz sonuçlar doğuracağını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu olumsuz sonuçlar siyaset, kültür, inanç, sanat, spor ve buna benzer etkinliklerde, farklı kesimlerin birarada yaşamaları için gerekli olan “buluşma alanlarını” yok etmektedir.

Kin ve nefret söyleminin, korkuyla buluştuğu böyle bir noktada, insanlarımızı iç dünyalarına hapsedilmiş inançlar ve beyinlerinden dışarı çıkaramadıkları düşüncelerle baş başa bırakıyoruz. Oysa, çoğulcu ve katılımcı demokratik sistem, “farklılıkların sesli yaşaması” gerektiği çağrısını yapıyor. Yüzyıllardır biriktirdiğimiz köklü kültür yapımız ve oluşan inanç dünyamız, demokrasinin tam da bu çağrısıyla örtüştüğünü söylüyor. Sahip olduğumuz bu sevgi ve hoşgörü kültürünün lojistik desteğine ihtiyacımız vardır.

Kainatın özü insan, insanın özü ise eşdeğeri bulunmayan onurudur. Hukukun ve dinlerin koruma altına aldığı yegane değer budur. Mahkememizin 52. kuruluş yıldönümünde size verebileceğimiz söz, bu değerın korunması konusunda mensuplarımızın kararlı iradelerinin devam edeceğidir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bu yıl yaş haddi nedeniyle emekli olan üyemiz Sayın Mehmet Erten’e yeni hayatında sağlık ve esenlik dileklerimi sunuyor, yakın zamanda aramızdan ayrılan emekli üyemiz Servet Tüzün’e de Allaha rahmet diliyorum.

Başta zatiilileri olmak üzere, katılan tüm konuklarımıza Mahkememiz adına teşekkür ediyor saygı ve sevgilerimi sunuyorum. 25 Nisan 2014

B. DİĞER KONUŞMALARI

TÜRK YARGI SİSTEMİNDEKİ REFORMLAR, DÜNDEN BUGÜNE HSYK VE AVRUPA UYGULAMASI İLE MUKAYESE KONULU SEMPOZYUM

(25 Ekim 2011)

Değerli Konuklar,

Konuşmamın başında Van ilimizde meydana gelen depremde hayatını kaybedenlerle Güneydoğu'da şehit düşen güvenlik görevlilerine Allah'tan rahmet, aziz milletimize başsağlığı diliyorum.

Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının etkin, hızlı ve tarafsız bir yargı beklentisini karşılayamayan Türk yargı sisteminde son yıllarda yapılan yapısal değişiklikler konusunda durum tespiti yapmak üzere organize edilen bir bilimsel toplantıda buluşmaktan dolayı mutluluğumu; yapılacak olan Sempozyumun sonucunda ortaya çıkacak değerli görüş ve düşüncelerin hem ülkemiz hem de dünya barışına önemli katkılar sağlayacağına olan inancımı belirtmek istiyorum.

Dünyada, son yıllarda ortaya çıkan gelişmeler dikkatle incelendiğinde, hukuk dünyasının ilgi alanına girecek şok olaylar yaşanmaktadır. Yaşanan bu olayların hukuk laboratuvarının testinden geçirilerek ciddi bir analize tabi tutulması dünya barışı için yaşamsal öneme sahiptir. Dünyamız bugün taşımakta zorlandığı bir “*öfkeyle*” karşı karşıyadır. Demokrasinin, hukuk devletinin ve de barışın doğrudan ilgili olduğu söz konusu öfkenin gücünü ve bunun doğurduğu sonuçları her gün canlı olarak yaşamaktayız.

Bu güç evrensel hukukun kontrolü altına alınmadığı takdirde, ülkelerin ve dünya barışının geleceği hakkında umut verici projeler ortaya koyamayız. Mısır'da, Tunus'ta, Suriye'de, Yemen'de meydanlara dökülenlerle Amerika Birleşik Devletlerinde Wall Street'de bir araya gelenlerin doğurduğu öfke, dünyanın önemli bir bölümünde karşılık bulmuş ve “*küreselleşen bir öfkeye*” dönüşmüştür. Bu gelişmenin incelenmeye, araştırılmaya acilen ihtiyacı vardır. Sosyologların, düşünürlerin siyaset bilimcilerinin ve de hukuk dünyasının bu olayları inceleyerek sonuçlar çıkarmak zorunluluğu açıktır.

Dünyada hızla yayılan bu olayların ana eksenini hak ihlalleri oluşturmaktadır. Çok farklı topluluk ve de devletlerde yaşansa da ortak paydada topla-

Haşim Kılıç'a Armağan

yabileceğimiz nedenler öfkenin kaynağını ortaya koymaktadır. Baskıcı, dayatmacı otoriter ve totaliter yönetim anlayışları, dünya kaynaklarının dağılımındaki eşitsizlikler, yöneticilerin yolsuzluk ve haksız kazanç edinimleri bu tablonun ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Evrensel hukukun doğurduğu, küresel vicdanda karşılık bulan bu olumsuzluklar, hak ve özgürlük mücadelelerine ivme kazandırmıştır.

Hiçbir ülke “*bu benim iç işimdir*” şeklinde bir savunma ile hak ihlallerini örtme ve saklama hakkına sahip değildir. Onur kıran, yok eden her davranış dünyanın ilgi alanındadır. Çünkü insanlığın ortak paydası sahip oldukları onurlarıdır. Zaten talep edilen hak ve özgürlüklerin temel amacı da onurlu bir hayatı tesis etmek değil midir?

Sonuç yerine şunu söyleyebiliriz: Din, dil ve ırk farkı gözetilmeksizin hak ihlaline uğramış olan herkes bu öfkenin ortağıdır. Bu tablonun ortaya çıkmasına sebep olanlarda, hak ve özgürlükleri birincil derecede korumakla görevli devlet yöneticileri ile ikincil derecede koruma görevi bulanan yargı mensuplarıdır. Çünkü yargı; toplumu arındırandır. Bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlanmamış bir yargının arınma yerine kirliliği arttıracığı kuşkusuzdur. Başına buyrukları hukuk içine çeken yargının tarafsızlığı öfkeyi dindiren, vicdanları sakinleştiren bir etkiye sahiptir. Hak ve özgürlükleri yani insanlık onurunu koruma, güvenliğini sağlama görevi son tahlilde yargıya emanet edildiğine göre, yargıcın tarafsızlığı bu emanetin sigortasıdır.

Bu bağlamda hemen belirtmek gerekirse, yüksek yargı organları ile kurulların kürsü hâkim ve savcılar üzerinde oluşturduğu korku ve kaygılar giderilmedikçe bağımsızlıktan bahsedilemez. Zira tarafsızlığı da sağlayacak olan bağımsızlık, yargıcın zihnindeki beklentilerin, yüreğindeki kaygıların giderilmesiyle mümkündür.

Kuşkusuz yargı bağımsızlığı, yargının her türlü eleştiriden ve sorgulama-dan bağımsız olacağı anlamına gelmediği gibi, onu kamusal sorumluluktan muaf tutan bir dokunulmazlık zırhı olarak da görülemez. Şayet bağımsızlık bu şekilde algılanırsa, yargının oligarşik bir yapıya dönüşmesi ve elde edeceği güçle demokratik sistemin işleyişini sakatlaması gibi çok ciddi bir tehlike ortaya çıkacaktır. Bu nedenle yargının kamuya hesap vermesini sağlayacak demokratik yöntem ve usuller, yargıyı kara kutu olmaktan çıkararak onu gün ışığına çekecektir. Unutmayalım yargının tarafsızlığı yargıcın vicdanının özgürleşmesine bağlıdır.

Yargı sisteminde yapılacak reformların, tepkisel düşüncelere dayanmaması ve niteliği değişmiş yeni bir tarafsızlık ve bağımsızlık sorunu doğurmaması gerekir. Zira geçmişte yaşanan vesayetçi yargı anlayışının, oluşan millet iradesiyle yaptığı kavga, son yıllarda yapılan köklü değişikliklerin kaynağını

Türk Yargı Sistemindeki Reformlar, Dünden Bugüne HSYK

oluşturmuştur. Yapılan reformların yeni vesayet odaklarının doğmasına neden olmaması gerektiğine inanmak istiyoruz.

Değerli Konuklar,

İnsan onuru, militarizmin, otoriter ve totaliter anlayışların yarattığı yıkımların ardından dünya milletlerinin ortak iradesiyle kabul edilen, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin ana eksenini oluşturmuştur. Beyannamenin ek maddesinde *"tüm insanların özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğduğu"* kabul edilmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın başlangıç kısmının altıncı paragrafında da vatandaşlarının maddi ve manevi varlığının gelişimini *"onurlu bir hayata"* bağlayan anlayış vurgulanmıştır. Çağdaş dünya anayasalarında da insan onuruna dayalı hak ve özgürlük anlayışları değiştirilemez maddeler arasında yerini almıştır.

Yaşanan dünya gerçeklerine bakıldığında, sosyal devlet adına insan onuruyla bağdaşmayan öğreti ve uygulamaları hayata geçirenler, mutlu edemedikleri yurttaşlarının isyanıyla dağıldıkları gibi, ahlaki ve insani hiçbir sınır tanımadan dünya kaynaklarına vahşice sahip olanlar da aynı kaderi paylaşarak dağılacaklarından kuşku duymasınlar. Zira insan onuruna yapılan saldırı sonucunda oluşan öfkeden daha etkili bir silah henüz icat edilememiştir.

Kuşkusuz feodal, militarist, dinsel, etnik veya sınıfsal üstünlüklere dayalı toplumlarda da özgürlük, eşitlik, kardeşlik ve insan onuru kavramları mevcuttur. Ancak bu sistemlerde söz konusu kavramlar aynı inanca ya da ideolojik tercihe sahip olanlar arasında anlam ifade etmektedir. Bu anlayışlara karşı yürütülen mücadele, günümüz çoğulcu demokrasi düşüncesini yaratan mücadeledir ve bugün tüm yoğunluğu ile devam etmektedir. Özgürlükçü ve çoğulcu demokrasi ise *"ötekini"* yani *"farklı olanları"* kendi varlığının ve varoluşunun teminatı olarak görür ve yaşatır. Böylece *"ötekini"* olması gereken bir dost olarak tanımlayan demokrasi, hoşgörü kültürüyle tarafları birlikte yaşamaya ikna eder. Sonuçta kazanacak olan insan onuru olacaktır. Zira insan onuru bütün anayasal ilkelerin, kavramların, değerlerin ötesinde yer alan tek üstün değerdir.

Türk yargı sisteminde bugüne kadar yapılmış ve bundan sonra da yapılacak tüm değişikliklere bu pencereden bakmak ve değerlendirmek zorunluluğumuz vardır. Bu bağlamda, 2010 yılında yapılan anayasa değişiklikleriyle yıllardır oluşan askeri ve yargısal vesayetin varlığına son verilmesini Türk demokrasisi adına önemli bir ilerleme olarak görüyorum. Eksiklerin ve yetersizliklerin yeni dönemde tamamlanması gerçeğini göz ardı edemeyiz. Öyle inanıyorum ki bugünkü bilimsel toplantıda, başta Hâkimler ve Savcılar Yük-

Haşim Kılıç'a Armağan

sek Kurulunun yapısı, işleyişi ve görevleriyle yargıya ilişkin öteki değişiklikler tüm ayrıntılarıyla müzakere edilecektir.

Evrensel kurallarla örtüşen bir hukuk düzeni kurabilme konusunda katkı sunacak tüm olumlu ve olumsuz görüşler saygındır ve azizdir. Bu toplantıdan çıkacak mesajların küreselleşen dünyanın sorunlarına ve birikmiş öfkesine derman olacağına inancımı belirterek bilimsel toplantıyı organize edenlere teşekkür ediyor hepinize saygılar sunuyorum.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN TÜRKİYE KARARLARI, SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ KONFERANSI

(15 Kasım 2011)

Değerli Konuklar,

Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü bünyesinde İnsan Hakları Daire Başkanlığının kurulması devletin güvencesi altında olan bireylerin hak ve özgürlükleri adına sevindirici bir gelişmedir. Koruma ve kollama adına kurum ve kuruluş oluşturulması ancak etkin ve fonksiyonel bir çalışmanın varlığı ile anlam kazanır. Yeni oluşturulan bu dairemizin de bireylerin onur mücadelesine önemli katkılar sunacağına inanıyor çalışanlarına başarılar diliyorum.

Ülke sevdalısı olan herkesin her vesile ile dile getirdiği yargının sorunları ve çözüm önerileri konusunda söylenmemiş sözün kalmadığı hepimizce bilinmektedir. Bugün yapılacak bu etkinlikte de bilinenleri belki de yeniden tekrar etmek zorunda kalacağız.

Tüm dünyada, yargının ve hâkimlerin görevi hak ihlaline uğramış bireylerin hakkını teslim etmektir. Böylece, toplumu arındıran yargı, bir boyutu ile de kamu vicdanını sakinleştirerek toplumsal barışın sağlanmasına katkı sunar. Artık hiçbir ülke, vatandaşlarının yaşadığı hak ihlallerini örtme, saklama imkânına sahip değildir. Teknolojinin köy haline dönüştürdüğü dünyanın hangi köşesinde olursa olsun, yaşanan hak ihlalleri tüm insanlığın ilgi alanına girmektedir. Başka bir anlatımla hak ihlalleri dünya kamu vicdanının denetimi altındadır. Haksız kazançların, eşitsizliğin, otoriter ve totaliter rejimlerin sebep olduğu hak ihlalleri ve haksızlıklar küresel tepkinin yaptırımı ile karşı karşıyadır. Bu aynı zamanda, dünya da oluşan ve sürekli gelişerek küreselleşen hak ve özgürlük bilincinin de bir sonucudur. Son yıllarda dünya ekonomisinde yaşama geçirilen ve sosyal hiçbir boyutu bulunmayan, insani ve ahlaki temellerden yoksun projeler büyük isyanların kaynağını oluşturmaktadır. Emek katkısından uzak, kâğıt üzerinde döviz, borsa ve banka üçgecinde kumarhaneye çevrilen dünya ekonomisi, yarattığı mazlumların öfkesi karşısında çaresiz kalmaktadır. Zira bu gücün ortak paydası sahip oldukları insan onurudur.

Haşim Kılıç'a Armağan

Değerli konuklar,

Ülkemizde de hak ve özgürlükler konusunda yükselen bir bilincin varlığını inkâr edemeyiz. Yaratılan suni rejim krizleriyle uğraşmaktan reel sorunlarımızı tartışma ve bunlara çözüm üretme imkânını bugüne kadar bulamadık. Şu anda artık reel sorunları konuşabildiğimiz bir dönemden geçiyoruz. Vatanşahlarımızın şiddeti 5.6 olan depremde bile yıkılan evlerin enkazı altında kalarak hayatını kaybetmelerine sebep olan sağlıksız yapılaşmayı, her gün trafik terörünün sebep olduğu onlarca ölümü, çevre sorunlarını, yıllarca süren yargı sürecini, kadına uygulanan şiddeti, çocuk yaştaki yavrularımızın başına gelenleri yeni sorgulamaya başladık. N.Ç. olayı ile ilgili verilen yargı kararlarının toplumda doğurduğu sosyolojik refleksin gücünü yeni yeni hissediyoruz. Yargı olarak bunlara kayıtsız kalamayız. Nerede yanlışlık yaptığımızı toplumla paylaşma erdemini ortaya koymalıyız. Yargıç güvencesinin imtiyazlarından faydalanarak toplum vicdanında kabul görmeyen savunmalar yapmak, yargı mensuplarını daha büyük eleştirilerin muhatabı yapmaktır. Zira mahkeme kararlarına saygı, kararın gerekçesinin güçlü, haklı, makul ve evrensel değerlere olan yakınlığı ile doğru orantılıdır. Toplumda yargıyla ilgili oluşan derin kaygı ve endişelerin derin hukuk devleti anlayışıyla karşılanmasının gerektiği açıktır.

Yargı sisteminde yapılacak değişikliklerin tepkisel düşüncelere dayanmaması en önemli dileğimizdir. Aktörleri değişmiş yeni bir vesayetçi yargı oluşumuna izin verilmemelidir. Yıllardır yargıyı arka bahçesi görenlerin bu imkanı kaybetmelerinden dolayı içinde bulundukları hırçınlığı gerekçe göstererek yeni vesayet sahipleri üretilmemelidir. Yargı, artık kimsenin arka bahçesi olmayacağı gibi, hangi kutsal ideoloji ve inanç adına olursa olsun onun da infaz aracı olmaması gerekir.

Değerli Konuklar,

Bireysel özgürlükler, otoritenin hukuk kurallarıyla belirlendiği ve sınırlandırıldığı durumlarda güvence altına alınabilir. Demokrasilerde elbette egemenlik halka ait olmakla birlikte, egemenliği kullanan siyasi çoğunluğun otoritesi sınırsız değildir. Buradaki sınır, bireylerin hak ve özgürlükleridir. İktidarın etkili bir şekilde sınırlandırılmasından sadece, yasama ve yürütme organlarını değil, aynı zamanda yargı iktidarını da kastettiğimi belirtmek isterim. Zira hesap vermeyen bir yargının sınır tanımazlığı felaketlerin en büyüğü olarak ifade edilmektedir. Üstün hukuka bağlı olmayan gücün yarattığı güven ve kibrin sahiplerini çok çabuk bitirdiği tarihte yaşanan örneklerle sabittir.

Ülkemizde de temel hak ve özgürlüklerin evrensel boyutla örtüşür şekilde korumaya alınması amacıyla mevzuatımızda çok sayıda ve önemli değişiklikler yapılmıştır. Yapılan bu reformlar sayesinde temel hak ve özgürlüklere

ilişkin uluslararası metinlerle anayasal hükümler arasında büyük ölçüde paralellik sağlanmıştır. Bununla birlikte bu değişikliklerin uygulamada yeterince etkilerini göstermediği düşüncesi, tali kurucu iktidarı, hak ve özgürlükleri evrensel ilkelerle daha da güçlendirmek amacıyla bazı adımlar atmaya zorunlu kılmıştır. Bunlardan ilki, 7 Mayıs 2004 günlü, 5170 sayılı *Anayasa Değişikliğine Dair Kanun* ile Anayasa'nın "*Milletlerarası antlaşmaları uygun bulma*" başlıklı 90. maddesinin son fıkrasına eklenen cümledir. İkincisi de geçen yıl yapılan anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesinin görevleri arasına eklenen "*bireysel başvuru*" yoludur.

Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümlede "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*" denilmektedir. Böylece, ulusal bir kanun hükmü, usulüne göre yürürlüğe girmiş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma ile çatışırsa, tercih edilecek olan iç hukuktaki milli yasa değil, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma olacaktır. Aslında bu değişikliğin büyük beklentilerle kabul edildiği, ancak beklenen etkiyi de gösteremediği tespiti yapılabilir. Zaten bu düşünce, geçen yıl yapılan Anayasa değişikliği ile bireysel başvurunun devreye girmesini zorunlu kılmıştır. Yapılan değişiklikte temel hak ve özgürlüklerinden birinin, kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden herkesin, bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabileceği öngörülmüştür. Başvuruya konu hak ve özgürlüklerin, uluslararası standartları ortaya koyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metnine göre belirlenmesi, uluslararası insan hakları hukuku ile bütünleşme iradesinin bir göstergesi olarak kabul edilmelidir. Ortaya çıkacak uyuşmazlığın söz konusu andlaşmaya öncelik verilerek çözümlenmesiyle iç hukukun tartışılmaz üstünlüğüne de son verilmiştir.

Gerçekte bu değişiklikle, Anayasa Mahkemesi dışındaki diğer yargı organlarının milletlerarası insan hakları normlarını doğrudan uygulamalarına imkân sağlanmıştır. Olağan yargı yerleri, çatışmanın varlığını tespit ettiklerinde ulusal kanunu ihmal ederek, önündeki somut olayı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukukuna göre çözüme kavuşturacaktır. Bu değişiklikte insan hakları konusunda yeni açılımlar sağlanması hedeflenmiş, bugüne kadar milletlerarası insan hakları normlarını doğrudan uygulamakta ürkek, çekingen ve mesafeli davranan Türk yargıçlarının teşvik edileceği, hatta zorlanacağı düşünülmüştür.

Anayasa'nın 90. maddesine eklenen bu hükümle, kanunların anayasa yanında insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalara uygunluğunu denetle-

Haşim Kılıç'a Armağan

me ve bu denetim neticesinde aykırılık tespit edilen kanunları iptal etme gibi bir yetki Anayasa Mahkemesine tanınmamıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin 90. maddenin son fıkrasına aykırılıktan dolayı kanunların iptaline karar vermesi de mümkün değildir.

Değerli Konuklar,

Türk yargı sistemimizde yaşanan sorunları hepimiz biliyoruz. Bu sorunların çözümü konusunda ortaya konulan iradeyi ve gayretleri de görmezlikten gelemeyiz. Ancak bu durum, milyonlarca dosyanın temyiz için yıllarca sıra beklediği, her yıl on beş bini aşkın dosyanın zamanaşımına uğradığı, dosya başına düşen ortalama iki dakikalık temyiz süresi gerçeğini ortadan kaldırmıyor. Son on yıl içinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği toplam 8172 ihlal kararının 1652'si ülkemize ait olup, daha da önemlisi, bu kararların yarısı adil yargılanma hakkının ihlali ile ilgilidir. Bu durum köklü bir yargı geleneğine sahip olan ülkemiz açısından bağımsız, tarafsız, hızlı, etkin, verimli adalet dağıtan bir yargı sisteminin önündeki engellerin kaldırılmasının hayati bir yükümlülük olduğunu göstermektedir.

Böyle bir tablo, uluslararası insan hakları hukukuyla uyumu sağlamak için yeni bir adımın atılmasını gerekli kılmıştır. 12 Eylül 2010 tarihindeki referandumla Anayasa'da yapılan değişiklikle yargının temel hak ve özgürlüklere bakışını derinden etkilemesi beklenen “bireysel başvuru” hakkı getirilmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin evrensel boyutuyla uygulanmasında bir yöntem olarak öngörülen Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklik, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruları ve bunun üzerine verilen ihlal kararlarını minimum düzeye indirmede bir ilerleme sağlayamadığından, bireysel başvuru bir çare olarak düşünülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 148. maddesine eklenen yeni bir fıkra ile “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilme” imkânına kavuşmuştur.

Bu değişikliğin gerekçesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde Türkiye'ye karşı her yıl binlerce başvurunun yapıldığı, bu başvuruların sayısının ve ülkemizin aldığı mahkûmiyet kararlarının azaltılması amacıyla iç hukukta yeni çözüm yöntemlerine başvurulmasının acil bir ihtiyaç olduğu belirtilmiş, Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı düşüncesiyle böyle bir yetkinin Anayasa Mahkemesine verilmesinin doğal karşılanması gerektiği vurgulanmıştır. Çünkü bireysel başvuru pek çok uygar ülkede temel hakların korunması usullerinden biri olarak anayasa yar-

AIHM Türkiye Kararları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Konferansı

gısı nın ayrılmaz bir parçası olmuştur. Aynı zamanda ülkemiz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargılama yetkisini kabul ederek iç hukukta çözüme kavuşamayan temel hak ihlallerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde ele alınmasını benimsemiştir. Dolayısıyla ulusal üstü bir organa tanınan yetkinin, ülkemizde Anayasa Mahkemesi'ne tanınmasını doğal karşılamak gerektiği açıktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarında, bireysel başvurunun kabul edildiği ülkelerin neredeyse tamamında, hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu olduğu kabul edilmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin iş yükünün azaltılması açısından bireysel başvurunun kabulü gerekliliğini ifade etmiş ve ülkemizde bireysel başvurunun kabulüne dair çalışmalar Venedik Komisyonu tarafından da takdirle karşılanmıştır.

Bireysel başvurunun etkin bir şekilde uygulanması hak ve özgürlüklerin standartlarını evrensel düzeye yükseltecektir. Bu usulün işlemeye başlaması ile bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunması sağlanacak, diğer yandan da kamu otoritelerinin temel hak ve özgürlüklere daha duyarlı bir davranış ve tutum sergilenmesinin yolu açılacaktır.

Anayasa şikâyeti yolunun, bireylerin temel haklarının güvencede olduğu inancını kuvvetlendirdiğini, kamu gücü karşısında sahipsiz ve güçsüz olmadığı bilincini oluşturduğunu ve Anayasa Mahkemesinin sadece Anayasa'nın değil, aynı zamanda bireysel temel hakların da bekçisi olarak görülmesini sağlamak noktasında önemli bir süreç olduğunu söyleyebiliriz.

Aslında bireysel başvurunun etkin bir şekilde uygulanmasının yukarıdaki temennileri ve beklentileri karşıladığını yabancı ülke deneyimlerinden yola çıkarak söyleyebiliriz. Örneğin, 1999–2008 yılları arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararları incelendiğinde, bu durum tereddüde yer vermeyecek bir şekilde açığa çıkmaktadır. Avrupa Mahkemesinin, bireysel başvuruyu kabul eden Avusturya için 142, Almanya için 66 ve İspanya için 28 ihlal kararı var iken, aynı dönemde bireysel başvuruyu kabul etmemiş olan Fransa için 494, İtalya için 1396 ve Türkiye için ise 1652 ihlal kararı mevcuttur.

Bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesinin işlevi, önüne gelen her somut olayda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme kuralları ile anayasa hükümlerinin anlamını tespit etmek, Anayasa'nın ve mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkesi sayesinde bu yorumun diğer yargı organları tarafından benimsenmesini sağlamaktır. Aslında bu, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen cümlelerin amacı da örtüşmektedir. Bu iki anayasal

Haşim Kılıç'a Armağan

değişikliğin birbirinden bağımsız olarak düşünülmemesi gerekir. Aksine bu iki düzenleme birbirini tamamlamakta, hatta biri diğerinin amacının gerçekleştirilmesine ivme kazandırmak gibi bir işlev de görmektedir.

Anayasa Mahkemesince bireysel başvuru neticesinde verilecek ihlal kararlarının yerine getirilmesi zorunluluğu, hâkimlerin kanunları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına uygun yorumlamaları yönündeki anayasal yükümlülüklerini daha da güçlendirecektir. Hâkim, uluslararası insan hakları metinlerini dikkate alarak sorunu çözümleyen Anayasa Mahkemesi kararına uymama veya onun infazını geciktirme gibi bir tercihe sahip değildir.

Anayasa'nın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişikliğe rağmen, uluslararası insan hakları hukuku ile uyumun sağlanamamasından doğan açık, bireysel başvuru hakkındaki beklentileri oldukça yükseltmiştir. Anayasa Mahkemesi bu beklentileri karşılayacak irade ve kapasiteye sahiptir. Çünkü Anayasa Mahkemesi, varlık nedeni temel hak ve özgürlüklerin teminatı olarak görev yapmak olan bir yargı makamı olarak tanımlanmaktadır. Bireysel başvurunun özellikle anayasa yargısının gelişmesine çok önemli zenginlik katacağı, temel haklar konusunda Türkiye'deki uygulama ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarındaki anlayış farkının ortadan kalkmasına imkân sağlayacağı açıktır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin Avrupa Konseyi ile ortaklaşa yürüttüğü bireysel başvuru hazırlık çalışmalarının büyük bir hızla devam ettiğini belirtmek isterim.

Bireysel başvuru yolunun başarılı olabilmesi için diğer hak arama yollarının etkin bir şekilde işletilmesi ve bütün devlet organlarının ortak irade ile hareket etmesi gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Zira insan onurunda derin yaralar açan, sanıkların makul bir sürede yargılanma hakkı, masumiyet karinesi, tutukluluk süresi, etkin savunma hakkı, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin hakkındaki suçlamaları öğrenme ve bilgilendirilme hakkı gibi başlıklar altında ifade edebileceğimiz adil yargılanma konusundaki ihlallerin, Türkiye'yi Avrupa Mahkemesi nezdinde çok ciddi sıkıntılara soktuğunu göz ardı edemeyiz. Unutulmamalıdır ki evrensel kavramlara farklı anlamlar yükleyerek evrensel anlayışın ortadan kaldırılması çağdaş dünya ile bağlantımızı koparacaktır.

Değerli Konuklar,

İnsanlığın varlık sebebi olan insan onurunun koruyucu ve kollayıcısı öncelikle kamu gücünü kullananlar olmak zorundadır. Hukukun üstünlüğü temeline oturan tarafsız ve güçlü bir yargı da korunacak bu değerlin güvencesidir. Yargının sebep olduğu hak ihlallerinin doğurduğu acıların, unutulmayan derin sonuçlar yaratması kaçınılmazdır. Rejimin de, devletin de geleceği, güvencesi bu ihlallerin ortadan kaldırılmasına bağlıdır. Bu noktada bireysel

AIHM Türkiye Kararları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Konferansı

başvurunun etkin ve fonksiyonel biçimde uygulanması belirtilen güvenceye olan inancı güçlü bir şekilde ayakta tutacaktır.

Gücünü farklılıklarından alan aydınlık bir Türkiye’de yaşamak dileğiyle sevgi ve saygılar sunuyorum.

ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ 2012-2013 EĞİTİM-ÖĞRETİM YILI AÇILIŞ TÖRENİ

(5 Ekim 2012)

Türkiye, yasama, yürütme ve yargı organlarının ideolojik vesayet ağlarının baskısı altında büyük travmalar geçirerek savrula savrula bugünlere kadar geldi. Bu sürecin en ağır faturalarını ise üniversitelerimizin ödediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Nasıl olmasın ki geriye dönüp baktığımız da, 1980 darbesine kadar terörün esir aldığı üniversiteler ideolojilerin hesaplaşma ve birbirini yok etme mekânları haline geldi. Terör nedeniyle tanışamaz, görüşemez ve birbirimizi dinleyemez olmuştuk. Farklı düşüncelerle yan yana gelemedik. Sonuçta ne gençliğimizin ne de üniversiteli olmanın tadına varabildik. Okuduğumuz bilim dalıyla bile yeterince tanışamadık. Darbe sonrası ise, üniversitelerin hizaya çekildiği, farklı düşüncelerin, inançların “*kökünün kazınması*” gerektiği düşüncesinin hakim olduğu bir döneme girdik. Ve asıl suçlu tespit edildi. Devlet, üniversitelerde anayasal düzen bakımından en tehlikeli bulduğu kılık-kıyafet konusunu “*rejim sorunu*” yapmaktan çekinmedi. Engellenen eğitim hakkı, ifade özgürlüğü, dini inanç ve kanaat özgürlükleri gibi en temel insan hakları yok edilerek “*insan onuru*” tarihinin en utanç verici işkencesiyle karşı karşıya bırakıldı. Geride bıraktığımız bu karanlık günlerin bir daha yaşanmaması yürek taşıyan herkesin dileği olmalıdır.

İdeolojik vesayeti tahkim etmek üzere “*insan onuru*” ile oynayanlar tarihin hiçbir döneminde kazanan taraf olmamıştır. Baskıcı, dayatmacı çoğulculuğu reddeden anlayışlar, “*yaratılanların en şereflişi insandır*” ilkesiyle sürekli kavga hâlinde olmuştur. Bu nedenle, korunması gereken en üstün değer olan “*insan onuru*” anayasaların, değiştirilemez kurallarının en temel kavramı sayılmıştır. Devletimizin kimlik belgesi de diyebileceğimiz demokratik, laik, sosyal hukuk devleti nitelikleri de bu “*üstün değeri*” korumak ve kollamak için öngörülmüştür. Devletlerin sayılan bu nitelikleri, bütün dünyada insanlığa onurlu bir hayat yaşatmayı vaat etmektedir.

Üniversitemizin Değerli Mensupları,

Bir ülkenin beyni sahip olduğu üniversiteleridir. Beynin görevi ise düşün-

Atatürk Üniversitesi 2012-2013 Eğitim-Öğretim Yılı Açılış Töreni

mek, düşündüğünü ifade edebilmektir. Bilgi de ancak özgür bir ortamda üretilir. Üniversite öğretiminin amacı doğal olarak özgür ve onurlu bireyler yetiştirmektir. Üniversitesinde çift kimlikli bireyler yetiştiren bir toplumun geleceği yok edilmektedir. Şunu unutmamalıyız ki demokratik düzen denince kendine güvenen, risk alan, suskun ve uslu değil, sorgulamayı görev kabul eden, onurlu insanların yaşadığı ülkeler akla gelir. Yaradılışın özünde bulunan çoğulculuk, tek düşünce ve tek inanca izin vermemiştir. Demokrasi zorunlu olarak her çeşit azınlığın varlığını ve kendisini ifade etme hakkını içerir. Bu değerleri yaşatan bir demokrasinin sorunları çözme şansı oldukça yüksektir.

Tam da bu noktada söylemek gerekirse üniversitelerimiz ideolojik işgallerin değil, akademik özgürlüğün egemen olduğu ortamları yakalayabildiği durumlarda özgür bireyler yetiştirebileceklerdir.

Ben üniversiteleri özgürlüklerin ikametgâhı olarak tanımlıyorum. Bu mekanda yaşayan öğretim üyeleri ve öğrenciler düşüncelerini ifade edemiyorsa ve inançlarını, kanaatlerini bilimsel özerkliğin güvencesi altında ortaya koymıyorsa devletin bağımsızlık sistemi çökmüştür diyebiliriz. Üzülerek belirtmeliyim ki üniversitelerimiz 1980 sonrası hayatında bu çöküntüyü ağır biçimde yaşadığından dolayı, çağdaş bilim dünyasında olması gereken kalitesini yakalayamamıştır. Maalesef bugün üniversitelerimiz ifade özgürlüğünü yaşama yerine “*susma hakkını*” kullanmayı tercih eden kurumlar haline gelmiştir. Dünyanın hak ve özgürlükler çağını yaşadığı bir iklimde baskı ve tasfiye süreçlerinin yarattığı olumsuz ortamların ortadan kalkacağına olan inancımı belirtmek istiyorum. Çünkü Türkiye’nin demokratikleşme, sivilleşme ve özgürlük yürüyüşünün haklı gururunu yaşamak en çok üniversitelerimize yakışır.

Değerli Konuklar,

İnsanlık onuruna saygı, insanların ne düşüneceğine, neye inanacağına ve nasıl bir hayat tarzı seçeceğine kendisinin karar vermesini zorunlu kılmaktadır. Seçilecek bu tercihlerin güçlülere karşı korunması görevi de yargıya verilmiştir. Gerek idareler gerekse yargı bu değerleri koruduğu sürece mesruiyet temellerini de korumuş olurlar. Her dönemin yarattığı kendine özgü kutsallara baskı ve dayatmalarla oluşturulan ilgi, asla kalıcı olamaz. Korku temelinde değil, sevgi temelinde yükselen değerlerin toplum beğenisine sunulması sistemlerin sağlıklarının en güçlü teminatı olacaktır.

Bir ülkede yaşanan hak ihlallerinin yoğunluğu, o ülkenin demokratik hukuk devleti olmasına ilişkin sicilinin en belirgin özelliğidir. Bugün hak ihlallerinin doğurduğu olumsuzluklar, küreselleşen dünyada sınırları aşarak “*dünyanın insanlık sorunu*” haline gelmeye başlamıştır. Başka bir anlatımla ülkeler hak ihlallerinin bu benim “*iç işimdir*” düşüncesi ile üstünü kapatamı-

Haşim Kılıç'a Armağan

yor. Uluslararası kuruluş ve kurumların da aracılığı ile “hak ve özgürlükler” oluşturulan “ortak vicdanın” denetimi altına girmiştir. Kaynağı ne olursa olsun hak ihlallerinin doğurduğu öfke ya da beslediği kin ve nefret duyguları dünya barışını tehdit eder hâle gelmiştir. Baskıcı, dayatmacı otoriter ve totaliter iktidar güçlerinin doğurduğu küreselleşen bu öfkenin sonuçları ortadadır. Hak ihlallerinin, adaletsiz gelir dağılımının, baskı ve şiddetin egemen olduğu bölgelerde önemli fay hatları oluşmuş, zaman zaman kırılan bu hatlar, Kuzey Afrika’da, Ortadoğu’da Avrupa’da ve Amerika’da farklı sonuçlar ortaya çıkarmıştır. Bu tablo, ihlal edilen hak ve özgürlüklerin bir noktada potansiyel gücünü de ortaya koymaktadır. Gelişen bu olaylar insanlığın ortak paydası olan “insan onurunun” gerektiğinde nükleer bir güç etkisine dönüşebileceğini haber vermektedir. Ancak biraz önce ifade edildiği gibi, hak ve özgürlükleri koruma ve kollama görevi bulunan tarafsız yargının etkin ve süratli müdahalesi varsa sistemden endişe duymaya gerek yoktur.

Değerli Konuklar,

Hak ihlalleri sonucu doğacak olumsuzlukları önlemek üzere getirilen pozitif hukuk kurallarının yalnız başına yeterli etkiyi gösteremediği yaşanan bir gerçektir. Pozitif hukuk kurallarının sorun çıktıktan sonra gösterdiği etki, onun “onarıcı niteliğini” zayıflatmaktadır. Böyle bir durumda önleyici ve caydırıcı bir alan yaratmak için sevgi ve hoşgörü ikliminde gelişen, insani ve ahlaki değerlerin yardımı kaçınılmazdır. Bu nedenle şu çatı altında yetiştirdiğiniz geleceğin teminatı değerli gençlerimizin ruh kökünü ve onurunu bu değerlerle beslemek zorunluluğu açıktır. Geleceğin yöneticisi, askeri, hâkimi ve öğretmenini gibi meslekler edinerek ülke idaresinde görev alacaklar bu donanımla teçhiz edilmedikçe en ileri anayasaları ya da yasaları da yapsanız topluma onurlu bir hayat yaşatamazsınız.

Hak ve özgürlük konusunda yargıya düşen görevin ağırlığı karşısında bazı gerçeklerin altını çizmek istiyorum. Yargı; bireylerin kendi aralarında ya da devletle olan çatışmaların da hakem organ sıfatı ile hukuku adalete dönüştüren organdır. Hukuk, devletin vicdanıdır. Bağımsızlığı, tarafsızlığı ve adaleti ile vicdanları sükûnete kavuşturandır. Bunu başarabildiği ölçüde barış üretir. Aksi takdirde sorun çözme yerine toplumsal barışı tehdit eden bir unsur haline gelir. Yargının gücü yerine, güçlünün hukukunun hakim olması hâlinde hukuk dışı yöntemlerle sorunları çözme eğiliminin artacağı kesindir. Siyasete lojistik destek sağlama gayretleri yargıyı itibarsız kılmaktan başka sonuç doğurmaz.

Yargı, son sözü söyleyen güç olması nedeniyle onun bağımsızlığı ve tarafsızlığı hayati önem taşır. Hâkim görevi başında dostluk ve düşmanlık duygularından kendini arındırmak zorundadır. Mahalle baskısı, konjonktürel olay-

lar vicdanına hükmedemez. Aksi halde toplumu sorunlarından arındırma gibi görevlerini yapamaz hâle gelir.

Yargının ideolojik vesayetin işgaline uğraması nedeniyle ülkeye verdiği zararın en acı örnekleri hafızalardan silinmemiştir. Bu işgal devam ettiği sürece bunları yaşamaya devam edeceğiz. Söz konusu ideolojik işgalin sahibi, düşüncesi ya da kutsalları kim ve ne olursa olsun bu sonuç değişmeyecektir. Dün hak ihlaline uğramış mazlumlarla bugün aynı ihlalleri yaşayan insanların kimliklerinin farklı olması bu bakışımızı değiştirmemelidir. Sadece yargı değil, onur sahibi olan herkesin haksızlığa ve ihlale karşı çıkması insanlık borcudur. Zira barışın teminatı olan her türlü farklılığın birlikte yaşama iradesini ancak, başkalarının hak ve özgürlüklerini savunan onurlu insanlar hayata geçirebilir.

Bu ihlallere karşı, hak ve özgürlüklerin mahkemesi olarak bilinen anayasa mahkemelerinin sorumluluğu öncelik taşır. Bu nedenle 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 148. maddesine eklenen yeni bir fıkra ile *"herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilme"* imkânına kavuşmuştur.

Bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti, Anayasa'da belirtilen temel hak ve özgürlüklerin yasama, yürütme ve yargı organları tarafından ihlal edilmesi durumunda, bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin bu tarihi süreçte kendisinden beklenen *"özgürlüklerin mahkemesi"* işlevini yerine getirebilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan çok sayıdaki başvuru ve bunun sonunda verilen ihlal kararlarının azaltılabilmesi için bireysel başvuru hakkının tanınması kaçınılmaz hâle gelmiştir. Bu zorunluluk, sadece yasama ve yürütme organlarının tasarruflarını değil, egemenlik yetkisi kullanan ve insan onurunu korumakla görevli yargı organlarının da sebep olduğu hak ihlallerinin denetimsiz kalmaması anlayışından doğmuştur. Bireysel başvurunun özellikle anayasa yargısının gelişmesine çok önemli zenginlik katacağına, temel haklar konusunda Türkiye'deki uygulama ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarındaki anlayış farkının ortadan kalkmasına imkân sağlayacağına olan inancımı belirtmek isterim.

Esasen bu değişiklik ile anayasa koyucunun iradesi de, uluslararası özgürlük standartlarının iç hukukta uygulamaya geçirilmesini sağlamaktır. 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri uygulamaya geçirilmeye

Haşim Kılıç'a Armağan

çalışılmışsa da, bu konuda gerekli olan denetimin yetersiz kalması beklenen sonucu doğurmamıştır. Bireysel başvuru yolunun bu denetim açığını kapatacağı konusundaki beklentiler oldukça yüksektir.

Bu bağlamda; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular ve sonuçlandırılan davalar bakımından ülkemizin istatistikî durumunun ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin faaliyet raporuna göre, 2011 yılı sonunda Mahkemenin önünde bulunan 120.000 derdest dosyanın 20.000 adedini Türkiye aleyhine yapılan başvurular oluşturmaktadır. Dolayısıyla, Mahkemenin bakmakta olduğu dosyaların çok önemli bir bölümü Türkiye'ye ilişkindir. Bu rakamlardan anlaşılıyor ki Türkiye Rusya'dan sonra aleyhine en çok başvuru yapılan ülke konumundadır. Son on yıl içinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği toplam 10.000'e yakın ihlal kararının 2.475'i ülkemize ait olup, daha da önemlisi, bu kararlarının yarısından fazlası adil yargılanma hakkının ihlali ile ilgilidir. Köklü bir Anayasa yargısı geleneğine sahip olan ülkemiz açısından bu tablo, bağımsız, tarafsız, hızlı, etkili, verimli adalet dağıtan bir yargı sisteminin önündeki engellerin kaldırılmasının hayati bir yükümlülük olduğunu göstermektedir.

Hemen belirtmeliyim ki bireysel başvuru Anayasamız gereğince 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşecek olan yargı kararlarına karşı kullanılacak bir olağan üstü kanun yoludur. Kuşkusuz, bireysel başvuru ile Anayasa Mahkemesinin temyiz mahkemesi gibi çalışması söz konusu değildir. Anayasamızda açıkça belirtildiği gibi bireysel başvuru ancak, tüm yargı yolları tüketildikten sonra yapılabilecek, Anayasa Mahkemesinin denetimi ise yasaların uygulanmasında tercih edilen yorumun kişinin Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüğünü ihlal edip etmediğiyle sınırlı olacaktır. Anayasa Mahkemesi hiçbir koşulda olay incelemesi, eylem tanımlaması veya uygulanacak yasanın saptanmasıyla ilgili hüküm kurmayacaktır. Uzman mahkemelerin yetkilerine Anayasa Mahkemesinin müdahalesi söz konusu olmayacağından, yeni bir temyiz yolundan da söz edilmeyecektir.

Bireysel başvurunun etkin bir şekilde uygulanması hak ve özgürlüklerin standartlarını evrensel düzeye yükseltecektir. Bu usulün işlemeye başlaması ile bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunması sağlanacak, diğer yandan da kamu otoritelerinin temel hak ve özgürlüklere daha duyarlı bir davranış ve tutum sergilenmesinin yolu açılacaktır.

Anayasa şikâyeti yolunun, bireylerin “temel haklarının güvencede olduğu inancını” kuvvetlendirdiğini, onların “kamu gücü karşısında sahipsiz ve güçsüz olmadığı bilincini” oluşturduğunu ve “devlet organlarının işlemlerinin ve eylemlerinin

Atatürk Üniversitesi 2012-2013 Eğitim-Öğretim Yılı Açılış Töreni

ancak temel haklara saygılı olmak koşuluyla kabul edilebileceği düşüncesini” güçlendirdiğini, Anayasa Mahkemesinin sadece Anayasa’nın değil, aynı zamanda bireysel temel hakların da bekçisi olarak görüldüğünü sağlamak noktasında önemli bir süreç olduğunu söyleyebiliriz.

Değerli Konuklar,

Yeni getirilen bu sistem nedeniyle Anayasa Mahkememiz bir yıldır ciddi bir hazırlık dönemi geçirmiştir. Avrupa Konseyi ile yapılan ortaklaşa projeler kapsamında konuyla ilgili eğitim çalışmaları tamamlanarak 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla yeni sistem aziz milletimizin hizmetine hazır hâle getirilmiştir. Anayasa Mahkemesindeki değerli meslektaşlarımızın özverili gayret ve çalışmaları ile vatandaşlarımızın hak ve özgürlüklerinin önünde çağdışı kalmış tüm engellerin kaldırılacağına olan inancımı belirtmek isterim.

Bireysel başvuru yolunun başarılı olabilmesi için diğer hak arama yollarının etkin bir şekilde işletilmesi ve bütün devlet organlarının ortak irade ile hareket etmesi gerektiğini söylemek yanlış olamayacaktır. Zira insan onurunda derin yaralar açan, sanıkların makul bir sürede yargılanma hakkı, masumiyet karinesi, tutukluluk süresi, etkin savunma hakkı, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin hakkındaki suçlamaları öğrenme ve bilgilendirilme hakkı gibi başlıklar altında ifade edebileceğimiz adil yargılanma konusundaki ihlallerin Türkiye’yi Avrupa Mahkemesi nezdinde çok ciddi sıkıntılara soktuğunu göz ardı edemeyiz.

Sevgili Gençler,

Bu sene Cumhuriyetimizin kuruluşunun 89. yılını idrak edeceğiz. 1968 yılında üniversitelerde başlayan terör hareketlerini başlangıç olarak kabul ederseniz, Cumhuriyetin 89 yıllık ömrünün 45 yılını terör örgütleri ile mücadele ederek geçirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Yaşadığımız bu teröre komşularımızın ve yabancı ülkelerin yardımlarını da hesaba katarsanız belanın boyutlarını ortaya çıkarabilirsiniz. Başta bu uğurda can vererek bedel ödeyenler olmak üzere, ülkemizin sosyal, siyasal ve ekonomik alandaki hesabı yapılmayan kayıpları gözetildiğinde, bu devletin ne kadar güçlü bir bünyeye sahip olduğunu tespit edebilirsiniz. Bu kadar ağır olumsuzluklara rağmen olgunluğundan, vakarından ve onurundan hiçbir şey kaybetmeden olayları büyük bir sabır ve soğukkanlılıkla takip eden aziz milletimizin varlığı en büyük şansımız olmuştur. Son yıllarda ekonomik, sosyal, demokratik ve hukuk dünyasında yaşanan olumlu gelişmeler kötümser olmamızı gerektirmiyor. Bu yuvadan aldığınız ışıqla ülkemizin yarınlarını daha da aydınlatmak üzere hizmet nöbetini sizlere devredeceğiz. Çağı yakalama inancıyla hazırlayacağınız, evrensel değerlerle örtüşen ekonomik, sosyal, siyasal ve hukuksal çözüm projelerinizi insan onurunu yüceltmek üzere şimdiden hazırlamaya başlayı-

Haşim Kılıç'a Armağın

nız. Bilginize, inancınıza ve taşıdığınız insanlık onuruna güveniyoruz. İnaniyorum ki bu değler size yanlış yaptırmayacaktır.

İnsan haklarına dayalı, hak ve adalet kavramlarını hayata geçirmiş, kanun devletinin dar kalıplarından arınmış, çoğulcu, katılımcı ve hoşgörölü demokrasinin gerçekleştiğı, hukuk devletinin tüm kurum ve kuralları ile uygulandığı bir ÷lkede yaşamamız dileğı ile Erzurum Atatürk Üniversitesinin yeni öğretim yılında sizlere en içten sağlık, esenlik, sevgi ve saygılarımı sunuyorum.

YARGI ETİĞİ SEMPOZYUMU

(15 Kasım 2012)

Çok Değerli Konuklar,

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun “*Yargı Etiği Sempozyumu*” konulu bir etkinlikte bizleri buluşturmasını oldukça manidar buluyorum. Gerek Yüksek Kurul’un gerekse Adalet Bakanlığının son yıllarda bu ve buna benzer toplantılarda yargı ve bilim dünyasını bir araya getirme çabalarını yürekten kutluyorum. Geçmişte yaşadığımız, usandığımız, yorulduğumuz bitip tükenmek bilmeyen kavga ortamından uzaklaştıran ve asli görevinin en doğal uzantısı olan “*adil bir yargı düzeni*”nin nasıl oluşacağı sorununa katkı ve çare arayan anlayış sahiplerine en kalbi şükranlarımı sunuyor hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Seçilen konu fevkalade önemlidir. Kurulumuzun değerli yöneticileri aslında bugün konuşturacakları uzmanlarımıza yargının anjiosunu yaptırarak hangi kanalın tıkalı olduğunu öğrenmek istiyorlar. Bu sempozyumun sonunda ortaya çıkacak rafine edilmiş görüş ve düşüncelerin, hem ülkemiz hem de dünya hukuk değerlerine önemli açılımlar sağlayacağına olan inancımı belirtmek isterim. Yargıda etik ve ahlak konusunun evrensel boyutları düşünüldüğünde, sorunun sadece yargıyı değil ekonomiyi, siyaseti ve tüm sosyal alanları da ilgilendirdiğini bu nedenle de bir dünya sorunu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Etik ve ahlak gibi kavramlar hukukun da temelini oluşturduğundan, bu değerlere dayalı zemin etütleri iyi yapılmamış hukuksal projeler adalete dönüşemeyeceğinden daha çok hak ihlalini beraberinde getirecektir.

Toplumsal ekonomik, siyasal, sosyal ve kültürel alanda değişim ve dönüşümünü en etkili biçimde gerçekleştiren hukukun gücüdür. Hukukun bu dönüştürücü gücünü yalnız başına gerçekleştirme şansı oldukça düşüktür. Hukuk’un adalete dönüşmesi ancak ahlaki ve etik değerler ile insanlık onuru gibi üstün değerlerin katkılarıyla mümkün olabilir. Vicdanların bekçisi bence bu değerlerdir. Bu değerler aynı zamanda vicdan denen her neyse onun sağırlaşmasını ve hissizleşmesini engelleyen denetim araçlarıdır. Bunlar yoksa adaleti hissedemeyiz. Ahlaki ve etik değerler esasen yargıçın iç dünyasının sorunudur. Bunlar bazen pozitif kurallar haline gelse de sorunların çözümün-

Haşim Kılıç'a Armağan

de yalnız başına etkili olamıyor. Felsefi ve sosyolojik bakışında konusu olan bu değerlerin hukuk öğretisi ile arasındaki kopukluk toplumu mutlu edecek adil bir yargı sisteminin oluşmasına engeldir.

Değerli Konuklar,

Bütün kutsal düşüncelerin, kültürlerin, ahlaki ve etik değerlerin hayat bulduğu ana rahmi insanlık onurudur. İnsan olma hakkının kaynağı da sebebi de bu değil mi? Onur yoksa insan da yoktur. Bu değeri yargı için uyarlayacak olursak hâkimin tarafsızlığı, bağımsızlığı ve dürüstlüğü onun onurudur. Bu üstün değeri korumak da hepimizin görevidir. Zira yönetimlerin sebep olduğu hak ihlallerine uğrayan bireylerin sığınacağı tek yer hâkimin vicdanıdır. Bu ihlalleri ortadan kaldıracak olan da vicdanı özgürleşmiş yargıçlardır. Yargı bağımsızlığı anayasal ve yasal teminatlara kavuşturulurken, tarafsızlık hâkimin özgür vicdanının güvencesine terk edilmiştir. Bu nedenle hâkim tarafsızlığını etkileyebilecek öznel duygularına, düşüncelerine, ideolojisine, kutsallarına, dostluk ve düşmanlık hislerine karşı kayıtsız kalmak zorundadır. Konjonktürel gelişmelere bağlı olarak oluşan mahalle baskısı, kendini koruma iç güdüsü ve aidiyet hissi taşıdığı çevresinden dışlanma korkusu hâkim tarafsızlığını ortadan kaldıran ve meslek onuru ile asla bağdaşmayan olumsuzluklar olarak sıralanabilir. Denilebilir ki vicdan özgür değilse akıl güvenliğinden de söz edilemez.

Değerli Konuklar,

Söz konusu etik değerlerle ilgili ayrıntılı açıklamalar sempozyum sürecinde yapılacağından sözlerimi uzatmak istemiyorum.

Bu duygu ve düşüncelerle sempozyum katılımcılarına başarılar dilerken emeği geçen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun değerli mensuplarına teşekkür ediyor hepinize saygı ve sevgiler sunuyorum.

TÜSİAD YÜKSEK İSTİŞARE KONSEYİ TOPLANTISI

(30 Mayıs 2013)

Saygı Değer Konuklar,

Basınıımızın Değerli Mensupları

Ülkemizin değerli işadamlarının oluşturduğu Türkiye Sanayici ve İş adamları Derneğinin Yüksek İstişare Konseyi toplantısında aranızda bulunmaktan duyduğum mutluluğu belirtirken, Anayasa Mahkemesi Başkanı olarak düşüncelerimi bu platformda anlatma fırsatı veren TUSİAD'ın değerli Başkan ve yöneticilerine teşekkürlerimi sunuyor, siz değerli konuklarımıza saygı ve sevgiyle konuşmak istiyorum.

Olağanüstü koşullarda yaşamayı alışkanlık haline getirdiğimiz hayatın yeni bir sürecinde birlikteyiz.Bu olağanüstü yaşam koşullarını olumsuz anlamda ifade etmiyorum.Yeni bir Anayasa yapma heyecanının dorukta olduğu bir dönemle, bizim kuşağın Üniversite yıllarında tanıştığı terörü sona erdirmeye gayretlerinin, toplumda oluşturduğu umudu ve olumlu iklimi görmemezlikten gelemeyiz. Son yıllarda yakalanan siyasi istikrarla, değerli iş adamlarımızın her türlü övgüyü hak eden gayretlerinin buluşması ülkemizin ekonomik, sosyal ve siyasal alanda önemli sonuçlar almasını beraberinde getirmiştir. Bu olumlu gelişmeleri ifade ederken sorunlarımızın olmadığını söylemiyorum. Dünyanın en önemli jeopolitik bölgesinde yer alan, yetmiş altı milyonluk bu büyük ülkenin, sorunlarının olması kadar doğal bir şey olamaz. Birlikte yaşama iradesi var oldukça, demokrasinin imkanları kullanılarak sorunlarımızı çözmek zor olmayacaktır.Türkiye Cumhuriyetinin doksan yıllık ömrünü incelediğimizde sosyal, siyasal ve ekonomik alanda çok zor dönemler geçirmemize rağmen, geldiğimiz nokta geleceğe umutla bakmamızı haklı kılıyor.

Hukuk devleti anlayışı ve demokratik değerlerle beslenen bir devletin, yolu her zaman açıktır. İki dünya savaşına ev sahipliği yapmış Avrupa'nın, geçmişte yaşadıkları ve bugün geldikleri seviye çok önemli mesajlar vermektedir. Dünyada dini, etnik ve sınıf savaşlarının en yoğun yaşandığı bölge olan Avrupa komünizm ve faşizm gibi totaliter rejimlerden, demokrasi ve hukuk devleti mücadelesini vererek kurtuldu.

Bu sebeple demokratik değerleri ve hukuk devleti anlayışının gereklerini,

tekrarda olsa konuşmak zorundayız.

Değerli Konuklar,

Yeni bir Anayasa yapım sürecini hep beraber yaşıyor ve yakından takip ediyoruz. Zaman zaman umutsuzluğa kapılsak da bekleyişimiz son ana kadar devam etmelidir. Sürecin hazırlık aşaması oldukça başarılı geçmiş, sivil toplum örgütlerimiz başta olmak üzere çeşitli kurum, kuruluş, tüzel kişilikler ve gerçek kişiler önemli lojistik destek sağlayarak, Anayasa uzlaşma komisyonunun havuzuna çok zengin görüş ve düşünceler aktarmışlardır.

Ancak, siyasi partilerimizin tartışılmasını dahi istemedikleri kırmızı çizgili öneriler, sürecin oldukça yavaşlamasına neden olmuştur. Müzakere imkanlarını zorlayarak yeni öneri, ve çözümler getirilmedikçe sürecin devamı tehlikeye girecektir. Toplumda yeni bir Anayasa konusunda ortaya çıkan bu güçlü irade ve isteğin karşılıksız kalmasının yaratacağı travma, anayasal sorunlara karşı ilgi ve duyarlılığı son derece azaltacaktır. Kendi doğruları dışında öteki önerilere kapıları kapatmak, siyaset kurumlarının Anayasa'yı değiştirme konusundaki samimiyetlerini de sorgular hâle getirir. Toplumsal değer ve anlayışların hızla değiştiği dünyamızda çözümsüzlükte direnmek, taraflara olan sempati ve ilgiyi azaltacaktır. Siyaset bilimcileri, siyaseti sorunlara çözüm bulma sanatı olarak tarif ederler. Bu nedenle, hayatın içine giremeyen, onun pratiklerini anlayamayan siyaset kurumları, çözüm üretemeyeceğinden siyasi kayıtlardan da çabuk düşülür. Önemli olan, yapılacak anayasanın, yüksek bir katılımı kabulünü sağlayacak, ortak projelerin üzerinde yoğunlaşmaktır. Toplum, çoğunluğun veya azınlığın dayatmaları ile karşı karşıya bırakmak, gerilimi arttıracak gibi, diyalogların kopmasına ve sorunların daha da derinleşmesine neden olacağı açıktır. Müzakere yapılmaması, yeni öneri üretilmemesi, çoğulcu bir zeminde oluşacak uzlaşma yerine, çoğunluğun istekleri yönünde, meşruiyet zemini daralmış yeni birliktelikler doğuracaktır. Demokratik bir sistemde bu oluşumlar da şüphesiz geçerlidir. Ancak, bu yol öğrenen ve temenni edilen geniş tabanlı bir yöntem olmadığından, tartışmaları dindirmeyecektir. Sonuçta, toplumun bir bölümüne, anayasal sürece katılma onurundan yoksun bırakıldığı hissi yaşatılacaktır. Bu dışlanmışlık hissinin de toplum barışını olumsuz etkileyeceği kuşkusuzdur. Azınlıkta kalan kesimlerin temel haklarının da sayısal üstünlüklere bakılmaksızın demokrasinin ve hukuk devletinin teminatı altında olduğu unutulmamalıdır.

Anayasa Mahkememizin kuruluşunun ellibirinci yıldönümünün kutlandığı 25 Nisan 2013 gününde yaptığım konuşmanın bir bölümünde "Anayasa yapım sürecinde rol alan sosyal ve siyasal kurumların, değişmemesi gereken tek kırmızı çizgilerinin insanlık onuru olması, bunu Anayasa'nın felsefesine, ruhuna ve hükümlerine yansıtarak, gelecek kuşaklara değerli bir miras bira-

TÜSiAD Yüksek İstişare Konseyi Toplantısı

kılması” gerektiğini ifade etmiştim.

Bu düşünceye, Cumhuriyetin nitelikleri olan demokrasinin, laikliğin ve sosyal hukuk devleti ilkelerinin gözardı edildiği gerekçesiyle bazı kesimlerin eleştirileri oldu. Değerli konuklar, o günde ifade ettim, bugünde bir kez daha yineliyorum. Anayasamızda yazılı olan Cumhuriyet’in ve ona bağlı niteliklerinin de tek amacı onurlu bir insan, onurlu bir millet ve onurlu bir devlet yaratmaktır. Bu amaç sebebiyledir ki Anayasamızda değiştirilemez kurallar olarak yerini almıştır. Uzlaşma Komisyonunda da hiçbir partinin bu ilkelerin değiştirilmesi yolunda öneride bulunmaması toplumumuzun geldiği aşamanın bilinçli bir tercihidir.

Ancak, yasamanın, yürütmenin ve özellikle de yargı organlarının, bazı kesimlere imtiyaz sağlayan yanlış anlayış ve uygulamaları ciddi sorunların yaşanmasına yol açmıştır. Oysa, belirtilen değerler, toplumdaki tüm farklılıkları barış için de bir arada yaşatan, insan onuruna güvenli bir alan sağlayan ve sorun çözme niteliği oldukça yüksek anayasal ilkelerdir. Ne yazık ki uygulamadaki belirtilen yanlışlıklar, tam tersine toplumda ayrışmanın ve kutuplaşmanın kaynağı olmuştur. Sosyal, siyasal ve ekonomik alanda meydana gelen hızlı değişim ve gelişim süreci, toplumun evrensel yorum ve anlayışlarla tanışmasını sağladı. Hızla gelişen teknolojik süreç bu imkanların daha etkin kullanılmasına yol açtı. Dünyadaki hak ihlallerinin yoğunluğu, evrensel dil’in ve evrensel bir vicdanın doğmasına imkan vermekle kalmadı, hak ve özgürlükleri denetleyen, takip eden uluslararası kuruluşların ve birliktelikle rin oluşmasına zemin hazırladı.

Yeni Anayasa’nın odak noktasını oluşturacak “insanlık onuru” Anayasa’nın tüm hükümlerinin rafine edilmiş özetidir. Bu mutlak varlık esas alınması, anayasal ilkelerin yorumunda ve çağın baş döndürücü değişimleri sonucu ortaya çıkan sorunların çözümünde, anayasa değişikliklerine ihtiyaç duyurmadan kaynak olabilecek tek değerdir. Bu kavram, içinde barındırdığı temel hak ve özgürlükler, adalet ve barış gibi üç ana ilke üzerinde yücelmektedir.

Düşünceyi ifade, dini inanç ve kanaat özgürlükleri ile mülkiyet hakkı, kişilerin doğuştan sahip olduğu devredilemez, özü zedelenemez, örselenemez en temel değerler olup, insanlık onuru da bu değerlerin yaşadığı anarahmidir. En zorlu toplumsal çatışmalar, belirtilen özgürlüklerin sınırlarında cereyan etmektedir. Bu önemi nedeniyle yeni bir anayasa’da özgürlüklerin sınırları, keyfi yorumları dışlayacak biçimde açık ve net olarak belirtilmelidir. Ayrıca, her konu Anayasa’ya taşınmadan Anayasa’yı yorumlayacak olan kurumlara özgürlük alanını genişletecek uygulama imkanı verilmelidir.

Değerli konuklar, insan olma şerefi, onun neyi düşüneceğine, neye inancağına, ya da nasıl bir hayat tarzını seçeceğine kendisinin karar vermesini

Haşim Kılıç'a Armağan

zorunlu kılar. Kamu gücünün, bireysel tercihleri sorguladığı dönemler, hatırlanmak istenmeyen karanlık dönemlerdir. Farklı olmak bir haktır ve bu hak demokrasilerden önce yaratıcı tarafından insanlara bahşedilmiş üstün bir değerdir. Kâinatın yaratılma amacı tamda budur. İnsan aklı bunu demokrasiyle tanımladı ve çoğulcu, katılımcı, hoşgörücü ve müzakereci nitelikleriyle toplumu barış içinde yaşatabilmenin tekniklerini ortaya koyarak, evrensel doğrular üretti.Özgürlükçü ve çoğulcu demokrasi, farklılıkları kendi varlığının teminatı olarak gördü. Ve onlarla iyi geçinerek ötekileştirmeden birlikte, dostça yaşamaya ikna etti.Yapılacak şey açıktır. Düşünceyi ifade ve dini inanç ve kanaat özgürlükleri başta olmak üzere, temel hakların önündeki evrensel uygulamalarla örtüşmeyen engeller, Devletin onarıcı ve düzeltici anlayışı ışığında yapılacak düzenlemelerle ortadan kaldırılmalıdır. Özellikle de yargı organlarının, Anayasa'nın 90.maddesi gereğince yapması gereken evrensel değerlendirmelerle bu engelleri aşma zorunluluğu vardır.

Bütün bunlar eşit, özgür ve onurlu insanların yaşadığı onurlu bir devleti oluşturmak içindir.

Değerli konuklar,

İnsanların onurlu bir hayat yaşayabilmesi için hukuk devleti anlayışının hâkim olduğu bir devlete ihtiyacı vardır. Evrensel ilkelerin ağırlıklı olarak uygulandığı, tüm eylem ve işlemlerin yargı denetimine tabi tutulduğu, insan haklarına dayanan, hukukun üstünlüğünün ve Anayasa'nın mutlak egemenliğinin var olduğu bir devlet, hukuk devleti olarak tanımlanmaktadır. Onu, hukukun üstünlüğüne boyun bükten devlet olarak da tanımlamak mümkündür. Hukuksal güvenlik, öngörülebilirlik, açıklık, şeffaflık hukuk devletinin en temel özellikleridir. Adalet sisteminin topluma sunduğu hizmetin bir sonucu olan "hukuk güvenliği seviyesi" hukuk devleti niteliğinin değişmez ölçüsüdür. Zira hukuk güvenliği, her türlü keyfiliğin karşısında duran bir teminat olarak görülmektedir. Aslında, hukuk devletinin toplumun değerleri ile kavga etmesi düşünülemez. Çünkü, bu değerlerin bir taraftan koruyucusu, diğer taraftan yok edicisi olamaz. Hukuk devletinin odağında esas itibariyle iktidarın sınırlandırılması vardır. Kamu gücü kullananlar da tıpkı vatandaşlar gibi, hukuksal ilkelerle kuşatılmıştır. Böylece, insanların hak ve özgürlükleri güvence altına alınmakta, adil bir hukuk düzeninde onurlu yaşam sürdürülmüş olmaktadır. Her türlü kaygı ve endişeden uzak bu yaşamın asıl güvencesi, bağımsız ve tarafsız bir yargı sistemidir. Bu nedenle hukuk devletinin merkezindeki figürü ve anahtar kişisi yargıçlardır, mahkemelerdir.

Hukuk devletinde mahkemeler, emir ve talimatla çalışmadığı gibi, dostluk ve husumet duyguları ile de yönlendirilemez. Yargıç iç ve dış dünyasından gelen hukuk dışı etkilere karşı kayıtsız olmak zorundadır. Öznel inançlarını,

TÜSiAD Yüksek İstişare Konseyi Toplantısı

siyasi görüşlerini ve ideolojik yapılarını kararlarına taşıyan yargıcın tarafsızlık sorunu var demektir. Böyleleri, yargı güvencesini topluma hissettiremezler. Bize yakın, yada ötekine yakın, hakim ve mahkeme ayrımının söyleme dönüşmesi, hukuk devletine verilebilecek en kötü haberdır. Oysa yargıç, verdiği kararlarıyla öncelikle mağduru, daha sonra toplum vicdanını ve arkasından sanığında vicdanını rahatlatmak zorundadır. Mahkemeler zor zamanlarda ve zor davalarda, hukuku ve vicdani kanaatini, dış dünyadan gelecek baskılarla, iç dünyasındaki öznel duygularına boğdurmadan kararını verebilme direncini ve hukuk ahlakını sergileyebilirse, hukuk devletinin varlığından söz edilebilir. Zor davalar yargıç vicdanının sınav zamanıdır. Sıradan, günlük ve rutin davalar yargıcın tarafsızlığının ölçülebileceği sınavlar olamaz. Aslında tarafsızlık, hakimın vicdanının özgürleşmesine bağlıdır. Her hak ihlali insan onurunda açılmış bir yara ise, bu yarayı iyileştirecek olanda vicdanı özgür yargıçlardır.

Değerli dostlar,

Yargının geçmişteki siciline baktığımızda hak ihlallerini ortadan kaldırma yerine, doğrudan bu ihlallerin sebebi olduğunu söylemek çok da abartılı bir tesbit olmayacaktır. Gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne, gerekse Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurulara bakılacak olursa, bu gerçeği net bir şekilde görebiliriz.

Adil yargılanma hakkı konusundaki bu değerlendirmelerden sonra, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararların, toplumda yarattığı siyasi, sosyal ve ekonomik sonuçlarının üzerinde bazı değerlendirmeler yapılması zorunluluğu vardır. Kurumlar özeleştirisini yapma cesaretini gösterebilmelidir. Bunu yapamadığımız takdirde, kurumların kendini yenilemesi ve geliştirmesi sürekli biçimde ötelenir. Bu tesbit sadece devlet kurumları için değil, sivil dünyanın siyasal, sosyal ve ekonomik kurumları içinde geçerlidir. Yaşatılan travmaların, demokratik hayata ve hukuk devleti anlayışına olan olumsuz etkilerinin bilançosunu çıkartmak zorundayız. Kuşkusuz, Anayasa'ya yada yasalara yazılacak olanlar çok önemlidir. Ancak, bundan da önemlisi, yazılanları uygulayacak olanların ne anladığıdır. Sorunların temel kaynağı Yasama, Yürütme ve Yargı dünyasının kuralları uygulamaları sırasında sebep oldukları hak ihlalleridir. Bu ihlallerin sonuçları ve toplumsal karşılığı önemsenmelidir. Yargının uygulama sırasında sebep olduğu sorunları gidermek amacıyla, son yıllarda gelişen paket kanun çıkartma alışkanlığı da, uygulamalardaki yapılan yanlışlıkları kabule zorunlu kılıyor.

Geçmişte Siyasi Partilerin kapatılması için açılan davalar da, Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğu iradeye, çağdaş bir hukuk devletinde yer bulmak mümkün değildir. Kapatma davası açmakla korkutanlar, ya da açanlar, kapa-

tanlar, kapattıranlar, Türkiye'nin geldiği noktayı iyi analiz etmelidir. Kapatma ve yasaklar bu korkulardan kurtulmaya yetmemiştir. Tam aksine yasaklar yaşatılan kesimler daha da güçlenmekle kalmamış, verilen kararlarla toplum kesimleri arasındaki çatlağın derinleşmesine katkı sunulmuştur. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ve lâiklik ilkelerine yüklenen çağ dışı anlayışların, bugünkü tabloyu ortaya çıkardığını cesaretle söyleme erdemini göstermeliyiz. Hukuk devletinin vaadettiği özgürlüklerden mezar sessizliği ni anlamıyoruz. Bilakis, demokratik sistemin çoğulcu ve katılımcı nitelikleri“ farklılıkların sesli yaşamasını” zorunlu kılıyor. Demokratik sistem yalnızca ilgi uyandırmayan, tedirgin etmeyen düşüncelere değil, tersine, toplumu inciten, sarsan görüşlerin sergilenmesine izin verdiği için rejimlerin en yürekli olarak tarif edilmiştir. Bu seslerin sınırı terör, baskı, şiddet ve hakaret yolunu seçmemektir. Bu sınırlar içinde kalan sesler, demokratik hukuk devletinin bağımsızlık sistemini güçlendireceği gibi farklılıkların bir arada yaşama iradesini de olumlu şekilde etkileyecektir.

Adil bir hukuk devletinin dönüştürücü gücünü, demokrasinin uzlaşma ve barış diliyle buluşturarak sorunların çözülmesini hızlandırmak artık zor değildir.

Toplum, dünya ile bütünleşme yolunda hızla ilerlerken, küresel rekabet siyasal hayatta ekonominin yeni bir güç olarak ortaya çıkmasına neden oldu. Ekonomik gelişim, alt yapı yatırımlarını hızlandırdı. Kişi başına artan milli gelir ile birlikte iş, hizmet ve finans sektörlerinde dünyaya açılım sağlanması, insanımızın küresel gerçekleri okumasını, bireyselleşmesini ve estetik kaygılara önem veren bir davranış kültürü geliştirmesini sağladı. Bu gerçek, yaşamın ve bilginin gücünden beslenen özgürlük taleplerinin gündeme taşınmasına yol açmış, böylece toplum aklını kullanma cesaretini göstermeye başlamıştır.

Ekonominin ve hukukun küreselleştiği bir dünyada Türkiye olması gereken yerde konuşlanmaya başlamıştır. Bugün farklı bir noktadayız. Genişleyen hak ve özgürlük alanlarının da etkisiyle ekonomik gelişim, farklılıkları politik kimliklere dönüştürmüş ve toplumu daha çok özgürlük talep eder hâle getirmiştir. Dünya gerçekleriyle bu talepleri karşılaştırdığımızda devletin, hareket kabiliyeti yüksek, güçlü, çabuk, etkili ekonomik ve sosyal politikalarla yönetilmesini zorunlu kılmaktadır. Siyasi istikrarı sağlanmış, hukuk güvenliğinin tam olarak yaşandığı bir Türkiye'de işadamlarımızın aşamaya-çağı hiçbir engel yoktur. Devletin artık doğrudan ekonomik hayatın içinde olması dönemini geride bıraktık. Anayasamızda da ifadesini bulan devletin denetim ve gözetim görevi, asli unsur haline gelmiştir. Geçmişte yargı organlarının, ekonomik ve sosyal konularda aldığı kararların, olumlu ve olumsuz

TÜSİAD Yüksek İstişare Konseyi Toplantısı

sonuçları inkar edilemez. Özelleştirme konusunda sergilenen engelleme ve devletçi anlayış, gecikmelere ve yüksek maddi kayıplara yol açmıştır. Yargının içtihatlarıyla çok rahat aşması gereken ekonomik konular bile, maalesef Anayasa'da yapılan değişikliklerle çözüm yoluna gidilmiştir. Yeri gelmişken Anayasa Mahkemesinin gerek özelleştirme, gerekse yabancılara mülk satışıyla ilgili kanunlar hakkında verdiği iptal kararlarında, karşılıklılık (mütekabiliyet) ilkesine uyulmamasını gerekçe olarak göstermesi, nedeniyle ülkenin çok önemli ekonomik kayıplara sebep olduğunu belirtmemiz gerekiyor. Ancak, Anayasa Mahkemesi anayasada dayanağı bulunmayan karşılıklılık ilkesine uyma zorunluluğunu yeni kararlarında kabul etmediğinden sorun kalmamıştır.

Çok değerli konuklar;

Yeni anayasa yapım sürecinde en çok konuşulan ve tartışılan konulardan birisi de, hükümet sisteminin nasıl olacağı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Hükümet sistemleri yasama, yürütme ve yargı organları arasındaki olması gereken kuvvetler ayrılığı ilkesiyle yakından ilgilidir.

Güçler ayrılığı fikrinin amacı, temel hak ve özgürlükleri güvence altına almaktır. Bu fikir, yasama, yürütme ve yargı erklerinin aynı elde toplanmasının, özgürlükler açısından büyük bir tehdit oluşturduğu varsayımına dayanır.

Nitekim, modern güçler ayrılığının teorisini olan Fransız düşünür Montesquie, meşhur "Kanunlar'ın Ruhu" adlı eserinde şöyle der: "Yasama ve yürütme erkleri, aynı kişi ya da organda toplandığı zaman özgürlük olamaz... Aynı şekilde yargı, yasama ve yürütmeden ayrılmadığı zaman da özgürlük olamaz... Eğer bir kişi ya da organ, bu üç erki yani yasa yapma, uygulama ve yargılama erklerini kendinde toplarsa, işte bu her şeyin sonu demektir."

Bu nedenle, modern demokratik anayasal düzenlemelerin temelinde güçler ayrılığı vardır. Zira, anayasal demokrasi siyasi iktidarın doğası konusunda, çok iyimser değildir. "Güç yozlaştırır, mutlak güç mutlaka yozlaştırır" sözünün geçerliliği tarihsel olarak ispatlanmıştır. Gücün bu yozlaştırıcı ve tabir yerindeyse baştan çıkarıcı doğası, onun sınırlandırılması zorunluluğunu da beraberinde getirmiştir. Bu durum yeni değildir. 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 16.maddesinde "kuvvetler ayrılığının düzenlenmediği bir toplumda Anayasa yoktur." denilmektedir. Aslında özgürlüklere tehdit oluşturması bakımından, bir kişinin sınırsız iktidarı ile çoğunluğun sınırsız iktidarı arasında özde bir fark yoktur.

Türkiye tercihini Parlamenter sistemden yana kullanarak, bu güne kadar yoluna devam etti. Ancak, yürütme organının parlamento üzerindeki vesayet sorununu çözmüş değildir. Yeni anayasa çalışmalarında gündeme gelen baş-

Haşim Kılıç'a Armağan

kanlık sisteminin de bu sorunu çözmek için güçlü, istikrarlı bir yürütme organını tesis etmek amacıyla önerildiği açıklamalardan anlaşılmaktadır. Hangi sistemin isabetli olduğu konusunda yorum yapmak konumumuz gereğince bizlere düşmez. Bu yetki, halkın vekaletini teslim ettiği Parlamento'nun takdir alanı içindedir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin, siyasi bir belge olan anayasa ya dayanarak, yine siyasi bir ürün olan kanunların uygunluk denetimini yapıyor olması, onun anayasal projeler ya da sorunlar karşısında kayıtsız kalması gerektiği sonucunu doğurmaz. Önemli olan "yerindeliğin takdir edilmesi" gibi bir yanlışlığın yapılmamasıdır.

1982 Anayasası ile yetkileri oldukça arttırılmış bir Cumhurbaşkanlığının öngörülmesi, parlamenter sistemden sapma olarak nitelendirilmektedir. Sorunlar ortaya çıktıkça, anayasa değişikliği ile çözme alışkanlığımızın bir sonucu olarak, 2007 yılında Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin kabul edilmesi sonunda Parlamenter sistemden biraz daha uzaklaşıldı. Aslında sorun, Cumhurbaşkanını seçim yönteminden ziyade, sahip olduğu aşırı yetkilerin çift başlı bir yönetim doğuracağı kaygısından kaynaklanmaktadır. Böylece, bölünmüş bir yürütme gücünün siyasi istikrarsızlık sonucunu doğuracağı endişesi ağırlık taşımaktadır. Bu sisteme bazı eklemeler veya çıkarmalar yaparak söz konusu endişeleri giderme çabaları yeni sorunların doğmasına sebep olabilir. Nitekim, 1982 yılında kişiye dönük özel tasarım sonucu Cumhurbaşkanlığını ortaya çıkaran Anayasamız, sorun kaynağı olmaya devam ediyor. Toplumsal projelerimizi, ilkesel baz da kurgulayarak, yolumuza devam etmek, halkımızı aydınlığa ulaştıracak en sağlıklı yoldur.

Amaç, kesin sınırlarla birbirinden ayrılarak güçlü, istikrarlı bir yönetim oluşturmak ve bireylerin hak ve özgürlüklerinin teminat altına alındığı güvenli bir hukuk devleti oluşturmaksa, bu iyi niyetin toplumda her zaman karşılığı vardır.

Bu hedefi gerçekleştirmek için toplumun sosyolojik analizinin çok iyi yapılması gerekir. Ülkede yaşanan uzlaşma ve hoşgörü kültürü, radikal söylemlerin taraflar üzerinde yarattığı yüksek iman ve inatçılık ruhu, etnik, dinsel ve mezhepsel konulardaki farklılıkların derinlik ve keskinliği, demokratik kazanımlar, seçim sistemlerinin etkileri, siyasal partilerin ihtiyaç duyduğu disiplin anlayışı, tercih edilecek hükümet sisteminin başarısı üzerinde doğrudan etkili olacak sosyal gerçeklerdir.

Siyaset kurumlarımızın tabi olduğu Seçim sistemi ile Siyasal Partiler Kanunundaki yetersizlikler hükümet sistemi arayışlarını zorlamaktadır. Yeni anayasa projesinin olumsuz sonuçlanması durumunda, belirtilen kanunlarda yapılacak değişikliklerle kuvvetlerin ayrılmasını olumlu şekilde etkileyecek

TÜSİAD Yüksek İstişare Konseyi Toplantısı

çözümler vardır ve kullanılmalıdır.

Güçler arasında olması gereken “ denetim ve denge sistemi” yaşımsal öne sahiptir. Hükümet sistemlerinin türü ne olursa olsun, yargı gücünün diğer organlar karşısındaki bağımsızlığı olmazsa olmaz gerekliliktir. Bağımsızlık ve tarafsızlık sorunu olmayan güçlü bir yargı organının, hükümet sistemlerinin başarı şansını çok yükselttiğini, uygulanan çağdaş sistemlerde görebiliriz.

Yasama, yürütme ve yargı organları arasındaki kuvvetler ayrılığı yanında, muhalefet partilerinin iktidarları sıkıştırma gücü veya kendisine oy verenlere hissettireceği iktidar umudu ve bunun doğuracağı rekabet, hükümet sistemlerinin sağlıklı işlemlerini ve demokratik hukuk devleti anlayışının güçlenmesini sağlayacaktır. Aksi durumda, dengeleyici muhalefet gücünün yetersizliği sonunda doğacak boşluk, iktidar güçlerinin otoriterleşme eğilimlerini teşvik edecektir. Parlamento’nun yürütme organına bütçeyle verdiği, gelirlerin toplanması ve giderlerin yapılması yetkisinin, Sayıştay tarafından çağdaş tekniklerle denetim altına alınması, kuvvetlerin denetim ve denge sisteminin temel dinamiklerinden birisidir. Güçler ayrılığı ilkesi ile elde edilmek istenen sonuçların oluşmasında, bu dinamiklerin gözardı edilmesinin ciddi kayıplara yol açacağı açıktır.

Temsil esaslı demokrasiden, referandum esaslı demokrasiye doğru, güçlü bir eğilimin yaşandığı günümüz dünyasında, önemli sorunların çözümünde sık sık halka başvurularak, siyasi krizlerin çözümünde yardım alınması, halkın kuvvetler üzerinde doğrudan denetiminin hayata geçmesini sağlamış olacaktır.

Saygı değer konuklar,

Türkiye çok partili döneme geçtikten sonra, siyaset kurumlarının iktidara gelmek için kullandığı yöntemlerin, toplumun ruh dünyasında olumsuz izler bıraktığını söylemek yanlış olmayacaktır. 1961 darbesinden sonra “korku temeline” oturan siyasi hayat, 1980 darbesiyle karşılaşmaktan kurtulamadı. Kurulan parlamenter rejim, her dönemde kendisini yok edecek sanal korkular üreterek, ayakta kalmaya çalışmış, böylece güçlü bir siyaset kültürünün oluşmasına imkan verilmemiştir. Daha sonra ve halen de geçerliliğini sürdüren “gerilim yöntemleri”, siyasi hayatı şekillendirmeye başlamış ancak, yaşanan etnik, dinsel ve ekonomik sorunların çözümünü olumsuz şekilde etkilemiştir. Gerilimin beslediği inatçılık ruhu, insanları taraf olmaya zorlamakta, yanlış da olsa, mahallesinin doğrularını inatla savunmaya mecbur bırakmaktadır. Sorunlara yada önerilen çözümlere, heyecan verici tavırlarla meydan okumak taraftar bağlılığını güçlendirmekte ancak, ilgililerin biraraya gelerek diyalog ve uzlaşma iradelerini zayıflatmaktadır. Gerilim, öfkeyi, öfke de nefret söylemini beslerken, diyalog ve uzlaşma zeminini kaybediyoruz. Nefret ve çir-

Haşim Kılıç'a Armağan

kar kültürünün sarmalından toplumun ruh dünyası zarar görmektedir. İşte bunun sonucu olarak Türkiye çapında açılmış derdest ikiyüzbin civarındaki sadece hakaret davaları bile tehlikenin boyutlarını göstermeye yetmektedir. Sokakta, meydanlarda, okulda, stadlarda, eğlence yerlerinde, trafikte, medya da, televizyon programlarında hakim olan şiddet ve gerilim, geleceğin Türkiye'sinin en önemli potansiyel tehlikesidir. Toplum, için için yakan nefret söylemlerinin kaynaklarını kurutmak zorundayız. Pozitif hukuk kurallarının bu iklimi yalnız başına değiştirmeye gücü yetmiyor, yetmezde Sevgi, hoşgörü, merhamet, güven ve vicdani tepki gibi insani ve ahlâki değerlerden destek almak kuralların gücünü artıracaktır. Demokrasinin uzlaşma ve diyalog imkanlarını ancak bu değerlerle hayata geçirebiliriz.

Bireyler, hukuk devletinin sağladığı güvenlik sayesinde, her türlü korku ve endişeden arınarak, insan onuruna sağlanan "özerk" bir alanda hayatını devam ettirir. Özerk alan içindeki hayat tarzlarına yapılan müdahalenin yarattığı hak ihlalleri insan onurunda kapanmayan yaralar açmıştır. Siyasi ve sosyal tarihimiz, etkileri yıllarca sürmekte olan anlamsız, gereksiz, sonuç doğurmayan, hayali korku ve endişe yüklü düşüncelerle toplumun bazı kesimlerinin hayat tarzlarına yapılan müdahalelerin izleriyle doludur. Bunlara yeni halkalar eklemek yorgun vicdanları daha da yoruyor. Toplum vicdanı ikna edilmeden atılan adımlar, demokratik hukuk devletinin sicilini bozmaktan başka bir sonuç doğurmuyor. Bu gerçeklerden ders almadan kamu gücünü kullananların, sınırları belirsiz tasarruflarla hak ihlâline sebep olması kabul edilemez. Başkalarının haklarına sahip çıkmak bir insanlık erdemidir. Katılmasak da, hakkı ihlal edilen insanların yükünü paylaşmak onurlu insan refleksinin doğal bir sonucudur.

Değerli konuklar

Demokrasi ve hukukun üstünlüğü temelinde yürüdüğümüz sürece sorunlardan yılmanın, korkmanın anlamsızlığı açıktır. Dile getirilen olumsuzluklara rağmen geleceğe umutla baktığımı ifade etmek istiyorum. Yasamanın, yürütmenin ve yargının özverili gayret ve çalışmaları, özel teşebbüsün ekonomik ve sosyal alandaki gücü ile birleştiği zaman gerçek bir demokratik hukuk devleti idealinin yolu açıktır. Türkiye'de artık ülkeyi kurtarma çağrısı yapılan kurum ve kişiler dönemi kapanmış, sorunların demokratik yol ve yöntemlerle çözüldüğü bir dönem başlamıştır. Kalkınma ve ekonomik gelişme, adalet ve hakkaniyete dayalı siyasal bir düzenin kurulmasına katkı yaptığı ölçüde, her türlü övgü ve saygıyı hak edecektir. Büyük devlet olma ideali bu toprakların insanı için bir tercihten ziyade kaderdir. Miras aldığımız tarih ve içinde yaşadığımız coğrafya, bizi hem bölgemizde hem de dünyada kurucu aktör olmaya zorluyor. Herkesin bu görevde rol alması umudu ve temennisiyle sözleşime son verirken sabrınız için en kalbi duygularla şükranlarımı sunuyorum.

DÜNYA EHL-İ BEYT VAKFI'NCA DÜZENLENEN
MUHAMMAD İFTARI
(5 Kasım 2013)

Saygıdeğer konuklar

Böylesine kutlu bir günde, bir arada bulunmaktan duyduğum onuru belirterek hepinizi sevgiyle selamlıyorum.

Çok değerli ehl-i beyt vakfının Başkanını, yöneticilerini ve mensuplarını, bugün sevginin, aşkın, şefkatin, bolluk ve bereketin merhametin ve barış duygularının en yoğun yaşandığı muharrem ayında, bizleri biraraya getirmelelerinden dolayı yürekten kutluyorum. Bu ay, aynı zamanda kerbelada yaşanan acının, zülmün, gözyaşı ve vahşetin sel olduğu bir dönemin hatırlandığı bir aydır. İnsanlık tarihinin önemli kilometre taşlarından olan peygamberlerin, yaşadığı olağanüstü olayların sembolleştiği bu kutsal ayın, hepinize kutlu olmasını diliyorum.

Değerli Konuklar,

Allah, insanoğlunu sayısız farklılıklarla ve onun güzellikleriyle birlikte yarattı. Aklını özgür kıldı. Ona özerklik tanıdı. Farklılığın doğurduğu rekabet, aklın özerkliğiyle buluşunca insanoğlu amansız bir sınavın da muhatabı oldu. İnsanlık tarihi, bu sınavın bazen acı sonuçlarıyla bazen de tarifi imkansız güzellikleriyle doludur. İşte kerbela'da yaşananlarda bu sınavın en hazin örneklerinden birisi olup, hatırlamak dahi istemediğimiz insanlığın utanç tablosudur.

Bu olayın gönüllerde ve kalplerde bıraktığı acı izler, onaylamadığımız bir tarih bilincinin de doğmasını beraberinde getirdi. İnançlar ideoloji haline dönüştürüldü. Hiçbir araştırma ve bilgilenmeye dayanmadan, duygusal ve önyargılarla inanç sahipleri birbirini ötekileştirmek için var gücüyle çalıştı. Kutuplaştık ve bu konuda alabildiğine derinleşerek kin ve nefretin beslediği bir tarih bilinci yarattık.

Düşüncelerimize ve inançlarımıza tarihsel kesinlik kazandırarak konuşmadan birbirimizi öteledik. Vicdanlar sağır ve dilsiz kılındı. Sevgi ve hoşgörü üretilemediği için birbirimize ulaşamadık. Oysa, Allah gönülleri kin ve nefretin evi olarak değil, sevginin merhametin ve tüm güzelliklerin mekanı olarak

Haşim Kılıç'a Armağan

yaratmıştı. Gönüller, bu tarihi sarmalın işgali altındadır. Yüreklere ve inançlara bu işgalden kurtarmadıkça, girdiğimiz insanlık sınavından başarıyla çıkamayacağız.

Değerli Konuklar

Dünyada hızlanan dini ve mezhebi farklılıklar, çok ama çok ciddi ayrışmalara ve kaygı verici fay hatlarının oluşmasına yol açmakta, oluşan nefret söylemi, eyleme dönüşerek insanlık onuru ağır yara almaktadır.

Dünyadaki İslam coğrafyasına baktığımızda mezhebi farklılık nedeniyle ölüm kusan silahları, camilerde, kiliselerde, ibadethanelerde patlayan bombaları İslam inancının onaylaması asla düşünülemez. Bir insanı öldüreni, tüm insanlığı öldürmüş gibi kabul eden bir öğretiyle bu vahşeti izah etmek mümkün değildir. Hangi amaç, hangi siyaset, hangi kutsal düşünceler İslam aleminde yaşanan bu sefaletin haklı sebebi olabilir. Bu vahşeti sergileyenlerin hangi cennete gireceklerini doğrusu merak ediyorum.

Bir damla petrolün insandan daha üstün olduğu ve hiçbir insani değer tanımayan bir süreci yaşıyoruz. İslam dünyasında yaşanan bu sürecin aktörleri, küresel çapta uygulamaya konulan “İslam dinini itibarsızlaştırma” operasyonunu gerçekleştirmektedirler. Üzücü olan Müslüman dünyasının ve idarecilerinin bu projenin uygulanmasına imkan veren iklimi zemin hazırlamasıdır. Bu kutsal günlerin İslam coğrafyasında yaşanan ölümlerin ve gözyaşlarının sona ermesine vesile olmasını diliyorum.

Değerli Konuklar

Sevgi başta olmak üzere, insani değerlerin gücünü esas almadan üretilen pozitif hukuk kurallarının, topluma onurlu bir hayat sunması düşünülemez. Zira Hukukun dönüştürücü gücü, ikna gücü, caydırıcı gücü bu gerçekte yoğunlaşmaktadır. Devletin toplumu ideolojik bir eğitimden geçirerek bu değerlere ulaşmamız mümkün olmamıştır. Önerilen bu evrensel değerlerin, gücü ve etkisi insanlığın gönül birliğini ve bütünlüğünü kurabilecek en önemli kaynaktır diyebiliriz. Devlete düşen görev ırk, renk, din, mezhep farkı gözetmeden, insan olma onuruna sahip olan herkese, bu kaynakları sunabilmektir. Bizler, sevginin özgürleştirici, kin ve nefretin ise tutsaklık olduğunu öğreten bir medeniyetin sahipleriyiz. Bu gücümüzü kullanarak yaşadığımız cinneti, cennete dönüştürmenin erdemine ulaşmalıyız.

Değerli konuklar,

Özgürlükleri uğruna gözyaşı döken toplum kesimlerini küçük özgürlük rüşvetleriyle oyalama politikaları, gelecekte maliyeti çok yüksek sosyal olay-

Dünya Ehl-i Beyt Vakfı Muharrem İftarı

ların yaşanmasına sebep olacaktır. İnsan onurunun zorunlu kıldığı özgürlükler, hiçbir hesap yapılmadan ilgisine ulaştırılmalıdır. Sevgiye ve inançlara meydan okuyanların galibiyetine, tarih şahitlik etmiyor. Bu tarihi gerçek bize şu cümlelerin altını çizdiriyor. “İnsanların sevdiklerine ve inandıklarına karışmayın”.

Laiklik anlayışının, çağdaş ve evrensel ölçülere doğru hızla dönüşmesi, sorunların çözümünü kolaylaştırmaktadır. İnançlar karşısında eşit uzaklıkta duran bir devlet anlayışı yerine, eşit yakınlıkta duran bir devlet anlayışı hakim oluyor. İmkansızlıkta yada yasaklarda eşitlik değil, imkanların ve özgürlüklerin eşit ve adil dağıtımının hakim olduğu pozitif bir devlet, refleksi geliyor. Kalp sınırlarının dışına çıkması yasak olan inançlar yerine, hayatın içine girmiş bireysel inançların özgürlük alanları genişletiliyor. Geçmişte inanç ve ifade özgürlüklerini savunanlar, çok ağır bedeller ödedi ve ödemeye devam ediyorlar. Öyle ki, Türkiye Büyük Millet Meclisine başörtüsü ile giren bir milletvekili devlete meydan okumakla itham edilerek, meclisten kovuldu ve yüzlerce milletvekiline sahip olan partisi kapatılmakla cezalandırıldı. Daha yakın bir zamanda, inanç ve öğrenim özgürlüğünün önündeki engelleri kaldırmak için Türkiye Büyük Millet Meclisinde 410 milletvekilinin yapmak istediği anayasa değişikliği, 336 milletvekiline sahip olan bir siyasi partinin kapatılması için delil olarak mahkemeye sunuldu ve parti kapatılmaktan kıl payı kurtuldu. Bunları şunun için söylüyorum. İnandığı dinsel değerleri değiştirmek için, ikna odalarında gençleri ikna edemeyenleri toplum ikna ederek yaşanan utanç sayfalarını kapatmıştır. Geçmişte demokratik hayatın ağır yara almasına sebep olan bu olayların sonuçlarını keşke Anayasa Mahkemesi tedavi edebilseydi. Yeri gelmişken hemen ifade etmem gerekirse, geçen hafta Türkiye Büyük Millet Meclisinde yaşanan güzelliklerin onurunu tattıran bütün milletvekillerimizi ve siyasi partilerimizi kutluyor, şükranlarımı sunuyorum. Aynı anlayışın hangi inanç ve düşünceye sahip olursa olsun, terör ve şiddeti çağırmayan, ona bulaşmayan, tüm inanç ve ifade özgürlüklerin önündeki engellerin kaldırılması için sürdürmelerini, yürekten diliyorum. İnanmasakta başkalarının hak ve özgürlük sorunlarına sahip çıkmayı, insan olma onurunu taşımanın gereği olarak kabul ediyoruz.

Bu bağlamda Hz. Ali sevgisine yoğunlaşan alevi vatandaşlarımızın inanç ve sevgilerini icra etmek istedikleri mekanların sorunları, devletin inançlar karşısında eşit yakınlık anlayışı içinde acilen çözülmalıdır. Ayrıca bu inancın esasları, bilinç altındaki tarihi hatalardan arındırılarak, ayrışmayı ortadan kaldıracak bir anlayışla toplumun bilgisine sunulmalıdır.

Değerli Konuklar,

Çağımızda hak ve özgürlükler artık bir lütuf ya da bağış olmaktan çıkmış,

Haşim Kılıç'a Armağan

sahibine teslim edilmesi gereken bir zorunluluk haline gelmiştir. Farklılık ve çeşitliliği tehlikeli gelişme olarak nitelediğimiz sürece, özgürlük alanlarını genişletemeyiz. Dini, ırkı, mezhebi ya da herhangi bir ideolojinin mensupları kendi dışındakilerine ev sahibi edasıyla duruş sergileme hakkına sahip değildir. Hangi farklılığın mensubu olursa olsun, bu topraklarda yaşayan 76 milyonun her ferdi, bu ülkenin gerçek ev sahibidir. Biz, bütün farklılıkların, kandilleri değişik olsa da yansıyan ışıklarının aynı olduğuna inanıyoruz. Toplumun yüreğinde ve gönüllerinde oluşan sorunları ancak bu anlayışla çözebiliriz. Herkesin kendi doğrularını ve kırmızı çizgilerini sorgulama zamanıdır. Ayırışmaya yol açan bir tarih bilincinin sorgulanması ve temizlenmesi bir arada yaşama irademize güç katacaktır.

Din, mezhep, felsefe, hukuk, kültür, sanat, bilgi ekonomi her neyse, bütün bunlar insanlık onurunu yüceltiyorsa azizdir, kutsaldır saygı değerdir. Bu evrensel değere katkısı olmayan inanç ve düşüncelerin itibarlı olduğundan söz edilemez.

Farklılıkların da Allah tarafından yaratıldığı bilincini gözeterek, sahiplerine saklanmadan, çekinmeden, utanmadan, özgürce yaşayabileceği bir iklimi sağlamak hepimizin insanlık görevidir.

Son söz olarak diyeceğim odur ki; hangi inancın, hangi düşüncenin mensubu olursa olsun Hrank Dink'in deyiimiyle "güvercin ürkekliği" içinde yaşamaya mahkum edilmesi zalimliklerdir.

Hepinize sevgi ve saygılar sunuyorum.

AVRUPA'DA ANAYASA MAHKEMELERİNE BİREYSEL BAŞVURUDA EN İYİ ÖRNEK UYGULAMALAR KONFERANSI

(7 Temmuz 2014)

Saygıdeğer Katılımcılar;

Anayasa Mahkemelerine Bireysel Başvuru Sistemlerinin ele alınacağı ve karşılaşılan sorunların tartışılıp ortak deneyimler ışığında çözümler üretmeyi amaçlayan bu toplantıya katılmaktan ve siz değerli meslektaşlarımızla bilgi paylaşımında bulunmaktan son derece memnun olduğumu belirtmek isterim.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne 1954 yılında taraf olmuş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkını 1987'de, zorunlu yargılama yetkisini ise 1990 yılında kabul etmiştir. 2004 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle de başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere, Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere, kanunların üzerinde bir değer atfedilmiştir. Temel haklarla ilgili "evrensel ölçütlere" atıf yapan değişikliklerin son halkasını ise, 2010 yılında Anayasa'nın 148.maddesine yapılan eklemelerle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun açılması oluşturmuştur. Böylece, kamu gücünü kullanan kişi ve kurumların sebep olduğu hak ihlallerine karşı Anayasa yargısı denetimi başlatılmıştır.

Avrupa Konseyinin desteğiyle yürütülen ve paydaşları arasında Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ve diğer Yüksek Mahkemelerin olduğu "Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi" kapsamında, özellikle bireysel başvuruya hazırlık bağlamında oldukça ciddi çalışmalar yapılmıştır. Proje çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları mahkemesi hukukçuları, diğer ülke Anayasa Mahkemesi uzmanları ve akademisyenlerin katılımı ile ortak toplantılar yapılmış, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadları Türkçeye kazandırılmış, Rapor-törlerimizin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde altı aylık dönemler hâlinde istihdamı gerçekleştirilmiş, bireysel başvuruyu tanıtım toplantıları düzenlenmiştir. Bu noktada katkılarından dolayı Avrupa Konseyi Başkanlığı ile Genel Sekreteri Sayın Jagland'a ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sayın Başkanı ve mensuplarına teşekkürlerimi ifade etmek isterim.

Haşim Kılıç'a Armağan

Ayrıca belirtmem gerekir ki, bu yıl sonbahar döneminde Avrupa Konseyi Ankara Temsilciliği ile ortaklaşa başlatacağımız yeni bir projeyi hayata geçirmenin heyecanını yaşıyoruz. Bu projede özellikle hakim, savcı ve avukatlarımızın, bireysel başvurunun işleyişi ve mahkememiz içtihatları konusunda bilgilendirilmesi amaçlanmaktadır. Yapılacak çalışmalar neticesinde, bireysel başvurunun muhataplarınınca daha iyi anlaşılması temin edilerek başvuruların daha hızlı, etkin ve adil biçimde sonuçlandırılması hedeflenmektedir.

Değerli konuklar

Her fırsatta temel hak ve özgürlüklerin evrenselliğini vurgulamak zorunluluğu vardır. Onları derinleştirmek, kökleşmesine katkıda bulunmak, tehditler karşısında savunmak Anayasa Mahkemelerinin temel görevleridir. Bu değerlerin evrenselliği “İnsan Hakları Dünya Konfederasyonu” tarafından “bütün insanların hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi uluslararası toplumun meşru ilgi alanıdır” denilerek belgelendirilmiştir. Korumaya çalıştığımız bu evrensel değerler, tüm insanlığın barış içinde birlikte yaşamasını sağlayacak etki ve öneme sahiptir. Bunu gerçekleştirmek için evrensel kavramları yerelleştirmeden “evrensel bir dilin” oluşmasına yardımcı olmak ve uluslararası kurum ve kuruluşların oluşturduğu ortak bir vicdanın ürünü olan sözleşme, anlaşma, belge, protokol ve yargı kararlarına bağlı kalmak hayati öneme sahiptir. Anayasal adaleti tesis etmek için evrensel değerleri ayakta tutmak görevimizdir. Böylece hukukun üstünlüğüne ve daha dayanıklı bir dünya barışı kurulmasına çok önemli katkı sunmuş olacağız. Esasen bu değerler bütün insanlığın özü ve ortak paydasıdır.

Eşdeğeri olmayan en üstün değer olarak da tanımlanının temel hak ve özgürlükler bugün önemli ölçüde kin ve nefret kültürünün tehdidi altındadır. Dünya’da giderek artan bu kültürün oluşmasına din, ırk, mezhep, ayrımcılık ve adaletsiz gelir dağılımının kaynaklık ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bunlara dayalı hak ihlalleri dünyanın birincil sorunu olmaya devam etmektedir. Dünyada farklı olanlar ayrılarak kültürler arasında duygusal kopuşların yaşanmasına tanık olmaktayız. Büyük bedeller ödenerek oluşturulan evrensel değerler küçülürken, nefret söylem ve eylemleri büyümektedir. Bu nedenle yaşanan hak ihlalleri en çok Anayasa Mahkemelerini ilgilendirmek zorundadır. Kamu gücünü ve imkanlarını kin ve nefretlerinin aracı olarak kullananları sınırlandıracak, tarafsız ve bağımsız bir yargı gücünün gerekliliğine olan inancı belirtmek isterim.

Anayasa Mahkemeleri, verecekleri mesaj ve kararlarıyla nefret kültürüne karşı sevgi ve hoşgörü eksenindeki bir iklimi yaşatmak zorundadır. Nefret kültürünün esaretine karşı, sevgi ve hoşgörü temeline dayalı demokrasi kültürünün özgülleştirdiğine inanıyoruz. Türkiye Anayasa Mahkemesi Bireysel

Avrupa'da A.Y.M.'lere Bireysel Başvuruda Örnek Uygulamalar Konferansı

Başvuru yolunun açılmasıyla farklılıkların birarada yaşamasının teminatı olma noktasında önemli bir rol üstlenmiştir.Bu görevi yerine getirirken kullandığımız evrensel değerlere bağlılığımızı güçlü bir iradeyle teyit ediyoruz. Esasen Anayasa Mahkemelerinin meşruiyeti de hak ve özgürlükleri koruma noktasında ortaya koyacağı bu iradeye bağlıdır.Zira, bireylerin hak ve özgürlüklerini her türlü endişe ve korkudan arındırılmış, hukuk güvenliğinin teminatı altındaki bir alanda yaşamaları en doğal haklarıdır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, son yılda bireysel başvuru sonucunda vermiş olduğu kararlarıyla Türk halkının özgürlük alanını genişletirken, haklarının teminatı olma konusunda güçlü bir irade ortaya koymanın onurunu yaşıyor. Verilen kararların toplumsal gerginlikleri azaltan, siyasi kutuplaşmalar sonucu ortaya çıkan sorunların çözümünü kolaylaştıran, sevgi ve barış kültürüne olan katkılarını görmemezlikten gelmek mümkün değildir.Yasama, yürütme ve yargı organları bireysel başvuru yoluyla etkin bir denetime tabi tutulmakta, halkta gelişen hak ve özgürlük bilinci, Anayasa Mahkemesine olan güven duygusuna ciddi ivme kazandırmaktadır. Uzun yargılama süreci ve uzun tutukluluk şikayetleri başta olmak üzere adil yargılanma, din ve vicdan özgürlüğü, düşünceyi ifade özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi konularda verilen güçlü, ikna edici ve toplumun büyük çoğunluğu tarafından kabul gören Anayasa Mahkemesi kararları kamu vicdanında yargının onurunu yüceltmektedir. Bu olumlu gelişmelerin temel sebebi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin yerel gerçeklerle evrensel standartları örtüştürme konusunda ortaya koyduğu başarıdır.Sınırlayıcı, yasaklayıcı bir anlayış yerine özgürlükçü ve eşitlikçi bir yaklaşımı hayata geçiren mahkememizin bu iradesinin devam edeceğine olan inancımızı belirtmek isterim.

Anayasa Mahkemelerinin temel görevi anayasal adaleti sağlamaktır.Böylece onarıcı, düzeltici ve tedavi edici fonksiyonu ile ülke ve dünya barışına katkı sağlayabilir.Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru örneğinde kısa sürede ortaya koyduğu olumlu sonuçlarının yanında, yaşamakta olduğu yoğun başvuru sorununa bu konferansta etkili çözümler sunulacağına inanıyoruz.Ortaya çıkacak mesajlar ve çözüm önerilerinin etkili denetim amacımıza önemli destek sağlayacağını temenni ediyor, katılımcılara başarılar diliyorum.

Dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

V. HAŞİM KILIÇ'IN FİKİRLERİ ÜZERİNE
YAZILAR

Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN

(Anayasa Mahkemesi Bölümler Başkanportörü

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

SAYIN HAŞİM KILIÇ'IN ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN DENETİMİNE İLİŞKİN KARŞI OYLARI HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME¹

A. GİRİŞ

Türk Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası ile anayasal sistemimize dâhil olmuş ve kurulduğu günden itibaren siyasal sistemin önemli aktörlerinden birisi olarak işlev görmüştür. Genellikle sağ ve muhafazakâr kesimler Anayasa Mahkemesini bir vesayet organı olduğu ve demokrasi karşıtı kararlar verdiği gerekçesiyle eleştirmişlerdir. Sol ve Kemalist kesimler ise yapısına hakim oldukları sürece Mahkemenin anayasal demokrasinin ve temel hakların güvencesi olduğu tezini dile getirmişlerdir. Aslına bakılırsa yarım asrı aşan ömrü boyunca Mahkemenin verdiği kararlar incelenirse, kurucuların öznel niyetlerinden² bağımsız olarak, hareketli bir pendulum gibi zaman zaman bir vesayet organı olarak işlev gördüğünü, bazen de anayasal demokrasinin ve temel hakların güvencesi rolünü oynadığını söylemek mümkündür. Hatta aynı karara ilişkin çeşitli kesimlerden gelen tepkilerin pendulumun iki farklı ucuna işaret ettiğini görmek de şaşırtıcı olmamalıdır.

Anayasa Mahkemesinin bir vesayet organı ve demokrasi karşıtı görülmesinin temel dayanaklarından birisi, Mahkemenin Anayasa'nın cumhuriyetin temel nitelikleri arasında yer alan bazı kavramları Kemalist devlet ideolojisi doğrultusunda yorumlayarak devlet ideolojisinin muhafızı rolüne soyunmasıdır. Özellikle laiklik ve milliyetçilik kavramlarını çeşitli kararlarında dar ve

1 **Not:** Metni büyük bir nezaketle gözden geçirerek okunabilirliğine büyük katkı sağlayan değerli meslektaşım Dr. Şebnem N. Öner'e katkılarını için minnettarım. Elbette bütün eksikler ve kusurlar yazara aittir.

2 1961 Anayasasının hazırlık çalışmalarında ve Anayasa'nın gerekçesinde Anayasa Mahkemesi hukuk devletinin ve Anayasa'nın üstünlüğünün güvencesi bir kurum olarak gösterilmiştir. Ancak Anayasa'yı ve Mahkemeyi eleştirenler, kurucuların deklare edilmeyen arka plandaki fikirlerinin, ya da gerçek niyetlerinin 1950-60 arasındaki deneyimlere bir tepki olarak seçimle gelen çoğunlukların istedikleri politikaları uygulamalarını, özellikle de devlet ideolojisinden uzaklaşan politikalara sapmalarını önlemek olduğunu ve Mahkemenin bir vesayet organı olarak kurulduğunu ifade etmişlerdir. Ancak, kurucuların öznel niyetleri ne olursa olsun, mahkeme bir kez kurulup çalışmaya başladıktan sonra kendi dinamikleriyle hareket edeceğinde kuşku yoktur. Üye kompozisyonu, toplumsal ve siyasal koşullar, konjonktür, müzakereler gibi pek çok unsur kararların oluşumunu etkilediğinden bütün kararların tek bir unsur (kurucuların niyetleri) ile açıklanması mümkün değildir. Bu nedenle büyük genellemelerin çoğunlukla yanıltıcı olduğunu da ifade etmek gerekir.

dışlayıcı anlamıyla yorumlayan³ Mahkeme, bazı toplumsal kesimlerin kendilerini siyasal sistem karşısında ötekileştirilmiş hissetmelerine neden olmuştur. Dini referanslı bazı siyasal partilerin kapatılmasına ilişkin kararlar ile bazı sol ya da etnik temelli partilerin kapatılmasına ilişkin kararlarda Mahkemenin benimsediği laiklik ve milliyetçilik anlayışlarının, bu partileri destekleyen toplumsal kesimlerin kendilerini sistem dışı hissetmelerine neden olduğunu söylemek abartılı olmayacaktır.

Diğer taraftan serbest seçimler yoluyla oluşan parlamentoların çıkardığı gündelik politikalara⁴ ilişkin bazı kanunların, kamu yararı amacı gütmeyişi gibi politik sayılabilecek gerekçelerle ya da Anayasa'nın başlangıcı gibi normatif değeri tartışmalı bazı metinlere dayalı olarak ve yorum sınırlarını zorlayarak iptal edilmesinin de Mahkemeye yönelik demokrasi karşıtlığı tezlerini güçlendirdiği söylenebilir.

Madalyonun diğer yüzüne bakıldığında ise anayasal demokrasi kavramının bizatihi kendisinin çoğunluk karşıtı⁵ bir kavram olduğunda kuşku yoktur. Zira anayasal demokrasi, anayasayla sınırlandırılmış demokrasiyi ifade etmektedir. Buna göre temel siyasal kararlar demokratik seçimlerle oluşturulmuş organlarca alınacak ancak, bu kararların temel anayasal ilkeleri özellikle de bireylerin temel haklarını ihlal etmeleri hâlinde Anayasa'nın sınırlayıcı etkisi ortaya çıkacak ve Anayasa'yı yorumlama tekeline sahip olan Anayasa Mahkemesince bu kararlar iptal edilebilecektir. Dolayısıyla anayasal demokrasi kavramı anayasa yargısında tecessüm etmiş olup, anayasa yargısının klasik anlamda bizatihi varlık nedeni parlamento tarafından çıkarılmış kanunları iptal etmektir. Asgari bir demokraside kanunları çıkaran parlamento çoğunluğunun halkın çoğunluğunun temsilcilerinden oluşması gerektiği göz önüne alındığında, anayasa yargısının kendisinin zaten çoğunluk karşıtı bir

3 Bu konuda bkz. Ergun Özbudun, 27-28 Kasım 2014 tarihinde Antalya- Kempinski Hotel'de düzenlenen "İnsan Hakları Ulusal Koruma Mekanizması Olarak Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Konferansı"nda sunulan "Bireysel Başvuru Hakkının Kabulünün Türk Anayasal Sistemi Üzerindeki Etkisi" başlıklı tebliğ. Özbudun, burada Anayasa Mahkemesinin geçmişte dışlayıcı laiklik ve dışlayıcı milliyetçiliğin muhafızlığına soyunduğunu ifade etmiştir.

4 Gündelik politika kavramını Bruce Ackerman'ın kullandığı anlamda toplumsal ihtiyaçları karşılamak amacıyla çıkarılan kanunları ifade etmek üzere kullanıyoruz. Bkz. Bruce Ackerman, *We The People: Foundations*, (Harvard University Press, Cambridge, 1993) s.230 vd; Ayrıca bu konuda bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, (Yetkin, Ankara, 2009), özellikle birinci bölüm.

5 Amerikan Anayasa teorisinde anayasa yargısının meşruiyeti konusu genellikle "çoğunluk karşıtlığı sorunu" (counter-majoritarian difficulty) kavramı çerçevesinde ele alınmaktadır. Bkz John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980); Alexander M Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (New Haven, CT; Yale University Press, 1986); Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996); Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford: Clarendon Press, 1999).

kurum olması kaçınılmazdır. Verilen her iptal kararı zorunlu olarak çoğunluğun temsilcileri tarafından çıkarılan kanunlara ilişkin olmak durumundadır.

Anayasacılığın bu paradoksal durumu uygulamada bir taraftan anayasa mahkemelerinin demokratik meşruiyetinin güçlendirilmesi, diğer taraftan da anayasa mahkemelerinin özellikle politik tercihe dayalı hususlarda kendi tercihlerini parlamentonun tercihinin yerine koymaktan kaçınması suretiyle kendilerini sınırlandırmaları yoluyla aşılmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla bu çerçeveden bakıldığında Anayasa'nın metninden çıkarılamayan yetkiler kullanarak veya siyasal çoğunluğun politik tercihlerinin yerine kendi politik ve ideolojik tercihi koyarak kanunları iptal etme yoluna giden bir mahkemenin, bir vesayet organı olarak işlev gördüğü söylenebilir. Özellikle mahkemenin yapısı demokratik meşruiyet açısından sorunlu ise, yani üye seçiminde liyakat ve çoğulculuğu güvence altına alacak tedbirler alınmamış ise vesayet algısı daha da artacaktır. Ancak mahkemenin daha çoğulcu bir yapıya sahip olması halinde, Anayasa'nın metnine dayalı yetkilerini etkili bir şekilde kullanarak bireylerin temel haklarını ve Anayasa'nın demokratik hukuk devleti ilkelerini koruduğu sürece anayasal demokrasinin güvencesi olarak işlev gördüğü söylenebilir.

Türkiye'de Anayasa Mahkemesine ilişkin tartışmalarda yukarıda belirtilen teorik çerçeveye ne ölçüde uyulduğu ayrı bir tartışma konusu olmakla birlikte, anayasa değişikliklerinin denetimi konusu Anayasa Mahkemesine ilişkin vesayetçilik-hukuk devletinin güvencesi olma (anayasal demokrasi) tartışmalarının merkezinde yer alan bir konudur⁶. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere anayasa değişikliklerinin denetimi konusu olağan kanunların anayasal denetimine göre daha karmaşık teorik sorunlara neden olmaktadır. Hal böyle iken Türk Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini esastan denetleme konusundaki istekliliği, her seferinde anayasa koyucu ile Mahkeme arasında karşılıklı politik manevraların yapılmasına neden olmuş ve Cumhuriyetin niteliklerinin (ulusal kimliğin) tespiti hususunda Mahkeme açık anayasal engellere rağmen kendisini yetkili görmeyi tercih etmiş ve Mahkemenin bu gayretkeşliği (aktivizmi), vesayet eleştirilerinin temel dayanaklarından birisini oluşturmuştur.

Yukarıda belirtildiği gibi Mahkemeye yönelik vesayetçilik eleştirileri genellikle sağ-muhafazakar kesimden gelmiştir. Zira Mahkemenin kurulmasından sonra bazı kısa dönemler dışında siyasi iktidar sürekli olarak sağ ve muhafazakar partilerde olduğundan, mahkemenin incelediği kanunlar da bu iktidarlar tarafından çıkarılan kanunlar olmuştur. Diğer taraftan siyasi parti kapatma davalarının muhatabı da genellikle dini referanslı partiler ya da sol veya etnik kökene dayalı politika yapan partiler olmuş ve Mahkemenin parti

6 Bkz. Hakyemez, a.g.e. s. 63 vd.

Haşim Kılıç'a Armağan

kapatma karar gerekçelerine yansıyan fikirler de bu kesimler tarafından büyük ölçüde sorgulanmıştır.

Sayın Başkan, Mahkemeye üye olarak atandığı 1990 yılından itibaren kişiliği, fikirleri ve kararlardaki oylarıyla ilgi odağı olmuş, başlangıçta Mahkemede bir yabancı gibi algılanmış ve karşılanmış, fakat zaman içinde ortaya koyduğu performans ile Mahkemenin en önemli figürü haline gelmiştir. Bu süreçte Sayın Kılıç Mahkemede iki dönem başkanvekilliği ve iki dönem başkanlık yapmıştır. Ancak yaşam biçimi ve görüşleri itibariyle son yıllara kadar Mahkemede hep azınlıkta kalmıştır. Bununla birlikte her zaman için etkili bir figür olduğu konusunda kuşku yoktur.

Bu çerçevede gerçekten Anayasa Mahkemesinin bir vesayet organı olmaktan anayasal demokrasinin güvencesi olma yönünde bir dönüşümünden söz edilebilecekse bu dönüşümde Sayın Başkan Haşim Kılıç'ın oynadığı rolün ortaya konulması açısından Mahkemenin anayasa değişikliklerine ilişkin verdiği kararların ve bu kararlarda Sayın Kılıç'ın ileri sürdüğü karşı oy gerekçelerinin incelenmesi büyük önem taşımaktadır. Yani başta belirttiğimiz pendulumun vesayetçi ucundan anayasal demokrasinin güvencesi olma ucuna doğru hareket eden bir Mahkemeden söz edilebilecekse, Sayın Kılıç'ın Mahkemenin Başkanı olarak bu harekette önemli bir rol oynadığını söylemek abartılı olmayacaktır. Özellikle 2010 yılında yapılan anayasa değişiklikleriyle Mahkemenin yapısının ve yetkilerinin yeniden düzenlenmesinde ve şekillenmesinde Sayın Başkanın rolü olduğu yadsınamaz. Bu rolü değerlendirmemize olanak tanıyacak fikirlerin bir kısmına bu karşı oylarda rastlamamız mümkündür. Bu nedenle Sayın Kılıç'ın anayasacılık konusundaki fikirlerinin ipuçlarını bulabilmek amacıyla anayasa değişikliklerine ilişkin kararlarda ileri sürülen karşı oy gerekçelerinin incelenmesi hedeflenmiştir.

B. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN DENETLENMESİ SORUNU

İktidarın hukukla sınırlandırılması idealine dayanan anayasacılık düşüncesi, iktidarın kaynağının halk olduğu anlayışına dayalı milli egemenlik kavramıyla eş zamanlı olarak ortaya çıkmış ve belirli ölçüde birbiriyle çatışan bu iki kavram halkın iradesine dayalı yazılı anayasa fikrinde birleşmiştir. Buna göre en üstün hukuk olan anayasa, halkın kurucu iradesini ifade etmektedir. Halkın iradesini her zaman yenilemesi, dolayısıyla Anayasa'yı değiştirmesi ya da yeni bir anayasa yapması mümkündür. Bu durumda "*Anayasaya aykırı anayasa değişikliği*"nden söz etmek mümkün müdür? Bu soruna cevap verebilmek için, kurucu iktidar yetkisi, doğası ve sınırlarına ilişkin bir dizi teorik soruyu yanıtlamak zoruridir. Zira Anayasa'ya aykırı anayasa değişikliğinden söz edilebilirse, anayasa değişikliklerinin denetiminden bahsetmek de müm-

kün hâle gelecektir.

Anayasacılık düşüncesinin kuvveden fiile çıkmasını sağlayan, dolayısı ile yazılı anayasaları kağıt üzerindeki mürekkep lekeleri olmaktan çıkarıp bağlayıcı birer hukuk kuralı haline getiren gelişme anayasa yargısının doğuşudur⁷. Böylece yazılı anayasada tecessüm eden üstün hukuku etkili bir şekilde iktidarı kullananlara söyleme yetki ve sorumluluğu anayasa yargıçlarının omzuna bırakılmıştır⁸. Halk adına yasama yetkisini kullanan parlamentoların çıkardığı yasaların halkın üstün iradesi olan anayasalara uygunluğunu denetlemek anayasa yargısının temel fonksiyonudur⁹. Ancak halkın kendi iradesi olan anayasa değişikliklerinin denetlenip denetlenemeyeceği hususu tamamen farklı bir sorun ortaya çıkarmaktadır. Zira burada paradoksal bir durum ortaya çıkmaktadır. Halkın üstün iradesini yeniden belirlemesi olarak nitelendirilebilecek olan anayasa değişikliğinin eski iradeye uygun olması ya da halkın iradesi üzerinde de bağlayıcı olan anayasa üstü bir hukuka uyma gibi bir zorunluluktan söz edilemedikçe, anayasa değişikliğinin denetiminden de söz edilemez.

Ancak burada şekli denetim ve maddi denetim şeklinde bir ayırım yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Anayasalar genellikle nasıl değiştirileceklerini hatta kendilerinin nasıl yürürlükten kaldırılacağını ve yeni bir Anayasa'nın nasıl yapılacağını da düzenlemektedirler. Anayasa'yı değiştirme iktidarı ile tümünden yeni bir anayasa yapma iktidarı arasında ayırım yapan klasik yaklaşımlar açısından Anayasa'yı değiştirme yetkisi mevcut anayasadan kaynaklandığından, bu yetki anayasada öngörülen usule uygun olarak kullanılmalıdır. Aksi takdirde yapılan bir değişiklik geçerli olmayacak ya da en azından iptal edilebilir nitelikte olacak ve bu açıdan yapılan bir anayasa değişikliğinin mevcut anayasada öngörülen usule uygun yapıp yapılmadığının denetlenmesi ve usulsüz değişikliklerin iptal edilmesi kaçınılmaz bir hâle gelecektir. Türk Anayasa koyucusu da 1971 yılından beri bu yaklaşımı benimsemiş ve açıkça anayasa değişikliklerinin "şekle uygunluk bakımından" Anayasa Mahkemesince denetlenebileceğini düzenlemiştir.

Ancak Anayasa'ya aykırı anayasa değişikliği¹⁰ kavramı salt usulü aykırı-

7 Bununla elbette Anayasa'ya sadece anayasallık denetimi varsa uyulur yoksa Anayasa'nın hukuki bir değeri yoktur denilmek istenmemektedir. Hukuki ve siyasi bir metin olarak Anayasa'ya uyma yönünde güçlü bir siyasi kültür varsa anayasa yargısı olmadan da pekala gündelik siyasi hayat Anayasa'ya uygun cereyan ediyor olabilir. Fakat anayasallık denetimi Anayasa'ya uymayı siyasi bir yükümlülük olmanın ötesine taşıyarak hukuki yaptırıma tabi tutmaktadır. Bkz. Eivind Smith, "Constitutional Judges and Other Means for Ensuring Compliance with the Constitution", *Jurisprudenciya*, Is. 30(22), (2002), s.122-131.

8 Thomas Giegerich anayasa yargısını hukuku etkili bir şekilde iktidara söyleme sanatı olarak tanımlamaktadır. Bkz. "Constitutional Jurisdiction: The Art of Effectively Speaking Law to Power" bu armağanda yayınlanan makale, s 647 vd.

9 Ackerman, s. 261vd.

10 Vincent J. Samar, "Can A Constitutional Amendment Be Unconstitutional?" *Oklahoma City*

lıklara münhasır bir kavram değildir. Esas bakımından da bazı anayasa değişikliklerinin Anayasa'ya aykırı olabileceği genellikle doktrinde kabul edilmektedir¹¹. Bu anlamda anayasa değişikliklerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetimi deyimi kendi içinde bir çelişki barındırıyor gibi görünmektedir. Zira anayasa değişikliğinin amacı, doğası gereği eski metni ortadan kaldırarak yerine yeni bir metin koymaktır. Bu nedenle her yeni değişiklik eski metne aykırı olmak zorundadır. Dolayısıyla kavramın kendi içindeki çelişkiyi ifade etmek üzere bir yazar, anayasa değişikliğinin Anayasa'ya aykırılığı sorununun İncil'in İncil'e aykırı olup olmadığı sorusuna benzediğini ifade etmiştir¹².

Ancak belirtilen çelişkiye rağmen yukarıda da belirtildiği gibi bazı anayasa değişikliklerinin Anayasa'ya aykırı olabileceği ve bu nedenle değişikliklerin denetlenebileceği bazı yazarlar ve mahkemelerce kabul edilmektedir. Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı görüşlerini anayasa içi sınırlara dayandırmaktadırlar. Bu kategoride yer alan yazarlardan bir kısmı esas bakımından denetim yapılabileceği görüşünü anayasalarda yer alan değiştirilemez hükümlere¹³ dayandırırken, diğer bazı yazarlar anayasada yer alan zımni sınırlara dayanmaktadırlar.

Zımni sınır görüşünün önemli savunularından biri, Carl Schmitt'in temel siyasal karar fikrine¹⁴ dayanmaktadır. Schmitt anayasa ile anayasal kanunlar arasında ayırım yapar. Buna göre anayasa, bir demokraside halkın varoluşsal siyasal iradesini ifade etmektedir ve ancak halkın kendisi tarafından yeni bir siyasal karar alınmasıyla değiştirilebilir. Varoluşsal siyasal irade bütün anayasal yasaların üzerindedir ve her türlü normun öncülüdür. Her türlü hukuk ve norm geçerliliğini bu siyasal iradede alır. Bu nedenle Anayasa'yı kuran temel siyasal irade hiçbir siyasal organ tarafından değiştirilemez¹⁵. Mesela Weimar Anayasasının "Alman halkı bu Anayasa'yı yapmıştır", "devlet otoritesi halktan kaynaklanır", "Almanya bir Cumhuriyettir" gibi hükümleri temel siyasal varoluşa ilişkin kararlar olup, hiçbir siyasal organ bu hükümleri değiştiremez. Anayasal kanunlar, yani Anayasa'yı değiştirme yetkisine sahip parlamentonun çıkaracağı anayasa değişikliği kanunları ancak bu hükümlerle çelişmeyen teknik hükümlerde değişiklik yapabilir. Devletin temel yapısına

University Law Review, Fall 2008, s. 667 vd.

11 Rosalind Dixon, "Transnational Constitutionalism And Unconstitutional Constitutional Amendments", **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**: No:349 <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>

12 Gary Jeffrey Jacobsohn, "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective" **International Journal of Constitutional Law**, Vol.4 (2006) s.460.

13 Aharon Barak, "Unconstitutional Constitutional Amendments", **Israel Law Review**, (2011) Vol. 44, s.321 vd. Aynı konuda Alman Federal Anayasa Mahkemesi de benzer bir içtihatla bulunmuştur. Bkz. Ibid.s.328 vd.

14 Carl Schmitt, **Constitutional Theory**, (Translated by Jeffrey Seitzer) (Duke University Press, Durham, 2008) s. 75 vd.

15 Ibid. s.78.

ilişkin yukarıdaki hükümlerde değişiklik, parlamento çoğunluğunca değil, ancak tüm ulus tarafından yapılabilir. Dolayısıyla anayasa yapıcı organ ile anayasal kanun çıkarma yetkisine sahip parlamento aynı şey değildir ve parlamento çoğunluğu temel siyasal karar üzerinde değişiklik yapamaz¹⁶.

Hindistan Yüksek Mahkemesi, Schmitt'ten herhangi bir şekilde söz etmesizin 1970'li yıllardan itibaren anayasa değişikliklerini esastan denetleyebileceğine hükmetmiş ve bu yetkisini Anayasa'nın temel yapısının¹⁷ değiştirilemeyeceği görüşüne dayandırmıştır.

Mark Tushnet ise esas bakımından Anayasa'ya aykırılık kavramını ulusal kimlik kavramıyla ilişkili olarak açıklamaktadır¹⁸. Tushnet'in ulusal kimlik kavramı çerçevesinde ele aldığı hususlar genellikle anayasaların başlangıcında belirtilen ve Anayasa'nın dayandığı ilke ve değerleri belirten tercihlerdir. Tushnet'e göre maddi anlamda Anayasa'ya aykırı anayasa değişikliği ulusal kimliği değiştiren düzenlemeler açısından söz konusu olacaktır. Ancak Tushnet bu tür değişikliklere tamamen karşı değildir. Hatta ulusal kimlikte yenilik yapan olağan anayasa değişikliklerinin mümkün olduğunu savunmaktadır. Ancak bunun için bir koşul öne sürmektedir: halkın kabulü. Ackerman'ın teorisinden yararlanarak böyle bir değişikliğin parlamento tarafından kabulünün ulusal kimliğe ilişkin bir değişiklik teklifi olarak görülebileceğini, bu değişikliğin Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki bir yargı kararı ya da akademik konsensüsün ise ulusal kimliğin değiştiği yönünde halka yönelik önemli bir işaret olarak görülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Halkın bu işarete bir cevap verme fırsatı olması zaruri olup, halk mahkemenin Anayasa'ya aykırı bulduğu değişikliği pekala onaylayabilir. Bunun usulü anayasada da belirtilmiş olabilir fakat, bu usule uyulmamış olması halkın kabulü söz konusu olduğu sürece tek başına bir sorun oluşturmaz.

Tushnet'in görüşleri bir yönüyle kurucu iktidarın sınırsızlığı fikrini Hart'ın tanıma kuralıyla uzlaştırmakta ve halkı anayasa yapımının başat unsuru haline getirmektedir. Ulusal kimliğe ilişkin hükümler de halk açısından bağlayıcı değildir, olsa olsa kurucu iktidar için tavsiye ya da öneri niteliğindedir. Elbette bu teorinin gerçek hayatta nasıl işleyeceği ve anayasal krizler için bir çözüm önerip önermediği ayrı bir konudur. Anayasal krizlerin ülkelerin sosyal, ekonomik, siyasal, kültürel demografik pek çok farklı özelliğinin ürettiği

16 İbid. s. 80.

17 Hindistan Yüksek Mahkemesinin *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461, kararında ortaya koyduğu ve daha sonra istikrarla uyguladığı doktrin için bkz. S. Krishnaswamy, *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine* (OUP, 2009)

18 Mark Tushnet, "Constitutions and National Identity: Preambles and Amendments", 19 Ekim 2012 tarihinde Ankara'da Anayasa Mahkemesinde düzenlenen "21. Yüzyılda Anayasa Teorisine İlişkin Sorunlar: Küresel Öğretiden Kavrayışlar" konulu Konferansta sunulan tebliğ, aynı zamanda bu armağanda yayınlanmıştır. Bkz. s. 617 vd.

çözumsuzlük anları olduğu düşünülüşünde genel geçer bir kriz çözücü teoriden söz etmenin mümkün olup olmadığı da ayrı bir tartışma konusudur.

Fakat, Tushnet ulusal kimlikte yeniliğe neden olan anayasa değişiklikleri açısından maddi bir sınır öngörmektedir: uluslararası insan hakları hukuku¹⁹. Yani sınırsız kurucu iktidarın sahibi olan halk da uluslararası insan hakları hukukuna aykırı bir anayasa değişikliği yapamaz. Fakat bu maddi sınırın değişiklik sürecine nasıl yansıtılacağını tartışmamıştır.

Bazı yazarlar ise Anayasa'yı değiştirme yetkisinin anayasa dışı (anayasa üstü) sınırları olduğu fikrini dile getirmişlerdir. Anayasa üstü sınırların başında uluslararası hukukun bağlayıcı ilke ve kuralları yer almaktadır²⁰. Bazı anayasalar kısmi ya da toptan anayasa değişikliklerinin uluslararası hukuka aykırı olamayacağını açıkça düzenlemişlerdir²¹. Doktrinde bazı yazarlar, anayasalar bu şekilde açık bir hüküm içermemiş olsa da anayasa değişikliklerinin uluslararası insan hakları standartlarına aykırı olamayacağını ileri sürmüşlerdir²².

Diğer taraftan uluslararası insan hakları hukukuna atıf yapmaksızın Anayasa'yı değiştirme yetkisinin doğal hukuka aykırı kullanılamayacağını ileri sürenler de olmuştur. Bu kapsamda Hindistan Yüksek Mahkemesinin temel yapı doktrini doğal hukuk ile temellendirme yoluna giden yazarların bulunduğu görülmektedir²³. Hatta hiçbir anayasa içi atıf yapmaksızın anayasa yapma yetkisinin sınırının doğal hukuk olduğunu savunan yazarlar da vardır. Kurucu iktidar kavramının mucidi olarak kabul edilen Sieyes'in de, kurucu yetkinin sahibi olarak nitelediği milleti her şeyin kaynağı olarak görmesine rağmen, millettten önce ve milletin üstünde olan tek şeyin doğal hukuk olduğunu söylediği görülmektedir²⁴.

Modern zamanlarda da hem ABD'de hem de Avrupa'da Anayasa'nın üstünde doğal hukukun olduğu ve anayasa değişikliklerinin bu doğal hukuka aykırı olamayacağını ileri süren pek çok yazar olduğu görülmektedir. Bu yazarlar genellikle, bazı hakların anayasadan önce olduğu ve anayasa değişikliği ile ortadan kaldırılamayacağı tezine dayanmaktadırlar. Fransa'da bu görüş genellikle insan ve yurttaş hakları bildirgesinin üstünlüğü tezine dayandırıl-

19 Ibid.

20 Yaniv Roznai, "The Theory and Practice of 'Supra-Constitutional' Limits on Constitutional Amendments", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.62, Issue 03, July 2013, pp 557-597.

21 Mesela 1999 tarihli İsviçre Anayasasının 193 ve 194. Maddelerine göre anayasada yapılacak kısmi ya da toptan değişikliklerle uluslararası hukukun bağlayıcı hükümleri (jus cogens) ihlal edilemez. Aynı şekilde 1995 tarihli Bosna Hersek Anayasasının 2. maddesine göre anayasa değişiklikleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile belirlenen standartlara aykırı olamaz.

22 Bkz. Tushnet, op. cit, s. 630.

23 Roznai, op.cit. s.559.

24 Bkz. Roznai, s.562.

mıştır. Buna göre bildirge devlet öncesi hakları tanıyan bir belge olduğundan anayasadan ve anayasa koyucudan öncedir ve üstündür²⁵.

Bu bağlamda, Almanya'da ikinci dünya savaşı sonrasında yeni Anayasa'nın yapımı tartışmaları sırasında önemli yankılar uyandıran Radburg'un görüşlerine de değinmekte yarar vardır. Gustav Radburg, döneminde etkili olan pozitivist ve faydacı teorileri şiddetle eleştirmiş ve hukukun maddi özünün adalet ve doğal hukuk olduğunu savunmuştur²⁶. Buna göre hukukun bazı ilkeleri vardır ki bunlar herhangi bir yasama işleminden önceliklidir ve bu ilkelerle çelişen her türlü pozitif hukuk geçersizdir. Bu ilkeler doğal hukuk ya da akli hukuk olarak nitelendirilebilir. Bu ilkelerin detayları tartışma konusu olmakla birlikte, yüzyıllar boyunca medeniyet irfanından süzülerek insanlığın ortak değeri haline gelen ve insan hakları bildireleri ve sözleşmelere uzlaşma yoluyla giren insan hakları kurallarının doğal hukuktan kaynaklandığında kuşku olmadığını belirtmektedir. Bu görüşünü aynı şekilde Hristiyan teolojisi yoluyla da meşrulaştırmaktadır. Buna göre "üzerinizdeki emir sahiplerine itaat edin" diyen ayet ile "insanlara değil Tanrıya uyun" diyen ayet arasındaki gerilim, her somut olayda bireyin vicdanına hitap eden Tanrının sesine kulak vermekle aşılabılır.²⁷

İster teolojik referanslarla meşrulaştırılmış olsun, isterse akıl yoluyla keşfedilen doğal adalet ilkeleri olarak seküler bir argümantasyon ile meşrulaştırılsın, doğal hukuk ve doğal haklar düşüncesi II. Dünya Savaşından sonra başta Almanya olmak üzere bütün dünyada giderek pozitif hukuk eleştirisinin dayanağını oluşturmuş ve insan haklarının ulusal ve uluslararası hukukun merkezi teması haline gelmesinde önemli bir rol oynamıştır. Bu bağlamda Alman Federal Anayasa Mahkemesi zaman zaman açıkça adalet ilkeleriyle çelişen pozitif anayasal normların olması ihtimaline atıf yaparak, bu normların geçersiz olduğuna vurgu yapmıştır.²⁸ Daha sonraki yıllarda da Federal Mahkeme Anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyebileceğine karar vermiştir. Mahkeme bu yetkisini Anayasa'nın 79. maddesinde yer alan değiştirilemez hükümlere dayandırmıştır. Her ne kadar hiçbir anayasa değişikliğini Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmemiş olsa da, esas yönünden denetim yapmaktan kaçınmamıştır²⁹. Ancak bu denetimde anayasa üstü doğal hukuka dayanmaktan kaçınmış, anayasa içi değiştirilemez hükümlere dayanmayı tercih etmiştir.

25 Ibid, s.563.

26 Bkz. Gustav Radburg, "Five Minutes of Legal Philosophy (1945)" (Tran. By Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson), *Oxford Journal Of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1 (2006) s. 13-15.

27 Ibid. s. 15.

28 Bkz. Roznai, s.565.

29 Bkz. Ali Rıza Çoban, *Anayasa'yı Değiştirme Yetkisi, Sınırları ve Denetimi*, (Adalet, Ankara, 2011) s. 263 vd.

Doğal hukuk ve doğal haklar düşüncesi günümüz insan hakları hukukunun temel dayanağını oluşturmuş olsa da, Anayasa'yı değiştirme yetkisini kısıtlayan anayasa üstü bağlayıcı norm olarak doğal hukuka dayanmanın bazı teorik sorunları bulunmaktadır. Doğal hukukun Anayasa'yı değiştirme yetkisine sınır oluşturabilmesi için gerekli olan sistematiklik, açıklık, ulaşılabilirlik ve etkililik gibi niteliklere sahip olması gerekir. Fakat bu niteliklerin eksik olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle anayasal normların hukuki geçerliliğini asgari bir ahlaki eşiğe tabi tutmak hukuki belirliliği ortadan kaldıracak ve anayasal normların bağlayıcılığını zayıflatacaktır. Çünkü öncelikle bu ahlaki normların tespiti gerekmektedir. Onun için doğal hukukun anayasa değişiklikleri için bir denetim ölçütü ve geçerliliğin belirleyicisi olarak kullanılması mümkün görünmemektedir. Doktrinde doğal hukukun sadece pozitif normların etik açıdan eleştirisi için dayanak işlevi görebileceği ve yeni önerilere zemin hazırlayabileceği ancak, yargısal denetim ölçütü olarak kullanılamayacağı ileri sürülmüştür.³⁰

Günümüzde de anayasa yapma yetkisine sahip kurucu iktidarı bağlayan anayasa üstü değer ve ilkeler olduğunu savunan yazarların pek çoğu, bu ilkeleri uluslararası insan hakları hukuku ile somutlaştırmaktadır. Hatta yukarıda belirtildiği gibi bunu pozitif anayasa kuralı haline getiren ülkeler de bulunmaktadır.

Uluslararası hukukun, özellikle de uluslararası insan hakları hukukunun tüm iç hukuka üstün olduğu tezi giderek yaygınlık kazanmaktadır. Özellikle uluslararası hukukun emredici nitelikteki (*jus cogens*) kurallarının anayasa yapıcı iktidar açısından da bağlayıcı olduğu görüşü yaygındır. Bu emredici kurallar içinde saldırgan güç kullanma yasağı, soykırım, kölelik, işkence ve ayrımcılık yasakları gösterilebilir. Ancak bu bağlayıcılığın ulusal ve uluslararası hukuk açısından etkisini tartışmak gerekmektedir.

Uluslararası hukuk açısından devletin sorumluluğunun kaynağı ulusal hukuk değil, uluslararası hukuktur. Bu nedenle ulusal hukuka dayanarak uluslararası sorumluluktan kurtulmak mümkün değildir³¹. Diğer taraftan uluslararası organlar uluslararası hukuk açısından devletin sorumluluğunu doğuran durumun anayasadan kaynaklandığını tespit etmiş olsalar da bu, uluslararası hukuka aykırılığı ve devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Nitekim AİHM pek çok kararında taraf devletlerin anayasalarından kaynaklanan düzenlemeler nedeniyle Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar vermiştir³².

30 Roznai, s.570.

31 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin (1969) 27. Maddesine göre "bir taraf devlet sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden kendi iç hukukuna dayanarak kaçınamaz".

32 Sejdic ve Finci/ Bosna Hersek, B. No. 27996/06, 22 Aralık 2009 tarihli karar. AİHM Bosna Hersek Anayasasının parlamento ve Başkanlık seçimlerine kurucu unsurlar olan Boşnak, Hırvat ve Sırp toplumlarından birinin kontenjanından girilebileceğine ilişkin hükmünü Söz-

Bu yönde Türkiye'ye ilişkin olarak da Anayasa'nın 143. maddesinde düzenlenmiş olan Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yapısında bulunan asker üye nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir³³.

Ancak bu kararların iç hukuk açısından etkisi tartışılmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir uluslararası organın (AİHM dahil) bir anayasa hükmünü uluslararası hukuka (Sözleşmeye) aykırı bulması kendiliğinden o normu iç hukuk açısından geçersiz hâle getirmez. Ancak devletin uluslararası sorumluluğuna gidilebilir³⁴. Yetkili organlar elbette bu sorumluluktan kurtulmak amacıyla Anayasa'yı değiştirme yoluna gidebilir. Ne var ki böyle bir değişiklik yapıncaya kadar norm, iç hukuktaki geçerliliğini sürdürmeye devam edecektir.

Durum böyle olmakla birlikte ulusal yargıçların uluslararası hukuku uygulama açısından oynayabileceği roller olduğu da ileri sürülmüştür. Ulusal yargıcın uluslararası hukuku uygulayarak uluslararası hukuk ajanı olarak işlev görmesi gerektiğini ileri süren yazarlar olmakla birlikte, pozitif dayanağı olmadıkça ulusal yargıcın uluslararası hukuku doğrudan uygulamasının özellikle de anayasa değişikliklerinin denetiminde uluslararası hukuka dayanarak anayasa değişikliğini denetlemesinin mümkün olmadığını söylemek gerekir.

Ancak pozitif hukuka dayanarak, uluslararası hukuk ve mukayeseli hukukun anayasa değişikliklerinin denetiminde ulusal yargıçlar açısından oynayabileceği roller olduğunu ileri süren görüşler de vardır. Buna göre ulusal anayasalarda yer alan demokrasi, hukuk devleti, federalizm ve insan onuru gibi değiştirilemez hükümlerde yer alan kavramların içeriğinin tanımlanmasında ya da yorumlanmasında, uluslararası hukuk ve mukayeseli hukuk yol gösterici işlev görebilir³⁵. Yukarıda belirtildiği gibi bazı ulusal anayasa mahkemeleri değiştirilemez hükümlere dayanarak anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyebileceklerine karar vermişlerdir. Bu görüşü destekleyen yazarlar da mevcuttur³⁶. Bu takdirde anayasalarda yer verilen değiştirilemez hükümlerde yer alan kavramların yorumu açısından uluslararası hukuk destekleyici bir rol oynayabilir. Ancak bunun için öncelikle anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin yetkinin en azından anayasa metninden çıkarılabilir olması gerekir.

leşmeye ek 12. Protokole aykırı bulmuş ve Yahudi ve Çingene olan başvuruçuların eşitlik hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

33 İncal/Türkiye, 9 Haziran 1998 tarihli karar. Başka pek çok kararında da Mahkeme aynı sonuca ulaşmıştır.

34 Giegerich, s. 647 vd.

35 Roznai, s. 373.

36 Bkz. Barak, s. 332 vd.

Görüldüğü gibi anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi sorunu ilk aşamada (a) mahkemelerin böyle bir yetkisi var mıdır sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Aynı zamanda, söz konusu yetkinin mevcudiyeti durumunda (b) denetim ölçütü ne olacak sorusu gündeme gelmektedir. Cevaplanması gereken başka bir soru ise (c) şekil denetiminin esas denetimine dönüşmesinin mümkün olup olmadığıdır. Esasen Türkiye açısından günümüzdeki sorun temelde budur. Sayın Başkanın karşı oylarında dile getirdiği temel fikir bunun mümkün olmadığı yönündedir. Üzerinde durulması gereken son husus ise (d) halk tarafından kabul edilen bir anayasa değişikliğinin denetlenip denetlenemeyeceği ve Türkiye açısından bu denetimin zamanı konusudur. Her ne kadar Sayın Başkanın karşı oylarında bu konuda bir görüş serdedilmemiş olsa da özellikle 7.7.2010 tarihli kararda bu husus tartışma konusu olmuş ve bazı üyeler bu konuda karşı oy kullanmışlardır. Bu nedenle kısaca bu hususun da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Birinci sorunun cevabını aramamız gereken yerin anayasa metni olduğunda kuşku yoktur. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunun mahkemelerce denetlenebileceğini açıkça düzenleyen bir Anayasa'ya rastlanmamaktadır³⁷. Bu durumda Anayasa'nın suskunluğundan bir yetki türetilip türetilmeyeceği tartışılmalıdır. Bazı mahkemeler bu soruya olumlu yanıt vermişler ve denetleme yolunu seçmişlerdir³⁸. Bir kısım mahkemeler ise, yetkilerin kaynağı olan anayasa açıkça yetkilendirmedikçe böyle bir denetimin mümkün olmadığına karar vermiş ve denetim taleplerini reddetmişlerdir. Bu açıdan Türk anayasal geleneğinin oldukça özgün olduğu görülmektedir. Zira 1961 Anayasası ilk hâlinde anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin bir hüküm içermezken, 1971 yılında yapılan değişiklik ile anayasa değişikliklerinin sadece şekil bakımından denetime tabi olduğu hükmü Anayasa'ya eklenmiştir. Aşağıda açıklanacak nedenlerle 1982 Anayasası anayasa değişikliklerinin sadece şekil bakımından denetlenebileceği hükmünü muhafaza etmenin yanı sıra, şekil denetiminin kapsamının ne olduğunu da açık bir şekilde tanımlama yoluna gitmiştir.

Esas bakımından denetimin mümkün olduğu sonucuna varılması durumunda, denetim ölçütünün ne olacağı sorusuna cevap verilmesi gerekmektedir. Yukarıda yer verilen tespitler kapsamında anayasa üstü ya da anayasa ötesi denetim ölçütlerinin uygulanabilirliği zayıf gözükmektedir. Ancak ana-

37 Moldova, Ukrayna, Kırgızistan, Azerbaycan gibi bazı eski doğu Bloku ülkelerinde demokrasiye geçiş sonrası anayasalarında anayasa değişikliklerinin parlamentoya sunulmadan önce anayasa mahkemesine sunulmasını ve mahkemenin görüş vermesini düzenleyen hükümlere rastlanmaktadır. Ancak bunun gerçek bir yargısal denetim olduğunu söylemek zor gözükmektedir. Bkz. Çoban, s. 251 vd; Ayrıca bkz. Barak, s. 332 vd.

38 Almanya, Avusturya, 1971 öncesi Türkiye, Hindistan, vb ülkelerdeki anayasallık denetimi yapan mahkemeler anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyebileceklerine karar vermişlerdir. Bkz. Barak, 332.

yasa içi ölçütlerin belirli ölçüde işlevsel olduğu düşünülebilir. Bazı hükümlerinin diğer hükümlere göre hiyerarşik açıdan üst norm olduğunu açıkça düzenleyen bir Anayasa'ya rastlamak mümkün değildir. Değiştirilemez hükümler içeren anayasalar açısından bu hükümlerin diğer hükümlere göre üst norm olduğunu ileri sürme olanağı olsa da, bu tez oldukça sorunlu ve karmaşık problemler yaratabilecek bir tezdır. Bundan daha sorunlu olan diğer bir tez ise, zımni sınırlar tezidir. Anayasa'nın temel yapısı ya da ulusal kimliğin değiştirilemeyeceği ve anayasa değişikliklerinin bu açıdan yargı organlarınca denetlenebileceği yaklaşımı da, yargıçları kurulu iktidarın bir parçası olmaksızın çıkararak kurucu iktidarın paydaşı haline getirecektir³⁹.

Ancak uygulamada Anayasa'ya aykırı anayasa değişikliği kavramının belirli ölçüde kabul gördüğü anlaşılmaktadır. Bazı ülkelerde anayasa değişikliklerinin şekil ya da esas bakımından ya da şekil ile esasın bir arada yargısal denetim konusu olduğu, ya da olabileceğinin potansiyel olarak kabul edildiği görülmektedir⁴⁰. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi konusu hiçbir anayasada açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte yargısal yorum yoluyla türetilmiştir. Esas bakımından denetim yapılabileceğini kabul eden mahkemeler, bunu ya Anayasa'nın değiştirilemez ilkelerine dayandırmışlar ya da Anayasa'nın temel yapısının değiştirilemeyeceği tezini esas alarak böyle bir yola başvurmuşlardır.

Anayasaya aykırı değişikliklerin yürütmeyi güçlendiren, dolayısıyla kuvvetler ayrılığını zayıflatan, yargı bağımsızlığını olumsuz etkileyen ya da temel hakların kullanılmasını zorlaştıran değişiklikler olduğu ileri sürülebilir. Ne var ki bu tespiti yapmak görüldüğü kadar kolay değildir. Özellikle anayasacılığın temel ilkeleri olarak belirtilen kavramların her ülkede birbirinden oldukça farklı modellerle hayata geçirildiği dikkate alındığında, hangi uygulamanın ilkeye aykırılık oluşturacağı ciddi bir sorun oluşturacaktır. Özellikle Anayasa'yı değiştirme yetkisiyle donatılmış parlamento çoğunluğu ya da halkın tercihinin bu ilkelere aykırılığını tespit edecek yargıcın, çoğunluğun tercihi karşısına kendi tercihinin koymayacağını garanti etmek mümkün değildir. Yargısal denetime öncelik veren teoriler yargıçların sadece anayasacılığın ilkelerine uyacağı, diğer organlar ve çoğunluklar için söz konusu olan çıkarıcılık, güç avcılığı gibi anomalilerin yargıçlarda olmayacağı şeklindeki naif bir iyimserliğe dayanmaktadır. Oysa bu iyimserliğin neredeyse hiçbir felsefi ve sosyolojik temeli yoktur⁴¹.

39 Rosalind Roxin, "Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments" **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper** No.349 (2011) <http://ssrn.com/abstract=1840963>

40 Roxin, s. 2.

41 Bkz Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", **The Yale Law Journal**, Vol. 115, (2006); ayrıca bkz. Çoban, s. 231.

Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimine yapılan itirazın en önemli argümanlarından biri, böyle bir denetimin kuvvetler arasındaki dengeyi ortadan kaldıracağı ve daha da ötesi halkın yönetimi anlayışını yani demokrasiyi tehdit edeceği görüşüdür. Buna göre yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri arasındaki denge, bu organlardan hiç birisinin son sözü söyleme yetkisine sahip olmaması ve her organın bir karşı hamle imkânının bulunmasına bağlıdır. Ancak anayasa değişikliklerini esastan denetleme yetkisinin bir mahkemeye tanınması halinde, ilgili mahkeme son sözü söyleme yetkisine kavuşacak ve kuvvetler arasındaki denge ortadan kalkacaktır⁴². Anayasa değişikliklerinin halkın katılımıyla yapılması hâlinde ise, böyle bir denetim yetkisine sahip olan mahkeme halkın da iradesinin üstüne çıkmış olacaktır. Böyle bir durumda halkın yönetiminden değil, ancak mahkemelerin ya da yargıçların yönetiminden söz edilebilir⁴³. Bir demokraside anayasa değişikliğinin esastan denetlenmesi, kurucu yetkinin kurulu organ olan Mahkeme tarafından denetlenmesi anlamına gelir ki bu kurucu yetkinin el değiştirilerek mahkemeye geçtiğini gösterir⁴⁴.

Esas denetimine yönelik ikinci itiraz, insan onurunun yargı tarafından korunacağı tezinin her zaman doğru olmadığı argümanına dayanmaktadır. Esas denetimini savunanların temel olarak ileri sürdükleri tezlerden biri, anayasa değişiklikleri yoluyla temel hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılması hâlinde yargı denetimi yoluyla bu tür değişikliklerin iptal edilmesi gerekliliğidir. Ancak anayasa değişiklikleri hususunda son sözü söyleme yetkisinin yargıya verilmesi halinde, yargının her zaman temel haklar lehine karar vereceğinin hiçbir garantisi yoktur⁴⁵. Hatta tarihsel tecrübeler yargının da en az yasama organı kadar özgürlükler aleyhine tavır alabileceğini göstermektedir⁴⁶.

Anayasa değişikliklerinin şekil açısından denetimi konusu ise daha az meşruiyet sorunu oluşturmaktadır. Zira şekil denetiminin amacı, değişikliği yapanın kimliğinin kontrolü, yani değişikliği yapanların Anayasa'nın tali kurucu iktidar yetkisi verdiği kişiler ve işlemin bir tali kurucu iktidar işlemi olup

42 Vile, s.198.

43 Laurence Tribe, "A Constitution We Are Amending: In Defence of a Restrained Judicial Role", **Harvard Law Review**, Vol.97 (1983) s.435.

44 Musa Sağlam, "Anayasa Değişiklikleri Bağlamında Anayasa Mahkemesinin Meşruiyeti (Türk ve Fransız Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında)", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.13, Sayı.1 (2005) s.120.

45 ABD'de anayasa değişikliklerinin denetimini savunanlar gelişme dönemi değişiklikleri olarak adlandırılan ve köleliği ve ırk ayrımını ortadan kaldırmayı amaçlayan değişikliklerin tamamının iptalini savunmuşlardır. Yüksek Mahkeme ileri sürülen tezleri kabul etmiş olsaydı ayırmacılığın kaldırılması çok zor, belki de imkânsız olabilirdi. Bkz. John R. Vile, **The Constitutional Amending Process in American Political Thought**, (New York: Praeger, 1992) s.199.

46 Bkz. Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", **The Yale Law Journal**, Vol. 115, (2006) s.1346.

olmadığının denetlenmesidir. Bir anlamda bu yetki, oyunun kurallarına göre oynanıp oynanmadığının kontrolünü içeren hakemlik yetkisidir⁴⁷.

Diğer taraftan hem şekil hem de esas denetimini birlikte içeren hibrid sistemlerden de söz edilebilir. Özellikle bazı konuların değiştirilmesinde ayrı bir değiştirme usulünü öngören anayasalarda yargısal denetime yer verilmişse, burada şekil ve esas denetimi birleşmiş durumdadır⁴⁸.

Bu teorik tartışmalardan sonra, öncelikle ülkemizde 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin düzenleme ve uygulamalara kısaca değinilecektir.

C. TÜRKİYE'DE ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

1. 1961 Anayasası Döneminde Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi

1961 Anayasası'nın ilk metninde, Anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tâbi olup olmadığı hakkında bir kurala yer verilmemiştir. Bu dönemde Anayasa Mahkemesi, 1970 yılında verdiği bir kararında, bir anayasa değişikliği kanununu şekil yönünden iptal ederken, karar gerekçesinde Mahkemenin, anayasa değişikliklerini esas bakımından da denetleyebileceğini ifade etmiştir⁴⁹. 1961 Anayasası'nın milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 68. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*affa uğramış olsalar da*” ibaresinin madde metninden çıkarılmasına ilişkin, 6.11.1969 tarih ve 1188 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı savıyla açılan iptal davasında Mahkeme, değişikliği şekil bakımından Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiş, ancak karar gerekçesinde, anayasa değişikliklerini hem şekil hem de esas bakımından denetleyebileceğini belirtmiştir.

Mahkeme bu görüşünü, 1961 Anayasası'nın 9. maddesinde yer alan “*Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez*” şeklindeki hükmün sadece Cumhuriyet sözcüğünü hedef almadığı, ilkenin amacının, Anayasa'nın 1 ve 2. maddeleri ile 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş olan devlet sistemini güvence altına almak olduğu, dolayısıyla sadece ‘Cumhuriyet’ sözcüğünü saklı tutup 1961 Anayasası'nın ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa'ya aykırı düşeceği fikrine dayandırmıştır. Bunun sonucu olarak Mahkeme, söz konusu ilkeleri doğrudan

47 Teresa Stanton Collett, “Judicial Independence and Accountability in an Age of Unconstitutional Constitutional Amendments” *Loyola University Chicago Law Journal*, 2009.

48 Roxin, a.g.m., s.2.

49 AYMK, E.1970/1, K. 1970/31, K.T. 16.6.1970, AMKD, Sayı: 8, s. 323.

veya dolaylı olarak değiştirme amacı güden herhangi bir değişikliğin Anayasa'nın 147. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesince esas yönünden de denetlenmesi gerektiğine karar vermiştir⁵⁰.

Mahkemenin bu yaklaşımı doktrinde bazı yazarlar tarafından da savunulmuştur. Mesela Coşkun San, Anayasa'nın bütün kurallarının eşit normatif değerde olmadığı, anayasada yer alan bazı temel ilkelerin diğer normlar karşısında hiyerarşik açıdan üstün olduğu tezine dayanarak Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyebileceği ve denetlemesi gerektiği görüşündedir⁵¹.

Bu dönemde Nail Kubalı da aslî ve tali kurma fonksiyonları arasındaki ayırmıdan hareketle tali kurucu iktidarın şekli ve maddî yönden sınırlı olduğunu belirterek, tali kurucu iktidarın Anayasa'nın sözü ve ruhu ile hukuken bağlı olduğunu ve Anayasa'nın ruhundan anlaşılması gerekenin Anayasa'ya hâkim olan ve hükümlerinde somutlaşan ideoloji olduğunu ileri sürmüştür⁵². Yazara göre tali kurucu iktidar Anayasa'yı değiştirme yetkisine sahiptir, ancak bu yetkiyi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı kullanamaz. Bu çerçevede, mesela, Cumhurbaşkanına TBMM'nin yasa yapma yetkilerini kısıtlayıcı yetkiler tanıyan, kadınların siyasal haklarını ortadan kaldıran, resmi din kabulünü öngören, mülkiyet hakkını ortadan kaldıran, sosyalizmi benimseyen, Atatürk ve 27 Mayıs devrimlerini koruyucu hükümleri kaldıran, 27 Mayıs darbesinin iktidardan düşürdüğü kişilerin siyasal haklarını kullanmalarını sağlayan anayasa değişikliklerinin Anayasa'nın ruhuna aykırı olacağını ve böyle bir değişikliği yapan organın tali kurucu iktidar kimliğinden sıyrılarak kendisine asli kurucu iktidar niteliği vereceğini ve yeni bir ihtilal anlamına geleceğini ileri sürmüştür⁵³. Yazar böyle bir değişikliğe Anayasa Mahkemesinin ve aydınların yanı sıra zinde kuvvetlerin de müdahale edebileceğini ifade etmiştir. Kubalı'nın görüşlerinin Schmitt'in görüşleriyle büyük bir paralellik taşıdığı görülmektedir. Bu dönemde Rona Serozan⁵⁴ ve Yıldızhan Yayla⁵⁵ gibi yazarlar da değiştirilemezlik kuralının anlamlı olabilmesi için, cumhuriyet rejiminin temellerini ortadan kaldıran değişikliklerin önlenmesi gerektiği tezine dayanarak esas denetimini savunmuşlardır.

Anayasa Mahkemesinin sözü edilen kararına anayasa koyucu sessiz kalma-

50 Aynı karar s. 313.

51 Coşkun San, **Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri**, (AİTİAY, Ankara, 1974) s.133 vd.

52 Hüseyin Nail Kubalı, **Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler**, (İÜ-HFY, İstanbul, 1971) s.103 vd.

53 Kubalı, s.104.

54 Rona Serozan, *"Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları"*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt.XXXVII, Sayı.1-4 (1972) s.140

55 Yıldızhan Yayla, *"Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü"*, **Hıfzı Timur Anısına Armağan**, (İstanbul, 1979) s.982.

miş ve 1971 yılında 1488 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 147. maddesi değiştirilerek şu hükme yer verilmiştir. *"Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasa'ya, anayasa değişikliklerinin de Anayasa'da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler."* Bu değişikliğin gerekçesinde, *"Ancak Anayasa Mahkemesinin, Türkiye Büyük Millet Meclisinin Anayasa vaznı olarak yaptığı Anayasa değişikliklerini denetlemesi söz konusu olamaz. Nitekim Anayasamız, 4 ncü maddesinin 3 ncü fıkrasında (Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almıyan bir Devlet yetkisi kullanamaz) hükmü yer almıştır. Şu halde, Anayasa'nın sadece kanunlara ve içtüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesi'nce, anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tabiidir."* denilmiştir. Ayrıca şekil denetiminin kapsamının ne olduğu konusunda da gerekçede ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir. Buna göre *"Bu denetim yetkisinin, sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemeyeceği... tespit olunmuştur."* Bu düzenleme ile anayasa koyucu, anayasa değişikliklerine ilişkin denetimin kapsamını gerçekten şekil denetimiyle sınırlamak istediğini ortaya koymuştur.

Ne var ki Anayasa Mahkemesi, 1971 Anayasa değişikliklerinden sonra da, anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararlarında esas denetimi yapmadığını, sadece şekil denetimi yaptığını ısrarla belirtmiştir. Mahkeme bu savı Cumhuriyetin değişmezliği ilkesinin amacının, yalnızca Cumhuriyet kelimesini değil, Anayasa'da nitelikleri belirtilmiş Cumhuriyet rejimini korumak olduğu anlayışına dayandırmıştır. Buna göre, Cumhuriyet ilkesinin değişmezliğine ilişkin 9. madde *"esas bakımından şekle ilişkin"* bir kural olup teklif yasağı anlamına gelmektedir. Mahkemeye göre, *"Kanun ve o nitelikte bulunan anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur"*⁵⁶.

Bu içtihadıyla Anayasa Mahkemesi, hem 9. maddede öngörülen değiştirilemezlik kuralının kapsamını anayasal rejimin temel kurallarıyla genişletmiş hem de bu kurallara aykırı olacak şekilde Anayasa'nın hiçbir hükmünde değişiklik yapılamayacağını kabul etmiştir. Bunun sonucu olarak Anayasa'nın herhangi bir maddesinde yapılan bir değişikliğin Cumhuriyetin niteliklerine uygun olup olmadığını denetleme yoluna gitmiştir. Bunun için öncelikle değiştirilemezlik hükmünün bir şekil kuralı olduğunu kabul ederek kendi denetim alanı içine çekmiş, sonra da buna dayanarak sınırsız bir esas denetimini şekil denetimi adı altında yapmak üzere kendi yetki alanını Anayasa'nın açık lafzının aksine oldukça genişletmiştir.

Sonuçta Mahkeme, 1971 değişiklikleri öncesinde verdiği kararda dayandığı

56 AYMK, E.1973/19, K. 1975/87, K.T. 15.4.1975, AMKD, Sayı: 13, s. 430-431

tezleri, değişiklik sonrasında da *şekil denetimi* adı altında, sanki bu değişiklik hiç yapılmamış gibi kullanmaya devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu dönemde esastan inceleme başvurularını yetkisizlik nedeniyle reddederken, aynı işlevi *şekil denetimi* adı altında yapmaktan kaçınmamıştır. Mahkeme itiraz yoluyla yapılan başvurularda da anayasa değişikliklerini incelemiş ve iptal kararı vermiştir. Mahkeme adını değiştirerek her türlü esas denetimini yapmıştır. Elbette Anayasa Mahkemesinin bu yetki genişletme manevrasının normatif dayanağı olduğunu söylemek mümkün değildir.

Bu dönemde Anayasa Mahkemesi *şekil* görüntüsü altında esas yönünden denetim yaparak dört anayasa değişikliğini iptal etmiştir. Bu kararlardan ilkinde 1699 sayılı Kanunun 4. maddesiyle Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen "*Ancak, savaş hâlinde bu şart aranmaz.*" cümlesini Anayasa'ya aykırı bularak iptaline karar vermiştir. Söz konusu dördüncü fıkra şu şekildedir: "*Askerî mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olması şarttır. Ancak, savaş hâlinde bu şart aranmaz.*"⁵⁷

Mahkeme daha sonra itiraz yoluyla yapılan başvuruları da kabul ederek, yine "*değiştirilemezlik yasağı*" üzerinden *şekil denetimi* adı altında esas denetimi yapmaya devam etmiştir. 23.3.1976 tarihli kararında Anayasa'nın 38. maddesinin 1971 günlü, 1488 sayılı Yasa ile değişik 2. ve 3. fıkralarını Anayasa'nın değiştirilemez hükmüne aykırı bularak iptal etmiştir. Hatta aynı kurallı bir yıl içinde iki defa incelemiş ilk kararında değişikliği Anayasa'ya aykırı bulmazken⁵⁸ ikinci incelemesinde iptal kararı vermiştir⁵⁹.

Kamulaştırmayı düzenleyen bu hükümde yapılan değişiklikte birinci fıkra da yer alan "*gerçek*" sözcüğü metinden çıkarılmış ve "*gerçek karşılık*" ödeme yükümlülüğü sadece "*karşılık*" ödeme yükümlülüğüne dönüştürülmüştür. Diğer taraftan ikinci fıkra olarak "*Ödenecek karşılık, taşınmaz malın tamamının kamulaştırılması hâlinde o malın malikinin kanunda gösterilecek usul ve şekle uygun olarak bildireceği vergi değerini; kısmen kamulaştırmalarda da, vergi değerinin kamulaştırılan kısma düşen miktarını aşamaz.*" kuralı 38. maddeye eklenmiştir. Mahkeme bu değişikliklerin mülkiyet hakkının özüne dokunduğunu tespit ettikten sonra değiştirilemez nitelikteki, insan haklarına dayalı devlet ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi daha sonra 1977 yılında Danıştay'ın itiraz yoluyla yaptığı iki farklı başvuruda, 1488 sayılı Kanunla Anayasa'nın 144. maddesine eklenmiş olan Yüksek Hâkimler Kurulu kararları aleyhine başka mercilere başvurulamayacağını öngören ibare⁶⁰ ile yine 1488 sayılı Kanunla Anaya-

57 AYMK, E:1973/19, K: 1975/87, K.T. 15.4.1975.

58 AYMK, E:1975/167, K: 1976/19, K. T. 23.3.1976.

59 AYMK, E: 1976/38, K: 1976/46, K.T. 12.10.1976.

60 AYMK, E: 1976/43, K: 1977/4, K.T. 27.1.1977.

sa'nın 137. maddesine eklenmiş olan Yüksek Savcılar Kurulu kararları aleyhine başka mercilere başvuru yasağı getiren hükmün⁶¹ iptaline karar vermiştir. Bu kararlarda yargı yolunun kapatılmasını "*hak arama özgürlüğü*"nü düzenleyen 31. ve "*yargı denetimi*" öngören 114. maddeye aykırı olarak nitelendiren Anayasa Mahkemesi, daha sonra bu aykırılığın "*insan haklarına*", "*hukuk devleti ilkesine*" ve "*eşitlik ilkesine*" aykırılık nedeniyle değişmezlik ilkesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi bu kararlarında anayasa değişikliklerini normal bir kanun gibi esas bakımından Anayasa'nın herhangi bir maddesine aykırı olup olmadığı açısından incelemiş ve bir aykırılık tespit etmesi hâlinde bu aykırılığı Cumhuriyetin nitelikleri ile ilişkilendirmiş, buradan da Anayasa'nın 9. maddesindeki değiştirilemezlik ilkesine ulaşmıştır. Nihayet bu ilke ile Anayasa değiştirme teklifi arasında son bir ilişki daha kurduktan sonra, yapılan incelemenin şekil denetimi olduğu sonucuna varmıştır. Bunun tipik bir esas denetimi olduğunda kuşku yoktur. Nitekim Mahkeme de bunu şeklin esas bakımından denetimi olarak nitelendirerek, esas denetimi yaptığını kabul etmektedir⁶².

Anayasa Mahkemesinin bu içtihadını destekleyen bazı yazarlar⁶³ olmakla birlikte, pek çok yazar Anayasa'nın metninden böyle bir çıkarım yapmanın mümkün olmadığı noktasında birleşmiştir. Mesela, Server Taninli bu dönemde Anayasa'nın 9. maddesindeki sınırlama dışında anayasa koyucunun mutlak bir takdir yetkisine sahip olduğunu belirterek, Anayasa'nın kendi içinde 155. maddede öngörülen şekle uyulmak koşuluyla her türlü değişikliğin yapılabileceğini kabul eden Anayasa'nın bazı hükümlerinin mutlak ve dondurulmuş niteliğe sahip olduğunu söylemenin pozitif bir temeli olmadığını ileri sürmüştür⁶⁴. Ayrıca yazar Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini esastan denetleyerek sonuçta iptal etmesi hâlinde asıl büyük tehlikenin Mahkemenin kurucu iktidarın da üzerinde bir güç haline gelmesi olduğunu vurgulamıştır. Anayasa değişikliklerinin nihayetinde bir siyasi tercih sorunu olduğunu belirten Taninli, bunun toplum içindeki güçler dengesi ile ilgili olduğunu ve Mahkemenin esas denetimi yoluyla bu tercihlerden birisine üstünlük tanıyarak siyasi bir güç haline geleceğini belirtmiştir⁶⁵.

61 AYMK, E: 1977/82, K: 1977/117, K.T. 27.9.1977. Mahkeme bu kararda da hem Anayasa değişikliğini, hem de 45 sayılı Yasanın 73. maddesini aynılaştırarak incelemiş ve iptallerine aynı esas dosyası üzerinden karar vermiştir.

62 Karar metninde "*esasın biçim yönünden incelenmesi*" şeklinde yer alan bu ifade için bkz., AYMK, E: 1976/38, K: 1976/46, K.T. 12.10.1976, AYMKD 14, 252 (265).

63 Yayla, Yıldızhan, "*Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü*" **Hıfzı Timur Armağanı**, (İstanbul, 1979)

64 Taninli, Server, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, 7. Bası, (Cem Yayınevi, İstanbul 1993) s.124.

65 İbid, s.125.

Başta belirttiğimiz gibi Anayasa Mahkemesine yönelik vesayet organı eleştirilerinin en önemli dayanaklarından biri, yukarıda sözü edilen kararlar olmuştur. Zira Anayasa'nın metninden çıkarılması hayli zor, hatta olanaksız bir yetkiye dayanarak anayasa değişikliklerinin iptal edilmesi, demokrasi karşıtı eleştirilerine zemin hazırlamıştır.

2. 1982 Anayasasında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi

1982 Anayasa koyucusu, Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası dönemindeki yaklaşımına tepkisini oldukça sert bir şekilde göstermiş ve bu dönemde Mahkemenin iptal ettiği değişikliklerin neredeyse tamamını istisnasız bir şekilde yeni Anayasa'ya eklemiştir⁶⁶. Diğer taraftan, Anayasa koyucu anayasa değişikliklerine ilişkin denetimi açıkça şekil denetimi ile sınırlandırmış ve şekil denetiminin kapsamını da herhangi bir kuşkuyla yer bırakmayacak bir biçimde tanımlamış ve daraltmıştır. Hem Anayasa'nın kurucu iktidar tarafından hazırlanması sırasında, hem de daha sonraki anayasa değişiklikleri sırasında, değiştirilemez hükümlerle ilgili ilkenin hayata geçirilmesi için anayasa değişikliklerinin esas yönünden de yargı denetimi kapsamına alınmasına ilişkin önerileri reddederek, bu hususun yargısal denetim konusu yapılmasını açık bir dille yasaklamıştır⁶⁷.

1982 Anayasası'nın Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen 148. maddesi, "*Anayasa Mahkemesi, ...Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler...*" "*Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır*" hükmünü içermektedir.

Aynı hüküm, 10.11.1983 tarihli, 2949 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun" un 21. maddesinin birinci fıkrasında da yer almış olup, anılan fıkra da "*Anayasa Mahkemesinin şekil bakımından*

66 Bkz, 1982 Anayasası'nın Askeri Mahkemelere ilişkin 145. maddesinde askeri mahkemelerin yapısıyla ilgili olarak çoğunluğun hakim sıfatını taşıyan kişilerden oluşması gibi bir güvenceye yer verilmediği gibi üçüncü fıkrası savaş ve sıkıyönetim hallerinde askeri mahkemelerin hangi suçlar ve kişiler bakımından yetkili olacaklarının kanun tarafından düzenleneceğini belirterek Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen hüküm bir anlamda geriye getirilmiştir. Anayasa'nın 159. maddesi HSYK kararlarını yargı denetimi dışında bırakarak Anayasa Mahkemesi kararlarını etkisiz kılmıştır. Anayasa'nın 46. maddesinde de kamulaştırmanın ancak karşılığın ödenerek yapılabileceği hükme bağlanmış, fakat gerçek karşılık ibaresine yer verilmemiştir.

67 Bkz. Danışma Meclisinde Anayasa tasarısı üzerindeki görüşmeler sırasında anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin hükmün "*sadece devlet şeklinin değişmezliği ve şekil bakımından inceler ve denetler*" şeklinde değiştirilmesini öngören bir önerge Danışma Meclisi Genel Kurulunda kabul edilmemiştir (DMTD, C. 10, s. 185 vd.). Aynı şekilde 1987 Anayasa Değişiklikleri sırasında da, değiştirilemez maddelere aykırılığın Any. Mahkemesi tarafından istişari nitelikte bir öndenetim şeklinde denetlenmesini öngören bir önerge tartışılarak reddedilmiştir (TBMMDT, Cilt 40, B. 103, s. 366-371).

denetimi kanunlarda son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı, Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususlarıyla sınırlıdır” hükmüne yer verilmiştir.

30.3.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 36. maddesinde ise “*Şekil bakımından denetim; Anayasa değişikliklerinde teklif çoğunluğuna, oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı... hususlarıyla sınırlıdır.*” düzenlemesine yer verilmiştir.

Dolayısıyla 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleyebileceğini belirtmekle kalmamış, şekil denetiminin kapsamını da sınırlandırmıştır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerinin denetiminde teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülememe şartlarına uyulup uyulmadığını dikkate alabilecektir. Anayasa Mahkemesi de kendi yetkisini 2008 yılına kadar bu doğrultuda yorumlamış ve uygulamıştır. Mahkeme 18.6.1987 tarihli kararında kendi yetkisini oldukça açık bir şekilde şöyle tanımlamıştır:

“Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasa’nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasa’nın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir”⁶⁸.

Anayasa Mahkemesi 05.07.2007⁶⁹ ve 27.11.2007⁷⁰ tarihli kararlarında da yukarıdaki yaklaşımını sürdürerek şekil denetiminin kapsamının genişletilmesine yönelik talepleri reddetmiş ve Anayasa’nın çizdiği çerçeveyi korumuştur. 5.7.2007 tarihinde verdiği ve 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkındaki Kanun’un oylamalarında eylemli içtüzük ihdası yapıldığı gerekçesiyle yapılan başvuruyu reddettiği kararında⁷¹ “*Kabul edilen yasa, Anayasa hükmü haline gelir ve esas yönünden denetimi olanaksız olup, şekil yönünden ise 148. maddede belirtilen çerçeve içinde denetlenabilir*” ifadeleriyle içtihadını daha da somutlaştırmıştır.

Ancak Mahkeme bu tutumunu 2008 yılında yapılan ve Anayasa’nın 10 ve

68 AYMK, E: 1987/9, K: 1987/15, K.T. 16.6.1987, AYMKD 23, 282 (294).

69 AYMK, E: 2007/72, K: 2007/68, K.T. 7.08.2007.

70 AYMK, E: 2007/99, K: 2007/86, K.T. 27.11.2007.

71 AYMK, E: 2007/62, K: 2007/66, K. T. 5.7.2007.

42. maddelerinde değişiklik öngören anayasa değişikliği kanununun denetimine ilişkin kararında sürdürmemiş ve 1961 Anayasası dönemindeki içtihadına geri dönerek değişiklik teklifi yetkisinin bir şekil unsuru olduğu ve Anayasa'nın değiştirilemez hükümlerine aykırı anayasa değişikliklerinin teklif edilemeyeceği gerekçesiyle anayasa değişikliklerinin değiştirilemez hükümlere aykırı olup olmayacağını denetleyebileceğine karar vermiştir. Mahkeme bu içtihadını 2010 yılında yapılan 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununa ilişkin kararında da tekrarlamıştır.

Bu değişiklikler Türk siyasi hayatı açısından oldukça ilginç hükümler içermiştir ve başta değinilen vesayetçilik tartışmaları açısından analiz yapmaya oldukça elverişli veriler sunmaktadır. 2008 değişikliklerinin özünde başörtüsü sorunu olarak tanımlanan başını örten kız öğrencilerin üniversitelere bu kıyafetleriyle girmesine ilişkin yasağın kaldırılmasının amaçlandığı görülmektedir. Bu konu Türkiye'de laiklik ilkesine verilen anlam açısından hayati önem taşıdığı gibi, çeşitli toplum kesimlerinin siyaset ve devlet içindeki konumunun tespiti açısından da turnusol görevi görmeye elverişli bir husustur. Diğer taraftan o günlerde, iki dönemdir tek başına iktidarda olan bir siyasi partiye yönelik olarak açılmış olan kapatma davasının temel dayanaklarından birisini de bu değişiklikler oluşturmuştur. Bu nedenle Mahkemenin bu davadaki yaklaşımı ve Sayın Başkanın tutumu, vesayetçilik- hukuk devletinin güvencesi olma sarkacındaki yerin tespiti açısından oldukça elverişlidir.

2010 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ise temelde HSYK ve Anayasa Mahkemesinin yapısı ve yetkileri üzerine kurgulanmıştır. Bu iki kurum da yargı vesayeti tartışmalarının odağındaki kurumlar olup, yine Mahkemenin ve Başkanın tavrı, vesayetçilik- hukuk devletinin güvencesi olma sarkacında alınan pozisyon açısından belirleyicidir.

Bu nedenle aşağıda önce Mahkemenin kararları ele alınacak daha sonra da Sayın Başkanın karşı oy gerekçeleri değerlendirilecektir. Fakat öncelikle kısaca değiştirilemez hükümlerin Anayasa içindeki yeri ve eğer varsa anayasa değişikliklerinin denetimindeki rolü üzerinde durulmalıdır.

a. Anayasa'nın Değiştirilemez Hükümleri ve Yargısal Denetim Sorunu

1982 Anayasasının 4. maddesi, ilk üç maddede yer alan hükümlerin değiştirilmesini ve değiştirilmesinin teklif edilmesini yasaklamaktadır. Bu hükmün Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasa'yı değiştirme yetkisini kullanan tali kurucu iktidar açısından bağlayıcı olduğu belirtilmelidir. Ancak değiştirilemezlik ilkesinin normatif bağlayıcılığının bulunması, acaba zorunlu olarak yargısal denetim konusu olması gerektiği anlamına gelir mi?

Sonda söylenmesi gerekeni başta ifade etmek gerekirse bu iki konu arasında zorunlu bir neden sonuç ilişkisi olduğu söylenemez. Venedik Komisyonu'nun Anayasa Değişiklikleri Hakkındaki Raporunda da açıkça belirtildiği gibi, anayasaların değiştirilemez hükümler içermesi ile anayasa değişikliklerinin değiştirilemezlik ilkesine uygunluğunun yargısal denetimi yoluyla değiştirilemezliğin hukuki yaptırıma tabi tutulması birbirinden tamamen farklı hususlardır⁷². Bu ikisi arasında ne otomatik bir ilişki, ne de zorunlu bir mantıksal gereklilik vardır. Yargısal denetim söz konusu olmasa bile, bu kuralların siyasi bir bağlayıcılığı ve sınırlayıcı etkisi bulunmaktadır.

Venedik Komisyonunun görüşüne göre değiştirilemez ilkeler, genellikle açık yaptırımla desteklenmiş emirler (hard law) niteliğinde değildir. Bu ilkelere uyulup uyulmadığı diğer pek çok siyasi içerikli sorunda olduğu gibi uygulamaya bırakılmıştır. Avrupa'nın anayasal geleneğinde temel eğilim, anayasalarda değiştirilemez ilke ya da kurallara yer verilmemesi olmakla birlikte, bu nitelikte kurallara yer veren ülkelerin çoğunda yargısal denetime yer verilmemektedir. Değiştirilemez hükümlere yer veren ülkelerin çoğunun anayasasında denetimle ilgili hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda sorun yorum yoluyla ilgili anayasal kurumlar tarafından çözümlenme yoluna gidilmektedir.

Bazı ülkelerde yargısal denetim talepleri, mahkemelerin kendilerini kurucu iktidarın üzerine yerleştiremeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Bazı ülkelerde ise teorik olarak yargısal denetim mümkün olmakla birlikte, uygulamada böyle bir denetim yapılmamıştır. Denetim yapan ülkelerde ise herhangi bir anayasa değişikliğinin değiştirilemezlik ilkesine aykırı olması nedeniyle iptal edilmesi oldukça nadirdir.

Mesela Fransız Anayasa Konseyi, Anayasada, anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin açık bir hüküm olmaması nedeniyle değişiklikleri denetleme yetkisine sahip olmadığına karar vermektedir. Konsey, kurucu iktidarın Anayasa'yı yapan organ olarak, Anayasa'nın oluşturduğu organların denetimine tabi olmasının mümkün olmadığını kararlarında açıklıkla vurgulamıştır⁷³.

Anayasasında anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmayan Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin Anayasa'nın değiştirilemez maddelerini değiştirip değiştirmediği yönünden denetim yapma yetkisinin kural olarak var olduğunu kabul etmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi çeşitli davalarda, anayasa değişikliklerinin Anayasa'nın 79. maddesine uygunluğunu denetlemiştir⁷⁴. Ancak

72 Venice Commission, Report on Constitutional Amendments (CDL-AD(2010)001), para. 225.

73 Venice Commission, CDL-AD(2010)001, para. 229.

74 1 BVerfGE 14 (1951); 3 BVerfGE 225 (1953); 4 BVerfGE 157 (1955); 30 BVerfGE 1 (1970); 34 BVerfGE 9 (1972); 84 BVerfGE 90 (1991); 87 BVerfGE 181 (1992); 89 BVerfGE 155 (1993); 94

bugüne kadar hiçbir davada anayasa değişikliğinin iptaline karar vermemiştir. 1970 tarihli kararında Anayasa'nın 79. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ilkelerin değiştirilemezliği esasının, bu ilkelerin somut uygulanmasını tali kurucu iktidarın değiştiremeyeceği anlamına gelmediğine karar vermiştir⁷⁵.

Bizim Anayasamız açısından ise durum açıktır. Anayasa'nın 4. maddesi ilk üç maddenin değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez nitelikte olduğunu hükme bağlamaktadır. Bu norm tali kurucu iktidar açısından bağlayıcı niteliktedir. Diğer taraftan Anayasa'nın 148. maddesi Anayasa Mahkemesinin "Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından" inceleyebileceğini ve denetleyebileceğini belirttiği gibi şekil denetiminin kapsamını da açıkça üç hususa inhisar ettirmiştir. Buna göre, anayasa değişikliklerinde şekil denetimi, "teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır". "Sınırlıdır" kelimesinin açıkça ifade ettiği gibi, şekil denetimi, maddede tahdidî olarak belirtilen bu üç hususun dışına teşmil edilemez⁷⁶. Anayasa'nın 148. maddesinin, yargısal denetimi tamamen şekil incelemesine özgüleyen ve şekil incelemesinin kapsamını da üç unsur ile sınırlayan düzenlemesi karşısında, Anayasa Mahkemesinin değiştirilemezliğe ilişkin bir denetim yapmasının mümkün olduğunu söylemek zor görünmektedir.

Anayasada bir kuralın bulunması kendiliğinden o kuralın yargısal denetim konusu olacağı anlamına gelmez. Nitekim Anayasa'da pek çok somut yaptırımı olmayan emredici nitelikte hüküm bulunmaktadır. Bu hükümlerden bir kısmı yasama organına, bir kısmı yürütme organına bir kısmı ise yargı organına, özellikle de Anayasa Mahkemesine hitap eden hükümlerdir. Anayasa'nın 4. maddesi de tali kurucu iktidar olarak yasama organına hitap eden bir hükümdür⁷⁷. Dolayısıyla yukarıda belirtildiği gibi, Anayasa'nın 4. maddesinin tali kurucu iktidar açısından normatif bağlayıcılığı kendiliğinden zorunlu olarak bunun yargı denetimi konusu olacağı anlamına gelmemektedir. Genellikle değiştirilemezlikle ilgili bazı uç örnekler verilerek değiştirilemez

BVerfGE 12 (1996); 94 BVerfGE 49 (1996); 95 BVerfGE 48 (1996); 102 BVerfGE 370 (2000); 109 BVerfGE 279 (2004); 113 BVerfGE 273 (2005).

75 Bkz. 30 BVerfGE 1 (1970), Federal Anayasa Mahkemesine göre, "Anayasayı değiştiren yasama organını sınırlandıran 79. maddenin üçüncü fıkrasının amacı bir taraftan mevcut Anayasal düzenin temelini anayasa değişikliği yoluyla ortadan kaldırılmasını engellemek, diğer taraftan da totaliter bir rejimi meşrulaştırmak için Anayasa'nın kullanılmasını engellemektir. Bu nedenle bu hüküm belirtilen ilkelerin temelli ortadan kaldırılmasını yasaklamaktadır. Bu ilkelerin genel olarak dikkate alınmaları ve açık bir şekilde kendini gösteren gerekliliklere dayalı olarak değiştirilmeleri halinde, baştan itibaren ilke olarak etkilendikleri söylenemez. ... Bu nedenle yasama organının Anayasa'yı değiştirme yetkisi üzerindeki kısıtlama, yasama organının sisteme uygun bir şekilde anayasa değişiklikleri yoluyla temel anayasal ilkeleri dahi değiştirmesine engel olmamalıdır."

76 Ergun Özbudun, "Yorum: Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi", *Zaman*, 8.5.2008

77 Çoban, s. 305 vd.

hükümlerden birisinin değiştirilmesi hâlinde bunun denetlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak bütün yetkilerin kaynağı Anayasa olduğuna göre, Anayasa'nın Anayasa Mahkemesine vermediği, aksine yasakladığı bir yetki Parlamentonun Anayasa'ya aykırı bir işlemi nedeniyle kendiliğinden doğmaz. Her türlü Anayasa'ya aykırılık Anayasa Mahkemesinin doğal yetki alanına girmez. Mesela Anayasa'nın 175. maddesindeki teklif ve kabul çoğunluklarına uyulmaksızın kabul edilen bir Anayasa değişikliği hakkında Resmî Gazete'de yayımından itibaren 10 gün içinde dava açılmazsa, Anayasa Mahkemesinin kendiliğinden harekete geçerek denetim yapması gerektiği söylenemez. Nitekim bazı yazarlar tarafından Anayasa'nın 2. maddesinde yapılan atıf nedeniyle değiştirilemez hükümler arasında olduğu ileri sürülen Anayasa'nın Başlangıcında, 1995 ve 2001 yıllarında iki kez değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikler aleyhine dava açılmadığı için Anayasa Mahkemesi inceleme yapmamış ve bu değişiklikler geçerlilik kazanmış olup, belirtilen örnekler değiştirilemezlikle ilgili hükümlerin bağlayıcılığının siyasal karakterini göstermektedir.

b. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde, 2008 yılına kadar anayasa değişiklikleriyle ilgili olarak kendi yetkisinin yalnızca şekil denetimiyle sınırlı olduğunu kabul etmekle birlikte, 2008 ve 2010 yıllarında yapılan anayasa değişiklikleri aleyhine yapılan başvurularda 1961 Anayasası dönemindeki içtihadına benzer bir şekilde, bir anayasa değişikliğinin değiştirilemez hükümlere aykırı olup olmadığını denetlemenin şekil denetimi kapsamında olduğuna karar vermiştir.

Bu kapsamda Mahkeme, 2008 yılında 5735 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişiklikleri Anayasa'nın değiştirilemez niteликтteki 2. maddesinde yer alan laiklik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme bu kararında, Anayasa'yı değiştirme yetkisinin 175. maddeye uygun olabilmesi için öncelikle kendisine izin verilen bir alanda kullanılmış olması gerektiğini belirterek 4. madde ile yasaklanan bir alanda kullanılan yetkinin 175. maddeye aykırı olacağı sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle Mahkemeye göre 175. maddeye uygun bir tekliften söz edebilmek için, öncelikle geçerli bir teklifin bulunması gerekir. Geçerli teklif koşulu ise 148. maddede belirtilen denetlenebilir şekil koşulları arasında olduğundan Mahkemenin bir teklifin 4. maddeye uygun olup olmadığını denetleme yetkisi bulunmaktadır.

Mahkeme bu sonuca şu şekilde ulaşmıştır: *“Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasa'yı değiştirme yetkisi TBMM'ne tanınmıştır. Kaynağı Anayasa olan bu yetkinin Anayasa'nın öngördüğü yöntemlerle ve Anayasa'ya uygun olarak kullanılacağı*

Haşim Kılıç'a Armağan

kuşkusuzdur. Yasama organı bu yetkisini 175. maddede belirtilen yöntemle kullanırken, yetkinin her şeyden önce asli kurucu iktidar tarafından kullanılmasına izin verilen bir yetki olması gerektiği açıktır.

Anayasa'nın 4. maddesinde "Anayasa'nın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" denilmek suretiyle, 175. maddede belirlenen yetkinin kullanılamayacağı, kullanılsa dahi hukuken geçerli olamayacağı alanlar açıkça belirlenmiştir.

Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilecek bir Anayasa değişikliği hukuken geçerli olamayacağı gibi, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından, yetkisiz olduğu bir alanda yasama faaliyetine hukuksal geçerlilik tanımak da mümkün değildir.

Anayasa değişikliklerinin yukarıda belirtilen Anayasa normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasa'nın ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerekir. Bu çerçevede Anayasa'nın yetki normu olan 175. maddesi, bu yetkinin sınırını çizen 4. maddesi ve bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının hukuksal müeyyidesini belirleme yetkisini öngören 148. maddesinin birlikte değerlendirilmesi zorunludur.

Anayasa'nın 175. maddesine göre kullanılacak Anayasa'yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa'nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, teklif ve oylama çoğunluğuna uyularak ve nihayetinde ivedi görüşme yasağı ihlal edilmeden kullanılmış olması gerekir. Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle etkin kılınmasının gerekçesi olamaz. Zira kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır.

Anayasa'nın 148 inci maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin "teklif ... şartına uyulup uyulmadığı" hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hükmü, yukarıdaki açıklamalar ışığında, "geçerli teklif" koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içerir.

Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahip-

tir. Bu durumda Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.

Dolayısıyla Anayasa'nın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesi'nin, 5735 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'ya uygunluğunu inceleyebileceğinin ve söz konusu maddelerin Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerini değiştiren hükümlerinin Cumhuriyetin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen niteliklerine aykırı olup olmadığı, aykırı olduğuna karar vermesi hâlinde bu hükümleri Anayasa'nın 4. maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğinin kabulü gerekir.”⁷⁸

Görüldüğü gibi Mahkeme 1961 Anayasası döneminde kullandığı argümanları bu kararda neredeyse aynı şekilde tekrarlamıştır. Sadece Anayasa'nın 148. maddesinde şekil denetiminin içeriğini belirleyen hükme uyum sağlama kaygısıyla kuralda geçen “teklif” kavramını “teklif yetkisi” şekline dönüştürerek, bir anayasa değişikliği teklifinin geçerli olabilmesi için değiştirilemez nitelikteki kurallara ilişkin olmaması, hatta bu kurallara aykırı olmaması gerektiğine hükmederek bütün anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleme yetkisine sahip olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme her ne kadar bu şekilde yapılan denetimi esas denetimi olarak nitelendirmemiş ise de söz konusu uygulamanın bir esas denetimi olduğunda kuşku yoktur. Mahkeme aynı yaklaşımı 2010 yılında 5982 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler aleyhine açılan iptal davasında da sürdürmüştür.

Sayın Başkan Mahkemenin bu yaklaşımını benimsememiş ve her iki kararda da karşı oy kullanmıştır. Aşağıda Sayın Başkanın karşı oy gerekçeleri incelenecektir.

D. SAYIN HAŞİM KILIÇ'IN KARŞI OY GEREKÇELERİ

Sayın Başkan diğer üye Sacit Adalı ile birlikte 2008 yılında verilen karara katılmamış ve karşı oy kullanmıştır. Sayın Kılıç'ın karşı oyu iki bölümden oluşmaktadır. Usul yönünden başlıklı ilk bölümde Mahkemenin niçin esas bakımından denetim yapamayacağı açıklanmaktadır. Esas yönünden başlık-

78 AYMK, E: 2008/16, K:2008/116, K.T. 5.7.2008.

lı ikinci bölümde ise yapılan değişikliğin niçin Anayasa'ya aykırı olmadığı açıklanmaktadır. Öncelikle usule ilişkin gerekçeler üzerinde durulacaktır. Oldukça uzun olan bu bölüm fikir akışındaki ahengin bozulmaması amacıyla olduğu gibi aşağıya alınmıştır. İleri sürülen fikirlerin değerlendirilmesi alıntıyı takip etmektedir.

1. Usule İlişkin Gerekçeler

Karşı oyun ilk bölümü şu şekildedir:

“9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Yasa ile Anayasa’nın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan bu değişiklik, Anayasa Mahkemesi’nce şekil denetiminden yola çıkılarak esaslı denetlenmek suretiyle incelenmiş ve iptal edilmiştir. Anayasa’nın 148. maddesinden yetki türetilerek işin esas denetimi yapılmıştır.

Çoğunluk, Anayasa değişikliklerinde “teklif edilebilir nitelikte bir Anayasa kuralının var olması” gerektiğini teklif çoğunluğundan önce aranan bir şart olarak kabul etmekte, teklif edilebilir nitelikte olup olmadığını da işin esasına girerek tespit etmektedir. Başka bir anlatımla Anayasa değişikliklerinin, Anayasal normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasa’nın ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerektiği, bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının müeyyidesinin 148. maddede öngörüldüğü belirtilmektedir.

Yine çoğunluğa göre, Anayasa’nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişiklik Anayasa’nın değiştirilemez ya da değiştirilmesi teklif edilemez olan Cumhuriyetin niteliklerini dolaylı olarak değiştirmekte ya da işlevsiz hâle getirmektedir.

Anayasa’nın 148. maddesi, Anayasa değişikliklerinin denetlenmesine ilişkin tek Anayasa kuralıdır. Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkilerine ilişkin başkaca hiçbir maddede buna ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Buna göre, Anayasa değişikliklerinin esastan denetim sonucunu doğuracak bir incelemeye tabi tutulması mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasası döneminde verdiği tüm kararlarında esas denetimin olanaksızlığını vurgulamıştır.

Şekil denetimi ise “teklif çoğunluğu” ve “oylama çoğunluğu”nun bulunup bulunmadığı “ivedilikle görüşülemeyeceği” şartına uyulup uyulmadığıyla sınırlı olarak yapılan bir denetimdir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi E.2007/72, K.2007/68 sayılı kararında aynen: “... Kabul edilen yasa, Anayasa hükmü haline gelir ve esas yönünden denetimi olanaksız olup, şekil yönünden ise 148. maddede belirtilen çerçeve içinde denetlenebilir. Yapılacak iptal başvurusu, yasalar ve içtüzük yönünden altmış gün, şekil yönünden ise on günle sınırlı tutulmuştur. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, olağan yasalar ve içtüzük değişikliklerinde salt çoğunlukla karar verebilirken, Anayasa değişikliklerinde iptal-

le karar verebilmesi nitelikli çoğunluk koşuluna bağlanmıştır.” Bir önceki kararda da “Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesi-ne tanınan denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmıştır. Esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır.” ifadeleriyle hukuksal durumu somutlaştırmıştır.

Anayasa’nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesi’nin 1982 sonrasında verdiği kararlarına rağmen, Mahkememiz 148. maddeye ek yaparak yeni bir şekil şartı öngörmüş ve buradan açtığı yolla Anayasa değişikliklerini esastan incelemiştir.

Çoğunluk görüşünde; asli kurucu iktidarın önceki Anayasalarla bağlı olmaksızın yarattığı yeni Anayasa, temel düzen normu haline geldiği andan itibaren, tüm Anayasal kurum ve kuruluşların meşruiyetlerinin dayanağı haline geldiği, Anayasa’nın öngördüğü ve öğretide kurulu iktidar olarak tanımlanan yasama, yürütme, yargı organları ile bunların alt birimlerinin asli kurucu iktidarın yarattığı “hukuksal otorite”nin sınırları içinde hareket etmelerinin, işlem ve eylemlerinin hukuksal geçerlilik kazanabilmesinin ön koşulu olduğu, Anayasa’nın 6. maddesinde “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” dendiği, kurulu bir organ olarak yasama organının da sistem dışı yetki kullanımının hukuksal açıdan geçerli olmayacağına kabulü gerektiği belirtilmiştir. Ancak bunun yasama organı gibi “kurulu” bir iktidar olan Anayasa Mahkemesi için de evleviyetle geçerli olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Anayasa’nın 6. maddesinde hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir yetki kullanamayacağı ifade edilirken veya 11. madde uyarınca Anayasa kurallarının yasama, yürütme ve yargı organları ile tüm idare makamlarını bağlayıcı temel kurallar olduğu belirtilirken, Anayasa Mahkemesi bunlardan istisna edilmemiştir. Bir denetim organı olarak da Anayasa Mahkemesi ulusun onayladığı Anayasa’nın somut kuralları çerçevesinde kurulmuş, Anayasa’ya ve ulusa karşı sorumluluk bilinci içinde görev yapmak zorunda olan bir Anayasal organdır. Anayasa’nın çizdiği sınırlar içinde yetki kullanması, Anayasa Mahkemesi’nin kararlarının da hukuksal açıdan geçerli olmasının önkoşuludur. Anayasa koyucunun öngördüğü hukuk devleti ilkesi, yalnızca hukuk kuralı koyan iktidarların değil, bu kuralları uygulayan ve yorumlayan kurumların da Anayasal çerçeve içinde kalmaları gerektiğini göstermektedir.

Bir denetim organı olan Anayasa Mahkemesi’nin, hukuk dışına çıktığı iddia edilen otoriteleri denetlerken, bu denetiminin hukuka uygunluğu konusunda tüm kuşkulardan arınma zorunluluğu vardır. Anayasal sınırları aşarak denetime başladığı yerde, denetlenen otoritelerden herhangi bir farkı kalmaz. Hukuk düzeni dışına çıkan otoriteyle aynı kaderi paylaşmaktan kurtulamaz. Denetimin meşruiyeti denetleyen organın hukuksal meşruiyet sınırları içinde hareket etmesine bağlıdır.

Çoğunluk, Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasa'yı değiştirme yetkisinin TBMM'ne tanındığını, kaynağı Anayasa olan bu yetkinin Anayasa'nın öngördüğü yöntemlerle ve Anayasa'ya uygun olarak kullanılacağını kabul etmektedir. Ayrıca bir yetki sorununu öne çıkararak, yetkinin geçerliliğini asli kurucu iktidar tarafından izin verilen bir alanda kullanılmasına bağlayarak, Anayasa değişikliklerinin sıradan bir yasa gibi denetlenebileceğini düşünmektedir. Bu düşünceye katılmak olanaksızdır. Anayasa'nın Anayasa'yı değiştirme yetkisine çizdiği sınırlar, hiçbir yoruma gerek duyulmayacak açıktır. Bunlar ilk üç maddenin değiştirilemezliği ile değişikliğin 175. maddede belirtilen usullerle yapılması zorunluluğu olarak belirlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'ya uygun olarak kullanılacak bu yetkinin, Anayasa'nın ilk üç maddesi dışındaki her maddede değişiklik yapma olanağı verdiği açıktır. Kurucu iktidar yetkisini daraltacak olan, ancak ve ancak yine bir kurucu iktidar olabilir. Anayasa Mahkemesi'nin ise kurucu iktidarın çizdiği hukuksal sınırlar dışına çıkması durumunda kurucu iktidar yerine geçeceği kaçınılmazdır.

Çoğunluk görüşü, kurucu iktidar ile ilgili isabetli açıklamaların ardından vahim bir hataya düşmekte, kanun yapan yasama organı ile Anayasa'yı değiştiren tali kurucu iktidar arasındaki farkı görmezden gelmektedir. Aynı organ tarafından gerçekleştirilmiş olmakla birlikte ikisinin hem nicelik, hem de nitelik olarak birbirinden farklı bir işlevi olduğu, Anayasa hukukunun temel bilgilerindendir. Yasama ve Anayasa'yı değiştirme işlevi TBMM tarafından yerine getirilirken, ilki Anayasa'nın 96. maddesi uyarınca Anayasa'nın hiçbir maddesine aykırı olmamak koşuluyla basit çoğunlukla ve Anayasal değer ve etkisi bulunmayan "yasa" koyma işlevi iken, diğeri Anayasa'nın yalnızca ilk üç maddesini değiştirmemek koşuluyla, nitelikli çoğunlukla ve Anayasal değer ve etkisi olan Anayasa Mahkemesi dahil tüm kurum ve kuruluşları bağlayıcı "Anayasayı değiştirme" işlevidir.

Bu gerçeğe karşın, yapılan Anayasa değişikliğinin iptal edilmesinin olağan bir yasanın iptalinden hiçbir farkı kalmamıştır. Demokratik bir ülkede, hukuksal değerlendirmelerin dayanağı varsayımlar veya öznel kabuller değil, demokratik süreçlerin ürünü olan hukuk kurallarıdır. 1982 Anayasası'nın önceki tecrübeler nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin esas denetim yetkisini yasaklayıp, şekli denetim yetkisini çok daha ileri bir düzeyde sınırladığı ortada iken, adeta bu süreç hiç yaşanmamış gibi, şekil denetiminin 1970'li yıllarda yapıldığı gibi, başka adlar altında yeniden devreye sokulmasının meşru bir temeli bulunmamaktadır. Sosyal ve siyasal yaşamın dinamizmine uyum sağlamak amacıyla Anayasa'nın bütünlüğünü oluşturan normları değiştirmek suretiyle Anayasal düzende dönüşümlere ve değişikliklere her zaman gidilebilir. Anayasal normlar arasında hiyerarşik bir ilişki kurulamaz. Anayasa'nın 2. maddesindeki soyut niteliklerin somutlaştırılması diğer maddelerdeki düzenlemelerle mümkündür. İlkelere, bu somut düzenlemelerle anlam kazandırılarak bütünlük sağlanır. Başka bir anlatımla ilk üç maddenin dışındaki maddelerle değiştirilemez hükümlere dinamik bir yapı kazandırılarak siyasal yapının temel tercihlerinin meşruiyet temelleri gün-

celleştirilmiş olur. Değiştirilemez kurallar dinamik bir dönüşüme tabi tutulmadığı takdirde tıkanan hukuksal yollar nedeniyle demokrasi dışı girişimlerin gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Çoğunluk görüşü, Anayasa'nın gelecek kuşakların sorunlarına cevap verme olanağını ortadan kaldırmakla, esasen kendisi değiştirilemez hükümleri işlevsiz hâle getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde Anayasa değişikliklerini iptal etmesi üzerine, 1971 Anayasa değişikliklerinde Anayasa koyucu, bu durumu, "kaynağını Anayasadan almayan bir yetki kullanımı" olarak nitelemiş ve denetimin yalnızca biçimsel unsurlar bakımında yapılabileceğini kabul etmiştir. Elbette yapılan incelemede söz konusu iradenin Anayasa koyucu iradesi olduğu saptandığı andan itibaren, tüm kurulu iktidarları bağlayan niteliğiyle bunun esastan denetime tabi tutulması mümkün değildir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin 1975 yılından başlayarak Anayasa değişikliklerinin esas denetimini "biçimin esas yönünden incelenmesi" adı altında sürdürmesinin ardından, 1982 Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisi 1971 Anayasası'nda öngörülenden öte sınırlamaya tabi tutulmuştur. 1982 Anayasası'nın 148. maddesinde Anayasa Mahkemesinin yalnızca biçim denetimi yapabileceği bu denetimin ise (a) teklif çoğunlu, (b) oylama çoğunluğu ve (c) ivedilikle görüşülme koşulu-na uyulup uyulmadığı hususlarıyla sınırlı olduğu hiçbir farklı yoruma elvermeyecek açıklikta vurgulanmıştır. Bu düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nin esas denetimini hangi ad altında olursa olsun yapmasını engellemek amacıyla kabul edildiği Danışma Meclisi tutanaklarında yer almaktadır.

Nitekim 1982 Anayasası'nın hazırlanması sırasında Danışma Meclisi'nde Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisine ilişkin maddesinin "Anayasa değişikliklerini ise sadece devlet şeklinin değişmezliği ve şekil bakımından inceler ve denetler" biçiminde değiştirilmesine yönelik önerge verilmiş, " ...Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu ve bunun değiştirilemeyeceği ilkesinin de Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulması yararlı olacaktır. Aksi halde bunun bir müeyyidesi olmaz" ifadeleriyle gerekçelendirilmiş, ancak, "Eğer devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu yolundaki hüküm değiştirilirse, o zaman buna kim mani olacak" sorusuna cevap veren bu önerge reddedilmiştir. Anayasa Komisyonu başkanı ret gerekçesi olarak da "Sayın Genç arkadaşımız müsterih olsunlar, biz kırkbeş milyon buna karşı koyarız" ifadelerini kullanmıştır.

Kuşkusuz bu yaklaşım, halk temsilcilerine isnat edilecek bir keyfilik karşısında duyulan çaresizliğin değil, Türk halkının demokratik seçimler sonucunda belirlediği temsilcilerinin nitelikli çoğunluğunun demokrasi dışı bir talep ekseninde uzlaşmaya yacağına yönelik derin bir inançtan beslenen saygının ifadesidir. Nitekim 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana yapılan tüm Anayasa değişikliklerine bakıldığında Türk halkının tercihinin daima demokrasinin geliştirilmesi ve özgürlük

Haşim Kılıç'a Armağan

alanlarının genişletilmesi yönünde olduğu görülecektir. Bu da Türk halkının ve onun demokratik temsilcilerinin özgür iradeleriyle demokrasi dışı ve özgürlük karşıtı bir talep üzerine uzlaşmayacağı kanıtlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin sınırlı sayıdaki üç husus dışında herhangi bir denetim yetkisinin bulunmadığı bu tarihi gelişmelerden de açıkça anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 4. maddesinde ilk üç maddenin değiştirilmesi ya da değiştirilmesinin teklif edilmesi yasaklanmıştır. Anayasa'nın 11. maddesinde yasakların Anayasa'ya aykırı olamayacağı belirtilmiş olmasına karşın, Anayasa değişikliklerinin ilk üç maddeye aykırı olamayacağına ilişkin herhangi bir kural öngörülmemiştir.

Anayasa'da değişiklik yapma yetkisi tali kurucu iktidar sıfatıyla TBMM'ne verilmiştir. Bu yetki kullanılırken, yetkinin asli sahibi olan halk karşısında azami sorumluluk gereği halkın inanç, din, cinsiyet veya etnik köken değerlerinde bir ayrıma gidilmeksizin yerine getirilmek zorunluluğu vardır. Yapılan Anayasa değişikliklerinde parlamentonun (5/3, 2/3) şeklindeki çoğunluk koşulu aranmasına rağmen, aşırı faraziye örnek gösterilip TBMM'ne duyulan güvensizlik üzerine yorumlar yapılarak kararlar kurgulanamaz.

Her biri diğerinden farklı, çok yönlü talepleri bulunan bireylerin oluşturduğu ulusun ve onların demokratik temsilcilerinin büyük bir çoğunluğunun demokrasi dışı bir talep ekseninde birleşmesi muhtemel görülecekse, bu ihtimalin Egemenlik yetkisi kullanan diğer kurum mensupları yönünden de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Anayasal demokrasilerde egemenliği kullanma yetkisi farklı organlar arasında paylaştırılmış, ancak Anayasa'da bunlara gerekli sınırlar öngörülmüştür. Anayasal değerleri koruma adına değişikliklerin esastan denetimine olanak tanınması Erk'ler arası dengenin bozulmasına ve bir vesayetin doğması sonucuna yol açması kaçınılmazdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan adalet anlayışı, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik, sosyal, hukuk devleti gibi niteliklerin Anayasa'nın 2. madde dışındaki tüm maddeleri ile yakından ilgisi olan kavramlar olduğu açıktır. Çoğunluk görüşündeki kurgu'dan hareket edilirse yapılabilecek her türlü Anayasa değişikliğinin belirtilen niteliklerle ilgisi nedeniyle onları başkalaştırdığı, içini boşalttığı, işlevsiz kıldığı gibi hiçbir ölçüsü olmayan gerekçelerle Anayasa Mahkemesi'nin esas denetimine konu olacağı tartışmasız bir gerçektir. Bu sonuç, halka ait Kurucululuk yetkisinin üstlenilmesi yine halka ait olan egemenlik yetkisinin göz ardı edilmesidir. Anayasa Mahkemesi kendi sınırlarını genişletmiş tali kurucu iktidar yetkisini ise oldukça sınırlamıştır. Oysa, idari işlem, düzenleyici işlem, yasama tasarrufu biçimindeki normlar hiyerarşisine uygun olarak yukarı çıkıldıkça, işlem sahibi iradenin takdir yetkisi genişlemekte, buna bağlı olarak denetim alanı da daralmaktadır. Bu, arkalarındaki demokratik meşruiyetin genişlemesiyle de açıklanabilir. Bu nedenle Anayasa değişikliklerinin denetiminde kurucu iktidarın takdir yetkisinin ileri düzeyde geniş, denetim organı-

nın ise ileri düzeyde sınırlı olması beklenir ki, 1982 Anayasasının üzerine kurulduğu sistemde buna işaret etmektedir. Çoğunluk görüşü bu ilişkiyi tersine çevirerek siyasal işleyişi yargı vesayetine bağlayarak ciddi bir sorun yaratmıştır.

Anayasa koyucunun tarihsel deneyimlere dayanan açık tercihi karşısında çoğunluğun “içerik yönünden” veya “esasın biçim yönünden incelenmesi” tarzındaki usullerle ulaşmaya çalışılan sonucun, mantıken doğru kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü başlık altında yapılan inceleme, yapılan Anayasa değişikliğinin anlam ve kapsamını belirledikten sonra, bunun Anayasa’nın 2. maddesindeki ilkelere aykırı olduğunu tespitten ibarettir. Esas denetim de zaten bundan başka bir şey değildir. Dolayısıyla Kurucu İktidar Anayasa Mahkemesine esas denetim yetkisi vermiş olsaydı, zaten bundan farklı bir sonuç ortaya çıkmayacaktı. Bu durumda “1982 Anayasası Anayasa Mahkemesine neyi yasakladı” sorusu cevapsız kalmaya mahkum olmaktadır.

Bu nedenlerle söz konusu denetimin Anayasal dayanağı yoktur.”

Görüldüğü gibi Sayın Kılıç’ın uzun sayılabilecek karşı oy gerekçesinde; öncelikle (a) çoğunluğun kararının bir esas denetimi olduğunun altı çizilmektedir. Akabinde (b) Anayasa’nın Mahkemeye anayasa değişikliklerini esastan denetleme yetkisi vermediği, Mahkemenin içtihadı ve anayasa yapım sürecindeki tartışmalara da vurgu yapılarak ortaya konulmaktadır. (c) Buna bağlı olarak da çoğunluğun, değişikliklerin esasını denetleme yetkisini meşrulaştırabilmek amacıyla 148. maddede yer almayan bir denetim konusunu; “*değişiklik yapma yetkisi*” ni bu maddeye yorum yoluyla eklediği vurgulanmaktadır. (ç) Bundan sonra bütün yetkilerin anayasadan kaynaklandığı hatırlatılarak, Anayasa’nın 6. ve 11. maddelerinin Anayasa Mahkemesini evleviyetle bağladığı belirtilmekte ve mahkemenin kendi yetkisini aşarak, tali kurucu iktidarın yetkisini aştığına ilişkin tespitindeki çelişkiye vurgu yapılmaktadır. (d) Ayrıca çoğunluk görüşünde tali kurucu iktidar yetkisi ile yasama yetkisi arasındaki farkın göz ardı edildiği ve anayasa değişikliğinin bir yasama işlemi olarak nitelendiği eleştirisi yapılmaktadır. (e) Anayasa’nın 4. maddesindeki değiştirilemez ilkelerin ilk üç maddeye münhasır olduğu, dolaylı etki gerekçesiyle Anayasa’nın tümüne ilişkin değişikliklerin bu kapsama alınmasının anayasa uygun olmadığı ifade edilmektedir. (f) Buna bağlı olarak Anayasa’nın maddeleri arasında bir hiyerarşi olmadığı vurgulanmaktadır. (g) Mahkemenin yaklaşımının anayasa değişikliğini zorlaştırdığı ve toplumsal değişim dinamiklerini tıkayıcı bir işlev gördüğü belirtilerek toplumsal çoğulculuğa ve değişime açık olmanın Anayasa’nın ömrünü artıracığına vurgu yapılarak, (h) tali kurucu iktidara, dolayısıyla topluma duyulan kuşkunun geçersiz olduğu, aynı kuşkuların diğer kurumlar özellikle de mahkemenin kendisi için geçerli olduğuna işaret edilmektedir. (i) Her anayasa değişikliğinin dolaylı olarak değiştirilemez hükümleri etkileyebileceği gerekçesiyle esas denetimi konusu

yapılmasının kurucu yetkinin mahkeme tarafından üstlenilmesi anlamına geleceği ve egemenliğin göz ardı edilmesi sonucunu doğuracağına işaret edilmektedir. (j) Son olarak verilen karar ile, tali kurucu iktidarın takdir alanının çok daraltıldığı, buna karşılık Anayasa Mahkemesinin denetim alanının genişletildiği, oysa tam aksine demokratik meşruiyet arttıkça takdir yetkisinin artması gerektiği ve buna bağlı olarak da denetim alanının daralacağına vurgu yapılmaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi söz konusu değişikliğin kız öğrencilerin üniversitelerde başlarını örtmelerine imkan tanımayı amaçladığı ve Parlamentoda üç partinin desteğiyle meclis üye tamsayısının 4/5'inden fazla (411/550) bir oyla kabul edildiği dikkate alındığında karşı oy gerekçesinde dile getirilen hususların siyasal bağlamı da ortaya çıkmaktadır. Bu gerekçede iki temel hususa vurgu yapıldığı görülmektedir. İlki anayasa metnine bağlılık olup, metne bağlılık meşruiyetin temel kaynağıdır. İkincisi ise toplumsal değişime açıklık ve demokratik meşruiyet vurgusudur. Yani Mahkemenin yetkilerini anayasa metniyle bağlı olarak kullanması zorunluluğuna ve demokratik meşruiyeti geniş siyasal kararlara ilişkin olarak Mahkemenin denetim alanının sınırlılığına yapılan vurgu, Mahkemeyi anayasal demokrasinin güvencesi konumunda tutma kaygısına işaret etmektedir.

Mahkeme yukarıdaki yaklaşımını 2010 yılında 5982 sayılı Kanun'la yapılan anayasa değişikliklerinin Anayasa'nın 4. maddesinde öngörülen değiştirilemez hükümlere aykırılığı gerekçesiyle yapılan başvuruya ilişkin kararında da tekrarlamıştır. Karar gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda, Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.

Anayasa'nın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır. Anayasa değişikliklerinin içerik yönünden denetimi, değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez ilkelerin doğrudan ya da dolaylı olarak ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı veya içeriklerinin boşaltılarak anlamsız hâle getirilip getirilmediğine yönelik ve bununla sınırlı bir denetim olması

gerekir.

Açıklanan nedenlerle Anayasa Mahkemesinin, 5982 sayılı Kanun'un 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddeleriyle Anayasa'da yapılan değişikliklerin, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini değiştiren ya da etkisizleştirerek anlamsızlaştıran bir nitelik taşıyıp taşımadığını inceleyebileceğinin ve bu nitelikte olduğuna karar vermesi hâlinde bu hükümleri Anayasa'nın 4. maddesindeki teklif yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğinin kabulü gerekir.”⁷⁹

Sayın Başkan diğer bazı üyelerle birlikte bu karara da katılmamış ve karşı oy kullanmıştır. Ancak buradaki karşı oy yalnızca usule ilişkin olup esas bakımından karşı oy kullanmamıştır. Diğer taraftan bu kararda denetim zamanı sorunu da olmasına rağmen Sayın Kılıç bu konuda da karşı oy kullanmamıştır. Karşı oy gerekçesi hemen hemen 2008 yılında yazılan gerekçenin usul yönünün aynısıdır. O nedenle metnin yeniden burada tekrarlanmasına gerek görülmemiştir. Ancak Sayın Başkan karşı oy gerekçesinin başına bir cümlelik bir özet eklemiş olup, ilgili kısım şu şekildedir: “Özet: Halkın oyuna sunulan bir Anayasa değişikliğinin esas denetimini ancak Millet yapar”.

Aslına bakılırsa bu özetten Sayın Başkanın halkoyuna sunulan bir anayasa değişikliği teklifinin hiç denetlenemeyeceğini savunduğu izlenimi edinilmektedir. Oysa ilk inceleme aşamasında iki üye tarafından savunulan halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazete’de yayınlanan anayasa değişikliği kanununun henüz yasalaşmadığı dolayısıyla bu aşamada denetlenemeyeceği yönündeki görüşe Sayın Başkan katılmamıştır. Aşağıda bu konunun biraz detaylı tartışılması amaçlanmaktadır. Ancak önce usul ve esas bakımından birkaç hususun vurgulanması gerekmektedir. Usul bakımından yukarıda yapılan değerlendirmeler Mahkemenin ve Sayın Başkanın bu karardaki tutumu açısından aynen geçerlidir. Hem Mahkeme çoğunluğu görüşü önemli ölçüde 2008 kararının tekrarından ibarettir, hem de Sayın Başkanın karşı oy gerekçeleri belirtilen karardakiler ile aynıdır. Bu nedenle pozisyonlarda bir değişiklik bulunmamaktadır. Ancak bu kararda esas denetimine (her ne kadar mahkeme buna şekil denetimi dese de) geçiş aşamasında yapılan oylamada muhalif üyelerin sayısı biraz artmıştır. Kararda üç karşı oy bir de farklı oy gerekçesi bulunmaktadır. Sayın Başkanın yanı sıra üyeler Engin Yıldırım ve Nuri Nicipoğlu karşıoy kullanırken üye Serruh Kaleli Farklı oy gerekçesi yazmıştır.

Sayın Başkanın usul yönünden belirttiği karşı oy gerekçelerinin büyük çoğunluğuna katıldığımızı belirtmek gerekir. Sayın Başkanın ilk tespiti ve eleştirisi, yapılanın bir esas denetimi olduğu ve Anayasa’nın Mahkemeye böyle bir yetki vermediği hususudur (**Esas denetimi yapıldığı tezi**). Anayasa’nın 4. maddesindeki değiştirilemezlik ilkesi “neyin” değiştirilemez olduğuna iliş-

79 AYMK, E.2010/49, K.2010/87, K.T. 7.7.2010.

kin bir düzenleme olup, maddi (içeriksel) bir sınırlama öngörmektedir. Dolayısıyla değiştirilemezlik kuralı Anayasa'nın nasıl değiştirileceğine ilişkin şekli bir sınırlama getirmemektedir. O nedenle Anayasa'nın 148. maddesinde düzenlenen şekil unsurları, Anayasada neyin değiştirilemeyeceğine ilişkin 4. madde ile ilgili değil, Anayasa'nın nasıl değiştirileceğini düzenleyen 175. madde ile ilgilidir⁸⁰. Bu yönüyle, Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasındaki “Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil yönünden inceler ve denetler” ibaresi, ikinci fıkradaki “Anayasa değişikliklerinde ise teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır” hükmündeki “teklif” kelimesinin Anayasa'nın 4. maddesi ile ilişkilendirilmesine engeldir. Zira buradaki unsurlar içerikle değil, şekil ile ilgilidir. Anayasa'nın 4. maddesi tekliften söz etmekle birlikte, teklifin şekline, yani nasıl yapılacağına değil, teklifin içeriğine, yani neyin teklif edilemeyeceğine ilişkin bir düzenlemedir. Dolayısıyla Mahkemenin bu kararlarda yaptığı denetimin esas denetimi olduğunda kuşku yoktur.

Sayın Başkanın karşı oy gerekçelerinde ileri sürdüğü eleştirilerden birisi de çoğunluk kararı ile, 148. maddeye metninde olmayan bir eklemenin yapıldığı görüşüdür (148. maddeye ekleme yapıldığı görüşü). Zira Anayasa Mahkemesi bu kararlarda öncelikle teklif çoğunluğu kavramının teklif yetkisini de kapsayacağı yorumunu yapmıştır. Ancak Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan “teklif çoğunluğu” kavramının “teklif konusu” ile herhangi bir ilişkisi bulunmamaktadır. Teklif çoğunluğu Anayasa'nın 175. maddesinde belirtilen TBMM üye tamsayısının 1/3'üne denk gelen 184 sayısını göstermektedir. Şekil denetiminin konusunu oluşturan “teklif çoğunluğu” neyin teklif edildiğinden ziyade, nasıl teklif edildiğiyle ilgilidir. Neyin teklif edildiğine ilişkin denetim, şekil ile ilgili olmayıp içerik ile ilgili bir denetimdir. Anayasa'nın 148. maddesinin gerekçesi de bu gerçeğe işaret etmek üzere “Şekil bozuklukları genellikle kanunun yapımı sırasında meydana gelen ve görülmesi, bilinmesi kolay olan bozukluklardır” tespiti içermektedir⁸¹.

Anayasa'nın 148. maddesinde geçen “teklif ve oylama çoğunluğu” ibaresinin “teklif” ve “oylama çoğunluğu” şeklinde ayrıştırılarak 148. maddenin “teklif çoğunluğu”ndan değil, “teklif” ten söz ettiği dolayısıyla, teklifin, teklif yetkisini de içereceği şeklindeki bir yorumun Türkçenin dil yapısına da uygun olmadığı açıktır. Zira Türkçede ardışık isim ve sıfat tamlamalarında, betimleyen unsur ortak ise dilin akıcılığını sağlamak için sadece betimlenen isimler sıralanır ve betimleyen unsur sıfat tamlamalarında başa, isim tamlamalarında sona alınır. Yani isim tamlamalarında mesela, “kapı kolları ve pencere kolla-

80 Aynı yönde bkz. Abdullah Sezer, 1982 Anayasası Ekseninde Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İstanbul, 2006), s. 90; Naz Çavuşoğlu, Anayasa Notları, (Beta Yayınevi, İstanbul, 1997), s. 34.

81 Osman Can, Kurucu İktidar, (Alfa, 2012), s.260.

rı” yerine, “kapı ve pencere kolları” denilir. Sıfat tamlamalarında da örneğin, “siyah elbise ve siyah gömlek giymişti” yerine “siyah elbise ve gömlek giymişti” şeklinde kısaltma yapılır. Anayasa’nın 148. maddesinde yapılan da bu kuralın uygulanmasından ibarettir ve anayasa koyucu “teklif çoğunluğu ve oylama çoğunluğu” şeklindeki ardışık isim tamlamalarını akıcılığı sağlamak açısından dil kurallarına uygun olarak “teklif ve oylama çoğunluğu” şeklinde kısaltmıştır. Dolayısıyla kavramın “teklif çoğunluğu” olduğunda kuşku yoktur. O nedenle “teklif çoğunluğu” kavramının “teklif yetkisi” şeklinde değiştirilmesi Anayasa’nın yorumlanması olmayıp, Anayasa’ya ekleme yapılması olarak değerlendirilmelidir⁸².

Sayın Başkan tarafından ileri sürülen başka bir eleştiri de, Mahkemenin, Anayasa metninden çıkarılması mümkün olmayan bir yetki ihdas ederek esas denetimi yaptığı görüşüdür (**Yetkilerin anayasa metninden çıkarılması gereği**). Anayasa’nın 148. maddesindeki düzenlemenin değiştirilemez maddeler açısından bir denetim yapmaya imkân tanımadığı açıktır. Bu, kurucu meclisler tarafından ihmal edilmiş ya da düşünülmemiş, o nedenle Anayasada boşluk bırakılmış bir konu da değildir. Bu konu hem asli kurucu iktidar olarak Anayasa’yı hazırlayan Danışma Meclisinde tartışılarak bu yönde verilen önerge kabul görmemiş, hem de tali kurucu iktidar tarafından Anayasa’nın 175. maddesinin 1987 yılında değiştirilmesi sırasında tartışılmış ve bu yönde verilen önerge de reddedilmiştir⁸³.

Yargıcın yorum yetkisi ancak norm varsa söz konusu olacaktır. Zira normun metni, yorumun başlangıcı ve sınırıdır. Yorum, bir metnin anlamlandırılması olduğuna göre, yorum yoluyla metnin söylemediği ya da metnin söylediğinin tam aksine bir sonuca ulaşılması mümkün değildir⁸⁴. Hangi yorum yöntemi kullanılırsa kullanılsın, yorum yoluyla ulaşılabilecek sonuç, yorum konusu metinden çıkarılabilir bir sonuç olmak durumundadır. Anayasa’yı yorumlayan yargıcın ulaştığı sonuçlar da Anayasa metninin açık anlamıyla çatışma hâlinde olamaz. Aksi takdirde yorumdan değil, kurucu iktidar yetkisinin kullanılmasından söz edilebilir.

Kurucu iktidarın bilinçli olarak vermekten kaçındığı bir yetkinin, kurulu iktidarın bir parçası olan Anayasa Mahkemesince türetilmesi, fiilen kurucu bir yetki kullanılması anlamına gelecektir.

Bununla bağlantılı olarak Sayın Başkanın görüşünde dile getirilen başka bir eleştiriye ulaşılmaktadır. Başkan tali kurucu iktidarın yetkisinin anayasal sınırlarına vurgu yapılarak, Mahkemenin kendisi için yetki türetmesindeki çelişkiye işaret etmiştir (**6. maddenin mahkeme açısından da bağlayıcılığı**).

82 Bkz. Çoban, s. 311.

83 Bkz. Yukarıda 66 nolu dipnot.

84 Ali Nazım Sözer, **Hukukta Yöntembilim**, (Beta, İstanbul, 2008) s. 40.

Mahkeme bu kararlarda tali kurucu iktidara yönelik sınırlamalara vurgu yaparak, kendisine bir yetki türetme yoluna gitmiş, başka bir anlatımla tali kurucu iktidarın yetkilerine yapılan kısıtlama ile kendi denetim yetkisi arasında zorunlu bir bağlantı olduğu varsayımından hareket etmiştir. Oysa Venedik Komisyonunun Raporunda da açıkça vurgulandığı gibi, bu ikisi arasında zorunlu bir bağlantı olmayıp, tali kurucu iktidara yönelik sınırlamalara vurgu yapmak kendiliğinden yargısal denetimin mümkün olduğunu göstermemektedir.

Anayasa'nın 6. ve 11. maddeleri Anayasa Mahkemesini de bağladığına göre, Mahkemenin de anayasadan kaynaklanmayan bir yetki kullanması mümkün değildir. Yani Anayasa Mahkemesi, tali kurucu iktidarın yetkisine yönelik yaptığı incelemenin bir benzerini kendi yetkisine ilişkin olarak da yapmak durumundadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 148. maddesinde kendi yetkisini belirleyen hükümde yer alan *"Anayasa değişikliklerini ise sadece **şekil bakımından inceler ve denetler**"* ve *"Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır"* kurallarını dikkate almak durumundadır. Yukarıda açıklandığı gibi, tali kurucu iktidara yönelik içeriksel sınırlamalar kadar, Anayasa Mahkemesinin içerik denetimi yapamamasına yönelik sınırlamalar da aynı derecede anayasal emirlerdir ve muhatapları açısından bağlayıcıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, bir başka organa yönelik yasağa işaret ederek kendi yetkisine yönelik yasağın bertaraf edilebileceğini varsayamaz.

Sayın Başkanın karşı oy gerekçesinde dile getirdiği başka bir husus da Mahkemenin bu kararlarıyla 4. maddenin kapsamının genişletildiği görüşüdür (**4. maddenin kapsamının genişletilmesi**). Dikkat edilirse bu kararlarda Mahkemenin denetim konusu yaptığı hiçbir değişiklik 4. maddede değiştirilemez olduğu belirtilen hükümlere ilişkin değildir. Denetlenen değişiklikler Anayasa'nın 10, 42, 146 ve 159. maddelerine ilişkin değişikliklerdir. Mahkeme bu maddelerde yapılan değişikliklerin dolaylı bir şekilde değiştirilemez maddelerin içeriğini etkileyebileceği gerekçesiyle, söz konusu değişiklikleri denetleme yoluna gitmiştir. Böylece, değiştirilemez hükümler bütün anayasa değişiklikleri sırasında gözetilmesi gereken üst ölçü norm haline getirilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 4. madde, ilk üç maddeye aykırı değişiklik yasağı öngörmemekte, sadece ilk üç maddenin değiştirilmesini yasaklamaktadır. Özellikle Anayasa'nın 2. maddesindeki ilkeler ve bu ilkelerin kapsamı dikkate alındığında, Anayasada bu ilkelerin uygulaması niteliğinde olmayan bir hüküm bulmak mümkün değildir. Hukuk devleti, demokratik devlet, laik devlet, sosyal devlet, insan haklarına saygılı devlet gibi ilkelerle herhangi bir şekilde ilişkilendirilemeyecek bir madde bulmak olanaksızdır. Zira Anaya-

sa'nın tamamı, bu ilkelerin nasıl hayata geçirileceğini düzenlemektedir. Anayasa'nın pek çok hükmü burada yer alan ilkeleri somutlaştırmakta, bu ilkelere sınırlarını çizmekte, hatta bu ilkelere istisnalar getirmektedir.

Eğer değiştirilemez hüküm ve ilkelerin kapsamı, bu ilkelerin kendileri olmaktan çıkarılarak somut uygulamalarını düzenleyen diğer hükümlere de teşmil edilirse, değiştirilemezlik kuralı dışında kalacak Anayasa hükmü bulmak imkânsız hâle gelecektir. Bu durumda neredeyse hiçbir anayasa hükmü değiştirilemez. Zira Anayasa'da yasaklanan şey, sadece olumsuz değişiklikler yani "kötüleştirme" değil aynı zamanda olumlu değiştirme, yani "iyileştirme"dir. Çünkü 4. maddenin yasakladığı şey "değiştirme"dir. Eğer değiştirilemezliğin ilk üç maddede yer alan düzenlemelerin metni ile sınırlı olmadığı, bu düzenlemelerin içeriğinde yer alan ilke ve hükümlerin somutlaştığı tüm anayasal düzenlemeleri de içerdiği kabul edilirse, bunlar için de geçerli olan şey, kötüleştirme ya da iyileştirme yasağı değil, değişmezliktir.

Belirtildiği gibi 4. maddenin kapsamının genişletilmesiyle aynı zamanda anayasa normları arasında bir hiyerarşi oluşturulmuş olup, Sayın Başkan tarafından dile getirilen hususlardan birisi de budur (**Anayasa normları arasında hiyerarşi oluşturulması**). Söz konusu tezin pozitif hukuksal bir temeli bulunmamaktadır. Zira Anayasa metninde bunu ima eden hiçbir hüküm yoktur. Bu nedenle, Anayasa'nın değiştirilemez hükümlerinin normatif açıdan Anayasa'nın diğer hükümlerine göre daha üstün olduğunu söylemek mümkün değildir⁸⁵.

Diğer taraftan böyle bir tezin kabulü hâlinde Anayasa'nın ilk üç maddesinde yer alan ilkelere istisna getiren ya da bu ilkelerle çelişen diğer hükümlerin de geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir. Mesela olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin denetimini yasaklayan Anayasa'nın 148. maddesi temel hakları güvencesiz hâle getirdiğinden daha üst norm olan 2. maddedeki insan haklarına saygılı devlet ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi ya da uygulanmaması gerektiği sonucuna ulaşmak gerekecektir. Bu nedenle hiyerarşi tezinin benimsenmesi mümkün değildir. Çünkü aynı metin içinde genel nitelikli ve özel nitelikli hükümler bulunabilir. Özel nitelikli hükümlerin bir kısmı genel hükümlere istisna getirirken, diğer bir kısmı ise genel hükmü ayrıntılandıran ve somutlaştıran düzenlemeler içerebilir. Bu durumda uygulanacak olan norm genel nitelikteki hüküm değil, istisna getiren ya da detaylı düzenleme içeren özel hükümdür. Bu nedenle Anayasada yer alan değiştirilemez hükümlerin diğer maddelere göre hiyerarşik açıdan daha üstün olduğu tezi⁸⁶ sadece anayasa değişikliklerinin değil,

85 Aynı yönde Bkz. Can, s.227 vd.

86 Alman Federal Anayasa Mahkemesi eski Başkanı Roman Herzog, 1990 yılında Ankara'da düzenlenen 8. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansında sunduğu "Anayasal Normlar

aynı zamanda mevcut anayasa hükümlerinin de denetimini gündeme getirecek bir tez olup, kabulü mümkün değildir.

Sayın Başkan tarafından dile getirilen başka bir görüş ise esas denetiminin Anayasa Mahkemesini kurucu iktidar pozisyonuna taşıyacağı tezidir (**Esas denetimi Aym'yi Kurucu İktidar Pozisyonuna taşır**). Yukarıda belirtildiği gibi Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılan değişikliklerin değiştirilemez hükümlere uygunluğunun denetimi, Mahkeme nasıl nitelendirmiş olursa olsun, tipik bir esas denetimi olup, Mahkemeyi kurulu iktidarın bir parçası olma konumundan çıkaracak ve fiilen halkın kurucu iradesini denetleyen, dolayısıyla süper kurucu olarak nitelendirilebilecek bir pozisyona taşıyacaktır. Çünkü bu durumda nihai olarak, Anayasada hangi değişikliğin yapılamayacağına artık Anayasa Mahkemesi karar verecek demektir.

Bu durumun kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi keyfi yönetimi önleme araçlarından birisi olarak liberal anayasacılığın en önemli unsurlarından birisidir. Kuvvetler ayrılığının temelinde farklı devlet fonksiyonlarının farklı organlara verilmesi ve bu organların sahip olduğu yetkiler yoluyla birbirlerini dengelemesi ve kontrol etmesi fikri yatmaktadır⁸⁷. Bu "kontrol ve denge" mekanizmasının işlemesi ise sistem içinde hiçbir organın son sözü söyleme yetkisine sahip olmamasına bağlıdır⁸⁸. Eğer bir organ son sözü söyleme yetkisiyle donatılırsa, artık o organ diğerlerinden üstün hâle geleceğinden kontrol ve dengeden söz etmek mümkün olmayacak, denge o organ lehine bozulacak ve kontrol o organın eline geçecektir. Oysa anayasa yapımı bir ulusun kendi siyasal varoluşunu hukukileştirmesi olup, özünde siyasal bir işlemdir. Dolayısıyla anayasa yapımını bir organ işlemi olarak nitelemek doğru olmayıp, ulusun bizzatı kendi iradesinin somutlaştırılması işlemi olduğunu göz önünde tutmak gerekir⁸⁹. Anayasa Mahkemesinin bu kararlarda benimsediği tutum Anayasa değişikliklerine ilişkin son sözü söyleme yetkisinin Anayasa Mahkemesine geçmesine olanak tanımaktadır. Kuvvetler ayrılığına dayalı bir demokrasi- de son sözü söyleme yetkisinin her zaman egemenliğin sahibi olan ulusa ait

Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi" başlıklı tebliğinde "Alman hukuk anlayışında anayasa normları ilke olarak eşittirler. Anayasa, sürekli olarak, aralarında çözülemez zıtlıkların olmadığı şeklinde yorumlanmak zorunda olunan hukuki bir bütündür" diyerek hiyerarşi tezini reddetmiştir. VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, (AYM Yayınları, Ankara, 1990) s.16.

87 Karl DOEHRING, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, (Çev. Ahmet Mumcu) (İnkılap, İstanbul, 2001) s. 205.

88 Doebling, a.g.e. s. 135.

89 Elbette tali kurucu yetkiyle hareket eden parlamento çoğunluğunun ulusun kendisi olduğunu söylemek gerçekçi olmayabilir. Ancak istenilen nitelikli çoğunluk koşulu sağlandığında ulusun çok büyük bir kesiminin iradesinin dolaylı da olsa anayasa değişikliği şeklinde tecelli ettiğini söylemeye engel bir durum yoktur. Diğer taraftan değişikliğin halkoyuna sunulması hâlinde ortaya çıkan iradeyi denetlemek daha zor teorik sorulara neden olacaktır.

olduğu hatırdı tutulmalı ve ulusun egemenlik yetkisini zedeleyici yorumlardan kaçınılmalıdır.

Venedik Komisyonunun Anayasa değişikliklerine ilişkin raporunda, genel bir ilke olarak Komisyonun değiştirilemez hükümlerin yorumlanmasında ve uygulanmasında dikkatli ve sınırlı bir yaklaşımı savunduğu belirtilmektedir⁹⁰. Ayrıca değiştirilemez hükümlerde yer alan egemenlik, demokrasi, cumhuriyet, federalizm, temel haklar gibi sürekli evrimleşen kavramların dinamik bir yoruma açık olması gereğine vurgu yapılmıştır⁹¹.

Venedik Komisyonu raporunda Anayasa Mahkemesinin 5.7.2008 tarihli kararına özel iki paragraf ayrılarak, Türk Anayasası'nın 1., 2. ve 3. maddelerinde yer alan değiştirilemez hükümlerin genişliğine değinildikten sonra Anayasa'nın 148. maddesinde Anayasa değişikliklerinin sadece şekil bakımından denetlenebileceği ve denetim konusu unsurların sadece üç hususla sınırlandırıldığı halde, Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyerek üniversitelerde türban takılmasına izin vermeyi amaçlayan anayasa değişikliğini 2. maddedeki laiklik ilkesine aykırı bularak iptal ettiğine ve bunun büyük bir siyasal ve hukuki tartışma yarattığına değinilmiştir⁹². Bu örnekten hareketle Komisyon, demokratik usullere uyularak parlamento tarafından kabul edilen bir Anayasa değişikliğinin, değiştirilemez hükümler kullanılarak bir mahkeme tarafından iptal edilmesinin doğurabileceği potansiyel sorunlara dikkat çekmiş ve anayasa değişikliklerinin denetiminin, normal kanunların denetimiyle karıştırılmaması gerektiğine vurgu yapmıştır⁹³.

Buradan Sayın Başkan tarafından da dile getirilen bir başka eleştiriye ulaşılmaktadır. Sayın Başkan görüşünde, çoğunluğun kurucu yetki ile olağan yasama yetkisi arasındaki farkı göz ardı ederek anayasa değişikliğini sıradan bir yasama işlemi gibi değerlendirdiğini dile getirmiştir (**Kurucu yetki ile yasama yetkisinin farklılığı**). Gerçekten de Mahkeme, hem 1961 Anayasası döneminde hem de yukarıda sözü edilen iki kararda anayasa değişikliklerini denetlerken olağan bir kanun denetiminde olduğu gibi değişiklik hükmünü mevcut Anayasa'nın hükümlerine uygunluk açısından denetlemiş, kabul edilip yürürlüğe giren ve denetimi istenen hükümlerin de birer anayasa hükmü olduğunu görmezden gelmiştir.

Venedik Komisyonu yukarıda sözü edilen raporda, yasama yetkisiyle Anayasa yapma yetkisinin hem teori hem de uygulamada çok farklı olduğuna değinerek hemen hemen her ülkede Anayasa değişikliklerinin normal kanunlara göre, nitelikli çoğunluk, zorunlu bekleme süreleri ve referandum gibi

90 Venice Commission, CDL-AD(2010)001, para.220.

91 Ibid, para.221.

92 Ibid. para.233.

93 Ibid.. para.234.

daha zor koşullara tabi tutulduğuna işaret etmiş ve bu tedbirlerin yasama yetkisinin kötüye kullanılmasına yeterli güvence oluşturacağını belirtmiştir. Raporda bu usullere uyularak kabul edilen bir Anayasa değişikliğinin çok yüksek bir demokratik meşruiyete sahip olduğu ve mahkemelerin böyle bir düzenlemeyi iptal etmekte çok dikkatli olması gerektiği vurgulanmış ve bazı ülkelerde anayasa koyucunun Anayasa'nın belirleyicisi olduğu ilkesinden hareketle, anayasa değişikliklerinin denetim dışı bırakıldığı hatırlatılmıştır.

Buna dayanarak Komisyon, anayasa değişikliklerinin esas denetiminin sorunlu bir enstrüman olduğuna vurgu yapmış, bunun sadece açıkça böyle bir yetkinin tanındığı ülkelerde ve kurucu iktidara takdir alanı bırakarak ve dikkatli bir şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca raporda, Anayasada yer alan usulü gereklerle uyulduğu sürece, gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri için bunların yeterli garanti teşkil etmesi ve bu şekilde yüksek bir demokratik meşruiyete sahip olan metinleri iptal etmekte mahkemelerin son derece isteksiz davranması gerektiği belirtilmiştir⁹⁴.

Sonuç olarak biz Sayın Başkanın, Mahkemenin değiştirilemez ilkelere atıfla Anayasa'yı değiştirme yetkisinin içeriğinin şekil denetimi kapsamında incelenebileceği yönündeki kararlarına yönelttiği bütün eleştirilere katılıyoruz. Şimdi kısaca Sayın Kılıç tarafından dile getirilen esasa ilişkin görüşlere değinilecektir.

2. Esasa İlişkin Gerekçeler

2008 kararında yer alan karşı oy gerekçesinin ikinci bölümü yapılan değişikliğin niçin Anayasa'ya aykırı olmadığını açıklamak üzere kaleme alınmıştır. Bu bölüm şu şekildedir:

“ Düzenlemenin 1. maddesiyle Anayasa'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi eklenmektedir. Bireylerin “her türlü kamu hizmetinden eşit bir biçimde yararlanması” eşitlik ilkesinin evrensel anlayış biçiminin bir somutlaşması niteliğindedir. Zaten bu ibarenin eklenmesinden önce de devletin bireyleri “her türlü kamu hizmetlerinden yararlandırması”nın eşitliğe uygun olduğunu ileri sürmek olanaksızdı. 2004 yılında yapılan değişiklikle “pozitif ayrımcılığın” bir Anayasal direktif haline getirilmesinden sonra, kadınlar yönünden eşitliğin yalnızca yasalar karşısında değil, yasal uygulamalarda da gözetilmesi gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Kamu adına kamusal talep ve tercihleri yaşama geçirmek dışında herhangi bir meşruiyeti olmayacak olan devletin, bireylerin bir kısmını kamu hizmetlerinden yararlandırmasında ayrımcılık yapması olasılığı değişiklikten önce de Anayasa'ya aykırı olacaktı. Bu nedenle yapılan değişikli-

94 Ibid. para.235-236.

ğin Anayasa'nın evrensel ilkelerinden olan eşitlik ilkesinin "somutlaştırılması"ndan başka bir anlamı bulunmamaktadır.

Düzenlemenin 2. maddesiyle de 42. maddeye bir fıkra eklenmiştir. Buna göre "Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yüksek öğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla düzenlenir." Anayasa'nın 42. maddesinin birinci fıkrasına göre "Kimse eğitim ve öğretim hakkından mahrum bırakılamaz." Her iki kuralı birlikte değerlendirdiğimizde birinci fıkra "genel eğitim" bakımından öngörülen bir "genel kural" olduğu, yeni kuralda ise "yüksek öğrenim" bakımından bir "özel kural" öngörüldüğü söylenebilir. Her iki kuralın istisnalarının da bulunduğu görülmektedir. Birinci fıkradaki eğitim ve öğretim hakkı, mahrumiyet düzeyine ulaşmayacak biçimde, yasayla düzenlenebilecektir. "Mahrumiyet" kavramı hem genel eğitim ve öğretim için hem de yüksek öğrenim hakkı için "hakkın özü"nü oluşturmaktadır. Buna ilişkin düzenlemelerin yasayla yapılacağı söz konusu değişiklikte de vurgulanmaktadır. Oysa, Anayasa'nın 13. maddesinde de aynı kural aynı şeyi ifade etmektedir. Yeri gelmişken hemen belirtmek gerekirse, yasa koyma yetkisi münhasıran yasama organına ait olduğuna göre temel hakların sınırlandırılması niteliğinde ortaya çıkacak her türlü "sınırlama" tasarrufunun da yasama organının iradesine dayanması gerekir. Anayasa'nın 13. maddesi de bunu açıkça göstermektedir. Yargı organlarının gerekçe olanağını kullanarak sınırsız ve denetimsiz norm ihdası hem yetki aşımı hem de erkler ayrılığı ilkesinin açık ihlalidir.

Görüldüğü gibi, yapılan değişikliklerin uygulamaya geçirilebilmesi için yasal bir düzenlemeye ihtiyaç gösterdiği açıktır. İşte tam da bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin işlevi kendini göstermektedir. Eski metne yeni bir boyut kazandırmayan Anayasa değişikliklerinin esas denetiminin yerine, bunun uygulanması için ihtiyaç duyulan Kanunun Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'nın 2. maddesindeki nitelikler başta olmak üzere denetiminin yapılması Anayasal sistematığe daha uygun olurdu.

Çoğunluk görüşü laikliği, eleştirel akla dayalı bir süreç olan aydınlanmanın bir ürünü olarak tanımlamış, bu ilkenin bilim ve sanatı esas alan Rönesans ve dinsel çoğulculuğu esas alan Reformasyon ile ilişkisini isabetle vurgulayarak, çağdaş dünyaya egemen olan temel parametreleri benimsemiştir. Ancak esasta ulaştığı sonuçlar çağdaş dünyadaki sonuçlarla temelde çatışmaktadır. Hiçbir çağdaş ülkede bulunmayan üniversitelerde dinsel simgeleri düzenleme zorunluluğunu dayatmaktadır. Aynı propaganda etkisine sahip siyasal simgelere ilişkin herhangi bir sınırlandırma ihtiyacı ise duyulmamaktadır. Üniversiteler propagandanın, farklı görüşlerin, yoğun siyasal, sosyal ve bilimsel tartışmaların egemen olduğu, olması gerektiği ayrıcalıklı mekanlardır. Toplumsal yaşamda çoğu zaman bulunamayacak aydınlanma, sorgulama, karşılaştırma, kabul ya da ret olanaklarını üniversiteler sunabilmektedir. Toplumsal yaşamda geçerli olmayan kılık kıyafet düzenleme gerekliliğini üniversitelere dayatmak, hem üniversitelerin bu olağan işlevine, hem de Anayasa'da öngörülen akademik,

Haşim Kılıç'a Armağan

bilimsel, düşünsel, kolektif ve diğer entelektüel özgürlükler manzumesine ters düşmektedir. Üniversiteler kışla değildir. Ders disiplini, reşit öğrencilerin uniform bir davranış, düşünüş ve inanç modeline sokulmasının gerekçesi olamaz. Üniversitelerde düzenleme yetkisinin tek meşru gerekçesi, eğitimin üniversiter gereklere uygun olarak yürütülmesi olmalıdır.

Çoğunluk gerekçesinde, 5735 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile Anayasa'nın 42. maddesine eklenen "kanunda açıkça yazılı olmayan" ibaresinden, yasa ile açıkça yasaklanmadıkça yüksek öğretimde kıyafetin herhangi bir ölçüye tabi tutulmaksızın serbest bırakıldığı, yükseköğrenim hakkını kullananlara bu kıyafetleri taşımaktan dolayı herhangi bir yaptırım uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Oysa bu ifadenin temel amacının, yasa koyucu dışında hiçbir organın temel hak sınırlamasına tevessül etmemesini sağlamak olduğu unutulmaktadır. Yani 13. madde de yasa koyucuya ait olan bir yetki biraz daha vurgulanarak ifade edilmektedir. Diğer yandan yukarıda ifade edilen varsayım devam ettirilmekte, ülkede bireylerin dinsel özgürlüklerinden kaynaklanacak hak ihlalleri ve kamu düzeninin bozulması karşısında hiçbir yasal düzenlemenin bulunmadığı ve buna dayalı olarak da tüm devlet organlarının eli ve kolunun bağlı olduğuna inanılmaktadır. Oysa 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesi başlı başına bu gereksinimleri karşılayacak niteliktedir. Genel nitelikli diğer yasalardan söz etmeye dahi gerek bulunmamaktadır.

Öte yandan çoğunluk görüşünün temelini oluşturan hususun iptal edilen düzenlemenin lafzı olmayıp, gerekçesinde yer alan "başörtüsü" ifadesi olduğu gözden kaçmamaktadır. Hiçbir bağlayıcılığı olmayan yasa gerekçesinde yer alan bir kavramın, Anayasa'nın temel tercihlerini ihlale neden olacak kadar ölçsüz bir korkuya ve endişeye neden olması, hukuk bilimiyle açıklanabilir olmaktan uzaktır.

Kaldı ki Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişikliklerin eski metne göre yeni bir hukuksal sonuç doğurmaya elverişli olmaması nedeniyle Yasanın gerekçesinde belirtilen amacı ne derece gerçekleştireceği de tartışmalıdır.

Çoğunluğa katılmadım."

İptal edilen kuralların metni okunduğunda, gerçekten laiklik ilkesine nasıl bir aykırılık olduğunu anlamak mümkün gözükmemektedir. Zira kurallardan birisi kamu hizmetlerinden yararlanmada ayrımcılık yapılmasını yasaklamakta, diğeri ise yüksek öğretim hakkına yasalarda olanın dışında sınırlama getirilemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Her iki kural da herhangi bir hukuk devletinin asgari koşulları arasında yer almaktadır. Ancak Mahkeme, bu değişikliklerle yapılmak istenilen şeyin üniversitelerde başörtüsü giyilmesini sağlamak olduğunu değişiklik gerekçesinden çıkarmış ve üniversitelere böyle bir kıyafetle girilmesinin laiklik ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Burada mahkeme çoğunluğunca benimsenen laiklik anlayışının çoğunluğa kapalı, devleti inançlar karşısında tarafsız tutmaktan uzak, ideolojik ve

dışlayıcı bir laiklik anlayışı olduğu görülmektedir. Sosyolojik olarak ülkede yaşayan kadınların neredeyse yarısı tarafından tercih edilen bir kıyafetin Anayasa'nın değiştirilemez laiklik ilkesine aykırı görülmesi ve bu toplum kesimlerinin üniversite eğitimine ulaşmasına Anayasa Mahkemesi kararıyla engel olunması durumunda, vesayet eleştirilerinden kaçınmak mümkün olmayacaktır.

Diğer taraftan bu kararın siyasal bağlamı dikkate alındığında eleştirilerin yoğunluğu anlaşılabilir olacaktır. Yukarıda da değinildiği gibi, parlamentodaki dört parti grubundan üçünün desteğiyle kabul edilen ve meclis üye tamsayısının 4/5'inden fazlasının desteğini alan bir değişikliğin denetlenip esastan Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmesi ve bu değişikliğin iktidar partisinin laiklik karşıtı eylemlerin odağı olduğu gerekçesiyle kapatma davası açılmasının temel dayanaklarından birini oluşturması, nihayetinde de partinin laiklik karşıtı eylemlerin odağı olduğuna karar verilerek kapatılmasına da yaptırıma tabi tutulması dikkate alındığında, Mahkemeye yönelik vesayet eleştirilerinin nedenleri anlaşılabilir görünmektedir.

Bu kararda Sayın Başkanın takındığı tavır ve ortaya koyduğu görüşler ise Mahkemenin gitmesi gereken yere işaret etmektedir. Bir taraftan yetki çerçevesini Anayasa'nın metnine bağlı olarak belirleme, diğer taraftan siyasal konularda demokratik meşruiyete sahip çoğunluğun tercihlerine müdahale etmekten kaçınma, çoğulcuğuna ve dönüşüme açık olma ilkeleriyle belirlenen bir anayasa yargısı modeli. Bu ikinci modelin demokratik hukuk devletin güvencesi olarak işlev görececek bir mahkemeyi işaret ettiğini açıklıkla söyleyebiliriz.

7.7.2010 tarihli kararda da esas bakımından yapılan incelemede bazı kısmi iptal kararları verilmiştir. İptal kararlarının önemli bir kısmını HSYK ve Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde her seçmenin sadece bir adaya oy vermesini öngören kurallar oluşturmaktadır. Mahkeme bu kuralları 2. maddedeki demokratik devlet ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkemenin gerekçesine göre, seçilecek bazı üyelikler için seçmenlerin oy kullanamaması demokratik devlet ilkesine aykırıdır. Diğer taraftan HSYK üyeliklerine Cumhurbaşkanı tarafından seçilecek üyelerle ilgili olarak hukukçu olmayan öğretim üyelerinin seçilmesine olanak veren kurallar da iptal edilmiştir.

Bu iptal kararlarında karşı oy bulunmamaktadır. İptal kararları oybirliğiyle verilmiş olup, bu kararların isabeti oldukça tartışmalıdır. Zira iptaller sonucunda ortaya çıkan yeni sistem, bir çoğunluğun tüm üyeleri tek başına seçmesine olanak tanımakta böylece çoğulculuğu zayıflatmaktadır.

Her iki kararda esas bakımından yapılan denetim sonucunda verilen iptal kararlarına dayanak oluşturan anayasal yorumların, esas bakımından deneti-

min niçin sakıncalı olduğunu açıkça ortaya koyduğunu ifade etmek gerekir.

2008 kararında ortaya konulan laiklik yorumunun aradan geçen altı yıl sonra bugün ne derecede geçersiz olduğu ve toplum tarafından kabul görmediği yaşanan olaylarla kanıtlanmıştır. Laikliğe ilişkin olarak dünyada çok farklı anlayış ve uygulamalar varken parlamento üyelerinin 4/5'inden fazlasının ve grubu bulunan dört partiden üçünün desteğini alan bir değişikliğin mahkeme üyelerinin çoğunluğunca benimsenen laiklik anlayışına aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiş olması, esas denetiminin demokrasi karşıtı ve toplumsal dönüşüm dinamiklerini göz ardı eden ve toplumun siyasal çözüm kanallarını tıkayan bir işlev gördüğünü açıkça göstermektedir.

Aynı şekilde 2010 kararında ortaya konulan demokrasi ve hukuk devleti anlayışının da bu kavramlara ilişkin evrensel kabullere ne derece uyduğu oldukça tartışmalıdır. Yukarıda açıklandığı gibi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Anayasa Mahkemesi üyelikleri için kurumlarda yapılacak seçimlerde her üyenin sadece bir adaya oy vermesini düzenleyen hükmün amacının, bu kurumlarda çoğulculuğu sağlamak olduğu açıkken, bunun yerine aynı çoğunluğun bütün üyeleri seçmesini sağlayacak dolayısıyla çoğunlukçu bir sonucu doğuracak olan her seçmenin seçilecek üye sayısınca adaya oy vermesine olanak tanıyan bir sistemi zorlayan bir demokrasi anlayışının ne ölçüde evrensel demokrasi anlayışına uygun olduğu oldukça tartışmalıdır. Zira çağdaş demokrasiler çoğunlukçu anlayışlardan ziyade çoğulcu yapıları tercih etmektedir. En azından parlamentoda yeterli çoğunluğun oyunu alan ve halk oyuna sunulan bir tercihin yerine Anayasa yargıçlarının kendi tercihlerini koymasını, yukarıda belirtilen esas denetimini savunmak için ileri sürülen hiçbir teori ile meşrulaştırmak mümkün görünmemektedir.

Diğer taraftan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna Cumhurbaşkanınca Siyasal Bilimler ve İktisadi ve İdari Bilimler Fakültelerinde Çalışan Öğretim üyeleri arasından üye atanmasına olanak tanıyan bir değişikliğin değiştirilemez nitelikteki hukuk devleti ilkesini dolaylı olarak değiştirdiğini kabul etmemiz için ileri sürülen gerekçeler de ikna edici olmaktan uzaktır. Yargı Konseylerinin yapısına ilişkin olarak pek çok uluslararası kuruluşun raporlarında kooptasyonun engellenmesi için meslekten olmayan üyelere de konsey ya da kurulların yapısında yer verilmesi tavsiye edilmişken, bu amaca hizmet etmek üzere yapılan bir değişikliğin hukuk devleti ilkesini değiştirdiği görüşü evrensel bir kabulü yansıtmaktan uzak görünmektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki, her ne kadar Sayın Başkan halkoyuna sunulan anayasa değişikliklerinin esas denetimini milletin yapacağını belirtmiş olsa da, çoğunluk tarafından esas denetimine geçilmesi yönünde karar verildikten sonra bazı hükümlerin iptali yönünde oy kullandığını hatırlatmak gerekir.

Elbette bir davada yargıcın oyunu etkileyen pek çok faktör olabilir ve yargıç sonucu değiştiremeyeceğini gördüğünde çoğunluğun görüşüne katılmasa da karşı oy kullanmaktan kaçınabilir. Ne var ki, aynı kararda esas denetimi bakımından oldukça eleştirel bir yaklaşım benimseyen bir yargıcın iptal kararında karşı oy kullanmamış olmasının dikkate değer olduğunu belirtmek gerekir.

Sonuç olarak, bu iki karara ilişkin yukarıda yapılan analiz esas denetimine karşı duyulan kuşkuların yersiz olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla anayasa mahkemeleri, kurucu iktidarın tercihlerini denetleme konusunda oldukça çekingen davranırlarsa, demokrasi ve hukuk devletine daha fazla hizmet etmiş olacaklardır.

3. Halkoyuna Sunulan Anayasa Değişikliklerinin Denetimi Sorunu

Yukarıda da belirtildiği gibi Sayın Başkan 2010 kararına yazdığı karşı oy gerekçesinde 2008 de yazdığı görüşleri neredeyse tamamen tekrar ederek, gerekçeye bir cümlelik özet eklemişti. Bu özet şu şekildeydi: **“Halkın oyuna sunulan bir Anayasa değişikliğinin esas denetimini ancak Millet yapar.”** Bundan anlaşılması gereken nedir? Akla birkaç soru gelmektedir. Öncelikle acaba anayasa değişikliklerinin halkoyuna sunulması hâlinde denetim yapılması mümkün müdür ve eğer mümkünse denetim ne zaman yapılabilir? Halkoyuna sunulmadan önce mi, yoksa halkoylamasında kabul edilmesi hâlinde bundan sonra mı denetim yapılmalıdır?

Sayın Başkan tarafından yazılan karşı oy gerekçesinde temel olarak anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminin hiçbir şekilde mümkün olmadığı ayrıntılı bir şekilde açıklanmışken, halkoyuna sunulan değişikliklerin esas bakımından denetimini milletin yapacağı vurgusu nasıl anlaşılmalıdır? Öncelikle belirtmek gerekir ki cümlenin aksi anlamından giderek halkoyuna sunulmayan değişikliklerin esas bakımından Mahkemece denetlenebileceği gibi bir anlam ve sonuç çıkarmak mümkün değildir. Çünkü karşı oy gerekçesinde ayrıntılı bir şekilde, bunun mümkün olmadığı ifade edilmektedir.

İkinci olarak, Sayın Başkanın halkoyuna sunulan anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesince şekil bakımından denetiminin yapılabileceğini düşündüğü anlaşılmaktadır. Bu denetimin de, değişikliğin halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazete’de yayınlanmasından sonra yapılabileceği kanaatinde olduğu görülmektedir. Nitekim 2010 yılında yapılan değişiklik halkoyuna sunulmak üzere yayımlandıktan sonra dava açılmış ve iki üye o aşamada tekliif henüz kanunlaşmadığından denetim yapılamayacağı yönünde oy kullanmış olmasına rağmen, Sayın Başkan bu görüşe katılmamıştır.

Tekrar başlangıçtaki soruya dönmek gerekirse, acaba halkoyuna sunulan

bir anayasa değişikliği denetlenebilir mi ve eğer denetlenebilirse bu denetim halkoylamasından önce mi yoksa sonra mı yapılmalıdır? Anayasa'nın 148. maddesinde, kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmayacağı hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın 175. maddesine göre anayasa değişikliklerinin ihtiyari ya da zorunlu olarak halkoyuna sunulması mümkündür. Aynı maddede halkoyuna sunulan değişikliklerin de Resmî Gazete'de yayımlanması öngörülmektedir. Bu durumda zorunlu ya da ihtiyari olarak halkoyuna sunulan anayasa değişiklikleri hakkında Anayasa Mahkemesine dava açma süresi ne zaman başlar?

Anayasa Mahkemesi halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazete'de yayımlanan anayasa değişikliklerini halkoylamasından önce denetlemiştir. Ancak bu kararların tartışmadan uzak olmadığını belirtmek gerekir.

Doktrinde bu konuda başlıca üç farklı yaklaşımın bulunduğu söylenebilir. İlk görüş Anayasa değişikliği kanununun referanduma sunulmak amacıyla Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten başlayarak on gün içinde davanın açılması gerektiğini savunmaktadır. İkinci görüş, halkoyuna sunulan anayasa değişikliği kanunlarının, halkoylamasından önce geçerlilik kazanamayacağını, bu nedenle dava açma süresinin ancak değişikliklerin halk oylamasında kabul edilmesi hâlinde halkoylaması sonucunun Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra başlayacağını ileri sürmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, halkoylamasına sunulan anayasa değişiklikleri Anayasa Mahkemesince denetlenemez. Bu görüşü savunanların da farklı gerekçelere dayandıkları görülmektedir. Bunlardan bir kısmına göre asli kurucu iktidar olan halka giden bir anayasa değişikliğinde şekil noksanlıkları olsa bile halkın iradesi bu noksanlıkları ortadan kaldırır. Bu nedenle kurucu iktidarın kendisinin konuştuğu durumda kurulu iktidarın bir parçası olan Anayasa Mahkemesi susar. Diğerleri ise halkoyuna sunulan anayasa değişiklikleri konusunda Anayasa'da boşluk olduğunu, anayasa koyucunun ihmali nedeniyle ortaya çıkmış olan bu boşluğun içtihat yoluyla doldurulamayacağını, bu nedenle bu kanunların denetiminin söz konusu olamayacağını savunmuşlardır.

İlk görüşü savunanlar tezlerini farklı argümanlara dayandırmaktadırlar. Bazılarına göre Anayasa değişikliğine ilişkin kanun teklifi Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edilmekle birlikte yasalaşma sürecini tamamlar. Halk oylaması ise yasalaşma sürecinin bir parçası değil yalnızca yürürlüğe giriş koşuludur. Bu nedenle dava açma süresi anayasa değişiklik kanununun halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazete'de yayımlanmasıyla başlar.

Bu görüş Anayasa Mahkemesinin 27 Kasım 2007 tarih ve E.2007/99, K.2007/86 sayılı kararında da benimsenmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, anayasa değişikliği sürecinde halkoylaması anayasa değişikliği kanunları-

nın varlık koşulu değil, yürürlük koşuludur. Yani Mahkemenin yaklaşımına göre, bir Anayasa değişikliği kanunu TBMM tarafından kabul edilir edilmez yasalaşmakta (geçerli hâle gelmekte) ancak, halkoylaması sonucuna göre yürürlüğe girmekte veya girmemektedir. Dolayısıyla halkın kabul oyu sadece yürürlüğe girme koşulu olup yasalaşma üzerinde etkisi yoktur⁹⁵. Ancak Mahkemenin bu görüşüne katılmanın mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Halkın kabul oyunun basit bir yayınlanma koşulu gibi görülmesi mümkün değildir. Halkın kabul oyunun bir anayasa değişikliği için kurucu nitelikte olduğunu ve değişikliğin geçerlilik kazanması için zorunlu olduğunu ifade etmek gerekir.

Ancak doktrinde halkoylamasına sunulmak üzere Resmî Gazete’de yayımlanmasıyla birlikte anayasa değişiklikleri aleyhine iptal davası açılabilirliğini ileri süren yazarlar da bulunmakta olup, görüşlerini Anayasa’nın 148. maddesinde şekle aykırılık nedeniyle dava açma süresinin Resmî Gazete’de yayımdan itibaren 10 gün olarak düzenlenmiş olmasına dayandırmaktadırlar⁹⁶. Bazı anayasa hukukçuları da halkoyuna sunulan anayasa değişikliği kanunlarının sadece şekil yönünden denetimi söz konusu olduğundan, şekil noksanı bulunan değişikliğin halkoyuna sunulmasını önlemek açısından denetim yapılmasını savunmuşlardır⁹⁷.

İkinci görüşü savunan hukukçular, zorunlu ya da ihtiyari olarak halkoyuna sunulan anayasa değişikliği kanunlarının henüz geçerlilik kazanmadığını, bu nedenle halkoylaması sürecinde yapılacak denetimin bir öndenetim niteliği taşıyacağını ileri sürerek bizim anayasa hukukumuzda öndenetim kurumunun öngörülmediğinden, dava açma süresinin ancak halkoylaması sonuçlarının Resmî Gazete’de yayımlanmasından sonra başlayacağını ifade etmişlerdir⁹⁸.

Nihayet üçüncü görüşü savunan yazarlar, halkoyuna sunulan anayasa değişikliklerinin ne halkoylamasından önce ne de halkoylamasından sonra denetlenemeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Bir anayasa değişikliğinin ancak halkoylamasında kabulünden sonra geçerlilik kazanacağı tezinden hareket eden bu görüşe göre, halkın kabulüne mazhar olan bir değişikliğin parlamentoda görüşme ve kabul sürecinde bazı şekli eksiklikler olmuş olsa bile kurucu yetkiye sahip halk tarafından kabul edilmesi hâlinde artık bu şekli eksikliklerin değişikliğin geçerliliğini etkilemeyeceği ve bu nedenle de denetimin anlamsız

95 AYMK, E: 2007/99, K: 2007/86, K.T: 27.11.2007

96 Erdal Onar, **1982 Anayasasında Anayasa’yı Değiştirme Sorunu** (Ankara, 1993) s. 172.

97 Özbudun’un halkoyuna sunulan anayasa değişikliği kanunu aleyhine dava açılabilirliği yönünde görüş bildirdiğine ilişkin bir haber için, Bkz. **Akşam Gazetesi**, 2 Nisan 2010, Kıvanç El’in haberi.

98 Muammer Oytan,, “CHP’nin İstekleri AYM’yi Aşıyor”, Açık Görüş, **Star Gazetesi**, 10.5.2010. Yusuf Şevki Hakyemez, “Değişikliklere Referandum Öncesinde Dava Açılmaz”, **Zaman**, 6.5.2010.

olduğu kabul edilmelidir⁹⁹. Fransız Anayasa Konseyinin 6 Kasım 1962 tarihli kararı, bu görüşün temel dayanaklarından birisini oluşturmaktadır. Anayasa Konseyi bu kararında kendisini ancak Parlamentonun kabul ettiği kanunları denetlemekle yetkili görmüş, “ulusal egemenliğin doğrudan ifadesi olan” referandum sonucu kabul edilen bir yasaı denetleme konusunda yetkili olmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir¹⁰⁰.

Bu görüşler ışığında, zorunlu ya da ihtiyari olarak halkoyuna sunulan anayasa değişikliği kanunlarına ilişkin dava açma süresinin halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazete’de yayımlanma tarihinde başlayacağını söylemek zor görünmektedir. Zira bu aşamada henüz değişikliğin geçerlilik kazandığını söylemeye olanak bulunmamaktadır. Halkoyuna sunulan bir anayasa değişikliği hakkında dava ancak halkoylamasında kabul oyu çıkması halinde, kabul edilen metnin yürürlüğe girmek üzere Resmî Gazete’de yayımlanmasından sonra açılabilir. Zira halkın kabul oyunu basit bir yürürlüğe giriş şartı olarak nitelendirmek mümkün olmayıp teklifin geçerlilik kazanması için zorunlu ve kurucu bir unsur olarak kabul etmek kaçınılmazdır. Ancak ülkemizde halkoylamasından sonra kabul edilen metin Resmî Gazete’de yayımlanmamakta sadece halkoylaması sonuçları yayımlanmaktadır. Bu uygulamanın doğru bir uygulama olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira değişiklik teklifleri birden çok gruba ayrılarak çeşitli sandıklarda halkoyuna sunulabilmektedir. Bazı sandıklardan kabul, bazı sandıklardan ise ret oyu çıkması halinde, uygulamada herhangi bir karışıklığa meydan verilmemesi için yürürlüğe giren metnin yayımlanması gerekir. Aksi halde hangi değişikliklerin kabul edildiğini anlamak için halkoylamasına sunulan metin ile halkoylaması

99 Erdal Onar, a.g.e. s.174.; Muammer Oytan, a.g.m.

100 Bu kararın konusunu oluşturan olayda Cumhurbaşkanı De Gaulle 1958 Anayasasının değiştirme usullerine aykırı olarak Cumhurbaşkanı’nın doğrudan halk tarafından seçilmesine ilişkin bir anayasa değişikliği tasarısını sadece organik kanunlar için öngörülmüş olan (m. 11) usulle doğrudan halkoyuna sunmuştu. Oysa Anayasa’nın 89. maddesine göre anayasa değişiklikleri ancak Parlamentonun her iki kanadında ayrı ayrı kabul edildikten sonra halkoyuna sunulabilir. 28 Ekim 1962 günü yapılan referandum ile kabul edilen metnin yayımlanmasından önce Senato Başkanı tarafından yapılan başvuruyu Anayasa Konseyi, bu büyük şekil eksikliğine rağmen yukarıda belirtilen gerekçeyle reddetmiştir. Bkz. Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, (Beta, İstanbul, 2003) s.173. Fransız Anayasa Konseyi benzer kararları daha sonra da vermeye devam etmiştir. 2 Eylül 1992 tarihinde verdiği Maastricht II kararında ve 23 Eylül 1992 tarihinde verdiği Maastricht III kararında aynı içtihadını tekrarlamıştır. Ayrıca şunu belirtmek gerekir ki Fransa’da ön denetim olduğu halde Anayasa Konseyi denetimi referandumdan sonra yapılmaktadır. Zira referanduma sunulan yasa, henüz yasa niteliği kazanmadığından denetim ancak referandumda yasanın kabul edilmesinden sonra ve kabul edilen metin Cumhurbaşkanı’nca yayımlanmadan önce yapılmaktadır. Mesele 1962 yılındaki olayda, referandum 28 Ekim 1962’de yapılmış, Senato Başkanı başvuruyu 3 Kasım’da yapmış ve Anayasa Konseyi kararını 6 Kasım tarihinde vermiştir (Décision 62-20 DC, 6 Kasım 1962). Aynı şekilde Maastricht III. Kararında da referandum 20 Eylül 1992 tarihinde yapılmış, sonuçların ortaya çıkması üzerine aynı gün akşamı Anayasa Konseyine Başvurulmuş, Konsey de kararını 23 Eylül 1992 tarihinde vermiştir. (Décision 92-313 DC, 23 Eylül 1992). Musa Sağlam, s. 125 vd;

sonuçlarını birlikte göz önüne almak gerekecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Fransız Anayasa Konseyinin yaklaşımı göz ardı edilebilir bir görüş olmayıp, bizzat halkın kendisi tarafından kabul edilen bir anayasa metnini bir mahkemenin bazı şekli eksiklikler nedeniyle bile olsa iptal etmesi ciddi bir tartışma konusudur. Esas bakımından denetim ise akla bile getirilmemelidir. Bu elbette halkın çoğunluğunun yanılmayacağı anlamına gelmemektedir. Halk yanıldığını anladığında yanlıştan dönme iradesini yine kendisi gösterecektir. Örneğin ABD’de, Anayasa değişikliği ile getirilen alkol yasağının yanlış olduğu anlaşıncı anayasa koyucu bu hatasından dönmüş ve yeni bir anayasa değişikliğiyle yasağı kaldırmıştır. Benzer örnekler Dünyanın her tarafında yüzlerce kez yaşanmıştır.

E. SONUÇ

Türkiye’de kurulduğu günden beri siyasal rolü tartışma konusu olan Anayasa Mahkemesinin anayasal demokrasinin ve temel hakların güvencesi rolünü güçlü bir şekilde oynayabilmesi için, güçlü bir kamuoyu desteğine ihtiyacı vardır. Bu destek ancak kamuoyunun mahkemeye güvenmesi hâlinde sağlanabilecektir. Kamuoyunun güvenini sağlayacak olan ise, mahkemenin tarafsız ve bağımsız hareket ederek sadece Anayasa’nın gerekleri doğrultusunda karar verdiğini, zaman içinde içtihadını istikrarlı bir şekilde uygulayarak fiilen göstermesi, diğer taraftan da Anayasa’nın kendisine çizdiği yetki çerçevesini aşmayacağı konusunda ikna edici bir tavır takınmasıdır.

Olay ve davaya özgü istikrarsız kararlar ve anayasa metninden çıkarılması mümkün olmayan yetki kullanımları, Mahkemeye yönelik vesayet eleştirilerini körükleyecek ve kamuoyunun mahkemeye olan güvenini sarsacaktır. Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerinin denetimi konusundaki aktivist tutumu da, mahkemeye yönelik vesayet eleştirilerinin önemli bir dayanağını oluşturmuştur. Sayın Başkanın bu kararlarda yazdığı karşı oy gerekçeleri Mahkemenin demokratik meşruiyeti yüksek siyasal tercihlere müdahale etmekten kaçınması gerektiğini izah eden işaret fişekleri gibi görülebilir. Eğer mahkeme gelecekte bu görüşler doğrultusunda karar verir ve kendi yetki çerçevesini aşmamaya özen gösterirse, toplum nezdinde güvenilirliği giderek artacak ve halktan aldığı destekle anayasa hukukunu iktidara etkili bir şekilde söyleme imkânına kavuşacaktır.

Doç. Dr. Serdar GÜLENER

(Anayasa Mahkemesi Raportörü /

Sakarya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Öğretim Üyesi)

HAŞİM KILIÇ'IN KONUŞMALARINDA ANAYASA MAHKEMESİNİN DÖNÜŞÜMÜNÜN İZLERİNİ SÜRMEK

Giriş

Sayın Haşim Kılıç'ın başkanlığı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin önemli bir dönüşüm içine girdiği döneme denk gelmesi açısından dikkate değer gözükmektedir. Zira söz konusu dönemde Mahkemenin hem yapısal hem de işlevsel olarak geçmişten önemli bir farklılaşmayı ortaya koyduğu söylenebilir. Özellikle 2010 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği¹ bu durumu ortaya çıkaran başlıca etken olarak gösterilebilir. 2010 yılının Eylül ayında gerçekleştirilen halkoylaması sonucunda Mahkemenin 11 asıl 4 yedek olan üye sayısı 17 asıl'a çıkarılmış, üyelerin geldikleri kaynaklar açısından da bir çeşitlenmeye gidilmiştir. Geçmişte Mahkemenin demokratik meşruiyeti konusunda sıkça gündeme getirilen yasama-yürütme-yargı ilişkileri açısından ciddi bir değişime işaret eden bu çeşitlenme neticesinde artık Parlamento'nun seçtiği üyelerin de Mahkeme'de yer alması sağlanmıştır. Ancak Mahkemenin işlevsel anlamda yaşadığı temel dönüşümün, bireysel başvuru yolu aracılığıyla hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini düşünen kişilere doğrudan Anayasa Mahkemesine başvuru imkânının tanınması ile gerçekleştiği ifade edilebilir. 2012 Eylül ayı itibarıyla işlemeye başlayan bu yol, kısa sürede meyvelerini vermiş, uzun yargılamalar, uzun tutukluluklar ve ifade özgürlüğü başta olmak üzere birey hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendiren önemli kararlara imza atılmıştır.

1. Araştırmanın Amacı

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin yukarıda kapsamı belirtilen dönüşümünün ipuçlarının Haşim Kılıç'ın yaptığı konuşmalarda bulunabileceğine dönük inanç bu çalışmayı ortaya çıkaran başlıca etkindir. Sayın Kılıç'ın Anayasa Mahkemesine başkanlık ettiği döneme hâkim olan yargısal politığın verili bir zaman diliminde yaşanan dönüşüm ile arasındaki ilişkiyi ortaya koymada söz konusu konuşmaların sağladığı imkanları ortaya koymak bu çalışmanın temel amacı olarak ifade edilebilir.

1 Bu değişiklikler için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5982.html> (Erişim Tarihi: 14.12.2014).

2. Araştırmanın Yöntemi

Haşim Kılıç'ın başkanlık döneminde yapmış olduğu konuşmaların içeriğine odaklanan bu çalışmada, Kılıç tarafından 7 adedi Anayasa Mahkemesinin açılış törenlerinde, 28 adedi ise Mahkeme dışında yapılan konuşmalar belirli temalar çerçevesinde kodlara ve alt kodlara bölünmüştür. Söz konusu konuşmalar, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı Özel Kalem Müdürlüğü aracılığıyla elde edilmiş ve "MAXQDA 11.2 (*The Art of Data Analysis*)"² veri analizi programı ile analiz edilmiştir. Dolayısıyla konuşmaların içeriğine odaklanan bir yöntemin benimsendiği söylenebilir.

Doktrinde "içerik analizi" olarak adlandırılan bu yöntem, bir araştırma tekniği olarak yeni bakış açılarının geliştirilmesine yardımcı olmaktadır.³ Bir metnin içeriğinin toplanarak analiz edildiği bu yöntemde, metin, iletişim ortamı oluşturabilen her türlü yazılı, görsel veya sözlü materyal olabilir.⁴ İçerik analizi bu materyallerin kurmaya çalıştığı iletişimin taşıdığı mesaj(lar) ile ilgilenmektedir. Bu mesaj(lar)ın özelliklerini ortaya çıkarmaya çalışarak iletişimin kaynağı ile ulaşmayı hedeflediği kitle arasındaki ilişkiyi açıklamayı hedeflediği ifade edilebilir. Böylesi bir arka plandan hareketle bu çalışmada, Haşim Kılıç'ın konuşma metinlerinin içeriği analiz edilmeye çalışılacaktır.

Bu çerçevede öncelikle konuşma metinleri, teker teker ele alınmış her birinde öne çıkan belli başlı temalar ve bu temaları meydana getirilen kodlar-alt kodlar tespit edilmiştir. Bu kodlar tespit edilirken saf olarak metinlerde en fazla tekrar edilen ya da kullanılan kelimelerin kullanılmamıştır.

Bunun ardından metinler bilgisayar ortamına aktarılmış ve söz konusu temalar, metinler üzerinde işaret edilen kodlar-alt kodlar aracılığıyla işaretlenmiş, her bir kod (alt kodlar da dahil) için farklı renkler belirlenerek, anlaşılabilirliğin artırılması hedeflenmiştir. Bunun ardından konuşmalar, değişkenleri (*variables*) *ulusal/uluslararası* ve *Yıldönümü Açılış/Diğer* olmak üzere sınıflandırılmış ve söz konusu değişkenlere göre bu kodların dağılımı yüzde olarak çapraz (*crosstabs*) biçimde tablolandırılmıştır.⁵

Metin içinde yapılan çeşitli başlıklandırmalarda daha önce belirlenen kodlar ve alt kodlar esas alınmıştır. Her başlığın altında aynı zamanda başlığı da meydana getiren kodların kavram haritaları (*MAXMaps*) çıkarılmıştır. Bu

2 Sosyal bilimlerde kullanılan nitel araştırmalar için tasarlanmış bu programa dair ayrıntılı bilgi için bkz. "Elif Kuş", *Information in Turkish*, <http://www.maxqda.com/lang/tr> (Erişim Tarihi: 14.12.2014); Christina Silver and Ann Lewins, *Using Software in Qualitative Research: A Step-by-Step Guide*, Sage Publications, 2007.

3 Klaus Krippendorff, *Content Analysis: An Introduction to Its Methodology*, 2nd ed., Sage Publications, Thousand Oaks, London, New Delhi, 2004, s. 18.

4 W. Lawrence Neuman, *Toplumsal Araştırma Yöntemleri: Nitel ve Nicel Yaklaşımlar*, C. 2, Çev. Sedef Özge, Yayın Odası Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 466.

5 Bkz. Tablo 4.

haritalar oluşturulurken her bir kodun alt kodlarının yanı sıra hem kodun hem de alt kodların ilişkili olduğu diğer kodları gösteren “*Code Co-Occurrence Model*” kullanılmıştır. Bu şekilde metinlerde hem (ana) kodun hem de alt kodların ilişki içinde olduğu diğer kodlar ve alt kodların haritalandırılması gerçekleştirilmiştir.⁶

Başlıklarda yapılan diğer bir analiz, “*code relations browser*” aracılığıyla kodların birbirleri ile olan kullanım sıklığının gösterilmesidir. Bu şekilde bir kodun diğer hangi kod ile birlikte ve hangi sıklıkla kullanıldığı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu analiz yapılırken hem aynı kod grubu içinde olanların hem de diğer kod grupları ile ilişki içinde olanlar gösterilmiştir.

Söz konusu analizlerden çıkan sonuçlar (değer yargısından) bağımsız biçimde metinleştirilerek yorumlanmıştır. Son olarak, belirlenen kodların tüm konuşmalardaki kullanım sıklıkları “*Code matrix browser*” aracılığıyla belirlenerek tablolaştırılmış, böylece hangi kodun hangi konuşmada daha sık olarak kullanıldığı gösterilmeye çalışılmıştır.⁷

Haşim Kılıç'ın konuşmaların dağılımı Tablo 1'de gösterilmiştir. Bu çerçevede konuşmalar iki ana başlık altında toplanmıştır. Bunlardan ilki her yıl Nisan ayı içinde gerçekleştirilen Anayasa Mahkemesi Kuruluş Yıldönümlerinin Açılış konuşmalarıyken, diğer başlık Haşim Kılıç'ın davetli olarak katıldığı ulusal veya uluslararası toplantılarda yaptığı konuşmalardan/söyleşilerden meydana gelmektedir. Bunlar içinde yabancı ülkelerden alınan davetler olduğu gibi yurt içinden çeşitli üniversiteler veya kamu kurumları da bulunmaktadır.

6 Ana kodun alt kodlarla olan bağlantıları kalın çizgilerle, diğer bağlantılar ise ince çizgilerle gösterilmiştir.

7 Bkz. Tablo 3.

Haşim Kılıç'a Armağan

Tablo 1. Haşim Kılıç'ın Konuşmaları

Kuruluş Yıldönümü Konuşmaları	18. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu'nda Yapılan Konuşma (Ankara, 2 Nisan 2012)
1. Anayasa Mahkemesinin 46. Kuruluş Yıldönümü (25 Nisan 2008)	19. Katar Hukuk Forumunda Yapılan Konuşma (5 Mayıs 2012)
2. Anayasa Mahkemesinin 47. Kuruluş Yıldönümü (24 Nisan 2009)	20. Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliğinin Açılış Kongresinde Yapılan Konuşma (Seul, 21-22 Mayıs 2012)
3. Anayasa Mahkemesinin 48. Kuruluş Yıldönümü (22 Nisan 2010)	21. Atatürk Üniversitesinin 2012-2013 Akademik Yılı Açılış Töreninde Yapılan Konuşma (5 Ekim 2012)
4. Anayasa Mahkemesinin 49. Kuruluş Yıldönümü (25 Nisan 2011)	22. Yargı Etiği Sempozyumunda Yapılan Konuşma (Ankara, 15 Kasım 2012)
5. Anayasa Mahkemesinin 50. Kuruluş Yıldönümü (25 Nisan 2012)	23. Türkiye'de İfade ve Medya Özgürlüğü Üst Düzeyli Konferansı'nda Yapılan Konuşma (Ankara, 5 Şubat 2013)
6. Anayasa Mahkemesinin 51. Kuruluş Yıldönümü (25 Nisan 2013)	24. Kayseri Barosu Yeni Anayasa Sempozyumu'nda Yapılan Konuşma (Kayseri, 15 Mart 2013)
7. Anayasa Mahkemesinin 52. Kuruluş Yıldönümü (25 Nisan 2014)	25. Okan Üniversitesi Hukuk Söyleşileri: "Hak İhlali ve Bireysel Başvuru" (İstanbul, 30 Kasım 2012)
Diğer Konuşmalar	26. Manisa Barosu "Anayasa'daki Haklar ve Hürriyetler" Konferansı'nda Yapılan Konuşma (Manisa, 29 Mart 2013)
8. IV. Uluslararası Mahkeme Yönetimi Birliği Sempozyumu'nda yapılan Konuşma (İstanbul, 2 Kasım 2009)	27. TÜSİAD Yüksek İstişare Konseyi Toplantısında Yapılan Konuşma (Ankara, 30 Mayıs 2013)
9. Ufuk Üniversitesinin 2009-2010 Akademik Yılı Açılış Töreninde Yapılan Konuşma (29 Ekim 2009)	28. Ukrayna Anayasa Mahkemesinin 15. Kuruluş Yıldönümünde Yapılan Konuşma (Yalta, 19-22 Haziran 2013)
10. Yüksek Yargı kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi Toplantısında Yapılan Konuşma (Ankara, 24 Şubat 2010)	29. Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 15. Kuruluş Yıldönümü: 20. Yüzyılda Anayasa yargısı, Özellikleri ve Gelişim Yolları Konferansında Yapılan Konuşma (Bakü, 12 Temmuz 2013)
11. Anadolu Üniversitesi 2010-2011 Akademik Yılı Açılış Töreninde Yapılan Konuşma (4 Ekim 2010)	30. Kazakistan Anayasa Konseyi'nin Anayasa Gününde Yapılan Konuşma
12. Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Adli Yıl Açılış Töreninde Yapılan Konuşma (14 Ekim 2010)	31. Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi Kapanış Konuşması (Ankara, 22 Ekim 2013)
13. Hicabi Dursun ve C. Mümtaz Akıncı'nın Anayasa Mahkemesi Üyelik Yemin Töreni açılış konuşması (Ankara, 18 Ekim 2010)	32. Dünya Ehl-i Beyt Vakfı'nca Düzenlenen Muharrem İftarında Yapılan Konuşma (Ankara, 5 Kasım 2013)
14. Prof. Dr. Erdal Tercan'ın Anayasa Mahkemesi Üyelik Yemin Töreninde Yapılan Konuşma (Ankara, 1 Şubat 2011)	33. Avrupa'da Anayasa Mahkemelerine Bireysel Başvuruda En İyi Örnek Uygulamalar Konferansında yapılan Konuşma (Strasbourg, 7 Temmuz 2014)
15. Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Uluslararası Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Sempozyumunda Yapılan Konuşma (İstanbul, 9 Mart 2011)	34. Dünya Ehl-i Beyt Vakfı'nca Düzenlenen Muharrem İftarında Yapılan Konuşma (Ankara, 26 Ekim 2014)
16. Türk Yargı Sistemindeki Reformlar, Düinden Bugüne HSYK ve Avrupa Uygulaması ile Mukayese Sempozyumunda Yapılan Konuşma (İstanbul, 25 Ekim 2011)	35. İnsan Haklarını Koruma Mekanizması Olarak Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Konferansında Yapılan Konuşma (Antalya, 27-28 Kasım 2014)
17. AİHM'in Türkiye Kararları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Konferansı'nda Yapılan Konuşma (Ankara, 15 Kasım 2011)	

3. Araştırmanın Kısıtları

Bu çalışma, Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın görev süresi boyunca yaptığı konuşmaları kapsamaktadır. Dolayısıyla çalışmada yapılan analiz ve yorumlarda Kılıç’ın konuşma metinleri dikkate alınmıştır. Bu nedenle aşağıdaki başlıklar çerçevesinde yapılan değerlendirmelerin söz konusu metinlerde geçen ifade ve kavramlar çerçevesinde ele alındığı belirtilmelidir. Yazılı metinler dışında herhangi bir söz, yazı, yorum vb. materyallerden faydalanılmamıştır. Yapılan analizler tamamen konuşma metinleri ile sınırlıdır. Bu yönüyle çalışma, *eleştirel* bir yaklaşımdan ziyade betimleyici bir yöntem üzerine oturtulmaya çalışılmış, konuşmaların mümkün olduğunca nesnel bir biçimde, “saf biçimleri” ile aktarılması hedeflenmiştir.

4. Araştırmanın Bulguları

Araştırmada kullanılan temel kodlar; “insan hakları”, “hukuk”, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, “kuvvetler ayrılığı”, “yargı”, “laiklik”, “Anayasa Mahkemesi”, “siyaset”, “demokrasi” ve “anayasa” dır. Bunlar Tablo 2’de gösterildiği üzere bazı alt kodlara ayrılmıştır. Bu şekilde Haşim Kılıç’ın tematik olarak *insan hakları, siyaset-anayasa yargısı ilişkisi, demokrasi ve hukuk* kavramlarına ilişkin yaklaşımına dair bazı ipuçlarına ulaşılmış ve bunlar üzerinden çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır.

Haşim Kılıç'a Armağan

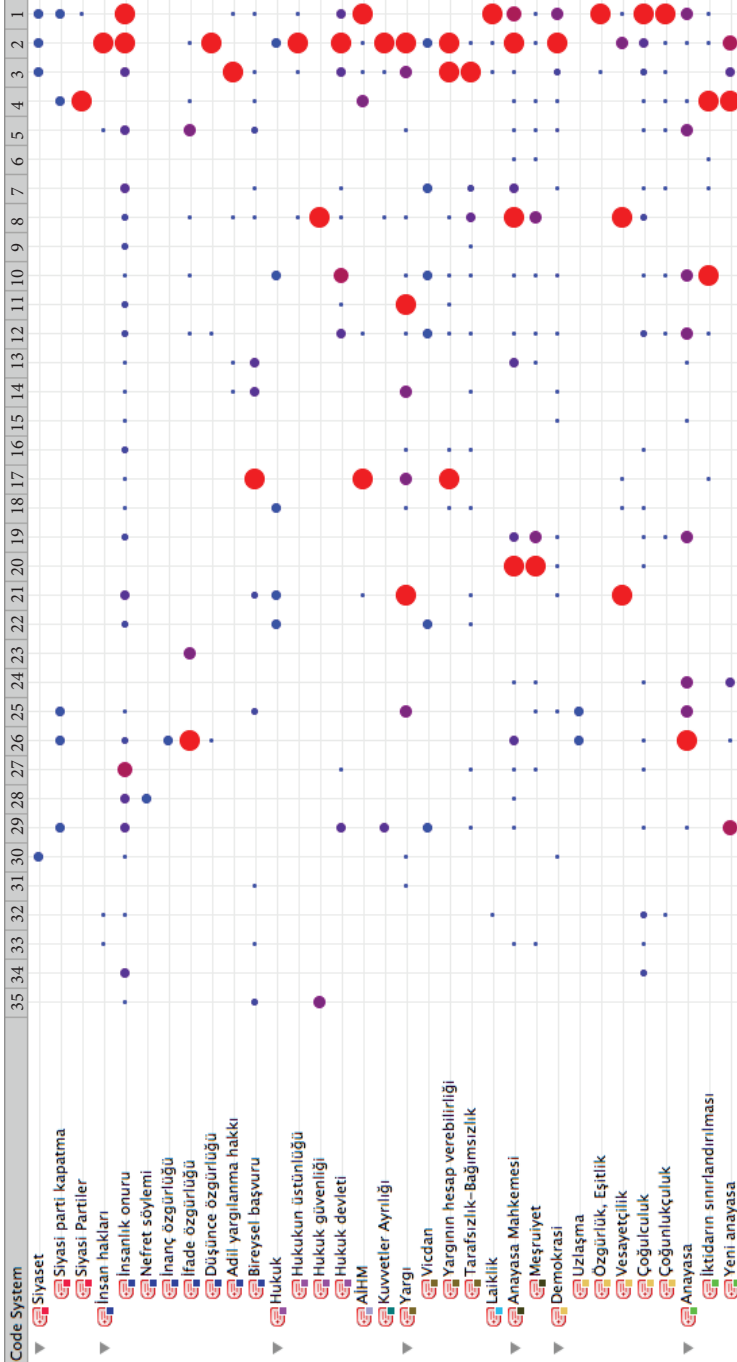
Tablo 2. Konuşmalara İlişkin Kodlar ve Alt Kodlar

Kod	Alt Kod	Kod	Alt Kod
İNSAN HAKLARI	• İnsanlık Onuru • Bireysel Başvuru • Nefret Söylemi • İnanç Özgürlüğü • İfade Özgürlüğü • Adil Yargılanma Hakkı • Düşünce Özgürlüğü	LAİKLİK	-----
HUKUK	• Hukuk Devleti • Hukukun Üstünlüğü • Hukuk Güvenliği	ANAYASA MAHKEMESİ	• Meşruiyet
AİHM	-----	SİYASET	• Siyasi Partiler • Siyasi Parti Kapatma
KUVVETLER AYRI- LIĞI	-----	DEMOKRASİ	• Uzlaşma • Özgürlük-Eşitlik • Vesayetçilik • Çoğulculuk • Çoğunlukçuluk
YARGI	• Yargının Hesap Verebilirliği • Vicdan • Tarafsızlık-Bağımsızlık	ANAYASA	• İktidarın Sınırlandırılması • Yeni Anayasa

S. Güler: Konuşmalarda A.Y.M.'nin Dönüşümünün İzlerini Sürmek

Bazı kodlar alt kodlar ile birlikte değerlendirilmesine rağmen bazı kodlar, yalnızca kod olarak değerlendirilmiştir. Örneğin "AİHM", "kuvvetler ayrılığı" ve "laiklik" alt kodlama yapılmadan değerlendirilen kodlardır. Bunun temel nedeni söz konusu kodların metin içindeki kullanımlarının bağlamlarının çok belirgin olmasından kaynaklanmıştır. Bu nedenle bu kodlarla ilişkilendirilebilecek alt kodlara yer verilmemiştir. Kaldı ki bu kodlara ait kavram haritaları da incelendiğinde bu durum açık biçimde görülebilir. Bunlar dışında özellikle insan hakları ve demokrasi kodlarının içerdikleri yoğunluk, bunların bileşenleri olarak nitelendirilebilecek diğer kavramlarla iç içe geçiyor olmaları, alt kodlara da yer verilmesine neden olmuştur.

Tablo 3. Kodların/Alt Kodların Konuşmalarda Kullanım Sıklığı



Tablo 1. Ulusal-Uluslararası/Açılış-Diğer Konuşmaların Kod Dağılımı (Yüzde)

KOD/ALT KOD	ULUSAL	ULUSLARARASI	AÇILIŞ YILDÖNÜMÜ	DİĞER	TOPLAM
<i>Siyaset</i>	37.50	12.50	37.50	12.50	100.00
- Siyasi Partiler	50.00	0.00	50.00	0.00	100.00
- Siyasi parti kapatma	50.00	0.00	20.00	30.00	100.00
<i>İnsan hakları</i>	43.75	6.25	37.50	12.50	100.00
- Nefret söylemi	0.00	50.00	0.00	50.00	100.00
- İnanç özgürlüğü	50.00	0.00	0.00	50.00	100.00
- İfade özgürlüğü	50.00	0.00	20.83	29.17	100.00
- Düşünce özgürlüğü	50.00	0.00	25.00	25.00	100.00
- Adil yargılama hakkı	50.00	0.00	35.71	14.29	100.00
- İnsanlık onuru	35.38	14.62	16.92	33.08	100.00
- Bireysel başvuru	44.23	5.77	11.54	38.46	100.00
<i>Hukuk</i>	40.00	10.00	10.00	40.00	100.00
- Hukukun üstünlüğü	50.00	0.00	50.00	0.00	100.00
- Hukuk güvenliği	50.00	0.00	50.00	0.00	100.00
- Hukuk devleti	42.11	7.89	23.68	26.32	100.00
<i>AİHM</i>	50.00	0.00	29.17	20.83	100.00
<i>Karvetler ayrılığı</i>	50.00	0.00	37.50	12.50	100.00
<i>Yargı</i>	38.00	12.00	14.00	36.00	100.00
- Yargının hesap verebilirliği	41.67	8.33	20.83	29.17	100.00
- Vicdan	41.67	8.33	8.33	41.67	100.00
- Tarafsızlık-bağımsızlık	38.64	11.36	22.73	27.27	100.00
<i>Laiklik</i>	50.00	0.00	40.00	10.00	100.00
<i>Anayasa Mahkemesi</i>	33.82	16.18	22.06	27.94	100.00
- Meşruiyet	31.58	18.42	18.42	31.58	100.00
<i>Demokrasi</i>	44.12	5.88	33.82	16.18	100.00
- Uzlaşma	50.00	0.00	0.00	50.00	100.00
- Özgürlük, Eşitlik	50.00	0.00	50.00	0.00	100.00
- Vesayetçilik	45.45	4.55	27.27	22.73	100.00
- Çoğulculuk	40.91	9.09	24.24	25.76	100.00
- Çoğunlukçuluk	40.91	9.09	27.27	22.73	100.00
<i>Anayasa</i>	45.45	4.55	13.64	36.36	100.00
- İktidarın sınırlandırılması	45.00	5.00	25.00	25.00	100.00
- Yeni anayasa	50.00	0.00	30.00	20.00	100.00
TOPLAM	33.82	16.18	10.29	39.71	100.00

a) Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında “İnsan Hakları”⁸

Haşim Kılıç'ın konuşmalarındaki dikkat çekici vurguların başında “insan hakları” gelmektedir.

Kılıç'ın insan haklarına dair yaklaşımında insanın doğuştan devredilemez ve vazgeçilemez bir şekilde sahip olduğu haklara vurgu yapan doğal hukuk düşüncesinin izlerini görmek mümkündür. 2009 yılında Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Yıldönümünde yaptığı konuşmada, “*demokratik hukuk devletin varlık nedeni, bireyin doğuştan ve sadece insan olmasından dolayı sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerini etkili bir şekilde korumak*” olduğunu belirtmekte, böylece demokrasinin ve hukuk devletin temeline de birey hak ve özgürlüklerini yerleştirmektedir.

Kılıç, 5 Kasım 2013 tarihinde Ehl-i Beyt Vakfı tarafından düzenlenen Muharrem İftarında yaptığı konuşmada, bugün hak ve özgürlüklerin bireyler için bir lütuf ve bağış olmadığını vurgularken farklılıkları temel alan çoğulcu bir demokrasi açısından temel hak ve özgürlüklerin taşıdığı önemi şu cümlelerle ifade etmektedir:

“... Farklılık ve çeşitliliği tehlikeli gelişme olarak nitelediğimiz sürece, özgürlük alanlarını genişletemeyiz. Dini, ırkı, mezhebi ya da herhangi bir ideolojinin mensupları kendi dışındakilerine ev sahibi edasıyla duruş sergileme hakkına sahip değildir. Hangi farklılığın mensubu olursa olsun, bu topraklarda yaşayan 76 milyonun her ferdi, bu ülkenin gerçek ev sahibidir. Biz, bütün farklılıkların, kandilleri değişik olsa da yansıyan ışıklarının aynı olduğuna inanıyoruz. Toplumun yüreğinde ve gönüllerinde oluşan sorunları ancak bu anlayışla çözebiliriz. Herkesin kendi doğrularını ve kırmızı çizgilerini sorgulama zamanıdır. Ayrışmaya yol açan bir tarih bilincinin sorgulanması ve temizlenmesi bir arada yaşama irademize güç katacaktır.”

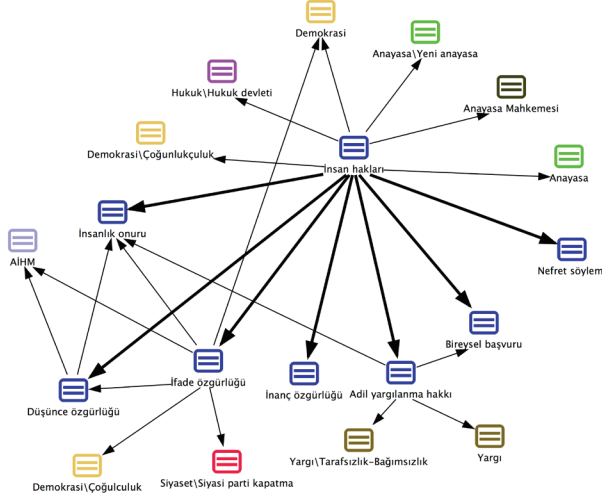
Tablo 2'den de görüleceği üzere insan haklarına dair kullandığı bileşenler; insanlık onuru, bireysel başvuru, nefret söylemi, inanç özgürlüğü, ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve düşünce özgürlüğü şeklinde sayılabilir. Bunlar içinde özellikle insanlık onuruna ayrı bir parantez açmak gerekmektedir. Ona göre, “İnsan tüm varlığın özü ve özettir. İnsan da ancak onuru ile insandır. Onursuz bir insanlık düşünülmemelidir.”⁹

8 Bu kavram aynı zamanda temel hak ve özgürlükler, birey hak ve özgürlükleri vb. kavramların yerine kullanılmış ve çalışmanın tümünde bu kavramlar arasında var olan terminolojik farklılıklar dikkate alınmamıştır.

9 Bkz. Haşim Kılıç'ın Kazakistan Anayasa Konseyi'nin “Anayasa Günü” Nedeniyle Yaptığı Yaptığı Açış Konuşması,

S. Gülener: Konuşmalarda A.Y.M.'nin Dönüşümünün İzlerini Sürmek

Şekil 1. Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında İnsan Hakları (Kavram Haritası)



i. İnsanlık Onuru

İnsanlık onurunun Haşim Kılıç tarafından oldukça sık kullanılan bir kavram olduğu görülmektedir. 2009 yılında Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Yıldönümünde yaptığı konuşmada Kılıç, insanlık onuru ile insanın özdeş kabul edilmesi gerektiğini, insanın nesne değil özne olması zorunluluğunu şu cümlelerle açıklamaktadır:

“İnsan ya da insanlık onuru denilen değer, kişinin ancak insanca yaşama tarzının korunmasıyla olanaklıdır. İnsan onuruna saygı, insanın ne olacağına ve nasıl olacağına kendisinin karar vermesini gerektirir. Köleliğin kötülüğü, köle olanın kendi kararını kendisinin verememesinde, efendisinin idaresine tâbi olmasında, kısacası özne değil nesne olmasında yatmaktadır. Oysa özgürlük kişinin nesne değil özne olmasını gerektirir.”

Kılıç, insanlık onurunun başlıca bileşenlerini “vücut bütünlüğüne saygı gösterilmesi ve onun korunması, hukukî ve sosyal eşitliğin tesis edilmesi, insani yaşam koşullarının sağlanması, insanın kendi öz tercihlerine göre kimliğini ve kişiliğini belirlemesi”¹⁰ şeklinde saymaktadır.

Şekil 1’den de görüleceği üzere Kılıç’ın konuşmalarında insanlık onuru, diğer pek çok kavramla ilişkili olarak ele alınmaktadır. Bu kapsamda özellikle yargı kurumunun önemli bir rol üstlendiğini belirtmekte, yargının ve yargıçların koruduğu ortak değerın insan onuru olduğuna işaret etmektedir.¹¹ Ona

10 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 47. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

11 Bkz. Anayasa Mahkemesi Haşim Kılıç’ın Uluslararası Mahkeme Yönetimi Sempozyumu Konuşması,

Haşim Kılıç'a Armağan

göre “... yargıç, verdiği kararlarıyla öncelikle insan onurunu gözeterek mağduru, daha sonra toplum vicdanını ve arkasından sanığın da vicdanını rahatlatmak zordur.”¹² Görüldüğü üzere insanlık onuruna uygun karar veren bir yargı sisteminin yalnızca yargıcın kendi vicdanını değil, aynı zamanda bir bütün olarak toplumun vicdanını tatmin edeceğini düşünmektedir. Bu anlamda “insan onuru ve hukukun üstünlüğü temeline oturan tarafsız ve güçlü bir yargı sistemi toplumun hayat sigortası olacaktır.”¹³ Böyle bir yaklaşımın beraberinde getireceği bir soru olan “Anayasa Mahkemesinin insanlık onurunun korunması noktasında nerede durduğu” hususuna da değinen Haşim Kılıç, anayasa yargısının başlıca görevinin temel bir değer olan “insan onuru”nu korumak olduğunun da altını çizmektedir.¹⁴ Bunu yaparken de “...insan onurunun zorunlu kıldığı hak ve özgürlükleri, hiçbir ayırım yapmadan ve bir hesabın içinde bulunmadan, ilgisine ulaştırmaktan başka amacı olmayan bir yargı kurumu”¹⁵ olarak hareket edeceklerini belirtmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin varlık nede-nini insanlık onuru üzerine oturtan Kılıç, bu şekilde Mahkemenin meşruiyetini de bu kavram üzerinden üretmektedir.

Tablo 5. “İnsan Hakları” Kod ve Alt Kodlarının Birlikte Kullanım Sıklığı

Code System	İnsan hakları	Nefret söylemi	İnanç özgürlüğü	İfade özgürlüğü	Düşünce özgürlüğü	Adli yargılama hakkı	İnsanlık onuru	Bireysel başvuru
İnsan hakları								
İnsanlık onuru								
Nefret söylemi								
İnanç özgürlüğü								
İfade özgürlüğü								
Düşünce özgürlüğü								
Adli yargılama hakkı								
İnsanlık onuru								
Bireysel başvuru								

Hukuk sisteminde istikrarının ve tutarlılığının sağlanmasıyla elde edilecek başlıca kazancın, her ikisinin de kurumsal bir yapı içinde işlemesi sonucunu doğuracağı söylenebilir. Kılıç, bu kazancın ön şartı olarak da insanlık onurunu işaret etmektedir. Ona göre “doğuştan sahip olduğumuz ve insanoğlunun en değerli varlığı olarak tanımlanan “insanlık onuru”nu güvence altına alan anayasalar veyargı organları bu değeri koruyabildikleri ölçüde ölümsüzleşiyorlar.”¹⁶

İstanbul, 2 Kasım 2009.

12 Bkz. Anayasa Mahkemesi Haşim Kılıç’ın Ukrayna Anayasa Mahkemesinin 15. Kuruluş Yıldönümü Konuşması, Yalta, 19-22 Haziran 2013.

13 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 48. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması; Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Adli Yıl Açılış Töreni, 14 Ekim 2010.

14 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 15. Kuruluş Yıldönümü XXI. Yüzyılda Anayasa yargısı : “Özellikleri ve Gelişim Yolları” Konferansı’nda Yaptığı Konuşma, Bakü, 12 Temmuz 2013.

15 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 52. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

16 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 50. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

ii. İfade Özgürlüğü

Kılıç'ın insanlık onuruna dair yaklaşımında dikkat çeken bir diğer husus, bazı hak ve özgürlükler ile insanlık onuru arasında daha sıkı bir ilişkinin olduğuna ilişkin vurgusudur. Bu çerçevede özellikle düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğünün öne çıkan iki kategori olduğu görülmektedir. Ona göre bunlar birbirini tamamlayan iki hak alanı olarak görülmelidir. Hatta ifade özgürlüğü, düşünce özgürlüğünün dışarıya yansımaları sağlaması nedeniyle bir adım daha ileridedir. Çünkü "... konuşamadığımız yerde ancak kötülükler üretiriz. Düşünceyi açıklama özgürlüğü, herkesin kendi kimliğiyle ortaya çıkmasına olanak sağlayan, sahteliği ve ikiyüzlülüğü yok eden onurlu bir hayatın sigortasıdır."¹⁷ Bu nedenle düşüncenin bireyin kendi iç dünyasında kalması başka bir ifadeyle düşünceyi ifade özgürlüğünün "*içinden düşün*", mantığına indirgenerek hapsedilmesi bu özgürlüğün ortadan kaldırılması ile eşdeğerdedir."¹⁸

iii. İnanç Özgürlüğü

Kılıç'ın konuşmalarında ifade özgürlüğünün taşıdığı önemi anlayabilmek için yalnızca düşünce özgürlüğü ile ilişkisinin ele alınmasının yetersiz olacağı görülmektedir. Zira Kılıç, ifade özgürlüğünü inanç özgürlüğünün de bir yansıması olarak görmektedir. Ona göre "İfade özgürlüğü inançla ifade edilmediği sürece, dışarıya çıkarılmadığı sürece aynen düşüncede olduğu gibi hiçbir anlam ifade etmiyor. Eğer düşünceler kafalarda kilitliyse, inançlar kalplerde kilitliyse, bu düşüncenin, bu inancın hiçbir anlamı yoktur."¹⁹

iv. Adil Yargılanma Hakkı

Kılıç'ın temel hak ve özgürlüklere ilişkin öne çıkardığı bir diğer hakkın, adil yargılanma hakkı olduğu görülmektedir. Aslında bu ilişkinin temeli yukarıda da ifade edildiği üzere yargının insanlık onuru ile ilişkisine dayanmaktadır. Kurumsal bir yargı sisteminin kurucusu olan insanlık onurunun korunması ancak adil bir yargılanma hakkının tesisi ile mümkün olabilecektir. Zira Kılıç da bu yöndeki düşüncesini, ülkemizin adil yargılanma hakkı çerçevesinde yaşadığı sorunlardan bahsederken şu şekilde dile getirmektedir: "*Yargının bağımsızlığı, tarafsızlığı, adil yargılanma ve sorunlarla dolu işleyişine ilişkin konularda toplumun çok ciddi kaygısı, endişesi ve şikâyeti vardır. (...) Oysa insan onuru ve hukukun üstünlüğü temeline oturan tarafsız ve güçlü bir yargı sistemi toplumun*

17 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 47. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

18 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 47. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

19 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın Manisa Barosu'nda "Anayasa'daki Haklar ve Hürriyetler" Konferansı'nda Yaptığı Konuşma, Manisa, 29 Mart 2013.

hayat sigortasıdır...''²⁰

v. Bireysel Başvuru

İnsanlık onuru dışında Haşim Kılıç'ın konuşmalarında insan haklarına ilişkin temel bir öge "bireysel başvuru"dur. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile anayasal sistemimize giren bu yolun hayata geçirilmesi yine Kılıç'ın başkanlık döneminin önemli kilometre taşlarından biri olarak görülmelidir.

Kılıç'ın bireysel başvuruya dair yaklaşımının iki dönem içinde ele alınması gerekliliği, konuşmalardan çıkarılması gereken önemli bir husus olarak dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki 2010 öncesi dönemdir.

Kılıç, 2009 yılında Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Yıldönümünde yaptığı konuşmasında, aslında bireysel başvurunun, Türk anayasal sistemine giriş nedeni hakkında önemli ipuçlarını bulmak mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde Türkiye'nin sahip olduğu olumsuz sicile vurgu yapan Kılıç, söz konusu olumsuz tablonun nedeni olarak, yeterli iç hukuk yollarına sahip olunmamasını göstermektedir. Ona göre "...*bu konuda atılması gereken en önemli adım, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce başvuruların ülke iç hukukunda incelenmesini sağlayacak bir yöntem olan "anayasa şikayeti"nin hayata geçirilmesidir.*"²¹ Bireysel başvurunun kabul edilmesi durumunda Anayasa Mahkemesinin bir "özgürlükler mahkemesi" olma yolunda önemli bir ihtiyaç olduğunu dile getirmektedir.

Kılıç, bireysel başvurunun hayata geçirilmesinin demokrasi ve buna bağlı olarak çoğulculuğun da güçlendirilmesi adına ciddi bir rol üstleneceğini düşünmektedir. Ona göre bireysel başvuru yalnızca uluslararası yargı uygulamaları ile ülkemiz arasındaki uyumun sağlanmasına neden olmayacak, aynı zamanda "... *demokrasi yoluyla billurlaşan özgürlük talebi de devlet ve toplum hayatına egemen kılınabilecektir.*"²² Bu yönüyle bireysel başvurunun demokrasi-nin imkân tanıdığı özgürlük talebinin somutlaşmasına yardımcı olabileceğini düşünmektedir.

2010 yılında, bireysel başvuru yolunun anayasal bir mekanizma haline gelmesinin ardından Kılıç'ın konuşmalarının, bu yolun etkin bir biçimde işletilmesinin olanakları üzerine yoğunlaşmış olduğu görülmektedir. "*Bireysel başvurunun "etkin bir denetim yolu" haline gelmedikçe, hukuk dünyası tarafından kabul görmeyeceğinin bilinci içindeyiz*"²³ diyerek aslında bireysel başvurunun yalnızca bir mekanizma olarak Anayasa'da yer almamasını aynı zamanda hak

20 Bkz. *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 49. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.*

21 Bkz. *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 47. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.*

22 Bkz. *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 47. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.*

23 Bkz. *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 50. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.*

S. Gülener: Konuşmalarda A.Y.M.'nin Dönüşümünün İzlerini Sürmek

ve özgürlük ihlalleri için bir çözüm üreterek etkin bir yol haline getirilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Ona göre *“bireysel başvurunun etkin bir şekilde uygulanması hak ve özgürlüklerin standartlarını evrensel düzeye yükseltecektir...”*²⁴

Temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında her ne kadar bireysel başvuru yolu önemli bir imkan olsa da asıl olanın bir bütün olarak yargı sisteminin temel hak ve özgürlükleri korumadaki başarısıdır. Söz konusu duruma işaret eden Kılıç'a göre, *“bireysel başvuru yolunun başarılı olabilmesi için diğer hak arama yollarının etkin bir şekilde işletilmesi ve bütün devlet organlarının ortak irade ile hareket etmesi gerektiğini söylemek yanlış olamayacaktır.”*²⁵ Bireysel başvurunun bu duruma dair diğer yargı organlarını zorlayıcı bir işlev üstlenebileceğini, *“tüm yargı organlarını kuşatarak, adil yargılama konusunda daha duyarlı, davranmalarını sağlayacak önemli bir denetim yolu olacağını”* ifade etmektedir.²⁶

vi. Nefret Söylemi

İnsan hakları paradigmasının son yıllarda üzerinde durduğu önemli başlıklardan biri olan nefret söylemi-suçu, Haşim Kılıç'ın insan hakları ile bağlantılı gördüğü ve üzerinde durduğu önemli bir başlık olarak görülebilir. Kılıç'a göre nefret söylemi bugün dünyanın yaşadığı önemli sorunlardan biridir. Nefret söyleminin demokrasiye ve çoğulculuğa verdiği zararın da altını çizen Kılıç'a göre, *“nefret söyleminin doğurduğu iklimde, toplumlar ve devletlerarasında oluşan farklı inanç ve düşünceler bağlamındaki çatlaklar derinleşmekte sonuçta diyalog kurma ve uzlaşma şartları ağırlaşmaktadır.”*²⁷ Bu çerçevede nefret söylemi ile mücadelede anayasa mahkemelerinin üzerine düşen role de değinen Kılıç, *hak ihlallerinin sebep olduğu nefret kültürünün ortadan kaldırılması için Anayasa Mahkemelerinin hayati rolünü çok etkin şekilde kullanma zorunluluğu açık* olduğunu düşünmektedir.²⁸

b) Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında “Hukuk”

Haşim Kılıç'ın konuşmalarında yer tutan önemli kavramlardan bir diğeri “hukuk”tur. Kılıç, hukuk kavramını çeşitli bileşenler etrafında ele almakta-

24 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın AİHM'in Türkiye Kararları, sorunlar ve Çözüm Önerileri Konferansı'nda Yaptığı Konuşma, Ankara, 15 Kasım 2011.

25 Bkz. Haşim Kılıç'ın Atatürk Üniversitesi'nin 2012-2013 Akademik Yılı Açılış Töreninde Yaptığı Konuşma, Erzurum, 5 Ekim 2012.

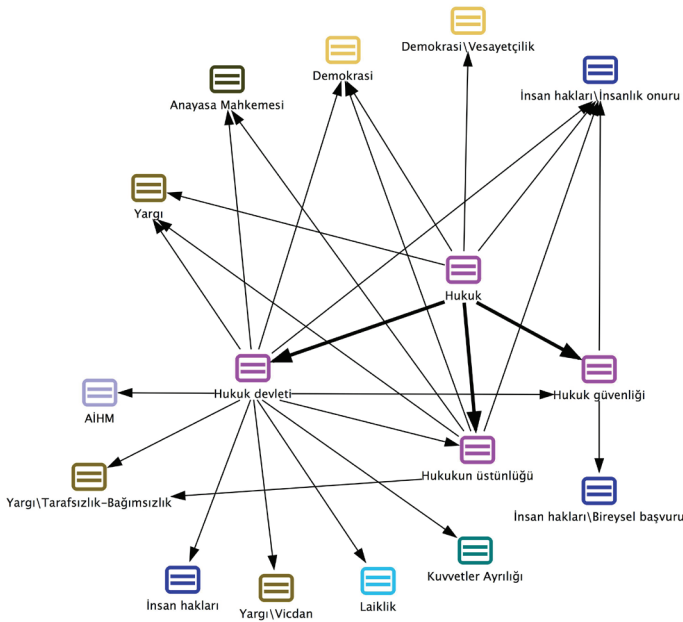
26 Bkz. Prof. Dr. Erdal Tercan'ın Anayasa Mahkemesi Üyelik Yemin Töreninde Yapılan Konuşma, Ankara, 1 Şubat 2011.

27 Bkz. Haşim Kılıç'ın Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 15. Kuruluş Yıldönümü: 20. Yüzyılda Anayasa yargısı , Özellikleri ve Gelişim Yolları Konferansında Yaptığı Konuşma, Bakü, 12 Temmuz 2013.

28 Bkz. Haşim Kılıç'ın Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 15. Kuruluş Yıldönümü: 20. Yüzyılda Anayasa yargısı , Özellikleri ve Gelişim Yolları Konferansında Yaptığı Konuşma, Bakü, 12 Temmuz 2013.

dır. Özellikle, *hukuk devleti, hukuk güvenliği, keyfi yönetim ve hukukun üstünlüğü* çerçevesinde şekillenen bir hukuk anlayışından bahsetmek olasıdır. Kılıç, hukuku özgürlük ile bağlantılı bir kavramsal bağlam içinde ele almakta, bireyin devlet karşısında sahip olduğu özgürlük alanının sınırlarını belirleyen temel unsur olarak değerlendirmektedir. Ona göre “*Hukuk, keyfi yönetimlere karşı bireylerin son sığınağıdır. Hukukun olmadığı yerde özgürlük de yoktur. Özgürlük, adalete dayalı bir hukuk düzeninin olduğu yerde korunabilir.*” Dolayısıyla Kılıç tarafından işaret edilen bu husus liberal bir anlayıştan izler taşımakta, klasik anayasacılık anlayışıyla da örtüşmektedir.

Şekil 2. Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında "Hukuk" (Kavram Haritası)



Kılıç, hukukun dönüştürücü gücüne de vurgu yapmakta onu; “*siyasal, kültürel ve sosyal hayatı dönüştüren çok güçlü bir araç*” olarak tanımlamaktadır. “*Bı aracın dönüştürücü gücünü, toplumu hizaya sokan vesayetçi bir anlayış için değil, insan onurunu huzura erdiren hak ve özgürlüklerin adil dağıtımında tüketmesi gerektiğini*” belirtmektedir.²⁹ Hukukun söz konusu dönüştürücü gücünün adaleti sağlamak için gerekli olduğunu ifade eden fakat hukukun bunu tek başına gerçekleştirmesinin zorluğuna değinen Kılıç’a göre, “*hukukun adalete dönüşmesi ancak ahlaki ve etik değerler ile insanlık onuru gibi üstün değerlerin katkılarıyla*

29 Bkz. Haşim Kılıç'ın Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu'nda Yaptığı Konuşma, Ankara, 2 Nisan 2012.

S. Gülener: Konuşmalarda A.Y.M.’nin Dönüşümünün İzlerini Sürmek

*mümkün olabilmektedir.*³⁰ Dolayısıyla Kılıç, hukukun temel amaçlarından olan adaletin tesisinin sağlanabilmesinin etik bazı değerlerle birlikte insanlık onuru ile desteklenmesi ile mümkün olabileceğine işaret etmektedir.

*i. Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü*³¹

Kılıç’ın konuşmalarında hukuka dair başlıca detaylardan birini hukuk devletinin “hukuk” kavramı ile kullanımının sıklığı meydana getirmektedir. Şekil 2’de de görüldüğü gibi hukuk devleti bu çerçevede merkezi bir kavram olarak öne çıkmaktadır. Hukuk devleti ile diğer birçok kavramın Kılıç tarafından aynı bağlam içinde kullanıldığı söylenebilir. Özellikle AİHM, kuvvetler ayrılığı, keyfi yönetim, Anayasa Mahkemesi, vicdan, laiklik, tarafsızlık-bağımsızlık, yargı, hukuk güvenliği ve demokrasi, bunlar içinde en çok öne çıkanlar olarak dikkat çekmektedir.

Tablo 6. “Hukuk” Kod ve Alt Kodlarının Birlikte Kullanım Sıklığı

Code System	Hukuk	Hukukun üstünlüğü	Hukuk güvenliği	Hukuk devleti
Hukuk				
Hukukun üstünlüğü				
Hukuk güvenliği				
Hukuk devleti				

Kılıç’a göre “(demokratik) hukuk devletinin varlık nedeni, bireyin doğuştan ve sadece insan olmasından dolayı sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerini etkili bir şekilde korumaktır.”³² Bu koruma ihtiyacının kaynağını “iktidar gücünün keyfi davranışlarının sınırlandırılması” şeklinde açıklamaktadır.³³ Hukuk devletine (evrensel) anayasacılık anlamında yüklenen anlam ile Kılıç’ın hukuk devletine yüklediği anlam arasındaki örtüşme aynı zamanda onun, hukuk devletini evrensel bir değer olarak gördüğü sonucuna bizi götürmektedir. Nitekim Kılıç, “hukuk devleti, demokrasi ve laiklik gibi evrensel değerlerin genetik yapısı değiştirilerek “bize özgü modeller” yaratılması sorunlarımızı çoğaltmaktan başka sonuç doğurmamış”³⁴ tespitinin arkasında da bu yaklaşımın izleri görülmektedir. Başka bir konuşmada hukuk devletini “evrensel ilkelerin ağırlıklı olarak uygulandığı, tüm eylem ve işlemlerin yargı denetimine tabi tutulduğu, insan haklarına dayanan, hukukun üstünlüğünün ve Anayasa’nın mutlak egemenliğinin var olduğu bir dev-

30 Bkz. Haşim Kılıç’ın Yargı Etiği Sempozyumunda Yaptığı Konuşma, Ankara, 15 Kasım 2012.

31 Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları, metinlerde kullanılan kodlamada aynı olarak kodlanmasına rağmen her ikisinin konuşmalarda kullanıldığı bağlamlar aynı olduğundan bu başlık altında yapılan açıklamalarda birlikte kullanılmıştır.

32 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 47. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

33 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 52. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

34 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 48. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

let..." biçiminde tanımlamaktadır.³⁵

ii. Hukuk Güvenliği

Haşim Kılıç'ın konuşmalarında hukuk devleti başlığı altında, merkezi konumda yer alan kavramlardan bir diğeri hukuk güvenliğidir. Hukuk güvenliğine dair vurgunun 2014 yılında yaptığı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 52. Yıldönümü Açılış konuşmasında oldukça güçlü bir tonla dile getirildiği dikkat çekmektedir. Bu konuşmada Hukuk devletinin belirgin özelliklerinden biri olarak hukuk güvenliği kavramına işaret etmektedir. Ona göre hukuk güvenliği (devlet) "*tasarruflarının öngörülebilir, ulaşılabilir açık ve şeffaf olmasıdır.*"³⁶ Bu aşamada hukuk güvenliğinin sağlanmasında asli rolü, yargı kurumunun üstleneceğini belirten Kılıç, vesayet altındaki bir yargının hukuk güvenliğini sağlamasının beklenemeyeceğini, böyle bir sistemin yönetenlerin güvenliğini sağlarken, ötekilere de ancak, korku, endişe ve umutsuzluk vereceğini söylemektedir.³⁷

c) Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)"

Kılıç'ın konuşmalarında AİHM'in işgal ettiği yer özellikle bireysel başvuru yolunun kabul edilmesine bağlı olarak önemli bir artış gösterdiği görülmektedir. Hem bireysel başvurunun kabul edildiği yıl olan 2010 öncesi hem de sonrasında AİHM'e vurgu yapılan konuşmaları söz konusudur. 2010 öncesi konuşmalarda AİHM'le ilgili yapılan atıfların AİHM önünde Türkiye'nin sahip olduğu olumsuz tabloya dair olduğu söylenebilir. Kılıç'a göre bu olumsuz tablonun oluşmasındaki en büyük etkenlerin başında, bu ihlalleri ülke sınırları içinde eritecek bir hukuksal mekanizmanın yer almaması neden olmaktadır. Ona göre "*bu konuda atılması gereken en önemli adım Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce başvuruları ülke iç hukukunda incelenmesini sağlayacak bir yöntem olan "anayasa şikayeti"nin hayata geçirilmesidir.*"³⁸

Bunun yanı sıra Kılıç, özellikle bazı hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin hassasiyetini ortaya koyarken de AİHM'in bunlara dair yaklaşımını önemli bir referans kaynağı olarak kullanmaktadır.

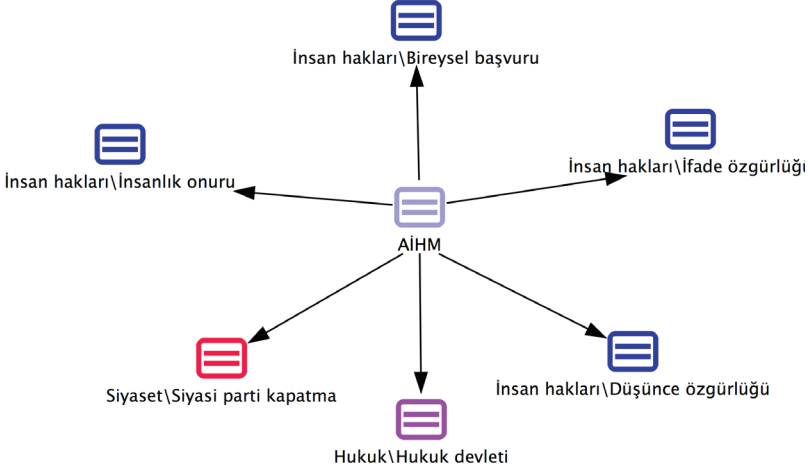
35 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 52. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

36 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 52. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması

37 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 52. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

38 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 46. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

Şekil 3. Haşim Kılıç’ın Konuşmalarında “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi-AİHM (Kavram Haritası)



Kılıç’ın konuşmalarında hukuk devleti, düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü, siyasi parti kapatma, insanlık onuru ve bireysel başvuru kavramlarının AİHM ile birlikte aynı bağlam içinde kullanıldığı görülmektedir.

Tablo 7. “AİHM” ile Bağlantılı Kullanılan Kavramların Kullanım Sıklığı

Code System	Siyasi parti kapatma	İnanç özgürlüğü	İfade özgürlüğü	Düşünce özgürlüğü	İnsanlık onuru	Bireysel başvuru	Hukuk devleti	AİHM
▼ Siyaset								
Siyasi parti kapatma	•							
▼ İnsan hakları								
İnanç özgürlüğü		•						
İfade özgürlüğü			•					
Düşünce özgürlüğü				•				
İnsanlık onuru					•			
Bireysel başvuru						•		
▼ Hukuk								
Hukuk devleti							•	
AİHM								•

AİHM’den bahsedilen konuşmalarda söz konusu kavramların kullanım sıklığı Tablo 7’de verilmiştir. İnsan hakları başlığı altında bireysel başvurudan bahsederken de belirtildiği üzere Kılıç, özellikle bireysel başvurudan bahsederken AİHM’i başlıca referans kaynağı olarak kullanmaktadır. Ona göre AİHM’in yargı yetkisinin kabul edilmesi, demokratik bir hukuk devleti olma yolunda önemli bir adımdır ve toplumda özgürlük bilincine ciddi katkılar sağlamaktadır.³⁹ Nitekim söz konusu temelden hareketle bireysel başvurunun kabul edilmesinin meşruiyet zeminini güçlendirmeye çalışmaktadır. Yukarıda “insan hakları” başlığı altında da kısmen ifade edildiği üzere özellikle

39 Bkz. *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 47. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması*.

düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğüne dair kullanımlarında AİHM'e zaman zaman atıflar yapmaktadır.

Bazı hak ve özgürlüklerden bahsedilen konuşmalarda dikkat çeken önemli bir husus bunların AİHM ile birlikte anılıyor olmasıdır. Kılıç, söz konusu hak ve özgürlükleri özellikle insanlık onuru kavramı ile açıklarken AİHM'i önemli bir referans kaynağı olarak kullanmaktadır. Örneğin 2010 yılında Anadolu Üniversitesi'nin Eğitim Yılı Açılışında yaptığı konuşmasında çok sesli bir toplumun önşartı olarak ifade özgürlüğünü gösterirken AİHM'in bir kararında belirttiği *"insanın maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının, doğal bir sonucu olan ifade özgürlüğünün çiğnenmesi, insanı insan kılan düşünme etkinliğinin dolayısıyla da insan onurunun çiğnenmesidir"* cümlesini insanlık onuru ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiyi göstermek adına kullanmaktadır.⁴⁰

Bugüne kadar Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlarda önemli bir yer işgal eden "siyasi parti kapatma" olgusu da Kılıç'ın AİHM'e ilişkin referanslarında dikkat çekici bir ağırlık göstermektedir.⁴¹

d) Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında "Kuvvetler Ayrılığı İlkesi"

Klasik anayasacılık düşüncesinin önemli bir ürünü olan "kuvvetler ayrılığı ilkesi"nin Haşim Kılıç'ın konuşmalarında otantik bağlamı içinde kullanıldığı görülmektedir. Ona göre, *"anayasal devletin temel niteliklerinden biri olan kuvvetler ayrılığının amacı, iktidarın tek elde toplanması sonucu temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesini engellemektir."*⁴² Bu nedenle, Kılıç, egemenliği kullanan üç organ olan yasama, yürütüme ve yargının farklı ellerde kullanılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu kuvvetlerden birinin egemenlik alanına genişletmeye çabalamasının, yine bu kuvvetler arasında bir çatışmanın da kaynağı olacağı uyarısında bulunmaktadır.⁴³

Kılıç, kuvvetler ayrılığının önemini vurgulamanın yanı sıra, bu ayrılığın devlet erklerine sağladığı bir çok imtiyazın da söz konusu kuvvetler tarafından istismar edilmemesi gerektiğine işaret etmektedir. Ona göre ... *"yasama, yargı ve yürütme gücünü kim kullanırsa kullansın, yasal güvencelerin arkasına sakanarak hukuk dışı yöntem ve yollarla ülkeyi, demokrasiyi ve cumhuriyeti kurtarma düşüncesi içinde olmamalıdır"*...⁴⁴

40 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın Anadolu Üniversitesi 2010-2011 Akademik Yılı Açılış Töreninde Yapılan Konuşma, Eskişehir, 4 Ekim 2010.

41 Haşim Kılıç'ın bu konuya dair yaklaşımı "siyaset" ve siyasi parti kapatma" başlığı altında ele alınacaktır.

42 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 47. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması; Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın TÜSİAD Yüksek İstişare Toplantısında Yaptığı Konuşma, Ankara, 30 Mayıs 2013.

43 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 47. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

44 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 48. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

S. Gülener: Konuşmalarda A.Y.M.'nin Dönüşümünün İzlerini Sürmek

e) Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında "Yargı"

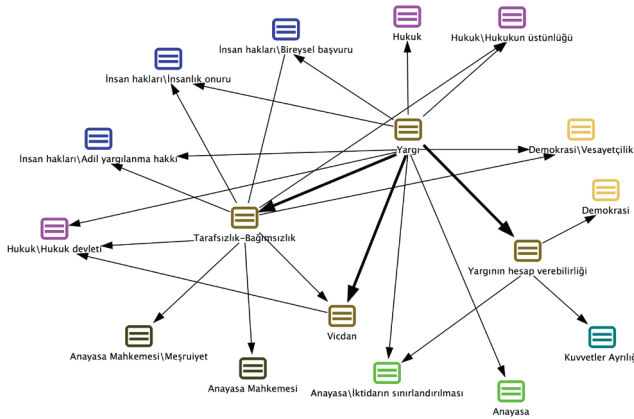
Haşim Kılıç'ın konuşmalarında yargı kurumuna ilişkin yapılan tespitlerin büyük oranda yargı sisteminin bir bütün olarak yaşadığı sorunlar üzerinden gerçekleştiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu sorunlar tarafsızlık-bağımsızlıktan, yargılama ve tutukluluk sürelerinin uzunluğuna varan geniş bir yelpazede dile getirilmektedir. Kılıç'a göre yargı tek bir cümle ile "*yaşanmış gerçeklere ulaşma sanatı*"dır.⁴⁵ Söz konusu gerçeklerin ortaya çıkarılmasının tek bir amacı vardır, o da adaletin tesis edilmesidir.

Tablo 8. "Yargı" Kod ve Alt Kodlarının Birlikte Kullanım Sıklığı

Code System	Yargı	Yargının hesap verebilirliği	Vicdan	Tarafsızlık-Bağımsızlık
Yargı				
Yargının hesap verebilirliği				
Vicdan				
Tarafsızlık-Bağımsızlık				

İnsanlık onuru başlığında da belirtildiği üzere Kılıç için yargı, adaleti sağlamakla aslında insanlık onuruna hizmet etmektedir. Çünkü "*yargı, insan onurunda doğan hasarları tedavi ederek onu huzura kavuşturan organlardır.*"⁴⁶ Böylesi erdemli bir görevi üstlenmiş olan yargının yaşadığı sorunlar da belirli dönemlerde özellikle *yargının hesap verebilirliği*, *tarafsızlığı/bağımsızlığı*, ve *yargı-cın vicdanı* üçgeninde Kılıç'ın gündeminin önemli bir parçası halini almıştır.

Şekil 4. Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında "Yargı" (Kavram Haritası)



45 Bkz. *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın İnsan Haklarını Koruma Mekanizması Olarak Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Toplantısında Yaptığı Konuşma*, Antalya, 27-28 Kasım 2014.

46 Bkz. *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın Kazakistan Anayasa Konseyi'nin "Anayasa Gününde Yaptığı Konuşma*.

i. Yargının hesap verebilirliği

Yargının hesap verebilirliği, verdiği kararların sorumluluğunu üstelenebilmesini ifade eden ve bu yönüyle yargının bağımsızlık ve tarafsızlığına hizmet eden bir duruma işaret etmektedir. Yukarıda, Kılıç tarafından yapılan tespit de ifade edildiği üzere insanlık onurunun korunması gibi bir görevi üstlenen yargının işleyişinin ve aldığı kararların şeffaf ve hesap verebilir olması bu anlamıyla hayati bir öneme haizdir. Kuşkusuz hesap verebilir bir niteliğe sahip olması çok çeşitli yollarla sağlanabilir. Kaldı ki, duruşmaların aleni yapılması, kararların temyiz süreçlerine tabi kılınması gibi yöntemlerin de temel amacı budur. Fakat bunların bir bütün olarak yargı sisteminin kriz içinde bulunması durumunda çok da işlevsel olacakları söylenemeyecektir. Bu da beraberinde yargı kararlarının kamuoyu nezdinde daha bilebilir ve tartışılabilir bir kapsam içine sokulmalarını gerektirebilir. Nitekim Kılıç'ın da tespitleri bu yönde gözükmektedir. Ona göre anayasal anlamda millet adına kullanılan yargı yetkisinin adalet duygusunu tatmin edebilmesi için kararların tartışılması, irdelenmesi ve eleştirilmesi gerekmektedir. Bu da yeterli değildir, aynı zamanda kurumlar kendi özeleştirilerini de yapmalıdır.⁴⁷ *"Zira hesap vermeyen bir yargının sınır tanımazlığı felaketlerin en büyüğü olarak ifade edilmektedir."*⁴⁸

Kılıç'a göre yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile yargının hesap verebilirliği arasındaki ilişki birbirini tamamlar niteliktedir. Yargının bağımsızlığının yargının hiç bir biçimde hesap vermeyeceği ve halka karşı kullanılabileceği imtiyazlar elde etmesi anlamına gelmeyeceğini söylemekte, aksi bir durumun oligarşik bir yapının oluşmasına zemin hazırlayacağı için demokratik işleyişe zarar vereceğini savunmaktadır. *"Bu nedenle yargının kamuya hesap vermesini sağlayacak demokratik yöntem ve usuller, yargıyı kara kutu olmaktan çıkararak onu gün ışığına çekmelidir."*⁴⁹

ii. Vicdan

Kılıç, tarafsız ve bağımsız bir yargı sistemi açısından hakimlerin vicdani kanaatlerinin rolünün oldukça önemli olduğunu düşünmektedir. Ona göre hak ihlaline uğrayan bireyler için hakimlerin vicdanları birer sığınak haline dönüşmektedir. Bu aşamada Kılıç, ihlali ortadan kaldırmak için hakimlinin özgür bir vicdana sahip olması gerektiğine işaret etmektedir. Aslında Kılıç, yargı

47 Bkz. *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 47. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması*.

48 Bkz. *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın Ufuk Üniversitesinin 2009-2010 Akademik Yılı Açılış Töreninde Yaptığı Konuşma*, Ankara, 29 Ekim 2009; *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın Anadolu Üniversitesi 2010-2011 Akademik Yılı Açılış Töreninde Yapılan Konuşma*, Eskişehir, 4 Ekim 2010.

49 Bkz. *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın Türk Yargı Sistemindeki Reformlar, Dünden Bugüne HSYK ve Avrupa Uygulaması ile Mukayese Sempozyumunda Yaptığı Konuşma*, 25 Ekim 2011.

S. Gülener: Konuşmalarda A.Y.M.'nin Dönüşümünün İzlerini Sürmek

bağımsızlığı ile tarafsızlığı arasındaki çizgiyi de bu noktadan çizmektedir. Başka bir ifadeyle yargı bağımsızlığı anayasal ve yasal güvencelerle sağlanabilirken, yargıcın tarafsızlığının kaynağı onun vicdanı olmalıdır. *“Bu nedenle hâkim tarafsızlığını etkileyebilecek öznel duygularına, düşüncelerine, ideolojisine, kutsallarına, dostluk ve düşmanlık hislerine karşı kayıtsız kalmak zorundadır.”*⁵⁰

iii. Tarafsızlık ve bağımsızlık

Haşim Kılıç'ın yargıya dair yaklaşımında oldukça güçlü bir vurgunun olduğu diğer iki kavram tarafsızlık ve bağımsızlık olarak göze çarpmaktadır. Hem hesap verebilirlik hem de vicdan başlığında bahsedildiği gibi tarafsızlık ve bağımsızlık yargı bağlamı içinde yer alan diğer kavramlarla da yakın ilişki içinde gözükmektedir.

Adaletin sağlanmasının önkoşulu olarak tarafsız ve bağımsız bir yargıyı gören Kılıç'a göre *“mahkemelerinin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlayamayan devletlerin uzun süre ayakta kalması asla mümkün değildir.”*⁵¹ Kılıç yalnızca adaletin değil aynı zamanda da hukuk devletinin temelinde de tarafsız ve bağımsız bir yargıyı görmektedir.⁵²

Kılıç'ın bağımsızlık ve tarafsızlığa dair tespitlerinde dikkat çeken bir husus, bunları yargının konjonktürel olarak yaşadığı sorunlar ekseninde tartışıyor olmasıdır. Bu sorunları da çok boyutlu bir düzlem içinde ele almaktadır. Bunlardan biri derece mahkemeleri üzerinde hem yüksek mahkemelerin hem de yüksek yargı kurullarının sergilediği tutumlarla alakalı gözükmektedir. Ona göre *“... yüksek yargı organları ile kurulların kürsü hâkim ve savcılar üzerinde oluşturduğu korku ve kaygılar giderilmedikçe bağımsızlıktan bahsedilemez. Zira tarafsızlığı da sağlayacak olan bağımsızlık, yargıcın zihnindeki beklentilerin, yüreğindeki kaygıların giderilmesiyle mümkündür.”*⁵³ Bu tespitte dikkat çeken başka bir husus yargı bağımsızlığını yargıç tarafsızlığının tamamlayıcısı olarak görmesidir.

Yargının tarafsızlık ve bağımsızlığı ile Kılıç'ın ilişkilendirdiği bir diğer sorun alanı adil yargılanma hakkı çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Buradaki tespitini toplumda ortaya çıkan endişelerin belirleyici olduğu anlaşılmakta-

50 Bkz. *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın Yargı Etiği Sempozyumunda Yaptığı Konuşma*, Ankara, 15 Kasım 2012.

51 Bkz. *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın IV. Uluslararası Mahkeme Yönetimi Birliği Sempozyumu'nda Yaptığı Konuşma*, İstanbul, 2 Kasım 2009.

52 Bkz. *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Adli Yıl Açılış Töreninde Yaptığı Konuşma*, Kosova, 14 Ekim 2010.

53 Bkz. *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın Türk Yargı Sistemindeki Reformlar, Düünden Bugüne HSYK ve Avrupa Uygulaması ile Mukayese Sempozyumunda Yaptığı Konuşma*, 25 Ekim 2011.

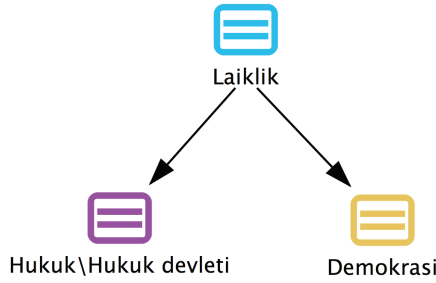
Haşim Kılıç'a Armağan

dır. Ona göre “yargının bağımsızlığı, tarafsızlığı, adil yargılanma ve sorunlarla dolu işleyişine ilişkin konularda toplumun çok ciddi kaygısı, endişesi ve şikâyeti vardır.”⁵⁴

f) Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında “Laiklik”

Laiklik konusunun Anayasa Mahkemesinin kurulduğu yıllardan itibaren, Mahkemenin gündeminin önemli bir parçası olduğu söylenebilir. Özellikle siyasi parti kapatma davaları ile adı sıkça anılan bir ilke olan “laikliğin”, Kılıç'ın başkanlık dönemi boyunca nasıl bir perspektif içinde anıldığı bu açıdan önemli gözükmektedir.

Şekil 5. Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında “Laiklik” (Kavram Haritası)



Tablo 9'dan da görüleceği üzere Haşim Kılıç'ın konuşmalarında laikliğin hukuk devleti ve demokrasi gibi iki evrensel değer ile beraber kullanıldığı söylenebilir. Özellikle demokrasi ile laikliğin birlikte daha sık kullanıldığı ifade edilebilir.

Tablo 9. “Laiklik” Kodunun İlişkili Olduğu Diğer Kodlar ve Birlikte Kullanım Sıklığı

Code System	Hukuk devleti	Laiklik	Demokrasi
Hukuk	●		●
Hukuk devleti	●	●	●
Laiklik	●	●	●
Demokrasi	●	●	●

Her şeyden önce ifade edilmesi gereken husus Kılıç'ın söz konusu kavramları evrensel bir perspektif içinde değerlendiriyor olmasıdır. Nitekim 2010

54 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 48. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması. Bu çerçevedeki tespitler “adil yargılanma hakkı” başlığında da ele alındığı için burada daha fazla ayrıntılandırılmayacaktır.

S. Gülener: Konuşmalarda A.Y.M.'nin Dönüşümünün İzlerini Sürmek

yılında Anayasa mahkemesinin Kuruluş Yıldönümünde yaptığı konuşmada buna ilişkin yaklaşımını şu cümlelerle açıklamaktadır: “Hukuk devleti, demokrasi ve laiklik gibi evrensel değerlerin genetik yapısı değiştirilerek “bize özgü modeller” yaratılması sorunlarımızı çoğaltmaktan başka sonuç doğurmamıştır.”⁵⁵ Bu anlamda Kılıç’a göre laiklik, “dinin devlet yönetimi ve siyasetten arındırılarak özgün yapısı içinde korunması, farklı inanç ve dinlerin ya da inançsızlıkların bir arada yaşamasının temel güvencesi”dir (...)”⁵⁶ Kılıç, laikliğin demokrasi ile bağlantısının da burada ortaya çıktığını ileri sürmekte, “bireyin siyasal yapının oluşumuna özgürce ve eşit olarak iştirak edemediği, bir azınlığın ya da çoğunluğun inançları nedeniyle siyasal katılımdan uzaklaştırıldığı yerde demokrasi olmayacağı gibi laiklikten de söz edilemeyeceğini” belirtmektedir.⁵⁷

g) Haşim Kılıç’ın Konuşmalarında “Anayasa Mahkemesi”

Anayasa Mahkemeleri özellikle demokratik anlamda meşruiyetleri konusunda üzerinde önemli tartışmaların yaşandığı kurumlar olarak dikkat çekmektedir. Bugün Anayasa’ya uygunluk denetimi yapan bu kurumların meşruiyetinin; temel hak ve özgürlükleri korumakta ne ölçüde başarılı oldukları ile ölçüldüğü söylenebilir. Haşim Kılıç’ın Anayasa Mahkemesinin meşruiyeti konusundaki yaklaşımının da bu yönde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim Şekil 6 incelendiğinde Anayasa Mahkemesine ilişkin konuşmalara hâkim olan bağlamın “meşruiyet” olduğu görülmektedir. Ancak Her ne kadar Kılıç’ın konuşmalarında Anayasa Mahkemesi “meşruiyet” kavramı ile birlikte değerlendirilse de, bu yapılırken diğer başlıklarda bahsi geçen kavramlar da zaman zaman Anayasa Mahkemesinin etrafında kullanıldığı tespit edilmiştir.

Haşim Kılıç’a göre, “anayasa mahkemeleri, halk iradesi sonucu ortaya çıkan yasa- ma ve yürütme organlarını sınırlandırmak amacıyla kurulmuşlardır. Bu mahkemele- rin meşruiyeti de temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla çoğunluğun iktidarını sınırlandırma işlevinden kaynaklanmaktadır.”⁵⁸

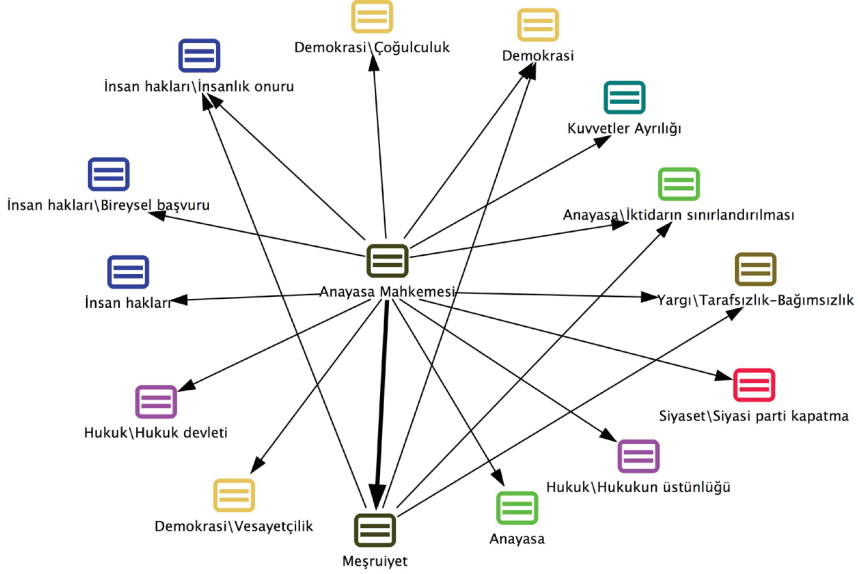
55 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 48. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

56 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 47. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

57 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 47. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

58 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 46. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

Şekil 6. Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında "Anayasa Mahkemesi" (Kavram Haritası)



Kılıç, anayasa yargısı'nın meşruiyetini sağlayan temel hak ve özgürlükleri koruma görevinden uzaklaştığında ve siyasi iradeyi vesayeti altına almaya çalıştığında meşruiyet krizi yaşayacağı uyarısını da yapmaktadır.⁵⁹

Anayasa yargısının varlık nedeninin temel hak ve özgürlükler üzerinden ele alan Haşim Kılıç, bu mekanizmanın demokrasiye yapabileceği olası katkılar noktasında da görüşlerini açıklamaktadır.⁶⁰ Ona göre Mahkeme, öncelikle hukuk devletine işlerlik kazandırmak suretiyle, kamu gücünün kullanan her organın bilinçaltına, Anayasa'ya aykırı düzenlemelerin Mahkemeden dönebileceği fikrini yerleştirmektedir. İkincisi, aynı zamanda çoğulculuk ile anayasa yargısı ilişkisini de ortaya koyan bir katkıdır. Başka bir ifadeyle anayasa yargısı na hakemlik yükleyen bir işlevin ürünüdür. Buna göre "bugün azınlıkta olan görüşlerin yarın iktidar olabileceği gerçeğinden hareketle, anayasa yargısı bu görev değişiminin sancısız şekilde yapılabilmesi, azınlık görüşlerinin de anayasal sistem içinde ifade edilebilmesi ve siyasi sistemin sağlıklı şekilde işlemesi için gayret göstermesi hâlinde demokratik topluma katkı sağlayabilecektir."

Üçüncü ve son katkı ise Anayasa'yı yaşayan bir belge haline getirmeyi ifade etmektedir. (Anayasaların) "Sabit ve değişmez metinlerin, toplumsal ihtiyaçları dikkate alarak zamanın ruhuna uygun olarak yorumlanması ve anayasaların yaşayan

59 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 46. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

60 Bu görüşler için bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın Asya Anayasa Mahkemeleri Birliğinin Açılış Toplantısında Yaptığı Konuşma, Seul, 21-22 Mayıs 2012.

S. Gülener: Konuşmalarda A.Y.M.'nin Dönüşümünün İzlerini Sürmek
metinler haline getirilmesi temel olarak anayasa mahkemelerinin görevidir.

h) Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında "Siyaset"

Haşim Kılıç'ın siyasete ilişkin tespitlerinin siyasal çatışma ve gerilim süreçleri üzerinden yaptığı söylenebilir. Ona göre "... demokratik bir rejimde siyaset sorun yaratmak değil, sorunları çözme sanatı'dır..."⁶¹ Siyaset kaynaklı gerilimin özellikle demokrasiye verdiği zarar üzerinde duran Kılıç, evrensel değerleri ulusal çıkarlar arasındaki dengede ulusal çıkarları önceleyen bir tavır sergilemelerini sorgulamaktadır. Bu durumdan kaynaklanan demokrasiyi ulusal sınırlara hapsedme çabasının evrensel anlamıyla demokrasiyi beslemekte yetersiz kaldığını ve siyaset kurumlarının "ulusal çıkar" kaygısının demokrasiye olan inancı ciddi anlamda zayıflattığını ifade etmektedir.⁶² Demokrasiye olan inancın zayıflaması ile birlikte demokratik talepleri karşılamakta yetersiz kalan siyaset kurumunun ortaya koyduğu performansın olası sonuçlarını değerlendiren Kılıç'a göre, "demokratikleşerek özgürlükçü bir düzene doğru gitmediği sürece, siyasal yapının toplumsal dönüşüme cevap verebilmesi olanaksızlaşacaktır."⁶³

i) Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında "Siyasi Partiler" ve "Siyasi Parti Kapatma"

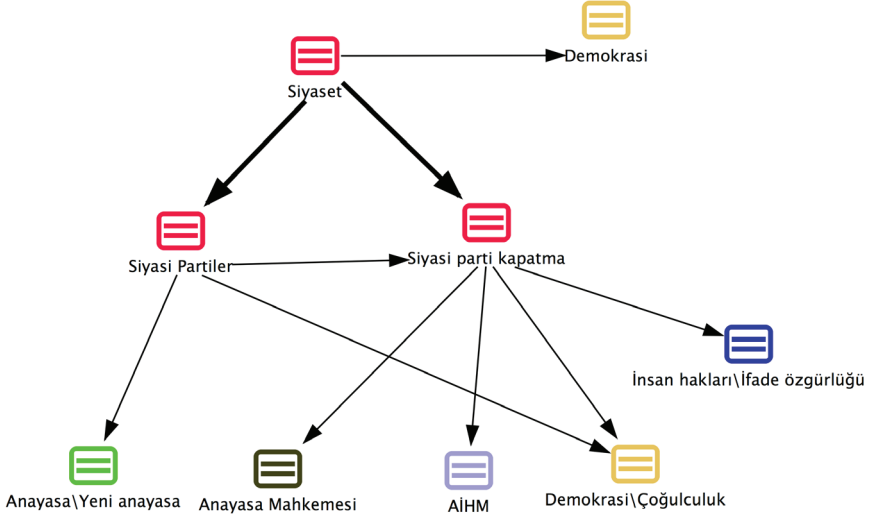
Tablo 10'dan da görüldüğü üzere Haşim Kılıç'ın konuşmalarında siyasi partilere dair yaptığı tespitlerin ağırlıklı olarak siyasi parti kapatma davaları üzerinden gerçekleştiği söylenebilir. Kuşkusuz bu durum doğal kabul edilmelidir zira bugüne kadar Anayasa Mahkemesine yöneltilen başlıca eleştirilerin başında siyasi parti kapatma davaları gelmektedir.

61 Bkz. "Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 46. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

62 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın Kazakistan Anayasa Konseyi'nin "Anayasa Günü" Nedeniyle Yaptığı Toplantıda Yaptığı Açış Konuşması.

63 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 46. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

Şekil 7. Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında "Siyaset" (Kavram Haritası)



2011 yılında Anayasa Mahkemesinin 2000’li yıllardan itibaren siyasi parti kapatma davalarında sergilediği tavır değişikliğinin altında yatan nedenin AIHM’in bu konuya ilişkin perspektifinin benimsenmesi olarak gösterirken “2001 ila 2010 yılları arasında ise on beş siyasi parti hakkında kapatma davası açılmış, bunlardan birisi hakkında kapatma kararı, on dava hakkında red kararı, dördü hakkında ise davanın düşürülmesine karar verildiğini” ifade etmekte, sonra AIHM’in etkisini şu cümlelerle anlatmaktadır:

“(…) 2000’li yıllardan sonra Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma davalarında başlattığı bu önemli değişikliğin sebebi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Mahkemesinin kararlarında belirtilen kriterleri esas olan bir yaklaşım göstermeye başlamasıdır. Başka bir anlatımla, terör, şiddet ve baskı bağlantılı parti çalışmaları dışında kalan faaliyetler, ifade ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirilerek, kapatma kararına dayanak teşkil eden delil olarak kabul edilmemiştir. Başka farklı düşünceler varsa da ana neden bu gerekçe üzerinde yoğunlaşmaktadır. Sebep ne olursa olsun parti kapatma davalarında ortaya çıkan bu sonuç, özgürlükler bağlamında çok önemli ve önemli olduğu kadar da demokrasi adına sevindirici bir gelişmedir. Siyasi partilerin ifade ve örgütlenme özgürlüklerine ilişkin alanın bu şekilde genişletilmesi, sorunları çözücü niteliği ile demokratik, laik hukuk devletinin güvencesi olmaya önemli katkı sunacaktır.”⁶⁴

Kılıç’ın siyasi parti kapatma davalarının ardından üzerinde durduğu bir diğer konu, mevzuattan hareketle, siyasi partilerin çoğulcu demokrasiler açısından değerlendirilmesine dönüktür. Örneğin yeni anayasa yapımına ilişkin

64 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 49. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

S. Gülener: Konuşmalarda A.Y.M.’nin Dönüşümünün İzlerini Sürmek

değerlendirmelerde bulunurken “yüzde on seçim barajı nedeniyle, temsil oranı sorunlu olan bir Meclisin tüm kesimlerinin yeni anayasa yapım sürecine dâhil edilebilmesinin yolunun, Parlamento dışında bulunan siyasi partilerle sıcak bir diyalogun kurulmasına bağlı olduğunu...”⁶⁵ belirtirken %10'luk seçim barajının varlığının parlamentonun temsil kabiliyeti noktasında sorun oluşturduğu tespitini yapmaktadır.

Tablo 10. “Siyaset” Kod ve Alt Kodlarının Birlikte Kullanım Sıklığı

Code System	Siyaset	Siyasi Partiler	Siyasi parti kapatma
▼ Siyaset			
Siyasi Partiler			●
Siyasi parti kapatma		●	

Siyasi Partiler Kanunu ile Anayasa arasındaki uyumsuzluğa da değinen Kılıç, demokratikleşmenin önündeki engellerden biri olarak Siyasi Partiler Kanunu’nu görmektedir. Bu çerçevede Kanun’un çağı yakalayan, çoğulculuğa ve temsili güçlendiren bir yapıya kavuşturulması gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁶

h) Haşim Kılıç’ın Konuşmalarında “Demokrasi”

Haşim Kılıç’ın konuşmalarında demokrasi kavramının sıkça kullanıldığı görülebilir. Şekil 8’den görülebileceği üzere Kılıç’ın, demokrasi ile yakından ilgili bir çok unsuru da demokrasi bağlamı içinde ele aldığı söylenebilir.

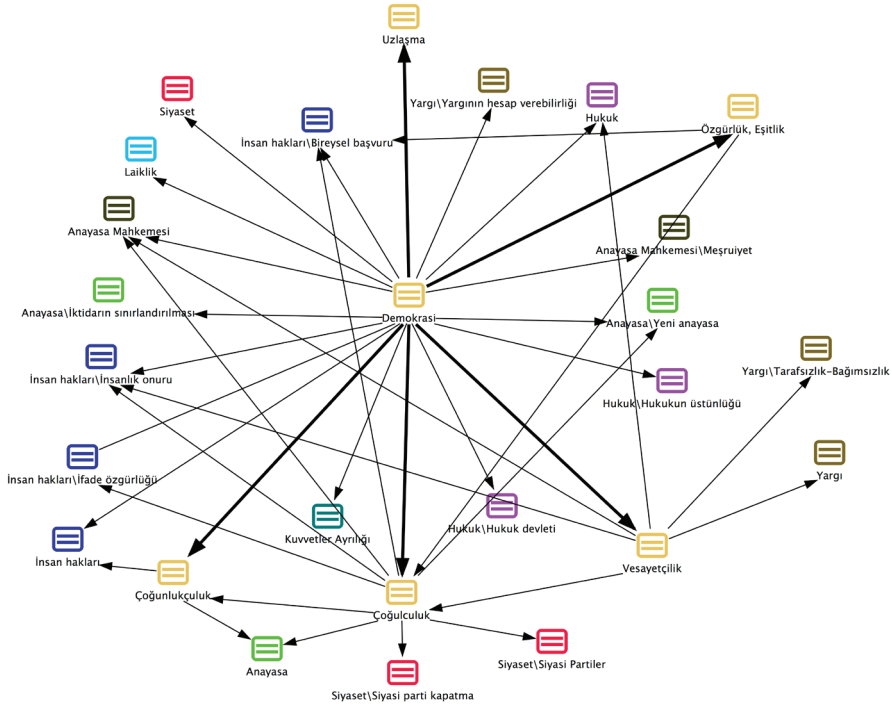
Kılıç’a göre demokrasi, “en geniş anlamda “halkın halk için halk tarafından yönetimi” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımda belirleyici olan ve demokrasiyi otoriter yönetim modellerinden ayıran “halk tarafından yönetim”dir. Halkın yönetimde özne olması da, ancak karar alma mekanizmalarına katılması ve belirleyici olmasıyla mümkündür.”⁶⁷ Amerika Birleşik Devletlerinin eski başkanlarından Abraham Lincoln ile özdeşleştirilen ve demokrasiyi “halkın yönetimi” ile ele alan bu tanımdan da anlaşılacağı üzere Kılıç, seçimleri demokrasinin önemli bir unsuru olarak kabul etmektedir. İlk bakışta demokrasinin prosedürel öğelerini önceleyen bu tanımın çoğunlukçu bir demokrasiyi övgüleyen bir zihin dünyasını yansıttığı düşünülebilir. Ancak bu, Kılıç’ın demokrasi ile birlikte değerlendirdiği bağlamlardan yalnızca biridir.

65 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 49. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

66 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 49. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

67 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 46. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

Şekil 8. Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında "Demokrasi" (Kavram Haritası)



Kuşkusuz demokrasinin başlıca şartı halkın seçimler aracılığıyla kendisini yönetecek olanları belirlemesidir. Ancak özellikle günümüz demokrasileri açısından böyle bir yaklaşım eksik kalmaktadır. Çünkü otoriter-totaliter bir çok rejimde de iktidarı kullanan kişi veya gruplarda sürekliliklerini “sözde” seçimler aracılığıyla sağlamaktadırlar. Bu rejimlerde azınlığın da iktidar olma şansının var olduğu, temel hak ve özgürlüklerin tanınıp, korunduğu ve hukukun üstünlüğüne dayanan bir demokrasi anlayışından bahsetmek çok olası gözükmemektedir. Bu noktada Kılıç’ın demokrasiye ilişkin başka bir tespiti ele almak yerinde olacaktır. Ona göre “... demokrasilerde elbette egemenlik halka ait olmakla birlikte, egemenliği kullanan siyasi çoğunluğun otoritesi de sınırsız değildir. Buradaki sınır, bireylerin hak ve özgürlükleridir. Ancak, bu hak ve özgürlüklerin belirlenmesi ve korunması sürecinde ciddi sorunların ortaya çıktığı da bir gerçektir.”⁶⁸ Çoğulcu demokrasi anlayışının izlerine ulaşılabilecek bazı imkanlar sunan bu tespitin doğrulayan başka bir sonuç Tablo 11’den da okunabilir.

68 Bkz. *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 47. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması*.

Tablo 11. “Demokrasi” Kod ve Alt Kodlarının Birlikte Kullanım Sıklığı

Code System	Siyaset	Siyasi Partiler	Siyasi parti kapatma	Demokrasi	Uzlaşma	Özgürlük, Eşitlik	Vesayetçilik	Çoğulculuk	Çoğunlukçuluk
► Siyaset									
► Demokrasi									
► Uzlaşma									
► Özgürlük, Eşitlik									
► Vesayetçilik									
► Çoğulculuk									
► Çoğunlukçuluk									

Tablo 11’den de görüldüğü üzere Kılıç’ın demokrasi ile aynı bağlamda kullanıldığı en önemli kavramın çoğulculuk olduğu söylenebilir. Çoğulculuğu ise çoğunlukçuluğun takip ettiği ifade edilebilir.

Böylesi bir tablonun ortaya çıkışında sınırları seçim kavramı ile belirlenen çoğunlukçu demokrasinin taşıdığı olumsuz çağrışımlardan yola çıkarak çoğulculuğun neden önemi olduğu vurgusunda bulunan Kılıç, sayısal üstünlüğe dayalı bir demokrasinin temel hak ve özgürlükler açısından sorunlu olduğunu şu ifadelerle dile getirmektedir: “(...) demokratik rejimlerde “bir sayı fazla ise hepsi benim” biçimindeki sayısal üstünlük anlayışı, temel hak ve özgürlükler alanında asla geçerli olmayan bir ilkedir. Azınlıkta kalan kesimlerin temel hakları da sayıların üstünlüğüne bağlı olmaksızın demokrasinin ve hukuk devletinin güvencesi altındadır.”⁶⁹ Çoğunluğun sahip olduğu hak ve özgürlükler ile azınlıkta kalanların hak ve özgürlükler arasında hiyererşik bir ilişki olmadığı üzerinde duran Kılıç, kişilerin yalnızca kendilerinin veya ait oldukları toplumsal grupların temel hak ve özgürlüklerini savunan bir yaklaşım içinde oldukları bir ortamda demokratik bir düzenden bahsedilemeyecektir.⁷⁰ Böyle bir ortamda “(...) özgürlük yalnızca bazıları için, eşitlik ve kardeşlik ise aynı inanca ya da ideolojik tercihe sahip olanlar arasında mümkündür.”⁷¹ Kaldı ki bir sonraki aşamada ortaya vesayetçi bir yapı çıkması olasıdır. Çünkü “herkesin aynı şekilde düşünmeye ve inanmaya zorlandığı bir ülkede çoğulcu demokrasiden bahsetmek mümkün değildir. Tek doğru anlayışı etrafında toplumu şekillendirmek isteyen bir siyasi yapı, bir adım ötede siyasi vesayetçiliğin tuzağına düşecektir.”⁷²

Kılıç, yalnızca çoğunlukçuluğun değil aynı zamanda toplumsal çatışmanın da varolduğu düzenlerde demokrasinin gelişemeyeceğini düşünmektedir. Çünkü demokrasinin barış kültürü üzerine inşa edilebileceğini düşünmektedir. Bu düşüncesini şu cümlelerle dile getirmektedir: “Eğer ki konuşamazsanız, diyalog kuramazsanız, vakıf olduğunuz sorunu nasıl çözeceksiniz? İşte bu sebeple demokrasinin bu müzakere niteliğinden, özerkliğinden, uzlaşmacı diyalog kurma özelliğinden faydalanarak sorunları çözmeye yolunda azami gayreti göstermemiz gerekiyor.”⁷³

69 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 48. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

70 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 50. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

71 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 47. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

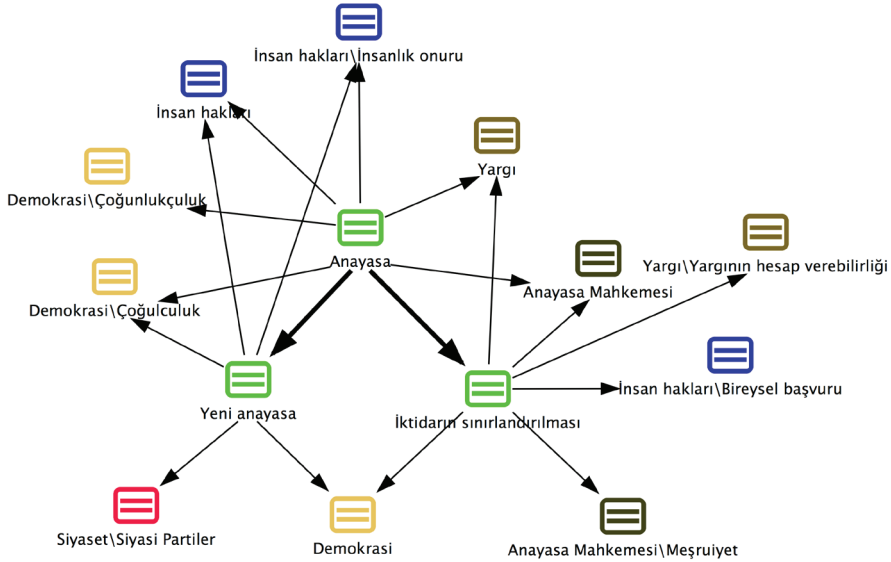
72 Bkz. Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 46. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması.

73 Bkz. Okan Üniversitesi Hukuk Söyleşileri: “Hak İhlali ve Bireysel Başvuru”, İstanbul, 30 Kasım 2012.

h) Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında "Anayasa"

Haşim Kılıç'ın anayasa kavramına dair yaklaşımının özellikle "iktidarın sınırlandırılması" ve "yeni anayasa" kavramlarına odaklandığı görülmektedir. Bununla birlikte Şekil 9'dan da takip edilebileceği üzere daha önceki başlıklarda bahsi geçen bir çok kavram ile de çeşitli bağlamlarda anayasa kavramına dair tespitlerde bulunulduğu söylenebilir.

Şekil 9. Haşim Kılıç'ın Konuşmalarında "Anayasa" (Kavram Haritası)



Özellikle *demokrasi*, *insan hakları*, *yargı*, *Anayasa Mahkemesi* gibi kavramlar, Kılıç'ın konuşmalarında zaman zaman anayasa ile ilişkili kullanıldığı görülmektedir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Sayın Haşim Kılıç'ın Anayasa Mahkemesi Başkanlığı döneminde yaptığı konuşmalar ve verdiği mülakatlar onun yalnızca belirli konularda nasıl düşündüğünü ortaya koymakla kalmayıp, 1961 Anayasası ile kurulan ve bugün itibarıyla 53 yaşında olan bir Mahkemenin yaşadığı dönüşümün de izdüşümlerini ortaya koymaktadır. Kuşkusuz bu çalışma Sayın Kılıç'ın Anayasa yargıcısı olarak altında imzası olduğu kararlara dair bir analiz içermemektedir. Ancak bir başkan ve idareci olarak Kılıç'ın yönettiği organizasyonu/Mahkemeyi nasıl etkilediğine ilişkin önemli ipuçları içermektedir. Hem örgütsel davranışın nasıl bir farklılaşma yaşadığı hem de organizasyonel dönüşümün hangi

S. Gülener: Konuşmalarda A.Y.M.’nin Dönüşümünün İzlerini Sürmek

yönde olduğuna bu ipuçlarından ulaşılması mümkündür. Böylece bir örgüt kültürünün oluşması ve bunun Mahkemenin yargı politikasına etkilerini ortaya konulması kolaylaşacaktır. Kaldı ki hak ve özgürlükler noktasında çok ciddi kararların verildiği bir dönemde, bu etkiyi ölçmek konunun önemini kanaatimizce daha da arttırmaktadır.

Tablo 3’de de görüldüğü üzere Haşim Kılıç’ın konuşmaları bir bütün olarak değerlendirildiğinde özellikle Kuruluş Yıldönümünde yaptığı konuşmalarda belirli kodların sıklığının arttığı görülmektedir. Bu kapsamda *demokrasi, anayasa, yargı ve insan hakları* gibi kavramlara dair vurgudaki artış dikkat çekicidir. Özellikle Başkanlık döneminin ilk konuşması olan 2008 konuşmasının ve bir sonraki yıl (2009) yaptığı konuşmada söz konusu kavramların öne çıktığı görülebilir. Kuşkusuz bu yıllarda cumhurbaşkanlığı seçimi kararı ve parti kapatma davaları nedeniyle Mahkemeye dönük yargısal aktivizm, siyasetin yargısallaş(tırıl)ması gibi eleştirilerdeki artışa karşılık olarak Kılıç, evrenselleşmiş tanımlar içeren kavramları daha fazla kullanmaktadır. Bu durum kuruluş yıldönümlerinde yapılan konuşmaların konjonktürel ve ya kamuoyunun gündemini oluşturan konularla ilgili mesajlar içerdiğine dair önemli bir göstergedir.

Kanaatimizce kuruluş yıldönümü konuşmalarının hem muhataplarının hem de kapsamlarının daha geniş olması, bu konuşmaların önemini arttıran ana etkindir. Zira bu konuşmaların devletin üst düzey tüm siyasetçi ve bürokratlarının yanı sıra ulusal (hatta uluslararası) medya organlarının önünde gerçekleştirilmesi, daha geniş bir etki doğurmaktadır. Bu nedenle söz konusu konuşmalarda kullanılan dilin ve verilen mesajların içeriğinin önemi bir kat daha artmaktadır. Haşim Kılıç’ın başkanlık dönemi boyunca ortaya çıkacak Mahkeme politikasının da ilk ipuçlarının bu konuşmalarda yer alması kanaatimizce önemlidir. Kaldı ki sıklıkları değişmekle birlikte yukarıda bahsi geçen kavramların daha sonraki birçok konuşmada istikrarlı bir biçimde kullanılması, Kılıç’ın tercih ettiği yargısal politığın sürdürülme iradesi açısından da bir kanıt olarak ileri sürülebilir.

Kuruluş yıldönümleri dışında gerçekleştirilen (özellikle ulusal) konuşmaların büyük ölçüde toplantının yapıldığı zaman ve mekan ile tematik bir örtüşme içinde olduğu görülmektedir. Tablo 3 incelendiğinde kavramların kullanım sıklıkları bu tespiti doğrular niteliktedir. Örneğin “bireysel başvuru” ve “AİHM” kodlarının sıklıklarının yüksek olduğu 15 Kasım 2011 “AİHM’in Türkiye Kararları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Konferansı’nda” yapılan konuşmada; “Anayasa Mahkemesi” ve “meşruiyet” kodlarının kullanım sıklığının yüksek olduğu 21-22 Mayıs 2012 tarihlerinde gerçekleştirilen “Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliğinin Açılış Kongresinde”

Haşim Kılıç'a Armağan

yapılan konuşmada; yeni anayasa yapımı çalışmalarının gerçekleştirildiği döneme denk gelen, “demokrasi”, “insan hakları”, “siyaset” gibi kodların sıklığının yüksek olduğu 30 Kasım 2012’de Okan Üniversitesi Hukuk Söyleşileri: “Hak İhlali ve Bireysel Başvuru” adlı mülakatta ve 29 Mart 2013 tarihinde Manisa Barosu “Anayasa’daki Haklar ve Hürriyetler” Konferansı’nda yapılan konuşmada bu durum açıkça görülmektedir.

Konuşmaların işaret ettiği belki de en önemli sonucun Haşim Kılıç’ın 2007 yılında başlayan Başkanlık döneminin Mahkeme adına *pro-aktif* bir sürece işaret etmesidir. Zira Mahkeme adına değişimi merkeze alan ve gelecekte ortaya çıkabilecek olası sonuçları öngörmeyi hedefleyen bir tercihin ürünleri olduğunu düşündüğümüz bu konuşmalarda kullanılan kavramların, Mahkeme politikasında ve verilen kararlarda büyük ölçüde karşılık bulması (her ne kadar farklı bir çalışmanın konusu olsa da) ortaya koyduğu tutarlılık itibarıyla tespitimizi doğrular nitelikte gözükmemektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

BİLİMSEL ÇALIŞMALAR

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN

(Anayasa Mahkemesi Başkanı)

TÜRKİYE’NİN ANAYASAL KİMLİĞİ VE “YENİ ANAYASA” ARAYIŞI*

GİRİŞ: Anayasal Kimliğin Vazgeçilmez Unsuru Olarak “İnsan Onuru”

Türkiye’de anayasa yargısının tarihi yazıldığında, Haşim Kılıç’a eminim önemli bir yer ayrılacaktır. Muhalefet şerhleriyle, kuruluş yıldönümlerindeki konuşmalarıyla, basın açıklamalarıyla, polemikleriyle ve yöneticiliğiyle Anayasa Mahkemesinin son çeyrek yüzyılına şimdiden damgasını vurmuş olan bir anayasa yargıcından bahsediyoruz.

Bilindiği üzere Kılıç, geleneksel anayasa yargıcılığının ötesinde toplumsal ve siyasal sorunlar karşısında duyarlı, ilgili ve aktif bir Mahkeme Başkanı olmuştur. “Yeni anayasa” tartışmaları sırasında görüşlerini toplumla paylaşmış, anayasa yapımı sürecinde rol oynayacak aktörlere tavsiyelerde bulunmuştur. Kılıç’ın yeni anayasa üzerine düşünceleri Anayasa’nın hazırlanma yöntemi ve hazırlanacak Anayasa’nın muhtevası konusunda yoğunlaşmaktadır. Bu düşünceleri bir cümlede özetlemek gerekirse, toplumun tüm kesimlerinin katılımıyla hazırlanacak, temel hak ve hürriyetlere dayanan, hukukun üstünlüğünü kurumsallaştıran, çoğulcu ve özgürlükçü bir Anayasa’nın savunulduğu görülmektedir.

Haşim Kılıç’ın mesleki hayatında söylem ve söylevlerine hakim olan “insan onuru” düşüncesi, yeni Anayasa’ya ilişkin görüş ve önerilerinin de özünü oluşturmuştur. Kılıç, anayasa yapıcılardan beklentisini şöyle ifade etmiştir: “Anayasa yapım sürecinde rol alan sosyal ve siyasal kurumların, değişmemesi gereken tek kırmızı çizgilerinin “insanlık onuru” olması ve bunu Anayasa’ya yansıtarak gelecek kuşaklara değerli bir miras bırakmaları beklenmektedir.”¹

Bu beklentinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli değildir. Lakin Türkiye’nin içinde bulunduğu coğrafya ve tevarüs ettiği miras, onun demokratik anayasal rejimi konsolide etmiş, sürdürülebilir bir ekonomik ve siyasi istikrarı yakalamış bir ülke olarak yoluna devam etmesini zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, tüm toplumsal ve siyasal aktörlerin katılımıyla hazırlanacak, insan

1 Haşim Kılıç, *Anayasa Mahkemesi’nin 51. Kuruluş Yıldönümünde Yapmış Olduğu Açık Konuşması*, 25 Nisan 2013. <http://www.anayasa.gov.tr/Baskan/Konusmalar/15/index.html>, erişim tarihi: 26.01.2015. Kılıç, bir başka konuşmasında da “Yeni Anayasa’nın odak noktasını oluşturacak “insanlık onuru” Anayasa’nın tüm hükümlerinin rafine edilmiş özetidir.” demek suretiyle insan(lık) onurunun yeni anayasada merkezi bir yere sahip olması gerektiğini ifade etmiştir. *TÜSİAD Yüksek İstişare Konseyi Toplantısında Yapmış Olduğu Konuşma*, 30 Mayıs 2013. <http://www.anayasa.gov.tr/Baskan/Konusmalar/16/index.html>, erişim tarihi: 26.01.2015.

onuruna ve onun kaynaklık ettiği temel hak ve özgürlüklere dayanan, demokratik, çoğulcu ve özgürlükçü bir Anayasa'nın yapılması hayati derecede önem arz etmektedir.

Ülkemizin adeta bitmeyen senfonisine dönüşen “yeni anayasa” üzerine bir deneme mahiyetinde olan bu makale, bu yöndeki arayışlara mutevazı bir katkı yapmayı amaçlamaktadır. Makale, üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, anayasa siyasetinin temel dinamikleri ile anayasal kimliğin oluşumu ele alınmaktadır. Burada tarihsel ve mukayeseli bir perspektiften anayasa yapımının yöntemi, yerelle evrensel arasındaki etkileşim sonucu şekillenen anayasal kimlik ve anayasa arayışını sürekli kılan faktörler üzerinde durulacaktır.

İkinci bölümde, anayasaların farklılıkların yönetimi konusunda oynadıkları işlev üzerinde durulacaktır. Anayasaların başarısı, toplumsal, siyasal ve kültürel açıdan farklı olan bireylerin ve grupların barışçıl birlikteliğini sağlayabilecek bir anayasal düzeni kurmalarına bağlıdır. Bu anlamda, farklılıkların yönetiminde benimsenebilecek üç tarz-ı siyaset olan asimilasyon, entegrasyon ve tanımanın anayasal yansımaları tartışılacaktır.

Üçüncü bölümde ise anayasaların tüm toplumsal ve siyasal sorunları dokunduklarında ortadan kaldıran sihirli değnekler olmadığı vurgulanacaktır. Bu bölümde, Anayasa'nın metni kadar, belki ondan daha fazla, yorumunun önemli olduğu, bu bağlamda özellikle anayasa mahkemelerinin yorum yoluyla anayasa siyasetinde ve kimliğinde etkili oldukları ifade edilecektir.

1. Anayasa Siyaseti ve Anayasal Kimlik

“Nasıl bir anayasa arıyoruz?” sorusu, anayasa siyasetinin kadim sorularındandır. Bu soru, anayasaların yapımına ilişkin metodolojik unsurları içerdiği gibi, anayasal kimliğin temel parametrelerine de işaret etmektedir. Anayasa siyaseti, anayasa yapımına veya değişikliğine dair sürecin tüm dinamiklerini ifade eden bir kavramdır. Bu sürecin aşamaları ve bu aşamalarda ortaya çıkan aktörlerin tutumları anayasal kimliğin oluşmasında belirleyicidir.

Anayasa yapımının aşamaları ve anayasal aktörlerin tutumları, dolayısıyla anayasaların kimliği elbette ülkelere göre değişebilmektedir. Bununla birlikte, demokratik rejimlerin olağan dönemlerinde anayasa yapımının veya değişikliğinin asgari bazı aşamaları olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu aşamalar; (a) yeni anayasa ya da anayasa değişikliği konusunda bir toplumsal veya siyasal iradenin ortaya çıkması, (b) bu iradenin sonucu olarak sadece anayasa yapmak üzere seçilen bir kurucu meclisin oluşturulması veya olağan yasama organının bu işle de görevlendirilmesi, (c) kurucu mecliste veya ola-

Z. Arslan: Türkiye'nin Anayasal Kimliği ve "Yeni Anayasa" Arayışı

ğan mecliste konunun tartışılması, tekliflerin müzakere edilmesi, (d) nihayet tekliflerin parlamentoda ya da referandumda anayasallaşması olarak ortaya çıkmaktadır.²

Bu noktada belirtmek gerekir ki, yeni anayasa yapmakla mevcut Anayasa'yı değiştirmek aynı değildir. Carl Schmitt, Anayasa'yı değiştirme yetkisinin "yeni anayasa yapma" yetkisi olmadığını, bu yetkinin ancak mevcut Anayasa'nın kimliğini ve sürekliliğini bir bütün olarak koruma şartıyla kullanılabilceğini belirtmektedir.³ Esasen, bu düşüncenin altında kurucu/kurulu iktidar ayrımı yatmaktadır. Fransız düşünür Sieyès'in anayasa teorisine kazandırdığı kurucu/kurulu iktidar ayrımı, öteden beri mevcut anayasal kurallarla bağlı olmadan anayasa yapan güç anlamında "kurucu iktidar" ile mevcut Anayasa'nın koyduğu kurallar çerçevesinde Anayasa'yı değiştiren güç olarak tanımlanan "kurulu iktidar"ı birbirinden ayırmak için kullanılmaktadır.⁴

Sieyès'in Fransız İhtilalinin arifesinde, dönemin Fransız siyasetinin şartlarını dikkate alarak geliştirdiği ve daha sonra diğer ülkelerin tecrübelerini açıklamak için de kullanılan bu kavramsallaştırmaya mutlak bir anlam ve işlev yüklemek doğru olmaz. Aksi takdirde, genellikle savaş, iç savaş, devrim ve darbe gibi anayasal düzenleri kesintiye uğratan olayların akabinde oluşan olağanüstü dönemlerde de facto olarak ortaya çıkan ve hiçbir anayasal/yasal sınıra tabi olmadan kurucu iktidar sıfatıyla anayasa yapan kişi veya organlara tanınan yeni anayasa yapma yetkisini, olağan dönemlerde demokratik seçimler sonucu ortaya çıkan meclislere tanımamak gibi çelişkili bir durumu ortaya çıkabilecektir. Oysa demokratik toplumlarda, anayasa yapma ve değiştirme gücü halka aittir. Halkın bu gücünü doğrudan veya dolaylı yollarla, bir kurucu meclis ya da olağan meclis eliyle kullanmak suretiyle yeni bir anayasa yapma veya mevcut anayasada kısmi ya da köklü değişiklik yapma yetkisi her zaman vardır. Bu açıdan bakıldığında, özellikle halkoylaması sonucu kabul edilen anayasa değişikliklerinde anayasa yapan kurucu/kurulu iktidar ayrımı belirsizleşmekte ve anlamını önemli ölçüde yitirmektedir.⁵

Öte yandan, sadece anayasa yapmak üzere oluşturulan bir olağanüstü mec-

2 Hiç kuşkusuz bu aşamaların süresi ve sürece dahil olan aktörler, devletlerin federal ya da üniter olmasına, siyasal kültürlerine, hukuk sistemleri ve geleneklerine göre değişiklik arz etmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde anayasa değişikliği, benzer aşamalardan geçse bile, uzun ve zorlu bir süreci gerektirmektedir. Bkz. Bruce Ackerman, *We The People: Foundations*, (Cambridge: Harvard University Press, 1991), ss. 272-290.

3 Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Trans. by Jeffrey Seitzer, (Durham & London: Duke University Press, 2008), s.150.

4 Emmanuel Joseph Sieyès, "What is the Third Estate?", *Political Writings*, Translated and edited by M. Sonenscher, (Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing, 2003), ss. 133-144. Bu konuda ayrıca bkz. Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 1998).

5 Bkz. Matthias Herdegen, "Anayasa Yapımının Sınırları", Çeviren: Naim Demirel, Otto Depenheuer & Christoph Grabenwarter (eds.), *Anayasa Teorisi - Verfassungstheorie*, Anayasa Hukukçuları Derneği, (Ankara: Lale Yayıncılık, 2014), s.367.

lis (kurucu meclis) eliyle yeni Anayasa'nın yapılmasının daha doğru olduğu savunulabilir.⁶ Ancak bu durum, normal dönemlerde demokratik seçimlerle oluşturulmuş, temsil kabiliyeti yüksek olağan yasama meclisleri tarafından yeni anayasa yapılamayacağı anlamına gelmez. Bu konu, son kertede, anayasa yapım sürecinin meşruiyeti sorunu değil, içinde bulunulan şartlara göre değişebilecek olan bir tercih sorunudur. Yeni anayasa yapımı ile mevcut Anayasa'nın tamamen ya da büyük ölçüde değiştirilmesi arasındaki fark da mahiyet farkından ziyade, bir derece ve şekil farkından ibarettir.

Bir Anayasa'nın olağan ya da kurucu meclis tarafından yapılması ile ortaya çıkan Anayasa'nın kimliği arasında doğrudan bir ilişki kurmak zordur. Burada asıl belirleyici olan, kurucu meclisin ya da olağan meclisin demokratik yollarla ve toplumsal temsili sağlayacak şekilde oluşturulmuş olup olmadığıdır. Anayasaların demokratik ve özgürlükçü olabilmesi için, yapım sürecinin de toplumsal katılımı ve müzakereyi en geniş şekilde sağlayacak nitelikte olması gerekir. Zira anayasaların içeriklerinden bağımsız olarak, yapım sürecinin özellikleri de anayasaları otoriter kılabilmektedir. Bu anlamda askeri veya sivil otoriter yönetim altında ve demokratik yollarla oluşturulmayan kurucu organlar eliyle yapılan anayasalar "otoriter" olarak nitelendirilmektedir.⁷

Anayasal kimliği asıl belirleyen, anayasa yapımı sürecine müdahil olan toplumsal, siyasal ve hukuksal aktörlerdir. Bu sürece parlamento, sivil toplum örgütleri, bürokrasi, medya, sanatçılar ve aydınlar, üniversiteler, sermaye kuruluşları, meslek örgütleri ve siyasi partiler gibi şu ya da bu şekilde ve ölçüde süreçte etkili olan resmi veya özel kişi ve kuruluşlar müdahil olabilmektedir. Bu kişi ve kuruluşların kimliği ve bu bağlamda tercihleri, süreç sonunda ortaya çıkacak olan Anayasa'nın kimliğini de belirlemektedir.

Jon Elster, anayasa yapımı sürecinde anayasa yapımcıları etkileyen üç temel motivasyonun çıkar, tutku ve akıl olduğunu belirtir.⁸ Bu üç unsurun etkisi zaman ve mekana göre değişmekle birlikte, optimal bir anayasa yapımı sürecinde çıkar ve tutkuların, ihtirasların etkisinin en az, aklın ise en fazla olması beklenir. Ancak bu her zaman mümkün değildir, çünkü 1974 İsveç Anayasası ve 1982 Kanada Anayasası gibi istisnalar dışında "yeni anayasalar, neredeyse her zaman kriz dönemlerinde veya benzeri olağanüstü durumlarda yazıl-

6 Örneğin Jon Elster, kurumsal çıkar kaygılarının en aza indirilmesi için Anayasa'nın olağan meclis tarafından değil, bu iş için oluşturulmuş bir kurucu meclis tarafından hazırlanması gerektiğini savunmaktadır. Jon Elster, "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process", *Duke Law Journal*, Vol. 45 (1995), s.395.

7 Bkz. Gabriel L. Negretto, "Authoritarian Constitution Making: The Role of the Military in Latin America", Tom Ginsburg & Alberto Simpser (eds.), *Constitutions in Authoritarian Regimes*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), s.84.

8 Elster, "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process", s. 376; Jon Elster, "Clearing and Strengthening the Channels of Constitution Making", Tom Ginsburg (ed.), *Comparative Constitutional Design*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), ss.16-17.

Z. Arslan: Türkiye'nin Anayasal Kimliği ve "Yeni Anayasa" Arayışı

mışlardır".⁹ Başka bir deyişle, anayasaların aslında sağduyu ve aklın egemen olduğu olağan dönemlerde yapılması gerekirken, genellikle anayasa yapımı için çok da elverişli olmayan, çıkar ve ihtirasların hakim olduğu türbülanslı dönemlerde yapılması bir paradoksu ifade eder.¹⁰ Bu nedenle, Türkiye'nin olağan şartlar altında, tüm toplumsal kesimlerin temsil edildiği bir süreçte yeni bir anayasa yapması, anayasa yapımının bu paradoksunun nadiren de olsa aşılabileceğini göstermek bakımından da önem taşımaktadır.

Bilindiği üzere, her arayış sürecinin bir arayanı, öznesi, bir de arananı, nesnesi vardır. Genellikle özne, nesneden önce gelir ve onu belirler. Bireyin kendi kaderini belirleyen, kimliğini tanımlayan, mutluluğu için her şeyi araçsallaştırabilen ve dış dünyasına şekil veren otonom bir varlık olduğu varsayılır. Bu anlamda arayışa konu Anayasa'nın kimliği arayanların kimliğinden bağımsız olarak düşünülemez.

Kimliklerimiz miras aldığımız, içine doğduğumuz, dolayısıyla hazır bulup benimsediğimiz ve sonradan kazandığımız unsurlardan oluşmaktadır. Başka bir ifadeyle, kimlik dediğimiz, zaman ve mekândan bağımsız, bireyin ya da grubun tamamen özgür iradesiyle boşlukta oluşturduğu bir tercihler manzumesi değildir. Hepimiz bir anlamda tevarüs ettiğimiz tarih ve kültürün, yaşadığımız coğrafyanın ve konuştuğumuz dilin ürünleriyiz. Kimliklerimizi, başkalarıyla birlikte ve bazen ötekilerin karşısında onların bizde görmek istediklerine karşı bir mücadele vererek, diyalojik bir ortamda oluştururuz. Kısacası, kimlik dediğimiz değerler ve davranışlar manzumesi, öteki ile kurduğumuz ve sürekliliği bulunan ontolojik ilişkinin ürünü olarak ortaya çıkmaktadır.

Seçtiğimiz ve içine doğduğumuz unsurların şekillendirdiği bireysel kimliklerimiz yatay ve dikey çeşitlilik içerir. Her birimiz dinsel, dilsel, etnik ve ideolojik pek çok kimliği aynı anda taşır ve bazı durumlarda da kendi içimizde kimlik çatışması yaşayabiliriz. Toplum da doğal olarak farklı kimliklere sahip bireylerden ve onların oluşturduğu topluluklardan oluşur. Dolayısıyla, tek bir kimliği esas alan, diğerlerini aynı potada eriten ya da dışlayan bir siyasi anlayış çatışmalara yol açabilecektir.

Diğer yandan, anayasaların kimliği ve meşruiyeti bir anlamda geçmişle ilişkileri sonucu belirlenir. Anayasal kimlik, Jacobsohn'un belirttiği gibi, geçmişe ait siyasi arzu ve bağlılıklarla, bunları bir şekilde aşmaya çalışan toplumsal eğilimler arasındaki diyalojik ilişkinin ürünü olarak ortaya çıkar.¹¹ Yeni anayasalar bir yandan geçmişin anayasal kimliğini ortadan kaldırmak, öte yandan da eski anayasal düzenin bazı unsurlarını muhafaza etmek suretiyle

9 Elster, "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process", s. 370.

10 *Ibid.*, s. 394.

11 Gary Jeffrey Jacobsohn, *Constitutional Identity*, (Cambridge: Harvard University Press, 2010), s.7, 13.

kimliklerini inşa ederler. Yeni anayasal kimliğin başarısı, geçmişi tamamen reddetme ile geçmişten bazı unsurları yeni kimliğe taşıma arasında hassas bir denge kurabilmesine bağlıdır.¹²

Yeni Anayasa'yı yapanların geçmişle kurdukları ilişkileri meşruiyet açısından da önemlidir. Fransız ve Amerikan devrimlerini bu açıdan karşılaştıran Hannah Arendt, ilginç sonuçlara ulaşmıştır. Geçmişten şiddetli ve radikal kopuşların yaşandığı Fransız Devriminin "büyük talihsizliği", kurucu meclislerin gerekli yetkiye/meşruiyete sahip olmamalarıydı. Fransız devrimcileri, devrimden menkul bir de facto meşruiyete sahip olduklarını düşünüyorlardı. Oysa, onlara yönelik eleştiri, bizzat kendilerinin "anayasa yapma yetkisine sahip olmadıkları", dolayısıyla "anayasa dışı" oldukları yönündeydi.¹³

Buna karşılık, Amerikan devriminin "büyük şansı", sömürge halkının çok önceleri oluşturduğu yönetim birimlerinin varlıklarını koruması, devrim sonrasında da yeni anayasa sürecinde kurucu güç olarak yerlerini almış olmasıdır. Başka bir ifadeyle, eyaletler düzeyinde kendi anayasal sistemlerini kuranlar, daha sonra bir araya gelerek federal düzeyde Amerikan anayasasını yapmışlardır. Böylece, geçmişle kurduğu bu süreklilik ilişkisi Amerikan anayasasını yapanların, Fransız devrimcilerinin içine girdikleri "kurucu/kurulu iktidar kısır döngüsü"ne girmelerini engellemiştir. Kısacası, devrimci şiddetin kurulu idari yapıya değil, sömürgeci güçlere yöneltildiği, dolayısıyla geçmişin ve bir anlamda geleneğin yeni formlar altında devam ettirildiği Amerika Birleşik Devletlerinde yeni anayasal düzen kurulurken yetki/meşruiyet krizi yaşanmamıştır.¹⁴

Türkiye'de Cumhuriyet dönemi anayasal kimliği de geçmişin reddi ve süreklilikler ekseninde şekillenmiştir. Bazı açılardan, geçmişten kopuşlar vardır. Osmanlı'dan laik Cumhuriyete geçişte somutlaşan Türkiye tecrübesi, yeni bir anayasal kimliği benimsemeden önce, mevcut anayasal kimliği yıkmaya yönelik girişimin dramatik bir örneği olarak görülmektedir.¹⁵ Diğer yandan, Cumhuriyet döneminin anayasal kimliği önemli ölçüde Osmanlı'dan tevarüs edilen unsurlarla şekillenmiştir. Gerçekten de, devletin bölünmez bütünlüğünden, vatandaşlık tanımına, temel haklardan devletin kutsallığına bugün tartışılan anayasal meselelerin köklerini Osmanlı anayasacılığında bulmak mümkündür. Dahası, yeni anayasal kimliğin en önemli unsuru olarak görü-

12 Michel Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, (London: Routledge, 2010), s.187.

13 Hannah Arendt, *On Revolution*, (Middlesex: Penguin Books, 1973), s.165.

14 *Ibid.*, ss.165-166. Diğer yandan, Amerikan ve Fransız anayasa yapımı tecrübelerinin ortak yanları için bkz. Jon Elster, "Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris", Michel Rosenfeld (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, (London: Duke University Press, 1994), ss.57-83.

15 Jacobsohn, *Constitutional Identity*, s.2.

Z. Arslan: Türkiye'nin Anayasal Kimliği ve "Yeni Anayasa" Arayışı

len seküler siyasi/hukuki düzenin bile Osmanlı tecrübesinden önemli izler taşıdığı söylenebilir.¹⁶

Bu anlamda Türk devriminin Fransız devrimi ile Amerikan devrimi arasında bir yerde durduğunu söylemek yanlış olmaz. Ancak, Türk devriminin özellikle sonuçları bakımından Fransız devrimine daha yakın olduğu da bir gerçektir. Bununla birlikte, eski anayasal kimliğin kademeli tasfiyesi ve bazı yapısal unsurların yeni döneme taşınması, Türkiye'nin meşruiyet krizini Fransa'ya oranla daha az yaşamasında belirleyici olmuştur. Bu anlamda Meşrutiyetten Cumhuriyete geçişte çok önemli devamlılıklar söz konusudur. Cumhuriyetin kurucuları, yetiştikleri Meşrutiyet döneminden tevarüs ettikleri kimliği önemli ölçüde yeni anayasal düzene yansıtmışlardır. En azından geçiş döneminde bu devamlılığın oldukça belirgin olduğu, özellikle siyasi ve toplumsal yapının en önemli unsuru olan din ile daha sonra "çağdaş uygarlık" olarak ifade edilecek olan idealin telifi bağlamında iki dönemin anayasacılığı arasında önemli benzerliklerin bulunduğu söylenebilir.

Halil İnalıcık'ın ifadesiyle, "Osmanlı Kanûn-i Esâsî'si "devletin dîni dîn-i İslâm'dır" derken, öbür taraftan bürokratlar, Fransız kanunlarını tercüme edip uygulamakta, bunu din ve devletin selâmeti için yaptıklarını ileri sürmekte idiler."¹⁷ 1921 Anayasasında "ahkâmı şer'iyenin tenfizi"nin Meclisin görevleri arasında sayılması (m.7), 1924 Anayasasında bu hükmün aynen korunması (m.26) ve "Türkiye Devletinin dini, Din-i İslamdır" hükmünün (m.2) Kanun-i Esasiden tevarüs edilmesi, eski rejimin sembolik unsurlarının geçiş döneminin pragmatik politikası gereği de olsa, yeni anayasal kimliğin unsurları olarak korunduğunu göstermektedir. Geçmişle kurulan bu yapısal ve sembolik ilişkinin, Cumhuriyetin kurucularının anayasa yapma meşruiyetini güçlendirdiği söylenebilir.

Anayasaların kimliğini belirleyen unsurların başında, hiç kuşkusuz, geçiş döneminin özellikleri gelmektedir. 1978 İspanya Anayasasından önce, anayasal demokrasiye geçiş ve yeni anayasal kimliklerin inşası bir şekilde şiddetle bağlantılı olmuştur. Bu geçişlerin, ya ABD ve Fransa'da olduğu gibi, iç çatışmaları izleyen devrimlerin sonucunda, ya da Almanya ve Japonya'da olduğu gibi, savaşın galibi güçlerin dayatmalarıyla yaşandığı bilinmektedir. İspanya Anayasası ise, bu iki örnekten farklı olarak, anayasal demokrasiye barışçıl geçişin başarılı bir örneğidir.¹⁸

16 Halil İnalıcık, *Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet*, (İstanbul: Eren Yayıncılık, 2005), s. 45: "Bugün Türkiye'nin, seküler siyasi sistemle yönetilen tek İslam ülkesi olması ve diğer İslam ülkelerinden farklı bir yol izlemesi olgusunun, büyük oranda Osmanlı geçmişiyle deneyimine dayandığını söylersek, abartmış olmayız".

17 İnalıcık, *Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet*, s.45.

18 Andrea Bonime-Blanc, "Constitution Making and Democratization: The Spanish Paradigm", Laurel E. Miller (ed.), *Framing the State in Times of Transition*, (Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 2010): 417-432. Demokrasiye "geçiş yolları" ve anayasa yapımı

Türkiye’de ise Cumhuriyet döneminin bütün anayasaları devrim veya darbe gibi olağanüstü gelişmelerin ürünü olarak ortaya çıkmıştır. 1924 Anayasası, Kurtuluş Savaşının ardından kurulan yeni parlamento tarafından hazırlanan, geçmiş anayasal kimlikle radikal kopuşları ve süreklilikleri içeren bir metindir. 1961 Anayasası ise şiddete dayanan bir askeri müdahalenin sonunda hazırlanmıştır. Nihayet mevcut Anayasa, 12 Eylül 1980 günü gerçekleşen askeri darbenin ürünüdür. Her üç Anayasa’nın yapımı sürecinde, kurucu iktidar kendisini önceki anayasal/yasal hükümlerle bağlı hissetmemiş, geçiş ve anayasa yapımı sürecinin kurallarını bizzat koymuştur. Ayrıca, bu anayasaların hiçbirisi, demokratik bir ortamda, katılımcı ve müzakereci bir yöntemle hazırlanıp geniş toplumsal kesimlerin uzlaşmasıyla kabul edilmiş anayasalar değildir.¹⁹ Bu durum, bir yandan toplumun farklı kesimlerinin gözünde anayasaların meşruiyetini tartışmalı hâle getirmiş, diğer yandan da demokrasi-nin pekişmesini olumsuz yönde etkilemiştir.²⁰

Türkiye’deki yeni anayasa yapım süreci, başarılı olduğu takdirde, kendine has özellikleri olan barışçıl geçişin bir örneği olarak kabul edilebilir. Ancak bizdeki durum bazı bakımlardan İspanya’daki süreçten farklılık arz etmektedir. İspanya Anayasası, otuz altı yıllık Franco döneminin sona ermesiyle birlikte başlayan yeni süreçte yapılmıştır. Oysa 1982 Anayasası, otoriter ruhu belli ölçüde korunmuş olsa da, yapılan değişikliklerle toplumsal gelişmelere paralel şekilde iyileştirilmiş, ilk haline nazaran daha demokratik ve özgürlükçü bir metin haline gelmiştir. Dolayısıyla, muhtemelen yeni anayasa, yıllar önce başlayan normalleşme sürecinin tamamlanması olarak tezahür edecektir.

Anayasalar yer ve zamandan soyutlanmış belgeler değildir. Her anayasa hazırlandığı dönemin ve coğrafyanın sosyo-ekonomik, siyasal ve kültürel ilişkilerinin ürünü olarak ortaya çıkar. Bu nedenle, anayasa yapımı kendine özgü bir tarihsel olaydır.²¹ Anayasa yapımının tarihselliği, ortaya çıkan anayasaların da fani olduğunu göstermektedir. Gerçekten de bazı anayasalar uzun yaşar, bazıları da kısa. Bir araştırmaya göre anayasa türünün ortalama ömrü on dokuz (19) yıldır.²² Anayasaların görece olarak uzun ömürlü olmaları, bü-

konusunda bkz. Ergun Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, (Ankara: Bilgi Yayınevi, 1993), ss.21-36; Yavuz Atar, *Demokrasilerde Anayasal Değişimin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, (Konya: Mimoza Yayınları, 2000).

19 Serap Yazıcı, *Yeni bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009), s.16.

20 Ergun Özbudun ve Ömer Faruk Gençkaya, *Türkiye’de Demokratikleşme ve Anayasa Yapımı Politikası*, (İstanbul: Doğan Kitap, 2010), ss.13-14.

21 Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject*, s.149. Ayrıca, bkz. Michel Rosenfeld, “Modern Constitutionalism as Interplay between Identity and Diversity”, Rosenfeld (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, s.35.

22 Zachary Elkins, Tom Ginsburg, James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), s.2.

Z. Arslan: Türkiye'nin Anayasal Kimliği ve "Yeni Anayasa" Arayışı

yük ölçüde tepkisellik derecesine ve gelişmelere adapte olabilme kapasitesine bağlıdır.

Diğer yandan, anayasal kural ve kurumların, tarihsel ve toplumsal şartların ürünü olarak şekillenmiş olması, bunların her toplum için kategorik olarak "doğru" veya "iyi" olarak nitelendirilmelerini imkansız kılar. Anayasa yapımı sürecinin kendine özgülüğü, anayasa yapımcıların ülkenin sosyo-kültürel özelliklerine ve sosyolojik gerçekliklerine uygun tercihlerde bulunmalarını zorunlu kılmaktadır.

Rousseau, Korsika için anayasa projesi önerirken, "halkın eğilimlerini ve ülkenin özelliklerini olabildiğince göz önünde bulundurmak" gerektiğini belirtmiş, bunu hukuk düzeninin temelini teşkil edecek esasların başında zikretmiştir.²³ Rousseau'ya göre, "her ülkenin doğasında ve toprağında bulunan nitelikler sonucu bir yönetim biçimi ötekine göre daha uygun olabilir".²⁴ Bu bağlamda, Korsika halkı yoksul olduğu için, en uygun yönetim biçimi "en az harcama gerektiren" yönetim biçimi olmalıdır: "Bu düzen genellikle cumhuriyet ve özellikle de demokrasidir."²⁵ Aynı şekilde, Korsika'nın insan kaynağını zenginleştirmesi ve bu çerçevede nüfusunu artırması gerektiğinden "toplum sözleşmesi"nin de buna yönelik düzenlemelere yer vermesi gerekir.²⁶

Hemen belirtmek gerekir ki, ülkelerin yerel şartlarının esas alınması, anayasacılık alanında ortaya çıkan uluslararası tecrübeye gözümüzü kapatmayı gerektirmez. Gerçekten de günümüzde anayasa yapımcıları, Anayasa'nın kimliğini, kurallarını ve kurumlarını belirlerken diğer ülkelerin yaşadıkları tecrübelerden, mukayeseli anayasacılığın oluşturduğu birikimden önemli ölçüde istifade etmektedirler.²⁷ Diğer yandan, anayasa yapımı sürecinde yerel/ulusal şartların gerektirdiği tercihlerin hukuk devleti, temel haklar ve güçler ayrılığı gibi anayasacılığın evrensel olarak kabul edilen ilkeleriyle uyumlu olmasına da dikkat edilmelidir.

Anayasal kimlik, evrensel ve yerelin etkileşimi sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda Türkiye'de anayasal kimlik krizini ve bununla bağlantılı olarak yeni anayasa arayışını sürekli kılan birbiriyle bağlantılı iki temel faktörden

23 Jean-Jacques Rousseau, *Anayasa Projeleri*, Çev. İ. Yerguz, (İstanbul: Say Yayınları, 2008), s.32.

24 *Ibid.*, s.34.

25 *Ibid.*, s.35.

26 Rousseau, Korsika halkını yurttaşlar, hemşeriler ve adaylar olmak üzere üç sınıfa ayırmakta, yurttaşlığın kaybedilmesini düzenlerken nüfusun artırılması amacını gözetmektedir. Rousseau'nun Korsika için önerdiği Toplum Sözleşmesi uyarınca "Kırk yaşına gelen, evlenmemiş ve evlenmeyecek olan her Korsikalı yurttaşlık hakkını ömür boyu kaybedecektir". Aynı şekilde, "Evlenmemiş hiçbir erkek miras bırakamayacaktır ve bütün malı mülkü toplumun olacaktır." Bu caydırıcı düzenlemeler yanında, nüfus artışını teşvik edici öneriler de vardır: "Beşten fazla çocuğa sahip her aileye komünden bir mülk verilecektir" (*Ibid.*, s.73, 74, 75).

27 Ran Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2014), s.3.

bahsedilebilir. Birincisi, milleti “adam etmeyi” kafasına koymuş devlet seçkinlerinin siyasal sisteme müdahaleyi en doğal hakları olarak görüp belli aralıklarla siyaseti kesintiye uğratmaları ve her defasında yeni bir anayasa ile vesayetçi bir rejim kurmalarıdır. İkincisi de, anayasa-yapıcı bu elitlerin ulus devletin tekçi, homojenleştirici paradigması içinde hareket ederek “sınıfsız, imtiyazsız, kaynaşmış kitle” yaratma projelerini Anayasa’ya yansıtmalarıdır. Böyle olunca da, hakim paradigmayı koruma ve kollama misyonuyla hareket eden, iktidar ilişkilerini de bu çerçevede değişen şartlara göre yeniden üreten, baskıcı ve ideolojik devlet aygıtlarıyla hegemonik pozisyonunu sürdüren sivil-asker bir bürokratik elitin anayasal düzeni şekillendirdiği gerçeği ortaya çıkmaktadır. Ortaya çıkan anayasa, evrensel düzeyde kabul gören demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan hakları gibi değerleri araçsallaştırmakta, kurumsal çıkarlara ve ideolojik tercihlere hizmet ettiği ölçüde bu kavramlara kıymet biçmektedir.

Buradan hareketle denebilir ki, yeni Anayasa’nın iki temel hedefi olmalıdır. Birincisi, iktidar haritasını vesayetçi yapıyı tamamen tasfiye edecek şekilde yeniden çizmek, dolayısıyla seçilmişlerin iktidarını gerçek manada tesis ederek bürokratik tahakkümün yarattığı “demokrasi açığı”nı kapatmaktır. İkincisi de, kimlikçi siyasetin tuzağına düşmeyecek şekilde farklılıkları zenginlik kaynağı olarak görüp, çoğulcu bir toplumsal ve siyasal düzenin oluşması için gerekli anayasal düzeni kurmaktır. Bu iki hedefin gerçekleşmesi, şu ana kadar şikayet edilen vesayetçi yapının oluşmasına katkıda bulunan ideolojik payandanın kaldırılmasına, devletin siyasal tarafsızlık ilkesi temelinde yeniden yapılandırılmasına bağlıdır.

Sartori’nin ifade ettiği gibi, anayasalar esas itibariyle iktidarın kullanımını ve sınırlarını düzenleyen usul kurallarına yer veren metinlerdir. Bu nedenle, “anayasalar içerik bakımından tarafsızdır ve öyle olmalıdır.”²⁸ Anayasa yapıcılar da, kendilerini politik kararları alacak olanların yerine koymadan, “yönetimin gereklerini yerine getirecek bir yönetim çerçevesi çizmekle ciddi olarak uğraşmak zorundadırlar.”²⁹ Bu durum, serbest seçimler sonucu iktidara gelen siyasi partilerin, anayasal sınırlar içinde, kendi parti programlarını hayata geçirmesine imkan verecektir.

Kısacası, hazırlanacak yeni Anayasa’nın ideolojik bakımdan nötr olması, belli bir dünya görüşünü vatandaşlara dayatmak yerine, herkesin şiddete başvurmadan ve başkalarını yok etmeye çalışmadan kendi dünya görüşüne uygun bir hayat sürmesi için gerekli siyasal ve hukuksal düzeni sağlaması

28 Giovanni Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine bir İnceleme*, Çev. Ergun Özbudun, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997), s.257. Siyasal tarafsızlık konusunda ayrıca bkz. Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), ss. 77-94.

29 Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, s.257.

Z. Arslan: Türkiye'nin Anayasal Kimliği ve "Yeni Anayasa" Arayışı
gerekir.

2. Farklılıkların Yönetiminde Üç Tarz-ı Siyaset

Türkiye'de anayasal kimliğin temel unsurlarından biri, hiç kuşkusuz devletin bölünmez bütünlüğü fikridir. Bu husus, Osmanlı-Türk anayasacılığında süreklilik arzeden konuların başında gelmektedir. Osmanlı devletini bütünlüğünü koruyarak kurtarma kaygısı, Kanun-i Esasinin ilk maddesine şu şekilde yansımıştır: "Devlet-i Osmaniye memalik ve kıtaatı hazırayı ve eyalatı mümtazeyi muhtevi ve yek vücud olmakla hiç bir zamanda hiç bir sebeple tefrik kabul etmez."³⁰ Bölünmez bütünlük ilkesi, 1961 ve 1982 Anayasalarında "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü" olarak yer almıştır.³¹

Ulus-devletlerde devletin ülkesi ve milletiyle tekliği/bütünlüğü fikri genel olarak kabul edilmektedir. Farklı ulusal toplulukların özerklik hakkını kabul eden İspanya Anayasası bile, 2. maddesinde "Anayasanın İspanyol milletinin çözülemez bütünlüğüne ve tüm İspanyolların ortak ve bölünmez ülkesine dayanmakta" olduğunu belirtmektedir. Ancak, liberal demokratik devletlerde bu teklik ve bütünlük fikri çeşitliliği kesinlikle dışlamamaktadır. Hâkim ulusal kimlik dışındaki etnik, dilsel ve dinsel toplulukların kimlikleri ve kültürel değerleri de koruma görmektedir. Bunun için devlet, anayasal olarak teminat altına alınan vatandaşlığın yanında, toplumsal çeşitliliği korumaya yönelik tedbirler de almaktadır.

Günümüz toplumlarının en temel özelliklerinden biri çeşitliliktir. Hemen belirtelim ki, çeşitlilik yüceltilmesi gereken kendi başına bir değer değildir. Aynı şekilde, bastırılması gereken bir durum da değildir. Çeşitlilik, sadece yaşamın bir gerçeğidir.³² İnsanın varlığını geliştirmesine katkı sağlayabilecek, ama aynı zamanda güven içinde yaşamasını engelleyebilecek potansiyele sa-

30 Diğer yandan, anayasal kimliğin inşasında söz konusu olan devamlılığı vatandaşlık konusunda da görmekteyiz. Kanun-i Esasinin 8. maddesine göre, "Devleti Osmaniye tabiiyetinde bulunan efradın cümlesine herhangi din ve mezhepten olur ise olsun bilâ istisna Osmanlı tabir olunur"du. 1924 Anayasasının 88. maddesi şu şekildeydi: "Türkiye ahâlisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibâriyle (Türk) itlak olunur." 1961 ve 1982 Anayasaları ise "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür" (m.54 ve m.66) ifadesine yer vermişlerdir. Esasen bu hükümler, Kanun-i Esasideki düzenlemenin devamı niteliğindedir. Tek önemli fark, "Osmanlı" sıfatının yerini "Türk" sıfatına bırakmasıdır. Elbette bu, çağrışımları ve sonuçları dikkate alındığında, küçümsenecek bir değişiklik değildir. Ancak, kavramın hukuksal tanımı ve statüsü bakımından çok şey değişmiştir. Her ikisinde de sıfat (Osmanlı ya da Türk), halkı oluşturan bireylerin devletle hukuksal bağını ifade etmek için kullanılmıştır.

31 Devletin bölünmez bütünlüğü ilkesinin Osmanlı'dan günümüze anayasal belgelerdeki yeri ve yorumlanması konusunda kapsamlı bir çalışma için bkz. Yunus Heper, *Beka Kaygısı: Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü*, (İstanbul: XVII Levha Yayıncılık, 2015), özellikle ss. 125-171.

32 Chandran Kukathas, *The Liberal Archipelago: A Theory of Diversity and Freedom*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), s.32, 246.

hip bir olgudur. Gerçekten de, farklılıkların ve görüş ayrılıklarının şekillendirdiği etnik, dinsel ve kültürel çeşitlilik, beraberinde uzun yıllar süren derin çatışmaları getirebilmektedir. Bu nedenle, farklılıkların barışçıl bir şekilde bir arada yaşatılabilmesi, siyaset ve anayasa teorisinin en kadim meselesidir.

Ulus-devletlerin geçirdikleri aşamalar dikkate alındığında, farklılıkların yönetiminde üç tarz-ı siyasetten bahsedilebilir. Birincisi, asimilasyon politikasıdır. “Türdeş ulus” idealini gerçekleştirmek için benimsenen yöntemlerin en katısı olan asimilasyon, hakim ulusun dışında kalan etnik ve/veya kültürel toplulukların kimliklerinin inkarı ve unutturulması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ancak, asimilasyonun mutlaka devlet eliyle gerçekleşmesi gerekmemektedir. Toplumsal dışlanmayı engelleme, gelecek nesilleri ekonomik açıdan güvenceye alma gibi bir dizi insani gerekçeyle azınlık mensuplarının gönüllü asimilasyonu da söz konusu olabilmektedir.

İkinci siyaset, entegrasyondur. Entegrasyonist politika, tek devlet-tek ulus idealini canlı tutmakla birlikte hakim ulusun dışındaki kesimlerin kültürel özelliklerini inkar etmez. Eşit vatandaşlık gibi, tüm toplum için ortak bir ethos etrafında farklılıklar buluşturulur. Genellikle, tek resmi dil vardır; ancak, azınlıkta kalan dillerin ve diğer kültürel özelliklerin özel alanda kullanılmasına da izin verilir. Entegrasyonist siyaset, siyasi toplulukların ayakta kalabilmesinin, belli ölçüde, ortak değerler etrafında bir sosyal birliği gerektirdiği düşüncesine dayanmaktadır.

Farklılıkların yönetimi konusunda üçüncü yol, “tanıma siyaseti” olarak da adlandırılan ve çok kültürlülüğü esas alan çoğulcu politikadır. Tanıma siyaseti, farklı ulusal, etnik, dinsel veya kültürel kimliklerin devlet tarafından tanınmasını ve kamusal alanda eşit şekilde var olmasını gerektirmektedir.³³ Kimliklerin bireysel ve toplumsal düzeyde diyalojik olarak, ötekilerle girilen “açık diyalog” ortamında şekillenmesi “eşit tanıma siyaseti”ni hayati derecede önemli hâle getirmiştir. “Sağlıklı bir demokratik toplumun uygun modu” olarak görülen eşit tanı(n)ma siyasetinin reddi, farklı gruplar açısından baskı ve zulüm doğurabilmektedir.³⁴ Dolayısıyla, “adil bir anayasa, vatandaşların farklı kültürlerini karşılıklı tanımayla başlamalıdır.”³⁵

Batı toplumlarında ulus devletlerin ulus-inşa süreçleri, farklı araçlarla, hakim toplumun siyasal ve kültürel üstünlüğünü pekiştirici, kamu kurumların-

33 Bkz. John McGarry, Brendan O’Leary ve Richard Simeon, “Integration or accommodation? The enduring debate in conflict regulation”, in Sujit Choudhry (ed.), *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation*, (Oxford: Oxford University Press, 2008), ss. 41-88.

34 Charles Taylor, “The Politics of Recognition”, Amy Gutman (ed.), *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, (Princeton: Princeton University Press, 1994), s.32, 36.

35 James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), s.8.

Z. Arslan: Türkiye'nin Anayasal Kimliği ve "Yeni Anayasa" Arayışı

da çoğunluğun dili ve kültürünün hakim olması, azınlık dil ve kültürünün ise kamusal alanda görünmez olması gibi sonuçlar doğurmuştur. Hemen her Batılı demokratik devlet ile post-komünist ve post kolonyal devletler şu ya da bu dönemde "ulusal türdeşlik" politikalarını izlemişlerdir.³⁶ Asimile ya da entegre edilmeye çalışılan topluluğun direnme gücüne bağlı olarak da bu politikalar başarılı ya da başarısız olmuştur. Tanıma siyaseti ise genellikle gönüllü bir tercihten ziyade, şiddet yöntemini veya ayrılmayı engellemek için zorunlu olarak başvurulmuş bir çözüm yolu olarak ortaya çıkmıştır.³⁷

Anayasal düzeyde tanıma, farklı etnik ya da kültürel grupların mutlaka ismen anayasada zikredilmesi ya da dillerinin resmi dil olarak kabul edilmesi anlamına gelmemektedir. Tanıma siyaseti, anayasalara farklı şekillerde yansır. Birincisi, en pasif düzeyde, herhangi bir etnik veya kültürel kimlik açıkça anayasada ifade edilmez, ancak zımnen tüm kimliklerin tanındığı varsayılır. İkincisi, anayasa ülkedeki kültürel ve dilsel çeşitliliği tanıdığını ve korumayı hedeflediğini genel olarak ifade edebilir.³⁸ Üçüncüsü, aktif tanıma olarak nitelendirilebilecek şekilde, anayasa açıkça bazı etnik grupları ve dilleri tanıdığını ilan edebilir.³⁹ Bir ülkedeki tüm etnik, kültürel ve dilsel kimliklerin anayasada ismen zikredilmesi, pratik olarak mümkün değildir. Ayrıca, anayasal yurtseverliğin gerektirdiği siyasal birliğin sağlanması açısından doğru da değildir.

Yeni anayasa çalışmaları sırasında, muhtemelen en şiddetli tartışmalar farklılıkların yönetimi konusunda hangi siyasetin anayasal olarak kabul edileceği konusu etrafında yaşanacaktır. Buradaki tercih, bir "ya/ya da" tercihi değildir. Her bir siyasetin kendi içinde haklılaştırılabilmesi, asimilasyon dahil şiddet içermeyen gönüllü birlikliklerin göründüklerinden çok daha karmaşık olmaları tercihi zorlaştırmaktadır. Diğer yandan, vatandaşlıktan ana dilde

36 Will Kymlicka, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, (Oxford: Oxford University Press, 2007), ss.63-64.

37 McGarry, O'Leary ve Simeon, "Integration or accomodation?", s.88.

38 İspanya Anayasasının Başlangıç ve 3.maddesinde İspanya halklarının kültür, gelenek ve dillerinin korunmasına ilişkin cümlelere yer verilmiştir. Bu Anayasa'nın 3.maddesinin 3.fıkrası şu şekildedir: "İspanya'nın farklı dillerinin oluşturduğu zenginlik, özellikle saygı duyulması ve korunması gereken bir kültürel mirastır." İsviçre Anayasası da, "ülkenin kültürel çeşitliliğinin yükseltilmesi"ni İsviçre Konfederasyonunun amaçları arasında saymaktadır (madde 2/2).

39 Güney Afrika anayasası, Başlangıç kısmında Güney Afrika'nın ülkede yaşayan ve çeşitlilikte birleşmiş olan herkese ait olduğunu ifade eder. Anayasa'nın 6.maddesi de resmi ve diğer dillerin korunmasına ayrılmıştır. Burada İngilizce dahil 11 dil resmi dil olarak ilan edilmiş (6/1), tarihsel olarak kullanımı ve statüsü ihmal edilmiş yerli dillerin kullanımını geliştirmek amacıyla devletin pratik ve pozitif tedbirler alması gerektiği bildirilmiş (6/2), ayrıca kanunla kurulan Güney Afrika Diller Birliği Kurulu'nun (a) tüm resmi dillerin yanında, Khoi, Nama ve San dillerini de geliştirmek için uygun şartları yaratması gerektiği ve (b) Almanca, Yunanca, Hintçe, Portekizce, Tamilce ve Urduca dili dahil Güney Afrika'daki topluluklar tarafından ortaklaşa kullanılan diller ile ülkede dini amaçlarla kullanılan Arapça, İbranice, Sanskritçe ve diğer dillerin yüceltilmesi ve saygı gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir (6/5).

eğitime bir dizi konuda birbiriyle çatışan taleplerin ve görüşlerin bulunması, diyalog, müzakere ve uzlaşma üzerine dayalı bir anayasa yapımı sürecini hayati kılmaktadır.

Farklılıkların yönetiminde esas olan, her bireyin ve grubun kendi “iyi” anlayışını rahatça ve barış içinde yaşayabileceği, herkesin kendisini siyasi toplumun eşit ve özgür üyesi olarak görebileceği bir anayasal düzenin kurulmasıdır. Böyle bir düzende devletin görevi, belli bir dünya görüşünü, ideolojiyi ya da moral anlayışı resmen kabul ederek, diğerlerini dezavantajlı duruma düşürmek değildir. Devletin görevi, tersine, herkesin kabul edebileceği minimum ahlaki standartlara dayanan eşitlikçi, özgürlükçü ve çoğulcu bir hukuk düzenini kurmak ve sürdürmektir.

Öte yandan, vatandaşlık gibi anayasal meseleler yeni Anayasa’nın getireceği özgürlükçü anayasal düzende çözüme kavuşacaktır. Son tahlilde bu tür konular, birlikte yaşamının esasına ilişkin değil, tali sayılabilecek ve pratik bazı uzlaşmaların sonucunda çözülebilecek meselelerdir. Burada önemli olan, insanların birlikte yaşamaya yönelik inançlarını pekiştirmek, bu yöndeki korkularını da izale etmektir. Spinoza’nın dediği gibi, “Devletin nihai amacı, korku yoluyla hükmetme, sınırlama, ya da itaate zorlama değil; tersine, her bireyi, tam bir güvenlik içinde yaşamasını sağlayacak şekilde, korkudan azat etmektir.”⁴⁰

3. Anayasa Her Şey Değildir!

Türkiye’de anayasalar, modernleşme hareketlerinin parçası olarak ortaya çıkmış ve baştan itibaren her türlü hastalığın devası olarak görülmüştür. Sözgelimi, Kanun-i Esasinin mimarı Midhat Paşa, anayasal rejimi ciddi reformların yapılabilmesi, farklı ulusal ve dinsel toplulukların uyum içinde yaşayabilmesi için olmazsa olmaz olarak görmüştür. Midhat Paşa’ya göre, anayasa “hastalıklarımızın yegane ilacı, iç ve dış düşmanlara karşı mücadelenin bize avantaj sağlayan tek aracıdır.”⁴¹

Midhat Paşa’dan bu yana, devlet seçkinleri Anayasa’yı farklılıkları bir arada yaşatma gibi kadim meseleleri çözmenin ve toplum mühendisliğinin etkili bir aracı olarak görmüşlerdir. Ancak, anayasa değişikliği veya yeni Anayasa’nın toplumun ve siyasetin köklü sorunlarını bir çırpıda çözecek, dokunduğunda tüm kötülükleri iyiliğe dönüştürecek sihirli bir değnek olmadığını kabul etmek gerekir.

40 Benedict de Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, Translated by R. H. M. Elwes, [Etext #992], 1997, Part IV, Chapter 4, para.18

41 Midhat Pasha, “The Past, Present, and Future of Turkey”, *The Nineteenth Century*, Vol.3, No. XVI (June 1878), ss.992-993.

Z. Arslan: Türkiye'nin Anayasal Kimliği ve "Yeni Anayasa" Arayışı

Sağlıklı bir anayasal demokrasi, toplumla devlet kurumları arasında değer çatışmalarının yaşanmadığı, çoğunluğu elde eden siyasi kadroların yönetime geldiği ve/fakat azınlıkta kalanların da temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı, en önemlisi herkesin kendisini eşit ve özgür vatandaş olarak görebildiği bir düzeni gerektirir. Anayasalar, vesayetçi bir yapı yerine demokratik bir hukuki düzenin kurulmasına ve bilhassa farklılıkların birarada yaşamasını sağlayacak siyasal ve hukuksal bir vasatın oluşmasına katkı sunabilirler. Ancak, hiçbir anayasa tek başına mucizevi sonuçlar yaratamaz.

Anayasaların varlığı bazen tek başına hiçbir anlam taşımayabilir. Sovyetler Birliği döneminde Anayasa'nın işlevsizliğini ifade etmek için bir fıkra anlatılır. Adamın biri, lokantaya gider, menüyü şöyle bir inceler ve "tavuk lütfe" der. Garson, "tavuk kalmadı" deyince, adam "o zaman et alayım" der. Garson "et de yok" cevabını verince, menüdeki diğer yemeklerden sipariş vermek ister. Lakin garson her defasında aynı cevabı verir. Bunun üzerine adam sinirle garsona şöyle seslenir: "Ben bunun anayasa değil, menü olduğunu düşünmüştüm".⁴²

Anayasaların başarısı, büyük ölçüde onu yorumlayacak ve uygulayacak olanlara bağlıdır. Bu bağlamda anayasa mahkemelerinin anayasa siyasetinde oynadığı role de değinmek gerekir. Anayasa mahkemeleri, üç yolla anayasa değişikliğinde belirleyici olabilmektedir. Birincisi, bu mahkemeler yorum yoluyla anayasal hükümlerin ne anlama geldiğini belirleme gücüne sahiptir. Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarından Charles Evan Hughes'a göre "Anayasaya bağlıyız, ancak Anayasa yargıçlar ne diyorsa odur".⁴³ Bu sözün "yanlış" olduğu ve "son derece tehlikeli bir kibir" içerdiği ileri sürülse de,⁴⁴ yorumun gücünü ve belirleyiciliğini vurgulaması bakımından çarpıcı olduğu açıktır. Gerçekten de, Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarına şöyle bir göz atmak bile, ulaşılan sonuçların gerekçelendirilmesinde anayasa metninin seremoniyel bir rol oynadığını ve daha çok Yüksek Mahkemenin önceki kararları ışığında değerlendirmeler yapıldığını görmek için yeterli olacaktır.⁴⁵

Anayasa mahkemelerinin veya yüksek mahkemelerin yorumu, bazı durumlarda anayasal hükmü koyanların iradesine zıt olabilmekte, bu da yorumdan sonra yeni bir anayasal kuralın ortaya çıkmasına yol açabilmektedir. Örneğin Türk Anayasa Mahkemesinin "367 kararı", Cumhurbaşkanlığı seçiminde ara-

42 Aktaran: Tom Ginsburg & Alberto Simpser, "Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes", Tom Ginsburg & Alberto Simpser (eds.), *Constitutions in Authoritarian Regimes*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), s.1.

43 *Addresses and Papers of Charles Evan Hughes*, Governor of New York, 1906-1908, (New York: G.P. Putnam's Sons, 1908), s.139. Hughes, çok atıf yapılan bu cümlemin devamında "ve yargı Anayasa'nın öngördüğü özgürlüğümüzün ve mülkiyetimizin koruyucusudur" sözünü Anayasa'nın ne anlama geldiğinin yargıçlar tarafından belirlenmesini tasvip etmektedir.

44 Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, (Princeton: Princeton University Press, 2006), s.112.

45 Bkz. David A. Strauss, *The Living Constitution*, (Oxford: Oxford University Press, 2010), s.33.

nan toplantı yeter sayısına ilişkin anayasal kuralı yorum yoluyla değiştirmiş ve bu anlamda yeni bir kural yaratmıştır.⁴⁶

İkincisi, bazı anayasa mahkemeleri anayasa değişikliklerini denetlemekte ve “negatif anayasa koyucu” olarak neyin anayasa olamayacağına karar verebilmektedir.⁴⁷ Örneğin 2008 yılında Anayasa’nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişikliklerin iptali, Türk Anayasa Mahkemesini neyin anayasa olamayacağı konusunda söz söyleme yetkisine sahip organ konumuna taşımıştır.⁴⁸ Üçüncü olarak, anayasa değişikliklerinin kısmi iptalinde anayasa mahkemeleri adeta “pozitif anayasa koyucu” olarak hareket etmekte ve bizzat anayasa kuralını belirlemektedirler. Örneğin Anayasa Mahkemesi 2010 anayasa değişikliklerini denetlerken bazı maddeleri kısmen iptal ettiğinde, bu maddeler farklılaşmış ve bir anlamda Anayasa değişikliğini yapan parlamentonun çıkardığı kuraldan farklı, yeni bir kurala dönüşmüştür.⁴⁹

Diğer yandan, anayasaları yorumlamakla görevli anayasa mahkemeleri veya yüksek mahkemeler, anayasal kimliğin inşası ve şekillenmesinde belirleyici rol oynamaktadırlar. Bu kaçınılmazdır, zira anayasaların genellikle soyut ilke ve kurallara yer verdiği düşünüldüğünde, anayasal kimliğin unsurları olan temel ilkeleri yorumlayan, bir anlamda onları ete kemiğe büründüren anayasa yargısıdır. Bu rolün tipik örneklerinden biri, Türk Anayasa Mahkemesinin anayasal kimliğin temel unsuru olarak kabul edilen laiklik ilkesine yönelik yaklaşımlarında görülebilir.

Laiklik, Türkiye’de anayasal kimliğin hakim unsurudur. Ancak, bu ilke ne geçmiş anayasalarda ne de mevcut anayasada tanımlanmıştır. Kavramı tanımlayan ve anayasallık denetiminde uygulayan Anayasa Mahkemesi, zamanla yaklaşımını değiştirebilmekte, bu da beraberinde anayasal kimliğin değişmesine yol açabilmektedir. Mahkeme, üniversitelerde başörtüsünü serbest bırakmaya yönelik yasal ve anayasal düzenlemeleri laiklik ilkesine aykırı bulurken, katı ve pozitivist bir laiklik anlayışını benimsemiştir. Bu anlayış, dinin gerçek yerinin bireysel vicdanlar olduğu ve başörtüsü gibi dinin top-

46 E. 2007/45, K.2007/54, K.T: 1.5.2007. Kararın analizi için bkz. Zühtü Arslan, “Anayasa Mahkemesinin “Yorum Tekeli”, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, Serap Yazıcı, Kemal Gözler ve Ece Göztepe (Eds.), *Prof.Dr.Ergun Özbudun’a Armağan*, Cilt II: Anayasa Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), ss.76-80.

47 Bu konuda kapsamlı ve karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, (Bursa: Ekin Press, 2008).

48 E. 2008/16, K. 2008/116, K.T: 5.6.2008, R.G. Tarih-Sayı :22.10.2008-27032. Kararın analizi için bkz. Zühtü Arslan, “Başörtüsü, AK Parti ve Laiklik: Anayasa Mahkemesinden İki Karar Bir Gerekçe”, *SETA Analiz*, Sayı 2, Ocak 2009.

49 E.2010/49, K. 2010/87, K.T: 7.7.2010. Bu kararın bir analizi için bkz. Zühtü Arslan, “Unconstitutional Constitutional Amendments: The Turkish Experience”, “Theoretical and Practical Aspects of Reviewing Constitutionality of the Constitutional Norms” konulu 3. *Karadeniz Bölgesel Konferansı*’nda sunulan Bildiri, Batum, 29-30 Haziran 2013.

Z. Arslan: Türkiye'nin Anayasal Kimliği ve "Yeni Anayasa" Arayışı

lumsal tezahürünün tehlike teşkil edebileceği düşüncesine dayanmaktaydı.⁵⁰

Diğer yandan Mahkeme, son dönemde verdiği kararlarda katı ve pozitivist laiklik anlayışının yerine, esnek ve özgürlükçü bir laiklik anlayışını benimsemiştir. Örneğin, kamuoyunda "4+4+4 kanunu" olarak bilinen 6287 sayılı Kanunun Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken, Kur'an-ı Kerim ve Siyer derslerinin ortaöğretimde seçmeli dersler olarak okutulmasına ilişkin düzenlemeyi laiklik ilkesine aykırı bulmamıştır. Mahkeme, laikliğin özgürlükçü yorumunu benimseyerek, dinin bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olduğunu, bu alandaki bireysel tercihlerin ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzlarının devletin koruması altında olduğunu, din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi olan laikliğin dinin toplumsal görünürlüğüne imkan sağladığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, "demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak, bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir."⁵¹

Anayasa Mahkemesi, aynı şekilde, başörtülü duruşmaya katıldığı için duruşmadan menedilen bir avukatın yaptığı bireysel başvuruda başörtüsünün, laiklik ilkesinde mündemiç olan din ve vicdan özgürlüğünün bir gereği olduğunu vurgulamış, başvurucunun hem bu özgürlüğünün hem de ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵²

Anayasa yargısının gerek anayasa değişikliği sürecinde gerekse normal dönemlerde anayasal kimliğin oluşumu ve gelişiminde oynadığı hayati rol, "nasıl bir anayasa" sorusu kadar, "nasıl bir anayasa mahkemesi" sorusunu da anlamlı hâle getirmektedir.

Sonuç Yerine: "İşte Bu!"

Midhat Paşa'dan bu yana anayasamızı arıyoruz. Tam "işte aradığımız anayasa bu" dediğimizde yeni arayışlara başlıyoruz. Bu durum, neyi aradığımızı bilmemekten kaynaklanmıyor. Aranana herkesin kendi zaviyesinden bakarak "bu değil" ya da "işte bu" demesinden kaynaklanıyor.

Askerlikten kurtulmak için deli numarası yapan er fıkrası bunu çok iyi anlatır. Eline aldığı kağıt parçalarını okuyup "bu değil" diye sağa sola fırlatan eri psikiyatriste sevk ederler. Doktor, masasında bulunan tüm kağıtları hatta çöp sepetinde olanları bile inceleyip "bu değil" diye dağıtmaya devam eden

50 Bu yaklaşımın benimsendiği kararlar için bkz. E. 1989/1, K. 1989/12, K.T: 7.3.1989; E. 1990/36, K. 1991/8, K.T: 9.4.1991; E. 2008/16, K. 2008/116, K.T: 5.6.2008; E.2008/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.2008/2, K.T: 30.7.2008.

51 E. 2012/65, K. 2012/128, K.T: 20.9.2012, R.G. Tarih-Sayı : 18.04.2013-28622.

52 Genel Kurul, B.No: 2014/256, 25/6/2014.

adamla ilgili kararını verir: “Askerlik için elverişli değildir”. Doktorun raporunu eline alan adam şöyle bir bakar ve “işte bu!” der.⁵³

Žižek, bu fıkradan hareketle, arayış sürecinin paradoksal doğasına dikkat çeker. Arayış sürecinde yaşanan başarısızlık (“bu değil”), arananın bulunmasıyla sonuçlanan başarıyı getirmektedir. Žižek’e göre, aranan nesneyi üreten bizzatıhi arayış sürecidir.⁵⁴ Başarılı bir arayış süreci, arananın bulunmasıyla sonuçlanır. Bazen de bulunduğunda arananın o olmadığına karar verilir.

Arayışın kendisi aranana dönüştüğünde, başlangıçta belirlenen menzile de belirsizleşmektedir. Yeni anayasa konusunda da benzer durumla karşılaşma ihtimali yüksektir. Bazılarımız, yeni anayasayla karşılaştığında muhtemelen “aradığımız anayasa bu değil” diyecekler. Hepimizin “işte bu!” diyeceği bir Anayasa’yı belki de hiçbir zaman bulamayacağız. Ancak, “bulanlar arayanlardır” hakikatinden mülahem, arayış devam edecektir...

53 Slavoj Žižek, *İdeolojinin Yüce Nesnesi*, Çev. Tuncay Birkan, İkinci Basım, (İstanbul: Metis Yayınları, 2004), s.174.

54 *Ibid.*, s.175.

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN
(İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi)

ANAYASA MAHKEMESİ VE HSYK

TARİHSEL GELİŞİM

Anayasa yapımı tarihinde ilk ifadelerini 1787 ABD ve 1791 Fransız Anayasaları'nda bulan kuvvetler ayrılığı ilkesinin fikrî kökleri Locke ve özellikle Montesquieu gibi düşünürlere uzanmaktadır. Her iki düşünüre göre, bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunabilmesi için, devlet iktidarının bölünüp farklı organlara tevdi edilmesi zorunludur. Montesquieu'ye göre bu iktidarlar, yasama (yani genel, objektif, kişilik dışı kurallar koyma), yürütme (bu kuralları somut ve sübjektif durumlara uygulama) ve yargı (bu kuralların uygulanmasından doğacak hukukî uyuşmazlıkları belli hukuk kuralları çerçevesinde çözüme bağlama) iktidarlarıdır. Bu iktidarlardan ikisinin, hele üçünün aynı elde toplanması hâlinde bundan istibdat (tiranlık) rejimi doğar.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, anayasacılık hareketinin başladığı Onsekizinci Yüzyıl sonlarından bu yana, anayasa yapımında temel hareket noktasını oluşturmuştur. 1787 ABD Anayasası, kuvvetler ayrılığının en iyi örneklerinden biridir. Fransız 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesinin 16'ncı maddesi de, "hakların güven altına alınmadığı ve kuvvetler ayrılığının tesis edilmediği bir toplumun anayasası yoktur" demek suretiyle bu ilkeyi vurgulamıştır.

Daha sonraki dönemlerin sosyal ve siyasal gelişmeleri, kuvvetler ayrılığının kökenindeki anlamında bazı zorunlu değişikliklere yol açmıştır. Gerçekten, Montesquieu'nün teorisine ilham kaynağı olan o dönemin İngiltere'sinde yasama organı iki meclisten oluşan Parlamento; yürütme organı Kral; yargı organı da mahkemelerden oluşuyordu. Ancak demokratik gelişme, Batı ülkelerinin büyük bölümünde krallıkların yıkılarak cumhuriyetlerin kurulmasına, monarşiyi muhafaza eden ülkelerde de krallığın bütün siyasi gücünü kaybederek tamamen sembolik ve temsili bir makama dönüşmesine yol açmıştır. Öte yandan oy hakkının tedricen genişletilmesi ve sonunda genel oy ilkesine ulaşılması, siyasi partiler olgusunu ortaya çıkarmıştır. Böylece başlangıçta yasama ve yürütme organlarının farklı meşruluk ilkelerine (birincisinin demokratik meşruluk, ikincisinin monarşik meşruluk) dayanmalarına karşı, bugün her ikisi de halkın oyuna, yani demokratik meşruluk ilkesine dayanan organlardır. Üstelik siyasi parti olgusu, bu iki organı birbirine sıkıca bağlayan bir köprüdür. Özellikle parlâmenter rejimlerde, rejimin doğası gereği olarak, ya-

sama organındaki siyasal çoğunlukla yürütme organı arasında tam bir özdeşlik mevcuttur. Daha sert bir kuvvetler ayrılığına dayanan başkanlık rejiminde böyle bir siyasal özdeşlik zorunlu olmamakla birlikte, her iki organın da halk iradesine dayanması, yasama-yürütme ayrılığına kökenindekinden çok daha farklı bir anlam vermiştir.

Buna karşılık bütün çağdaş demokrasilerde, hükümet sistemi ne olursa olsun, yargının diğer iki organ karşısında bağımsızlığı, anayasal demokrasinin vazgeçilmez, hatta en önemli unsurudur. Yargı bağımsızlığının mevcut olmadığı bir ülkede çağdaş demokrasinin en temel ilkelerinden biri olan hukuk devleti anlamını kaybeder, birey hak ve hürriyetleri etkili şekilde korunamaz, çoğunluğun istibdadı yönünde tehlikeli bir eğilim ortaya çıkar.

Şüphesiz, bu tehlikelerin önlenebilmesi için, sadece anayasada yargı bağımsızlığının ilke olarak belirtilmesi yeterli değildir. Bunu platonik ya da siyasal bir slogan olmaktan çıkarıp, gerçek bir anlama kavuşturacak olan unsur, hâkimlik teminatı, yani hâkimlerin her türlü baskı ve tehditten azade olarak, bağımsız ve tarafsız şekilde karar verebilecekleri güvenceli bir statüye sahip kılınmalarıdır. Bunun en iyi örneklerinden birini, Türkiye'nin 1924 Anayasası'nda görmek mümkündür.¹ Bu Anayasa, görünüşe göre, yargıya itibarlı bir konum vermiş, yasama ve yürütme faaliyetleri hakkında "görev" (vazife) deyimini kullandığı halde, yargıdan "hakk-ı kaza" (m.8) ve "kuvve-i kazaiye" (dördüncü faslın başlığı) deyimleriyle söz etmiş, 8'inci maddesinde de yargı hakkının "millet namına ...müstakilmehakim" tarafından kullanılacağını belirtmiştir. Hatta Anayasa'nın 54'üncü maddesi, yargı organını Meclise karşı da koruyan şu hükme yer vermiştir:

"Hâkimler bilcümle dâvaların muhakemesinde ve hükmünde müstakil ve her türlü müdahelâttanâzade olup ancak kanun hükmüne tâbidirler. Mahkemelerin mukarreatını Türkiye Büyük Millet Meclisi ve İcra Vekilleri Heyeti hiçbir veçhile tebdil ve tagyir ve tehir ve infazı ahkâmına mümanaat edemez."

Buna karşılık, aynı Anayasa'nın 55 ve 56'ncı maddeleri, hâkimlerin statüsü-nü tamamen kanuni düzenleme alanına, diğer bir deyimle kanun koyucunun takdirine bırakmışlardır. 55'inci maddeye göre, "hâkimler kanunen muayyen olan usul ve ahval haricinde azlolunamazlar." 56'ncı maddeye göre de, "hâkimlerin evsafı, hukuku, vezaifi, maaş ve muhassasatları (ödenekleri) ve suret-i nasp ve azilleri kanun-u mahsus ile tâyin olunur." Bunun sonucunda bu Anayasa döneminde hâkimlerin teminatını tamamen ortadan kaldıran ve yargı bağımsızlığını içi boş bir slogana indirgeyen kanunlar çıkarılmıştır.

Bu husus, 1950'li yılların sert siyasal tartışmalarında önemli bir konu başlığı teşkil etmiş, dolayısıyla 1961 Anayasasını yapan Kurucu Meclis yargı ba-

1 Ergun Özbudun, 1924 Anayasası (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012), bölüm 5.

E. Özbudun: Anayasa Mahkemesi ve HSYK

ğımsızlığı ve hâkimlik teminatı konularına büyük öncelik vermiştir. Nitekim Anayasa'da yargı fonksiyonu, yasama fonksiyonu ile eşdeğerde tutulmuş, yürütmenin bir "görev" olarak nitelendirilmesine karşılık, yasama ve yargı birer "yetki" olarak vasıflandırılmışlardır (m. 5, 6, 7). Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun gerekçesine göre, "hukuk Devletin temel unsuru bütün Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Bu uygunluğu sağlayacak makamlar yargı organlarıdır. Tasarı bütün Devlet faaliyetlerini kaide-ler hiyerarşisi içinde kazaî murakabeye tâbi tutmuş bulunmaktadır... Kazaî denetimi yapacak organların bağımsızlığı bu denetimin ciddiyet ve müessiriyetinin şartıdır. Bu bakımdan, hâkimler ve mahkemeler üzerinde her çeşit tesirleri bertaraf edecek hükümler tasarıya konulmuş, mahkemeler yürütme ve yasama organı karşısında tamamıyla bağımsız hâle getirilmiş, hâkimlerin her türlü hakları teminat altına alınmış ve bu maksatla bir Yüksek Hâkimler Şûrası kurulmuştur."²

Bu amaçla kurulan Yüksek Hâkimler Kurulu, 1961 Anayasasının 143'üncü maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

"Yüksek Hâkimler Kurulu, onsekiz asıl ve beş yedek üyeden kuruludur. Bu üyelerden altısı Yargıtay genel kurulunca, altısı birinci sınıfa ayrılmış hâkimlerce ve kendi aralarından gizli oyla seçilir. Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu, yüksek mahkemelerde hâkimlik etmiş veya bunlara üye olma şartlarını kazanmış kimseler arasından gizli oyla ve üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile üçer üye seçerler. Bu usulle Yargıtay genel kurulunca iki, birinci sınıfa ayrılmış hâkimler ile Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu tarafından birer yedek üye seçilir.

Yüksek Hâkimler Kurulu, üye tamsayısının salt çoğunluğu ile kendi içinden Başkanını seçer.

Yüksek Hâkimler Kurulu üyelerinin görev süresi dört yıldır. Her iki yılda yarısının seçimi yenilenir. Hâkimlik görevinde iken seçilmiş olan üyeler ardı ardına iki defa seçilemez.

Yüksek Hâkimler Kurulu üyeleri, görevleri süresince başka bir iş ve görev alamazlar.

Yüksek Hâkimler Kurulunun kuruluşu, çalışma usulleri, bölümleri ve bu bölümlerin görevleriyle toplantı ve karar yeter sayıları, Başkan ve üyelerinin aylık ve ödenekleri kanunla düzenlenir.

Adalet Bakanı, Yüksek Hâkimler Kurulu toplantılarına katılabilir; oylamaya katılamaz."

2 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), s. 378-379.

Haşim Kılıç'a Armağan

144'üncü maddeye göre de, "hâkimlerin bütün özlük işleri hakkında karar verme yetkisi Yüksek Hâkimler Kurulundur."

Ancak, 143'üncü madde, 1971-1973 ara döneminde 20.9.1971 tarihli ve 1488 sayılı kanunla gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile, radikal şekilde değiştirilmiş ve yasama meclisleri ile birinci sınıfa ayrılmış hâkimlerin Yüksek Hâkimler Kuruluna üye seçme yetkisi kaldırılmıştır. Buna göre, "Yüksek Hâkimler Kurulu, onbir asıl ve üç yedek üyeden kuruludur. Üyeler, Yargıtay Genel Kurulunca, kendi üyeleri arasından ve üye tamsayısının salt çoğunluğu ile gizli oyla seçilir" (f.1). 144'üncü maddede yapılan değişikliklerle de, Yüksek Hâkimler Kurulunun adliye mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında vereceği kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamayacağı hükmü getirilmiş, ancak bu ibare Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir (E. 1976/43, K. 1977/4, 27.1.1977, RG 21.4.1977, sayı 15916).

Kurul, 1982 Anayasasının 159'uncu maddesi ile, selefindekinden hayli farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Bu hükme göre,

"Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar.

Kurulun başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul, seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir başkanvekili seçer.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar. Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hâkimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya birmahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar. Ayrıca Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.

Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.

Kurulun görevlerini yerine getirmesi, seçim ve çalışma usulleriyle itirazların Kurul bünyesinde incelenmesi esasları kanunla düzenlenir.

Adalet Bakanlığının merkez kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılarının muvafakatlarını alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir.

E. Özbudun: Anayasa Mahkemesi ve HSYK

Adalet Bakanı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ilk toplantısında onaya sunulmak üzere, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hizmetin aksamaması için hâkim ve savcılar geçici yetki ile görevlendirebilir.”

Aynı Anayasa’nın 144’üncü maddesine göre de, “hâkim ve savcılar görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (Hâkimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığının izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır, Adalet Bakanı soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırabilir.”

Bu düzenlemelerin 1961 Anayasasındaki düzenlemelerden önemli bir farkı, adli yargı hâkimlerine ek olarak idari yargı hâkimlerini ve hâkimlere ek olarak savcılar da kapsamına almış olmasıdır. Daha da önemlisi, 1982 düzenlemeleri ile, Kurulun yürütme organı karşısındaki özerkliğinin zayıflatılmış ve özellikle Adalet Bakanının Kurul içindeki rolünün güçlendirilmiş olmasıdır. Bu nitelikleri dolayısıyla, 1982 Anayasasının yarattığı HSYK sistemi, ciddi eleştirilere konu olmuştur. Bu eleştiriler şu başlıklar altında özetlenebilir:

A) Kurulun yedi asıl üyesinden beşi ve beş yedek üyenin tümü, iki yüksek mahkeme olan Yargıtay ve Danıştayın genel kurullarınca seçilmekle birlikte, Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı müsteşarının asıl üyeliği ve Adalet Bakanının Kurul Başkanı olması, yürütme organına Kurul içinde ciddi bir ağırlık kazandırmaktadır. Üstelik, Kurulun seçimle gelen üyeleri, doğrudan doğruya Yargıtay ve Danıştay Genel Kurullarınca seçilmemekte, bu Kurulların her boş yer için gösterecekleri üçer aday arasından Cumhurbaşkanınca seçilmektedir. Bu da, Kurulun oluşumunda yürütme organının etkisini arttırıcı bir faktördür.

B) Seçimli üyelerin sadece Yargıtay ve Danıştayca seçilmeleri, Kurula, yargı organının tümünü temsil edecek bir nitelik vermemektedir.

C) Kurulun kendisine özgü bir bütçesi ve sekreteryası yoktur. Sekreteryası hizmetleri, Adalet Bakanlığı görevlilerince sağlanmaktadır.

Ç) Hâkim ve Savcılar hakkında disiplin cezaları verme ve gerektiğinde meslekten uzaklaştırma yetkisi, HSYK Genel Kurulunda olmakla birlikte, bu süreçteki inceleme ve soruşturmaların Adalet Bakanlığı müfettişlerince yapılması, Adalet Bakanının Kurul üzerindeki etkisini arttırmaktadır.

D) Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamayacağı hükmü, hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

2010 Anayasa Değişikliğinin Getirdiği Sistem

12.9.2010 tarihli Anayasa değişikliği ile 159'uncu maddenin aldığı yeni şekil, bu eleştirileri çok büyük ölçüde karşılayan olumlu bir demokratik reform olmuştur. Değişiklikle getirilen yenilikler, şöyle özetlenebilir:³

A) Kurulun üye sayısı, yirmiiki asıl ve oniki yedek üyeye çıkarılmıştır. Adalet Bakanının Başkanlığı ve Adalet Bakanlığı müsteşarının tabii üyeliği korunmakla birlikte, Kurul üyelerinin büyük çoğunluğunun (22 asıl üyeden 15'i) hâkim ve savcıların kendi eşitleri arasından seçtikleri hâkim ve savcılardan oluşması sağlanmıştır. Bu yapı, Avrupa Konseyinin iki uzman hukuk kuruluşu olan Venedik Komisyonu ve Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyinin tavsiyeleriyle uyumludur.⁴ Başka bir olumlu yenilik, Kurulda sadece iki yüksek mahkemenin değil, yargı organının tümünün temsiline imkân verilmiş olmasıdır. Buna göre, Kurulun “yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir.” Böylece Kurul, daha temsili ve demokratik bir yapıya kavuşturulmuştur.

B) Eski sistemde HSYK'nın yargı kökenli üyeleri, Yargıtay ve Danıştay genel kurullarının her boş yer için gösterecekleri üçer aday arasından Cumhurbaşkanınca seçildiği, dolayısıyla Cumhurbaşkanı Kurulun oluşumunda hayli önemli bir role sahip olduğu halde, yeni düzenlemede Cumhurbaşkanının bu yetkisi kaldırılmıştır. Buna karşılık Cumhurbaşkanına, “yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından” dört asıl üye seçmek gibi daha sınırlı bir yetki tanınmıştır.

C) Kurulun Başkanı olmaya devam eden Adalet Bakanının rolü sınırlandırılmış ve esas itibarıyla sembolik bir düzeye indirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre Bakan, üç daire hâlinde çalışacak olan Kurulun, daire çalışmalarına katılamayacak, sadece genel kurula başkanlık edecektir. Gene eski düzenlemenin aksine Bakan, hâkim ve savcılar hakkında disiplin inceleme ve soruşturmasını re'sen başlatamayacak, bunu ancak “ilgili dairenin teklifi” üzerine yapabilecektir.

Ç) Şimdiye kadar kendisine bağlı bir sekreteryası olmayan ve sekreteryası hizmetleri Adalet Bakanlığı personeline yürütülen HSYK, bundan böyle ba-

3 A.g.e, s. 385-387.

4 VeniceCommission, “JudicialAppointments, ” 16-17 March 2007, CDL-AD (2007) 028; VeniceCommission, “Report on theIndependence of theJudicialSystem: Part I: TheIndependence of Judges, ” 11-12 December 2010, CDL (2010) 006; ConsultativeCouncil of EuropeanJudges, Opinionno. 10, 21-23 November 2007.

E. Özbudun: Anayasa Mahkemesi ve HSYK

ğimsız bir sekreteryaya sahip olacaktır. Gerçi sekreteryanın başı olan Genel Sekreteri Bakan seçmektedir ama Bakanın rolü, HSYK Genel Kurulunca önerilen üç aday arasından birini seçmekle sınırlıdır. Kurulun kendine özgü bir sekreteryaya sahip olmasının doğal bir sonucu da, Kurulun kendine özgü bir bütçesinin bulunmasıdır.

D) Hâkim ve savcılar hakkındaki disiplin inceleme ve soruşturmaları, artık Adalet Bakanlığına bağlı adalet müfettişlerince değil, ilgili dairenin teklifi ve Bakanın oluru ile “Kurul müfettişlerince” yaptırılacaktır.

E) Kurulun, meslekten çıkarma cezasına ilişkin kararları üzerindeki yargı denetimi yasağı kaldırılmıştır.

2010 Anayasa değişikliğini gerçekleştiren 5982 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi önünde iptal davası konusu olmuş ve Mahkeme, 159’uncu maddenin iki fıkrasında yer alan bazı ibareleri iptal etmiştir. Bunlardan biri, HSYK’ya Cumhurbaşkanınca seçilecek üyelere ilişkindir. TBMM’nce kabul edilen metinde Cumhurbaşkanının bu üyeleri yükseköğretim kurumlarının “hukuk, iktisat ve siyasal bilimler” dallarında görev yapan öğretim üyeleri ve “üst kademe yöneticileri” arasından seçebileceği öngörüldüğü halde, Anayasa Mahkemesi, “iktisat ve siyasal bilimler” ve “üst kademe yöneticileri” ibarelerini iptal etmiştir. Keza Anayasa Mahkemesi, maddenin beşinci fıkrasında yer alan ve Kurul üyeliklerine yapılacak seçimlerde her hâkim ve savcının “ancak bir aday için” oy kullanabileceği ibaresini iptal etmiştir (E. 2010/49, K. 2010/87, 7.7.2010, RG 1.8.2010, sayı mükerrer 27659). Bu karar, bir anayasa değişikliğinin, şekil görüntüsü altında esas yönünden denetlenip iptal edilmesi açısından, elbette eleştirileye açıktır.⁵

2010 Anayasa değişiklikleri kanununun halkoylamasında onaylanıp yürürlüğe girmesinden sonra, HSYK çalışmalarının ayrıntıları, 11.12.2010 tarihli ve 6087 sayılı “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu” ile düzenlenmiştir. Bu Kanunla, HSYK’nın yürütme organı karşısındaki bağımsızlığını daha da güçlendiren birtakım hükümlere yer verilmiştir. Meselâ “Genel Kurul, her dairenin kendi üyeleri arasından bir üyeyi, o dairenin başkanı olarak seçer. Adalet Bakanlığı Müsteşarı daire başkanı seçilemez.” (m. 8/4). Hâkimlik teminatı bakımından en kritik önem taşıyan yükselme, birinci sınıfa ayrılma ve disiplin işlerinde karar verme yetkisine sahip olan İkinci ve Üçüncü Dairenin üyeleri arasında da Adalet Bakanlığı Müsteşarı yer almamaktadır. (m. 8 ve 9). Başkan (Adalet Bakanı) disiplin işleriyle ilgili Genel Kurul toplantılarına ve dairelerin çalışmalarına katılamaz (m. 6/3). Başkanın, hâkim ve savcılar hakkında denetim, araştırma, inceleme ve soruşturma işlemlerine olur vermesi, “ilgili dairenin teklifi” şartına bağlanmıştır (m. 6/1, ç).

⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s.175-183.

6087 sayılı Kanun, dönemin Adalet Bakanı Sadullah Ergin tarafından Venedik Komisyonunun istişari görüşüne sunulmuş ve bazı tâli eleştirilerin yanında, Komisyonca bütün olarak olumlu karşılanmıştır: “Değişikliklerin önemli bir unsurunu, teftiş yetkilerinin Adalet Bakanlığından HSYK’ya devri oluşturmaktadır. Bu değişiklikler, nisbeten mütevazı olmakla birlikte, olumlu yönde bir adım telâkki edilmelidir. Diğer bir olumlu değişiklik, hâkim ve savcıların disiplin suçlamaları ve şikayetler konusundaki haklarının güçlendirilmesidir.”⁶

2013-2014 Krizi ve 6524 sayılı Kanun

HSYK krizi, 17 ve 25 Aralık 2013 tarihlerinde bazı bakanları ve yakınlarını ilgilendiren yolsuzluk soruşturmalarının açığa çıkmasıyla başladı. Hükümet bu soruşturmaları yürüten polis yetkililerini ve savcılarını suçlarken, Adli Koluk Yönetmeliğini adli kolluğun amacına ters düşen ve polis yetkililerini gizli soruşturmalar hakkında mahalli mülki âmirlere bilgi verme zorunda bırakan yönde değiştirdi. HSYK Genel Kurulunun bu değişikliği eleştiren bildirisi, bu sefer okların HSYK’ya çevrilmesine yol açtı. Başbakan Erdoğan, bildiriyi imzalayan HSYK üyelerini de suçlu ilân etti ve elinde yetki olsaydı onları da yargı önüne çıkaracağını ifade etti. Keza Başbakan, 2010 HSYK değişikliği ile bir hata yapmış olduklarını da söyledi: “Bir yanlış yaptık. Nedir o yanlış? HSYK, onu da yargılayan denetleyen mekanizma vardı. Biz dedik ki, demokrasinin gereğini yapalım. Adalet Bakanlığındaki bu yetkiyi kalkttık devrettik. Orada yanlış yapmışız. Eğer şu anda Anayasa’yı değiştirecek bir güce sahip olduğumuz anda bu değişikliği yapmak durumundayız. Herkes denetlenecek, bu beyler denetlenmeyecek, demek ki olmuyor böyle bir iş. Bu beylerin de denetlenmesi gerekiyor.”⁷

Aynı günlerde basında, iktidar partisinin bir anayasa değişikliği ile HSYK’nın yapısını tümden değiştirme arzusunda olduğu, buna göre Hâkimler Kurulu ve Savcılar Kurulu adıyla iki ayrı kurul oluşturulacağı ve bunların bütün üyelerinin ya gösterilecek adaylar arasından, ya da doğrudan doğruya TBMM tarafından seçileceği, ancak bu konuda partiler arasında bir uzlaşma sağlanamadığı haberleri yer aldı.⁸

Anayasa değişikliğini gerçekleştirecek çoğunluğun sağlanamayacağı anlaşıncı, AKP Bartın milletvekili Yılmaz Tunç ve 77 milletvekili bu konuda bir kanun teklifini 7.1.2014 tarihinde TBMM Başkanlığına sundular.⁹ Adalet

6 VeniceCommission, “Opinion on theDraftLaw on JudgesandProsecutors of Turkey, ” 29 March 2011, CDL-AD (2011) 004, özellikle para. 101, 102.

7 “Bir yanlışlık yaptık, ” *Taraf*, 30 Aralık 2013.

8 “HSYK ameliyata yatırılıyor, ” *Taraf*, 1 Ocak 2014.

9 TBMM, Yasama Dönemi 24, yasama yılı 4, Sıra Sayısı 523, 2/1929 Esas numaralı teklif.

Komisyonu, teklifi 10.1.2014 tarihinde görüşmeye başlayarak, 17.1.2014 tarihli raporu ile TBMM Başkanlığına gönderdi.¹⁰ Komisyon raporu TBMM Genel Kurulunda görüşülerek 15.2.2014 tarihinde “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” başlığı ile 6524 sayılı Kanun olarak kabul edilmiş, ve Cumhurbaşkanı’nın onayı ile 27.2.2014 tarihli Resmî Gazete’de (Sayı 28926, mükerrer) yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanun teklifi, tahmin edilebileceği gibi, Türkiye siyasetinde çok sert tartışmalara yol açtı. İktidar çevreleri, 159’uncu maddenin son fıkrasına dayanarak böyle bir kanuni düzenlemenin yapılabileceğini ve Anayasa’ya aykırı olmaya çağını savunuyorlardı. Gerçekten, bu fıkraya göre, “Kurul üyelerinin seçimi, dairelerin oluşumu ve işbölümü, Kurulun ve dairelerin görevleri, toplantı ve karar yeter sayıları, çalışma usul ve esasları, dairelerin karar ve işlemlerine karşı yapılacak itirazlar ve bunların incelenmesi usulü ile Genel Sekreterliğin kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir.” Bu görüş, Anayasa Komisyonu raporunda da şöyle ifade edilmiştir: “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görev ve yetkileri, üyelerinin sayı ve kaynakları ve son fıkra hükmü dışında kalan diğer haller, Anayasa seviyesinde (md. 159) tanzim edilmiştir. Görüşülen yasa teklifi, anayasaca düzenlenen alana ilişmemekte, son fıkradaki “Kanun” ile düzenlenebilecek hallere inhisar etmektedir. Dairelerin görev bölümü, ittihaz edilen kararlara karşı itiraz usulleri ve diğerleri yasa ile düzenlenebilecek ahvaldendir... Bu konudaki tartışmayı bağlayıcılık gücünde sona erdirecek nihai otorite, Yüksek Anayasa Mahkemesidir.”¹¹

Buna karşılık muhalefet partileri ve tarafsız hukukçuların büyük çoğunluğu teklifte Anayasa’ya aykırı pek çok hükmün bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. HSYK üyesi Ahmet Hamsici’nin hazırladığı ve basına intikal eden ayrıntılı değerlendirmede bu kaygılar şöyle ifade edilmiştir:

12 Eylül 2010 Anayasa değişikliği ile birlikte HSYK Adalet Bakanlığından bağımsız, yargının ayrı bir erk olması kuralına uygun bir düzenlemeye kavuşturulmuş iken, yapılmak istenen Kanun değişikliği ile Kurulun fiilen Adalet Bakanına bağlı ve bağımlı, ayrı bir erkten daha çok yürütmenin emir ve gözetimi altında görev yapan bir yapı haline getirilmesi söz konusudur. Bu durum yapılan Anayasa değişikliği ile kurulan bağımsız bir Kurulun oluşumuna aykırıdır...

Madde [m. 159] metni bütünüyle incelendiğinde; anayasa koyucunun özellikle Kurulu, yerine getirdiği hassas fonksiyon nedeniyle, *klasik bir kamu kurumu olarak görmediği ve olağan bürokratik hiyerarşiden ayırdığı*, ardından da *Kurula Adalet Bakanlığı ve siyasi iradedden bağımsız kendi insiyatifi ile kullanabileceği*

10 TBMM Adalet Komisyonu, Esas No. 2/1929, Karar No. 25, 17.1.2014.

11 Adalet Komisyonu Raporu, s.21.

Haşim Kılıç'a Armağan

özerk bir irade tanımayı amaçladığı görülmektedir...

Bu sebeple Kurulun organizasyon yapısı ve işleyişine ilişkin tüm kuralların ihdasında Meclis'in kullanabileceği takdir yetkisi, klasik kamu kurumlarının organizasyon yapısı ve işleyişine ilişkin kullanılabilecek olağan takdir yetkisiinden farklıdır/farklı olmak zorundadır, zira bu farklılığın gerekliliği ilgili maddenin ilk fıkrasında '*mahkemelerin bağımsızlığı*' ve '*hâkimlik teminatı*' ilkelere atıf yapılarak açık bir şekilde ifade edilmiştir."¹²

Gerek bu tepkiler, gerekse Cumhurbaşkanı Sayın Gül'ün uyarıları, kanun teklifinin Anayasa'ya açıkça aykırı bazı hükümlerinin Adalet Komisyonunda ve Meclis Genel Kurulunda değiştirilmesi ya da kısmen yumuşatılması sonucunu doğurmuştur. Nitekim Cumhurbaşkanı, Kanunun onaylanmasıyla ilgili yazılı açıklamasında şunları ifade etmiştir: "Teklifin TBMM'ye sunulmasından sonra inceledim ve 12 maddede yer alan 15 hususun anayasayla açıkça çeliştiğini gördüm ve Adalet Bakanı'nı uyardım. Bunun üzerine TBMM Adalet Komisyonu ve Genel Kurul safhalarında uyarılarım dikkate alınarak bazı konularda değiştirildiğini gördüm. Düzeltilen bu açık aykırılıklar dışında kanunun diğer tartışılan maddelerinin ise Anayasa Mahkemesi'nce değerlendirilmesinin daha doğru olacağını düşünerek yayımlanmasını uygun buldum."¹³

Görülüyor ki, Cumhurbaşkanı, yapılan değişikliklerden sonra da, Anayasa'ya uygunluğu tartışmalı hususların kaldığı, ancak bunların Anayasa Mahkemesince değerlendirilmesinin daha yerinde olacağı kanaatinde. Keza Gül, gene tartışmalı nitelikteki internet kanununu niçin onayladığı konusundaki bir soruyu şöyle cevaplandırmıştır: "İtiraz etmenin iki yolu vardı. Biri veto; ikincisi de önemli olan bunları düzeltmek demek. Her Cumhurbaşkanı'nın ayrı bir yöntemi vardır... Önemli olan sonuç almak."¹⁴

Anayasa Mahkemesi Kararı

6524 sayılı Kanun, beklendiği gibi, Anayasa Mahkemesinde iptal dâvası konusu oldu. Dâvayı açanlar, CHP milletvekilleri M.Akif Hamzaçebi, Engin Altay, Muharrem İnce ile birlikte 127 milletvekili idi. İptal başvurusunda, Kanunun tümünün yok hükmünde olduğunun saptanması, tümünün şekil bakımından Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptali taleplerinin yanında, pek

12 Ahmet Hamsici, "6087 sayılı HSYK Kanunu Değişikliği Teklifine Dair Kişisel Değerlendirmelerim," s.1. keza bkz., Ergun Özbudun, "HSYK Üzerindeki Tartışmalar," *Zaman*, 9 Ocak 2014. Hamsici'nin ifadeleri, 127 milletvekilinin açtığı iptal dâvasının gerekçesinde de tekrarlanmıştır.

13 Murat Yetkin, "Gül'den HSYK'ya 'yetmez ama evet'," *Radikal*, 27 Şubat 2014.

14 Aslı Aydıntaşbaş, "Şike Yasası Gibi Geri Dönebilirdi," *Milliyet*, 24 Şubat 2014.

E. Özbudun: Anayasa Mahkemesi ve HSYK

çok madde hakkında iptal talepleri yer almaktaydı. “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” başlığını taşıyan bu Kanunda, 2010 tarihli ve 6087 sayılı HSYK Kanunu ile birlikte, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ve 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanununda da değişiklikler öngörülüyordu.

Anayasa Mahkemesi, 10.4.2014 tarihli kararıyla (E. 2014/57, K. 2014/81, RG 14.5.2014, Sayı 29000) Kanunun 19 hükmünün iptaline karar vermiş, 35 hususta da iptal talebini reddetmiştir. Mahkeme, iptaline karar verdiği hükümlerde, iptal kararını, kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak üç ay sonra yürürlüğe girmesini kararlaştırmış, ancak iki hükmün yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiştir. Burada, Anayasa Mahkemesinin bu tarihi kararının en önemli noktaları üzerinde durulacaktır.

1. Yokluk İddiası:

Dâva dilekçesinde, dâva konusu somut olayda, kanunla yargısal denetimin etkisiz kılınmış olmasının “tipik ve ağır bir yetki gaspı” olup, işlemin yokluğu sonucunu doğurması gerektiği ileri sürülmüştür. Mahkeme, bu talebi oybirliği ile reddetmiştir. Karara göre, “bir kanunun yokluğundan söz edilebilmesi ise yasama organının bu yönde bir iradesinin olmaması ya da anayasal düzende yasama organına verilmeyen bir yetkinin fonksiyon gaspı suretiyle kullanılması gibi hukuk âleminde hiçbir zaman varlık kazanamayacak olan durumlarda mümkündür. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını yerine getiren yasama, yürütme ve yargı organlarından birinin, diğerinin yerine geçmesi sonucunu doğuracak şekilde karar almaları ‘fonksiyon gaspına’ yol açacağından, yasama organının, yasama fonksiyonu kapsamında yer almayan hususlarda ‘kanun’ adı altında yapacağı düzenlemelerin hukuk âleminde varlık kazanabilmesi mümkün olmayacaktır. Belirtilen haller dışında kalan, kanunların veya kanun hükümlerinin Anayasa’ya uygunluk denetimi kapsamında incelenmesi gereken hususlarda Anayasa’ya aykırılığın saptanması ise ilgili kanun veya kanun hükümlerinin yokluğunu değil, iptalini gerekli kılar.” Mahkemeye göre, dâva konusu “Kanun’da yer alan düzenlemelerin niteliği, Kanun’un varlık kazanmasını olanaksız kılan haller kapsamına girmediğinden, ” burada bir yokluk değil, ancak iptal hükmünün verilmesi mümkündür.

Anayasa Mahkemesi, şu ana kadar bir yokluk kararı vermiş olmamakla birlikte, çeşitli kararlarında yokluğun şartlarını tartışmıştır. Nitekim Mahkeme, 2007 yılında verdiği iki kararda (E. 2007/72, K. 2007/68, 5.7.2007, RG 7.8.2007, Sayı 26606 ve E. 2007/99, K. 2007/86, 27.11.2007, RG 19.2.2008, Sayı 26972) yokluğu, parlâmento iradesinin mevcut olmaması, Cumhurbaşkanının yayımla-

ma iradesinin bulunmaması, Resmî Gazete'de yayımlanmaması hususları ile sınırlı tutmuştur. Anayasa Mahkemesi, ikinci kararında da ilk kararına atıfta bulunmakla birlikte, "daha ağır bir hukuka aykırılık" durumunda "daha ileri bir tartışma" yapılabileceği gibi, oldukça müphem ifadeler kullanmıştır.¹⁵

Anayasa Mahkemesinin son kararındaki yokluk kriterleri, önceki kararlarındakinden iki açıdan farklıdır: Birincisi, bu kararda Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinden ve Resmî Gazete'de yayımlanmadan söz edilmemiştir ki, buna hak vermemek mümkün değildir; çünkü yayımlama iradesi ve yayımlanma, bir kanunun varlık şartı değil, yürürlüğe girme şartıdır. İkinci ve daha önemli husus, "fonksiyon gasbı"nın yokluk sebepleri arasında açıkça zikredilmiş olmasıdır. Bunun da isabetli bir yenilik olduğundan kuşku duyulamaz. Fonksiyon gasbı, kamu hukuku doktrininde ve idare hukuku uygulamasında, yokluğa neden olan en ağır sakatlık tipidir. Yasama organının, diğer iki kuvvet olan yargı veya yürütmenin fonksiyonuna giren bir işlemi kanun yoluyla yapması, tipik bir fonksiyon gasbı oluşturur. Yasama yetkisinin genelliği, ancak, yasama organının kendisine özgü faaliyet alanı olan, norm koyma alanı bakımından söz konusudur. Bunun müeyyidesinin de sadece iptal edilebilirlikten ibaret kalmaması gerekir.¹⁶

2. Şekil Yönünden İptal Talebi:

Dâva dilekçesinde, Kanunun "yetki unsuru" bakımından sakat olduğu, dolayısıyla tümünün şekil yönünden iptal edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, haklı olarak, Anayasa'nın 148'inci maddesine göre, kanunların şekil bakımından denetiminde sadece son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığının nazara alınabileceği gerekçesiyle, bu talebi reddetmiştir.

15 Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 438-440. Yokluk konusunda bkz., Nur Uluşahin, "Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği," Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt II, *Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), s.675-737; Osman Can, "Anayasa yargısında Yokluk," *a.g.e.*, s.175-213. Anayasa Mahkemesinin 6524 sayılı Kanuna ilişkin kararının ayrıntılı bir analizi için, bkz., Levent Gönenç, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), s. 178-215.

16 Anayasa Mahkemesi üyesi Zühtü Arslan somut olayda yokluk talebinin reddi kararına farklı bir gerekçe ile katılmıştır. Arslan'a göre, yokluk ve yok hükmünde sayma, "oldukça belirsiz, sınırlarının belirlenmesi kolay olmayan, kendi içinde paradoksal özellikler taşıyan, dahası bir an için gerekli unsurların ortaya konabileceği varsayılsa bile anayasa yargısında uygulanması son derece zor olan konulardır... (Ş)ekil şartlarına sahip olmakla birlikte, 'yetki ya da fonksiyon gaspı' sonucu ortaya çıkan bir kanunun denetiminde de Mahkemenin uygulayabileceği yegane yaptırım iptaldir. Bu durumda dahi ortada 'yokluk'tan ziyade, 'var' olan bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı, dolayısıyla iptal edilebilirliği söz konusudur."

3. 2802 Ve 4954 Sayılı Kanunlara İlişkin İptal Talepleri:

6524 sayılı Kanunla, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda ve 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanununda yapılan değişiklikleri, Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya aykırı görmemiştir. Adalet Akademisi Kanununun 9'uncu maddesini değiştiren ve Akademi Başkanının Kanunda belirtilen nitelikleri haiz kişiler arasından Adalet Bakanınca gösterilecek üç aday arasından Bakanlar Kurulunca; başkan yardımcılarının da Adalet Bakanınca seçileceğini öngören hükmünü Anayasa'ya aykırı görmeyen Mahkeme, şu gerekçeye dayanmıştır: "Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca kanun koyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla her konuyu kanunla düzenleyebileceği kuşkusuzdur... Bir hizmet yerinden yönetim kuruluşu olan Akademi ile Bakanlık arasında vesayet ilişkisi bulunmaktadır. Türkiye Adalet Akademisi'nin Başkan ve başkan yardımcılarının belirlenmesine ilişkin anayasal bir kural bulunmadığından, Akademi'nin Kanun'da belirtilen özerkliğinin kapsamı ve bu kapsamda Akademi Başkan ve başkan yardımcılarının hangi yöntemle göreve getirileceği ve bu süreçte vesayet makamına hangi yetkilerin tanınacağı hususlarında kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu açıktır."

Anayasa Mahkemesi, Adalet Akademisi Kanununda değişiklikler yapan diğer bazı hükümleri de, benzer gerekçelerle Anayasa'ya aykırı görmemiştir. Burada özellikle tartışılması gereken husus, 6524 sayılı Kanunun 20'nci maddesiyle getirilen ve bu Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türkiye Adalet Akademisinin Başkan, Başkan Yardımcıları, Genel Kurul, Yönetim Kurulu ve Denetim Kurulu üyeleri, Genel Sekreter, Eğitim Merkezi Müdürü ve görevlendirilen hâkim ve savcılarla diğer personelin görevlerinin sona ereceğini belirten hükümdür. Anayasa Mahkemesi, bu hükümle ilgili iptal talebini reddederken, şu gerekçeye dayanmıştır: "Kamu personeli olarak görev yapan kişilerin bulundukları görevlerden alınmalarını gerektiren haklı bir neden olmadıkça görevlerine son verilmemesi, hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir. Kamu personelinin bulundukları görevden alınma ve başka bir göreve atanmalarının, haklarında bu yönde idari işlem tesis edilmesi ile gerçekleşmesi kural olmakla birlikte, hukuki ve fiili zorunluluk hallerinde bu hususlarda yasal düzenlemeler yapılabileceği de kabul edilmektedir. Söz konusu zorunluluklar nedeniyle getirilen ve ilgililerin kazanılmış haklarını ihlal etmeyen düzenlemeler, hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturmaz... Kamu kurum ve kuruluşlarının yeniden yapılandırılmaları kapsamında, teşkilat yapısı değiştirilen kurum ve kuruluşların bazı kadrolarında görev yapan kamu görevlilerinin görevlerinin sona erdirilerek, başka kadrolara atanmalarının öngörülmesi, söz konusu hukuki ve fiili zorunluluklar nedeniyle getirilen yasal düzenlemelerin bir örneğini oluşturmakta ve hak arama özgürlüğünün ihlaline yol açmamaktadır." Aşağıda görüleceği gibi Anayasa Mahkemesi,

HSYK ile ilgili benzer bir düzenlemeyi ise iptal etmiştir. Bu konunun daha etraflı değerlendirilmesine o vesileyle tekrar dönülecektir.

Bu son hüküm hariç, Anayasa Mahkemesinin, Türkiye Adalet Akademisi Kanunundaki değişikliklere ilişkin iptal taleplerini reddetmiş olması pozitif hukuk açısından anlaşılabilir. Elbette Adalet Akademisi, görmekte olduğu fonksiyonun zorunlu gereği olarak, Adalet Bakanlığı karşısında geniş ölçüde bir özerkliğe sahip olmalıdır. Akademinin 2003 yılındaki kuruluşundan bu yana, değerli hizmetler ifa etmiş olduğu da bir gerçektir. Bu anlamda, Akademinin özerkliğini zayıflatan ve onu Adalet Bakanlığının bir yan kuruluşu haline getiren bugünkü düzenleme, elbette esefle karşılanması gereken bir düzenlemedir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi kararında doğru olarak belirtildiği gibi, Akademi, Anayasada düzenlenen anayasal bir kurum değildir. Konunun Anayasada yer alan yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleleriyle de bağlantısı görülmemektedir. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesinin yerindelik denetimi alanına girmekten kaçınarak, hukukilik denetimiyle yetinmesi, isabetli bir tercih olarak görünmektedir.

4. Üyelerin Dairelerde Görevlendirilmeleri

6524 sayılı Kanunun 25'inci maddesiyle, 6087 sayılı Kanunun 8'inci maddesinin 2'nci fıkrası, üyelerin hangi dairede asıl ve tamamlayıcı üye olarak görev yapacağını belirleme yetkisini HSYK Genel Kurulundan alarak Bakana (Adalet Bakanı) vermiştir. Anayasa Mahkemesi, bu hükmü iptal ederken, şu haklı gerekçeye dayanmıştır:

“HSYK'nın idari bir kurul olmasına rağmen... merkezi idare ile aralarında hiyerarşik bir ilişki öngörülmemiş ve '*mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı*' esaslarına göre kurulacağı ve çalışacağı belirtilmiştir... (Bu) HSYK üyelerine tanınan bir ayrıcalık olmayıp, HSYK'nın hakkında işlem tesis etmekle yetkili olduğu hâkim ve savcıların '*mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı*' esaslarına göre çalışmasının zorunlu ve doğal bir sonucudur... Anayasa'nın 159. maddesinde HSYK'nın mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulacağı da ifade edilmiştir... HSYK'nın yedişer üyeden oluşan dairelerinin yürütme organında görev yapan Başkan tarafından belirlenmesi, HSYK'nın oluşumunun Bakanlar Kurulunun bir üyesi olan Adalet Bakanı tarafından belirlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Başkana verilen, dairelerin üyelerini belirleme yetkisinin, üyelerin dairelerini değiştirme yetkisini de kapsadığı kuşkusuzdur. Belirtilen hususlar, HSYK dairelerinin oluşumunda yürütmenin belirleyici olması anlamını taşımaktadır... Öte yandan, Anayasa'nın 159. maddesinde '*Kurulun yönetimi ve temsili Kurul Başkanına aittir*' denilmektedir... Dairelerin üyelerini belirlemek yetkisinin ise

E. Özbudun: Anayasa Mahkemesi ve HSYK

Başkanın, Kurulu temsil ve yönetim görevi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, söz konusu görev ve yetki, Başkanın Anayasa'da belirlenen konumuna da uygun değildir."

Görülüyor ki, Anayasa Mahkemesi, 159'uncu maddenin son fıkrasını, maddenin ilk fıkrası ışığında yorumlamak gibi, isabetli bir yol izlemiştir. Gerçekten, son fıkra, HSYK ile ilgili birtakım hususların kanunla düzenlenmesini öngörmekle birlikte, bu düzenleme, HSYK'nın "mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre" kurulacağını ve görev yapacağını hükme bağlayan birinci fıkraya uygun olmak zorundadır. Aşağıda görüleceği gibi Anayasa Mahkemesi, Kanunun diğer birçok hükmünü iptal ederken de, esas itibarıyla bu temel gerekçeye dayanmıştır.

5. Teftiş Kurulu Başkan, Başkan Yardımcıları ve Kurul Müfettişleri

6524 sayılı Kanunun 23 ve 24'üncü maddeleriyle Teftiş Kurulu Başkan ve başkan yardımcılarını atamak görevi, HSYK Genel Kurulundan alınarak Başkana (Adalet Bakanı) verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesine göre, "HSYK bünyesinde oluşturulan Teftiş Kurulu Başkanlığınca yerine getirilen görev, idari bir görev olmakla birlikte, diğer kamu kurum ve kuruluşlarının teftiş kurulu başkanlıklarından farklı olarak, kuvvetler ayrılığı ilkesine göre 'yargı' erkinde görev yapan hâkim ve savcılar denetimine ilişkin olup, klasik teftiş kurullarından farklı bir özellik göstermektedir... Teftiş Kurulu Başkan ve başkan yardımcılarının atanmalarının aynı zamanda Adalet Bakanı olan HSYK Başkanına bırakılması, bu yetkinin kullanılmasında yürütmenin etkili olması sonucunu doğurmaktadır ki, Anayasa koyucunun iradesinin bu yönde olmadığı açıktır. Kurula bağlı olarak görev yapan Teftiş Kurulunun da 'mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı' esaslarına göre görev yapacağı kuşkusuzdur. Müfettişleri atama yetkisi HSYK'ya ait iken Teftiş Kurulu Başkan ve başkan yardımcılarını atama yetkisinin de evleviyetle HSYK'ya ait olması gerektiği açıktır. HSYK Başkanının Kurulu temsil ve yönetim görevi, HSYK'ya ait olan Teftiş Kurulu Başkanı ve başkan yardımcılarını atama yetkisini kapsamamaktadır."

Anayasa Mahkemesi, benzer gerekçelerle, 6542 sayılı Kanunun 32'nci maddesinde yer alan ve Kurul müfettişlerinin "Birinci Daire tarafından teklif edilen iki katı aday içinden" Genel Kurulca atanacağını öngören hükmü de iptal etmiştir. Mahkemeye göre, "atama yapılacak sayının iki katının Birinci Daire tarafından belirlenmesi ve bunlar arasından bir seçim yapmak zorunda bırakılması, Genel Kurulun iradesine müdahale niteliği taşımaktadır. Oysa bu görevin, herhangi bir sınırlayıcı kural olmaksızın Genel Kurul tarafından yerine getirilmesi zorunludur... Anayasa koyucu, yürüttükleri görevin özelliğini de

dikkate alarak müfettiş atamalarında yetkiyi Kurula vermiştir... Anayasa ile Kurula verilen Kurul müfettişlerini atama yetkisinin kullanılmasını sınırlayıcı nitelikteki her müdahale Anayasa'ya aykırılık oluşturacağından, Kurul müfettişlerinin atanması bakımından Birinci Daire tarafından iki katı aday belirlenmesi de Anayasa'ya aykırıdır." Anayasa Mahkemesi bu hüküm hakkında iptalle birlikte yürürlüğün durdurulması kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, benzer gerekçelerle, Teftiş Kurulu Başkanının "Başkana karşı sorumlu" olacağını öngören hükmü de iptal etmiştir. Mahkemeye göre, "bir makamın diğer bir makama karşı sorumluluğu... hiyerarşik nitelikteki ilişkilerde söz konusudur. Bu nedenle, Teftiş Kurulu Başkanının 'Başkana' karşı sorumlu olması, Teftiş Kurulu Başkanı ile HSYK Başkanı arasında Anayasa'ya göre kurulması mümkün olmayan hiyerarşik bir ilişkinin varlığı anlamına gelir." Aynı şekilde Başkana, Teftiş Kuruluna görev verme yetkisi sunan hüküm de, bunun ancak hiyerarşik ilişkilerde söz konusu olabileceği gerekçesiyle iptal edilmiştir.

6. Genel Kurul Gündeminin Belirlenmesi:

Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul gündeminin belirlenmesinin, Anayasada Başkana tanınan "yönetim" yetkisinin kapsamında olduğunu belirtmekle birlikte, üye tamsayısının salt çoğunluğunun olağanüstü toplantı çağrısının kabul edilip edilmemesini Başkanın takdirine bırakan hükmü, Genel Kurulun görev yapmasını engelleyici nitelikte, dolayısıyla Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

7. Kurul Üyeleri Hakkında Disiplin İşlemleri

Kanunun 37^{nci} maddesiyle 6087 sayılı Kanunun 36^{nci} maddesinin üç fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: "Kurulun seçimle gelen üyelerinin, disiplin suçu oluşturan eylemleri sebebiyle, haklarında yürütülecek disiplin soruşturması Başkan, disiplin kovuşturması Genel Kurul tarafından bu Kanun hükümleri uyarınca yapılır. Başkan, ihbar veya şikayetle ilgili olarak, doğrudan veya yaptırdığı inceleme sonucuna göre soruşturma açılmasına yer olmadığına ya da soruşturma açılmasına karar verir. Soruşturma açılmasına karar vermesi hâlinde üyeler arasından üç kişilik bir soruşturma kurulu görevlendirir. Soruşturma kuruluna, yaşça büyük olan üye başkanlık eder." Anayasa Mahkemesine göre bu düzenlemeler, "Anayasa'nın 159. maddesi ile Başkana verilen yönetim ve temsil görevini aşan, Başkanı Kurul üyelerinin disiplin amiri konumuna sokan, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esasları ile bağdaşmayan" ve bu nedenle iptali gereken düzenlemelerdir.

E. Özbudun: Anayasa Mahkemesi ve HSYK

Aynı mahiyette olarak Kanunun 38'inci maddesiyle 6087 sayılı Kanunun 38'inci maddesinde yapılan ve Kurulun seçimle gelen üyelerinin görevleriyle ilgili suçları ve kişisel suçları konusunda Başkana aynı yetkileri veren hükümler de iptal edilmiştir: "Adli suçlar ile ilgili soruşturmanın, disiplin soruşturmasından daha ağır sonuçlarının bulunması nedeniyle, disiplin soruşturmasında Başkanın yetkileri yönünden belirtilen Anayasa'ya aykırılık hususlarının, adli soruşturmadaki Başkanın yetkileri yönünden evleviyetle geçerli olduğu açıktır."

8. Daire Başkanlarının Seçimi:

Kanunun 25'inci maddesiyle 6087 sayılı Kanunun 8'inci maddesini değiştiren hükme göre, "Daire başkanları, her dairenin kendi üyeleri içinden üye tam sayısının salt çoğunluğuyla belirlenecek iki aday arasından Genel Kurulca seçilir." Anayasa Mahkemesine göre, "dairelerin, iki adayı üye tamsayısının salt çoğunluğu ile belirleyeceği hususu da dikkate alındığında dairenin dört üyesinin oyu, daire başkan adaylarının belirlenmesi için yeterli olacaktır... Bu yönüyle, dört üyenin iradesi, Genel Kurulun yirmiiki asıl üyesinin iradesi yönünden bağlayıcı bir irade halini almaktadır. Bu durum ise yirmiiki asıl üyeden oluşan Genel Kurula Anayasa ile verilen seçim yetkisinin sınırlanması ve bu yetkiye müdahale anlamını taşımaktadır."

9. Tetkik Hâkimlerinin Atanması:

Kanunun 29'uncu maddesine göre tetkik hâkimliğine, ihtiyaç duyulan her bir boş kadro için Birinci Daire tarafından teklif edilen iki katı aday arasından Genel Kurulca atama yapılacaktır. Anayasa Mahkemesi, yukarıda incelediğimiz Kurul müfettişlerinin atanmasına ilişkin hüküm hakkındaki iptal kararına paralel olarak, bu hükmü de Genel Kurulun iradesini sınırlayıcı nitelikte görerek iptal etmiş ve ayı zamanda yürürlüğü durdurma kararı vermiştir.

10. Genel Sekreter Adaylarının Seçilmesi:

6824 sayılı Kanunun 28'inci maddesine göre, "Genel Sekreter adaylarının belirleneceği toplantıya Başkan katılamaz ve yapılacak seçimde her bir Kurul üyesi ancak bir adaya oy verebilir." Anayasa Mahkemesi, bu hükmü Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre, "Anayasa koyucu Genel Sekreter adaylarının Kurulca belirlenmesini öngörmüş ancak bunun yöntemini düzenlememiştir. Bu nedenle yasa koyucunun, Genel Sekreter adaylarının seçiminde uygulanacak yöntemin belirlenmesi konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır... Sonuç itibarıyla bir kişinin seçilmesinin öngörüldüğü

seçimlerde, seçici makama birden çok adayın sunulmasını amaçlayan aday seçimleri, seçici makama birden çok aday arasında tercih hakkı tanınmasını sağlamaktadır.” Bu yöntemin, “demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan bir yönü bulunmadığı gibi, Anayasa’nın 159. maddesine de aykırı değildir.” Ancak, bu görüşe karşı, her üyenin ancak bir adaya oy verebilmesinin, seçici makamın yani Adalet Bakanı’nın Kurul içindeki ağırlığını arttıracak ve bu anlamda Genel Kurulun iradesini sınırlandıracak da ileri sürülebilir.

Genel Sekreter adayları seçimi yöntemini Anayasa’ya aykırı bulmayan Mahkeme, aynı maddede yer alan, seçime ilişkin ilk toplantıda toplantı veya karar yetersayısının sağlanamaması hâlinde üç gün içinde ikinci toplantının yapılacağı ve bu toplantıya katılanların en çok oyunu alan üç adayın teklif edilmiş sayılacağı yolundaki hükmü iptal etmiştir.

11. Kurul Üyelerinin Seçimi:

Kanunun 34’üncü maddesiyle, Kurul üyelerinin seçiminde, her seçmenin “ancak bir aday için” oy verebileceği hükmü getirilmiştir. Hatırlanacağı gibi Anayasa Mahkemesi, 2010 Anayasa değişikliğinde HSYK üyelerinin seçimi için kullanılan bu ibareyi iptal etmişti. Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini esas yönünden inceleme yetkisine sahip olup olmadığı, olduğu bir an için kabul edilse bile, böyle bir ibarenin Anayasa’nın değiştirilemez hükümleri arasında yer alan demokratik hukuk devleti ilkesine nasıl aykırılık teşkil etmiş sayılabileceği tartışmaları bir yana bırakılırsa, Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararında şu gerekçeye dayandığı görülmektedir: “(B)azı adaylar açısından seçmenlere oy kullanma hakkı tanınmayarak sonuçları seçmen iradesini yansıtmaktan uzak olan bir seçim usulünün demokratik olmadığına kuşku yoktur. Seçmen iradesinin gerçek anlamda oya yansımaları sınırlandıran böylece oy kullananların iradesini olumsuz yönde etkileyen bu düzenlemenin hukuk devletinin temel ögesi olan bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşmasını da engelleyeceği açıktır” (E. 2010/49, K. 2010/87, 7.7.2010, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, 2010, Sayı 47, Cilt 2, s. 1169-1170).

Anayasa Mahkemesi, 6524 sayılı Kanun’a ilişkin kararında ise, bu görüşünün tamamen tersine bir sonuca vararak, söz konusu ibarenin iptali talebini reddetmiştir. Kararda, 2010 yılındaki karara değinilmekle birlikte, “aynı konunun 6524 Sayılı Kanunun iptali istenilen kuralında yeniden düzenlenmiş olması karşısında yeni bir değerlendirme ihtiyacı doğmuştur” denilmektedir. Ancak, kararın gerekçesinde bu “yeni değerlendirme”nin nedenleri hakkında tatmin edici bir açıklama bulunmamaktadır. Öte yandan Mahkeme, Kanunun değişik metnine göre; Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisince yapılacak seçimlerde her üyenin “ancak bir aday için, ” adli ve idari yargı

E. Özbudun: Anayasa Mahkemesi ve HSYK

hâkim ve savcılarınca yapılacak seçimler için ise her hâkim ve savcının “kendi aralarından seçilecek asıl ve yedek üyelerin toplam sayısı kadar aday için” oy kullanabilmesini, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkemeye göre, “HSYK üyeliği seçimi sonucunda seçilen kişiler HSYK üyesi olarak aynı hukuki konumda bulunduklarından, HSYK üyeliği seçimlerinde aynı kuralların uygulanması, eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Bu nedenle, HSYK üyeliği için yapılacak tüm seçimlerde, seçmenlerce kullanılacak oy sayısına ilişkin aynı kuralın uygulanması gerekir... Seçmenlerce kullanılacak oy sayısına ilişkin kuralın yeknesaklaştırılması, eşitlik ilkesinin bir gereğidir.”

HSYK üyeliği için yapılacak seçimlerde her seçmenin ancak bir aday için oy verebileceği kuralının, Kurulda daha çoğulcu bir yapının oluşturulmasına hizmet edeceği ileri sürülebilir. Öte yandan bu kural, Kurulun bazı üyelerinin, kendilerini seçenlerin ancak çok küçük bir bölümünün desteğiyle seçilebilmeleri gibi, ciddi bir sakınca da doğurmaktadır. Oysa, 2010 HSYK reformunun gerisinde yatan temel düşüncelerden biri, Kurula yargı organının tümünü lâyıkyıla temsil edecek bir nitelik vermektir. Bu açıdan, seçmenlerin, seçilecek üye sayısının toplam sayısı kadar adaya oy verebilmeleri, daha doğru bir tercih gibi görünmektedir. Keza, değişik kaynaklardan seçilecek üyelerin seçiminin değişik kurallara tâbi tutulmasında, kanımca eşitlik ilkesine, dolayısıyla Anayasa’ya aykırı bir husus yoktur. Bu konu, yasama organının meşru takdir alanı içindedir.

Genel Kurul üyelerinin seçimi konusunda Kanunun geçici 4’üncü maddesinin 8’inci fıkrası, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl içinde, adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılar arasında yapılacak Kurul üyeliği seçimlerinde, adayların hâkimlik ve savcılık mesleğinde yirmi yıl çalışmış olmaları şartını getirmiştir. Mahkeme, bu hükmü de şu gerekçeyle iptal etmiştir: “Anayasa koyucunun, HSYK üyesi seçilebilecek hâkim ve savcılarının niteliklerini açıkça ve ayrıntılı bir şekilde ortaya koymasından sonra, Kurul üyesi olabilmek için yasa koyucu tarafından hâkimlik ve savcılık mesleğinde yirmi yıl çalışmış olma koşulunun getirilmesi, Anayasa koyucunun bu konudaki iradesinin sınırlandırılması anlamını taşımakta ve Anayasa’nın 159. maddesindeki düzenlemeye aykırı bulunmaktadır.”

12. Kurul Personelinin Görevlerine Son Verilmesi:

6524 sayılı Kanunun, belki de en vahim yönü, Kanunun 39’uncu maddesiyle 6087 sayılı Kanuna eklenen geçici 4’üncü maddedir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre, “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Kurulda görev yapan Genel Sekreter, genel sekreter yardımcıları, Teftiş Kurulu Başkanı, Teftiş Kurulu başkan yardımcıları, Kurul müfettişleri, tetkik hâkimleri ve idari personelin

Kuruldaki görevleri sona erer.”

Anayasa Mahkemesi, akla Milli Birlik Komitesinin ünlü “147’ler Kanunu”-nu getiren bu hükmü, çok isabetli olarak iptal etmiştir. Mahkemeye göre, “Anayasa’nın 159. Maddesinde, HSYK tarafından atama yapılacak kadrolar belirlenmiştir. Buna göre Kurul müfettişleri ile Kurulda çalıştırılacak hâkim ve savcılar atama yetkisi, Kurula aittir. Teftiş Kurulu Başkanı ve başkan yardımcılarının da Anayasa’nın 159. maddesi uyarınca Kurul tarafından atanmaları gerektiği açıktır. Anayasa’nın 159. maddesi gereğince atama yetkisi Kurula ait olan ve bu madde uyarınca atamaları HSYK tarafından yapılan kişilerin görevlerine kanun ile son verilmesi, Anayasa’nın 159. maddesini işlevsiz kılmakta ve bu yönden Anayasa’nın 159. maddesine aykırı bulunmaktadır. Öte yandan, Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin gereklerinden olan hukuki güvenlik ilkesi, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerle bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Kamu görevlilerinin bulundukları görevlerden alınmalarını gerektiren haklı bir neden olmadıkça görevlerine son verilmemesi, hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir.”

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, “hukuki ve fiili zorunluluk hallerinde kamu görevlilerinin bulundukları görevden alınarak başka bir göreve atanmalarının, yasal düzenlemelere konu edilebileceği” görüşündedir. Mahkemeye göre, “kamu kurum ve kuruluşlarının yeniden yapılandırılmaları kapsamında, teşkilat yapısı değiştirilen kamu kurum ve kuruluşlarının bazı kadrolarında görev yapan kamu görevlilerinin görevlerinin sona erdirilerek, başka kadrolara atanmalarının öngörülmesi, söz konusu hukuki ve fiili zorunluluklar nedeniyle getirilen yasal düzenlemelerin bir örneğini oluşturmaktadır... Söz konusu hukuki ve fiili zorunluluklar nedeniyle kazanılmış haklar korunarak başka kadrolara atama yapılması, kanun koyucunun takdir alanı içindedir.” Ancak Mahkeme, somut olayda, 6524 sayılı Kanun “bir bütün olarak incelendiğinde, HSYK bünyesi içinde yapısal bir değişikliğin söz konusu olmadığı, ” dolayısıyla “hukuki ve fiili zorunluluklardan” bahsedilemeyeceği gerekçesiyle, söz konusu hükmü iptal etmiştir.

Hatırlanacağı gibi, Anayasa Mahkemesi, Kanunun 20’nci maddesiyle 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanununa eklenen ve tamamen aynı nitelikte olan geçici 12’nci maddeyi Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. Mahkemenin gerekçesinde, “kamu personelinin bulundukları görevden alınma ve başka bir göreve atanmalarının, haklarında bu yönde idari işlem tesis edilmesi ile gerçekleşmesi”nin “kural” olduğu teslim edilmekle birlikte, hukuki ve fiili zorunluluklar nedeniyle, bu işlemlerin kanuni düzenlemelerle de yapılabil-

E. Özbudun: Anayasa Mahkemesi ve HSYK

ceği görüşüne yer verilmektedir. İki hüküm hakkındaki farklı kararların gerekçesi, HSYK bakımından yapısal bir değişikliğin söz konusu olmamasına karşılık, "Akademinin teşkilat yapısının büyük oranda değişikliğe uğradığı," dolayısıyla ortada hukuki ve fiili bir zorunluluğun bulunduğu.

Anayasa Mahkemesi, bu nitelikteki kanuni düzenlemelerle daha önce de karşılaşmış ve bir kararında (K. 2006/49) iptal hükmü verdiği halde, daha sonraki bir kararında (K. 2013/26) iptal talebini reddetmiştir.¹⁷ Kanımca, bu tür kararlarda kriter olarak kullanılan "hukuki ve fiili zorunluluk" kavramı, yeterince açık ve belirgin değildir. Bir kamu kurum veya kuruluşunun tümünden lağvı durumunda böyle bir gerekçe kabul edilebilirse de, kurumun kaldırılmayıp sadece teşkilat yapısında bazı değişikliklerin yapılması durumunda, hangi değişikliklerin iptale, hangilerinin iptal talebinin reddine yol açacağı, fazlasıyla takdire bağlı bir husustur. Nitekim Türkiye Adalet Akademisi ile ilgili hükmün iptal edilmemiş olması, bu açıdan eleştirilebilir.

Daha da genel düzeyde, ortada bir fonksiyon gasbı olup olmadığı da tartışılabilir. Anayasa Mahkemesinin kendisinin de kabul ettiği gibi, bir kamu görevlisinin görevden alınması, bir idari işlemle gerçekleştirilmesi gereken bir husustur. İşlemin kanunla yapılması, ilgiliyi idari yargı mercileri önünde hakkını arama imkanından yoksun bırakmaktadır. Keza, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 6216 sayılı Kanunun 45'inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, bir yasama işlemi hakkında bireysel başvuru yoluna gitmek de mümkün değildir. İptal kararlarının geriye yürümediği de düşünüldüğünde, bu durumda ilgilinin hak arama hürriyeti tümüyle ortadan kaldırılmış olmaktadır.

Öte yandan, yasama organının bir yürütme işlemini kanun yoluyla gerçekleştirmesi, tipik bir fonksiyon gasbıdır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi ve yürütme yetki ve görevini Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna veren Anayasa'nın 8'inci maddesi ışığında, TBMM bir yürütme işlemini kanun yoluyla yapamaz. Yasama yetkisinin genelliği, ancak norm koyma alanı bakımından söz konusudur. Yasama organının, yargı fonksiyonuna giren bir işlemi kanunla yapması hâlinde de bir fonksiyon gasbının ortaya çıkacağına kuşku yoktur.

Anayasa Mahkemesinin, incelediğimiz kararında, daha önceki içtihatlarından farklı olarak, fonksiyon gasbını bir yokluk sebebi sayması, konuya yeni ve ilginç bir boyut katmaktadır. Mahkemenin gerekçesinden, bir idari işlemin kanunla yapılması halinde, eğer çok dar yorumlanması gereken hukuki ve fiili bir zorunluluk yoksa, Mahkemenin yokluk kararı verebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Gerçekten, kamu hukuku doktrininde, fonksiyon gasbı, yokluğa yol açan en ağır sakatlıkların başında gelmektedir.

¹⁷ Taha Akyol, "AYM ne yapar?" *Hürriyet*, 28 Şubat 2014.

Anayasa Mahkemesi, Adalet Akademisi hakkındaki benzer hükmün iptali istemini reddederken, şu gerekçeye de dayanmıştır: “dava konusu kuralla tek bir kişi hakkında bireysel nitelikte bir yürütme işlemi tesis edilmeyip, aksine genel ve soyut bir kural getirilmektedir. Soyut bir kuralın gerçekte tek bir kişiyi ya da sınırlı sayıda kişiyi ilgilendiriyor olması onun soyut niteliğini ortadan kaldırmaz. Bireysel nitelikte bir işlemde söz edilebilmesi için somut olarak bir kişinin durumunda değişiklik yapan bir irade açıklamasının bulunması gerekir. Dava konusu kuralla doğrudan bazı kişilerin hukuki durumunda değişiklik yapılmasına yönelik bir irade açıklamasında bulunulmadığından bireysel işlemin varlığından söz edilemez.” Anayasa Mahkemesinin bu gerekçesi tatmin edici olmaktan uzaktır. Herkesçe bilindiği gibi, belli kişileri veya grupları hedef alan bir işlem, pek âlâ soyut bir ifade ile kaleme alınabilir. Somut olayda, Anayasa Mahkemesinin kendi ifadesiyle, “doğrudan bazı kişilerin hukuki durumunda değişiklik yapılmasına yönelik bir irade açıklaması” mevcuttur. Fonksiyon gasbı gerekçesiyle verilecek bir yokluk kararı, ilgili kişilerin uğradıkları haksızlığı giderici tek yol olurdu.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesinin kararı, Kanunun başka birtakım hükümlerinin de iptal edilmesi gerektiği yolundaki eleştiriler¹⁸ dışında, hukuk çevrelerince genellikle çok olumlu karşılanmıştır. Mahkemenin, Kanunun 19 hükmünü iptal ederken, 35 hüküm hakkındaki iptal istemini reddetmiş olması, onun titiz ve objektif bir değerlendirme yaptığının ve iktidar çevrelerinin iddiaları aksine, yerindelik denetimi yaparak siyasi bir karar vermediğinin kanıtıdır. Buna karşılık, iktidar çevreleri kararı büyük tepki ile karşılamışlardır.¹⁹ Başbakan Erdoğan, Anayasa Mahkemesinin Twitter kararını şiddetle eleştirdikten sonra, HSYK kararıyla da siyaset alanına müdahalede bulunulduğunu ifade ederek, şunları eklemiştir: “Hukukun içine bir ur gibi sirayet etmiş paralel yapı görmezden gelinirken, siyasetin alanına müdahale iştahının kabardığını görüyoruz. Herkes yetkisini, konumunu ve sınırını bilmeli, ne yaptığına, ne söylediğine dikkat etmelidir. Ben her zaman söylüyorum, siyaset yapmak isteyen koltuğundan kalkar, cübbesini çıkarır, gelir siyasi partilerin çatısı altında siyasetini yapar. Ama bazı koltuklarda bazı cübbelerin içinde siyaset yapılmaz.”²⁰

Bu tartışmaların sertliği, Türk demokrasisinin halen içinden geçmekte olduğu dar boğazda, bağımsız yargının ve özellikle Anayasa Mahkemesinin taşıdığı hayatî önemi ortaya koymaktadır. Son yıllarda birey hak ve hürriyetleri

18 Meselâ bkz., Gönenç, *a.g.e.*

19 “Ak Parti’de tepki büyük,” *Radikal*, 12 Nisan 2014.

20 “Cübbeni çıkar siyasete gel,” *Milliyet*, 13 Nisan 2014.

E. Özbudun: Anayasa Mahkemesi ve HSYK

ve çoğulcu demokrasi yönünde olumlu bir çizgi izleyen²¹ Anayasa Mahkemesi, HSYK kararı ve yakın zamanlarda verdiği diğer bazı kararlarla, hürriyetçi demokrasinin en sağlam güvencelerinden biri olduğunu kanıtlamıştır.

21 Ergun Özbudun, "Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi'ndeki Olumlu Değişim, " *Zaman*, 24 Aralık 2013.

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN
(İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi)

HUKUK, HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE ADALET

I. GİRİŞ

İnsanoğlu toplumsal bir canlıdır, toplum hâlinde yaşamak “insanlık durumu”nun bir özelliğidir. Toplum hâlinde var olmak veya kısaca “toplumsal hayat” ise asgarî ölçüde barış ve düzeni gerekli kılar. Herkes için geçerli olan bazı davranış standartları olmadan insanların barış ve düzen içinde beraber yaşamaları mümkün değildir. Bundan dolayı, ortak kuralların var olmadığı bir toplum tasavvur etmek zordur. Başka toplumsal düzen kuralları gibi, hukuk da bu evrensel gerçeğin bir sonucudur. İnsan davranışlarını kurallara bağlamayı amaçlaması bakımından hukuk, toplum olarak var olmanın ve toplumsal hayatın vazgeçilmez bir unsurudur. Hukuk, iyi veya adil toplumun mahiyeti hakkındaki makul anlaşmazlıklar karşısında, toplumun kolektif hayatını koordine edecek ortak kararlara olan ihtiyacı karşılar (Bellamy 2010: 60).

Ancak, asgarî düzeyde barış ve düzene, bunun gerektirdiği koordinasyon kurallarına yer vermeyen bir toplumsal hayat mümkün değilse de, dayandıkları kuralların insanilik ve medeniliğin gereklerini karşılama bakımından, toplumsal düzenler büyük bir çeşitlilik gösterirler. Bu gereklerin başında ortak iyiliğin ve adaletin gözetilmesi gelmektedir. Adaletin yönetmediği bir toplum ancak güçle ayakta tutulabilecek istikrarsız bir toplumdur (Ratnapala 2009: 318). Adaletin, bir yönüyle, “birlikte-yaşamanın maliyetini azaltan bir çerçeve” (Schmidt 2006: 11) olduğu söylenebilir. Bu bakımdan, John Rawls’un (1971: 3) aslında normatif bir ideali dile getiren “(a)dalet toplumsal kurumların birinci erdemidir” şeklindeki meşhur başlangıç cümlesini bu zorunluluğa işaret eden olgusal bir beyan olarak da okuyabiliriz.

Bir toplumun üyeleri tarafından bağlayıcı-yükümleyici kabul edilen davranış kuralları (Ratnapala 2009: 4) olan hukuk, her şeyden önce, toplumsal bir gerçekliktir. Fakat buradaki asıl soru şudur: Sırf bir fenomen veya yalın bir gerçeklik olarak hukuku medeniliğin ve adaletin gereklerinden tamamen bağımsız olarak tanımlamak mümkün müdür?... “Tabîî hukuk”tan “hukukî pozitivizm”e, oradan Hayek ve Dworkin’e kadar hukukun mahiyeti hakkındaki eski ve yeni tartışmalar esas olarak bu temel sorunun cevabını bulma amacına yöneliktir. Tabîî hukukun bu konudaki temel iddiası, kısaca, hukukun başta

adalet olmak üzere değerlerden bağımsız olarak tanımlanamayacağı şeklin-
dedir. Hukukî pozitivistler ise, tersine, hukukun ahlâktan bağımsız olarak ta-
nımlanabileceğini ve tanımlanması gerektiğini savunagelmışlerdir.

Öte yandan, hukukun tanımlanmasında esas olarak onun bir kurallar siste-
mi olduğu dikkate alınır. Bu tanımlı, Hayek ve Dworkin'in ilkeler üstündeki
vurgusunu da dikkate alarak, hukukun "ilkesel bütünlük ve tutarlılık gös-
teren bağlayıcı kurallar sistemi" olduğu şeklinde tashih edebiliriz. Yine de
bu tanım hukukî muhakemenin (legal reasoning) hukukun tanımında mün-
demiç olduğu gerçeğini ihmal eder görünmektedir. Oysa, yakınlarda Jeremy
Waldron'un (2003: 7-8) dikkat çektiği gibi, hukukun argümentatif ve prosedü-
rel yanını dikkate almayan bir hukuk kavrayışı eksik kalacaktır.¹ Gerçekten
de yargılamada cereyan eden bu argümantasyon veya muhakemeyi gözardı
ederek hukukun ne olduğunu doğru olarak anlamak mümkün değildir. Kı-
saca, hukuk genel kurallarla ilgili olduğu kadar usulle ve muhakemeyle de
ilgili bir disiplindir.

II. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

Hukukun üstünlüğü anayasal-demokratik sistemlerin kurucu ilkelerinden bi-
ridir. Onun için, hukukun üstünlüğü Friedrich A. Hayek (2008) ve Joseph Raz
(2008: 150) gibi düşünürler tarafından "siyasî bir ideal"² olarak nitelenmiştir.
Hayek'e göre (1960: 206), hukukun üstünlüğü "hukukun ne olması gerekti-
ğiyle ilgilidir, meta-hukukî bir öğretisi veya siyasî bir idealdir." Joseph Raz'ın
dediği gibi (2008: 151), hukukun üstünlüğü "gerek devlet gerekse hukuk açı-
sından sonuçları olan bir kavram"dır. Bu ilkenin esaslı bir unsurunu oluşt-
urmadağı siyasî rejimler özgür ve medenî bir hayat için elverişli bir çerçeve
oluşturmazlar. Bu nedenle, hukukun üstünlüğüne dayanmayan bir demok-
rasi bile özgürlük ve medenîliğin gereklerinden uzaklaşmaya mahkûmdur.

Hukukun üstünlüğü (rule of law) ilk olarak "hukuk devleti" (rechtsstaat,
law-governing state) anlamına gelir. Buna göre, devlet hukuka bağlı olmalı,
yani, devletin her türlü faaliyeti hukukun sınırları içinde kalmalı, bütün iş
ve işlemleri hukuka uygun olmalıdır. "Hukuk devleti" anlamında hukukun
üstünlüğü, ayrıca, kamu otoritelerinin sadece hukukun yetkilendirildiği du-
rumlarda harekete geçmelerini, iş ve işlem yapmalarını, bunun dışında hare-
ketsiz kalmalarını gerektirir. Bu anlamda hukuk devleti hukuk çerçevesinde

1 Waldron bu noktayı "hukukun üstünlüğü" bağlamında vurguluyorsa da, kanaatimizce
hukukî akıl yürütmenin ilkelerini hukukun tanımından ayırmaya imkân yoktur.

2 Martin Loughlin (2000: 208-209) son on yıllarda temel hakların anayasal ve hukukî olarak
kurumsallaşmasıyla birlikte "hukukun üstünlüğü"nın siyasî bir ideal olmaktan hukukî bir
ilke olmaya doğru gittiğini ileri sürmektedir.

veya hukuk altında devlet (“government under law”) olarak da adlandırılır.³ Hukuk çerçevesinde devlet kişilere birbirine bağlı başlıca iki gözle-görünür avantaj sağlar: a) hukukî güvenlik, b) keyfi yönetimin dışlanması. Bu güven-celerin her ikisi de hayat planlarını kendi uygun gördükleri şekilde gerçek-leştirmek için kişilere keyfi devlet müdahalesinden korunmuş özel alanlar sağlar.

Mamafih, hukukun üstünlüğü “hukuka bağlı devlet”le başlar ama orada bitmez. Hukukun üstünlüğünün aslında siyasî bir ideal olması, onun hukuk devleti kavramını aşan felsefî-ahlâkî boyutlarının da var olduğu anlamına gelir. Başka bir ifadeyle, hukukun üstünlüğünün temelinde bir “üstün hukukîlik” düşüncesi yatar. Bu çerçevede, hukukun üstünlüğü açısından önemli olan, devletin herhangi bir hukuka sahip olması değil, bu hukukun niteliğidir veya nasıl bir hukuk olduğudur. Hayek’in hukukun üstünlüğünün hukukî olmaktan ziyade “siyasî bir ideal” olduğunu ısrarla vurgularken aklında tuttuğu nokta da esas olarak budur. Üstün hukukîlik ise bir yandan “hikmet-i hükûmet” felsefesinin reddini gerektirirken, öbür yandan yürürlükteki hukuk düzeninin bazı üstün ahlâkî standartlara uygun olmasını buyurur.

Hukukun üstünlüğünü siyasî bir ideal olarak gören yaklaşım, zımnen, hukukun üstünlüğü ile hukukun kendisi arasında bir ayrım yapar. Bu şu demektir: Hukukun üstünlüğü hukukilikten farklıdır ama ona yol göstermesi gerekir. Martin Loughlin’in ifadesiyle (2010: 336), hukukun üstünlüğü siyasî bir kavramdır ve meşru siyasî yönetimin şartlarını belirlemeyi amaçlar.

H. L. A. Hart’ın düşündüğü gibi (Hart 1978: 205-206), hukukun üstünlüğünün gereklerine uymayan bir hukuk düzeni “kötü” bir hukuk olabilir, ama halâ hukuktur. Veya Joseph Raz’ın dediği gibi (2008: 150), “(h)ukuk devleti ilkesinin tamamen veya kısmen hakim olduğu hukuk düzenleri olabileceği gibi, hukuk devleti ilkesinden tamamen uzak hukuk düzenleri de olabilir.” Buna karşılık Lon Fuller, kendisinin “hukukun iç ahlâkı” (inner morality of law) olarak adlandırdığı ve hukukun üstünlüğünün gerekleri olarak görülebilecek ölçütleri⁴ tamamen veya büyük ölçüde karşılamayan bir normatif sistemin hukuk olarak adlandırlamayacağı görüşündedir. Fuller’a göre, hukukun iç ahlâkını oluşturan ilkeler sekiz tanedir (Fuller 1969: 39, 46 vd.): 1) Kanunlar genel olmalıdır, 2) Kanunlar yurttaşların bağlı olacakları standartları bilmelerine imkân vermek üzere ilân edilmelidir, 3) Geçmişe yürüyen kurallar ve uygulamalar asgarîye indirilmelidir, 4) Kurallar anlaşılabilir

3 Martin Loughlin (2010: 332-33) bu anlamı, “hukukun üstünlüğü”nden (rule of law) farklı olarak, “hukuk aracılığıyla yönetim” (rule by law) terimiyle ifade etmektedir.

4 Randy Barnett’e göre de (1998: 89), Fuller’ın “hukukun iç ahlâkı”nda hukukiliğin gerekleri ile hukukun üstünlüğünün gerekleri birleşmektedir. M. Loughlin (2010: 333) ise Fuller’ın formülasyonunun “hukuk aracılığıyla yönetim”den “hukuka tâbi yönetim” anlayışına geçişte tekabül ettiğini belirtmekte ama bunu hukukun üstünlüğünden ayırmaktadır.

olmalıdır, 5) Kurallar birbiriyle çelişmemelidir, 6) Kurallar muhataplarından yeteneklerini aşan davranış gerektirmemelidir, 7) Kurallar nispeten istikrarlı olmalıdır (sık sık değişmemelidir), 8) İlân edilen kanunlarla onların fiilen uygulanması arasında bir uyum var olmalıdır.⁵

Jeremy Waldron (2003: 7-10) ise, hukukiliğin “hukukun üstünlüğü”nün gereklerinden ayrılamayacağını ileri sürmüştür. Ona göre, hukuk ile hukukun üstünlüğü birlikte bir paket oluştururlar; bu bakımdan hukukun üstünlüğü-nün içerdiği değerleri anlamaksızın hukuk kavramının kendisini gerçekten kavramamız mümkün değildir. Ancak bu bir öncelik-sonralık meselesi de değildir; mesele bu terimlerin birini diğerinin bir unsuru olarak anlamak yerine, bunları bir paket olarak anlamamız gerektiğidir. Bu bağlamda hukukun üstünlüğü sadece kuralların olduğu gibi uygulanmasını değil, aynı zamanda onların doğal adalet⁶ ve usulî hakkaniyet (procedural due process) ideallerinin gerektirdiği üzere dikkat ve özenle uygulanmalarını da gerektirir. Doğru şekilde uygulanmadıkları zaman genel ve açık-seçik kamusal normlara sahip olmak kendi başına değerli değildir.

III. HUKUK VE ADALET

Hukuk öteden beri adaletle çeşitli şekillerde ilişkilendirilmiştir. Hukukun adaletle ilişkisi en başta gündelik dilde standart bir tema olarak karşımıza çıkmaktadır. Her şeyden önce, insanlar hukuka genellikle adalet beklentisiyle bakarlar. Bu beklenti, onların hukuku sırf bir bağlayıcı kurallar sistemi olarak görmediklerinin işaretidir. Aynı şekilde, hukuk literatüründe de sık sık “(h) ukukun asıl amacının adalet” olduğu, hukukun genel olarak adalet vaat ettiği veya hukukun bizatihi adalet vaadi olduğu, “adalete yönelmeyen bir hukuktan söz etmenin anlamı” olmadığı, hukukun “normlarında adalet değerini yansıtması” gerektiği vb. belirtilir (Aral 1988: 45; Waldron 2000: 775). Hatta, “adaletsiz bir hukuk sistemi(nin) ancak hayal dünyasında var olabileceği (Cahn 1946: 350) söylenmiştir. Bunun gibi, yaygın olarak mahkemelerin “adalet dağıttıkları”ndan söz edilir. Ayrıca, Waldron’ın da hatırlattığı gibi (2003: 272-73), hukuk sistemleri kendi yapılarıyla ilgili olarak sık sık “adalet” kelimesine başvururlar. Söz gelişi, pek çok ülkede bir “Adalet Bakanlığı” vardır. Bir suçun kovuşturulması ve cezalandırılmasıyla ilgili olarak “ceza adaleti sistemi”nden söz ederiz. ABD Yüksek Mahkemesi’nin binasında “Herkes için

5 Joseph Raz (2008: 153-56) başka bir ölçütler listesi vermektedir. Fuller’inkinden farklı olarak, bu listede yargı bağımsızlığı, doğal adalet ilkeleri ve yargıya erişim hakkı da yer almaktadır.

6 “Doğal adalet” kimi yazarlarca, adam öldürmenin, hırsızlığın ve ırza tecavüzün yasaklanması gibi, tabiatı icabı adil oldukları için bütün toplumlarda ve bütün zamanlarda ortak olan evrensel adalet kuralları şeklinde (Ratnapala 2009: 325), yani maddî adalet olarak, kimilerinin de açık ve adil duruşma ve yargıçların tarafsızlığı gibi adil yargılanma ilkeleri olarak (Raz 2008: 156), yani prosedürel anlamda tanımlanmaktadır.

Adalet” sloganı vardır. Kısaca, hukuk hemen hemen hiçbir yerde kendisini keyfi kararlar ve düzenlemeler olarak sunmaz.

Friedrich A. Hayek’in (2012: 285-86), “insanların bir hukuk düzenini keyfi yönetimden ayırt ettiklerinde akıllarında tuttıkları şey”in adalet ideali olduğu şeklindeki ifadesi bu görüşün tipik bir anlatımıdır. Jeremy Waldron da “adaletin toplumsal kurumların birinci erdemi olduğu”nu söylemenin en çok hukuk sistemine uygun düştüğüne dikkat çekmiştir. Waldron ayrıca, hukukun üstünlüğünün temel gereği olarak evrensel kurallara göre yönetimden kastedilenin adalet vaadi olduğuna da dikkat çekmiştir (Waldron 2003: 287; Waldron 2000: 775).

Esasen, hukuk kelime kökü itibariyle adaletle ilişkilidir. Nitekim, Latince hukuka “*ius*”, adaletle ise *iustitia* denmiştir. Bu bağlantı açısından düşünüldüğünde, adaletin hukukilik/hukuka uygunluk anlamına geldiği söylenebilir. Öte yandan, *ius*’un hem bağlayıcı kurallar anlamında hukuk, hem de doğruluk, haklılık anlamına geldiği düşünülürse, bundan hukukun haklar ve adaletle doğrudan doğruya ilişkili olduğu sonucu çıkar. Türkçe bakımından da benzer bir sonuca ulaşabiliriz: Hukuk kelime anlamı olarak “haklar” demektir, hak ise dilimizde doğruluk ve haklılıkla ilişkili bir kavramdır.

Bu duruma göre, hukukun adaletle bağlantılı olduğu en azından kavramsal olarak zorunlu görünmektedir. Fakat mesele, adalet kavramının, hukukla bağlantısı içinde düşünüldüğünde ne anlama geldiği veya hukukun ne anlamda bir adalet vaat edebileceğidir. Acaba “hukukta adalet” veya hukukun adaleti, hukuk sisteminin maddi içeriği bakımından adil olması gerektiği anlamına mı gelmektedir, yoksa adalet hukukun yapısal ve prosedürel bir özelliği midir?...

1. Hukuk ve Düzeltici Adalet

Hukuk en başta düzeltici adaletin aracıdır. İnsanlar mahkemelerin adalet dağıttığını söyledikleri zaman genellikle “düzeltici adalet”i kastederler. Düzeltici adalet kökeni itibariyle Aristocu bir kavram ve fikirdir. Aristo kendi adalet anlayışını aritmetik ve geometrik eşitlik arasında yaptığı bir ayrıma dayandırır. Ona göre, aritmetik eşitlik her bir bireyin “bir” sayılması anlamına gelirken; geometrik veya orantılı eşitlik her bir kişiye onun yeteneği, başarısı veya hak edişine uygun olarak hak/yetki (entitlement) verir. Bu ayrıma dayalı olarak Aristo düzeltici adalet ile dağıtıcı adaleti birbirinden ayırır (Loughlin 2000: 66).

Düzeltici adalette taraflara eşit muamele edilir ve sorun dağıtımla değil yanlışların düzeltilmesiyle ilgilidir. Bu bakımdan, düzeltici adaletle “mahke-

melerin adaleti" denebilir ve yapılmış bir yanlış düzeltmek, adil bir dengeyin bozulduğu yerde dengeyi iade etmek anlamına gelir. Düzeltici adalet iki şekilde ortaya çıkar; o ya "gönüllü" olan durumlara ya da "gönüllü olmayan" durumlara müdahale eder. "Gönüllü" ve "gönülsüz" işlemler arasındaki ayrım sözleşme ile haksız fiil veya suç arasındaki ayrıma tekabül etmektedir. Gönüllü veya iradî işlemler mülkün satımı, kiralanması, ödünç para verilmesi vb. sözleşmeleri ifade etmektedir. Gönüllülüğe dayanmayan eylemler ise günümüz hukuk dilindeki suçlar ve haksız fiillerdir (Kelly 1992: 27-28; Ratnapala 2009: 325).

Düzeltici adalet yapılan yanlışların düzeltilmesi gerektiği düşüncesiyle ilişkilidir. Eğer bir suç işlenmiş, bir sözleşme çiğnenmiş veya bir kimseye bir şekilde zarar verilmişse, o zaman denge bozulmuştur ve dolayısıyla adalet dengenin iade edilmesini (yeniden kurulmasını) gerektirir (Weinrib 2002: 349). Düzeltici adalet bakımından ilgili tarafların erdemli olup olmadıklarının önemi yoktur. Başka bir ifadeyle, "(i)yi bir insanın kötü birini mi yoksa kötü bir insanın iyi birini mi aldatmış olduğu fark etmez." (Loughlin 2000: 66). Düzeltici adalettaki telâfi etme ödevi kişinin eylemlerinin sonuçlarından sorumlu olduğu genel düşüncesine dayanır. Buna göre, zarar veren bir sonuç bir kimsenin failliğine atfedilebilir veya bir fail neden olduğu sonuç üzerinde kontrole sahiptir (Perry 2002: 237-38).

Mahkemeler ister tazminat isterse ceza şeklinde olsun, kişilere "hak ettiklerini" vermek suretiyle gerçekten de adalet dağıtırlar. Bu anlamda düzeltici adaletin maddî adaletle hizmet ettiği doğrudur. Bununla beraber, bu yolla maddî adaletin tam olarak sağlanması da mümkün değildir. Çünkü, düzeltici adalet esas olarak hukukî statükoyu korur ve bu statükonun adaletin gereklerine uygunluk derecesi ise ülkeden ülkeye farklılık gösterir. Gerçekten de, insanların hak ettikleri şeyler zararın tazmin edilmesi ile cezalandırmadan ibaret değildir. Duruma göre, yapıp-ettiklerine, liyakat ve meziyetlerine ve karşılıklılık gereklerine bağlı olarak insanların bazı şeyleri almaya veya bazı şeylerden yararlanmaya ilişkin başka hak edişleri olabilir. Şu var ki, mevcut hukuk sistemleri arasında bu gibi gerekleri karşılamak bakımından büyük farklar vardır. Dolayısıyla, farklı hukuk sistemlerinin maddî adaleti herkese sağlayacağını bir garantisi yoktur.

2. Hukuk ve Maddî Adalet

Hukukun adaleti veya "adil hukuk" ilk başta hukuk düzeninin içeriği bakımından adil olmasını gerektirir. Başka bir anlatımla, herhangi bir ülkede yürürlükte olan hukuk normlarının maddî adaletin gereklerine uygun olması beklenir. Ne var ki, bir hukuk sisteminin maddî adaletin gereklerini tam

olarak karşılamaması, her zaman, onun bilinçli olarak adaletsiz bir şekilde oluşturulmuş olduğu anlamına gelmez. Bu konuda, kıtlık sorunu ve diğer zorluklar dışında, daha temel bazı kavramsal-teorik sorunlar da vardır. Bir örnek olarak, doğal hukuk yaklaşımını ele alabiliriz.

Adalet şüphesiz doğal hukuk geleneğinde seçkin yeri olan bir kavram ve değerdir. Doğal hukukçulara göre, hukukun doğa yasalarına uygun olması gerekir. Sadece doğa yasalarına uygun –yani, “adil” olan- kanunlar hukuk adını hak ederler, adil olmayan kanunlara sahici anlamda kanun denemez. Ne var ki, “doğa yasaları somut durumlarda pek yardımı olmayacak kadar geneldirler veya hiçbir zaman tespit edilemeyecek ölçüde evrenseldirler.” (Cahn 1946: 337, 338). Bununla tutarlı olarak, doğal hukuk geleneğinde adaletten ne kastedildiği belirli olmaktan uzaktır. Nitekim Stoacı Çicero (M.Ö. 106-43) adaleti “salim akıl”ın doğadan çıkarsaması gerektiğini söylemektedir (Kelly 1992: 58) ama bu yolla her akıl sahibi insanın adaletin neyi gerektirdiği konusunda aynı sonuca ulaşacağı kesin değildir. Öte yandan, Aquinalı Thomas (1225-1274) adaleti genellikle “ortak iyilik” anlamında kullanmaktadır (Kelly 1992: 136) ama bu kavramın kendisi de en az “adalet” kadar belirsizdir ve içeriği kişilerin dünya görüşlerine, birey-toplum ilişkisine bakışlarına göre değişkenlik gösterir.

Çağdaş doğal hukukçu John Finnis de hukuku adaleti gerçekleştirmenin aracı olarak görmekle beraber, onun hukukî adaleti tanımlama biçimi de esas olarak Fuller’ın “hukukun iç ahlâkı”na benzer şekilde usulî nitelik taşımaktadır. Öte yandan, “adaletsiz bir kanunun kanun olmadığı”na ilişkin Aquinas’ın önermesi, Finnis’e göre, hukukî/yasal geçerlilikle ilgili bir kural olarak anlaşılamaz. Yani, adaletsiz kanunlar sırf bu nedenle hukukî geçerliliklerini yitirmezler (Uslu 2009: 288, 296; Kelly 1992: 424).

Bir hukuk sisteminin içeriği bakımından adalete uygunluğuyla ilgili temel kavramsal problem şudur: Hukukun içeriğini belirlemeye yardımcı olacak şekilde maddî adaletin objektif bir standardını bulmak veya daha doğrusu böyle bir standart üzerinde mutabakat sağlamak çoğulcu toplumlarda imkânsız görünmektedir. Jeremy Waldron’ın (2000: 782-84) dikkat çektiği gibi, hukukun maddî adaleti hedefleyebileceğinden, yani ürettiği sonuçlar bakımından adil olacağına dair bir vaatte bulunabileceğinden emin olamayız. Çünkü, adaleti önemseyen ve onu hukukta somutlaştırmak isteyen insanlar bile adaletin ne olduğu veya en iyi nasıl gerçekleştirileceği üstünde farklı görüşlere sahiptirler. Joseph Raz da buna benzer şekilde, büyük bir modern toplumda herkesin paylaştığı geniş bir ahlâkî kurallar manzumesinin var olduğu düşüncesinin bir efsane olduğunu ileri sürer (Raz 2001: 78).

Öte yandan, bu konuda hukuk sistemlerinin yapısal özelliğinden kaynak-

lanan başka bir sorun daha vardır. Şöyle ki: İstisnaî durumlar dışında, hukuk sistemleri, tipik olarak, herkesin adaletin gereği olarak “hak ettiği”ni onlara fiilen temin etmekten çok, onları, adil “hakediş”lerini veya paylarını elde etmeleri için gerekli olan hak ve yetkilerle donatırlar. Hayek’in anlatımıyla, “adil davranış kuralları” olarak hukuk “korunan alanın sınırlarını, belirli kişilere belirli şeyleri doğrudan doğruya tahsis etmek suretiyle değil, kişilerin kendilerine ait olan şeyleri tanınabilir olgulardan türetmelerine imkân vermek suretiyle çizerler.” Kısaca, hukuk belirli kişilere haklar vermekten çok, genel olarak hakların hangi şartlar altında kazanılabileceklerini gösterir (Hayek 2012: 263, 264).

Bu, yine de hukukun içeriğinin tamamen keyfî olarak belirlenebileceği anlamına gelmez. Cihristopher Morris’in (2004: 203) dediği gibi, devletlerin bireylerin haklarına saygı göstermeleri ve bireylere borçlu olunan ödevleri yerine getirmeleri adaletin gereğidir. Benzer şekilde, birçok düşünür⁷, haklı olarak, hukukî adaletin asgarî özünün “insan haklarına saygı” olduğunu belirtmiştir. Gerçekten de, ister adaletin bir gereği olduğu, isterse bağımsız bir referans olduğu düşünölsün, insan haklarına saygının hukukun üstünlüğünün açık bir gereği olduğunda kuşku yoktur. Çünkü, haklı olarak söylendiği gibi, hukukun üstünlüğünün temel amacı insanların hayatlarını kendi planlarına göre yaşamalarını mümkün kılmaktır. Otorite iddia edebilmek için bir hukuk sisteminin, en azından, insanların bir toplum içinde kendi planlarına göre yaşayabilmeleri için hayafî olan temel çıkarlarını koruması gerekecektir. Bu da asgarî olarak insanların temel çıkarlarının herkesin saygı duyması gereken bir dizi temel haklar ve hürriyetlerle korunmasını gerektirir (Rijkema 2013: 805, 813).

Dolayısıyla, bir hukuk sisteminin içerdiği kurallar bakımından adil sayılabilmesi için, onun en azından insan haklarını tanıyıp güvence altına almış olması gerekir. Çünkü, adalete ilişkin makul görüş farklılıklarının dışında tutulabilecek bir konu varsa, bu en başta insan hakları olmalıdır.⁸ Öte yandan, insan haklarının tanınması aynı zamanda hukuk sistemleri bakımından usulî hakkaniyetin bir gereği olarak da ortaya çıkmaktadır. Meselenin usulî adaletle ilgili yanı, bu hakların kişilere keyfî müdahaleden korunmuş, dokunulmaz alanlar sağladıkları gerçeğinden kaynaklanmaktadır. İnsan hakları keyfî devlet müdahalesine karşı kişilere güvence sağlayan bu işlevi bakımından hukukun üstünlüğüne benzemektedir. Böylece, insan hakları aynı zamanda hukukî adaletin en önemli standardı olarak ortaya çıkmaktadır.

7 Freeman 2011: 80; Campbell 2001: 53-56; Jones 1994: 170.

8 Bununla beraber, konuyla ilgili literatürde insan haklarının kapsamı ve bu arada “sosyal ve ekonomik haklar”ın hukukileştirilebilirliği konusunda ciddi fikir ayrılıkları olduğunu da belirtmek gerekir. Bkz. Erdoğan 2012: 64-83.

İlginç bir şekilde, Herbert Hart'ın hukukun "asgarî tabîî hukuk içeriği"ne sahip olması gerektiğine ilişkin meşhur tezi de benzer bir düşünceye dayanır görünmektedir. Nitekim, bir pozitivist olarak Hart hukukla ahlâkın ayrılığını savunmakla beraber, hukukun ahlâktan ayrı olmasının onun içeriğinin herhangi bir şey olabileceği anlamına gelmediğinde de ısrarlıdır. Hart'a göre medenî bir hukuk sisteminin asgarî ölçüde bir doğal hukuk içeriğine sahip olması zorunludur. Nitekim, modern hukuk sistemlerinin hepsi şiddeti ve hırsızlığı yasaklayan, mülkiyeti ve anlaşmaları tanımlayan ve aile içi ilişkileri yöneten kurallar içermektedirler ki, Hart'a göre, bu tesadüf olamaz. Bu, insan doğasının temel özelliklerinin ve "doğal zaruretler"in dayattığı bir durumdur. Onun içindir ki, hayat, hürriyet, mülkiyet ve sözleşmelerin yerine getirilmesini temin etmek gibi, bireylerin hayatlarını idame ettirmelerinin en temel şartlarını sağlamayan bir hukuk sistemi onu ayakta tutan halkın bağlılığını yitirebilir (Hart 1978: 189-93).

Hart'ın medenî bir hukuk sisteminin asgarî doğal hukuk içeriğine sahip olması gerektiğine ilişkin görüşü, onun özgür olma konusunda bütün insanların eşit hakka sahip olduğu yolundaki görüşüyle de tutarlıdır. Hart'a göre (1992: 77-78), ahlâkî haklar diye bir şey varsa en azından bir doğal hak vardır, o da herkesin özgür olma eşit hakkıdır. Bu hakkın iki sonucu vardır: Tercihler yapabilen her yetişkin insan (1) başkalarından –kendini savunma durumu hariç- kendisine karşı cebir kullanmaktan kaçınmalarını isteme hakkına sahiptir ve (2) başkalarına cebir uygulamak, onları engellemek veya onlara zarar vermek mahiyetinde olmayan her eylemi yapmakta özgürdür. Eşit özgürlük hakkı, tercihler yapabilir olmaları kaydıyla, bütün insanların sahip oldukları bir haktır. Başka bir anlatımla, insanlar bu hakka sırf bir toplumun üyeleri oldukları için veya birbiriyle özel bir ilişki içinde oldukları için değil, fakat insan olmaları itibarıyla sahiptirler. Ayrıca bu hak insanların iradî eylemiyle yaratılmaz veya verilmez.⁹ Sonuç olarak, Hart'a göre, modern toplumlarda hukuk sisteminin herkesin özgürlüğünü¹⁰ güvence altına alması ve medeniliğin asgarî gereklerini karşılaması insanlık durumunun dayattığı bir zorunluluktur.

3. Hukukun Yapısal Özelliği Olarak Adalet

Hukuka dönük adalet beklentisi en temelde hukuk kurallarının yapısal bir özelliği olarak ortaya çıkar. Başka bir anlatımla, hukuk kurallarının yapısal özellikleri bakımından belli ölçüde adaleti yansıttığı varsayılır. Hukuk kurallarının yapısı anlamında adalet, özet olarak, bu kuralların genel, soyut ve

9 Bu haliyle Hartcı "eşit özgürlük hakkının" tipik bir insan hakkı olduğu söylenebilir.

10 Hart'a göre, ahlâkî hakkın temeli bireysel özgürlüğün ahlâkî değeridir. Bkz. Hart 1992: 78, dn. 4.

gayrı şahsî olmalarını gerektirmektedir. Jeremy Waldron (2000: 775) da evrensel kurallara göre yönetimin hukukun üstünlüğünün bir gereği olduğu kadar hukukun “adalet vaadi”yle de ilgili olduğunu belirtmiştir.

Friedrich A. Hayek (2012: 112, 261-64; 2013: 31) bu özellikteki kurallara “adil davranış kuralları” demektedir. Ona göre, adil davranış kuralları adaletsiz davranış yasakları getiren genel ve soyut kurallardır. Adil davranış kuralları normal olarak herhangi bir kimseye hiçbir pozitif ödev yüklememeleri anlamında negatiftirler; yani, bunlar genellikle adaletsiz davranış yasaklarıdır. Adil davranış kurallarının işlevi bireylerin çabalarını kararlaştırılmış belirli amaçlara göre düzene sokmak olmayıp, her bir kişinin kendi amaçlarını izlerken başkalarının çabalarından mümkün olduğunca yararlanmasını sağlamaktır. Esasen hukukun muayyen bir (pozitif) amacı yoktur. Hukuk herhangi bir amaca değil, fakat değişik bireylerin çok sayıda farklı amaçlarına hizmet eder. Böylece adil davranış kuralları belirsizliği önemli ölçüde ortadan kaldırmak suretiyle, toplumda çatışmanın önlenmesine ve işbirliğinin kolaylaşmasına hizmet ederler.

Lon Fuller’ın “hukukun iç ahlâkı”nın gerekleri olarak gördüğü özellikler şekli adaletin bu yönünün daha ayrıntılı bir anlatımı olarak görülebilir. Fuller hukuku “insan davranışını kuralların yönetimine tâbi kılma girişimi” olarak nitelemektedir. Ancak, hukukun insanları yönetme biçimi başka tür yönetme biçimlerinden farklıdır. Hukuk belli bir amaca yöneliktir, muayyen bir amaca özgü veya uygun olan bir araçtır. Dolayısıyla, “hukuk” adını alacaklarsa kuralların bu amacın veya işlevin gerektirdiği belirli ölçütleri karşılamaları gerekir.

Fuller sekiz başlık altında topladığı bu ölçütler veya ilkeler bütünüünün tam da hukuk kavramına içkin olan ahlâkî bir ideal oluşturduğunu düşünür. Ona göre, bu ilkelere uyulduğunda yönetenlerle yönetilenler arasında bir karşılıklılık ilişkisi kurulur ve bu ilişki hukuka itaat yükümlülüğünün de temelini oluşturur. Eğer devlet yasa yaparken bu ilkeleri ihmal etmek suretiyle söz konusu karşılıklılık ilişkisini tek taraflı olarak bozarsa, bu durumda yurttaşların hukuka itaat ödevinin de hiçbir temeli kalmaz (Fuller 1969: 39-40). Devletin bu karşılıklılık ilişkisine riayet etmesinin adaletin gereği¹¹ olduğu söylenebilir. Fuller’ın hukukun iç ahlâkını oluşturduğunu söylediği sekiz ilke, denebilir ki, hukukun yapısal özelliği olarak adaletin büyükçe bir kısmını somutlaştırmaktadır. Böylece adalet bir dereceye kadar hukukun bünyevî bir özelliği halini almaktadır.

11 Burada, David Schmidtz’in çoğulcu adalet teorisinde “karşılıklılık” (reciprocity) bir adalet unsuru veya ilkesi olarak yer verildiğini hatırlatmak isterim. Bkz. Schmidtz 2006: Chapter 3. Öte yandan, Fuller’ın işaret ettiği “karşılıklılık ilişkisi”ne riayet gereğini, “insan onuru”nun hukukun gizli varsayımlarından biri olduğu yolundaki düşünceyle (Cahn, 1946: 344) de ilişkilendirmek mümkündür.

Ancak belirtmek gerekir ki, kuralların yapımında “hukukun iç ahlâkı”nın gereklerine riayet etmek hukukun adilliği bakımından önemli olsa da, bunun bir hukuk sistemini bütünüyle adil yapmaya yetmeyeceği açıktır. Nitekim, Fuller’ın “bir şeyi doğru yoldan yaparsak, doğru şeyi yapmamız muhtemeldir”¹² (Fuller, 1948: 203) önermesinde ifadesini bulan iyimserliğini¹³ herkes paylaşmamaktadır.¹⁴ Bu ilkeleri gözeten bir hukuk sisteminin maddî adaleti garanti edeceğini söylemek de aşırı bir iddia olur. Yine de yasa yapımında bu ilkeleri izlemenin baskıcı yönetimi ve adaletsizlikleri -tümüyle önlemese bile- azaltılabileceği söylenebilir (Bix, 1996: 232-233; Bix, 2009: 86-87; Aktaş 2011: 14, 34).

4. Usulî Hakkaniyet

Hukukun adilliğinin test edilebileceği başka bir alan kuralların uygulanma şeklidir. Başka bir anlatımla, hukukun üstünlüğü ile adalet arasındaki zorunlu ilişkinin bir yönü de hukuk uygulamasının hakkaniyetiyle ilgilidir. Gerçekten de, hukuk genel kurallarla ilgili olduğu kadar usulle ve muhakemeye de ilgili bir disiplindir. Dolayısıyla, hukukî adalet de kuralların sadece yapısıyla değil, fakat aynı zamanda onların nasıl uygulandıklarıyla da ilgili bir meseledir. Başka bir ifadeyle, kuralların adil olmaları yanında hakkaniyetli bir şekilde uygulanmaları da adaletin gereğidir. Hukukun adaleti sadece kuralların olduğu gibi uygulanmasını değil, aynı zamanda bu kuralların, doğal adalet¹⁵ ve usulî hakkaniyet (procedural due process) ideallerinin gerektirdiği şekilde uygulanmalarına bağlıdır. Jeremy Waldron (2008: 7-8) hukukî muhakemeye ve prosedüre ilişkin bu noktaya hukukun üstünlüğünün bir gereği olarak dikkat çekmiştir.

Belirtmek gerekir ki, usulî adalet sadece hukuk uygulamasında ortaya çıkan bir gerek ve/veya değer değildir. Usulî adalet aslında genel olarak ihtilâf

12 Veya: “İşleri doğru yoldan yaparsak, muhtemeldir ki doğru şeyi yapmış oluruz.” (If we **do things the right way**, we are likely to **do the right thing**.”

13 Colleen Murphy de (2005: 258), Fuller’a benzer şekilde, “hukukun iç ahlâkı”nın gereklerine riayet etmenin büyük adaletsizliklerle sonuçlanması ihtimalini zayıf görmektedir. L. Tribe’a göre de, hukukun üstünlüğü maddî adalet arayanların heyecanına karşı önemli güvenceler getirir ve “en az popüler olan ve en çok horlanan”lara koruma sağlar (Tribe, 1989: 727, aktaran Ten 1996: 401).

14 C. L. Ten (1996: 398) hukukun iç ahlâkının kendi başına iyi amaçları veya adil bir sistemi garanti ettiğine inanmak için bir neden olmadığını ileri sürmüştür. Norman Barry de (2003: 39) “Fuller’ın hukuk için öngördüğü ‘iç ahlâk’ın diktatörlüğün hukukla bağdaşmasını zorlaştırsa da imkânsız kılma”dığına dikkat çekmiştir.

15 Doğal adalet, kimi yazarlarca, adam öldürmenin, hırsızlığın ve ırza tecavüzün yasaklanması gibi, tabiatı icabı adil oldukları için bütün toplumlarda ve bütün zamanlarda ortak olan evrensel adalet kuralları şeklinde (Ratnapala 2009: 325), yani maddî adalet olarak; kimilerince de açık ve adil duruşma ve yargıçların tarafsızlığı gibi adil yargılanma ilkeleri olarak (Raz 2008: 156), yani prosedürel anlamda tanımlanmaktadır. Bu başlıkta ele aldığımız konuya ikinci anlam daha uygun düşmektedir.

çözümü bağlamında ortaya çıkan bir meseledir. Genel olarak sosyal hayatta insanlar elde edecekleri sonuç kadar, o sonuca nasıl bir süreç veya usulün götürdüğünü de önemserler. Dilimizdeki “usul esastan önce gelir” şeklindeki vecize de aynı temel düşünceyi yansıtır. Başka bir anlatımla, sadece hukukta değil toplumsal hayatın birçok alanında insanlar ihtilâf çözümü hakkındaki usul kurallarının hakkaniyetli olmasını isterler.

Usulî hakkaniyetin, başka bağlamlarda olduğu gibi, hukukta da üç temel gereği vardır: eşit muamele, tarafsızlık ve söz hakkı (Cohn & White & Sanders, 2000: 554, 556-558;). “Eşit muamele” ihtilâf çözümünde karar vericilerin benzer durumlara benzer, farklı durumlara farklı muamele etmelerini gerektirirken, onunla yakından ilişkili olan “tarafsızlık” karar-vericinin ilgililer arasında keyfi ayırım yapmamasını ifade eder¹⁶. “Söz hakkı” ise ihtilâfın çözümünden durumları veya hakları etkilenecek olanların çözüm sürecinde kendi iddia ve kanıtlarını dile getirebilmeleri demektir. Tarafların bu şekilde çözüm sürecine katılmaları süreçten adil bir sonucun çıkması ihtimalin artıracağı gibi, bu durum tarafların izlenen usule güven duymalarına da katkı yapar.

Mamafih, bu üç unsurun her birinin usulî adalete etkisi her durumda aynı ağırlıkta değildir. Usulî adalet bakımından bu unsurlardan hangisinin daha önemli olduğu karar sürecinin türüne göre değişkenlik gösterir. Meselâ, daha ziyade haklar ve ahlâkî yargılar üzerinde odaklanan mahkemeler veya mahkeme benzeri mekanizmalarda “tarafsızlık”ın, buna karşılık haklar ve ahlâkî yargılarla daha az ilgili olan başka bağlamlarda “söz hakkı”nın usulî adaletin en önemli unsuru olduğu ileri sürülmüştür (Cohn ve diğerleri 2000: 575). Ancak, insanların uyuşmazlıkların çözümünde en uygun modelin “çekişmeli yargı” (adversary procedure) olduğunu düşündükleri¹⁷ doğruysa, hukukî karar-verme süreci bakımından usul hakkaniyetinin sözkonusu unsurları arasında bir ayırım yapılmasının uygun olmadığı söylenebilir. Çünkü, çekişmeli yargıda adil bir karara ulaşılması elbette karar-vericinin (yargıcın) tarafsız olmasına da bağlı olmakla beraber, bu model niteliği gereği tarafların sürece katılımını –söz hakkını- da zorunlu kılmaktadır.

Usulî hakkaniyetin bu üç gereği –ve diğerleri- bugün genellikle “adil yargılama ilkesi” altında dile getirilmektedir. Bunlara, doğal adaletin bir gereği olan “kimsenin kendi davasında yargıç olamayacağı” ilkesini de ekleyebiliriz. Bu çerçevede usulî hakkaniyet kişinin hukukî hak ve ödevlerinin adil usullerle belirlenmesini gerektirmektedir. İngiliz hukukunda, hukukî yetkilendirme olmadan kimsenin haklarının çiğnenemeyeceği şeklinde anlaşılan bu ilkenin bir benzeri Amerikan hukukunda “due process of law” olarak adlandırılmış-

16 Eşit muamele ve tarafsızlık hakkında bkz. Erdoğan 2008.

17 Bu, Thibaut ve diğerlerinin (1974) usulî adalet hakkında yaptıkları empirik bir araştırmada ulaştıkları bir sonuçtur.

tır: “Hiç kimse uygun hukukî usule başvurulmadan haklarından yoksun kılınamaz.” Her iki versiyonun da arkasında aynı temel düşünce yatmaktadır: “Kişi hukukun yasaklamadığı her şeyi yapabilir” (Ratnapala 2009: 330-32). Böylece, usulî hakkaniyetin hukukun içeriğiyle ilgili sonuçları da olduğu anlaşılmaktadır. Usulî hakkaniyetin hukuk sisteminin maddî içeriğine yansımalarının başka ilkesel örnekleri de vardır; kimsenin sahip olduğu haklardan fazlasını devredemeyeceği, kimsenin kendi haksız eyleminden kazanç sağlamayacağı ve sorumluluğun kusura dayanması gibi.

IV. SONUÇ

Hukuk zaman ve mekân açısından evrensel bir toplumsal fenomendir. Hukukun varlığı devletin varlığına bağlı da değildir; nitekim hukuk modern devletten çok öncesinden beri vardır. Devletsiz toplumlar binlerce yıl üyeleri tarafından bağlayıcı-yükümleyici kabul edilen kurallarla yaşamışlardır. Toplumsal bir fenomen olarak hukuk pozitivist açıdan elbette incelenebilir. Onun için, hukuku “olması gereken”den ayırarak, onu kendinde bir gerçeklik olarak analiz etmekte ve dolayısıyla “hukuk ile ahlâk ayrımı”nı korumakta pozitivistler kısmen haklı olabilirler.

Ama bu, “objektif” bir fenomen olarak bile hukukun hiçbir ahlâkî içeriğe sahip olmadığı ve bu arada yapısı ve işleyişi bakımından adaletten büsbütün bağımsız olduğu anlamına gelmez. Nitekim, hukukî pozitivizmin 20. yüzyıldaki en dikkate değer temsilcisi Herbert Hart, insanlık durumunun özellikle rinden dolayı, çağdaş hukuk sistemlerinin hemen hemen hepsinin ortak bir “asgarî doğal hukuk içeriği”ne sahip olduklarına dikkat çekmiştir. Dahası, yine Hart hukuku egemenin cebir tehdidine dayalı buyruklar sistemi olarak gören Austin’ci yaklaşımı eleştirme bağlamında, hukuku bu tür bir emirler sisteminden ayırt edenin onun otoritesinin kişilerin “içsel kabulü”ne bağlı olması olduğunu belirtmiştir. Başka bir anlatımla, kişiler hukuka zor veya tehdit altında “mecbur” kaldıkları için değil, bunu kendileri açısından bir “yükümlülük” olarak gördükleri için uyarlar (Hart, 1978: 55-56, 80-81).

Ancak, eklemeliyiz ki, böyle bir yükümlülük duygusunun kişilerde doğabilmesi için, hukukun “herhangi bir şey” olmaması, gerek yapısal gerekse prosedürel bazı gerekleri asgarî ölçüde de olsa karşılaması gerekir. Böyle bakıldığında, Fuller’ın “hukukun içsel ahlâk”na ilişkin teorisini Hart’ın hukuk teorisinin bir devamı ve tamamlayıcısı olarak görebiliriz. Belki daha doğrusu, Jeremy Waldron’ın savunduğu gibi (Waldron, 2008: 9-10), hukukun ne olduğunun “hukukun üstünlüğü”nün gereklerinden ayrı olarak anlaşılamayacağını söylemektir.

Öte yandan, hukuku sosyolojik bir fenomenden ibaret olarak görmek de

Haşim Kılıç'a Armağan

sağduyuya aykırıdır. Çünkü, hukuk sadece bir olgu değil, fakat aynı zamanda insanların zihnindeki bir kavramdır. “Hukuk” kavramı ise değerlerden arınmış, nötr bir kategori değildir. Hukuk kavramı veya fikri her yerde adalet ve hakkaniyetle ilişkilidir. İnsanlar “evrensel hukuk”tan normatif bir dille söz ettiklerinde veya mahkemelerden “adalet” beklediklerinde de aynı şeyi anlatmak isterler. “Hukuk devleti”ne, “hukukun üstünlüğü”ne ve “hukukun evrensel ilkeleri”ne atıf yaptıklarında hukukçular da aslında aynı fikri başka bir şekilde dile getirirler.

KAYNAKLAR

Aktaş, Sururi (2011), *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'ın Hukuk Kavramı* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık).

Aral, Vecdi (1988), *Toplum ve Adaletli Yaşam* (İstanbul: Filiz Kitabevi).

Barnett, Randy E. (1998), *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law* (New York: Oxford University Press).

Barry, N. P. (2003), *Modern Siyaset Teorisi*, Çev. Erdoğan, M. & Şahin, Y. (Ankara: Liberte).

Bellamy, Richard (2010), *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy* (Cambridge University Press, repr.)

Bix, Brian (2009), *Jurisprudence: Theory and Context* (Durham, NC: Carolina Academic Press, 5th ed.)

Bix, Brian (1996), "Natural Law Theory", Patterson, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Blackwell) içinde, ss. 223-40.

Cahn, Edmond N. (1946), "'Justice, Power and Law'", *The Yale Law Journal*, Vol. 55, No. 2 (Feb.), ss. 336-364.

Campbell, Tom (2001), *Justice* (MacMillan: 2nd ed.)

Cohn, E. S. & White, S. O. & Sanders, J. (2000), "Distributive and Procedural Justice in Seven Nations", *Law and Human Behavior*, Vol. 24, No 5 (Oct.), ss. 553-579.

Erdoğan, Mustafa (2012), *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku* (Ankara: Orion, 3. b.)

Erdoğan, Mustafa (2008), "Adalet ve Eşitlik", *Muhafazakâr Düşünce*, No. 15, ss. 9-22.

Freeman, Michael (2011), *Human Rights* (Cambridge/UK & Malden/MA/USA: Polity Press, 2nd ed.)

Fuller, Lon L. (1969), *The Morality of Law* (Yale University Press, rev. ed.)

Fuller, Lon (1948), "What Law Schools can Contribute to the Making of Lawyers?", *Journal of Legal Education* No. 189, ss. 189-203.

Hart, H.L.A. (1992), "Are There Any Natural Rights?", Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights* (Oxford University Press) içinde, ss. 77-90.

Hart, H.L.A. (1978), *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 9th impr.)

Hayek, F. A. (2013), "Liberalizm", Uslu, Cennet (ed.), *Liberalizm El Kitabı*

Haşim Kılıç'a Armağan

(Ankara: kadim) içinde, ss. 11-50.

Hayek, F. A. (2012), *Hukuk Yasama ve Özgürlük*, Çev. Yayla, A. & Erdoğan, M. & Öz, M. (İstanbul: TİB Kültür yayını).

Hayek, F. A. (2008), "Siyasî Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti", Çoban, A.R. & Canatan, B. & Küçük, A. (eds.), *Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal* (Ankara: Adres) içinde, Çev. Altıparmak, K., ss. 43-116.

Jones, Peter (1994), *Rights* (New York: St. Martin's Press).

Kelly, J. M. (1992), *A Short History of Western Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press).

Loughlin, Martin (2010), *Foundations of Public Law* (Oxford University Press).

Loughlin, M. (2000), *Sword and Scales. An Examination of the Relationship between Law and Politics* (Oxford and Portland: Hart Publishing)

Moore, Michael S. (2001), "Law as Justice", *Social Philosophy and Policy*, Vol. 18, No. 1, pp. 115-45.

Morris, Christopher W. (2004), "The Modern State", Gaus, G. F. & Kukathas, C., *Handbook of Political Theory* (Sage Publications), ss. 195-209.

Murphy, Colleen (2005), "Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law", *Law and Philosophy*, No. 24, ss. 239-62.

Perry, Stephen R. (2002), "On the Relationship Between Corrective and Distributive Justice", "Horder, J. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (New York: Oxford University Press) içinde, ss. 237-63.

Ratnapala, S. (2009), *Jurisprudence* (Cambridge: Cambridge University Press).

Rawls, John (1971), *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, orijinal ed.)

Raz, Joseph (2008), "Hukuk Devleti ve Erdemi", Çoban, A.R. & Canatan, B. & Küçük, A. (eds.), *Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal* (Ankara: Adres) içinde, Çev. Canatan, B., ss. 149-66.

Raz, Joseph (2001), "Legal Principles and the Limits of Law", Cohen, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (London: Duckworth) içinde, ss. 73-87.

Rijkema, Peter (2013), "The Rule of Law beyond Thick and Thin", *Law and Philosophy*, n. 32, ss. 793-816).

Schmidtz, David (2006), *Elements of Justice* (New York: Cambridge University

Press).

Simmonds, N. E. (2010), *Central Issues in Jurisprudence: Justice, Law and Rights* (London: Sweet & Maxwell)

Ten, C. L. (1996), "Constitutionalism and the Rule of Law", Goodin, R. E. & Pettit, P. (eds.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy* (Oxford/ UK and Cambridge /Massachusetts/USA:Blackwell Publishers), ss. 394-403.

Thibaut, J. & Walker, L. & Latour, S. & Houlden, P. (1974), "Procedural Justice as Fairness", *Stanford Law Review*, Vol. 26, No. 6, ss. 1271-1289.

Tribe, L. H. (1989), "Revisiting the Rule of Law", *New York University Law Review*, No. 64, ss. 726-31.

Uslu, Cennet (2009), *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar* (Ankara: Liberte).

Weinrib, Ernest J. (2002), "Corrective Justice in a Nutshell", *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 52, No. 4 (Autumn), ss. 349-356.

Waldron, Jeremy (2008), "The Concept and the Rule of Law", <http://ssrn.com/abstract=1273005>.

Waldron, Jeremy (2003), "The Primacy of Justice", *Legal Theory*, Vol. 9, No. 4 (December), ss. 269-94.

Waldron, Jeremy (2000), "Does Law Promise Justice?", *Georgia State University Law Review*, Vol. 17, No. 3, ss. 759-88.

Prof. Dr. Mehmet TURHAN
(*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Öğretim Üyesi)

HANS KELSEN'E GÖRE “ANAYASAYA AYKIRI” YASA^{1*}

HLA Hart, Hans Kelsen'in hukuk felsefesi alanındaki önemini şöyle belirtmiştir: “Bentham'ın on dokuzuncu yüzyılın, Kelsen'in de yirminci yüzyılın en önemli analitik hukukçuları olduğundan kuşku yok.”² Bana göre de Hans Kelsen, HLA Hart ile birlikte yirminci yüzyılın en büyük iki hukuk felsefecisidir. Hem HLA Hart'ı hem de Hans Kelsen'i okumak ve sonra yazdıklarını irdelemek ve eleştirmek kişiye bilimsel açıdan çok şey katmaktadır. Bu iki büyük düşünürün yazdıklarını sadece anlamak dahi kanımca çok önemli entelektüel bir kazançtır.

Hans Kelsen uzun yaşamı boyunca hukukun çeşitli alanlarında çok sayıda eser vermiştir. Kuşkusuz Kelsen'in yazılarının tümü önemlidir; ancak Kelsen'in hukuk felsefesi alanındaki yazıları hem sayıca çok hem de bu alanda çığır açıcı niteliktedir. Bir başka söyleyişle, Kelsen hukuk felsefesi alanında son derece yaratıcı bir düşünürdür.

Hans Kelsen “saf hukuk teorisi” adlı bir teori geliştirmiştir. Kelsen'e göre saf hukuk teorisi belirli bir hukuk düzeniyle ilgili bir teori olmayıp, genel olarak hukukla ilgili bir pozitif hukuk teorisi. Saf teori genel bir hukuk teorisi. Saf teoriyi hukuki pozitivizm olarak adlandırılan felsefi görüş içinde düşünmek gerekir; çünkü Kelsen'in teorisi hukuku pozitif hukuk olarak ele almakta ve başka normatif sosyal düzenleri, doğal hukuk gibi adında hukuk sözcüğü olsa dahi hukuktan kalın bir çizgiyle ayırmaktadır. Bu nedenle pozitivistik bir teori olarak saf hukuk teorisinin temel varsayımı “olan” ile “olması gereken” ve “normlar” ile “açıklamalar” arasındaki temel farklılığa dayanmaktadır. *Açıklamalar* belirli bir objeyi tanımlar ve bunlar doğru veya yanlış olabilir; ama normlar belirli bir objeyi tanımlamamakta kural koymaktadır (emretmektedir). Normlar doğru veya yanlış olmaz, sadece geçerli veya geçersiz olabilir. Bu nedenle saf teoriye göre hukuksal otorite tarafından konan hukuk normlarını, hukuk normları hakkındaki *açıklamalardan* ayırmak gerekir.³

1 Bu çalışmayı okuyup eleştiri ve görüşleriyle çalışmanın daha tutarlı olmasına katkıda bulunan Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi Ali Acar'a teşekkür ediyorum.

2 HLA Hart, “Answers to Eight Questions” (1988), *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, Luis Duarte D'Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, derleyenler (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 287.

3 Hans Kelsen, “On the Pure Theory of Law”, *Israel Law Review*, Vol. 1 (1966), s. 1. Kelsen'in saf hukuk teorisi ile ilgili önemli bir çalışma için bakınız: William Ebenstein, “The Pure Theory

Hans Kelsen'in saf hukuk teorisinde iki temel tez vardır. Bunlar hukukun zorunlu olarak "eksiksiz" (completeness) ve "tutarlı" (consistency) olduğu savıdır. Hukukun eksiksiz olması tezi hukuk sisteminin cevaplayamadığı hukuksal sorunun olmadığını, sistemin her türlü hukuksal soruna çözüm üretebildiğini ileri sürmektedir. Bu nedenle de Kelsen'e göre hukukta "boşluk" olamaz. Hukukun tutarlı olduğu tezi aynı sisteme mensup iki hukuk normunun birbiriyle çelişemeyeceğini; bir başka deyişle birbiriyle çelişen iki normun aynı anda geçerli olamayacağını söylemektedir. Bu iki tez birlikte ele alındığında, içerikleri ne olursa olsun, aynı sisteme mensup hukuk normları kümesinin zorunlu olarak eksiksiz ve tutarlı olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.⁴ "Anayasaya aykırı yasa" konusu Kelsen'in hukukun tutarlı olduğu tezi içinde yer almaktadır. "Anayasaya aykırı yasa" konusunu açıklamak için geliştirdiği tez de "normun alternatif karakteri" olarak adlandırılmaktadır.

Richard HS Tur, "Kelsen'in çok sayıda insanı delirtici ve ayartıcı kavramları arasında en şaşırtıcı ve çelişkili olanının hukuk normunun 'alternatif karaktere' sahip olması olduğunu"⁵ söylemektedir. Michel S. Troper de Kelsen'in bu görüşünü "garip bir teori" olarak adlandırmıştır.⁶ İncelemek istediğimiz husus "anayasa aykırı yasa" konusudur. Bir başka deyişle, bu çalışmada "zımni alternatif kural" (tacit alternative clause) adı da verilen, Kelsen'in zaman zaman "normun alternatif karakteri" adını verdiği ve bazen normatif alternatifler doktrini olarak da adlandırılan kuram üzerinde durulacaktır.

Hans Kelsen'in normun alternatif karakteri tezini açıklayabilmek ve anlamayı kolaylaştırmak için ülkemiz anayasa hukukundan bazı örnekler verilebilir. 1961 ve 1982 Anayasaları iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesini kabul etmiştir. Yani Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesi kararıyla belirlenmiş yasa yok sayılmamaktadır. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesinin iptal kararı kurucu nitelikte bir karar özelliğindedir. Gerek 1961 gerek 1982 Anayasalarında Anayasa'ya aykırı yasanın iptal anında değil, iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkması, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı aşmamak üzere ayrıca kararlaştırabileceği, yani Anayasa koyucunun Anayasa'ya aykırılığı saptanmış bir yasanın bir süre daha yürürlükte kalabilmesine imkan verdiği ni görmekteyiz. Bu durumlar bize üstü kapalı değil, açık bir alternatif yetki-

of Law: Demythologizing Legal Thought", 59 *California Law Review* (1971), s. 617-652.

4 Eugenio Bulygin, "Kelsen on the Completeness and Consistency of Law", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 225.

5 Richard HS Tur, "The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist?", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 247.

6 Michel Troper, "The Logic of Justification of Judicial Review", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1 (2003), s. 106.

M. Turhan: Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa

lendirmenin (yani Anayasa'ya aykırı olan yasanın yürürlükte kalabilmesinin) Anayasaca yapıldığını göstermektedir.

1961 ve 1982 Anayasaları'na göre kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi Bakanlar Kuruluna aittir. Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi doğrudan Anayasadan değil, Bakanlar Kuruluna bu yetkiyi veren yetki yasasından kaynaklanır. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre, Anayasa'ya aykırı bir yetki yasasına dayanılarak çıkarılmış bir kanun hükmünde kararname içerik bakımından Anayasa'ya aykırı olmasa da Anayasa'ya aykırı sayılmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu konuda şunları belirtmektedir:

*"Yetki yasasının Anayasa'ya aykırılığının saptanması ya da bu nedenle iptaline karar verilmesi durumunda ... bu yasaya dayanılarak çıkartılan KHK Anayasal dayanaktan yoksun kalır. ... KHK, yetki yasasına ve içeriği yönünden de Anayasa'ya aykırı bulunmasa bile dayandığı yetki yasası Anayasa'ya aykırı ise bu nedenle iptali gerekir. ... KHK'lerin Anayasa'ya aykırılığı saptanmış ya da bu nedenle iptal edilmiş bir yetki yasasına uygun olup olmadığının incelenmesi ise denetimi anlamsız kılar. Çünkü Anayasa'ya aykırı bir yetki yasasına dayanılarak çıkartılan KHK'lerin Anayasa'ya uygun görülmesi olanaksızdır. ... Bir yetki yasasına dayanmadan çıkartılan, yetki yasasının kapsamı dışında kalan, dayandığı yetki yasasının Anayasa'ya aykırılığı saptanan ya da Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal edilen KHK'lerin anayasal konumları birbirinden farksızdır. ... Böyle durumlarda KHK'ler anayasal dayanaktan yoksun bulunduklarından içerikleri Anayasa'ya aykırı bulunmasa bile dava açıldığında iptalleri gerekir."*⁷

Ancak yetki yasası iptal edilen KHK'ler Anayasa Mahkemesine götürülmedikleri sürece, Anayasa Mahkemesinin içtihadına göre Anayasa'ya aykırılıkları nedeniyle iptal edilmeleri gerektiği halde, geçerli hukuk normları olarak hukuk düzenindeki yerlerini korumaktadır. Görüldüğü gibi Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre son derece açık olan bu KHK'ler, Kelsen'in belirttiği normun alternatif karakteri nedeniyle geçerli KHK'ler olarak hukuk düzenimizde kalabilmektedir.

Anayasa'ya aykırı olan bir yasa, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilene kadar geçerli olmaya devam edebilmektedir. Böyle bir yasa, yani Anayasa'ya aykırı bir yasa ne somut norm denetimi ne de soyut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelmez ise, yani anayasallık denetimi tesadüfi ise, bu durumda normlar hiyerarşisi ne anlam ifade etmektedir? Sorun hukuk felsefesi alanına hasredilecek olursa, bu durumda şunlar sorulabilir: Anayasanın, yasaların ve diğer alt hukuk normlarının içeriğini belirlemesi ne demektir? Bir başka ifadeyle yasaların ve diğer alt hukuk normlarının Anayasa'ya aykırı olamayacağı ne anlama gelmektedir? İşte bu yazının konusu

7 E. 1994/53, K. 1994/48, k.t. 8.7.1994, AMKD, Sayı: 30/1, s. 315-317.

Kelsen'in bu soruları yanıtlamak için geliştirdiği normun alternatif karakteri tezidir. Kelsen'in bu tezini iyi anlayabilmek için öncelikle saf teoride normlar hiyerarşisi anlayışını incelememiz gerekmektedir.

NORMLAR HİYERARŞİSİ (STUFENBAU der RECHTSORDNUNG)

Hans Kelsen'e göre hukuk sistemi bir ve aynı düzeyde birbirleriyle işbirliği halindeki normlardan oluşmamaktadır. Hukuk sistemi aralarında altlık ve üstlük ilişkisi olan hukuk normlarından oluşur. Saf hukuk teorisi bu karşılıklı ilişkiyi yapısal olarak çözümlemeye çalışmaktadır.⁸ Kelsen'e göre hukuk bilimi doğa bilimlerinde olduğu gibi neden ve sonuç ilişkisine dayanmaz. Hukuk bilimi hiyerarşik normatif ilişkileri inceler.⁹ Hiyerarşik sıralama kavramı saf teorinin sonuçlarından biridir. Eğer bir normun geçerli olarak varlığı sadece bir başka norma dayandığında mümkün olabiliyorsa¹⁰ normlar arasındaki bağlantı kurulmuş demektir. Bu hiyerarşi bir normun geçerliliğini bir başka norma bağlamaktadır. Bu bağlı olma hâli tek taraflı olduğundan bağımlı olan norma alttaki norm ve bağlı olduğu norma da üstteki norm denmektedir. Bağımlılık hâli normların yaratılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Bu yasa neden bağlayıcıdır sorusu bu yasanın çıkarılmasına yetki veren norma atıfla yanıtlanabilir.¹¹ Kelsen'e göre bir normun geçerliliği normlar hiyerarşisinde üstte bulunan norma dayanır. Eğer norm üstte yer alan norma uygunsa geçerli bir normdur. Yani hukuksal geçerlilik üstteki norma başvurularak saptanmaktadır. Ancak ortada bir de *etkililik* sorunu vardır. Hukuk sisteminin geçerliliği için etkililik gerekliyse de, temel normun geçerliliği için etkililik söz konusu değildir. Bir başka deyişle, Kelsen'e göre etkililik geçerliliği ortaya çıkarmaz, ama geçerlilik de etkililik olmadan varolamaz.¹²

Hans Kelsen normlar hiyerarşisini şöyle açıklamaktadır:

“Bir başka normun yaradılışını düzenleyen norm üstteki ve bu düzenlemeye göre çıkarılan norm da alttaki normdur. Hukuk düzeni, özellikle kişiselleşmesi Devlet olan hukuk düzeni, bu nedenle birbirleriyle, tabiri caizse, aynı düzeyde yan yana duran normların koordine olması sistemi olmayıp, farklı düzeydeki normlar hiyerarşisidir. Bu normların birliği bir normun yaratılması –alttaki normun- bir diğeri – üstteki norm - tarafından ve onun da daha üstteki norm tarafından ve bu regressus en üstte

8 Hans Kelsen, “On the Theory of Interpretation”, çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson, *Legal Studies*, (July 1990), s. 127.

9 W. Friedmann, *Legal Theory*, Beşinci Baskı (New York: Columbia University Press, 1967), s. 276.

10 Yani olandan olması gereken çıkarılmıyorsa normlar arasında bağlantı kurulmuş olur.

11 Jörg Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (London: Routledge, 2011), s. 180.

12 Patricia Cuenca Gomez, “A Consideration of Hans Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Papeles el tiempo de los derechos*, No. 3 (2010), s. 8.

M. Turhan: Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa

*yer alan tüm hukuk düzeninin geçerliliğinin en üst nedeni olan ve bu hukuk düzenini birliğini oluşturan temel normla sonlanan normla belirlenmesiyle oluşmaktadır."*¹³

*"Hukuk düzeni, hukuk kendi yaratılışını düzenler ilkesine göre genel ve bireysel normların birbirleriyle ilişkilendirildiği bir sistemdir. Bu düzenin her bir normu bir başka normun hükümlerine ve en sonunda da bu normlar sisteminin, hukuk düzenin, birliğini oluşturan temel normun hükümlerine göre yaratılır. Bir hukuk normunun bu hukuk düzenine mensup olmasının tek nedeni düzenin bir başka normun koşullarına uygun çıkarılmasıdır. Bu regressus sonunda bizi var olduğu varsayılan temel norm tarafından belirlenen ilk Anayasa'ya götürmektedir."*¹⁴

*"Dinamik görüş açısından mahkemenin kararı yazılı hukukun veya gelenek hukukunun genel norma dayanılarak, nasıl ki bu genel norm anayasa temelinde çıkarılmışsa, yaratılmış olan bireysel bir normu temsil eder. Hukuku uygulayan organ tarafından, özellikle de mahkemeler tarafından bireysel hukuk normunun yaratılması her zaman daha önce varolan genel normlar tarafından belirlenmelidir. Bu belirlemenin ... değişik dereceleri vardır. Normal olarak mahkemeler usullerini belirleyen normlar yanında kararlarının içeriklerini belirleyen genel normlarca da bağlanmıştır. Bununla birlikte yasa koyucunun sadece mahkemeleri kurmakla yetinmesi ve bu mahkemelerin hukuk düzenince somut davaları kendi takdirlerine göre çözmekle yetkilendirilmesi de mümkündür. ... Her yargısal kararda, bu ve sadece bu kişiyi yargıç olarak hareket ederek somut davayı kendi takdirine göre veya maddi hukukun genel normuna göre karar vermede yetkilendiren usul hukukunun genel normu uygulanmaktadır. Usul hukukunun bu genel normuyla yargısal yetki devredilmektedir."*¹⁵

Pozitif hukukun normatif sisteminde temel norm dinamik ve biçimseldir, bir başka deyişle yönlemseldir. Temel norm pozitif hukuk yaratma yönteminin varsayılan başlangıç noktasıdır. Temel norma göre normların geçerli olabilmeleri için, belirtilen usule uygun çıkarılmaları yeterlidir. Bu normların geçerli olabilmeleri için maddi veya esasa ilişkin bir içeriğe sahip olmaları gerekmez. Hukuk normlarının büyük bir çoğunluğu hem bir kural yaratır hem de bir kuralı uygular. Anayasa temel norm karşısında bir normu uygulamaktadır, ama yasama organ bakımından ise yeni bir norm yaratmaktadır. Yasama organı anayasa bakımından bir kuralı uygular, yürütme ve yargı açısından ise bir kural yaratır. Sadece hukuksal sürecin başında ve sonunda yer alan normlar ikili özelliğe sahip değildir. Temel norm herhangi bir üst normu uygulamamakta, sadece norm yaratmaktadır. Hukuk sisteminin diğer ucunda yer alan hukuksal yaptırımın infazı ise sadece bir norm uygulaması olup,

13 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, çev. A. Wedberg (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1945), s. 124. Çalışmamızda kullandığımız kitap Transaction Publishers'ın (New Brunswick, New Jersey) 2006 yılında gerçekleştirdiği tıpkı baskıdır. Bu kitap Kelsen, GTLS (1945) olarak kısaltılmıştır.

14 *Ibid.*, s. 132.

15 *Ibid.*, s. 144.

bu durumda herhangi bir norm yaratılmamaktadır.¹⁶

Hukukun dinamik özelliği bir normu eğer o norm bir başka norm tarafından belirli bir biçimde yaratılıyorsa geçerli bir hâle getirmektedir. Bu diğer norm ilk normun geçerliliğinin kaynağıdır. Normlar hiyerarşisini ortaya çıkaran normların yaratılmasıdır. Sadece üst normun norm yaratılması konusunda getirdiklerine uyulduğunda, o norm normatif düzenin bir normu olarak algılanabilir. Bir tek bu durumda normlar yetki veren ve yetki verilmiş normlar arasında çok sayıda katmandan oluşan bir biçimde çıkarılabilir. Yine bu durumda normların tek bir normatif düzene ait olduğu kabul edilebilir; çünkü Kelsen'e göre sadece *olması gereken olması gerekenden* kaynaklanabilir. O halde Kelsen'e göre hukuk zorunlu olarak kendi yaratılışını düzenlemektedir.¹⁷

FEHLERKALKÜL TEORİSİ¹⁸

H.L.A. Hart yüksek mahkemelerin kararlarıyla ilgili olarak şunları belirtmektedir:

“Yüksek mahkeme hukukun ne olduğunu söylemede son söze sahiptir ve belirli bir konuda son sözü söylediğinde de mahkemenin ‘yanlış’ yaptığını söylemenin sistem içinde herhangi bir sonucu olmayacaktır; çünkü bu nedenle yani bu söylem sonucunda hiç kimsenin hakkı veya ödevi değişmeyecektir. Kuşkusuz yanlış karar çıkarılacak yasayla hukuksal etkisinden yoksun kılınabilir; ama hukuku ilgilendirdiği ölçüde, bu yola başvurmaın ortaya çıkardığı gerçek, mahkemenin kararının yanlış olduğu ifadesinin içinin boş olduğunu bize göstermektedir. Bu gerçeklerin değerlendirilmesi, yüksek mahkemenin kararları söz konusu olduğunda kesinlik ile hatasızlık arasında ayırımın gerekli olduğunu ortaya koymaktadır.”¹⁹

Eğer bir mahkeme kararının veya bir yasanın geçerliliği için gerekli koşulların bazıları gerçekleşmemişse böyle bir karar veya yasa hukuksal olarak nasıl anlaşılmalıdır? Hatalarına rağmen söz konusu norm veya karar acaba geçerli kabul edilebilir mi? Hukuksal hata sorunun tek bir çözümü yoktur. Çoğunlukla hatanın önemine ve ciddiliğine göre bu konuda karar verilmektedir. Viyana hukuk felsefesi okulunun kurucuları Adolf Merkel ve Hans Kelsen bu konuya kafa yormuş ve çözüm bulmaya çalışmıştır. Adolf Merkel bu sorunu *Fehlerkalkül* (hesaplama hatası) doktrini ile çözümlemek istemiştir. Hans Kel-

¹⁶ Ebenstein, *op. cit.* s. 643-644.

¹⁷ Kammerhofer, *op. cit.*, s. 181.

¹⁸ Bu bölüm çok büyük ölçüde Christoph Kletzer'in bu konuyla ilgili makalesine dayanmaktadır: Christoph Kletzer, “Kelsen's Development of the *Fehlerkalkül* Theory”, *Ratio Juris*, Vol. 18 (2005), s. 46-63. *Fehlerkalkül* konusunda ayrıca bakınız: Kammerhofer, *op. cit.*, s. 187-193.

¹⁹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3. Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2012), s. 141.

sen ise bu konuda "normatif alternatifler" kuramını geliştirmiştir.²⁰

Bu konuyu daha iyi anlayabilmek ve açıklayabilmek için saf teorinin "normla çelişen norm" ifadesinden ne anladığına değinmek gerekmektedir. Hans Kelsen *Pure Theory of Law (Saf Hukuk Teorisi)* adlı eserinin ikinci baskısında "yasaya aykırılık" konusunda şunları belirtmektedir:

"Bununla birlikte 'normla çelişen norm' çelişik bir ifadedir; bir hukuksal normun çıkarılmasını düzenleyen normla çalışması durumunda geçerli bir hukuksal normdan söz edilemez – bu norm yok hükmündedir; ki bu da, bu normun hukuksal bir norm olmadığı anlamına gelir. Yok olan bir şey ise iptal edilemez. Bir normu iptal etmek norm olan bir işlemi imha etmek anlamına gelmez. Fiilen olan bir şey olmamış bir duruma getirilemez. Bir normu iptal etmek sübjektif anlamı norm olan bir işlemin objektif anlamının norm olmasını ortadan kaldırmak demektir; ve bu da şu anlama gelir: Normu iptal etmek bir normun geçerliliğine bir başka normla son vermek demektir. Eğer bir hukuk düzeni bir normun iptaline yetki veriyorsa, ilk olarak bu normun objektif olarak geçerli bir norm; yani, ... yasal hukuksal bir norm olduğu kabul edilmelidir."²¹

Görüldüğü gibi normun geçerliliğini sağlayan koşullarda ufak bir ihlal dahi o normun yok hükmünde olmasına neden olabilmektedir. Hatalı mahkeme kararı da mahkeme kararı olarak varolamayacaktır. Bu durumda sadece iki tür mahkeme kararı söz konusu olabilir: (a) kusursuz kararlar ve bu nedenle de tanımı gereği temyize gidilemeyecek olan kararlar ve (b) hukuksal etkisi olmayan temyize gidilemeyecek kararlar, yani hukuksal olarak karar-olmayan durumlar. Ancak şu da bilinmektedir ki, işlemlerin yapılması sırasında ortaya çıkan bazı hatalara rağmen, bazı işlemler hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Pozitif hukuk geçersizlikle iptal edilebilme arasında bir ayrım yapmaktadır. Ayrıca temyiz yolu sadece sosyal yaşamın değil, pozitif hukukun da bir gerçeğidir. Temyizi düzenleyen hukuk kuralları işin aslında neyi öngörmektedir? Temyizi düzenleyen kurallar özünde hukuksal varlığın yaratılmasını düzenleyen koşulları nitelendirmektedir. Eğer bir norm kararın verilmesinde a, b, c, d, e, f (maksimum koşullar) koşullarını kararın alınabilmesinin koşulları olarak hükme bağlıyorsa ve temyize başvurmayı düzenleyen bir diğer kuralda d, e veya f'nin (farklılık koşulları) yerine getirilmemesi durumunda temyize başvurulabileceğini belirliyorsa, d, e veya f'nin yerine getirilmemesi kararı *ipso iure* geçersiz kılmaz sadece temyize başvuruyu mümkün hâle getirir. Böylece temyizi ele alan kurallar temyiz koşullarının

20 Stanley L. Paulson, "Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory", *Cambridge Law Journal*, 39 (April 1980), s. 173-174.

21 Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, çev. Max Knight (California; University of California Press, 1967), s. 267-268. Çeviri Hans Kelsen'in *Reine Rechtslehre* adlı yapıtının 1960 tarihli ikinci baskısıdır. Çalışmada kullandığımız kitap The Law Exchange, LTD. tarafından 2005 yılında gerçekleştirilmiş olan tıpkı baskıdır. Bu kitap Kelsen, PTL (1967) olarak kısaltılmıştır. Kelsen temel yapıtları ne yazık ki henüz Türkçe'ye çevrilmemiştir. Bu çalışmadaki bütün çeviriler tarafımdan gerçekleştirilmiştir.

sayılmasını düzenlemektedir. Bunlar *Fehlerkalkül* olarak adlandırılmaktadır; çünkü bu koşullar hukuk sisteminin işlevinin bozulabileceğini öngörmekte ve bu koşullara yokluktan farklı hukuksal bir etki atfetmektedir. *Fehlerkalkül* ile minimum koşullarla (a, b ve c) maksimum koşullar birbirlerinden ayırt edilebilmektedir. Böylece söz konusu mahkeme kararının geçerliği konusundaki araştırma maksimum koşullar sağlanmadığı sonucuna varıldığında durmayacaktır. Eğer minimum koşullar karşılanmış; ama maksimum koşullar sağlanmamışsa mahkeme kararı geçerlidir, ama temyiz yoluna başvurulup bu karar temyizde iptal edilebilir. Her türlü temyize başvuru minimum koşulların sağlandığı, ama maksimum koşulların sağlanmadığı inancına dayanır. Eğer maksimum koşullar da sağlanmışsa bu durumda mahkeme kararı kusursuz demektir ve bu karar geçerli bir karar olup, bu karara karşı temyiz yoluna gidilemeyecektir.²²

Fehlerkalkül hatalı kararın oluşumundan iptaline kadar geçen süre içinde geçerliliğini sağlamaktadır. Şunu da belirtmek gerekir ki, *Fehlerkalkül* doktrini mahkeme kararlarıyla veya temyiz kurallarıyla sınırlı da değildir. Normların, kararnamelerin, idari kararların ve diğer yasa uygulamalarının oluşumu sadece bir başka norm tarafından yetkilendirme sonucu olduğuna göre, *Fehlerkalkül* mantığı bütün bu durumlara da uygulanabilir.²³

Fehlerkalkül pozitif hukukta normun oluşumuyla ilgili olarak minimum ve maksimum koşulları ayıran bir kuraldır. Bu kural minimum koşullar dışındaki diğer koşulları normun oluşumunda “ilgisiz” bir duruma getirmektedir. Minimum koşullar dışındaki diğer koşullar mahkeme kararının iptalinde söz konusu olmaktadır.²⁴

Fehlerkalkül “yasaya aykırı” ama geçerli mahkeme kararların hukuk düzeninin bir başka organı tarafından çevrilmesini veya bozulmasını açıklamada uygun bir kavram olabilirse de, son derece mahkemelerinin kararlarını açıklamada *Fehlerkalkül* için aynı şeyler söylenemez. Son derece mahkemelerinin, bir başka deyişle yüksek mahkemelerin kararlarının niteliği bu kararların kesin olmasıdır. Kararların kesinliği kararlara karşı kanun yollarına (temyiz veya karar düzeltmesi gibi) başvurulamayacağı anlamına gelir.²⁵ Ancak yine de bu organlarca oluşturulan bireysel veya genel normlar başka genel normlar tarafından yönetilmekte ve yetkilendirilmektedir. Eğer son derece mahkemesi genel normlara aykırı karar verecek olursa ne olacaktır? Bu durumda yasalara aykırı kararların yok hükmünde olması gerekecek ve temyize gidebilmek için

22 Kletzer, *op. cit.*, s. 47-48. Hart’ın temyiz konusunda söyledikleri için bakınız: H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3. Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2012), s. 30.

23 Kletzer, *op. cit.*, s. 49.

24 *Ibid.*, s. 50.

25 Ayrıca kararların kesinliği “kesin hüküm anlamını” da taşır. Yani o karara konu olan uyumsuzluk aynı taraflarca aynı sebebe dayanarak yeni bir dava konusu yapılamaz.

M. Turhan: Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa

herhangi bir kural da olmadığından bu sonucu hafifletecek *Fehlerkalkül* de söz konusu olmayacaktır. Yasalara aykırı kesin kararların yanlış olduğu ve yok hükmünde olduğunu söylemek ise yeterli olamaz; çünkü herhangi bir birimin yüksek mahkemenin kararının bu koşulları yerine getirip getirmediğine karar vermesi gerekmektedir. Bu ise söz konusu olamaz, çünkü bu yüksek mahkemelerin kararlarının kesinliğini zedelemek demektir.²⁶

Bu söylenenler karşısında yasaya aykırı kesin kararın ne anlama geldiği sorulabilir. Yasaya aykırı kesin karar şu anlamlara gelebilir: (i) Yüksek mahkemeler tarafından verilen kararlar bu kararın verilmesine yetki veren genel norma aykırı olmasına rağmen geçerlidir, ama iptal edilebilir veya (ii) bu kararlar *ipso iure* yok hükmündedir veya (iii) bu kararlar tümüyle geçerlidir ve iptal edilemez. (i) ve (ii) seçenekleri çelişkili oldukları için geriye bir tek (iii) seçenek kalmaktadır. Ancak bu durumda kesin kararlar bu kararların alınmasına yetki veren normlara aykırı olmalarına veya olabilmelerine rağmen geçerli kabul edilmektedir. Kelsen bu durumu sorunlu görmüş ve "yasalara aykırı" kesin kararların temellendirilmesini sağlayacak hukuk kuralları bulmaya çalışmıştır. Hans Kelsen işte bu temellendirmeyi "normun alternatif karakteri", "alternatif yetkilendirme" veya "zımni alternatif kural" a dayanarak yapmıştır.²⁷

Hans Kelsen alternatif yetkilendirme konusunda şunları yazmaktadır:

"Hukuk düzeninin son derece mahkemelerinin kararlarına kesin karar gücü vermesi acaba ne anlama gelmektedir? Bu şu anlama gelir: Mahkeme tarafından uygulanacak bireysel bir normun içeriğini belirleyen genel norm geçerli bir norm olsa da, içeriği son derece mahkemesi tarafından oluşturulan ama bu genel norma uymayan bireysel norm da geçerli olabilir. Hukuk düzeninin son derece mahkemesinin kararına nihai karar gücü vermesi; sadece mahkeme kararının içeriğini belirleyen genel norma değil, aynı zamanda mahkemenin kendisinin bireysel normun içeriğini belirleyebildiği genel normun da geçerli olduğu anlamına gelir. Bu iki norm bir birim oluşturur: Son derece mahkemesi ya içeriği genel norm tarafından önceden belirlenmiş bireysel hukuksal norm ya da içeriği önceden genel norm tarafından değil, son derece mahkemesi tarafından belirlenecek bir bireysel norm oluşturmada yetkilendirilmiştir."²⁸

Kelsen bu noktada da durmamaktadır. Kelsen *Fehlerkalkül* doktrinini alternatif yetkilendirmenin bir görünümü olarak yorumlamaktadır. Bu konuda Kelsen şunları yazmaktadır:

"Son derece mahkemesi dışındaki ilk derece mahkemeleri veya herhangi bir mahkemenin kararının (yani bir yüksek mahkeme tarafından iptal edilene kadar geçerli olan)

26 Kletzer, *op. cit.*, s. 51.

27 *Ibid.*, s. 52.

28 Kelsen, PTL (1967), s. 269.

sadece iptal edilebilir olması gerçeği şu anlama gelir: Bu organlar hukuk düzenince ya içeriği genel norm tarafından önceden belirlenen geçerliliği sadece geçici olan (yani iptal edilebilir olan) bireysel normlar veya içeriği önceden belirlenmeyen; ama bu organlarca belirlenecek bireysel normlar yaratma konusunda, bu normların geçerliliğinin geçiciliği (yani iptal edilebilir olması) ve son derece mahkemesinin ortaya çıkardığı bireysel normlar ve bu normların kesin geçerliliği farklılığı ile birlikte yetkilendirilmiştir. ... Bir normun geçici geçerliliği ve diğerinin kesin geçerliliği hukuk düzenine dayanır. Bu da bu hukuksal geçerliliklerin bireysel normların varolmasından önce oluşan genel norma bağlı olduğu anlamına gelir.”²⁹

HANS KELSEN'E GÖRE “ANAYASAYA AYKIRI” YASA

Hans Kelsen'e göre “anayasaya aykırı yasa” veya “yasaya aykırı yargısal karar” ve benzeri ifadeler lafzi anlamında anlaşılamaz; çünkü geçersiz bir norm norm olamaz. Kelsen bu konuda şunları belirtmektedir:

“Geçerli bir yasanın ‘anayasaya aykırı’ olduğu ifadesi kendisiyle çelişmektedir; çünkü yasa sadece anayasa temelinde geçerli olabilir. Eğer herhangi bir kişinin yasanın geçerli olduğunu varsaymasında bir gerekçesi varsa, bu yasanın geçerliliğinin nedeni anayasa olmalıdır. Geçersiz bir yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu söylenemez; çünkü geçerli olmayan yasa yasa değildir. Böyle bir yasa hukuksal olarak yoktur ve bu nedenle de bunun hakkında herhangi bir hukuksal ifade söz konusu olamaz. Eğer çoğunlukla geleneksel teori tarafından ifade edilen bir yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasının olası hukuksal anlamları varsa da, bu lafzi anlamda ele alınamaz. Bu iddianın anlamı söz konusu yasanın sadece anayasadaki olağan usule, yani *lex posterior derogat priori* kuralına göre değil; aynı zamanda anayasada belirtilen özel usule göre de iptal edilebileceği anlamına gelebilir. Ama iptal edilene kadar yasa geçerli kabul edilmelidir ve geçerli olduğu sürece de yasa Anayasa'ya aykırı olamaz.”³⁰

Hans Kelsen'e göre herhangi bir hukuk normunun geçerliliği daha üstte yer alan hukuk normuna uygun olarak yapılmış olmasından kaynaklanır. Yani altta yer alan normun geçerliliğinin nedeni normlar hiyerarşisinde üstte yer alan normdur. Bu nedenle de Kelsen'e göre alttaki norm geçerliliğinin nedeni olan üstteki normla çatışmaz. Çatışma demek alttaki normun geçersiz olması demektir. Kelsen durumu şöyle açıklamaktadır:

“Üstte yer alan normla altta yer alan norm arasında; yani bir başka normun yaratılmasını belirleyen normla bu diğer norm arasında çatışma olasılığı yoktur; çünkü altta yer alan normun geçerliliğinin nedeni üstte yer alan norm olmaktadır. Eğer alta yer alan norm geçerli kabul ediliyorsa, bu üstteki norma göre geçerli kabul edilmelidir.”³¹

29 Ibid., s. 269.

30 Ibid., s. 271.

31 Ibid., s. 208. Ayrıca bakınız: Hans Kelsen, “The Concept of the Legal Order”, çev. Stanley L.

M. Turhan: Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa

O halde "geçersiz" hukuksal normlara nasıl göndermede bulunulabilmektedir? Bir başka deyişle, üsteki norma uygun olmayan genel ve bireysel normlar vardır ve bu normlar pozitif hukuk göre geçerli kabul edilmektedir. Hukuksal gerçekliğin bu kural dışı yönünü Kelsenci hukuksal sistem modelin iç mantığıyla uyuşturmak zordur; çünkü bu durum normların geçerliliğini ve hukuk sisteminin tutarlılığını etkilemektedir. Kelsen bu soruna "normun alternatif karakteri" veya "zımni alternatif kural" olarak adlandırılan doktriniyle çözüm bulmaya çalışmıştır. Hans Kelsen'e göre her türlü yetki veren norm, bu normda açıkça belirtilmemiş olsa da, *seçimli olarak*; yani alt düzeydeki organların içerik veya usul bakımından yetki veren normda belirtilmiş hükümlere uyan veya uymayan normlar yaratmada yetkilendirildikleri biçiminde okunmalıdır.

*"Yasa koymayı düzenleyen anayasa hükümleri alternatif karaktere sahiptir. Anayasa doğrudan ve dolaylı yasa yapımını içermektedir; ve yasama organı bunlardan birini seçme durumundadır. Anayasa'yı yapanlar ve yasa koyucuları bu durumun farkında olmayabilirler veya tam anlamıyla farkında değildirler. Ancak yasaların anayasa uygunluğunun incelenmesinde yasa koyucudan başka bir organa izin vermeyen anayasa tarafından bilinçli veya bilinçsizce yaratılan hukuksal durumun objektif açıklaması bizi bu sonuca götürmektedir."*³²

Hans Kelsen'e göre anayasa yasaların Anayasa'ya uygunluğunun denetimini yasama organından başka bir organa verdiği ve bu organın da "anayasaya aykırı" bulduğu yasaları iptal edilebildiği durumlar, bize Anayasa'nın ikinci yolu dışlayamadığını, ama birinci yolu yeğlediğini göstermektedir. Bu konuda Kelsen şunları yazmaktadır:

*"Ama bu durum doğrudan yasaya yapımında anayasa normlarına uymayan yasaların iptal edilebilmesini düzenleyen anayasa hükümlerinin şu anlama geldiğini göstermektedir: Bu normlara uymayan yasalar dahi, anayasada hükme bağlanmış biçimde iptal edilmedikleri sürece, geçerli kabul edilmelidir. Anayasa'ya aykırı yasa olarak adlandırılanlar da anayasal yasalardır; ancak özel bir usulle bu yasalar iptal edilebilir. Bu durumlarda da yasa yapımını düzenleyen anayasa hükümleri sözünü ettiğimiz alternatif karaktere sahiptir. Yasama organı iki yoldan birini tercih etmek durumundadır: Bu yollardan biri açıkça anayasa tarafından saptanmış olmalıdır ve diğeri ise yasama organı tarafından kararlaştırılmalıdır. Bununla birlikte farklılık ikinci yönetime göre çıkarılacak yasaların özel bir usulle iptal edilebilmesindedir; ancak bu yasalar da iptal edildikleri ana kadar hukuksal olarak geçerli yasalardır."*³³

Hans Kelsen hukuk normunun alternatif karaktere sahip olması durumunu *General Theory of Law & State* adlı yapıtında da şöyle açıklamaktadır:

Paulson, 27 *Am. J. Juris.* 64 (1982), s. 70.

³² Kelsen, PTL (1967), s. 273.

³³ *Ibid.*, s. 274.

“Yasa yapma sürecindeki usul ve gelecekteki yasaların içeriğiyle ilgili anayasa hükümleri yasaların sadece anayasaca belirtildiği ve ifade edildiği biçimde yapılabileceği anlamına gelmez. Anayasa yasa koyucuyu bir başka biçimde ve bir başka içerikle de yasalar yapabilmesi bakımından yetkilendirebilmektedir. Anayasa, yasa koyucunun Anayasa’nın pozitif hükümlerini uygulamasını uygun görmediğinde, anayasa yerine yasaların usulünü ve içeriğini belirlemesi hususunda yetkilendirmektedir. Nasıl ki, mahkemeler belirli koşullarda yasaları veya örf ve adet hukukunu uygulamayıp onların yerine yasa koyucu gibi hareket ederek yeni bir hukuk kuralı yaratabiliyorsa, olağan yasa koyucu da belirli koşullarda anayasa koyucu gibi hareket etme noktasında yetkilendirilebilir. Eğer yasama organın çıkardığı yasalar anayasaca belirlenen içerik ve usul dışında yapılırsa da geçerli olarak kabul ediliyorsa, yasa yapımıyla ilgili anayasa kurallarının alternatif karaktere sahip olduğunu kabul etmemiz bir zorunluluktur. Anayasa yasa koyucuyu ya anayasada doğrudan belirlenen normları ya da kendisinin belirleyeceği başka normları uygulamada yetkilendirmektedir. Aksi düşünüldüğünde yapıları ve içerikleri anayasaca doğrudan belirlenmiş buyruklara uymayan yasalar geçerli kabul edilemezlerdi.”³⁴

Hans Kelsen uzun yaşamı boyunca saf hukuk teorisinde önemli bazı değişiklikler yapmış olmasına rağmen “anayasaya aykırı yasa” ile ilgili görüşünü değiştirmemiştir. Kelsen hukuk felsefesi ile ilgili ölümünden sonra yayımlanmış son çalışması olan *General Theory of Norms* (Normların Genele Teorisi) adlı yapıtında bu konuda eski görüşlerini tekrarlamaktadır:

“... şu belirtilmelidir ki, “anayasaya aykırı” yasa olarak adlandırılan yasa pozitif hukuka göre geçerli bir yasa olabilir, ama anayasada düzenlenen özel bir usulle örneğin özel bir mahkemenin kararıyla Anayasa’ya aykırı bu yasanın geçerliliği ortadan kaldırılabılır. Böyle bir durumda normlar çatışması söz konusu değildir. Çünkü söz

34 Kelsen, GTLS (1945), s. 156. Hans Kelsen *Pure Theory of Law* adlı yapıtının ilk baskısında (Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*” çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley (Oxford; Clarendon Press, 1992) da şöyle demektedir: “Örneğin, eğer Anayasa’ya aykırı yasa olasılığı varsa –yani yürürlükteki anayasa hükümleriyle uyuşmayan bir içerikte veya anayasadaki usule uyulmadan çıkarılmış geçerli bir yasa söz konusuysa- bu sadece şöyle yorumlanabilir: Anayasa sadece Anayasa’ya uygun yasaların değil (belirli bir anlamda), Anayasa’ya aykırı yasaların da geçerliliğini kabul etmektedir. Aksi düşünüldüğünde Anayasa’ya aykırı yasanın geçerliliğinden söz edilemezdi. Anayasa’nın Anayasa’ya aykırı yasa olarak nitelendirilen yasanın geçerliliğini amaçladığı, Anayasa’nın yasaların sadece belirli bir biçimde ve belirli bir içerikle (veya belirli bir içeriğe sahip olmadan) çıkarılabileceğini değil, anayasada emredilenden farklı bir biçimde veya içerikte de çıkarılabileceği, bu durumda yasaların yok hükmünde kabul edilmeyebileceği ve anayasada belirtilen usule göre – örneğin anayasa mahkemesince- iptal edilene kadar geçerli olabileceği gerçeğinden anlaşılmaktadır (s. 72).” Yine Kelsen bu yapıtta şunları belirtmektedir: “Alt-seviyedeki normun içeriğini ve çıkarılmasını sağlayan üst-seviyede yer alan normun anlamı, üst-seviyedeki normun ilk koşulunun ihlal edilmesi durumunda bir diğer hükmü dikkate almadan anlaşılamaz. Burada üst-seviyedeki normun alt-seviyedeki normu belirlemesi alternatif şart (hüküm veya kural) karakterine sahiptir (s. 74) ...” Kullandığımız bu çeviri Hans Kelsen’in 1934 tarihli *Pure Theory of Law* adlı kitabının çevirisidir (bizim kullandığımız metinde bu kitabın 2002 tarihli tıpkı baskıdır).

M. Turhan: Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa

*konusu norm geçerliyse aynı zamanda anayasal bir normdur da; yani anayasa yasa koyucunun söz konusu yasa'yı çıkarmasına izin vermektedir denebilir, ama aynı anayasa özel bir usulle bu yasanın iptal edilebileceğini de hükme bağlayabilir."*³⁵

Hans Kelsen'in belirttiği gibi, anayasada yazılı kurallara uymayan bir yasa Anayasa'ya uygunluk denetimi sonucunda Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilene veya yasa koyucu bu yasa'yı değiştirene kadar geçerlidir. Böyle bir yasa Kelsen'e göre ikinci yolu izlemektedir. Ancak burada Stanley L. Paulson'un çok haklı olarak belirttiği gibi, Kelsen'in amacı yetkililere bir seçenek sunmak değildir. Kelsen'in sözleriyle "Anayasa ikinci yolu dışlayamamasına rağmen, ilk yolu yeğlemektedir." Ancak anayasa ikinci yolu bütünüyle dışlayamamaktadır; çünkü hatalar, Paulson'ın ifadesiyle *erata*, hukuk yaşamının bir gerçeğidir. Bu gerçeğe rağmen anayasa hukuk düzeninin sınırlarını korumak için ilk yolu tercih etmektedir. Bu ilk yolun tercih edildiği anayasa yargısının kabul edildiği durumlarda çok açıktır.³⁶

Uluslararası andlaşmalarla iç hukuk arasından çatışma söz konusu olabileceğinden uluslararası hukukta da normun alternatif karaktere sahip olması söz konusudur. Kelsen'in sözleriyle uluslararası hukukta durum şöyledir:

"Uluslararası bir andlaşmayla Devlet bir azınlığın mensuplarına çoğunluğa verdiği siyasal hakların aynısını tanımakla yükümlü tutulmasına rağmen, ulusal yasalar azınlığa mensup kişileri bu haklardan yoksun kılabilir – bununla birlikte bu çelişki ne andlaşmanın ne de yasaların geçerliliğini etkiler. Durum tam olarak, bu nedenle hukuksal düzenin birliği konusunda herhangi bir kuşkuyla neden olmadan, devletin

35 Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University Press, 1991), Bölüm 29, s. 125. Bu kitap Kelsen, GTN (1991) olarak kısaltılmıştır. Kelsen 1973 yılında 91 yaşında öldüğünde geriye hukuk felsefesiyle ilgili çok sayıda üzerinde çalışılmış yazılar bıraktı. Bunlar 1979 yılında *Allgemeine Theorie der Normen* adıyla Almanca olarak basıldı. 1991 yılında da İngilizce çevirisi yayınlandı. Kelsen yaşamının son döneminde yeniden hukuk felsefesiyle ilgilenmiştir. Bu söylenenlerin yanında şunu da belirtelim ki, Hans Kelsen *Essays in Jurisprudence in Honour of Roscoe Pound*'da 1962'de yayımlanan "Derogation" başlıklı yazısında da "anayasaya aykırı yasanın" pozitif hukuka göre geçerli olduğunu, ancak anayasada öngörülebiyecek özel bir usulle geçerliliğinin iptal edilebileceğini belirtmiştir. Kelsen ortada bir normlar çatışması olmadığını çünkü yasanın geçerli bir yasa olduğunu, bu nedenle bu yasanın anayasal bir yasa olarak kabul edilmesi gerektiğini; yani yasa koyucunun anayasa tarafından bu tür yasalar çıkarma konusunda yetkilendirildiğini açıklamıştır. Bakınız: Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Selected and Introduced by Ota Weinberger (Dordrecht-Holland: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 272.

36 Paulson, *op. cit.*, s. 192. Stanley L. Paulson bu konuda bence son derece etkileyici bir biçimde şu görüşleri belirtmektedir: "Hukukun takdire şayan özlemi iktidarın kullanılmasını sınırlandırmak ve böylece sosyal düzende keyfiliği azaltmaktır. Yani iktidara kısıtlamalar getirmek hukukun bir yönüdür ve bazı hukuk teorisyenleri bunu kastederek hukuku aklın bir yansıması olarak göstermektedir. Ama bir başka veçhe daha vardır. Hukuk sosyal düzende bir iktidar tezahürüdür de ve bu gerçek bize keyfiliğin –aklıselime karşı olarak bütünüyle yok edilemeyeceğine inanmamız için yeterli bir gerekçe sunmaktadır. Kelsen'in geçerliliğe giden ilk yolu hukukun daha yüksekte yer alan özlemlerinin gerçekleşmesi için araçlar sağlarken, ikinci yol maddi yetkilendirme biçimsel yetkilendirmeye tamamlanmış süreç kaçınılmaz olarak ortaya çıkan kalıntıya işaret edecektir (s. 193)."

hukuksal düzeni içindeki durumun bire bir benzeridir. Anayasa'ya aykırı yasa olarak adlandırılan yasa da, anayasa askıya alınmadan veya değiştirilmeden geçerli kalabilmektedir. Yasaya aykırı yargısal karar olarak adlandırılan karar da, geçerliliği bir başka karar ile kaldırılana kadar geçerli bir normdur.”³⁷

“Uluslararası hukuk ulusal hukuk düzenin içeriğini Anayasa'ya uygunluğun yargısal denetiminin kabul edilmediği bir Anayasa'nın gelecekteki yasaların içeriğini belirlemesine benzer bir biçimde belirlemektedir.”³⁸

Devrimler ve/veya darbeler siyasal otoriteleri ve o hukuk sistemindeki geçerlilik temelini değiştirirse de, devrim öncesi hukuk sitemine ait çok sayıda norm yeni sistemde de bağlayıcılığını devam ettirmektedir. Nasıl oluyor da devrim sonrası çıkarılan normlar daha önce çıkarılmış normların geçerliliğine zemin sağlayabilmektedir? Eğer devrim veya darbe sonrası kabul edilen anayasa ile eski normlar arasında herhangi bir sistematik ilişki yoksa, bu normların yeni hukuk sistemine ait olması söz konusu olamaması gerekir. Kelsen bu sorunu şöyle çözümlemektedir:

“...Genellikle devrimler sadece eski Anayasa'yı ve bazı siyasal açıdan önemli yasaları yürürlükten kaldırır. Bilindiği gibi eski Anayasa'ya göre çıkarılmış yasaların çok büyük bir bölümü geçerli kalır. Ancak bu ifade uygun bir ifade değildir. Eğer yeni Anayasa'ya göre de bu yasalara geçerli kabul ediliyorsa, bunun mümkün olabilmesinin tek nedeni bunların yeni anayasa tarafından açıkça veya üstü kapalı (zımni) bir biçimde geçerli kabul edilmiş olmasıdır. Burada yeni bir yasanın yaratılmasıyla değil, Roma hukukunun Cermen hukuku tarafından resepsiyonunda olduğu gibi, bir hukuk düzeninin normlarının bir diğer hukuk düzeni tarafından resepsiyonuyla karşılaşmaktayız. Ama böyle bir resepsiyon da bir hukuk yaratmadır; çünkü devrim sonucu ortaya çıkan anayasa tarafından alınan hukuk normlarının geçerliliğinin nedeni sadece yeni anayasa olabilir. Bu normların içerikleri değişmemektedir, ama geçerlilik nedenleri değişmektedir. İşin aslında böyle bir durumda tüm hukuk düzeninin geçerlilik, nedeni değişmiştir.”³⁹

Pierluigi Chiassoni'ye göre Kelsen'in saf teorisi realist bir teori olarak da

37 Kelsen, PTL (1967), s. 330.

38 *Ibid.*, s. 331.

39 *Ibid.*, s. 209. Ayrıca bakınız: Kelsen, GTLS (1945), s. 117-118. Bu konuda bir makale için bakınız: Jose Juan Moreso ve Pablo E. Navarro, “The Reception of Norms, and Open Legal Systems”, *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007), s. 273-291. Bu yazıda Moreso ve Navarro normların resepsiyonunun hukukun sürekliliği ve hukuk normlarının geçerliliğiyle yakından ilişkili olduğunu iddia etmiştir. Yazarlar geleneksel teorinin devrim öncesi hukuk normların yeni hukuk sitemine ait olması nedeniyle bağlayıcı olduğu görüşünü eleştirmektedir. Moreso ve Navarro hukuk normlarının uygulanabilirliğiyle hukuk sistemine üyeliğini birbirinden ayırmakta ve sadece geçerli hukuk normlarının hukuk sisteminin üyesi olabileceğini; ama bu sisteme ait olmasa bile çok sayıda normun uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Devrim öncesi normlar yeni hukuk sistemine ait değildir, ama yazarlara göre bu normlar uygulanabilir ve hukuksal olarak bağlayıcıdır.

kabul edilebilir. Chiassoni'ye göre Kelsen'in saf hukuk teorisinin realist bir teori olarak kabul edilmesinin önemli bir nedeni de genel hukuk normlarının "alternatif bir hüküm" içerdiğinin bu teori bakımından kabul edilmesidir. Kelsen'in teorisine göre 'yasaya aykırı' normlar (örneğin mahkemelerin verdiği kararlar) veya 'anayasaya aykırı' yasalar iptal edilene kadar geçerli kabul edilmektedir. Hans Kelsen'e göre hukukçuların ortaklaşa kullandıkları hukuksal işlemlerin 'yokluğu', yasaların 'anayasaya aykırılığı', mahkeme kararlarının 'yasalara aykırılığı' ve buna benzer kavramların hukukun gerçekte işleyişine uygun olarak tanımlanması gerekmektedir.⁴⁰ Normlar hiyerarşisinde alta yer alan normla üstte yer alan norm arasında bir çatışma söz konusu olduğunda, hukuk bilimi yorum yoluyla üstte yer alan normda varolduğu kabul edilen üstü örtülü alternatif şart nedeniyle, üstteki norma içerik bakımından aykırı düzenlemeye izin verilmektedir. Kelsen'e göre bu nedenle de üstte yer alan normla alta bulunan norm arasında bir çatışma söz konusu olamaz. Hiç kuşkusuz Pierluigi Chiassoni belirttiği gibi, "Kelsen *her zaman* pozitif hukukun birbiriyle çatışan normlarla dolu, zaman zaman anlamsız hatta absürd olabilen insanlar tarafından yaratılmış yapay bir şey olduğunun farkındadır."⁴¹ Ve işte bu nedenle "normun alternatif karaktere" sahip olması

40 Pierluigi Chiassoni, "Wiener Realism", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green, der. (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 139-140.

41 *Ibid.*, s. 143. Kelsen'in "anayasaya aykırı yasa" konusundaki görüşlerinin daha iyi anlaşılabilmesi için ünlü düşünürün "yokluk" ile ilgili söylediklerini aktarmamızda yarar vardır. Hans Kelsen hukuksal düzende "yokluk" yaptırımından söz edilemeyeceğini, bir başka deyişle hukuksal düzende yer alan bir normun yok olamayacağını, sadece "iptal edilebilir" bir norm olabileceğini belirtmektedir. Kuşkusuz hukuk düzeni tarafından belirlenen iptal edilebilirliğin çeşitli dereceleri söz konusudur. Kural olarak bir hukuk normu geleceğe yönelik bir biçimde iptal edilebilir; bu nedenle iptal edilen normun ortaya çıkardığı hukuksal sonuçlar ortadan kalkmamış olur. Ancak istisnai olarak geçmişe yönelik iptal de söz konusu olabilmektedir. Bu durumda iptal edilen normun ortaya çıkardığı sonuçlar da iptal edilmiş olacaktır. Ama şurası önemlidir ki iptal edilene kadar o yasa geçerlidir. Başka bir deyişle bir norm baştan yok hükmünde olamaz. Kelsen'e göre yasayı iptal eden kararın "yokluk beyanı" olarak belirlenmesi ve iptal kararını veren organın normun "başlangıçtan itibaren yok hükmünde olduğuna" karar vermesi doğru olamaz. Hukuk düzeni normun iptalini belirli bir organa verebileceği gibi, herkesi hukuksal bir norm olduğu iddia edilen normun objektif olarak bu niteliğe sahip olup olmadığını belirlemede yetkili yapabilir. Hangi türde karar alınacak olursa olsun bir normun geçerliliği söz konusu olduğunda bu karar kurucu bir karaktere sahiptir. Yani söz konusu norm başlangıçtan itibaren yok hükmünde sayılamaz. Yok hükmünde olduğu ileri sürülen karar, sadece karar verilen konu bakımından o normu geçmişe yönelik iptal etmektedir. Yokluk aslında Kelsen'e göre hukuk düzeninde iptal edilebilirliğin en üst derecesi anlamına gelmektedir (Kelsen, PTL 1967), s. 276-277). Hans Kelsen bu konuda aynen şu görüşleri ileri sürmektedir: "Hukuk düzeni hukuk normu olduğu iddia edilen bir şeyin *a priori* olarak yok hükmünde olduğunu ve hukuk düzenince düzenlenen usule uygun olarak iptal edilmesi gereken bir norm olmadığını belirleyemez. Örneğin, hukuk düzeni bir normun eğer yetkili bir organ tarafından çıkarılmaması veya organ niteliğine bile sahip olmayan bir kişi tarafından çıkarılması veya normun Anayasa'nın yasakladığı bir içeriğe sahip olması durumunda *a priori* yok hükmünde kabul edileceğini (ve bu nedenle geçersizliğini belirleyen bir işleme gerek olmadığını) hükme bağlasa dahi, yine de hukuk düzeninin yokluğun koşullarının varlığını kimin belirleyeceğini düzenlemesi gerekir;

tezini geliştirmiştir.

HANS KELSEN'İN "NORMUN ALTERNATİF KARAKTERİ" TEZİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

HLA Hart dahilerin de aydınlatıcı ve öğretici hatalar yapabildiğini belirttikten sonra, Kelsen'in en önemli hatasının hukuksal olarak geçerli yasaların birbirleriyle çatışamayacağı ve bu geçerli yasaların zorunlu olarak tek bir sistem oluşturduğu doktrininde yattığını belirtmiştir. Hart, Kelsen'in bu hatalarından önemli derslerin çıkarılabileceğini belirtmektedir. Hart'a göre söz konusu yasa (yasa B) gerçekte geçerliliğini bir başka yasadan (A yasası) alması, yani B yasasının geçerliliğini A yasasının sağlaması ve aynı sistem içinde o sistemin parçası olması sadece geçerlilik ilişkisinin yasaların içeriklerine dayanmasından kaynaklanmaz. Önemli olan bir ülkedeki mahkemelerin veya hukuku belirleyen organların B yasasının o ülkenin hukukun parçası olduğunu belirlerken, A yasasını B'yi yasa olarak tanımanın gerekçesi olarak kabul etmeleridir.⁴²

Kelsen'in geçerli yasaların birbirleriyle çatışamayacağı görüşüyle bağlantılı düşünülebilecek olan normun alternatif karakteri tezi de eleştirilmiştir. Simde bu eleştirileri görelim.

Eugenio Bulgin'in Görüşleri:

Hans Kelsen'e göre bir normun geçerli olması o norma uyulması gerektiği anlamına gelir. Normun geçerli olması o normun var olması demektir. Kelsen hukuksal geçerlilik konusunda şunları belirtmektedir:

"Normlar vardır demek ne anlama gelmektedir? Normlar nasıl 'var olmaktadır', yani nasıl bilinebilmektedir? ... Belli ki normlar fiziksel olarak algılanabilir gerçekler gibi bilinmemektedir. Bu şu anlama gelmektedir: Olgusal gerçekler 'var olurlar'; buna karşılık bir normun olması veya olmaması, yani normun 'var olması' veya olmaması ifade edilmek istendiğinde şu söylenmek istenmektedir: Norm 'geçerlidir'. Veya Norm

ve bu düzenleme kurucu bir niteliğe sahip olacağından (söz konusu normun yokluğu bu düzenlemenin sonucu olduğundan ve düzenlemeden önce hukuksal olarak iddia edilemeyeceğinden), söz konusu düzenleme 'yokluğun açıklanması' olarak formüle edilse dahi, bu düzenleme sadece o ana kadar geçerli kabul edilen bir normun geçmişe yönelik iptal edilmesi anlamına gelecektir. Bu itibarla hukuk Kral Midas'a benzer: Kral Midas'ın dokunduğu her şey nasıl altına dönüşüyorsa, hukukun atıfta bulunduğu her şey de hukuksal niteliğe sahip olmaktadır. Hukuksal düzen içerisinde yokluk sadece iptal edilebilirliğin en üst derecesidir" (Kelsen, PTL 1967, s. 278). "Yokluk" konusunda Türkçe bir çalışma için bakınız: Nur Uluşahin, "Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt II, Anayasa Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), s. 675-737.

42 HLA Hart, "Answers to Eight Questions" (1988), *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, Luis Duarte D'Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, derleyenler (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 290-291.

M. Turhan: Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa

*geçersizdir. Normun 'geçerliliği' bir olgunun varlığından farklı olan onun özgül 'varlığıdır'. Bir norm geçerlidir demek bir olgu vardır demeye benzer. Ancak norm bir olgu değildir. Norm ve olgu birbirlerinden ayırt edilmelidir. Belirli bir davranışı emreden, izin veren veya yetki veren bir normun geçerli olduğunu söylemek, kişinin normun emrettiği gibi davranması gerektiğini söylemek demektir ve bu 'olması gereken' bir değerlendirmedir. Bir olgunun var olduğunu söylemek ise 'olan' ile ilgili bir değerlendirme olmaktadır."*⁴³

Kelsen'e göre geçerli olmayan norm norm değildir; yani var olan bir norm olamaz.⁴⁴ Daha önce ayrıntılı bir biçimde açıklandığı gibi, Kelsen'e göre olağan hukuksal düşüncede normlar hiyerarşisinde altta yer alan norm üstte yer alan normun açık hükümleriyle çatışsa da geçerli ve bağlayıcı kabul edilmektedir. Kelsen bu geçerliliğin nedenini üstte yer alan normda açık hükümlerin yanında, üstü kapalı bir hükmün bulunmasına bağlamaktadır. Bu üstü kapalı hüküm üstte yer alan normun açık hükümlerine aykırı olsa da altta yer alan normun çıkarılabilmesine yetki vermektedir. Bir başka deyişle, normlar hiyerarşisinde üstte yer alan normlar alternatif karaktere (terimlere) sahiptir. Bir başka deyişle, normlar hiyerarşisinde alta yer alan normun çıkarılabilmesi için gerekli açık koşulların yanında, bu koşullara uymayan normların da çıkarılabilmesini sağlayan üstü kapalı yetkilendirme söz konusudur. Ancak Kelsen üstte yer alan normun üstü kapalı hükmüne uymayla bu normun açık hükümlerine uymanın aynı değerde olmadığını da belirtmiştir. Hukuk sistemi normun açık hükümlerine uymayı yeğlemekte ve onu desteklemektedir. Hukuk sistemlerinde genellikle altta yer alan norm üstte yer alan normun açık metinden saptığında alttaki normun iptali için çeşitli usuller belirlenmektedir.

Carlos Santiago Nino'nun Kelsen'in tezine yönelttiği eleştirileri anlayabilmek için Eugenio Bulygin'in konu hakkındaki görüşlerini de incelemek gerekmektedir. Zira Bulygin, Nino ile Kelsen arasında adeta bir köprü görevi ifade etmektedir. E. Bulygin'e göre Kelsen'in geçerlilik kavramı hukuk normlarının üç değişik özelliğini tanımlamaktadır. Bunlar normlar hiyerarşisinde

43 Hans Kelsen, "On the Basis of Legal Validity", çev. Stanley L. Paulson, *The American Journal of Jurisprudence* 26 (1981), s. 180.

44 Kelsen, GTN (1991), Bölüm 8, s. 28. Ayrıca bu konuda bakınız: Joseph Raz, *The Authority of Law*, İkinci Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2009). Raz'ın bu kitapta yer alan "Legal Validity" başlıklı yazısı 1977 yılında Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Bd. LXIII/3 adlı dergide yayımlanmıştır. Raz "Hukuksal Geçerlilik" başlıklı yazısında geçerlilikle ilgili şunları belirtmektedir: "Hukuk kuralı sadece ve sadece iddia ettiği normatif sonuçlara sahipse geçerlidir. Hukuk kuralı sadece ve sadece belirli bir ülkede yürürlükteki bir hukuk sistemine ait ise veya o ülke içinde uygulanıyorsa, yani sistematik olarak geçerliyse hukuksal olarak geçerlidir (s. 153)". Yine bu yazıda Raz şunları belirtmiştir: "Hukuksal olarak geçerli olmayan bir kural hiçbir biçimde hukuksal kural değildir. Geçerli bir yasa yasadır; geçerli olmayan yasa yasa değildir. Benzer bir biçimde geçerli bir kural kuraldır ve geçerli olmayan kural kural değildir. Bu son nokta tartışmalıdır (s. 146)".

üstte yer alan normun hükümlerine uygun normun çıkarılması (bu aynı zamanda hukuk normunun hukuk sistemine üyeliği olarak da tanımlanmaktadır), normun kendine has varlığı ve normun bağlayıcı karaktere sahip olmasıdır. Bulygin'e göre Kelsen'de geçerlilik kavramının belirsizliği nedeniyle geçerliliğin bütün bu anlamları eş süreli olarak ele alınmakta ve bu nedenle de geçersiz normlar sorunu bir çelişki olarak ortaya çıkmaktadır. Kelsenci anlayışta normlar hiyerarşisinde üstte yer alan bir normun hükümlerine uymayan; ama aynı zamanda da yetkili bir otorite tarafından iptal edilene kadar bağlayıcılığını koruyan normların olması bir çelişki gibi görülmektedir. Hans Kelsen geçerliliğin bu iki farklı anlaşılışını (bağlayıcılık ve üst norma uygunluk) birbirinden ayırmadığı için üstte yer alan norma uymayan normların bağlayıcılığını ve ortaya çıkan mantıksal çelişkiyi üst normda olduğunu ileri sürdüğü zımni alternatif hükme başvurarak çözmektedir. Bulygin'e göre yanlışlık hukuk sitemine ait olmayan bir normun da zaman zaman bağlayıcı olabileceğinin görülmemesinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, Joseph Raz'ın meşhur örneği olan⁴⁵ milletlerarası özel hukuk kurallarına göre bazı durumlarda yabancı hukuk kuralları uygulanabilmektedir. Bu yabancı hukuk kuralları o hukuk sistemine ait değildir. Bulygin'e göre Anayasa'ya aykırı yasalar da aynı durumdadır. Anayasa'ya aykırı yasalar o hukuk sistemine ait değildir; çünkü Anayasa'nın belirlediği koşullara uygun olarak çıkarılmamışlardır. Buna rağmen iptal edilmedikleri sürece Anayasa'ya aykırı yasaların uygulanmalarına devam edilir.⁴⁶

Burada Bulygin'e bir eleştiri yöneltilebilir: Farklı iki yasa koyucu tarafından çıkarılan normlar, egemenlik alanında uygulanacak yasa koyucu tarafından iptal edilemez; çünkü bu normlar başka bir yasa koyucu tarafından ihdas edilmiştir. Öte yandan egemenlik alanında uygulanacak bazı hükümler ise, o egemenlik alanının yasa koyucusu tarafından kamu yararı veya kamu güvenliği gerekçeleriyle uygulanmayabilmektedir. Bu anlamda milletlerarası özel hukuktaki atıf hükümleri gereği diğer bir devletin yasalarının başka bir devlette geçerli olarak uygulanmasının temel dayanağı yine o devletin atıf kuralları, başka bir deyişle egemenlik yetkisine göre yaptığı bir düzenleme veya anayasası olmaktadır denebilir.⁴⁷

45 *Ibid.*, s. 149. Raz bu konuda aynen şunları söylemektedir: "Kuşkusuz çoğu hukuk sistemleri sistemin bir parçası olmayan çok sayıda kuralı tanımakta ve uygulamaktadır. Hukuk sisteminin S milletlerarası özel hukuk kuralları hangi koşullarda yabancı hukukun S'ye göre hukuksal olarak geçerli olacaklarını belirleyen yasalardır." Raz hukuk sistemine üyeliğin hukuksal geçerliliği noksansız bir biçimde açıklayamayacağını belirtmektedir. Raz'a göre hukuksal geçerlilikle hukuk sitemine üyelik birbirleriyle kısmen ilişkilidir.

46 Eugenio Bulygin, "Cognition and Interpretation of Law", *Cognition and Interpretation of Law*, Letizia Gianformaggio ve Stanley L. Paulson, derleyenler (Torino: Giappichelli, 1995), s. 18-19.

47 Bu eleştirinin kaynağı meslektaşım Ali Acar'dır.

Carlos Santiago Nino'nun Görüşleri:

Carlos Santiago Nino'ya göre ise alternatif zımni yetkilendirme nitelendirilmeden ve sınırlandırılmadan kullanılacak olursa rahatsız edici bir durum söz konusu olacaktır. Nino'ya göre anayasaların yasaların her türlü içerikle çıkarılabilmesine izin vermesi düşünülemez. Anayasalar belirli içeriklere sahip yasalara öncelik vermekte ve çoğunlukla bu içeriklere sahip olmayan yasaların iptali için de belirli usuller belirlemektedir. Ayrıca Nino'ya göre, yetkilendirme, usul ve içerik gereklerinin mantıksal olarak birbirine bağımlılığı dikkate alındığında, zımni alternatif hüküm sadece içeriği değil, aynı zamanda üst normun belirlediği usul ve yetkilendirmeyi de kapsar. Kelsen'e göre herhangi bir usulle ve herhangi bir içerikle çıkarılan her norm, o hukuk sisteminde geçerli bir norm olabilmektedir. Bu ise Nino'ya göre kabul edilemez görünmektedir; çünkü bu durumda her türlü iktidar eğer "etkili" ise *hukuksal iktidara dönüşmektedir*.⁴⁸

Normun bağlayıcı güce sahip olduğu ve uygulanması gerektiği anlamındaki geçerlilik anlayışı, bizi bir normun çıkarılmasını o sistemde daha üstte yer alan norm tarafından yetkilendirilmesi gerektiği sonucuna götürmektedir. Nino'ya göre bu Kelsen'in teorisinde geçerliliğin baskın anlayışı olan normun bağlayıcı güce sahip olması normun o hukuk sistemine üyeliğiyle eş süreli olmadığını göstermektedir. Hukuk sistemlerinde bu sistemlere ait olmayan bağlayıcı normlar olabilir. Nino'ya göre Hans Kelsen bağlayıcılıkla o normun hukuk sistemine üyeliğini eş süreli varsaydığından hukuksal normların geçerliliğine yaptığı atıfların çoğu muğlak kalmaktadır. Hans Kelsen Anayasa aykırı yasa gibi temel bir sorunla karşılaştığında, yani hukuksal sisteme ait olmayan geçerli ve bağlayıcı normların varlığı açık hâle geldiğinde, Kelsen eş sürelilik doktrini gererek üstte yer alan normların üstü kapalı bir biçimde (sisteme ait olan) bağlayıcı normların çıkarılmasına yetki verdiğini iddia etmiştir.⁴⁹

Nino'ya göre belirli koşullarda Anayasa'ya aykırı yasaların veya yasaya aykırı idari kararnamelerin geçerliliğini veya bağlayıcı gücünü sağlayan normların varlığı, Hans Kelsen'in alternatif yetkilendirme tezini desteklemektedir. Ancak Kelsen ile Nino arasında şu farklar bulunmaktadır: İlk olarak Nino'ya

48 Carlos Santiago Nino, "A Philosophical Reconstruction of Judicial Review", *Cardoza Law Review* 14 (1992-1993), s. 806-807.

49 *Ibid.*, s. 808. Eugenio Bulygin bu konuda Nino'nun haklı olduğunu ve Kelsen'in ciddi bir yanlış yaptığını belirtmektedir. Bulygin'e göre Kelsen'in bu görüşü bizi sadece hukuksal sisteminin üyesi olan normların bağlayıcı olduğu sonucuna götürmektedir. Bakınız, Eugenio Bulygin, "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory" *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007), s. 310. Joseph Raz hukuk sistemine uygun çıkarılan hukuksal açıdan geçerli her kuralın hukuk sisteminin bir parçasını oluşturamayabileceğini belirtmektedir. Bakınız: Raz, *op. cit.*, s. 149.

göre Anayasa'ya aykırı yasaya geçerlilik sağlayan normlar bu tür yasalasmaya yetki vermemekte; sadece ortaya çıkan yasayı uygulama ve bu yasaya uygun davranma yükümlülüğünü getirmektedir. İkinci olarak bu normlar her türlü hukuk sisteminin gerekli öğeleri değildir. Bunlar sistemin pozitif ve olası parçaları olup, açıkça değil, üstü kapalı ve geleneksel bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Son olarak yasaya aykırı normların uygulanmasını gerektiren normlar genellikle normlar arasında ayrımcılık yapar. Anayasa'ya aykırılığı saptanmamış olma gibi negatif koşullar yanında, söz konusu normların belirli pozitif koşulları da taşıması gerekir. Üstü kapalı pozitif bir koşul da, söz konusu *yasanın* belirli bir *yasallık görünüşüne ve rengine sahip olmasıdır*. O halde Nino'ya göre bunlar bir normun "sistemin normu" olmamasına rağmen, yine de Anayasa'nın üstü kapalı hükümlerine göre uygulanması zorunlu bir norm olabileceğini bize göstermektedir.⁵⁰ Nino'nun önerisi bağlayıcı güç olarak geçerlilikle üstte yer alan normun hükümlerine uygunluk (yani yetkilendirme ve hukuk sitemine üyelik) anlamında geçerlilik arasındaki farklılığa dayanmaktadır. Nino'ya göre bağlayıcı güç olarak geçerliliğin alanı daha geniştir ve bu yolla geçerli olmayan (yetkilendirilmemiş) bazı normlar da uygulanabilmektedir.

Nino'nun Kelsen'in normun geçerliği ile ilgili görüşleriyle ilişkili eleştirilerine benzer eleştirilerle birlikte, "normun alternatif karakteri" konusunda farklı bir sonuca varan Bert Van Roermund'un söylediklerine de değinmek gerekir. Roermund, Kelsen'in "anayasaya aykırı yasa" açmazını çözmek için ortaya attığı "normun alternatif karakteri" tezine gerek olmadığını belirtmiştir. Roermund "yasaya aykırı yargısal kararlar" veya "anayasa aykırı yasa" sorununda şöyle bir yol izlemektedir: Roermund normun varlığını onaylayan *geçerlilikle bağlıycılığı* birbirinden ayırmaktadır. Roermund'a göre bağlayıcı norm varlığı resmi bir biçimde kabul edilen normdur. Geçerli norm ise varlığı bilişsel olarak belirlenen normdur. Gelişmiş hukuk sistemlerinde geçerliliklerinin bilişsel olarak izlenebileceği iddiasıyla normları yetkili makamlar koyarlar ve normları koymakla birlikte bu normların bağlayıcılığını da ilan etmiş olurlar. Normların geçerli oldukları iddiası aksi ispat edilebilir bir iddiadır. Bu iddianın aksi ispat edilene kadar ise normun uygulanmasına devam edilir. Böyle bir ayırım yapıldığında geçerli olmayan normlar bağlayıcı olabildiği gibi, bağlayıcı olmayan geçerli normlar da söz konusu olabilmektedir.⁵¹

50 Nino, *op. cit.*, s. 808-809. Nino bu makalesine kısaltılmış bir biçimde şu kitabında da yer vermiştir: Carlos Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy* (New Haven & London: Yale University Press, 1996), s. 186-216. Ayrıca bakınız: Carlos Santiago Nino, "Confusion Surrounding Kelsen's Concept of Validity", *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007), s. 253-261.

51 Bert van Roermund, "Norm-claims, Validity and Self-Reference", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 11-18.

M. Turhan: Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa

Jose Juan Moresa ve Pablo E. Navarro da hukuk normlarının geçerliliği ile uygulanabilirliği ayırımına dayanarak "anayasaya aykırı" yasa konusuna çözüm getirmek istemişlerdir. Anayasa'ya aykırı yasa geçersiz bir normdur; ama anayasa mahkemesi yanlışlıkla yasanın geçerli bir yasa olduğuna karar verebilir. Moresa ve Navarro'ya göre hukuk normlarının anayasallığı sadece anayasa mahkemelerinin kararlarıyla belirlenebilecek bir şey değildir. Yetkili olmayan bir makam tarafından çıkarılan hukuk normları anayasa mahkemesi aksini söylese de geçersiz normlardır. Anayasa mahkemesi kararı bu durumda sadece bu normun uygulanabileceğini belirlemiş olmaktadır. Yani mahkeme yanlışlıkla bir normun Anayasa'ya uygun olduğuna karar vermesi durumunda o norm uygulanabilir bir norm olmasına rağmen, hukuk sisteminin geçerli bir normu olmayacaktır. Anayasa'ya aykırı normlar hukuk sistemi tarafından benimsenmiş normlar olarak kabul edilebilir. Böyle bir benimsenmenin nedeni hukuk sistemlerinin önemli bir özelliği olan uyumsuzlukların çözülmesi mekanizmasına sahip olması gerektiği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Yargılamayla ilgili kurallar fonksiyonlarını hukuksal uyumsuzlukları resmi bir biçimde çözümledikleri ölçüde yerine getirebilirler. Hukuksal sürecin sosyal avantajlarını elde etme hatalı yargısal karar olasılığını kabul etmeyi gerektirir. Ancak yazarlara göre hukuksal realizmin önemli eksikliklerinden ve hatalarından kaçınabilmek için nihai yargısal karar kavramıyla hatasız veya yanılmaz karar kavramını birbirinden ayırmak gerekmektedir.⁵²

Ulises Schmill'in Görüşleri:

Hans Kelsen'e göre bir norm sadece normlar hiyerarşisinde üstte yer alan norma uygun olarak ve bu normun belirlediği biçimde çıkarılırsa varolabilir. Bir başka deyişle, ancak bu durumunda bu norm geçerli bir normdur. Gelişigüzel çıkarılan, yani geçersiz norm için aslında bir *contradictio in adjecto*'dur; yani çelişkili veya tutarsızdır. "Geçerli norm" ifadesi de gereksiz bir ifadedir; çünkü bir norm zorunlu olarak geçerlidir ve eğer geçersiz ise o norm bir norm değildir. Ancak Hans Kelsen'in kabul ettiği gibi gelişigüzel, yani normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan norma uygun olmayan ve bu normun belirlediği biçimde çıkartılmayan bir sürü norm vardır. Bu normlar varlıklarını korumakta ve zaman zaman anayasa mahkemelerinde iptalleri için haklarında davalar açılmaktadır. Ortada bir açmaz söz konusudur. Kelsen bu açmazı yetki veren normun anlamını yeniden formüle ederek aşmaya çalışmıştır. Kelsen'e göre yetki veren norm, özellikle anayasa alternatif karaktere sahiptir; yani yetki veren normda zımni alternatif bir hüküm bulunmaktadır. Bu alternatif kurala göre Anayasa'ya aykırı norm anayasa mahkemesi tarafından iptal

52 Moreso ve Navorra, *op. cit.*, s. 288.

edilene kadar geçerliliğini korumaktadır.⁵³

Ulises Schmill'e göre de bir ikilemle karşı karşıyayız. Ya hukuksal düzenin çelişkilerle izin verdiğini ve bu nedenle tutarlı mantıksal birliğin olmadığını ya da Kelsen'in zımni alternatif hüküm tezini kabul etmek durumundayız. Bu durum Schmill'in de belirttiği gibi, Kelsen'in değişik düzeydeki normlar arasında çelişkilerin olmadığı bir hukuksal düzen görüşüyle çalışmaktadır. Yetki veren normun alternatif hükme sahip olduğu biçiminde anlaşılması o normun normatif anlamını yok etmektedir; çünkü bu durumda normlar birer totolojiye dönüşmektedir. Yani normun içeriği A'dır veya A değildir gibi çelişkili bir duruma dönüşmekte ve bu nedenle de böyle bir çelişkiyi içeren norm işin aslında hiçbir davranışı düzenlenmemektedir. Varolan normun yani geçerli normun düzenli, yani kurallara uygun olması gerekir. Ama hukuksal düzende üstte yer alan normla çelişik hükümler içermesine rağmen geçerli normlar oldukları kabul edilen çok sayıda norm bulunmaktadır. Bu durumda üstte yer alan norm kurallara uygun olmayan geçerli normların ortaya çıkmasını engeller bir biçimde kurallara uymayan normların geçerliliğine izin verecek bir şekilde formüle edilmelidir. Eğer Kelsen üstteki normun alternatif bir hükme sahip olduğunu kabul etmeseydi, kurallara uymayan normların norm olamayacağını kabul etmek durumunda kalacaktı. Bu durumda ise Kelsen geçerli olan, ama daha sonra yetkili bir organ tarafından örneğin anayasa mahkemesince geçerli olmadıkları belirlenen normlar gerçeğini inkar etmek durumunda kalacaktı.⁵⁴

Ulises Schmill ortaya çıkan paradoksu şöyle çözmeye çalışmıştır: Normu uygulamadan sorumlu süje söz konusu normu incelemeli ve bu normun kurallara uygun olup olmadığına karar vermelidir. Eğer normun kurallara uygun olduğuna karar verirse bu normu uygulamalıdır. Buna karşılık normun üst normca belirlenmiş koşullara ve gereklere uygun olmadığına karar verecek olursa, o normu geçersiz (null) olarak kabul etmeli ve o olaya uygulamamalıdır. Schmill'e göre bir normun geçerliliği veya geçersizliği uygulanmama yoluyla saptanabilir. Normun kurallara uygun olup olmadığını belirlemede sorumlu organ yargısal organlardır. Eğer bir normun uygulanmaması, o normun geçersizliğini gösteriyorsa, normun uygulanması da o normun geçerli ve kurallara uygun bir norm olduğunu ortaya çıkarmaktadır. Bu kavramlar birbirleriyle karıştırılmamalıdır. Bir normun varlığı fiziksel olarak gözlemlenebilen ampirik bir veriyi temsil eder. Ortada normu yaratan bir eylem söz konusudur (Varlık $E = R1(a_i, n_j)$). Normun uygulanması eylemi ise o normu geçerli bir norm durumuna getirmektedir (Geçerlilik $V = R2(n_j, a_i+1)$). Nor-

53 J. W. Harris, "Kelsen's Concept of Authority", *Cambridge Law Journal*, 36 (1977), s. 358-359.

54 Ulises Schmill, "The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts", *Law and Philosophy*, 19 (2000), s. 305.

mun fonksiyonu bu eylemle yani uygulanmayla gerçekleştirilmiş olur. Uygulama normu geçerli hâle getirmektedir. Hukuk alanında sadece izole edilmiş münferit normlar söz konusu olamaz. Normlar görece olarak oldukça uzun zincirler oluşturur. Norm çıkarma ve bu normları uygulama eylemleri normların kendi aralarındaki düzenliliği ve uyuşumu dikkate alınarak gerçekleştirilir. Bazı normların geçerliliği; yani bu normların uygulanması, uygulanacak normun temelini temsil eden normlar açısından düzenli norm olmalarını gerektirir (Kurallara Uygunluk $R = R_3 (n_j, n_{j-1}, 2...B)$). Durum böyle olduğunda normu uygulayan organ uygulanan normu geçerli bir norm haline getirmiş olur ve bu normun norm olarak fonksiyonunu yerine getirmesini sağlar. Bu davranış üst normun anlamına uygun olarak belirlenir. Yani normun geçerliliği (uygulanması) o normun kurallara uygun olmasına bağlı olmaktadır. Schmill'e göre bu bağımlılık da bireysel normların düzeni oluşturan unsurlar haline dönüşmesine neden olur.⁵⁵

Pablo E. Navarro'nun Eleştirileri:

Pablo E. Navarro "Anayasal Normların Etkililiği" başlıklı yazısında Hans Kelsen'in Anayasa'nın etkili olmasına iki türlü açıklama getirdiğini belirtmektedir. Bunlardan ilki şöyledir: (E1) Anayasa C sadece ve sadece C'ye uygun olarak çıkarılan alt düzeydeki normlar etkili ise (yani büyük ölçüde uygulanıyor ve bu normlara itaat ediliyorsa) etkilidir.⁵⁶ Navarro etkililiğin bu anlaşılışını eleştirdikten sonra, Kelsen'e göre Anayasa'nın etkililiğinin şöyle de açıklanabileceğini ileri sürmektedir: (E2) Anayasa C eğer alt düzeyde yer alan normlar Anayasa'ya uygun olarak çıkarılırsa (yani C'nin norm çıkarma için belirlediği usullere uygun olarak ve C'nin saptadığı organlar tarafından çıkarılırsa) etkilidir.⁵⁷

Navarro haklı olarak eğer Kelsen'in zımni (üstü kapalı) alternatif şart görüşü benimsenecek olursa, yani alt düzeyde yer alan normların sürekli hukuksal bakımdan geçerli olarak çıkarıldıkları kabul edildiğinde, anayasal normların etkililiği ve özellikle (E2)'ye göre etkililiği bizi alt düzeydeki normların çıkarılmasını düzenleyen anayasal normların her zaman için etkili olduğu sonucuna götüreceğini belirtmektedir. Eğer yasa yapma sürecini düzenleyen

55 *Ibid.*, s. 308-309. Stanley L. Paulson ve Bert Van Roermund Ulises Schmill'in görüşlerinin Kelsen'in 'tacit alternative clause' ('zımni alternatif şart') doktrininden daha savunulur olduğunu ileri sürmüşlerdir. Yazarlara göre Kelsen'in bu görüşü hukukta normatif anlayışı zedelemektedir. Bakınız: Stanley L. Paulson ve Bert Van Roermund, "Kelsen. Authority and Competence: An Introduction", *Law and Philosophy*, 19 (2000), s. 130.

56 Pablo E. Navarro, "The Efficacy of Constitutional Norms", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 87.

57 *Ibid.*, s. 91.

anayasal normlar üstü kapalı bir biçimde usulsüz yöntemlerle veya anayasaca yasaklanmış içerikle çıkarılmasına da yetki verebildiği yolundaki Kelsen'in doktrini kabul edilecek olursa ve bunun yanında eğer (E2)'ye göre anayasal normların etkililiği benimsenirse, yani Anayasa'nın etkili olup olmadığı alt düzeydeki normların geçerli bir biçimde çıkarılması ölçütüne bağlanacak olursa, ister istemez anayasaların daima etkili olduklarını kabul etmek gerekecektir. Ortaya önemli bir sorun çıkmaktadır; o da (E2)'nin işe yaramaz bir hâle gelmesidir. Bir başka deyişle, Anayasa'nın etkili olup olmadığının belirlenmesinde alt düzeydeki normların geçerli bir biçimde çıkarılması olduğunu söylemenin yukarıdaki açıklama karşısında hiçbir anlamı kalmamaktadır.⁵⁸

Kelsen'e göre hukukta herhangi bir norm geçerliliğini daima normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan bir başka normdan alır. Anayasa hukuk sistemindeki diğer bütün normların geçerliliğini temellendiren ve normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan pozitif bir norm olduğundan hiyerarşide altta yer alan normların geçerliliğini belirleyebilmek için anayasasın da hukuksal açıdan geçerliliğinin belirlenmesi gerekir. Hans Kelsen'e göre Anayasa'nın geçerliliği daha üstte yer alan temel norma atıfla yapılmaktadır. Bu açıklamalardan hareketle Pablo E. Navarro ister (E2)'ye ister (E1)'e göre olsun Anayasa'nın etkililiğinin altta yer alan normlara bağlı olduğunu bize göstermektedir. Anayasa'nın etkililiği sadece alt düzeydeki normların var olmalarıyla belirlenebilecek bir şeydir. Ancak Anayasa'nın etkililiği Anayasa'nın geçerliliğinin bir koşulu olduğuna göre (anayasa etkili olduğunda temel normu varsaymanın bir anlamı olacaktır) kısır döngüye girmeden Anayasa'nın alt düzeydeki normların geçerliliğine temel oluşturması imkansızdır. Yani aynı anda altta yer alan normların geçerliliği Anayasa'nın etkililiğiyle ve Anayasa'nın etkililiği de altta yer alan normların geçerliliğiyle saptanmaktadır.⁵⁹

KELSEN'İN "NORMUN ALTERNATİF KARAKTERİ" "GÖRÜŞÜ NASIL ELE ALINABİLİR?

Hans Kelsen'in Anayasa'ya aykırı yasa veya yasaya aykırı bireysel normlar gibi "kuralsız normlar" (irregular norms) olgusunu ele alışı son derece ilginçtir. Modern hukuk sistemlerinde Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Yüksek Mahkeme veya Avrupa ülkelerinde yer alan anayasa mahkemeleri gibi mahkemeler değişik hiyerarşik düzeyde yer alan normlar arasındaki çatışmaları çözmek üzere yetkilendirilmiştir. Ülkemizde Anayasa Mahkemesi yasama organının çıkardığı yasaları Anayasa'ya aykırı bulduğunda bunları iptal edebilmektedir. Anayasa'ya aykırı bulunularak iptal edilen yasa hukuk sistemin-

⁵⁸ *Ibid.*, s. 94.

⁵⁹ *Ibid.*, s. 94-95.

den kaldırılmış olur. Ancak şu da bilinmektedir ki, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce veya Anayasa Mahkemesinin önüne gelmeyen bir norm hukukçularca Anayasa'ya aykırı olarak kabul edilebilir ve bu nedenle de söz konusu normun geçersiz olduğu iddia edilebilir. Bir başka deyişle, anayasa mahkemesince iptal edilerek yürürlükten kaldırılmadan önce Anayasa'ya aykırı olan ve bu nedenle de geçersiz olduğu söylenebilecek normlar mevcuttur. Stephen Munzer buradan hareketle bir normun hukuksal geçerliliği ile varlığı özdeş değildir demektedir. Yani Munzer'e göre bir normun varlığı, o normun hukuksal olarak geçerli olduğu anlamına gelmeyebilir.⁶⁰

Hukukçuların bir bölümüne doğal gelebilecek bu durum, Kelsen tarafından kabul edilmemektedir. Hans Kelsen hukuksal geçerlilikten ne anladığını şöyle açıklamaktadır:

*"İnsan davranışına atıfta bulunan bir normun geçerli olduğunu ileri sürmek, o normun bağlayıcı olduğunu –kişinin norm tarafından belirlenen biçimde davranması gerektiğini– söylemektir. ... (N)eden bir norm geçerlidir, neden bir kişi belirli bir biçimde hareket etmelidir sorusu bir olguyu ortaya çıkararak, yani olanı belirten bir ifadeyle yanıtlanamaz. Bir normun geçerliliğinin nedeni bir olgu olamaz. Bir durumdan, olan bir şeyden olması gereken ortaya çıkmaz; ve olması gereken bir şey olan bir şeyin nedeni olamaz. Bir normun geçerliliğinin nedeni sadece bir başka normun geçerliliği olabilir. Bir başka normun geçerliliğini temsil eden norm mecazen söyleyecek olursak alttaki norm ile bağlantılı olarak üstteki norm olarak ifade edilebilir."*⁶¹

Riccardo Guastini Kelsen'in normun geçerliliği konusundaki görüşleri ve bunun sonucunda temel norm varsayımının ortaya çıkışını şöyle açıklamaktadır: Guastini'ye göre saf hukuk teorisinde normun *varlığı*, *bağlayıcı gücü* ve *geçerliliği* birleştirildiğinden temel norm kavramsal bir zorunluluk olmaktadır. Kelsen geçerlilik ile bağlayıcı gücü normun tanımsal özelliği olarak kabul etmektedir. Varolmayan norm Kelsen'e göre norm değildir. Kelsen'e göre varlık geçerlilikle aynı anlama geldiğinden, bağlayıcı olmayan bir norm norm değildir. Kelsen'in doktrininde geçerlilik daha üstte yer alan norm tarafından yetkilendirmeyi gerektirdiğinden, bağlayıcı güç ve varlık da üstte yer alan norm tarafından yetkilendirmeyi gerektirmektedir. Saf teoride geçerli olmayan norm kavramı kabul edilemeyeceğinden, Kelsen varolan bir normun geçerliliğinin nedenini aramaya (daha üstte eyer alan norm tarafından yetkilendirme) zorlanmıştır. Kelsen tarihsel olarak ilk anayasayla karşı karşıya kaldığında da iki olasılık ortaya çıkmıştır. Kelsen ya bu ilk anayasasın geçerliliğini, bağlayıcı gücünü ve varlığını kabul etmeyecektir; ki bu durumda hukuk sistemi geçerliliğini, bağlayıcı gücünü ve varlığını kaybetme durumunda kalacaktır; ya da Anayasa'ya geçerliliğini, bağlayıcı gücünü ve varlığını verecek meta-anayasal

60 Stephen Munzer, *Legal Validity* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1972), s. 13-14.

61 Kelsen, PTL (1967), s. 193.

bir norm varsayacaktır. İşte Kelsen bu nedenle temel norm varsayımına başvurmuştur.⁶² Kelsen bu hususu şöyle açıklamaktadır:

*“Diğer bir normun geçerliliğinin nedenini temsil eden norm daha önce belirttiğimiz gibi “üstteki” norm olarak adlandırılır. Ancak normun geçerliliğinin nedeni için yapılan arayış, etkinin nedenini araştırır gibi, sonsuza dek götürülemez. Bu arayış en son ve en üstte yer alan bir normun varsayılmasıyla sonlandırılmalıdır. Bu norm varsayılmak zorundadır çünkü böyle bir norm ‘konamaz’; yani yetkisi daha üstte yer alan normdan kaynaklanan bir otorite tarafından yaratılamaz. Bu son normun geçerliliği daha üstte yer alan geçerliliği sorgulanamayan bir normdan elde edilemez. Bu şekilde varsayılan en üstteki norma bu kitapta temel norm denmektedir. Geçerlilikleri tek ve aynı temel norma ulaşan bütün normlar normlar sistemini, yani normatif düzeni oluşturur.”*⁶³

Kelsen hukuksal geçerlilik kavramını mutlakçı bir biçimde ele almakta ve takdim etmektedir. Yani hukuksal geçerlilik ya vardır ya da yoktur.⁶⁴ Bunun nedeni Kelsen’in normun geçerliliğini o normun kendine özgü varoluşu olarak kabul etmesinden kaynaklanmaktadır.⁶⁵ Kelsen’e göre norma karşı norm olamaz. Çıkarılmasını düzenleyen normla çelişen hukuk normu geçerli bir hukuk normu değildir. Böyle bir norm yok hükmündedir ve yok olduğu için de bu norm iptal edilemez.⁶⁶ Yine Kelsen’e göre Anayasa’ya aykırı yasa ifadesi kendisiyle çelişmektedir; çünkü bir yasa sadece anayasa temelinde geçerli olabilir. Eğer kişi bir yasanın hukuksal olarak geçerli bir yasa olduğunu düşünüyorsa, bunun nedeni bu yasanın Anayasa’ya uygun çıkarılmış olmasıdır. Geçersiz bir yasanın Anayasa’ya aykırı olduğu söylenemez; çünkü geçersiz yasa yasa olarak kabul edilemez. Kelsen’e göre böyle bir yasa yok hükmündedir.⁶⁷ Kelsen’e göre normlar hiyerarşisinde altta yer alan normla üstte yer alan norm arasında çatışma olamaz. Yani başka bir normun çıkarılmasını düzenleyen normla bu diğer norm arasında çatışma düşünülemez; çünkü altta

62 Riccardo Guastini, “The Basic Norm Revised”, *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d’Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 69-70. Guastini Kelsen’in temel norm varsayımını hem gereksiz hem de çelişkili sonuçlara neden olması nedeniyle eleştirmektedir.

63 Kelsen, PTL (1967), s. 194-195.

64 Graham Hughes, “Validity and the Basic Norm”, 59 *California Law Review*, (1971), s. 708.

65 Kelsen bu konuda şunları belirtmektedir: “Açıkça görülüyor ki normlar fiziksel olarak algılanabilir gerçekler gibi aynı yolla bilinmemektedir. Bir başka ifadeyle olgular ‘varolurlar’ iken bir normun ‘var olmasını’ veya var olmamasını kişi ifade etmek isterse şunu söylemek durumundadır: Bu norm ‘geçerlidir’. Veya bu norm geçersizdir. Bir normun ‘geçerliliği’ onun kendine has ‘var oluşudur’ (s. 180).” Bu yazının bir başka yerinde de Kelsen bu konuda şunu söylemektedir: “Geçerli hukuksal düzene ait hukuk normu adil olduğu için değil anayasada belirlenmiş usullere uygun çıkarıldığı için geçerlidir” (s. 185). Bakınız: Hans Kelsen, “On the Basis of Legal Validity”, çev. Stanley L. Paulson, 26 *The American Journal of Jurisprudence* (1981), s. 178-189.

66 Kelsen, PTL (1967), s. 267.

67 *Ibid.*, s. 271.

yer alan normun geçerliliğinin nedeni üstte yer alan normdadır. Altta yer alan norm geçerli bir norm olarak kabul ediliyorsa, bu üstte yer alan norma göre geçerli demektir.⁶⁸

Jose Manuel Cabra Apalategui, Hans Kelsen'de normun içeriğiyle normun geçerliliği arasındaki ilişkiyi şöyle özetlemektedir: 1) Normlar iradi eyleminin anlamı olduğuna göre sadece üst düzeyde yer alan normun hükümlerine uygunluk, o normun geçerliliği, yani varlığı için yeterli değildir. 2) Zımni alternatif şart doktrini nedeniyle geçerlilik normların koşullu bir özelliği olarak kabul edilemez. Bu nedenle alt düzeyde yer alan bir normun içeriğinin üst düzeyde yer alan norma uyması, söz konusu norm yetkili bir otorite tarafından geçersiz ilan edilmediği sürece, o normun geçerliliği için zorunlu bir koşul değildir. 3) Objektif olarak geçerli olan, yani içeriği üst norma uygun olan bir norm dahi yetkili bir otorite tarafından geçersiz ilan edilebilir. Normun içeriğinin üstte yer alan norma uygun olması o normun geçerliliğini garanti-lememektedir. 4) Genel ve bireysel normların geçerliliği bu konudaki yetkili otoritenin kararına bağlıdır. Bu karar nihai karar olduğu için kurucu nitelikte bir karardır. Kelsen'in farklı hiyerarşik düzeyde yer alan normlar arasındaki çatışmalar sorununa getirdiği çözümünün, yasaya aykırı normların geçerliliğini kabul etmesi nedeniyle, normatifliği değil gerçeği gözettiği söylenebilir.⁶⁹

SONUÇ

Hukuk normunun alternatif karaktere sahip olması Kelsen'in saf hukuk teorisinin önemli ve ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır; çünkü bu yolla altta ve üstte yer alan normlar arasında çatışma ortaya çıkmamaktadır.. Yine bu "zımni alternatif şart" Kelsen'de "normatif düzenin birliği" tezi açısından da önemlidir. Normun alternatif karaktere sahip olmasının gerekçesi Richard HS Tur'un belirttiği gibi⁷⁰ hukuksal pozitivizmin temel unsurlarında da bulunabilir. Kelsen'e göre kendini hukuk düzeni olarak takdim eden normlar sistemi

68 *Ibid.*, s. 80. Bu durumda Kelsen hukukçuların geçersiz normlar olarak adlandırdığı durumu daha önce de belirtildiği gibi şöyle açıklamaktadır: Her yetki veren norm zımni alternatif şart içermektedir. Yani Kelsen'e göre yetki veren normlar alternatifli olarak okunmalıdır. Yetki veren norm altta yer alan organların içerik ve usul bakımından belirlenen gereklere uygun veya uygun olmadan çıkarılmasına yetki vermektedir. Yasa yapmayı düzenleyen anayasa hükümleri alternatifli olarak okunmalıdır. Anayasa doğrudan veya doğrudan olmayan düzenlemeleri içermektedir. Yasama organı bunlardan birini seçebilir. Anayasa'nın yasaların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesini yasama organından başka bir organa vermesi ve bu organın Anayasa'ya aykırı gördüğü yasaları iptal edebilmesi, Kelsen'e göre anayasasın tercihinin birinci yol olduğunu; ama ikinci yolu da dışlamadığını ve yasaların iptal edilene kadar geçerli olduklarını ve uygulanmaları gerektiğini göstermektedir.

69 Jose Manuel Cabra Apalategui, "Validity and Correctness in Kelsen's Theory of Legal Interpretation", <http://hdl.handle.net/10630/6051>. Bu yazı DFEPFD-Contribuciones a Congresos Científicos'da bulunabilir. Bu doküman 2013-10-16 günü oluşturulmuştur.

70 Tur, *op. cit.*, s. 251.

esas olarak dinamik bir karaktere sahiptir.⁷¹

Richard HS Tur'a göre Kelsen'de "kapsama" ilkesi yetki verme ilkesine bağlı kılınmakta ve şecere veya silsile içeriği alt etmektedir. Ama bu durumda da Tur'a göre her türlü geçerli norm yenilgiye uğratılabilmektedir. Hans Kelsen'e göre mahkemenin genel bir normu uygulamama ve "çerçeve" dışında yeni bir kural koymayı tercih edebilmesi hukuk düzeni kavramının gerekli bir özelliğidir. Bu ise geçerli bir normu uygulamama, dikkate almama, iptal etme ve mahkemenin kendisinin bulacağı farklı bir normu önündeki olayda uygulama anlamına da gelebilir.⁷²

Pierluigi Chiassoni, bir genel hukuk teorisi olarak, saf hukuk teorisinin realist bir teori olarak kabul edilebileceğini iddia etmektedir. Bunun önemli nedenlerinden biri de Chiassoni'ye göre, Kelsen'in genel hukuk normlarının "zımni alternatif şart" içerdiğini kabul etmesidir. Anayasa'ya veya yasaya aykırı normlar mahkemelerce iptal edilene kadar geçerli olarak kabul edilmektedir.⁷³

Kelsen'de farklı hiyerarşik düzeylerde bulunan iki norm arasında bir çatışma olduğunda, yorum yoluyla üstte yer alan normun zımni alternatif şart içerdiği kabul edilmekte ve altta yer alan normun üstte yer alan norma aykırı bir içerikle çıkarılabilmesi mümkün olmaktadır. Bu da Kelsen'e göre normlar hiyerarşisinde üstte yer alan normla altta yer alan norm arasında herhangi çatışmanın mümkün olamayacağını göstermektedir.⁷⁴ Ayrıca Kelsen "zımni alternatif şart" nedeniyle birbirleriyle çatışan normların her ikisinin de geçerli olabileceğini söylemekteydi. Örneğin bir devlet bir uluslararası andlaşmayla ülkesinde yaşayan azınlıklara bazı haklar tanımış olmasına rağmen, iç hukukunda bu hükümlere aykırı normlara sahip olabilmekte ve uluslararası andlaşmaya aykırı normlar iptal edilene kadar geçerli kabul edilmektedir. Yani birbirleriyle çatışan normlar aynı anda geçerli olabilmektedir. Bunlar Chiassoni'ye göre Kelsen'in teorisinin realist yönler taşıdığını bize göstermektedir.⁷⁵ Chiassoni'nin bu söylediklerinde büyük bir gerçeklik payı olduğunu

71 "Bir hukuk normu belirli bir içeriğe sahip olduğu için yani içeriği mantıksal olarak var olduğu farz edilen temel normdan çıkarılabildiği için değil, belirli bir biçimde çıkarıldığı için geçerlidir. ... Bu nedenle de bir yasanın içeriği her çeşit olabilir." Kelsen, PTL (1967), s. 198. "Son derece mahkemesinin kararına hukuk düzeninin nihai karar gücü vermesi acaba ne anlama gelmektedir? Bu şu anlama gelmektedir: Mahkemece yaratılacak bireysel normun içeriğini önceden belirleyen, mahkemece uygulanacak genel norm geçerliyse de, son derece mahkemesinin içeriği bu genel norma uymayan bireysel normu da geçerlidir." *Ibid.*, s. 269.

72 Tur, *op. cit.*, s. 252.

73 Chiassoni, *op. cit.*, s. 139-140.

74 *Ibid.*, s. 142.

75 *Ibid.*, s. 148. Bu noktada Pierluigi Chiassoni'nin "Kelsen her zaman pozitif hukukun, insan eliyle yapılmış bir şey olması nedeniyle, birbiriyle çatışan normlarla dolu olduğunu; ve bir çok bakımdan anlamsız hatta absürd olabileceğinin farkındaydı." ifadesine de katılmamak mümkün değildir. *Ibid.*, s.143.

kabul etmek gerekir.

Hans Kelsen'in hukuk düzeninde boşluklar ile bağlantılı görüşü normun alternatif karakteri teziyle birilikte ele alındığında Kelsen'in realist yönlerinin oldukça güçlü olduğu kanısı daha da güçlenmektedir. Kelsen hukuk düzeninde boşlukların olamayacağını iddia etmektedir. Hukuk iki elemanlıdır. Mahkemeler ya davacının istedikleri kabul edecektir ya da etmeyecektir. Bir başka deyişle, mahkeme ya genel norma göre herhangi bir çarenin söz konusu olmadığı gerekçesiyle davacının taleplerini reddedecektir ya da böyle bir genel normun bulunmamasını yetersiz, haksız ve adaletsiz bulacaktır. Böyle olduğunda da mahkeme somut dava için yeterli, haklı ve adil bulduğu bir norm yaratacak ve o normu o davada uygulayacaktır. Kelsen'e göre bu durumda mahkeme yasa koyucu gibi hareket etmektedir.⁷⁶ Hans Kelsen mahkemelerin hukuk yaratma işlevleri hakkında şunları yazmaktadır:

*"Mahkemeler özellikle son derece mahkemeleri kararlarıyla sadece o dava için bağlayıcı bireysel normlar değil, genel normlar yaratmada da yetkilendirilebilir. Bu yargı kararı emsal karar haline geldiğinde, yani o davada verilen karar benzer davalara da yol gösteriyorsa ortaya çıkar. ... Mahkemelerin hukuk yaratma fonksiyonları emsal karar verme yoluyla genel norm yaratmada yetkilendirildiklerinde özellikle göze çarpar bir duruma gelmektedir. Bir mahkemeye, özellikle de son derece mahkemesine böyle bir yetki vermek; eğer mahkeme belirli koşullarda varolan hukukun genel bir normunu uygulamayarak, kendi takdirine göre, bir başka deyişle pozitif hukukun genel bir normu tarafından içeriği önceden belirlenmemiş bir bireysel hukuk normu yaratmada yetkilendirilmişse özellikle dikkate değerdir. Böyle bir karara emsal karar niteliği vermek sadece mahkemelerin hukuk yaratma fonksiyonunun istikrarlı bir şekilde genişlemesi anlamına gelir."*⁷⁷

Önemli bir nokta da Kelsen'in "normun alternatif karakteri" konusundaki görüşlerinin bizi her türlü siyasal rejimi kabul etme sonucuna götürebileceği yolundaki eleştirilerdir. Kuşkusuz Kelsen demokrasiye ve özgürlüklere bağlı bir düşüncüdür. Kelsen'in inceleme konusu yaptığımız normun alternatif karaktere sahip olması tezi de Kelsen'in her türlü Anayasa'yı veya yasayı kabul edeceği anlamına gelemaz. Hans Kelsen "anayasaya aykırı" yasa ile ilgili "Hukuksal Düzen Kavramı" başlıklı yazısında açıkça hak ve özgürlüklerin anayasa yargı yoluyla korunduğu hukuk düzenini diğer düzenlerden ayırmıştır. Kelsen bu konuda şunları söylemektedir:

"Normatif hiyerarşide farklı düzeylerdeki hukuk normları arasında çatışma ortaya çıkamaz, çünkü üst seviyede yer alan norm alt seviyede yer alan normun geçerliliğinin temelidir. Alt seviyedeki norm üst seviyedeki normla, yani çıkarılmasının düzenle-

⁷⁶ Kelsen, GTLS (1945), s. 145; Kelsen, PTL (1967), s. 245.

⁷⁷ Kelsen, PTL (1967), s. 250, 251.

Haşim Kılıç'a Armağan

yen normla uyumlu olduğu için, bir başka ifadeyle alt seviyedeki norm üst seviyedeki normun emrettiği gibi çıkarıldığından geçerlidir. Şüphesiz 'anayasaya aykırı' yasa ifadesi kullanılmaktadır, ama bu terminoloji yanıltıcıdır. Kendini bir yasa gibi takdim eden metin baştan itibaren hükümsüz ise bu durumda hiçbir biçimde bir yasaya, yani geçerli bir norma sahip değiliz demektir. Ancak genellikle yapıldığı gibi, geçerli yasa Anayasa'ya aykırı olarak nitelendiriliyorsa, örneğin bir yasa anayasada güvence altına alınmış ifade özgürlüğünü kısıtlıyorsa o zaman iki durumu birbirinden ayırt etmemiz gerekir. Bu durumlardan ilkinde anayasa böyle bir yasanın iptal edilebileceğini ... ama iptal edilene kadar yasanın geçerli olacağı yolunda bir düzenleme getirmektedir. İptal erga omnes olarak yani genel olarak gerçekleşebilir ve çok açık nedenlerle istisnai bir yol olsa da iptal kararı geçmişe yürütülebilir. Veya ikinci durumda eğer mahkeme "anayasaya aykırı" bulduğu yasayı uygulamama yetkisine sahipse ... ve davayı yasayı dikkate almadan kararlaştırabiliyorsa, sonuç açıkça inter partes olan yargısal kararlar yasa bir yana itilmekte ve karar sadece somut davanın taraflarına uygulanmaktadır. ... 'Anayasaya aykırı' yasa olarak adlandırılan yasa geçerli olduğu sürece Anayasa'ya uygun bir yasadır; yani bu yasa baştan itibaren geçersiz bir yasa olmayıp, sadece özel bir usulle iptal edilebilen bir yasadır."⁷⁸

"Geçerli bir yasanın Anayasa'ya aykırı olarak nitelendirildiği ikinci tür durumda da (yukarda gösterildiği gibi) anayasa özgürlükleri veya vatandaşların eşitliğini güvence altına almakta; ama bu özgürlükleri ve eşitliği kısıtlayan yasanın anayasada saptanan belirli bir usulle (yukarda anlatıldığı üzere) ne erga omnes iptal edilebilmesine ne de böyle bir yasanın bir yargı kararıyla bir kenara itilerek inter partes bir çarenin uygulanabilmesine imkan vermektedir. ... Geçerli bir yasa olarak bu yasa Anayasa'ya uygun bir yasadır. Ancak anayasada özgürlükleri ve vatandaşların eşitliğini güvence altına alan anayasal hükümler hukuksal olarak anlamsız olarak kabul edilmelidir. Anayasal hükümlere uymayan yasaların 'anayasaya aykırı' olarak adlandırılmasının hiçbir hukuksal anlamı yoktur. 'Anayasaya aykırı' olarak nitelendirme herhangi bir yasanın adaletsiz olarak adlandırılmasında olduğu gibi, sadece ahlaksal veya siyasal bir öneme sahip olabilir. Anayasa olarak nitelendirilen hukuksal belgeler hukuksal açıdan anlamsız materyaller içerebilmektedir. Bu tür belgeler sıklıkla siyasal ve hukuksal doktrinler yanında, bütünüyle normun sübjektif anlamından yoksun ve bu nedenle de objektif bir şekilde norm yani hukuk olarak yorumlanamayacak diğer ifadeleri de içerir."⁷⁹

Yukarıdaki alıntıdan anlaşılacağı gibi Hans Kelsen'in tercihi hak ve özgürlüklerin anayasalarda yer aldığı ve anayasa yargısının olduğu bir sistemdir. Richard H.S. Tur hem Kelsen'in hem de Hart'ın kuramlarının demokratik hukuk sistemine, yani yasaların siyasal olarak üstte yer alanlarca değil, bu

78 Hans Kelsen, "The Concept of the Legal Order", çev. Stanley L. Paulson, 27 Am. J. Juris. 64 (1982), s. 70-71.

79 Ibid., s. 71. Benzer görüş için ayrıca bakınız: Kelsen, PTL (1967), s. 272-276.

M. Turhan: Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa

yasalara tabi olanlarca yapılabildiği bir sistem olasılığına açık olduğunu vurgulamaktadır. Tur'a göre bir hukuk kuramının hukuku anlamamıza yardımcı olması yanında, gerçeklere uyması ve normatif olarak da çekici olması gerekmektedir. Sadece demokratik olmayan düzenlemelerin hukuk olduğunu savunan bir kuram ahlaksal nedenlerle reddedilmelidir.⁸⁰ Kelsen'in kuramı demokratik düzenlemelere açık bir kuramdır. Hans Kelsen'in hukuk felsefesi alanındaki görüşleri incelenirken Kelsen'in hak ve özgürlüklere ve anayasa yargısına büyük önem verdiği ve kuramının da demokrasiyi ve hukuk devletini dışlamadığı önemle göz önüne alınmalıdır.

80 Richard HS Tur, "Variety or Uniformity", *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, Luis Duarte D'Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, derleyenler (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 57-58.

KAYNAKLAR

Apalategui, Jose Manuel Cabra "Validity and Correctness in Kelsen's Theory of Legal Interpretation", <http://hdl.handle.net/10630/6051>. Bu doküman 2013-10-16 günü oluşturulmuştur.

Bulygin, Eugenio, "Cognition and Interpretation of Law", *Cognition and Interpretation of Law*, Letizia Gianformaggio ve Stanley L. Paulson, derleyenler (Torino: Giappichelli, 1995), s. 11-35.

Bulygin, Eugenio, "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory" *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007), s.

Bulygin, Eugenio, "Kelsen on the Completeness and Consistency of Law", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 225-243.

Chiassoni, Pierluigi, "Wiener Realism", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 131-162.

Ebenstein, William, "The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought", 59 *California Law Review* (1971), s. 617-652.

Friedmann, W., *Legal Theory*, Beşinci Baskı (New York: Columbia University Press, 1967).

Gomez, Patricia Cuenca, "A Consideration of Hans Kelsen's Pure Theory of Law", *Papeles el tiempo de los derechos*, No. 3 (2010), s. 1-16.

Guastini, Riccardo, "The Basic Norm Revised", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 63-74.

Harris, J. W., "Kelsen's Concept of Authority", *Cambridge Law Journal*, 36 (1977), s. 353-363.

Hart H.L.A. *The Concept of Law*, 3. Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2012).

Hart, H.L.A., "Answers to Eight Questions" (1988), *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, Luis Duarte D'Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, derleyenler (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 279-297.

Hughes, Graham, "Validity and the Basic Norm", 59 *California Law Review*, (1971), s. 695-714.

M. Turhan: Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa

Kammerhofer, Jörg, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (London: Routledge, 2011).

Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, çev. A. Wedberg (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1945).

Kelsen, Hans, "On the Pure Theory of Law", *Israel Law Review*, Vol. 1 (1966), s. 1-7.

Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, çev. Max Knight (California: University of California Press, 1967).

Kelsen, Hans, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Selected and Introduced by Ota Weinberger (Dordrecht-Holland: D. Reidel Publishing Company, 1973).

Kelsen, Hans, "On the Basis of Legal Validity", çev. Stanley L. Paulson, 26 *The American Journal of Jurisprudence* (1981), s. 178-189.

Kelsen, Hans, "The Concept of the Legal Order", çev. Stanley L. Paulson, 27 *Am. J. Juris.* 64 (1982), s. 64-84.

Kelsen, Hans, "On the Theory of Interpretation", çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson, *Legal Studies*, (July 1990), s. 127-135.

Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, çev. Michael Hartney (Oxford: Clarendon Press, 1991).

Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*" çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley (Oxford; Clarendon Press, 1992).

Kletzer, Christoph, "Kelsen's Development of the *Fehlerkalkül* Theory", *Ratio Juris*, Vol. 18 (2005), s. 46-63.

Moreso, Jose Juan ve Pablo E. Navarro, "The Reception of Norms, and Open Legal Systems", *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007), s. 273-291.

Munzer, Stephen, *Legal Validity* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1972).

Navarro, Pablo E., "The Efficacy of Constitutional Norms", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 77-99.

Nino, Carlos Santiago, "A Philosophical Reconstruction of Judicial Review", *Cardoza Law Review* 14 (1992-1993), s. 799-846.

Nino, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy* (New

Haven & London: Yale University Press, 1996).

Nino, Carlos Santiago, "Confusion Surrounding Kelsen's Concept of Validity", *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007), s. 253-261.

Paulson, Stanley L., "Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory", *Cambridge Law Journal*, 39 (April 1980), s. 172-193.

Paulson, Stanley L. ve Bert Van Roermund, "Kelsen. Authority and Competence: An Introduction", *Law and Philosophy*, 19 (2000), s. 125-130.

Roermund, Bert van, "Norm-claims, Validity and Self-Reference", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 11-41.

Raz, Joseph, *The Authority of Law*, İkinci Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2009).

Schmill, Ulises, "The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts", *Law and Philosophy*, 19 (2000), s. 283-310.

Troper, Michel, "The Logic of Justification of Judicial Review", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1 (2003), s. 24-38.

Tur, Richard H.S., "The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist?", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 245-258.

Tur, Richard H.S., "Variety or Unhiformity", *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, Luis Duarte D'Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, derleyenler (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 37-58.

Uluşahin, Nur, "Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, Cilt II, Anayasa Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), s. 675-737.

Prof. Dr. Serap YAZICI
(*İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Öğretim Üyesi)

KURULUŞUNDAN BU YANA TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN DEĞİŞEN ROLÜ

GİRİŞ

18. yüzyılda, yazılı anayasaların kabul edilmesiyle başlayan süreç, siyasal gücün sınırlanmasında ve bireyin hak ve özgürlüklerinin tanınması ve korunmasında, ilk aşamayı oluşturmuştur. Anayasa yargısının ortaya çıkması ise, siyasal gücün özgürlükler lehine sınırlanmasının en az ilki kadar önemli olan ikinci aşamasını ifade etmektedir. Tıpkı yazılı anayasaların kabulünde olduğu gibi, anayasa yargısının ortaya çıkmasında da Birleşik Devletler, öncü bir role sahip olmuştur. Nitekim, dünyada kanunların Anayasa'ya uygunluk yönünden yargısal bir denetime tabi olmasının ilk uygulamasını, *Marbury v. Madison* davası dolayısıyla, Amerikan Yüksek Mahkemesi gerçekleştirmiştir. Böyle olmakla beraber, anayasa yargısı, ancak 2. Dünya Savaşı'ndan sonra, Almanya ve İtalya'da özel yetkili anayasa mahkemelerinin kurulmalarıyla yaygınlaşmaya başlamıştır. 1980'lerin sonunda, Doğu Bloğunun dağılmasıyla beraber demokrasiye geçen, Bulgaristan, Polonya ve Macaristan gibi devletler ise, ancak bu geçiş sürecinin anayasal reformları çerçevesinde, anayasa yargısını kabul etmişlerdir. Türkiye ise, 2. Dünya Savaşı'ndan sonra, demokratikleşmenin ikinci dalgasında, 1961 Anayasası'yla beraber, tıpkı Almanya ve İtalya'da olduğu gibi, özel yetkili bir anayasa mahkemesi yaratmak suretiyle anayasa yargısının yolunu açmıştır.

Anayasa Mahkemesinin kurulmasını, Türkiye'nin anayasal gelişmeleri içerisinde değerlendirdiğimizde, Yüksek Mahkemenin, çoğunlukçu demokrasi-den çoğulcu demokrasiye geçişi sağlayacak yeniliklerden biri olarak tasavvur edildiği anlaşılmaktadır.¹ Böyle olmakla beraber, Anayasa Mahkemesinin kurulduğu tarihten günümüze kadar uzanan yarım asırlık süreçte, verdiği kararlardan bir kısmı, akademik ve siyasi çevrelerde önemli tartışmalara ve eleştirilere konu olmuştur. Yüksek Mahkemenin, anayasa değişikliklerini esas yönünden denetlediği, yürürlüğün durdurulmasına hükmettiği, kanun koyucunun takdirine müdahale ettiği, kanun koyucu gibi hüküm ihdas ettiği kararları bu niteliktedir. Kimi kararları nedeniyle ise Mahkeme, dünyadaki

1 Türk Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasını farklı bir teoriyle ele alan açıklamaları için bkz. Ergun Özbudun, "Anayasa yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu", **Demokrasi ve Yargı**, der. Ozan Ergül (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005), s. 336-351.

emsallerinin aksine, özgürlükler lehinde değil, yasaklardan yana karar verdiği eleştirilerine yol açmıştır. Nihayet, Mahkemenin siyasal partilerin kapatılması talebiyle açılan davalarda verdiği kararlar da, akademik ve siyasi eleştirilere konu oluşturmak yanında, bu kararların önemli bir kısmı, Türkiye'nin bireysel başvuru hakkını tanıdığı 1987'den itibaren, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edildiği biçiminde yorumlanarak, Türkiye tazminata mahkûm edilmiştir.

Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesinin, akademik çevrelerde olduğu kadar, siyasi çevrelerde de eleştirilere konu olan kararlarından bir bölümü ele alınacak, bunlar üzerinde, Yüksek Mahkemenin, değişen perspektifi incelenecektir. Mahkemenin, 50 yılı aşkın bir süreden beri, Anayasa'ya uygunluk denetimi yaptığı düşünüldüğünde, Yüksek Mahkeme'nin, şu ana kadar pek çok konuda onlarca, yüzlerce içtihadı imza attığı da görülecektir. Bu ise, -kitap hacminde dahi olsa- Mahkeme'nin geçirdiği dönüşümü konu alan bir çalışmada, kararların tümünün incelenemeyeceği anlamına gelmektedir. Bu yüzden, Mahkeme'nin, kuruluşundan bu yana değişen tutumu, bir armağan yazısının sınırları çerçevesinde tematik yönden seçilmiş belirli kararlar esas alınarak ortaya konacaktır. Böylece, çalışmamız, Yüksek Mahkeme'nin, bir kısmı kamuoyunda ses getiren kararlarından hareketle, dört başlık altında ele alınmıştır. Bunlar, Mahkemenin, anayasa değişikliklerine ilişkin kararları, laiklik ekseninde verdiği kararlar, kamu yararı kavramı çerçevesinde, kanunların, amaç unsuru yönünden yaptığı incelemelerle, kanun hükmünde karnamelere ilişkin olarak verdiği kararlardır. Anayasa Mahkemesinin, 2010 Anayasa değişikliği ile, bu değişikliği uygulanır kılan 30.03.2011 tarih, 6216 sayılı Kanun'un, yürürlüğe girmesinden sonra incelemeye başladığı, bireysel başvurulara ilişkin kararları, Yüksek Mahkemenin, özgürlükler karşısında değişen tutumunu sergilemek bakımından önemli olmakla beraber, çalışmamıza dâhil edilmemiştir. Bunun nedeni, bireysel başvuru hakkının yeni bir hak olması, bu yönde Yüksek Mahkemenin, tutumunun değişip değişmediğini ortaya koyacak, karşılaştırmaya elverişli kararlarının bulunmamasıdır. Bu tür bir çalışma, ancak, Mahkeme'nin, karşılaştırmalı bir incelemeye imkân sağlayacak makul sayıda içtihat üretmesinden sonra yapılabilecektir.

1. Yüksek Mahkemenin Anayasa Değişikliklerinin Esas Yönünden Denetimine İlişkin Tutumu

Anayasa Mahkemesi'nin, kuruluşunu izleyen yıllardan itibaren, anayasal yetkilerini genişletme eğiliminde olması, Yüksek Mahkeme'nin, dikkat çeken özelliklerinden biri olmuştur. Mahkemenin, anayasal yetkilerini içtihatları yoluyla genişletmesi, özellikle, anayasa değişikliklerini, esas yönünden

S. Yazıcı: Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü

denetlediği kararlarında ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, bu konudaki ilk kararını, 1188 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın 68. Maddesinde yaptığı değişiklik dolayısıyla vermiştir. Sözü geçen kararında Mahkeme, 1188 sayılı Kanun'u şekil bozukluğu gerekçesiyle iptal etmiş, ancak aynı kararda, geleceğe dönük olarak anayasa değişikliklerini esas yönünden denetleyebileceğine de hükmetmiştir. Mahkemeye göre,

“Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasa’da sadece (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasa’nın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacı(...), Anayasa’nın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş, “Cumhuriyet” sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan “Cumhuriyet” sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, sadece “Cumhuriyet” sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa’ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır. Bu bakımdan bu ilkelerde değişmeyi öngören veya Anayasa’nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasa’nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir. Görülüyor ki Anayasa değişikliğini öngören kanunlar üzerinde, Anayasa’nın 147. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesine esas yönünden de denetim görevi düştüğü meydandadır. Bu nedenlerle söz konusu kanun, gerek biçim, gerekse esas yönünden Anayasa Mahkemesince denetlenebilmelidir.” (E.1970/1, K.1970/31, k.t. 16.6.1970)

Daha önceki çalışmalarımda belirttiğim gibi, Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerini esas yönünden denetleyebileceğine hükmettiği bu kararının, o tarihte yürürlükte olan, 1961 Anayasası’na uygun olduğu fevkalade şüphelidir. Gerçekten, Anayasanın, Anayasa Mahkemesi’nin yetkilerini düzenleyen 147. maddesi, “Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasa’ya uygunluğunu denetler.” hükmüne yer vermektedir. Bu madde karşısında, Anayasa Mahkemesi’nin, bir anayasa değişikliğini esas yönünden denetlemesi, Yüksek Mahkemenin, anayasal yetkilerini, fiilen genişletmesi anlamına gelmektedir. Böyle bir tutum ise, hukuk

devleti ilkesiyle ve bu ilkenin bir unsuru olan, Anayasa'nın üstünlüğü kurallıyla bağdaşmamaktadır. Çünkü hukuk devleti ilkesine dayanan bir anayasa düzeninde, kamu organ ve makamlarının yetkisizlikleri asıl, yetkileri ise istisna oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, bir hukuk devletinde, kamu gücü kullanan bütün organ ve makamlar, ancak Anayasa ve kanunların kendilerine tanıdığı açık yetkileri kullanabilirler. Bu organ ve makamların, Anayasayla ve kanunlarla kendilerine verilmeyen bir yetkiyi fiilen kullanmaları, hukuk devleti ilkesinin özüyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, bir anayasa değişikliğinin, Anayasa'ya uygunluğunun esas yönünden denetlenmesi, hukukun genel ilkelerine de aykırıdır. Bir normun, esas yönünden hukuka uygunluk denetimine tabi olması, normlar hiyerarşisinde, o norm üzerinde yer alan üst bir normun varlığını gerektirmektedir. Oysa, usulüne göre yürürlüğe giren, anayasa değişikliği hakkındaki bir kanun, yürürlüğe girdiği andan itibaren, yeni bir anayasa normu yaratmıştır. Bu norm ise, Anayasanın, evvelce mevcut olan normlarıyla aynı statüde yer almaktadır. Dolayısıyla, Anayasa'nın herhangi bir hükmünü değiştiren kanunun, Anayasa'ya eklediği yeni norm ile Anayasa'nın önceki normları arasında, içerik yönünden bir çelişki mevcut olsa da, bu çelişki, Anayasa'ya aykırılık sorunu olarak nitelendirilemeyecektir.

Nitekim, Yüksek Mahkemenin yukarıda aktardığımız kararı, öğretide ciddi eleştirilere konu olmuştur.² Bu eleştiriler neticesinde, Anayasa'nın 147. maddesi, 1971'de, 1488 sayılı kanunla değiştirilerek, Yüksek Mahkeme'nin, anayasa değişiklikleri üzerindeki yetkisinin, şekil denetimiyle sınırlı olduğu, açıkça hükme bağlanmıştır. Değişik 147. maddeye göre, "Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasa'ya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler." Ne var ki, Yüksek Mahkeme, bu değişiklikten sonra da, Anayasa değişikliklerini, şekil yönünden denetlediği gerekçesiyle, esas yönünden denetlemeye devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin, bu yöndeki ilk kararının gerekçesi şöyledir:

"...burada değişmezlik ilkesine bağlanmak yoluyla güvence altına alınan "Cumhuriyet" sözcüğü değil (...) 2. madde ile Başlangıç bölümünde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, yalnız "Cumhuriyet" sözcüğünü saklı tutup, Cumhuriyeti oluşturan bütün bu nitelikleri, hangi doğrultuda olursa olsun, tümünü veya bir bölümünü değiştirmek veya kaldırmak yoluyla, 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması olanağı bulunmayan bir başka rejimi meydana getirecek nitelikteki Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin, Anayasa'ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek

2 Bu konudaki eleştirel görüşleri için bknz. Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasa'nın Anlamı, İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1976, s. 218-219.

S. Yazıcı: Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü

derecede açık olduğu ortadadır. (...) Kanun ve o nitelikte bulunan Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur. Çünkü bu yasak, belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasa-da gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır. (...) 9. maddede yer alan yasak kuralı da bir şekil şartı olduğundan, 1699 sayılı Kanunun dava konusu maddeleri, diğer şekil şartları arasında bu yasak açısından da Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirilmelidir.” (E. 1973/19, K. 1975/87, k.t. 15.4.1975)

Anayasa Mahkemesinin, 147. Maddede yapılan değişikliğe rağmen, Anayasa değişikliklerini esas yönünden denetlemeye devam etmesi, akademik çevrelerde haklı eleştirilere konu olmuştur.³ Böylece 1982 Anayasası, 148. maddesiyle, Yüksek Mahkeme'nin anayasa değişiklikleri üzerindeki yetkisini, şekil denetimi ile sınırlamak yanında, şekil denetiminin de, ancak üç unsura ilişkin olabileceğini hükme bağlamıştır. 148. maddeye göre, “Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. (...) Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.” Anayasa'nın bu açık düzenlemesi karşısında, Yüksek Mahkeme'nin anayasa değişikliklerini 1971'den sonra olduğu gibi, şekil yönünden denetlediği gerekçesiyle, esas yönünden denetleme olanağı kalmamıştır. Nitekim, Yüksek Mahkeme, 1982 Anayasa'sı döneminde, Anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetlenmesi talebiyle yapılan ilk üç başvuruda, bu talepleri, yetkisizliği gerekçesiyle reddetmiştir.

Mahkemenin, 1982 Anayasa'sı döneminde, anayasa değişikliklerini esas yönünden denetleme yetkisinin mevcut olmadığına hükmettiği, ilk kararının gerekçesi şöyledir: “Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasa'nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınır-

3 Bu eleştirilere yer veren açıklamalar için bkz. Serap Yazıcı, Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkinlikten Toplum Sözleşmesine, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 215-218.

lı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasa'nın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir." (E. 1987/9, K.1987/15, k.t. 18.6.1987)

Yüksek Mahkeme, 5678 sayılı, Anayasa değişikliği hakkında Kanunun, esas yönünden denetlenmesi talebiyle yapılan başvuruyu da, yetkisizliği gerekçeyle reddetmiştir. Mahkemeye göre, "Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmıştır. Esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi, 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır. (...) Açıklanan nedenlerle 5678 sayılı Yasanın 6. maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 19'un iptal isteminin, yetkisizlik nedeniyle reddi gerekir." (E. 2007/72, K. 2007/68, k.t. 5.7.2007)

Mahkeme, 5697 sayılı, Anayasa Değişikliği Hakkında Kanuna ilişkin, esas yönünden denetim talebini de, benzer gerekçelerle reddetmiştir. Mahkemeye göre, "Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasa'nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur." (E. 2007/99, K. 2007/86, k.t. 27.11.2007)

Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, 5735 Sayılı Kanunun, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yaptığı değişikliğin, esas yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada, 148. maddenin açık hükmüne ve önceki içtihatlarına rağmen, bu değişikliği, esas yönünden denetleyerek iptal etmiştir. Daha önceki bir çalışmamda belirttiğim gibi, "Mahkeme, bu sonuca ulaşabilmek için üç aşamalı bir yöntem izlemiştir. İlk aşamada, Anayasa'nın, şekil denetimini sınırlayan 148. Maddesine, yeni bir unsur olarak "teklif edilebilirlik" şartını eklemiştir. Bu suretle Mahkeme, Anayasa değişikliğini esas yönünden denetleyebilmesinin zeminini hazırlamıştır."⁴

Anayasa Mahkemesinin bu kararının, Türk Anayasa yargısı'nın tarihi seyirinde, iki önemli sonucu olduğunu belirtmek gerekir. Bunlardan biri, Anayasa Mahkemesi'nin, 1982 Anayasası'nın 148. maddesinin açık hükmüne ve kendisinin bu hükmü isabetle yorumlayan, yukarıda değindiğimiz, önceki üç içtihadına rağmen, anayasal yetkilerini genişletmekte, hiçbir tereddüt

4 Yazıcı, a.g.e., 2011, s. 220

S. Yazıcı: Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü

göstermemesidir. Nitekim, Yüksek Mahkeme'nin bu tutumu, öğretilerde çok ciddi eleştirilere konu olmuştur.⁵ 2008 içtihadının diğer önemli sonucu ise, bu kararıyla Yüksek Mahkeme'nin, 4. maddedeki değişmezlik yasağının alanını genişleterek, bu yasağı, Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılan ve ilk üç maddeyle şu veya bu ölçüde ilişkili olan tüm değişikliklere, teşmil etmiş olmasıdır. Mahkemeye göre,

“Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez. Dolayısıyla Anayasa'nın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.” (E. 2008/16, K. 2008/ 116, k.t. 5.6.2008) Böylece, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan, hukuk devleti ilkesine; 6. maddesinde yer alan, “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” kuralına; 11. maddesinde yer alan, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı hükmüne; ve 148. maddesinde yer alan kurala aykırı olarak, kendisini, anayasa değişikliklerinin nihai onay makamına dönüştürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, 2008 tarihli içtihadına yöneltilen eleştirilere rağmen, 2010'da, 5982 sayılı Kanun'un, Anayasa Mahkemesi'yle, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na, üye seçme usulünü değiştiren hükümleri üzerinde de, esas yönünden denetim yaparak iptal kararı vermiştir. 5982 sayılı Kanun, gerek Anayasa Mahkemesi, gerek Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na, üye seçme yetkisine sahip olan kişilere, tek bir oy hakkı kullanma olanağını sunmaktadır. Yüksek Mahkeme ise, gerek Anayasa Mahkemesi'ne, gerekse Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na, üye seçiminde oy verme hakkına sahip olanların, tek bir oy kullanabilmelerini, aynı gerekçelerle, Anayasa'ya aykırı bularak, iptal sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre,

“Bazı adaylar açısından seçmenlere oy kullanma hakkı tanınmayarak sonuçları seçmen iradesini yansıtmaktan uzak olan bir seçim usulünün demokratik olmadığına kuşku yoktur. Seçmen iradesinin gerçek anlamda oya yansımını sınırlandıran, böylece oy kullananların iradesini olumsuz yönde etkileyen bu düzenlemenin hukuk devletinin temel ögesi olan bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşmasını da engelleyeceği açıktır.” (E. 2010/49, K. 2010/87, k.t. 7.7.2010)

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa değişikliklerinin esas

5 Bu eleştiriler için bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 187-188, 86-87; Zühtü Arslan, *Başörtüsü, AK Parti ve Laiklik: Anayasa Mahkemesinden İki Karar Bir Gerekçe*, Seta Analiz, Sayı 2, Ocak 2009.

yönünden denetimi konusunda, ilk kez bu yönde bir denetim yetkisinin varlığına hükmettiği, 1970'den bu yana, tutumu değişmemiştir. 1982 Anayasası 148. maddesiyle, Anayasa Mahkemesi'ne, Anayasa değişiklikleri üzerinde, sadece şekil denetimi yetkisi tanıdığı, şekil denetimini ise üç hususla sınırladığı halde, Mahkeme, bu hükmün gereğini, biri 1987'de ve ikisi 2007'de olmak üzere üç kararında dikkate almış, 2008'de ise, Anayasa değişikliklerini esas yönünden denetleyeceği şeklindeki eski içtihatlarına, geri dönmüştür. Üstelik, 2008 tarihli kararı, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın herhangi bir maddesinde yapılan en küçük bir değişikliği dahi, ilk üç maddeyle ilişkili görerek denetleyebileceğini göstermektedir. Bu ise, geçmiş tecrübeler dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri üzerinde, daha da sınırlayıcı anayasa değişiklikleri yapılabileceği endişesini uyandırmaktadır. Gerçekten, 1961 Anayasası döneminde, Yüksek Mahkeme'nin anayasa değişikliklerini, esas yönünden denetleyebileceği yönündeki, 1970 tarihli içtihadı, 1971'de, Mahkeme'nin anayasal yetkilerinin sınırlandırıldığı bir değişiklikte sonuçlanmıştır. Bu değişikliğe rağmen, Mahkeme'nin tutumunu sürdürmesi, 1982 Anayasası'nın 148. maddesiyle, yetkilerin daha da açık olarak sınırlanması sonucuna yol açmıştır. 1982 Anayasası'nın 148. maddesinin açık hükmü karşısında, 2008 ve 2010'da, anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetlenmesi, gelecekte Mahkeme'nin yetkileri üzerinde, daha da sınırlayıcı değişikliklerin olabileceğini akla getirmektedir ki, böyle bir senaryo, Anayasa yargısı'nın, kendisinden beklenen işlevi yerine getirmesini engelleyecek, olumsuz sonuçlara yol açabilecektir.

2. Yüksek Mahkeme'nin Laiklik İlkesinin Tanımı Yönünden Değişen Tutumu

Anayasa Mahkemesi'nin, kuruluşundan başlayarak, yarım asır boyunca, laiklik ekseninde verdiği kararların önemli bir kısmı, hukuka uygunlukları yönünden, tereddüt uyandırmaktadır. Bu nedenle, Yüksek Mahkeme'nin laiklik ilkesi temelinde verdiği kararlar, akademik ve siyasi çevrelerde güçlü eleştirilere konu olmuştur. Mahkemenin laiklik ilkesi bağlamında verdiği kararların, tartışma yaratmasındaki asıl faktör, bu ilkenin dayatmacı modelinin, kararlara hakim olmasıdır.

Öğretide, laikliğin dayatmacı ve pasif olmak üzere, iki modelinin mevcut olduğu kabul edilmektedir.⁶ Ergun Özbudun'un ifade ettiği gibi, dayatmacı laiklik anlayışı, "kökleri aydınlanmacı ve pozitivist felsefede olan, devlete toplumu laikleştirme misyonunu yükleyen, dinin kamusal görünürlüğünü (public visibility) bireysel vicdanlar ve mabetlerle sınırlandırmayı amaçlayan kapsayıcı bir ideoloji, adeta sivil bir din" olarak tanımlanabilir. Pasif laiklik

6 Uygulamadaki örnekler üzerinde yaptığı karşılaştırmalı incelemeler sonucunda, laikliğin, farklı iki modeli olduğu tezini ilk kez savunan görüşleri için bkz. Ahmet T. Kuru, *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye*, İstanbul, 2011, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

S. Yazıcı: Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü

anlayışının temeli ise, “devletin din olgusu karşısında tarafsız bir konum alması, değişik inanç grupları karşısında eşit mesafede durması ve ayırım yapmaması, belli bir dinin kurallarını kamu gücünü ve kamu kaynaklarını kullanarak toplumun tümüne dayatmaya kalkışmaması ve kamu düzenini koruma amacı dışında dinin kamusal görünürlüğüne müdahale etmemesidir.”⁷

Anayasa Mahkemesi’nin, gerek norm denetimi yaptığı kararlarında, gerekse siyasi partilerin kapatılması istemiyle açılan davalarda, dayatmacı laiklik anlayışını, oldukça katı bir biçimde benimsediği görülmektedir. Örneğin Mahkeme, Yüksek Öğretim Kurumlarında başörtüsüne serbesti tanımak üzere, 2547 sayılı kanuna eklenen Ek 16. madde’yi, Anayasa’nın 2. Maddesinde yer alan laiklik ilkesine aykırı görerek iptal ettiği kararında, bu dayatmacı laiklik anlayışından esinlenmiştir.⁸ Mahkemeye göre,

“Lâiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir. (...) Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanım-lansa, değişik tanım ve yorumları yapılsa da, gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretide de paylaşılmaktadı. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. (...) Lâik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim, aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece, siyasal yaşamın dayanağı bilim ve hukuk olur. Düşünce ve inanç alanlarının ayrılması dinin kutsallığına en uygun durumdur. Dünya işlerinin hukukla, din işlerinin de kendi kurallarıyla yürütülmesi ilkesi, batı demokrasilerinin dayandığı temellerden birisidir.” (AYM E. 1989-1, K. 1989-12, t. 7.3.1989)

Aynı kararında mahkeme, 1961 Anayasası’nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, laiklik temelinde verdiği önceki kararlarına atıfla, bu ilkenin dayandığı esasları aşağıdaki gibi özetlemiştir. Mahkemeye göre,

“a) Dinin devlet işlerinde etkili ve egemen olmaması,

b) Dinin, bireyin manevî yaşamına ilişkin olan dini inanç bölümünde, aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir özgürlük tanınarak dinlerin anayasal güvence altına alınması,

c) Dinin, bireyin manevî yaşamını aşarak toplumsal yaşamı etkileyen eylem

7 Ergun Özbudun, “Laiklik ve Din Hürriyeti”, *Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler*, Der. Ece Göztepe, Aykut Çelebi, İstanbul, 2012, Metis Yayınları, s. 172.

8 2547 sayılı Kanuna 3511 sayılı kanunla eklenen Ek 16. Madde şöyledir: “Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.”

Haşim Kılıç'a Armağan

ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenliğini ve yararını korumak amacıyla sınırlamalar yapılması ve dinin kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklanması,

ç) Kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla, dinsel hak ve özgürlükler konusunda devlete denetim yetkisi tanınması, lâiklik ilkesinin gereği olarak anlaşılmaktadır.” (AYM E. 1989-1, K. 1989-12, t. 7.3.1989)

Mahkemenin, laikliğin dayatmacı modelini benimsemesi, pek şaşırtıcı değildir. Çünkü bu anlayış, özünde, cumhuriyetin kuruluş sürecine de hâkim olan, aydınlanmacı/pozitivist modernleşme düşüncesiyle, birebir örtüşmektedir. Mahkemenin, 2547 Sayılı Kanuna Eklenen Ek 16. maddeye ilişkin kararından aktaracağımız ve pek çok kararında da tekrarlanan kısa bölüm, bu tespiti doğrulamaktadır. Mahkemeye göre,

“Çağdaşlaşmayı hızlandıran ve Türk Devrimi’nin kaynağı olan lâiklik ilkesi toplumun akıl ve bilim dışı düşüncelerle yargılardan uzak kalmasını amaçlar. Böylece Devlet, bilimsel gereklerle uygun biçimde, kurumlaşmış, hukukla düzenlenmiş, karşılıklı saygı, hoşgörü ve anlayışa katkıda bulunan lâiklik, ulusal birliği sağlamıştır. Düşünce ve inanç özgürlüğü, kişileri ve toplum kesimlerini birbirine güvenle bağlayan uluslaşmayı sağlayan, ulusal dayanışmayı da güçlendiren özgür düşünce, özgür inanç, çağdaş uygarlığa yönelik ulusal yaşamda önemli bir aşamadır. Lâikliğin, insana, dine saygısı, dini kendi yerinde tutan anlayışı, akla, bilime, sanata, çağdaş yönetim biçimine ve tüm uygar gereklerle kapıyı açmıştır. (...) Genelde bir tür düşün ve anlayış biçimi, dünya görüşü sayılan bu ilke, “ümme”ten, “ulus”a geçmenin itici gücü olmuştur. Bu yolla dogmatik değerlerin yerine akılcı ve insancıl değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır. (...) Böylece bölünmeler durmuş, iç barış sağlanmış, yurttaşlar, ulus bilinciyle, Türkiye Cumhuriyetini kuran Türk Ulusı’nun bireyleri olmuşlardır. Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü lâiklikten almış, milliyetçilik ilkesi lâiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi lâiklikle anlam kazanmıştır. (...) Lâiklik, dinselikle bilimselliği birbirinden ayırmış, özellikle dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır. Gerçekte lâiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye’nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir, insanlık idealidir. (...) Lâik devlette, kutsal din duyguları politikaya, dünya işlerine, hukuksal düzenlemelere kesinlikle karıştırılamaz. Bu tür düzenlemeler, dinsel gerekler ve düşüncelerle değil, bilimsel verilerden yararlanılarak kişi ve toplum gereksinimlerine göre yapılır.”

Bu uzun tespitlerin ardından Mahkeme, Yükseköğretim kurumlarında başörtüsüne serbestlik tanıyan kuralın, Anayasa’ya aykırı olduğu sonucuna

S. Yazıcı: Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü ulaşmıştır. Mahkemeye göre,

“...incelenen kural, kamu kuruluşlarından sayılan yükseköğretim kurumlarındaki bayanların giyimlerini düzenlerken, dinsel gereklerle uygunluğu nasıl olursa olsun, başörtüsü kullanımına dinsel inanç nedeniyle geçerlik tanımakla, kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmak suretiyle lâiklik ilkesine aykırılık oluşturmuştur. Dinsel kurallardan arındırılmış, akla ve bilime dayanan, dinsel inancı kişilerin vicdanlarına bırakan lâik devlette, hukuk düzeninin dinsel gereklerle sağlanıp sürdürülmesibenimsenemez.” (AYM E. 1989-1, K. 1989-12, t. 7.3.1989)

Anayasa Mahkemesinin, bu laiklik anlayışı, Yüksek Mahkemenin, norm denetimi yaptığı çeşitli kararlarında⁹ ve laiklik ilkesinin ihlaline dayanan, siyasi partilerin kapatılması davalarında,¹⁰ tekrarlanmıştır. Yüksek Mahkemenin bu tutumu, Ergun Özbudun tarafından haklı olarak, yargısal aktivizm örnekleri şeklinde değerlendirilmiştir.¹¹

Anayasa Mahkemesi, bu dayatmacı laiklik anlayışını, yükseköğretim kurumlarında türbana serbestlik tanımak amacıyla, Anayasa’nın 10. ve 42. Maddelerini değiştiren, 5735 sayılı kanunu, esas yönünden denetlediği kararında da, muhafaza etmiştir. Mahkemeye göre,

“Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen laik Cumhuriyet ilkesi, egemenliğin ulusa ait olduğu, ulusal irade dışında herhangi bir dogmanın siyasal düzene yön vermesine olanak bulunmadığı, hukuksal kuralların dinsel buyruklar yerine demokratik ulusal talepler esas alınarak aklın ve bilimin öncülüğünde kabul edildiği, çoğunluk ya da azınlık dinine, felsefi inançlara veya dünya görüşlerine mensup olup olmadıklarına bakılmaksızın, din ve vicdan özgürlüğünün ayrımsız ve önkoşulsuz olarak herkese tanındığı ve anayasada öngörülenin ötesinde herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığı, dini veya din duygularının kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklandığı, devletin tüm işlem ve eylemlerinde dinler ve inançlar karşısında eşit ve tarafsız davrandığı bir cumhuriyeti öngörmektedir. (...) Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararın-

9 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun kimi maddelerini değiştiren ve kimi maddeler ekleyen 1327 sayılı Kanun’un 9. maddesinin din hizmetlerine ilişkin II. bendinin iptali isteminin reddine ilişkin 21.10.1971 günlü, 53/76 sayılı (E. 1970/53, K. 1971/76, 21/10/1971); Türk Ceza Kanununun 163. maddesinin iptaline ilişkin istemi reddeden 3.7.1980 günlü, 19/48 sayılı (E. 1980/19, K. 1980/48, 3/7/1980); Türk Ceza Kanunu’nun değişik 175 ve 176. maddelerinin iptaline ilişkin 4.11.1986 günlü, 11/26 sayılı (E.1986/11, K. 1986/26, 4/11/1986); Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 61. maddesindeki “...dini...” sözcüğünün iptaline ilişkin 2.2.1996 günlü, 15/5 sayılı kararlar (E. 1995/25, K. 1996/5, 2/2/1996).

10 Milli Nizam Partisi’nin kapatılmasına ilişkin karar (E.1971/1, K. 1971/1, 20.5.1971); Huzur Partisi’nin kapatılmasına ilişkin karar (E.1983/2, K. 1983/2, 25.10.1983); Refah Partisi’nin kapatılmasına ilişkin karar (E.1997/1, K.1998/1, 16.1.1998), Fazilet Partisi’nin kapatılmasına ilişkin karar (E.1999/2, K. 2001/2, 22.6.2001); AKP’nin kapatılması istemiyle açılan davada verilen karar (E. 2008/1, K. 2008/2, 30.7.2008).

11 Özbudun, a.g.e, 2012, s. 190-191.

Haşim Kılıç'a Armağan

da ayrıntılı olarak açıklanan laiklik ilkesi düşünsel temellerini Rönesans, Reformasyon ve Aydınlanma dönemlerinden alır. Çağdaş demokrasilerin ortak değeri olan bu ilkeye göre, siyasal ve hukuksal yapı, dogmalardan arındırılarak akılcılığı ve bilimsel yöntemleri esas alan katılımcı demokratik süreçlerin ürünü olan ulusal tercihlere dayanır. Bireylerin anayasal özgürlüklerinden inanç, din, mezhep veya felsefi tutum nedeniyle ayrımsız yararlandığı, akılcılığı esas alan bir süreç olan aydınlanma koşullarının sağlandığı toplumlarda laik ve demokratik değerler özümseir, siyasal, sosyal ve kültürel yaşam da buna bağlı olarak evrensel değerlerin egemen olduğu çağdaş bir görünüm kazanır. Laikliğin bu işleviyle toplumsal ve siyasal barışı sağlayan ortak bir değer olduğu açıktır. Bireylerin özgür vicdani tercihlerine dayanan ve sosyal bir kurum olan dinler, siyasal yapıya egemen olmaya başladıkları veya ulusal irade yerinesiyasal yapının hukuksal kurallarının meşruiyet temelini oluşturdukları anda toplumsal ve siyasal barışın korunması olanaksızlaşır. Hukuksal düzenlemelerin katılımcı demokratik süreçle ortaya çıkan ulusal irade yerine dinsel buyruklara dayandırılması, birey özgürlüğünü ve bu temelde yükselen demokratik işleyişi olanaksız kılar. Siyasal yapıya egemen dogmalar öncelikle özgürlükleri ortadan kaldırır. Bu nedenle çağdaş demokrasiler, mutlak hakikat iddialarını reddeder, dogmalara karşı akılcılıkla durur, dünyayı dünyanın bilgisiyle açıklayabilecek toplumsal ve düşünsel temelleri yaratır, din ve devlet işlerini birbirinden ayırarak, dini siyasallaştırmaktan ve yönetim aracı olmaktan çıkarır.” (AYM E. 2008-16, K. 2008-116, t. 5.6.2008)

Mahkeme, bu açıklamaların ardından, 5735 sayılı kanunun Anayasa'nın 10. ve 42. Maddelerinde yaptığı değişikliklerle, yükseköğretim kurumlarında türbana serbestlik tanıyan kuralı, Anayasa'nın laiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Mahkeme'nin laiklik temelinde verdiği önceki kararlar dikkate alındığında, 5735 sayılı kanun hakkında verdiği bu karar, pek şaşırtıcı olmamıştır. Bu karar açısından eleştiriye değer asıl husus, yukarıda değindiğimiz gibi, Yüksek Mahkeme'nin Anayasa'nın 148. Maddesinde yer alan açık kurala rağmen, bir Anayasa değişikliğini, esas yönünden denetlemiş olmasıdır. Bu karar yönünden, üzerinde durulması gereken bir başka önemli husus ise, Mahkemenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, *Leyla Şahin-Türkiye* ve *Refah Partisi-Türkiye* kararlarıyla, *Dablah-İsviçre* gibi kararlarına atıfta bulunmasıdır.¹² Böylece Mahkeme, laiklik temelinde verdiği bu kararın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına uygun olduğu mesajını vermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının, AIHM içtihatlarına atıfta bulunduğu bölüm şöyledir:

¹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin din hürriyeti temelinde verdiği kararlara ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. Zühtü Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, Ankara, LDT & Avrupa Komisyonu, 2005.

S. Yazıcı: Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 4. Dairesinin 29.6.2004 tarihli ve Büyük Dairenin 10.11.2005 tarihli Leyla Şahinkararlarında, sözleşmecî devletlerin dinsel sembollerin kullanımına ilişkin düzenlemeleri söz konusu olduğunda takdir hakkının geniş olduğunu, bu konuyla ilgili kuralların ulusal geleneklere bağlı olarak bir ülkeden diğerine değişiklik arz etmesi ve “başkalarının haklarını koruma”nın ve “kamu düzeni”nin gerekleri konusunda Avrupa’nın ortak bir anlayışı bulunmamasının bunu zorunlu kıldığını, başörtüsünün yasaklanmasının Türkiye’nin koşulları dikkate alındığında “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” ile “kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması” bakımından demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. 15.2.2001 tarihli Dahlab-İsviçre kararında türban taktığı için ilköğretim kurumlarında öğretmenlik yapması engellenen öğretmenin başvurusunu reddederken, türbanın cinsiyetler arası eşitlik ilkesiyle bağdaşması güç olan dini bir simge olduğunu, buna izin verilmesinin diğer dinlerin giyim sembollerinin de kullanımını beraberinde getireceğini, okullarda devletin tarafsızlığını tehlikeye düşüreceğini ve yasaklamanın altında önemli bir kamu yararının bulunduğunu, sonuç olarak öğretim faaliyetinde başörtüsü takma yasağının başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin korunması amacıyla orantılı ve demokratik bir tedbir olduğunu ifade etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 3. Dairesinin 31.7.2001 ve Büyük Dairenin 13.2.2003 tarihli Refah Partisikararlarında da başörtüsü takma özgürlüğünün başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması gereğiyle çatışması durumunda sınırlanabileceğini, laiklik ilkesine saygı gösterilmemesi şeklindeki bir tutumun sözleşmeden yararlanamayacağı, üniversitelerde çoğunluğa mensup dinin gereklerini yerine getirmeyen ya da başka dinlere mensup öğrenciler üzerinde baskı kurulmasını engelleyecek önlemlerin sözleşmeye uygun olduğu, laik üniversitelerde çeşitli inançlara mensup öğrencilerin barış içinde bir arada yaşamalarını ve dolayısıyla da kamu düzeni ve başkalarının inançlarının korunmasını teminen söz konusu dine ilişkin ritüel ve sembelleri sergilemenin yeri ve şeklini belirleme hususunda sınırlamalar öngörülebileceği kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gözetildiğinde, Anayasa’nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan düzenlemenin, yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.” (AYM E. 2008-16, K. 2008-116, t. 5.6.2008)

Anayasa Mahkemesinin verdiği kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadlarıyla gerekçelendirmesi, Türkiye’nin 1954’ten itibaren sözleşmeye taraf olduğu, 1987’de bireysel başvuru hakkını tanıdığı, 1989’da ise, AİHM iç-

tihatlarının bağlayıcılığını kabul ettiği düşünöldüğünde, hukuken doğru bir tutumdur. Üstelik, Anayasanın, uluslararası antlaşmaların hukuki statüsünü düzenleyen 90. Maddesinde, 2004'te yapılan değışiklik, Anayasa Mahkemesi dahil olmak üzere, tüm mahkemelere, AİHM içtihatlarına uygun karar verme yükümlüğünü yüklemektedir. Bu değışikliğe göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlöklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." Burada, üzerinde durulması gereken önemli bir husus, Türkiye'nin taraf olduğı uluslararası antlaşmalarla, AİHM içtihatlarının, sadece özgürlöklere sınırlayan yargı kararlarını meşrulaştırmak için değil, aynı zamanda özgürlük alanlarını genişleten, bunların güvencelerini güçlendiren kararlara da, gerekçe oluşturabilmesidir. Nitekim, aşağıda göröleceğı gibi, Anayasa Mahkemesi, 6287 Sayılı Kanunun çeşitli hükümlerini laiklik ilkesi yönünden incelediğı 2012 tarihli kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına, özgürlöklere alanını genişletmek amacıyla atıfta bulunmuştur. Benzer şekilde, Mahkeme, Anayasa'nın 148. Maddesinde, 2010'da yapılan değışiklikle bireysel başvuru hakkının tanınmasından sonra, bu çerçevede yapılan başvurular üzerine, AİHS hükümlerini ve AİHM içtihatlarını titizlikle uygulamıştır. Böylece Mahkeme, bu kararlarıyla başta AİHS hükümleri ve AİHM içtihatları olmak üzere, insan haklarını koruyan uluslararası düzenlemelerin, kararlarına esas oluşturacağı konusunda, geleceğe dönük bir umut uyandırmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, uzun yıllar boyunca muhafaza ettiğı dayatmacı laiklik anlayışını, 2012 yılında -kamuoyunda 4+4+4 olarak adlandırılan- 6287 Sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değışiklik Yapılmasına Dair Kanun'a ilişkin olarak verdiğı kararında, önemli ölçüde değışirmiştir. Yüksek Mahkeme, sözü geçen kanunun, çeşitli hükümlerinin, laiklik ilkesini ihlal ettiğı gerekçesiyle açılan davada, iptal istemini reddederken, bundan böyle, pasif laiklik anlayışını benimsemekte olduğı izlenimini uyandırmaktadır. Mahkemeye göre,

"Laiklik, bireyin ya da toplumun değil, devletin bir niteliğidir. Laikliğin tarihsel gelişimi incelendiğinde, din olgusuna yönelik yaklaşım farklılıklarına bağli olarak, kavramın iki farklı yorumu ve uygulamasının bulunduğı görölmektedir. Bunlardan, katı laiklik anlayışına göre din, bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgudur. Laikliğin daha esnek ya da özgürlöklü yorumu ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğı tespitinden yola çıkmaktadır. Bu laiklik anlayışı, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsedmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır. Laik bir

S. Yazıcı: Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü

siyasal sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir. (...)

Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak, bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir. Laiklik, devletin din ve inançlar karşısında tarafsızlığını sağlayan, devletin din ve inançlar karşısındaki hukuki konumunu, görev ve yetkileri ile sınırlarını belirleyen anayasal bir ilkedir. Laik devlet, resmî bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dini inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir. Devletle dinin ayrılığı, din ve vicdan hürriyetinin bir gereği olmanın yanında, dinin siyasi müdahalelerden korunması ve bağımsızlığını sürdürmesi için de gereklidir. Farklı dini inançlara sahip olanlar ya da herhangi bir inanca sahip olmayanlar laik devletin koruması altındadır. (...) Devlet, din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleştirileceği ortamı hazırlamak için gerekli önlemleri almak zorundadır. Bu anlamda laiklik, devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Negatif yükümlülük, devletin bir dini ya da inancı resmî olarak benimsememesini ve bireylerin din ve vicdan hürriyetine zorunlu nedenler olmadıkça müdahale etmemesini gerektirmektedir. Pozitif yükümlülük ise devletin, din ve vicdan hürriyetinin önündeki engelleri kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkânları sağlaması ödevini beraberinde getirmektedir.”

Böylece Anayasa Mahkemesi, kurulduğu tarihten bu yana, kararlılıkla sürdürdüğü dayatmacı laiklik anlayışını geride bırakarak, laikliğin daha özgürlükçü yorumunu içeren, pasif laiklik anlayışını kabul etmiş olmaktadır. Öte yandan Mahkeme, bu kararında, uluslararası hukuka, önceki kararlarından farklı olarak, din hürriyeti ile bu hürriyetten mülhem olan hakların alanını genişletmek amacıyla atıf vererek, bir yeniliğe daha imza atmıştır. Mahkemeye göre,

“AİHM’nin tespitlerine göre, Avrupa Konseyine üye inceleme konusu 46 ülkeden 43’ü devlet okullarında öğrencilere din dersleri sunmaktadır. 46 ülkeden 26’sında bu eğitim zorunlu dersler arasındadır. Ancak, bu zorunluluğun biçim ve derecesi ülkelere göre değişmektedir. Bazı ülkeler, din derslerini mutlak olarak zorunlu tutarken, diğerleri ise bu derslerden muafiyetlere ve alternatif derslerin alınmasına imkân tanımaktadır. (Hasan ve Eylem Zengin/ TÜRKİYE, Başvuru No: 1448/04, K.T: 09.10.2007, par. 30’34) (...) Buna göre, dava konusu kural, devletin din eğitimi konusunda üstlendiği pozitif yükümlülüğün bir gereğidir. Kuralla getirilen isteğe bağlı seçmeli derslerin, kişilerin kendi isteği ve küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebi kapsamın-

Haşim Kılıç'a Armağan

da sağlanacak olan din eğitim ve öğretiminin gereği olduğu açıktır. (...) Sonuç olarak, Anayasa, dini hizmetleri toplumsal bir ihtiyaç olarak görmekte ve devlete bu ihtiyaçların karşılanması yönünde yükümlülükler yüklemektedir. Anayasa'nın 24. maddesinde din eğitimi ve öğretiminin devletin gözetim ve denetimi altında yapılmasına dair düzenleme de bunu göstermektedir. (AYM E. 2012-65, K. 2012-128, t. 20.9.2012)

Bu açıklamalar, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşundan başlayarak, 2012 yılına gelinceye kadar, laikliğin dayatmacı anlayışını benimsediğini göstermektedir. Böylece Mahkeme, yarım asır boyunca, gerek norm denetimi yaptığı, gerekse siyasi partilerin kapatılmasına hükmettiği kararlarında, dayatmacı laiklik anlayışından hareketle, doğal olarak, yasakçı bir zihniyete yönelmiştir. 2012'de verdiği kararında ise Mahkeme, laikliğin pasif modelini esas almak suretiyle, bunun doğal sonucu olarak, özgürlükçü bir zihniyete yönelmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu içtihat değişikliğinde, laiklik ekseninde verdiği önceki kararlara, akademik çevrelerden yükselen eleştirilerle, bu kararların, ülkenin sosyolojik gerçekleriyle bağdaşmamasının rol oynadığı söylenebilir. Şüphesiz, Yüksek Mahkeme'nin üye kompozisyonunda ortaya çıkan değişiklik de, laikliği esas alan kararlardaki bakış açısının değişmesinde, önemli bir etkiye sahip olmuştur. Mahkeme'nin, gelecekteki kararlarında, laikliğin liberal yorumunu benimseyeceğini iddia etmek içinse henüz erken olup, Yüksek Mahkeme'nin bu yönde birkaç karar daha vermesini beklemek gerekecektir.

3. Yüksek Mahkeme'nin Kamu Yararı Kavramı Yönünden Değişen Tutumu

Kanunların Anayasa'ya uygunluk denetiminde, en problematik alanlardan biri, amaç unsuru yönünden yapılan denetimdir. Kural olarak, bütün kamu hukuku işlemlerinin, kamu yararı amacına yönelmesi gerekir. Bu nedenle, kanunların da, kamu yararı amacıyla yapılması zorunludur. Ne var ki, bir kanunun, hangi hallerde kamu yararı amacına yöneldiğini veya bu amaçtan saptığını tespit etmek, kolay değildir. Bu nedenle, kanunların, aksi kanıtlanmadıkça, kamu yararına yöneldiği karinesinden hareket etmek gerektiği söylenebilir. Ancak, kanunun içeriğinden, gerekçesinden, meclis görüşmelerinden, o kanunun özel bir amaçla, duygusal nedenlerle yahut sadece belirli bir kesime menfaat temini amacıyla çıkarıldığı anlaşılıyorsa, o takdirde, amaç unsuru yönünden kamu yararına yönelmediği gerekçesiyle, iptal hükmü verilebilecektir. Buna karşılık, yasama organının kamu yararı anlayışı ile Anayasa Mahkemesi'nin kamu yararı anlayışının farklı olması nedeniyle kanunun, amaç unsuru yönünden iptal edilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin kendi kamu yararı anlayışını, yasama organına dayatması ve onun takdir yetkisine müda-

S. Yazıcı: Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü
hale etmesi anlamına gelecektir.¹³

Konunun hassasiyetine değinen Erdoğan Teziç de kanunun, kamu yararına yönelip yönelmediği yönünden yapılacak denetimin, yol açabileceği tehlikelere işaret etmektedir. Yazara göre, “*Kanunun amacı, Anayasada belirtilen amaçlara uygun olup, kısaca, “Kamu Yararı” olmalıdır. Yasama organındaki çoğunluk, bir kanunu, sadece kendi politik çıkarlarını korumak amacıyla yapmamalıdır. Ne var ki, kanunların Anayasa’ya uygunluğunda amaç unsurunun değerlendirilmesi, “Yargıçlar hükümetine” yol açabilecek en elverişli unsur oluyor. (...) Kamu yararı kavramının, hukuki olmaktan çok, siyasi ve ideolojik bir niteliği vardır. (...) Kanaatimizce, Mahkemenin, kanunda kamu yararı olup olmadığını denetlemesi, Anayasa yargısıyla bağdaşmamaktadır. Zira, kanun koyucunun politik tercihlerini değerlendirmek, Anayasa Mahkemesinin görevi dışındadır. (...) Anayasa Mahkemesi, amaç unsurunu değerlendirirken, “Kamu yararı” kavramına, ancak, kanun koyucunun bir kanunu kamu yararı amacıyla mı yoksa başka bir amaçla mı yaptığı konusunda başvurmalıdır. Anayasa Mahkemesi, “Kamu yararı” kavramına başvururken çok hassas ve dikkatli davranmalıdır. Aksi halde, yerindelik (opportunité) denetimi yapan bir organ durumuna düşebilir.*”¹⁴

Türk Anayasa Mahkemesi, kanunları kamu yararı unsuru yönünden denetlediği kararlarının bir kısmında, yasama organının takdir yetkisine müdahale ettiği izlenimini uyandırarak, yerindelik denetimi yaptığı tartışmalarına yol açmıştır. Böyle olmakla beraber, Mahkemenin kamu yararı unsuru yönünden açılan davalarda, - iptal hükmü verirken de, iptal istemini reddederken de- denetime konu olan kanunun gerekçelerini inceleme titizliğini sergilediği de görülmektedir. Mahkemeye göre, “Anayasa’nın 2 nci maddesinde tanımlandığı üzere Devletimiz bir hukuk devletidir. (...) Anayasa’nın hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması ilkesi vardır. Bu ilkenin anlamı kamu yararı düşüncesi olmaksızın başka deyimle yalnızca özel çıkarlar veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak her hangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır. Buna göre çıkarılması için kamu yararı bulunmayan bir yasa kuralı, Anayasa’nın 2 nci maddesine aykırı nitelikte olur ve dâva açıldığında iptali gerekir.” Kanunların, özel veya duygusal nedenlerle, belli bir kişiye veya gruba menfaat temini amacıyla çıkarılması, elbette, hukuk devletinin gereği olan kamu yararı amacına aykırılık oluşturacaktır. Ne var ki, münferit bir kanunla, kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği yolunda yapılacak bir denetim, kaçınılmaz olarak, yasama organının takdir yetkisine müdahale anlamına gelecektir ki, bu tür bir yaklaşım, hukukilik denetiminin sınırlarını aşarak, yerindelik denetimine yol açacaktır. Aynı kararında mahkeme, çıkarıldığı tarihte kamu yararına yönelen, ancak, daha sonra bu vasfı-

13 Özbudun, a.g.e. 2014, s.427-428

14 Erdoğan Teziç, Türkiye’de 1961 Anayasası’na Göre Kanun Kavramı, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1972, s. 114-115.

nı kaybeden bir kanunu denetleyerek, iptal edebileceğini de vurgulamıştır. Mahkemeye göre, "...çıkartıldığı zaman için kamu yararına dayanan bir kuralın, koşulların değişmesi sonucunda, kamu yararını karşılayamaz duruma geldiğinde dahi iptali gerekir." Böylece mahkeme, denetlemekte olduğu normun da, kamu yararına yönelik olma vasfını kaybettiğinden bahisle, iptali gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre, "...kuralın konulduğu gündeki kamu yararı düşüncesi artık geçerli bulunmadığından bu kural Anayasa'nın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine dahi aykırı bir duruma girmiştir ve bundan ötürü de iptali gerekir." (E. 1972-14, K. 1972-34, t. 22.6.1972)

Anayasa Mahkemesi'nin bu düşüncesi, ilk bakışta, yerindelik denetimine olanak tanıdığı izlenimini uyandırabilir. Ne var ki, çıkarıldığı tarihte kamu yararı amacına yönelen bir kanunun, sonradan bu vasfını kaybedebileceği görüşünde, gerçeklik payının olduğu da kabul edilmelidir. Nitekim, soyut norm denetiminden farklı olarak, somut norm denetimi, bir uyumsuzluğa uygulanacak kanunların, Anayasa Mahkemesi tarafından herhangi bir süreyle sınırlı olmaksızın, her zaman için denetlenmesine olanak tanımaktadır. Öğretide de kabul edildiği gibi, bu, somut norm denetiminin, soyut norm denetimine kıyasla, sahip olduğu bir avantajı ifade etmektedir. Böylece, çıkarıldığı tarihte Anayasa'ya aykırı olmayan veya soyut norm denetiminin yapılabileceği hak düşürücü süre içerisinde Anayasa'ya aykırılığı fark edilmeyen, ancak, zaman içinde, uygulamada Anayasa'ya aykırılığı ortaya çıkan normların, Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmaktadır. Bu durum, bir kanunun kamu yararı unsuru yönünden de geçerli olabilir. Diğer bir deyişle, kabul edildiği tarihte kamu yararına yönelen, zamanla bu vasfını kaybeden bir kanun da, somut norm denetimine konu olabilir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin, bir normun kamu yararı vasfını kaybettiği yönündeki tespitlerinin, hukukilik denetiminin sınırları içinde mi olduğu, yoksa yerindelik denetimine mi yöneldiği, her karar bakımından münferit olarak araştırılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi, 3194 sayılı kanunu, kamu yararı unsuru yönünden denetlediği kararında, önceki kararlarına atıfla, kamu yararının hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir parçası olduğunu belirtmiş, sözü geçen kanunun, 47. Maddesinin, kamu yararına aykırı olduğunu tespitle, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre,

"3194 sayılı Yasa ile getirilen değişiklikte ise; 2960 sayılı Yasadaki düzenlemeye yer alan kıyı ve sahil şeritlerinden söz edilmemekte, öngörünüm bölgesi; orman, koru, ağaçlandırma ve yeşil alanlar da dahil olmak üzere bazı sınırlandırmalarla özel yapılanmaya açılmaktadır. 2960 sayılı Yasanın 5. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, Boğaziçi alanında orman sayılmayan kamu

S. Yazıcı: Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü

kurum ve kuruluşlarına veya özel mülkiyete ait koru, koruya katılacak alan, çayır, mesire yeri, bostan ve benzeri alanların yeşil alan sayılacağı ve bitki varlıklarının geliştirilerek muhafaza edileceği, bu alanlardaki bitki varlıklarının yok edilmesi veya tahrip edilmesinin yasak olduğu belirtilmektedir. Yapılan değişiklikle öngörünüm bölgesi yönünden bu yasaklama da etkisiz hâle getirilmektedir. Bu koşullarda, 3194 sayılı Yasa ile getirilen değişikliğin “kamu yararını” gerçekleştirmek amacına yönelik olduğu kabul edilemez. (...) Yeni düzenlemenin, ne ölçüde kamu yararını gerçekleştirmeğe yönelik olduğu meselesi Anayasa yargısının ilgi alanı dışında kalmakta ise de; Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında belirtildiği gibi; sözü edilen hükmün kamu yararına dayanmadığının saptanması halinde, ortaya haklı bir iptal nedeni çıkmış olacaktır. Boğaziçi Yasası ile ilgili hükümler tasarıya komisyon aşamasında eklenmiş olduğundan, bu konuda yasanın gerekçesinden yararlanmak mümkün olmamaktadır. (...) 3194 sayılı Yasanın 47. maddesi (g) fıkrasının getirdiği değişiklikle; önceden ancak toplumun yararlanmasına açık yapılar yapılmasına izin verilen Boğaziçi öngörünüm bölgesi, belli koşullarla da olsa sonuç olarak, yeşil alanları da kapsar biçimde konut inşaatına açılmış bulunmaktadır. Bu sonuç, yasa koyucunun amacının, Boğaziçi öngörünüm bölgesini kamu yararını gözönünde tutarak korumak değil, buna yeşil alanları da dahil etmek suretiyle özel yapılanmaya açmak olduğunu göstermektedir.” (E. 1985-1, K. 1986-29, t. 11.12.1986) Böylece Mahkeme, 3194 sayılı Kanunun 47. Maddesini, Anayasa’nın 2. Maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi, -23 Mart 1879 günlü, “İhtira Berati Kanunu”nun 3. maddesinde yer alan “... terkiyatı saydelaniyeye ve her nevi edviye ve mualecata ... dair layihalar için berat itası caiz olmaz” kuralının Anayasa’nın 2., 5., 10. ve 27. maddelerine aykırılığı- iddiasıyla açılan davada, kamu yararı unsuru yönünden denetim yapmayı, reddetmiştir. Mahkemeye göre, “Yasa ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemek anayasa yargısıyla bağdaşmaz. Çünkü, bir yasanın kamu yararını gerçekleştirip, gerçekleştirmediği veya ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasî tercih sorunudur ve yasakoyucunun takdirine aittir. Bu nedenle, Anayasa’nın 2. maddesine aykırılık savı yerinde değildir. İptal isteminin bu yönünden de reddi gerekir.” (E. 1994-77, K. 1995-24, t. 28.6.1995)

Benzer şekilde Mahkeme, 2012’de verdiği bir kararında da, bir kanun ile kamu yararına ulaşıp ulaşılamayacağını denetlemenin, Anayasa yargısı’nın işleviyle bağdaşmayacağını belirterek, iptal istemini reddetmiştir. Mahkemeye göre, “Anayasa’nın 2. maddesindeki ‘hukuk devleti’ ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa’ya aykırılık sorunu çözümlenirken ‘kamu yararı’ konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yal-

Haşim Kılıç'a Armağan

nızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı, bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.” (E. 2011-100, K. 2012-191, t. 29.11.2012) Bu saptama neticesinde Mahkeme, iptal istemini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin aynı yöndeki bir başka kararı ise şöyledir:

“‘Hukuk devleti’ ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Bütün kamusal işlemler, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirmek hedefine yönelmek durumundadır. Bir kuralın Anayasa’ya aykırılık sorunu çözümlenirken ‘kamu yararı’ konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun koyucunun kamu yararı amacıyla hareket edip etmediği ancak ilgili yasama belgeleri incelenerek ve kuralın objektif anlamına bakılarak tespit edilebilir. Dolayısıyla, dava konusu kuralların kamu yararı amacı gözetilmeden çıkarılmış olduğu iddiasını ispatlamaya elverişli nitelikteki kanıtların varlığından söz edilemediğinden kanun koyucunun amacının kamu yararını sağlamaya dönük olduğu anlaşılmaktadır. Somut düzenlemelerin bu amaçları etkin bir şekilde gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı yönündeki bir değerlendirme ise anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.” (E. 2011-142, K. 2013-52, t. 3.4.2013)

Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi, geçtiğimiz aylarda verdiği bir kararda da, kanunların kamu yararı amacına yönelmesinin, hukuk devleti yönünden taşıdığı önemi vurgulamakla beraber, kanunun kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığının, kanun koyucunun takdirinde olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre, “Kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kazanılmış hakları ihlâl etmemesi Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. (...) Anayasa’nın 2. maddesindeki ‘hukuk devleti’ ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa’ya aykırılık sorunu çözümlenirken ‘kamu yararı’ konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme, yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı, bunun kanun koyucunun

S. Yazıcı: Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü takdirinde olduğu açıktır. Kanun'un 1. maddesinden ve genel gerekçesinden, Kanunla, riskli yapılar fen ve sanat norm ve standartlarına uygun hâle getirilip bunların maliklerine sağlıklı ve güvenli yaşama çevreleri teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenileme uygulamaları yapılarak Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerinde Devlete yüklenen ödevlerin yerine getirilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Dava konusu kural da bu kapsamda değerlendirilmelidir." (E. 2012-87, K. 2014-41, t. 27.2.2014) Böylece Mahkeme, iptal istemini reddetmiştir.

Yukarıda ele aldığımız kararlar, Anayasa Mahkemesi'nin kanunların amaç unsuru yönünden yaptığı incelemelerde, yargısal aktivizmden kendini sınırlama (self-restraint)¹⁵ yönünde, önemli bir değişim geçirdiğini göstermektedir. Şüphesiz, hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz unsurlarından biri, kanunların kamu yararına yönelmesi, belirli kişilere, gruplara menfaat temin etmek amacıyla, kişisel ve duygusal saiklerle, çıkarılmamasıdır. Bu nedenle, bir kanunun, kamu yararına yönelmemesi, hukuk devleti ilkesi yönünden, normun denetimini ve iptalini gerektirebilir. Ancak bu noktada, anayasa yargısı yetkisini kullananların yapacakları inceleme, kanunun, kamu yararı amacına yönelip yönelmediğinin tespitinden ibaret kalmalı, diğer bir deyişle, Anayasa Mahkemesi hakimleri, kendi kamu yararı anlayışlarını, kanun koyucu organa dayatmaktan kaçınmalıdırlar. Bu yapılmadığı takdirde, Anayasa Mahkemesi'nin kamu yararı anlayışı, kanun koyucunun iradesi yerine geçecek, böylece bir yandan temsili demokrasi zaafa uğrayacak, diğer yandan da, yukarıda değindiğimiz gibi, yargıçlar hükümeti tehlikesi belirecektir. Anayasa Mahkemesi'nin, geçmişten günümüze kadar gelen kararları incelendiğinde, yukarıdaki birkaç örneğin de gösterdiği gibi, Yüksek Mahkeme, kamu yararı unsuru yönünden kendisinin yetkili olduğu ince sınırı tespit, önemli bir merhale kaydederek, hukuk devletinin gerekleriyle kendini sınırlama ilkesini birleştirmeyi başarmıştır.

4. Yüksek Mahkeme'nin Kanun Hükmünde Kararname Yetkisi Yönünden Değişen Tutumu

Anayasa Mahkemesi'nin, kanun hükmünde kararnamelerin, Anayasa'ya uygunluklarını denetlediği kararlarının bir kısmı da, Yüksek Mahkeme'nin, yetkilerini, anayasal sınırlar içinde kullanmadığı tartışmalarına yol açmıştır. Mahkeme'nin, bu yönde en bilinen kararlarından biri, kanun hükmünde ka-

15 Yargılama hukukunun iki uç örneğini oluşturan yargısal aktivizm ve kendini sınırlama kavramları konusundaki açıklamaları için bkznz. Ece Göztepe, "Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi'nin "367 Kararı" için Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt: II. (Editörler: Serap Yazıcı/Kemal Gözler/Ece Göztepe). Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s. 339-363.

rarname çıkarma yetkisinin, ancak, önemli, ivedi ve zorunlu hallerde hasredileceği biçimindedir.

Mahkeme'nin, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin sınırlarının ne olduğu konusunda, 1989'da verdiği bir karar, bir yönüyle önemli tespitler içermekte, diğer yönüyle de Anayasa'ya uygunluğu şüpheli ifadelerle yer vermektedir. Bu karara göre,

"Anayasa'nın, bir konunun yasayla düzenleneceğini öngördüğü durumlarda, o konu KHK ile ilgili özel hüküm olan 91. maddesinin sınırlaması dışında kalmadıkça ya da 163. maddede olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe KHK ile düzenlenebilir. Anayasa'nın genelde yasayla düzenlemeyi öngörmesi, ayırık kural olan 91. maddeyi gereksiz ve geçersiz kılamaz. Yasa ile KHK'nin hukuksal yapıları, nitelik ve oluşum yöntemleri ayrı olsa da Anayasa, 91. maddesiyle açıkça KHK ile düzenlemeye olur vermiştir. Anayasa'nın 12-40. maddeleriyle 66-74. maddelerinin öngördüğü yasayla düzenleme yolu, 91. maddeyle korunarak bu konularda KHK de çıkarılamayacağı kolaylığı getirilmiştir. Bu durum karşısında, Anayasa'nın yasayla düzenleme yapılacağını öngören her maddesini, mutlak ve yalnız yasa çıkarılmasını gerektiren bir zorunluluk sayıp KHK'yi sakıncalı bulmak, 91. maddeyi bunlar dışında geçerli görmek olanaksızdır. (...) Anayasa'nın bir maddesinin yasayla düzenleneceğini öngördüğü bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça, ya da KHK ile düzenlenemeyeceği Anayasa'da özel olarak belirtilmedikçe KHK ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırı değildir." Kararın bu kısmı, gerçekten, Yüksek Mahkeme'nin, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin sınırlarının ne olduğunu, Anayasa'nın çeşitli hükümlerini bütüncül bir yaklaşımla doğru olarak yorumladığını göstermesi bakımından, önemlidir. Ne var ki Mahkeme, bu tespitler yanında, aynı kararında şu ifadelerle de yer vermektedir: "TBMM tarafından Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisinin ancak önemli, zorunlu ve ivedi durumlarda verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da bu izlenimi verecek biçimde güncelleştirip sık sık bu yola başvurulmaması Anayasa koyucunun amacına, kuşkusuz, daha uygundur." (E. 1989-4, K. 1989-23, t. 16.5.1989)

Görüldüğü gibi Mahkeme, bu kararında, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin, ancak, önemli, ivedi ve zorunlu hallerde kullanılması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme, bu tespitlerini, daha sonraki kararlarında da tekrarlamıştır. Mahkemeye göre,

"Anayasaca verilen KHK çıkarabilme yetkisinin; kendine özgü ve ayırık bir yetki olduğu anlaşılmaktadır. Bu yetki kullanılırken yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da bu izlenimi verecek biçimde güncelleştirilip sık sık bu

S. Yazıcı: Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü

yola başvurulmamalıdır. Anayasa'nın 87. ve 91. maddelerinde "yetkinin devrinden" değil, verilmesinden söz edilmektedir. Ayrıca, 91. maddenin sekizinci fıkrasına göre, 'yetki yasaları ve bunlara dayanan kanun hükmünde kararnameler, TBMM Komisyonları ve Genel Kurulunda öncelik ve ivedilikle görüşülecektir. Anayasanın, görüşülmesinde bile "öncelik ve ivedilik" aradığı KHK çıkarma yetkisinin, Anayasa'nın yukarıda açıklanan kuralları dikkate alınarak yerine getirilmesinde zorunlu bulunan, belli usullere göre yasa çıkarmaya zamanın elvermemesi gibi ivedi durumlarda kullanılması gerekir. Sonuç olarak, yasama yetkisi genel ve aslibir yetkidir, bu yetki TBMM'-ne aittir, devredilemez. KHK'ler, unsurları Anayasa'da belirlenen yetki yasalarına göre çıkarılır ve işlem görürler, ayrı durumlarda içindirler ve bağlı bir yetkinin kullanılması yoluyla hukuksal yaşamı etkilerler. Bu kararnameler, ancak, ivedilik isteyen belli konularda, kısa süreli yetkili yasalarına dayanılarak çıkarılabilirler. (...) KHK uygulamasının yaygınlaştırılması, yetki yasalarına, kullanılma süreleri uzatılarak süreklilik kazandırılması ve hemen her konuda KHK'lerle yeni düzenlemelere gidilmesi, ivedilik koşuluna uyulmaması yasama yetkisinin devri anlamına gelir. Böylece, üç kamu erki arasındaki denge bozulur, yürütme organı yasama organına karşı üstün bir duruma gelir. Bu durum Anayasa'nın yukarıda açıklanan maddelerine aykırı düşer. (...) Uzun bir süre için yürütmeye, kesintisiz yetki verilmesi, yasama yetkisinin devri niteliğindedir. Bu uygulama Anayasa'nın 7. maddesiyle bağdaşamaz. Kaldı ki, Anayasa'nın 91. maddesinde öngörülen, yetki yasalarının ve bunlara dayanan KHK'lerin TBMM Komisyonları ve Genel Kurulunda öncelikle ve ivedilikle görüşülmesi kuralı, bu yetkinin, ancak öncelikle ve ivedi işlerde ve belirli bir sürede kullanılmasını gerekli kılar. Yetki süresinin sürekli uzatılması Anayasa'nın 91. maddesine de uygun düşmez." (E. 1988/64, K. 1990/2, t. 1.2.1990)

Mahkeme'nin, benzer nitelikteki bir başka kararı ise şöyledir: "Anayasa Mahkemesi'ninkonuya ilişkin kararlarında da vurgulandığı gibi TBMM tarafından önemli, zorunlu ve ivedi durumlar dışında ve yasama yetkisinin devri niteliğindeBakanlar Kurulu'nun yetkilendirilmemesi gerekir. Yasama yetkisinin herhangi bir nedenle ve sınırlı da olsa devri olanaksızdır." Öte yandan Mahkeme, aynı kararında, KHK çıkarma yetkisinin, çok uzun bir süre için verilmesini de, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına aykırı bulmaktadır. Mahkeme'ye göre,

"Anayasa'ya göre yetki yasası, Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin süresini de göstermek zorundadır. Bu zorunluluk TBMM'nin yetkilerini çok uzun bir süre yürütme organına vermekten alıkoymaktadır. Ancak bu sürenin ne kadar olacağı Anayasa'da belirtilmemiştir. Fakat sürenin, KHK kurumunun Anayasahukukuna getiriliş gerekçesine uygun olarak kısa olması gerekir. Bakanlar Kurulu'na çok uzun süreli yetki verilmesi, koşullu ve süreli bir yetki verilme-

Haşim Kılıç'a Armağan

sine olanak tanıyan Anayasa'nın aşılarak yasama yetkisinin devri anlamına gelebilir. Bakanlar Kurulu'na uzun sürelibir yetki verilmesi istisnanın olağan duruma dönüşmesine ve yasama yetkisinin devrine yol açar ki, Anayasa'nın 7. maddesi ise buna olanak vermez. (...) yürütme organına KHK çıkarma yetkisinin verilmesi sınırlar aşıldığında yasama yetkisinin devri niteliğindedir. (...) ayrıca yetki, KHK kurumunun Anayasa'ya getiriliş amacına uygun olarak önemli, zorunlu ve ivedi durumlara ilişkin bulunmadığı ve uzun süreli olduğu takdirde 7. madde ile çelişir ve yasama yetkisinin devri sonucunu doğurur.” (E. 1988/62, K. 1990/3, t. 6.2.1990)

Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin sınırlarının ne olduğu konusunda, 20 yılı aşkın bir süre boyunca muhafaza ettiği, önemlilik, ivedilik, zorunluluk kavramlarına dayanan içtihadını da değiştirmiş, 2012'de verdiği bir kararıyla, kanun hükmünde kararnameler üzerindeki denetim yetkisinin sınırlarını, yeniden tayin etmiştir. Mahkemeye göre,

“Bir başka Anayasa'ya aykırılık iddiası ise, yetki yasası ve buna bağlı olarak KHK'ler çıkarılmasını gerektiren acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun bulunmadığına ilişkindir. Dava konusu yetki yasasıyla çıkarılması için izin verilen KHK'ler olağan kanun hükmünde kararnamelerdir. Bu tür KHK'lerin çıkarılabilmesi için acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olması gerektiğine dair Anayasa'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu itibarla, yetki kanunlarının ve KHK'lerin Anayasa'ya uygunluğunun incelenmesinde Anayasa'da öngörülme-yen yeni şartlar ihdas edilmesi mümkün olmadığı gibi, neyin “önemli”, “ivedi” ve “zorunlu” olduğuna Anayasa'ya uygunluk denetimi yapan yargı organının karar vermesi de bu organın işlevine uygun değildir. Ayrıca bu kavramların sübjektif nitelik taşıdığı ve göreceli olduğu da açıktır. Bu nedenle, yetki yasası ve buna bağlı olarak KHK çıkarılmasını gerektiren acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olup olmadığının incelenmesi, Anayasa'da öngörülen çerçevenin dışına taşacak ölçüde bir denetim yapılması anlamına gelebilecektir. Oysa yetki yasaları üzerindeki denetimin, Anayasa'da öngörülen çerçevenin sınırları içinde kalması gerekir. Bu nedenle, KHK çıkarılması için yetki verilen konunun acil, ivedi, önemli ve zorunlu olup olmadığının incelenmesine gerek görülmemiştir.” (E. 2011/60, K. 2011/147, k.t. 27.10.2011)

Görüldüğü gibi Mahkeme, yukarıda aktardığımız kararlarında, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin, sık sık kullanılmaması gerektiği, ancak, önemli, ivedi ve zorunlu hallere özgü olduğu sonucuna ulaşmıştır. Oysa, Anayasa'nın 91. Maddesi incelendiğinde, bu maddede, Anayasa Mahkemesi'nin, kararlarında tespit ettiği kavramların, yer almadığı görülmektedir. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararname çıkarma

S. Yazıcı: Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü

yetkisinin sınırlarını tespit ederken, 91. Maddeye, içtihat yoluyla yeni kavramlar eklemiş olmaktadır. Bu ise, daha önceki çalışmalarımda belirttiğim gibi, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmayan bir tutum olmak yanında, 1982 Anayasasının 153. Maddesinin 2. Fıkrasına da aykırıdır.¹⁶ Bu hükme göre, "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez." Bu hüküm dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararnamelerin, önemli, ivedi ve zorunlu hallerde çıkarılabileceğini, bu yetkinin, sık sık kullanılmaması gerektiğini tespit eden kararlarında, Anayasa koyucu gibi davranmış olmaktadır.

Ne var ki, parlamento çoğunluğunun, kanuni düzenleme yapmak yerine, sürekli olarak kanun hükmünde kararname çıkarmayı tercih etmesi, parlamenter demokrasinin gerekleri düşünüldüğünde, savunulabilecek veya desteklenebilecek bir tutum da değildir. Gerçekten, bir konuyu kanunla değil de kanun hükmünde kararnameyle düzenlemek ve bu tutumu asıl kural haline getirmek, özünde yasama organını etkisiz kılmak, bu suretle muhalefeti bypass etmek anlamına gelecektir. Bilindiği gibi, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi, Anayasa'nın ve yetki kanunun ön gördüğü sınırlar içerisinde Bakanlar Kurulu tarafından kullanılmakta, bu süreç, doğası gereği olarak, kamuya açık olmaksızın cereyan etmektedir. Buna karşılık, kanun yapma yetkisi, gerek komisyonlarda gerekse Genel Kurul'da muhalefet partilerinin katılımıyla kamuya açık olarak gerçekleşmektedir. Böylece, kanunun yapımı süreci, hükümet tasarılarıyla başlasa dahi, bu süreçte, muhalefet partileri belirli ölçülerde yer alabilmekte, aleniyet unsuru dolayısıyla, kamuoyu ve tüm ilgililer, kanunun içeriği konusunda, görüş ve eleştirilerini dile getirebilmektedir. Bu sayede, kanunun yapımı sürecinde, parlamento çoğunluğu ve onun içinden çıkan hükümet, tek başına tayin edici bir faktör olmamaktadır. Bütün bu nedenlerle, parlamento çoğunluğunun, yürürlükteki kanunları, kanunlarla değiştirmek veya kaldırmak yerine, kanun hükmünde kararname yolunu tercih etmesi, her şeyden önce, parlamenter demokrasiyle ve onun ayrılmaz unsurlarından olan etkin bir muhalefetin varlığı unsurlarıyla bağdaşmayacaktır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin sınırlarını tespit eden kararlarında, bu yetkinin kullanımına, Anayasada yer almayan kavramları eklemesi, hukuken eleştirilecek bir tutum olmakla birlikte, Yüksek Mahkeme'nin, yasama yetkisinin asli bir yetki olduğu ve bu yetkinin devredilmezliği ilkesine izafe ettiği önem konusunda, haklılık payı vardır. Aksi halde, KHK çıkarma yetkisi, yasama yetkisinin yerine geçtiğinde, çoğulcu demokrasinin, çoğulcu demokrasiye veya

16 Yazıcı, a.g.e 2011, s. 233-234.

O'donnell'ın vurguladığı türden delegasyoncu demokrasiye¹⁷ dönüşme riski olacaktır.

SONUÇ

Bu açıklamalar, Anayasa Mahkemesi'nin, kuruluşundan bu yana verdiği, siyasal etkileri görece önemli olan bazı kararlarında, yargısal aktivizmden, kendini sınırlama ilkesi yönünde tedrici bir değişim sergilediğini göstermektedir. Özellikle, son yıllarda verilen kararlar, Mahkeme'nin, yerindelik denetimine yönelmekten imtina ettiği, hukukilik denetiminin sınırları içinde kalmaya özen gösterdiği biçiminde yorumlanabilir. Yüksek Mahkeme'nin tutumundaki bu değişiklik, birkaç faktörle açıklanabilir.

Bunlardan biri, kamuoyunda **"367 Kararı"** olarak adlandırılan içtihadın, Mahkeme'nin meşruiyetini ve itibarını aşındıracak güçlü eleştirilere konu olmasıdır. 2007'de verilen bu karardan sonra, Mahkeme'nin, meşruiyetini sorgulanır kılan, itibarını zedeleyen tartışmalara son vermek amacıyla, hukukiliğin sınırları içinde kalmak konusunda, daha dikkatli bir tutum sergilediği söylenebilir. Bu bakımdan, **"367 Kararı"**, sadece Türkiye siyaseti yönünden değil, aynı zamanda, Mahkeme'nin, hukukun üstünlüğünün bekçisi olmak istikametinde geçirdiği değişim yönünden de adeta bir dönüm noktasını oluşturmuştur.

İkinci faktör, 2010 Anayasa değişikliği ile, bireysel başvuruları inceleme yetkisinin Mahkeme'ye tanınmasıdır. Bu değişiklik üzerine, bizzat Mahkeme Başkanı ve üyelerin girişimleriyle, bireysel başvuruların, AİHS hükümleri ve AİHM içtihatlarına uygun olarak karara bağlanmasını amaçlayan, özel çalışmalar yapılmıştır. Böylece, Mahkeme üyeleri, çeşitli konuları, AİHM hâkimleri ile yerli ve yabancı akademisyenlerle tartışarak, değerlendirme fırsatını bulmuşlardır. Yürütülen bu çalışmalar, kitap olarak yayınlanmıştır.¹⁸ Bu çalışmaların da etkisiyle, Mahkeme'nin, anayasa hükümlerini, daha özgürlükçü bir zihniyetle yorumlamaya yöneldiği söylenebilir. Nihayet, Mahkeme'nin üye kompozisyonunda ortaya çıkan nispi değişikliğin, sadece kararların içeriğinde değil, aynı zamanda, bu kararların yazım biçiminde de etkili olduğunu

17 Guillermo O'Donnell, "Delegative Democracy", Journal of Democracy 1 (Ocak 1994); Delegasyoncu demokrasinin, sadece başkanlık sistemine özgü olmadığı, parlamenter demokrasilerde de görülebileceği konusundaki tespitleri için bknz. Ergun Özbudun, Contemporary Turkish Politics Challenges to Democratic Consolidation (Boulder ve Londra: Lynne Rienner Publishers, 2000), s. 151-152; Kanun hükmünde kararname ile yönetme geleneğinin delegasyoncu demokrasiye yol açtığı konusundaki açıklamaları için bknz. Serap Yazıcı, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin Bir Değerlendirme (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011), s. 85-90.

18 AİHM ve Türkiye, 10 Aralık 2010 Uluslararası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2010.

S. Yazıcı: Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü belirtmek gerekir.

Siyasal kutuplaşmaların derinleştiği, hukukun üstünlüğü, özgürlük ve demokrasi değerlerinin bir çırpıda feda edildiği son yıllarda ise Anayasa Mahkemesi, ülkenin otoritarizme savrulmasındaki tek engelleyici güç haline gelmiştir. Yüksek Mahkeme'nin, hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan haklarının korunmasında üstlendiği bu rolü, istikrarla sürdürmesi, ülkemizin demokratik çevrelerinin en önemli temennilerinden birini oluşturmaktadır.

Prof. Dr. Erdal TERCAN
(*Anayasa Mahkemesi Üyesi*)

BİREYSEL BAŞVURU SÜRESİ

Kanun koyucu, pek çok hakkın kullanılmasında olduğu gibi, bireysel başvuru hakkının kullanılması için de bir süre koymuştur. Bu süre 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un¹ 47. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu süreci biraz daha yakından incelemek istiyoruz. İnceleme konumuz bireysel başvuru süresi olduğundan, konunun daha iyi anlaşılabilmesine yardımcı olur düşüncesiyle, önce genel olarak bireysel başvuru hakkında, daha sonra da süreler hakkında kısaca bilgi verilmesinin yararlı olacağına inanıyoruz. Daha sonrada bu bilgiler doğrultusunda, bireysel başvuru süresinin niteliğini, işlemeye başlamasını, sona ermesini ve bazı özel hallerdeki durumları Anayasa Mahkemesinin² vermiş olduğu kararları da dikkate alarak inceleyeceğiz.

A. GENEL OLARAK BİREYSEL BAŞVURU

Bireysel başvuru hakkı ilk olarak, 12 Eylül 2010 tarihinde halk oylaması ile kabul edilen Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 148. maddesinin değiştirilmesi, 3., 4. ve 5. fıkralarda bu hakkın ayrıca düzenlenmesiyle hukukumuzda girmiştir. 5982 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile Anayasa'ya dahil edilen bireysel başvuru yolunun kabul edilme gerekçesinin bazı kısımlarında şu hususlara da yer verilmiştir: "...

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'ya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır. Bu amaçlarla yapılan değişiklikte, 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.

...."³.

- 1 Metin içerisinde "AYMK" olarak kısaltılmıştır; ayrı bir kanun ismi belirtilmeden verilen kanun maddeleri bu kanuna aittir; başka bir kanuna atıf yapılıyorsa, ilgili kanunun ismi ayrıca belirtilmiştir.
- 2 Anayasa Mahkemesi için bundan sonra AYM kısaltması kullanılacaktır.
- 3 www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497ek1, (erişim tarihi: 04.12.2014).

Böylece, AYM'nin görevleri arasına pek çok ülkede olduğu gibi⁴, bireysel başvuruların karara bağlanması görevi de girmiştir.

Anayasa'nın bireysel başvuruyu düzenleyen 148. maddesinin 3., 4. ve 5. fıkraları şu şekildedir. *“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir. – Bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılmaz. – Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”*

Anayasa'mızdaki bu düzenleme esas alınarak AYMK'la(m.45-51) bireysel başvuru yolu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Keza, 12 Temmuz 2012 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün'de de konuya ilişkin hükümler bulunmaktadır.

AYMK'un 76. maddesi gereğince bireysel başvuruyu düzenleyen 45 - 51. maddeler 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir

Bireysel başvurunun, Anayasa'da yahut AYMK'da tanımı yapılmamıştır. Ancak, m 45, I'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.”* hükmüne yer verilmiştir. Benzer hüküm Anayasa m. 148, III'de de yer almaktadır. Bu hüküm, aslında bireysel başvuru kurumunu açıkça tanımlamamakla birlikte, tanımda yer alması gereken unsurların büyük bir kısmını ihtiva etmektedir.

Anayasa m. 148, III hükmünün gerekçesinde şu şekilde bir tanıma yer verilmiştir: *“Bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti, kamu gücü tarafından, temel hak ve özgürlükleri ihlâl edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanmaktadır.”* Doktrinde yapılan bazı tanımlar ise şu şekildedir: *“Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri yasama, yürütme veya yargı organlarının işlemleri tarafından ihlâl edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanabilir”*⁵. Bir diğer tanım: *“Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlâl edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanabilir”*⁶. Bir başka tanım ise şu şekildedir: *“Bireysel başvuru, bazı koşulların gerçekleşmesi hâlinde bireylere anayasal haklarının korunması amacıyla,*

4 Örneğin Arnavutluk, Ermenistan, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bosna Hersek, Hırvatistan, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Gürcistan, Almanya, Macaristan, Letonya, Lihtenştayn, Malta, Karadağ, Polonya, Sırbistan, Slovenya, İspanya, İsviçre, sınırlı bir dereceye kadar, Kıbrıs, Makedonya ve Slovakya.

5 Kılınc, : Federal Almanya'da Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Yolu, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu, 26 Kasım 2010, Eskişehir 2011, s. 90.

6 Atasoy, Hakan: Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, Sayı:9, Nisan 2012, s.72.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

genellikle idare ve yargının işlemlerine karşı, anayasa yargıcının müdahalesini isteyebilme imkânını veren istisnai, olağanüstü bir yargı yoludur"⁷. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Bireysel başvuruyu, kimlerin başvurabileceğini, başvurunun konusunu, amacını, nereye başvurulabileceğini dikkate alarak, Anayasa m. 148, III ve AYMK m. 45, I hükmü çerçevesinde şu şekilde tanımlamak mümkündür: Bireysel başvuru, bireylerin, Anayasada düzenlenmiş temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller) kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlâl edilmesi halinde, bu ihlâlin giderilmesi için Anayasa Mahkemesine başvurabilme yetkisi tanıyan olağanüstü bir kanun yoludur.

Bireysel başvuru hakkı da, diğer kanun yollarına başvuru hakkında olduğu gibi bir süreye bağlanmıştır. AYMK'un 47. maddesinin 5. fıkrasında bireysel başvuru süresi düzenlenmiş ve şöyle denilmiştir: "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 başvuruçunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder." Benzer hüküm, İctüzük m.64'de de kabul edilmiştir.

Bireysel başvuru için süre tayin edilmesini öngören AYMK m. 47, 5 için şu gerekçeye yer verilmiştir: "Bireysel başvurunun kişisel ve güncel bir temel hak ihlalinin ortadan kaldırılmasına yönelik bir anayasal kurum olması, başvuruların belli bir sürede yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bireysel başvurunun gerçek bir güvence teşkil edebilmesi, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılabilir nitelikte olmasıyla yakından ilintilidir. Bu nedenle başvurunun, kanun yollarını tüketen nihai işlemin başvuruçuya tebliğ edildiği tarihten veya kanun yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten başlayarak otuz gün içinde yapılması öngörülmüştür".

B. GENEL OLARAK YARGILAMA HUKUKUNDAKİ SÜRELER VE ÇEŞİTLERİ

Süreler⁸, diğer hukuk alanlarında, olduğu gibi, anayasa hukukunda da çok önemli sonuçlar bağlanmıştır. Bu durum özellikle, taraflar için getirilen usulî süreler açısından daha da belirgindir. Anayasa yargılama hukukunda da, diğer yargılama hukuklarında olduğu gibi, yargılamanın sürüncemede kal-

7 Sağlam, Musa: Bir Hak Arama Yolu Olarak Bireysel Başvuru: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu, 26 Kasım 2010, Eskişehir 2011, s. 29.

8 Medeni usul hukukunda sürelerle ilişkin olarak aşağıda yapılan açıklamalar, Tercan, Erdal: Medeni Usul Hukukunda Kesin Sürelerin Kaçırılması hâlinde Eski hâle Getirme, Ankara 2006, s.37 vd.dan alınmıştır.

maması, usul ekonomisine uygun olarak kısa süre içinde bitirilebilmesi için hem ilgililer, hem de AYM için süreler tayin edilmesi gerekmiştir. Nitekim, bu amaçla, AYMK'da da, bir işlemin geçerli ve kendisinden beklenen etkiyi doğuracak şekilde yapılabilmesi için, ilgili taraf hakkında genellikle bir süre tayin edilmiştir. Bu şekilde, süreler öngörülmezsizin, bir dava süreci düşünülemez. Usul hukuku, belirtildiği gibi süreler öngörerek, aslında maddi hukuka göre hakkın, bir an önce gerçekleşmesine hizmet etmektedir.

Usule ilişkin bir sürenin geçirilmesi ile, o süre içinde yapılması gereken usulî işlemi yapma hakkı sona erer⁹. Herhangi bir kusur olmaksızın, süresinde yapılmayan (veya süreye uyulmadığı için geçersiz olarak yapılan) işlem, kendisinden beklenen hukuki etkiyi, sonucu doğurmaz.

Süreye uymamakla, ilgili işlemi yapma hakkının sona ermesi yaptırımı, süreler uyulmasını ve buna bağlı olarak, taraflarca işlemlerin zamanında ve geçerli olarak yapılmasını sağlama amacına hizmet etmektedir.

Hak arama özgürlüğü, Anayasa ile teminat altına alınmıştır. Ancak, Kanun koyucu, mahkemeye giden yolda, etkin bir hukuki koruma açısından, uygun, gerekli ve yerine getirilebilir olduğu ölçüde, bazı engeller koyabilir. Bununla birlikte, bu engeller, hak arama özgürlüğünü engelleyecek şekilde ve taraflardan yerine getirilmesi beklenemeyecek ölçüde ağır olmamalı ve abartılmamalıdır. Mahkemeler, usul kurallarını yorumlarken, aynı şekilde, etkin bir hukuki koruma sağlanması amacına dikkat etmelidirler; ilgililerin hak arama özgürlüklerini, kendilerinden beklenilemeyecek ölçüde, gerçekten haklı olmayan sebeplerle güçleştirmemelidirler.

İnceleme konumuz, bireysel başvuru süresi olduğundan ve bu sürenin daha iyi anlaşılabilmesi, niteliğinin belirlenebilmesi açısından, konu ile doğrudan ilişkisi olması nedeniyle, yargılama hukukundaki sürelerle kısaca değinmek yararlı olacaktır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, bireysel başvuru süresi, medeni usul hukukundaki taraflar için belirlenen sürelerle de paralellik arzettiğinden, bu alandaki süreler esas alınarak açıklama yapılacaktır. Nitekim AYMK 'un 49. maddesinin 7. fıkrasında "*Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hallerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır*" denilmiştir. Bu hüküm açısından bireysel başvuru süresi hakkında ilgili usul kanunu olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) taraflar için belirlediği sürelerle ilişkin hükümlerin dikkate alınması uygun olur.

Anayasa'mızın 141. maddesinin 4.fıkrasına göre "*davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir*". Keza, HMK m. 30'a göre de "*Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütül-*

9 Buna Alman hukukunda "Praeklusionsprinzip" denilmektedir.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

mesini ve gereksiz gider yapılmasını sağlamakla yükümlüdür". Görüldüğü gibi, gerek Anayasa m.141, gerekse HMK m.30 davaların mümkün olduğunca çabuk ve ucuz bir şekilde sonuçlandırılmasını istemektedir. Buna kısaca usul ekonomisi ilkesi de denilmektedir. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6 gereğince, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak da, yargılamanın makûl bir sürede¹⁰ bitirilmesi gereklidir.

Bütün bu nedenlerle, davanın mümkün olan en kısa süre içerisinde sonuçlandırılması bir zorunluluktur. Davaların en kısa süre içerisinde sonuçlandırılması, sürüncemede kalmaması için ilgili usul kanunları, ilgililer ve mahkemeler için süreler tayin etmiştir¹¹. Bu şekilde, kanunlar tarafından hem mahkemeler için, hem de özellikle ilgililer için süre tayin edilmesinde amaç, davanın mümkün olduğu kadar kısa bir süre içinde karara bağlanmasının sağlanmasıdır¹². Gerçekten, davaların en kısa süre içinde sonuçlandırılmasında, davanın taraflarının menfaati olduğu gibi, toplumun da yararı vardır. Çok uzun süren bir dava sonunda verilen karar, doğru bile olsa, tarafları tatmin edemeyebileceği gibi, etkin bir ibret (örnek) rolünü de tamamen ifa edemez ve bu sebeple kamuoyunda iyi bir etki bırakmaz. Nitekim, dilimize yerleşmiş olan *"geciken adalet, adalet değildir"* özdeyişi, bütün bu durumları veciz bir şekilde ifade etmektedir. Bu itibarla, yapılacak usul işlemlerinin fazla uzaması, davaların sürüncemede kalmaması için, belli bazı sürelerin konulması zorunluluğu doğmuştur¹³.

Süre, konumuz açısından *"dava ile ilgili bir işlemin yapılması amacıyla, mahkeme veya ilgililer için, kanun tarafından veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak hakim veya ilgili şahıs tarafından tayin olunan belirli bir zaman dilimidir"* şeklinde tanımlanabilir¹⁴.

Süreler, HMK'nun 90-94. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Süreler, nitelikleri bakımından ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bunlar: 1- Taraflar için konulmuş süreler, 2 – Mahkemeler için konulmuş sürelerdir¹⁵.

10 Adil yargılanma hakkı dört unsurdan oluşmaktadır: 1- Kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma, 2 - Makul süre içinde yargılanma, 3 – Aleni yargılanma, 4 – Hakkaniyete uygun olarak yargılanma. (Pekcanitez, Hakan: Medeni Yargıda Adil Yargılama: İz BD 1997/2, s.39 vd.

11 Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24.B, Ankara 2013, s.713 vd.; Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s.974; Yılmaz, Ejder: Hukuk Davasında Hâkimin Verdiği Kesin Mehlın Hakkı Kısıtlaması: SÜHFD, 1988/1, s.220.

12 "Kaldı ki kesin önel dâvanın bir an önce sonuçlanmasını sağlamaya yönelik bir tedbir olup..." 19. HD 16.11.2000, 4688/7825 (YKD 2001/6, s.886-887).

13 Yılmaz s.220.

14 Tercan s.38.

15 Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, 6.B., İstanbul 2001, s.5432 vd.; Kuru – El Kitabı s.974; Yılmaz s.220; Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 12.B, Ankara 2011, s.187, 188.

HMK m. 90'a göre süreler, kanunda belirlenir veya hâkim tarafından tespit edilir. Öncelikle HMK m.90 ve devamındaki hükümler, taraflar için öngörülen sürelerle ilişkindir. Taraflar için ne kadar süre belirleneceğini Kanun koyucu ya doğrudan doğruya Kanun'da belirlemiştir ya da kanunun verdiği yetkiye dayanarak hâkim tarafından belirlenmesini kabul etmiştir¹⁶.

Kanun koyucu bazı hallerde, ilgililerin uymaları gereken süreyi, doğrudan doğruya kendisi belirlemiştir. Örneğin, HMK m. 345'de istinaf süresi 2 hafta, m.361, 1'de temyiz süresi 1 ay, AYMKm. 47, 5'de bireysel başvuru süresi 30 gün olarak kabul edilmiştir.

Kanun tarafından belirlenen süreler kesindir (HMK m.94). Kanunda gösterilen istisnai haller dışında hakim kanunen belirlenen süreleri artıramaz veya eksiltemez (HMK m.90, 1). İlgili, mutlaka kanun tarafından belirlenen süre içinde gerekli işlemi yapmak zorundadır.

Mahkeme, kanun tarafından belirlenen kesin bir süreyi uzatsa ve ilgili de kanuni süreyi geçirdikten sonra, mahkemece kendisine tayin edilen (uzatılan) süre içinde gerekli işlemi yapsa, işlem kanun tarafından öngörülen süre içinde yapılmadığı için geçersizdir, yapılmamış sayılır¹⁷. Keza, bunun aksinin de geçerli olması gerekir. Yani mahkeme, kanun tarafından belirlenmiş kesin bir süreyi, (kanun kendisine ayrıca yetki vermediği halde) kısaltırsa, bu durum, hak arama özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelir. O nedenle böyle bir kısıtlamanın geçerli olmaması gerekir. İlgili, hakim tarafından belirlendiği (daha kısa) süre içinde işlemi yapmadığı halde, kanun tarafından belirlenen süreye uyarak gerekli işlemi yapmışsa, işlemin süresinde yapıldığı kabul edilmelidir.

Kanun dışında, hakim de taraflar için süre belirlemesi mümkündür. Bazı hallerde, Kanun koyucu, süreyi kendisi (kanunda) belirlememiş, sürenin belirlenmesini hakime bırakmıştır. Ancak, hakim tarafından taraflar için süre belirleyebileceği haller, kanun'da ayrıca belirtilen hallerdir. Bir diğer ifade ile hakim, ancak kanunun kendisine izin verdiği hallerde taraflara süre verebilir. Ayrıca, bazı hallerde, kanunda hakim tarafından süre belirlemesine ilişkin özel bir hüküm olmamakla birlikte, işlemin niteliği gereği, hâkim ilgili tarafa süre de verebilir.

Kanun koyucu, önceden standart bir süre belirlemenin yararlı olmayacağı, özellikle, somut işlemin niteliği ve tarafların durumunun dikkate alınması gereken hallerde, hakime süre belirleme yetkisi vermiştir. Kanun koyucu hakime bu şekilde süre belirleme yetkisi verirken, alt veya üst sınır belirleyebileceği gibi, böyle bir belirleme yapmadan da sürenin belirlenmesini hakime bırakabilir. Örneğin, AYMK m.39, 1'de iptal davası dilekçesinde eksiklikler varsa, bunların giderilmesi için 15 günden az olmamak üzere ilgililere süre

16 Kuru – El Kitabı s.975.

17 Kuru – HMK V s.5433.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

verilir. Keza AYMK m.47, 6 gereğince bireysel başvuru evrakında eksiklik bulunması hâlinde Mahkeme yazı işleri tarafından eksikliğin giderilmesi için onbeş günü geçmemek üzere bir süre verilir.

Hâkimin, süreyi belirlerken, tarafların özel durumunu, süre içinde yapılacak işlemin niteliğini dikkate alması ve uygun (makul) bir süre vermesi gerekir¹⁸. Olayın özelliği, tarafların ve davanın durumu, daha uzun bir süre verilmesini gerektirmesine rağmen, hakimin daha kısa bir süre vermesi, hak arama özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelebilir¹⁹.

Hakimin tayin ettiği süreler kural olarak kesin değildir²⁰. HMK m.90, 2'ye göre hakim, kendisinin tayin ettiği süreleri haklı sebeplere binaen artırabilir veya eksiltebilir.

Görüldüğü gibi, taraflar için süreler ya kanun tarafından doğrudan belirlenmekte veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak hâkim tarafından belirlenmektedir. İlgili taraf, kanun veya hakim tarafından, kendisi için belirlenen süreler içinde, hakkında süre tayin edilen işlemi yapmak zorundadır. O süre içinde yapılması gereken işlem yapılmazsa, kural olarak artık bir daha yapılamaz, o işlemi yapma hakkı sona erer. O nedenle, taraflar için belirlenen bu kesin süreler, hak düşürücü niteliktedir. O süre içinde yapılmayan işlemi yapma hakkı düşer. Nitekim, bu durum, HMK m. 94, 1'de "*kanunun belirlediği süreler kesindir*" denildikten sonra, 3. fıkrasında "*Kesin süre içinde yapılması gereken işlemi, süresinde yapmayan tarafın, o işlemi yapma hakkı ortadan kalkar*" şeklinde belirtilmiştir.

Kesin sürelerin kaçırılmasına bağlanan bu sonuçların doğması için, bir ön uyarıya veya karşı tarafın talebine yahut hakimin ayrıca karar vermesine gerek yoktur. Bu sonuçlar kanundan dolayı kendiliğinden doğarlar. Ayrıca, bu sonuçların doğması için kendisine süre verilen tarafın bir kusurunun mevcut olması veya olmamasının da bu aşamada bir önemi yoktur. Kusurun bulunup bulunmaması, sürenin kaçırılması nedeniyle eski hâle getirme yoluna başvurulduğunda etkisini gösterecektir.

Kanun tarafından ve hakim tarafından verilen kesin süreler, kural olarak hak düşürücü nitelikte olduğundan, bu sürelerle uyulup uyulmadığı hakim tarafından re'sen gözetilir²¹.

18 Bilge, Necip / Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3.B., Ankara 1978, s.306; Kuru – HMU V s.5434; Kuru – El Kitabı s.975; HGK 28.2.1968, 1-922/ 116 (ABD 1968/3, s.494); 7 HD 24.5.2005, 1659/1626 (YKD 2005/10, s.1548-1550).

19 Gören, T.: Hukukta Hakimin Tayin Ettiği Müddetler ve Hakkın Tahdidi : ABD 1970/1, s.17.

20 Yılmaz s.221; Kuru –HMU V s. 5437; Bilge/Önen s. 306; Pekcanitez/Atalay/Özekes s.188.

21 Kanun tarafından belirlenen kesin sürelerin hak düşürücü nitelikte olduğunu belirtmekte, hakim tarafından belirlenen kesin sürelerin ve taraflarca belirlenen sürelerin hak düşürücü nitelikte olup olmadığı konusuna bir açıklık getirmemektedir. Tıpkı kanun tarafından belirlenen kesin sürelerde olduğu gibi, hakim tarafından belirlenen kesin süreler ve

Yukarıda belirtildiği gibi, Kanun koyucu, bazı hallerde mahkemeler (hakimler) için de süre koymuştur. Örneğin AYMK m.39, 1 gereğince, iptal davası dilekçesinin gerekli şartları taşıyıp taşımadığının tespiti için AYM'ne on günlük süre tanınmıştır. Benzer durum AYMK m. 40, 4 gereğince itiraz dilekçeleri içinde kabul edilmiştir. Keza AYMK m. 49, 5 gereğince tedbir kararı verilmesi hâlinde bireysel başvurunun esasının incelenmesi için 6 aylık bir süre öngörülmüştür, aksi takdirde tedbirin kalkması kabul edilmiştir.

Mahkemeler için de süre belirlenmesinin nedeni, yine davanın sürüncemede kalmaması, bir an önce çözüme kavuşmasının sağlanmasıdır.

Mahkemeler için konulan süreler sadece kanun tarafından belirlenmiştir, hakimin mahkemeler için süre belirlemesi söz konusu olamaz.

Mahkemeler için konulmuş olan bu süreler, kanun tarafından belirlenmiş olmasına rağmen, hak düşürücü nitelikte değildir; o nedenle mahkemeler, daha önce yapmadıkları işlemi, süresi geçtikten sonra da yapabilirler. Mahkemelerin süresi geçtikten sonra da yapmış oldukları işlemler ve vermiş oldukları kararlar geçerlidir²². Kanunun mahkemeler için tayin ettiği süreler, taraflar için belirlenen süreler gibi, hak düşürücü nitelikte olmayıp, düzenleyici (inzibati) nitelikte sürelerdir.

C. BİREYSEL BAŞVURU SÜRESİNİN NİTELİĞİ

Süreler yukarıda açıklandığı üzere, ilgililer için ve mahkemeler için konulan süreler olarak ikiye ayrılmaktadır. AYMK m.47, 5'de bireysel başvuru için otuz günlük bir süre kabul edilmiştir (ayrıca bkz. İttüzük m.64). Bu süre ilgililer için konulmuş bir süredir. Bireysel başvuruda bulunmak için kabul edilen sürenin de amacı, yukarıda süreler için yapılan açıklamalara paralel olarak, bireysel başvuruların usul ekonomisine uygun olarak yapılması ve sonuçlandırılması, sürüncemede kalmaması, ilgililer ve kamu açısından bir an önce hukuki kesinliğin ve güvenliğin sağlanması, ayrıca ilgililere başvurularını yapabilmeleri için yeterli bir zaman bırakmak olarak belirtilebilir²³. AYM bir kararında, AİHM'ne başvuru süresine de atıf yaparak şöyle demiş-

taraflarca belirlenen sürelerin de, hak düşürücü nitelikte olduğunu kabul etmek gereklidir. (Kuru – Hmu V s.5433).

22 Kuru - Hmu V s.5454; örneğin bkz. HGK 4.2.1998, 9-840/3 (ABD 1998/3, s.127-130).

23 Şirin, Tolga: Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İstanbul 2013, s.534; Özbey, Özcan: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, 2.B., Ankara 2013, s.332; Çınar, İbrahim /Çınar, Sinan: Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi İle Bu Aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 2014, S.4, s. 283; AİHM'ne başvuru için altı aylık süre açısından bkz. Ekinci, Hüseyin /, Ali: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuruda Altı Ay Kuralı: Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Ankara 2012, s. 346.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

tir: “35. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nin 35. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, ‘Uluslararası Hukukun genel olarak kabul edilen prensiplerine göre, ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde Mahkeme’ye başvurulabilir.’ Altı ay kuralının amacı, hukukun güvenliğini artırmak ve AİHS uyarınca benzer konuların ortaya çıktığı davaların, makul süre içerisinde görülmesini sağlamak, ayrıca yetkili makamları ve diğer ilgili kişileri, uzayan süre boyunca belirsizlik altında kalmaktan korumaktır (bkz. Bulut ve Yavuz/ Türkiye, B. No. 73065/01, 28/5/2002)²⁴.

İlgililer için öngörüler süreler, doğrudan kanun tarafından konulabileceği gibi, kanunun verdiği yetkiye dayanarak hakim tarafından da tayin edilebilir. Bireysel başvuru süresi doğrudan kanun tarafından tayin edilmiştir.

İlgililer için kanun tarafından tayin edilen süreler, kesin olabileceği gibi, süre kesin olarak öngörülmemiş, hakimın kararıyla azaltılması veya artırılması kabul edilmiş olabilir. Bu açıdan bakıldığında, bireysel başvuru süresi, kesindir; daha sonra mahkeme tarafından azaltılması veya artırılması mümkün değildir. Şu halde, bireysel başvuru süresi ilgililer için kanun tarafından öngörülmüş, kesin bir süredir.

Bireysel başvuru hakkının kullanılması için kabul edilen otuz günlük sürenin kısa olduğu, daha uzun bir süre, örneğin altmış gün olmasının daha uygun olacağı yönünde görüşler vardır²⁵. Keza bir diğer görüşe göre altı ay, en azından üç aylık bir süre kabul edilmelidir²⁶. Şüphesiz, ilgililer için daha uzun bir süre kabul edilmesi, hakkın kullanımı açısından bir kolaylıktır, hakkın süre aşımı nedeniyle kullanılamama riskini azaltır. Ancak, otuz günlük süre, bireysel başvuru için, hukukumuzdaki istinaf, temyiz, karar düzeltme gibi kanun yolları için öngörülen süreler de dikkate alındığında, makul bir süre olarak kabul edilmelidir²⁷. AİHS m. 35, 1’de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (AİHM) başvuru için altı aylık süre kabul edilmiştir²⁸. AİHM’ne başvuru

24 AYM, BB (Bireysel Başvuru) No: 2013/7521, KT (Karar Tarihi):4/12/2013.

25 “Sürenin biraz daha uzun tutulması, örneğin iptal davasına paralel olarak altmış gün olarak belirlenmesi nitelikli bir dava dilekçesi hazırlamayı kolaylaştırabilir, daha soğuk kanlı düşünmeyi gerçekleştirebilir ve böylece kanunun genel amacına daha iyi hizmet edebilirdi”, Aydın, Öykü Didem: Türk Anayasa yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Gazi Üniversitesi Hukuk Fak. Der., C.XV, 2011/4, s.155; Şahbaz, İbrahim: “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar”, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti, Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) TBB, Ankara 2011, s.99; Korkmaz, Ramazan: Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, İstanbul 2014, s.110-111.

26 Şen, Ersan: Adli Tatilde Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru ve Süresi: <http://www.hukukihaber.net/m/?id=3161&t=makale> (erişim tarihi:02.01.2015).

27 Aynı yönde Ekinci, Hüseyin/ Sağlam, Musa: Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, 3.B, Ankara 2014, s.80; Özbey s.338;Ural, Sami Sezai: Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru, Ankara 2013, s.216, 217; Çınar/Çınar s.284.

28 AİHS m. 35, 1 “Mahkeme’ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir

için kabul edilen sürenin daha uzun olması, bireysel başvuru için emsal kabul edilmemelidir. Zira, bireysel başvuru bir iç hukuk yoludur, AİHM'ne başvuru ise bir uluslararası hukuk yoludur. Daha fazla zamanı gerektirmesi doğaldır. Keza, AİHM'ne pek çok farklı ülkeden başvuru olduğundan, bunların tümü için makul sayılabilecek bir süre, nispeten daha uzun olmalıdır. Ayrıca AİHM de, Hasan Uzun/Türkiye kararında, bireysel başvuru için kabul edilen otuz günlük süreyi makul bulmuştur²⁹.

Alman hukukunda da, mahkeme kararlarına karşı bireysel başvuru (anayasa şikayeti) yoluna başvurulması için bir aylık süre kabul edilmiştir³⁰. Keza İspanya'da da esas olarak yirmi günlük bir süre kabul edilmiştir³¹.

İlgililer için öngörülen kesin süreler hak düşürücü niteliktedir. Süresi içinde ilgili işlem yapılmazsa, o işlemi yapma hakkı sona erer. Bireysel başvuru süresi de hak düşürücü niteliktedir³². O nedenle, otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulmazsa, bireysel başvuruda bulunma hakkı sona erer, o hak artık (kural olarak) daha sonra kullanılamaz. Bireysel başvuru süresi, hak düşürücü nitelikte olduğundan, sürenin durması veya kesilmesi söz konusu olmaz³³.

Bireysel başvurunun süresi içinde yapılması, başvurunun kabul edilebilirlik kriterlerinden birisidir (AYMK m.48, I)³⁴. O nedenle AYM, bireysel başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığını başvurunun her aşamasında re'sen araştırır. Başvuru otuz günlük süresinde yapılmamış, süresinden sonra ya-

süre içinde başvurulabilir." Bu konuda geniş bilgi için bkz.:Ekinci/ s.345-369.

29 AİHM, Hasan Uzun/Türkiye B. NO.10755/13, Ş. 57.

"57. Aslında bireysel başvuru çerçevesinde AYM'ne başvuru koşulları Türk Yargıtay'ı için öngörülen koşullara benzemektedir ki bu koşullar için AİHM bu güne kadar belirli bir sorun tespit etmemiştir. Potansiyel başvuranlar özellikle tüm ulusal mahkemeler aracılığıyla başvuruda bulunabilmektedirler ve dolayısıyla başvuru yapmak amacıyla [Ankara'ya gelmelerine] veya karışık bir usul izlemelerine gerek yoktur. Otuz günlük başvuru süresi, ilk bakışta makul bir süredir ve ilgili şahsın başvurusunu olağan süreç içerisinde yapamaması durumunda geçerli bir mazeret sunulması hâlinde olağandışı bir durum olarak 15 günlük bir ek süre bulunmaktadır (Kanunun 47. maddesinin 5. fıkrası)."

30 "Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 93, 1'e göre, "Anayasa şikayeti başvurusu bir ay içinde yapılmak ve gerekçelendirilmek zorundadır. Süre, eğer ilgili usul hukuku kuralına göre re'sen yapılıyorsa gerekçeli kararın tebliği ya da tefhiminden itibaren başlar...". Kanun'un 93. Maddesinin 3.fıkrasına göre de anayasa şikayeti bir kanun ya da aleyhine bir kanun yolu açık olmayan bir kamu gücü işlemine karşı yapılıyorsa, kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten veya kamu gücü işleminin yapılmasından itibaren bir yıl içinde yapılabilir. Göztepe, Ece: Anayasa Şikayeti, Ankara 1998, s.81, 83.

31 İspanya'da mahkeme kararlarına karşı yapılan bireysel başvuru için, kararın tebliğinden itibaren yirmi gün, yasama organının kanun gücünde olmayan işlemleri / kararları için bunların kesinleşmesinden itibaren üç aylık süre kabul edilmiştir. Esen-Arnwine, Selin: İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu: Ankara Üniv. Huk. Fak. Der., C.52, S. 2003/4, s.261; Özbey s.335 vd.

32 Korkmaz s.122; Ermenek, İbrahim: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukukuna Yansımaları :Legal Medeni Usul ve İcra – İflas Huk. Der., 2013/9, C.9, s.25.

33 Şirin s.538; Çınar /Çınar s.286.

34 Doğru, Osman: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul 2012, s.105.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

pılmışsa, AYM böyle bir başvuruyu “süre aşımı” nedeniyle kabul edilemez bulmaktadır. Örnek:

“16. Bireysel başvurunun ön şartlarından birisi de başvuru süresidir. Süre, başvurunun her aşamasında dikkate alınması gereken bir usul hükmüdür (B. No: 2012/1075, § 18, 12/2/2013).

17. 6216 sayılı Kanun’un 47. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 64. maddesinde yer alan kurallar uyarınca, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemiş ise ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde bireysel başvurunun yapılması gerekir (B. No: 2012/1075, § 19, 12/2/2013).

18. Somut olayda, Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin Milas Sulh Hukuk Mahkemesinin kararını onadığı 25/9/2012 tarihi itibarıyla başvuru yolları tüketilmiştir. Dosya kapsamından onama kararının başvurucaya 14/11/2012 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılmakta olup bireysel başvurunun yapıldığı tarihin 18/6/2013 olduğu gözetildiğinde bireysel başvuru için öngörülen 30 günlük sürenin geçtiği anlaşılmaktadır.

19. Açıklanan nedenlerle, başvuru yollarının tüketildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılmayan bireysel başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “süre aşımı” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir”³⁵.

Ayrıca, bireysel başvurunun süresinde yapılıp yapılmamasıyla bağlantılı olarak belirtmek gerekir ki, AİHM, bireysel başvuruyu, kendisine yapılacak başvurularda iç hukuk açısından tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul ettiğinden³⁶, bireysel başvuru yoluna süresi içinde gitmek, AİHM’ne yapılacak başvurular açısından da önem arz etmektedir. Zira, Ülkemizde eğer bireysel başvuru yoluna süresi içinde başvurulmamışsa, bu takdirde başvuru daha sonra AİHM’ne gittiğinde başvurusu, süresinde iç hukuk yollarını tüketmediği gerekçesiyle kabul edilmeyecektir.

D. SÜRENİN İŞLEMeye BAŞLAMASI VE SONA ERMESİ

Bireysel başvuru süresinin işlemeye başlaması ile ilgili olarak AYM m.47, 5’de hüküm bulunmaktadır. Buna göre: “Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir”. Keza İçtüzük m. 64, 1’de de aynı yönde bir hüküm kabul edilmiştir³⁷. Bireysel başvuru süresinin başlamasına

35 AYM, BB No:2013/4328, KT:24.1.2014; aynı yönde 2103/7521, KT: 4/12/2013; 2013/2001, KT: 16/5/2013.

36 Bkz. yuk. Hasan Uzun/Türkiye B. No.10755/13, §. No:70.

37 İçtüzük’ün 64. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: Bireysel başvurunun, başvuru yollarının

ilişkin olarak kabul edilen bu özel hükmün dışında, sürelerin başlaması, hesaplanması konusunda HMK'da öngörülen hükümlerin (m.90-94) yukarıda belirtildiği üzere genel hüküm olarak burada da dikkate alınması gereklidir.

Öncelikle bir kamu gücü işlemine karşı bireysel başvuruda bulunabilmek için, o işleme karşı, başvuru yollarının tüketilmesi ve işlemin yahut kararın kesinleşmesi gerekir. Bireysel başvuruya konu edilebilen kamu gücü işlemine karşı hangi yollara başvurulur ve işlem hangi hallerde kesinleşmiş sayılır konusu, ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek kadar genişdir³⁸. O nedenle burada, bu konunun ayrıntılarına girmeyeceğiz. Ancak, bireysel başvuru süresinin daha iyi anlaşılabilmesi için, özellikle mahkeme kararları açısından kısaca belirtmek gerekirse, bir mahkeme kararına karşı bireysel başvuruda bulunabilmek için, kural olarak o karara karşı, kanunlarda öngörülen olağan başvuru yollarının, usulüne göre başvurularak tüketilmesi gerekir. Bir karara karşı itiraz, istinaf, temyiz gibi olağan kanun yolları öngörülmüşse bunların tüketilmesinden sonra, örneğin ilk derece mahkemesi kararına karşı temyiz yolu öngörülmüş ve bu yola başvurulmuşsa, temyiz sonucunda Yargıtay'ın vermiş olduğu karardan sonra olağan başvuru yolları tüketilmiş olmaktadır³⁹. Karar düzeltme de, hukuk ve idari davalar için olağan bir kanun yolu olarak kabul edilmişse de, aşağıda ayrıca değinileceği üzere AYM bireysel başvuru yoluna gidebilmek için, karar düzeltme yolunun tüketilmiş olmasını zorunlu görmemektedir⁴⁰. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki, bir karara karşı bireysel başvuruda bulunabilmek için, olağanüstü kanun yollarının, örneğin yargıla-

tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir." Bu fıkrada geçen "buna ilişkin kararın kesinleştiği" ibaresi yanlış anlaşılmalara neden olduğu için metinden çıkarılmış ve fıkra, Kanun'un 47, 5'teki hükmüne paralel hâle getirilmiştir.(RG 05.03.2014, S.28932).

38 Ekinci, Hüseyin: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak "Başvuru Yollarının Tüketilmesi" Sorunu: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, Ekim 2012, S.11, s.1 vd.

39 Bir kanun yoluna, örneğin temyiz veya karar düzeltme yoluna başvurduktan sonra, bu başvurudan feragat edilmişse, başvuru yollarının usulüne göre tüketildiğinden söz edilemez.

"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" AYM, BB No:2012/26, KT:26/3/2013.

40 Bkz. aça. G, II, 2, b.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

manın yenilenmesi gibi, o kanun yoluna başvurunun şartları mevcut olmadığı sürece, tüketilmiş olması gerekli değildir⁴¹.

Başvurucunun hukuken geçerli olmayan, süreci uzatacak nitelikte veya yararsız yollara başvurması halinde, sürenin, bu tür girişimler sonuçlandıktan sonra başlatılması ve böylece uzatılması mümkün değildir. Örneğin, temyiz yolu kapalı bir karara karşı temyiz yoluna başvurarak, Yargıtay'ın kararından sonra bireysel başvuru süresini başlatmak ve böylece otuz günlük süreyi uzatmak mümkün değildir⁴².

AYMK m.47, 5'de otuz günlük sürenin başlaması açısından her ne kadar, *"Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren"* deniliyorsa da, bu hükmü şu şekilde anlamak uygun olur: Bir işleme, özellikle bir mahkeme kararına karşı bireysel başvuruda bulunabilmek için, yukarıda belirtildiği üzere, o karar için öngörülen olağan kanun yollarının tüketilmesi ve bundan sonra o işlemin yahut kararın ilgililer tarafından öğrenilmesinden itibaren; keza bireysel başvuruya konu edilen işlem veya karar için öngörülmüş olağan bir kanun yolu yoksa, örneğin temyiz yolu kapalı olduğu için verildiği anda kesin olan kararlar⁴³ gibi, bu takdirde o kararın öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde başvuru yapılması gereklidir.

Bir görüşe göre, *"başvuru süresi başvuru yollarının tüketildiği tarihte başlar. Tüketme tarih, normal olarak, başvurucunun nihai kararı 'öğrendiği' veya 'öğrenmesi gerektiği' tarihtir"*⁴⁴. Kanaatimce, yukarıda belirtildiği üzere, bireysel başvuru süresi, kanun yollarının tüketilmesinden sonra, ilgilinin kararı öğrenmesi ile başlar; yoksa kanun yollarının şekli olarak tüketilmesinden sonra süreyi başlatmak uygun olmadığı gibi, kanun yollarının tüketilme tarihini de başvurucunun nihai kararı öğrendiği tarihi olarak kabul etmek uygun değildir.

Şu halde, otuz günlük bireysel başvuru süresinin işlemeye başlaması, hakkı ihlâl eden işlemin veya kararın, dolayısıyla hakkın ihlâl edildiğinin öğrenilmesi ile olmaktadır. Ancak bu öğrenmenin, ilgilinin, o karar hakkında yüzeysel bir bilgi sahibi olması ile sınırlı tutulmaması, işlemin özellikle kararın kapsamının ve gerekçesinin de öğrenildiğinin gözetilmesi gereklidir⁴⁵.

"21. Bireysel başvurunun, başvuru yolu öngörülme-yen durumlarda, ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekmektedir birlikte, başvuru süresinin başlangıç tarihinin belirlenememesi noktasında, başvurucunun ihlal oluşturan işlem, eylem veya kararla ilgili yeterince bilgi sahibi olması aranacaktır. Bu kapsamda,

41 Ekinci s.8.

42 Çınar/Çınar s.290.

43 Bkz. a.ş.a. G, II, 1.

44 Doğru s.105.

45 Çınar/Çınar s.286.

Haşim Kılıç'a Armağan

ilgili nihai kararın tebliğinin öngörüldüğü hallerde tebliğ tarihinin, tebliğ öngörül-meyen hallerde ise başvurucunun kararın içeriğini kesin olarak öğrenebildiği tarihin esas alınması gerekir”⁴⁶.

Bu durum, bireysel başvuruda bulunabilmek için işlemin veya kararın kapsamını ve gerekçesini bilmenin önemli olduğu hallerde ayrıca önem arz etmektedir. Zira baş-vurucudan, kararın gerekçesini öğrenmeden bireysel başvuru yoluna gitmesini bekle-mek uygun olmaz. Başvurucu, belki de gerekçeyi öğrendikten sonra, bireysel başvuru yoluna gitmeye ihtiyaç hissetmeyebilir. Ayrıca bu durum, hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olarak bilgilenme hakkı açısından da gereklidir.

İşlem veya karar ilgiliye tebliğ edilmişse, ihlâlin öğrenilmesi de işlemin tebliği ile olacağından, otuz günlük süreyi kararın tebliğinden itibaren başlatmak gereklidir.

“13. Bireysel başvurunun ön şartlarından birisi de başvuru süresidir. Süre, başvu-runun her aşamasında dikkate alınması gereken bir usul hükmüdür.

14. Bireysel başvuruların, 6216 sayılı Kanun’un 47. maddesinin (5) numaralı fık-rası ile İçtüzük’ün 64. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca, başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemiş ise ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Anayasa Mahkemesine doğ-rudan veya diğer mahkemeler yahut yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla yapılması ge-rekmektedir.

28. Somut olayda, Gümüşhane Asliye Hukuk Mahkemesinin (Tüketici Mahkemesi sıfatıyla) 31/10/2012 tarih ve E.2012/350, K.2012/506 sayılı kararı kesin olduğundan temyiz edilmeksizin taraflara tebliğden sonra 4/12/2012 tarihinde kesinleştiği mah-kemece tasdik edilmiştir. Bu durumda başvuru her ne kadar 20/1/2013 tarihinde telefonla adliye-yi arayarak anılan kararın kesinleştiğini öğrendiğini beyan ediyorsa da kararın en geç 4/12/2012 tarihinde başvuru-yu tebliğ edildiği anlaşıldığından 3/1/2013 tarihine kadar başvuru yapılması gerekirken, 4/2/2013 tarihinde yapılan başvuruda süre aşımı bulunduğu sonucuna varılmaktadır.

29. Açıklanan nedenlerle, başvuru yollarının tüketildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılmayan bireysel başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “süre aşımı” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi ge-rekir”⁴⁷.

Tebliğat, başvuru-yu yapılmış olabileceği gibi, başvuru kendisini o da-vada bir vekille temsil ettiriyorsa, vekile de yapılmış olabilir. Böyle bir davada vekile yapılan tebliğat ile de bireysel başvuru süresi işlemeye başlar⁴⁸. Vekile yapılan tebliğattan müvekkil daha sonra haberdar olsa da, süre müvekkilin

46 AYM, BB No: 2013/1582, KT: 7/11/2013; karş. aşağıda belirtilen karar (AYM, BB No:2013/1557, KT: 16.4.2013).

47 AYM, BB No:2013/1456, KT:31.12.2013; aynı yönde No: 2013/3351, KT:18/9/2013.

48 Doğru s.106.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

haberdar olduğu tarihte değil, vekile tebligat yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır⁴⁹.

Karar ilgiliye tebliğ edilmemişse bu takdirde, ilgili, hakkını ihlâl eden işlemi veya kararı bir başka şekilde öğrenmişse, süre, işlemi öğrenme tarihinden itibaren işlemeye başlar.

“16. Her ne kadar İçtüzük’ün anılan maddesinde bireysel başvuru süresinin başlangıcına ilişkin olarak ‘başvuru yollarının tüketildiği’ tarihten söz edilmekte ise de, bu ibarenin nihai kararın başvurucaya tebliğ edildiği ya da bu kararın başvurucaunun erişimine açıldığı tarih olarak anlaşılması gerekir. Aksine bir yorumla nihai kararın tarihinin esas alınması, başvurucaunun ya bu kararı öğrendiği tarihten itibaren 30 günlük süre geçmiş olacağından başvuru hakkı engellenerek hiç başvuru yapamaması ya da başvuru için az bir süre kalması nedeniyle bu hakkın kullanımının sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır”⁵⁰.

Bir diğer örnek:

“15. Başvuru konusu Manavgat Ağır Ceza Mahkemesinin 12/11/2010 tarih ve E.2009/186, K.2010/305 sayılı kararı, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 22/11/2012 tarih ve E.2012/10393, K.2012/11894 sayılı ilâmı ile onanmıştır. Başvuruca, 13/12/2012 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına 5271 sayılı Kanun’un 308. maddesi uyarınca onama kararı aleyhine itiraz yoluna başvurulması için talepte bulunmuş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 15/1/2013 tarih ve KD.2012/203545 sayılı kararı ile talebin reddine karar vermiş ve karar başvurucaya 12/2/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

16. Ceza yargılamasında tüketilmesi gereken son başvuru yolu temyiz aşaması olup, temyiz incelemesinden geçen kararlara karşı itiraz yolu, 5271 sayılı Kanun’un 308. maddesi gereğince Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınmıştır. Dolayısıyla başvurucaunun itiraz yoluna gidilmesi istemi, sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının takdirini harekete geçirmeye yönelik bir taleptir. Bu kapsamda yapılan başvurular bi-

49 “28. Başvurular hakkında suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma suçundan verilen hükmün anılan ilâmla bozulması sonrası Van 3. Ağır Ceza Mahkemesinin E.2013/9 sayılı dosyasında yeniden başlayan yargılamada, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 1/10/2012 tarih ve E.2012/7559, K.2012/10174 sayılı kararı başvurucaunun ortak müdafii Avukat Yurdakan Yıldız’a 8/2/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

29. 7201 sayılı Kanun’un 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 başlar (B. No: 2012/1075, 12/2/2013, § 24).

30. Somut olayda, başvurucaunun ortak müdafii olan vekile, başvuru konusu kararın onanmasına dair Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 1/10/2012 tarih ve E.2012/7559, K.2012/10174 sayılı ilamının 8/2/2013 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. Ceza muhakemesinde tüketilmesi gereken son başvuru yolu kural olarak temyizdir (B. No: 2013/1267, 13/6/2013, §22). Bu belirlemeler karşısında 18/3/2013 tarihinde yapılan başvuruda süre aşımı bulunduğu sonucuna varılmaktadır.” AYM, BB No:2013/1999, KT:09.01.2014.

50 AYM, BB No:2013/2001, KT: 16/5/2013.

reysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmediğinden, bu yola gidilmesinin bireysel başvuru süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.

17. Somut olayda başvuru yolları 22/11/2012 tarihinde Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin Manavgat Ağır Ceza Mahkemesinin kararını onaması ile birlikte tüketilmiştir. Dosya kapsamından bu kararın başvurucuya tebliğ tarihi anlaşılmamakla birlikte, başvurucunun en geç Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına itiraz istemiyle başvuru yaptığı 13/12/2012 tarihinde nihai kararı öğrendiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla başvuru yolunun tüketildiği tarihin, nihai kararın öğrenme tarihi olan 13/12/2012, bireysel başvuru tarihinin de 27/2/2013 olduğu gözetildiğinde bireysel başvuru için öngörülen 30 günlük sürenin geçtiği anlaşılmaktadır⁵¹.

Ceza infaz hukukunda 5275 s. K. m.20/4 uyarınca düzenlenen müddetnamenin hükümlüye tebliğ edilmesiyle birlikte, başvurucunun (hükümlünün), Yargıtay'ın nihai kararını öğrendiği kabul edilmiş ve süre bu tarihten itibaren işletilmeye başlamıştır⁵². Bir başka karara konu olan olayda da, temyiz sonucu kesinleşen mahkûmiyet kararı mahkûma tebliğ edilmemiş, daha sonra ceza-nın infazına başlanmıştır. AYM, infazın başladığı tarihte, kesinleşen kararın öğrenildiğini kabul etmiş ve bireysel başvuru süresini, infaz tarihinden itibaren işletmeye başlamıştır⁵³.

Hakkında bireysel başvuruda bulunmak istenilen karar başvurucuya veya vekiline tebliğ edilmemesine rağmen, başvurucunun veya vekilinin, o karara erişme imkânına sahip hâle geldikleri tarihten itibaren bireysel başvuru süresinin işletilmeye başlaması da kabul edilmiştir.

"24. Karar düzeltme isteminin reddi kararından sonra Mahkemece, başvurucular vekiline gönderilen tebligatta " Mahkememiz dosyası Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 26/11/2012 tarih ve E.2012/18721-23812 sayılı ilamıyla karar düzeltme talebinin reddine gelmiştir. Tebliğ olunur" şeklinde ihtar yazılmış, karar düzeltme isteminin reddine dair karar ise gönderilmemiştir. Bu tebligat, 7/1/2013 tarihinde başvurucular vekiline tebliğ edilmiştir. Başvurucular, karar düzeltme isteminin reddine dair kararın tebliğ edilmediğini, yalnızca dosyanın Yargıtaydan döndüğü bildiriminin yapıldığını, bu tür bir tebligatın yasal olmayıp yazılı yargılamada gerekçeli kararın tebliği esas olduğundan, karar düzeltme isteminin reddine dair kararın tebliğ tarihinin, hük-mü Mahkemede aldıkları tarih olan 18/2/2013 tarihi olduğunu, bu tarihten itibaren otuz günlük süre içerisinde bireysel başvuruda bulunulduğunu ileri sürmüşlerdir.

25. Başvurucular vekili, 7/1/2013 tarihinde, karar düzeltme isteminin reddine dair kararın esas ve karar numaralarını içeren tebliğ mazbatasını tebellüğ etmiştir. Başvurucular vekiline karar düzeltme isteminin reddine dair kararın aslı veya sureti tebliğ

51 AYM, BB No: 2013/1610, KT: 13/6/2013.

52 AYM, BB No:2013/2470, KT: 17/9/2013.

53 AYM, BB No: 2014/2384, KT:29/12/2014.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

edilmemişse de 7/1/2013 tarihinde, karar düzeltme isteminin reddine dair kararın ve dolayısıyla ihlâlê neden olduğu iddia edilen Mahkeme hükmüne ilişkin başvuru yollarının tüketildiğini öğrenmiştir. Otuz günlük başvuru süresi de başvuru sahiplerinin veya vekillerinin karara erişme olanağına sahip oldukları tarihten itibaren başlamaktadır. Öte yandan 1086 sayılı Kanun'un yukarıda anılan hükmüne göre, karar düzeltme isteminin sonucunun taraflara bildirilmesi yeterli olup, ayrıca karar düzeltme isteminin reddine dair kararın tebliği de gerekmemektedir”⁵⁴.

Eğer başvuru sahibinin, kararı daha önce öğrendiği veya kapsamını öğrenme imkânının ortaya çıktığı tarih anlaşılmıyorsa, bu takdirde başvuru sahibinin karardan ve kapsamından haberdar olduğunu bildirdiği tarih esas alınmakta ve süre, bu tarihten itibaren işletilmeye başlanmaktadır⁵⁵.

Ülkemizde temyiz veya karar düzeltme sonucunda verilen kararlar, özellikle ceza davalarında temyiz sonucunda verilen kararlar düzenli olarak ilgililere tebliğ edilmemesinden, bireysel başvuru süresi açısından ilgililerin mağduriyeti söz konusu olabilmektedir. Yukarıdaki kararda da görüldüğü üzere, kararın kendisi tebliğ edilmeyip, sonucu bildirildiğinde yahut ilgili sonuçtan başka şekilde haberdar olduğunda, karardan da tam olarak haberdar olduğu kabul edilip, bireysel başvuru süresi de o tarihten itibaren işlemeye başlatılmaktadır. Böyle bir durumda ilgililerin, kararın kapsamından, gerekçesinden haberdar olmaları sağlanmadan bireysel başvuru süresini işletmeye başlamak, bireysel başvurunun niteliğine uygun olmadığı gibi; başvuru genellikle süre aşımı nedeniyle kabul edilemez bulunduğundan, hak kaybına da neden olmaktadır. O nedenle, temyiz veya karar düzeltme sonucunda verilen kararların (özellikle ceza davalarında temyiz sonucu verilen kararların) ilgililere tebliğ edilmesi ve bireysel başvuru süresinin de tebliğden itibaren işlemeye başlatılması uygun olur.

54 AYM, BB No:2013/1557, KT:16/4/2013; “14. Her ne kadar ilgili Kanun ve İçtüzük’ün anılan maddelerinde bireysel başvuru süresinin başlangıcına ilişkin olarak “başvuru yollarının tüketildiği” tarihten söz edilmekte ise de, bu ibarenin nihai kararın başvuru sahiplerine tebliğ edildiği ya da bu kararın başvuru sahibinin erişimine açıldığı tarih olarak anlaşılması gerekir. Aksine bir yorumla nihai kararın tarihinin esas alınması, başvuru sahibinin ya bu kararı öğrendiği tarihten itibaren 30 günlük süre geçmiş olacağından başvuru hakkı engellenerek hiç başvuru yapamaması ya da başvuru için az bir süre kalması nedeniyle bu hakkın kullanımının sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır.

15. Başvuru konusu Banaz Sulh Ceza Mahkemesinin 24/7/2009 tarih ve E.2009/40, K.2009/322 sayılı kararı, Yargıtay 3. Ceza Dairesinin, 25/12/2012 tarih ve E.2011/38415, K.2012/45586 sayılı ilamıyla onanmıştır. Başvuru sahibi, Yargıtay onama kararından 11/10/2013 tarihinde bilgi sahibi olduğunu bildirmiştir.

16. Somut olayda başvuru yolları 25/12/2012 tarihinde Yargıtay 3. Ceza Dairesinin, Banaz Sulh Ceza Mahkemesinin kararını onaması ile birlikte tüketilmiştir. Dosya kapsamından bu kararın başvuru sahibine tebliğ tarihi anlaşılmamakla birlikte, başvuru sahibi Yargıtay onama kararından 11/10/2013 tarihinde e-devlet sistemi üzerinden bilgi sahibi olduğunu bildirdiğinden, en geç bu tarihte nihai kararın öğrendiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu durumda, söz konusu karara karşı öğrenme tarihinden itibaren otuz gün içinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun yapılmış olması gerekirken, 21/11/2013 tarihinde yapılmış olması nedeniyle başvuruda süre aşımının bulunduğu sonucuna varılmıştır.” AYM, BB No: 2013/8509, KT:28/1/2014.

55 AYM, BB No: 2013/99, KT: 20/3/2014.

Haşim Kılıç'a Armağan

Aksi takdirde, ilgililer, karardan bir şekilde haberdar olmuşlar ama kapsamından, gerekçesinden haberdar olamamışlarsa, o karara karşı yine de bireysel başvuru süresini işletmeye başlattığımızda, başvuru, gerekçeyi görmeden bireysel başvuruda bulunmak zorunda kalabilir. Bu durum, doğru olmadığı gibi, belki başvuru, yukarıda belirtildiği üzere kararın gerekçesini görünce, bireysel başvuruda bulunmaya ihtiyaç hissetmeyebilir.

AIHM'de iç hukukun kararın tebliğini öngörmediği hallerde, tarafların nihai kararın kapsamını kesin olarak öğrenebilecekleri zaman anlamında, kesinleşme tarihinin başlangıç noktası olarak esas alınması gerektiğini kabul etmektedir⁵⁶.

Bireysel başvuruda şikayet edilen kamu gücü işlemi nedeniyle doğan ihlâl devam ediyorsa, örneğin uzun yargılamada olduğu gibi, bu takdirde otuz günlük başvuru süresi de ihlâl devam ettiği sürece işlemeyecektir yahut ihlâl devam ettiği sürece, başvuru süresi devam edecektir. Böyle bir durumda ihlâl sona erdikten sonra, otuz günlük süre işlemeye başlamalıdır⁵⁷. Örneğin yine uzun yargılamada, yargılama sona erip, kanun yoluna başvurulmuşsa, buna ilişkin kararların yahut yargılamaya son veren nihai kararın tebliğinden veya öğrenilmesinden itibaren süre işlemeye başlamalıdır.

Şu halde otuz günlük bireysel başvuru süresi, başvuru hakkı ihlâl eden kamu gücü işlemini özellikle mahkeme kararını öğrenmesi ile başlamaktadır. Bu açıdan yukarıda belirtildiği üzere, başvuru yollarının tüketildiği tarih ve ihlâl öğrenildiği tarih önemlidir. O nedenle, İçtüzükte hazırlanan, matbu bireysel başvuru formunda "başvuru yollarının tüketildiği veya başvuru yolu öngörülmemişse ihlâl öğrenildiği tarih" ayrıca doldurulması gereken kısım olarak kabul edilmiştir. Başvuru, kararın tebliğine veya ihlâl öğrenildiğine ilişkin bir tarih belirtmişse, bunun ispatına ilişkin belgeleri de başvuru formuna eklemelidir. Tebliğin veya öğrenmenin iddia edildiği tarihte olduğuna ilişkin ispat yükü başvuru üzerindedir. Örneğin, kararı veren mahkeme kaleminden alınacak tebliğ alındısına ilişkin belge, bunun için yeterli olabilir⁵⁸. Başvuru bu şekilde kararın kendisine tebliğ tarihini başvuru formunda bildirmiş ise ve dosyadan da kararın başvurucuya tebliğine ilişkin ayrıca bir tarih tespit edilemiyorsa, başvuru formunda belirtilen tebliğ tarihi esas alınır⁵⁹.

Mahkeme kararına karşı bireysel başvuru yoluna gidiliyorsa, kural olarak o karara karşı açık olan kanun yollarının tüketilmesi gereklidir. Ancak etkisiz olduğu için bir kanun yoluna başvurmadan, bireysel başvuruda bulunmak isteniyorsa, bu takdirde kararın öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bi-

56 Papachelas/Yunanistan B. No:31423/96, 25/3/1999, § 30, 31 (Sağlam, Musa/Göksu, Hasan Tuna/ Baysal Mustafa : Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Ankara 2014, s.14).

57 Doğru s.106.

58 Ekinci/Sağlam s.82.

59 AYM, BB No: 2013/1267, KT: 13/6/2013.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

reysel başvuruda bulunmak gerekir.

“34. Hukuk davalarında olağan kanun yolları temyiz ve karar düzeltme yoludur. Karar düzeltme yolu kapalı, temyiz yolu açık olan bir hükmün kesinleşmesi, temyiz istemi sonunda verilen ret kararıyla veya temyiz yoluna başvurulmamişsa mahkemeye verilen kararın tebliğinden itibaren temyiz başvuru süresinin sonunda gerçekleşir. Temyiz yolu açık olan ve hukuki yarar görülmediği için temyiz yoluna başvurulmayan bireysel başvurularda 30 günlük başvuru süresinin hangi tarihten itibaren başlayacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

...

38. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün yukarıda anılan maddesinde, bireysel başvuru süresinin başlangıcına ilişkin olarak ‘başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği’ tarihten söz edilmekte ise de bu ibarenin ihlale neden olduğu ileri sürülen nihai kararın öğrenildiği tarih olarak anlaşılması gerekir. Temyiz yolu açık olan bir hükme yönelik olarak, etkili görmedikleri veya hukuki yararları olmadığı için bu yola başvurmayan başvuru sahipleri, Mahkemeye verilen kararı öğrendikleri tarihte ihlale neden olduğunu ileri sürdükleri kararı öğrenmiş olup, temyiz yoluna başvurmayarak, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkını kullanmışlarsa, buna ilişkin süreye riayet etmeleri beklenir. Her ne kadar derece mahkemesi kararı, temyiz başvuru süresi sonunda kesinleşmekte ise de başvuru sahipleri bu yola başvurmadığında, Mahkemeye verilen kararın tebliği ile ihlale neden olduğunu ileri sürdükleri kararı öğrendiklerine göre, bu tarihten itibaren 30 gün içinde başvuruda bulunmaları gerekir. Temyiz yolunu etkili bir yol olarak görmeyen başvuru sahipleri bireysel başvuruda bulunma yolunu tercih etmişlerse bireysel başvuruya ilişkin süreye riayet etmelidirler (B. No: 2013/1936, 17/9/2013, § 23).

39. Başvuruda bulunmak için hükmün kesinleşmesi şartı, başvuru yollarının tüketilmesi anlamında değerlendirilmelidir. Ancak başvuru sahipleri, etkili yol olarak görmedikleri temyiz yoluna başvurmamışlarsa, mahkemeye verilen kararın öğrenilmesinden itibaren 30 gün içinde bireysel başvuruda bulunulması gerekir⁶⁰.

HMK m.92, I ‘e göre, gün olarak belirlenen sürelerde, tebliğin veya tefhimin yapıldığı ilk gün hesaba katılmaz; süre ertesi günden itibaren işlemeye başlar. Bireysel başvuru süresi de gün olarak belirlendiğinden, ilk gün yani tebliğ veya öğrenme günü hesaba katılmaz, ertesi gününden itibaren işlemeye başlar⁶¹. Otuz günlük sürenin son

60 AYM, BB No: 2013/7521, 4/12/2013. Bu konuya aşağıda ayrıca değinilecektir; bkz. aşa. G, II, 2, b. “36. AİHM’e yapılan başvurularda ilişkin olarak, mevcut iç hukuk yolu bulunmaması veya etkin olmadıkları sonucuna varılması durumunda, altı aylık süre, şikâyetle bulunulan olay tarihinden itibaren işlemeye başlar. Başvuru sahiplerinin önce bir iç hukuk yoluna başvurdukları, ancak bu başvuru yolunu etkisiz kılacak koşulların daha sonra farkına varacakları veya varmaları gereken özel koşullar bulunabilir. Böyle bir durumda, altı aylık süre, başvuranın bu koşulların farkına vardığı veya varması gereken tarihten itibaren hesaplanabilir (bkz. Hazar ve Diğerleri/Türkiye, B. No. 62566/00, 10/1/2002)”AYM, BB No: 2013/7521, KT: 4/12/2013.

61 AİHM kararlarına göre de altı aylık süre ulusal hukuktaki nihai kararın kapsamının ve

Haşim Kılıç'a Armağan

günün mesai saati bitiminde yahut tatil saatinde sona erer.

Resmi tatil günleri de süreye dahildir. Özellikle, sürenin ilk günü veya aradaki günler resmi tatile rastlamışsa, bunun, sürelerin işlemesine ve sona ermesine bir etkisi olmaz. Resmi tatile rastlayan günler nedeniyle süre uzatılamaz. Ancak, sürenin son günü tatile rastlarsa, süre, tatili takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar uzar, diğer bir ifade ile, süre tatili izleyen ilk iş günü tatil saati sonunda sona erer. Örneğin, sürenin son günü Cumartesiye rastlamışsa, süre, Cumartesiye takip eden ilk iş günü olarak Pazartesi tatil saatinde sona erer⁶².

Anayasa Mahkemesinin adli tatile tâbi olduğu konusunda AYMK yahut başka bir kanunda hüküm yoktur. O nedenle AYM adli tatile tâbi değildir. Adli tatil süresince de AYM'ne bireysel başvuruda bulunmak mümkündür. Bu açıdan, bireysel başvurunun son günü adli tatil süresi olan 20 Temmuz- 31 Ağustos tarihleri arasına rastlasa da, süre adli tatilin bitiminden itibaren bir hafta (veya 3 gün CMK m.331) daha uzamaz; bir diğer ifade ile HMK m. 104, 1 (yahut CMK m.331) burada uygulama alanı bulmaz.

Başvuru, AYM'ne doğrudan yapılabileceği gibi, yurt içindeki mahkemeler veya Cumhuriyet savcılıkları yahut yurt dışı temsilcilikler aracılığıyla da yapılabilir. Başvuru yapılan makam, başvuru üzerine başvuruyu kabul edip, başvurucuya bir alındı belgesi verir. İşte bu tarihte, başvuru yapılmış sayılır⁶³. Otuz günlük başvuru süresi de, bu tarih esas alınarak hesap edilir. İhlâlin öğrenildiği tarih ile alındı belgesinin düzenleniş tarihi arasında otuz günlük süre dolmamış, belgenin düzenlendiği tarih otuz günlük sürenin içinde kalıyorsa, başvuru tarihine uyulmuş; aksi takdirde başvuru süresinde yapılmamış sayılır⁶⁴. Başvuru süresinde yapılmamışsa, AYM "süre aşımı nedeniyle" başvurunun kabul edilemezliğine karar vermektedir.

Başvuru formuna, başvuru veya başvuruyu kabul eden makam tarih koymuş olabilir. Başvuru formuna konulmuş olan böyle bir tarihin veya başvuru harcının yatırıldığına ilişkin harç tahsil makbuzunun üzerindeki tarihin önemi yoktur. Bu belgeler üzerindeki tarih ile alındı belgesinin tarihi farklı ise, yine alındı belgesinin üzerindeki tarih esas alınır⁶⁵.

E. SÜRENİN İNCELENMESİ

AYMK m.48, 1' göre "Bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için 45 ila 47 nci maddelerde öngörülen şartların taşınması gerekir". Yukarıda incelendiği üzere, bireysel başvuru süresi AYM m.47, 5'de düzenlenmiştir.

gerekçelerinin öğrenildiği tarihten sonraki gün başlamaktadır. (Ekinci/ s.353).

62 AYM, BB No: 2013/998, KT: 28/1/2014.

63 Çınar/Çınar s.280.

64 Ekinci/Sağlam s.80.

65 Ekinci/Sağlam s.83.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

Buna göre, bireysel başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı, bir kabul edilebilirlik kriteri olarak kabul edilmiştir⁶⁶. Bireysel başvurunun esasına girebilmek için kabul edilebilirlik kriterlerinin tümünün gerçekleşmesi gereklidir. Şu halde, bireysel başvuru süresi de, medeni usul hukukundaki dava şartlarına (HMK m.114, 115) benzer şekilde, işin esasına girebilmek için gerçekleşmesi gereken bir şarttır.

Yukarıda incelendiği üzere, bireysel başvurunun ihlâlin öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Süresi içinde yapılan başvurunun süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmez. Başvuru süresinde yapılmamışsa, süre aşımı nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilir.

Kabul edilebilirlik incelemesi komisyonlarca yapılır. Kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığına komisyonca oybirliği ile karar verilen başvurular hakkında, kabul edilemezlik kararı verilir. Oy birliği sağlanamayan dosyalar bölümlere havale edilir (m.48, III). Buna göre, bireysel başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığını iki üyeden oluşan komisyonlar inceleyip karara bağlar. Komisyon bir başvurunun süresinde yapılmadığı konusunda oybirliğine varırsa, başvurunun kabul edilemezliğine karar verir, verilen bu karar kesindir; oy birliği sağlanamazsa, dosya bölüme gönderilir ve beş kişiden oluşan bölüm bu hususu da karara bağlar. Başvurunun süresinde yapılmadığı, ön inceleme aşamasında fark edilmese dahi, komisyon yahut bölüm tarafından nihai karar verilmeden önce herhangi bir aşamada tespit edilirse, başvurunun süre aşımı nedeniyle reddine karar verilir⁶⁷.

AYMK'da, bireysel başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığının kural olarak, komisyonlarca incelenmesi öngörülmekle birlikte, İçtüzük m. 66, 3'te şu şekilde bir hüküm kabul edilmiştir: “*Başvurunun; süresinde yapılmadığı, 59 uncu ve 60 ıncı maddelerdeki şekil şartlarına uygun olmadığı ve tespit edilen eksikliklerin verilen kesin sürelerde tamamlanmadığı hâllerde Komisyonlar Başraportörü tarafından reddine karar verilir ve başvurucuya tebliğ edilir. Bu karara tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde Komisyona itiraz edilebilir. Bu konuda Komisyonların verdiği kararlar kesindir*”.

Şu halde, İçtüzük m. 65 ve 66 hükümleri çerçevesinde, başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı önce Bireysel Başvuru Bürosu tarafından incelenir. Komisyonlar Başraportörlüğü tarafından yapılan bu inceleme idari bir incelemedir. İdari yönden yapılan incelemede bir eksiklik bulunmamışsa, bu husus kararda “*Başvuru, tarihinde Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir*” şeklinde ayrıca belirtilmektedir. Yapılan incelemede başvurunun süresinde yapılmadığı tespit edilirse, başvuru

66 Çınar/Çınar s.284.

67 Çınar/Çınar s.287.

runun İktüzük m.66, 3 gereğince Komisyonlar Başrapörtörü tarafından reddine karar verilir. Komisyonlar Başrapörtörünün ret kararına karşı başvuru, kararın kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde itiraz edebilir. İtirazı komisyonlar inceler, komisyonlarca itiraz üzerine verilen karar kesindir.

Bu sürece ilişkin bir örnek:

“12. Başvurucu, bireysel başvurusu hakkında süre aşımı gerekçesiyle idari ret kararı verildiğini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına itiraz başvurusunun reddedilmesinin tebliğinden itibaren otuz günlük sürede başvuruda bulunduğunu bu nedenle idari ret kararı verilmesinin usul veya yasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

13. 6216 sayılı Kanun'un 47. Maddesinin (5) ve İktüzük'ün 66. Maddesinin (3) numaralı fıkralarında, başvurunun idari yönden reddine karar verileceği öngörülmüştür.

14 . Somut olayda başvuru, otuz günlük yasal süre içerisinde yapılmadığından 22/4/2014 tarihinde idari yönden reddedilmiştir. Başvurucu; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz yasa yoluna müracaatının reddi kararının kendilerine tebliğ tarihini esas alarak otuz günlük süre içerisinde başvuruda bulunduğunu, süre hesabında Başsavcılık tebliğini esas aldığını, idari ret kararında ise başvurunun onama karardan haberdar olunan tarihin dikkate alındığını ve bu tespiti itiraz ettiğini ileri sürmektedir.

.....

16.Başvuru konusu karar, Yargıtay Ceza Dairesinin 24/12/2013 tarihli onama kararı ile kesinleşmiş ve başvurunun onama karardan 3/2/2014 tarihinde haberdar olduğu anlaşılmıştır. Zira başvuru bu tarihte onama kararı aleyhine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına müracaat etmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru için öngörülen otuz günlük sürenin başlangıcı başvurunun onama karardan haberdar olduğu tarih olan 3/2/2014, başvuru tarihinin de 14/4/2014 olduğu gözetildiğinde bireysel başvuru için öngörülen otuz günlük sürenin geçtiği, bu sebeple başvurunun idari yönden reddedilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşılmıştır.

17. Başvurucunun itirazının değerlendirilmesi neticesinde, başvurunun süre aşımı nedeniyle idari yönden reddi kararının 6216 sayılı Kanun ile İktüzük 'e uygun olduğu anlaşılmıştır"⁶⁸.

İktüzük'ün 66. maddesi dikkate alındığında, başvurunun süresinde olup olmadığını inceleme yetkisi idari bir birim olan Komisyonlar Başrapörtörlüğüne de verilmiştir. Bu durumda AYMK m. 48, 3 ile İktüzük m. 66, 3 arasında

68 AYM BB No:2014/5352, KT: 14/10/2014.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

bir çelişki olduğu düşünülebilir mi ?Öncelikle belirtmek gerekir ki, bireysel başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı bir kabul edilebilirlik kriteri olduğundan, yargısal bir iştir; o nedenle de yargısal işlem yapma yetkisini haiz komisyon veya bölümlerce incelenmelidir⁶⁹. Nitekim AYMK m. 48, 3'de bu düşünceyle, söz konusu hususu inceleme yetkisinin komisyonlara veya bölümlere verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, başvurunun süresinde yapılmadığının açık olduğu hallerde⁷⁰, Mahkemenin işlerini kolaylaştırmak ve hafifletmek amacıyla, inceleme yetkisi önce Komisyonlar Başraportörüne verilmiştir. Komisyonlar Başraportörünün ret kararına itiraz imkânı tanındığından⁷¹ ve bu itirazı da komisyonlar incelediğinden sonuçta bireysel başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı yine yargısal bir birim olan komisyonlar tarafından değerlendirilmiş olmaktadır. Ancak, başvuru Komisyonlar Başraportörünün ret kararına karşı süresinde itiraz etmeyecek olursa, başvurusu idari bir birim tarafından süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilmiş olmaktadır.

Komisyonlar Başraportörlüğü tarafından başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı incelenmemişse yahut incelenip süresinde bulunmuş olsa dahi, kabul edilebilirlik incelemesini yapan komisyon yahut bölüm, başvurunun süresinde olup olmadığını AYMK m. 48, 3 gereğince yine de inceleyebilir ve incelemelidir. Zira kabul edilemezlik kararını vermek yetkisi ve görevi komisyonlara ve bölümlere verilmiştir. Komisyonlar Başraportörünün kararı, sadece komisyonlara veya bölüme yardımcı olmaya yöneliktir, onları bağlamaz. Komisyonlar Başraportörünün süresinde bulduğu ve o nedenle ret kararı vermediği bir başvurunun süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddine de karar verilebilir.

Komisyonlar Başraportörlüğü tarafından, süresinde yapılmadığı gerekçesiyle çok sayıda idari ret kararı verilmektedir ve bu kararlara genellikle itiraz edilmektedir. Komisyonlar Başraportörlüğünce verilen bu idari ret kararlarının Mahkemenin işlerini belirli bir ölçüde de olsa kolaylaştırdığını ve hafiflettiğini de belirtmek gerekir.

69 Bu yönde görüş için bkz. Çınar/Çınar s.299.

70 "Süre aşımı tespiti için özel bir çalışmayı gerektirmediği hallerde, başvuru süresinin incelenmesi Büro tarafından yapılmaktadır. Başka bir anlatımla açıkça sürenin geçmesinin ardından yapılmış olan başvuruların kabul edilemezliği hususunda Büro karar vermektedir". Ural s. 283.

71 İdari ret kararlarına karşı itiraz usulü için bkz. Çınar/Çınar s.300 vd.

F. BİREYSEL BAŞVURU SÜRESİNE KARŞI ESKİ HÂLE GETİRME (MAZERET NEDENİYLE SÜREYE UYULAMAMASI)

Yukarıda incelendiği üzere AYMK'da öngörülen otuz günlük bireysel başvuru süresi kesindir ve hak düşürücü niteliktedir. Süreye riayet edilmemesi hâlinde başvuru hakkı sona ermektedir. Süresinden sonra yapılan başvuru da, süre aşımı nedeniyle reddedilmektedir. Bu sonuç, başvurucunun bir mazereti olmadan süreye uymaması hâlinde haklı görülebilir. Ancak başvuru, elinde olmayan bir nedenle bireysel başvuruyu süresinde yapamamışsa, bir diğer ifadeyle, süreyi bir mazeret bir nedenle kaçırmışsa, aynı sonucu yine de kabul etmek, hak ve adalet duyguları ile bağdaşmayacağından ve aşırı şekilciliği doğuracağından, Kanun koyucu, bu durumdaki başvurucuya bir imkân daha tanımıştır. Bu amaçla AYMK m.47, 5'de *"Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvuru mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder"* şeklinde bir hüküm kabul edilmiştir. Yine İçtüzük m.64, 2 ve 3'te de bu konu düzenlenmiş ve şöyle denilmiştir: *"(2) Başvurucu mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvurusunu yapmadığı takdirde, mazeretinin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilir. Komisyonlar raporörlüğünce mazeretin kabulünün gerekip gerekmediği yönünde karar taslağı hazırlanır. Komisyon, öncelikle başvuru mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek mazereti kabul veya reddeder."*

(3) Başvurunun niteliğine uygun düştüğü takdirde mazeret ve kabul edilebilirliğe ilişkin tek bir taslak hazırlanıp bu iki husus birlikte karara bağlanabilir."

Gerek medeni usul hukukunda (HMK m. 95-104)⁷², gerekse ceza usul hukukunda (CMK m.40-42) tarafların kesin süreleri ellerinde olmayan nedenlerle kaçırmaları hâlinde eski hâle getirme yolu kabul edilmiştir. Bireysel başvuru süresinin kaçırılması hâlinde de Kanun koyucu, usul hukukundakine benzer şekilde eski hâle getirme yolunu kabul etmiştir.

AYMK m.47, 5'te "haklı mazeret" kavramına yer verildiği için usul hukukunda kabul edilen eski hâle getirme kurumu dışında bir başka hukuki kurum getirildiği söylenemez. HMK m. 95-101 arasında düzenlenen eski hâle getirme kurumu ile burada incelenen hukuki kurum farklı değildir. HMK m. 95'te "elde olmayan sebeplerle"⁷³ ifadesinden farklı olarak AYMK m.47,

⁷² Medeni Usul Hukukunda Eski hâle getirme konusunda geniş bilgi için bkz. Tercan Erdal: Medeni Usul Hukukunda Kesin Sürelerin Kaçırılması hâlinde Eski hâle Getirme, Ankara 2006.

⁷³ HMK m.95, 1 şu şekildedir: "Elde olmayan sebeplerle, kanunda belirtilen veya hakimnin kesin olarak belirlediği süre içinde bir işlemi yapamayan kimse, eski hâle getirme talebinde

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

5'te "haklı mazeret" kavramına yer verilmesinden, bireysel başvuru süresine karşı farklı bir hukuki kurumun yaratıldığı sonucu çıkarılamaz⁷⁴. AYMK m. 47, 5'te her ne kadar kabul edilen kurumun ismi açıkça "eski hâle getirme" olarak belirtilmemişse de, burada düzenlenen yol, nitelik olarak eski hâle getirme yoludur. O nedenle, AYMK'undaki ve İçtüzükteki yukarıda belirtilen özel hükümler dışında, genel hüküm olarak HMK m. 95 – 104'de düzenlenen hükümlerin uygulanması gereklidir. Bu durum, AYMK m.49, 7 gereğince Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hallerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun olan hükümleri uygulanır, şeklindeki genel hükmün de bir gereğidir.

Bireysel başvuru süresinin elde olmayan bir nedenle kaçırılması hâlinde de, süre kesin olduğundan, otuz günlük sürenin dolması ile birlikte hak sona erer. Haklı mazeretin, sürenin sona ermesine bir etkisi yoktur. O nedenle de, haklı mazeret hâlinde otuz günlük sürenin uzatıldığı söylenemez. Haklı mazeret halinde, Kanun koyucu başvurucuya eski hâle getirme hakkı tanımakta ve bu hak için tekrar yeni bir süre daha belirlemektedir. Eski hâle getirme talebi için verilen bu süre, daha önceki kaçırılan sürenin devamı niteliğinde değildir; bu açıdan otuz günlük sürenin uzatıldığı da söylenemez.

Bireysel başvuruda bulunmak isteyen kişinin, eski hâle getirme talebinde bulunabilmesi için, öncelikle haklı bir mazeret nedeniyle yani elinde olmayan bir nedenle otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunamamış olması gerekir. Bir diğer yönü ile sürenin kaçırılmasında başvurucunun kusuru bulunmamalıdır.

Eski hâle getirme talebinde bulunabilmek için başvurucunun otuz günlük süre içinde hiç başvuruda bulunamamış olması gerekir. Eğer, eksik yahut hatalı da olsa süresi için de bir başvuru olmuşsa, eski hâle getirme yoluna başvurulması mümkün olmaz.

Haklı mazeret nedeniyle bireysel başvuruda bulunamama hali, otuz günlük bireysel başvuru süresinin başlamasından önce doğmuş ve otuz gün boyunca devam etmiş olabilir. Böyle bir durumda haklı mazeretin ortadan kalkmasından itibaren onbeş gün içinde başvuruda bulunulmalıdır. Keza, haklı mazeret hâli otuz günlük süre içinde başlamış, otuz günlük sürenin son günü de devam etmişse, yine sürenin elde olmayan nedenle kaçırıldığı gerekçesiyle eski hâle getirme talebinde bulunulabilir. Buna karşılık, daha önce başlayan mazeret hali, otuz günlük sürenin dolmasından önce sona ermişse, bu takdirde eski hâle getirme talebinde bulunulamaz, geri kalan süre içinde bireysel başvuruda bulunulmalıdır. Keza, otuz günlük süre içinde haklı mazeret hâli

bulunabilir."

74 Örneğin Korkmaz (s.122) "gecikmiş başvuru" kavramına yer vermiştir.

başlamış ve sona ermişse yine eski hâle getirme talebinde bulunulamaz, haklı mazeret hâli dışındaki diğer günlerde bireysel başvuruda bulunulabilir.

Haklı mazeretin neler olabileceği konusunda İçtüzük m. 64, 2'de mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haller örnek olarak sayılmıştır. Bu haller tahdidi değildir. Nitekim hüküm de "...gibi haklı bir mazereti..." denilerek, sayılan hallerin tahdidi olmadığı belirtilmiştir.

"20. Bununla beraber İçtüzük'ün 64. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca, mücbir sebep veya ağır hastalık gibi 'haklı mazeret' nedeniyle otuz gün içinde başvuru yapılamadığı takdirde, bu durumu delillendiren belgeler ile birlikte mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içerisinde de bireysel başvuru yapma imkânı bulunmaktadır.

21. Hangi hâllerin haklı mazeret olduğunun önceden belirlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle Mahkemenin, ileri sürülen mazeretin haklı olup olmadığını her başvuruda, olayın özelliklerini dikkate alarak değerlendirmesi gerekir"⁷⁵.

Medeni usul hukukunda eski hâle getirme sebebi olarak kabul edilebilen haller⁷⁶ kanaatimce burada da haklı mazeret sayılabilir. Başvurucunun ileri sürdüğü mazeret ile, süresinde başvuruda bulunamama arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır⁷⁷.AYM kararına konu olan bir olayda, başvuru, işleri nedeniyle şehir dışında olduğu bir dönemde nihai kararın vekiline tebliğ edildiğini, nihai karardan sonradan haberdar olduğunu belirtmiş ve bu durumun mazeret olarak kabulünü istemiştir. AYM, 7201 s.K.m. 11 gereğince vekille takip edilen davalarda tebligatın vekile yapılacağını belirtildiğini, yapılan bu tebligatla kanun yolları için kabul edilen sürelerin işlemeye başladığını kabul ederek, mazereti haklı görmemiştir⁷⁸.

Bireysel başvuru temsilci aracılığı ile yapılıyorsa, kanuni temsilcinin veya kendisine vekalet verilen avukatın da haklı mazereti, eski hâle getirme için kabul edilebilir.

İleri sürülen mazeret, süresi içinde bireysel başvuru yapılmasını gerçekten engelleyecek nitelikte olmalıdır. Örneğin sağlık kuruluşunda yatarak istirahat gerektiren bir rahatsızlık, haklı mazeret olarak kabul edilmiştir.

"21.Başvurucunun ibraz ettiği 22/1/2012 tarihli doktor raporunun nöroloji uzmanınca düzenlendiği ve raporda servikal spazm ve dorsal fibromiyozit teşhisi konulduğu, 10 gün yatak istirahatinin gerekli olduğunun belirtildiği görülmüştür. Başvurucunun belge ibraz ederek ispatladığı mazereti mevzuata uygun ve kabul edilebilir

75 AYM, BB No:2012/75, KT:12/2/2013.

76 Bkz. Tercan s. 194 vd.

77 Tercan s.227 vd.

78 AYM, BB No:2012/1075, KT: 12/2/2013.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

*bulunmuştur*⁷⁹.

Buna karşılık yatak istirahati gerektirmeyen akut bronşit hastalığı haklı mazeret olarak kabul edilmemiştir.

“24. Başvurucunun avukatı, 17/7/2013 tarihinde akut bronşit hastalığı nedeniyle 10 günlük istirahatinin uygun olduğuna dair sağlık raporu aldığını ve bu durumun haklı mazeret kapsamında değerlendirilerek başvurunun süresinde yapıldığının kabullü gerektiğini ileri sürmektedir.

25. İctüzük’te, mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazeretin başvuru süresini uzatacağı kurala bağlanmış olup, bu hususlara ilişkin bir belirleme veya tanımlama yapılmamıştır.

26. Hangi hâllerin haklı mazeret olduğunun önceden belirlenmesi mümkün olmadığından Anayasa Mahkemesi, ileri sürülen mazeretin haklı olup olmadığını her başvuruda, olayın özelliklerini dikkate alarak değerlendirmektedir (B. No: 2012/1075, 12/2/2013, § 21).

27. Başvuru konusu olayda, avukat hakkında düzenlenen sağlık raporunda akut bronşit hastalığı tanısı konulduğu ve 10 günlük istirahatın uygun görüldüğü, hastalığının ağır olup olmadığı hususunda bir tespit yapılmamakla birlikte hastalığın hastane veya sağlık kuruluşunda yatarak tedavisinin yapılmasını gerektirmemesi nedeniyle yatış işlemlerinin uygulanmadığı anlaşılmıştır.

28. Başvurucunun avukatı tarafından mazeret olarak ileri sürülen hastalığına ilişkin sağlık kurulu raporunda, hastalığın ağır hastalık olduğuna dair bir tespiti yer verilmediği gibi hastane veya sağlık kuruluşlarında yatarak tedavisinin yapılması yönünde bir tanının da konulmadığı görülmekle, avukat tarafından mazeret olarak ileri sürülen hastalığın haklı mazeret olarak değerlendirilmesi mümkün değildir”⁸⁰.

Bireysel başvuru süresinin kaçırılması hâlinde eski hâle getirme talebinde bulunabilmek için kanun koyucu onbeş günlük bir süre kabul etmiştir. Buna göre başvuru, mazeretinin ortadan kalktığı, bir diğer yönü ile bireysel başvuruda bulunabilecek hâle geldiği tarihten itibaren onbeş gün içinde başvuruda bulunmalıdır. Bu süre de, ilgili için kanun tarafından öngörülmüş kesin bir süredir ve hak düşürücü niteliktedir.

AYMK m. 47, 5’te öngörülen eski hâle getirme imkânı ilk plânda otuz günlük bireysel başvuru süresi için kabul edilmiştir. Ancak kanaatimce, otuz günlük sürenin dışında, bireysel başvuru ile ilgili olarak gerek kanun, gerekse AYM tarafından tanınan diğer kesin sürelerin kaçırılması hâlinde de eski hâle getirme yoluna gidilebilmelidir. Örneğin, onbeş günlük eski hâle getirme süresinin de yine elde olmayan bir nedenle kaçırılması halinde, bu kez onbeş

⁷⁹ AYM, BB No: 2013/2305, KT: 3/1/2014.

⁸⁰ AYM, BB No: 2013/6325, KT:15/4/2014.

günlük sürenin kaçırılması nedeniyle eski hâle getirme talebinde bulunulabilmelidir.

Bireysel başvuru süresine karşı eski hâle getirme talebinde bulunabilmek için kabul edilen onbeş günlük süre, mazeretin ortadan kalkmasından itibaren işlemeye başlamakla birlikte, mazeretin ne zamana kadar devam edebileceği ve dolayısıyla ne zamana kadar eski hâle getirme talebinde bulunulabileceği konusunda Kanunda azami bir süre öngörülmemiştir. O nedenle, mazeret uzunca bir süre devam etse de, onbeş günlük süre mazeretin bitmesinden itibaren işlemeye başlamalıdır⁸¹.

Başvurucunun, eski hâle getirme dışında gidebileceği başka bir hukuki yol olmamalı ve bireysel başvuru süresine karşı eski hâle getirme talebinde hukuki yararı bulunmalıdır⁸².

Başvurucu, onbeş günlük süre içinde normal bireysel başvuruda bulunmuş gibi başvurusunu yapmalı, ayrıca hangi haklı nedenden dolayı süreyi kaçırdığını yani mazeretinin ne olduğunu da başvurusunda belirtmeli ve buna ilişkin belgeleri, delilleri de örneğin hastane raporu, kaza tutanağı gibi, başvurusuna eklemelidir.

Başvuru yapıldıktan sonra, başkaca bir eksiklik yoksa, başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığını belirlemek için öncelikle eski hâle getirme talebinin yahut başvurunun onbeş günlük sürede yapılıp yapılmadığı incelenmelidir, bu süreye uyulmuşsa daha sonra da başvurucunun bildirdiği mazeretlerin haklı neden sayılıp sayılmayacağı incelenmelidir. Başvuru onbeş günlük sürede yapılmışsa ve başvurucunun bildirdiği mazeret de haklı neden olarak kabul edilirse, başvuru normal süresinde yapılmış bir başvuru gibi inceleme-ye alınır.

İçtüzük m. 64, 2 ve 3 gereğince Komisyonlar raportörlüğünce mazeretin kabulünün gerekip gerekmediği yönünde karar taslağı hazırlanır. Komisyon, öncelikle başvurucunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek mazereti kabul veya reddeder. Başvurunun niteliğine uygun düştüğü takdirde, özellikle mazeret kabul edilebilir nitelikte ise, kabul edilebilirliğe ilişkin tek bir taslak hazırlanıp bu iki husus birlikte karara bağlanabilir. Mazeretin kabul edilemez bulunması hâlinde zaten, başvuru süre aşımı nedeniyle reddedileceğinden başka bir hususu incelemeye gerek de kalmayacaktır.

“14. Başvuru konusu olayda, Altıntaş İcra Hukuk Mahkemesinin 29/3/2012 tarih ve E.2012/1, K.2012/5 sayılı kararı, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 31/10/2012 tarih ve E.2012/20390, K.2012/30824 sayılı ilâmu ile onanmıştır. Dosya kapsamına göre onama kararı başvuruca 27/11/2012 tarihinde tebliğ edilmiş ve karar 7/12/2012

81 Aynı yönde Korkmaz s.122-123.

82 Tercan s.232 vd.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

tarihinde kesinleşmiştir.

15. Hukuk muhakemesinde tüketilmesi gereken son başvuru yolu kural olarak karar düzeltmedir. Somut olayda başvuru yolları başvuru yoluna gitmemesi sebebiyle 31/10/2012 tarihinde Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin, Altıntaş İcra Hukuk Mahkemesinin kararını onaması ile birlikte tüketilmiştir. Dosya kapsamından bu kararın başvuru vekiline 27/11/2012 tarihinde tebliğ edildiği, kararın 7/12/2012 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvuru yolunun tüketildiği tarihin 7/12/2012, bireysel başvuru tarihinin de 14/1/2013 olduğu gözetildiğinde bireysel başvuru için öngörülen otuz günlük sürenin geçtiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar başvuru köyde ikamet ettiğini, şehir merkezine düzenli dolmuş olmadığını beyan etmiş ise de davasını takip etmesi için kendisine vekil tayin ettiği, tebligat işlemlerinin vekile yapıldığı anlaşıldığından başvuru yolunun mazereti kabule değer görülmemiştir.

16. Açıklanan nedenlerle, başvuru yollarının tüketildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılmayan bireysel başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “süre aşımı” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir”⁸³.

“14.Somut olayda, başvuru yolunun kesinleşen kararı müddetnamenin tebliğ edildiği 26/8/2013 tarihinden itibaren otuz gün içinde başvuru yapması gerekirken süresinden sonra başvurmuş olması nedeniyle süre aşımı nedeniyle idari ret kararı verilmiştir. Bu bağlamda, başvuru yolunun okur yazar olmamasının başvuru süresinin geçirilmesinde yasal mazeret olarak kabul edilemeyeceği de açıktır.

15. Başvuru yolunun itirazının değerlendirilmesi neticesinde, başvurunun süre aşımı nedeniyle idari yönden reddi kararının 6216 sayılı Kanun ile İçtüzük’e uygun olduğu anlaşılmıştır”⁸⁴.

G. BAZI ÖZEL DURUMLARDA BİREYSEL BAŞVURU SÜRESİ

I. 23.09.2012 Tarihinden Önce Kesinleşen İşlem veya Kararlar

AYMK’nun 76. maddesine göre bireysel başvuruyu düzenleyen 45 ilâ 51. maddeleri 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. O nedenle, AYM’ne bireysel başvuru yapılabilmesi, 23.09.2012 tarihinden itibaren kabul edilmiştir. Bu tarihe bağlı olarak da, “ Mahkeme, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem veya kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler”.(AYMK Geçici m.1, 8). Söz konusu tarihten önce kesinleşen işlem ve kararlar için bireysel başvuru yoluna gidilemez. Burada önemli olan işlemin başlangıç tarihi değil, sona erme ve kesinleşme⁸⁵ tarihidir. Buna göre örneğin 23.09.2012 tarihinden önce açılan bir davada karar bu tarihten önce verilmiş ve kanun yoluna gidi-

83 AYM, BB No:2013/701, KT: 31.10.2013.

84 AYM, BB No:2014/5995, KT: 14/10 /2014.

85 Kesinleşme konusunda bkz. yuk. D.

lerek veya gidilmeyerek kesinleşmişse, verilen karara karşı bireysel başvuru yoluna gidilemez. Buna karşılık 23.09.2012 tarihinden önce açılan bir davada, karar 23.09.2012 tarihinden sonra verilse veya önce verilse dahi temyiz veya karar düzeltme yoluna gidilmiş de Yargıtay'ın kararı 23.09.2012 tarihinden sonra verilmişse, ilk derece mahkemesi kararının kesinleşmesi 23.09.2102 tarihinden sonra olacağından, böyle bir karara karşı bireysel başvuru yoluna gidilebilir.

AYM'nin bireysel başvuruları inceleme yetkisi 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen işlem veya kararlar için geçerlidir; daha önce kesinleşen işlem veya kararlar için Mahkemenin inceleme yetkisi yoktur. 23.09.2012 tarihinden önce kesinleşen işlem veya kararlar için yapılan başvurular "zaman bakımından yetkisizlik" nedeniyle reddedilmektedir. Mahkeme bu yönde pek çok karar vermiştir⁸⁶.

Acaba 23.09.2012 tarihinden önce kesinleşen bir işlem veya karar nedeniyle doğan hak ihlâli, söz konusu tarihten sonra öğrenilmişse, örneğin 23.09.2012 tarihinden önce kesinleşen bir mahkeme kararının tebliği veya ilgili tarafından öğrenilmesi 23.09.2012 tarihinden sonra olmuşsa, bu durumda bireysel başvuruda bulunulabilir mi ? Bu durumda bireysel başvuru için, önemli olan işlemin veya kararın kesinleşme tarihi olup, ilgilinin işlemi veya kararı öğrenme tarihinin bir etkisi bulunmamaktadır. AYM' de bir kararında, kararın tebliğinin hükmün kesinleşmesi üzerinde herhangi bir etkisinin bulunmadığını, tebliğin sadece tarafların karardan haberdar olmalarını sağladığını belirtmiştir⁸⁷. Bu duruma bağlı olarak, ihlâlin öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlayan otuz günlük başvuru süresinin de bir etkisi bulunmamaktadır.

II. Hukuk Davalarında

1. Temyiz Yolunun Kapalı Olduğu Dava ve İşlerde

Temyiz yolunun kapalı olduğu dava ve işlerde, (HUMK m. 427; karış HMK m.361-362) ilk derece mahkemesinin esasa ilişkin nihai kararı, bu karara karşı gidilebilecek başka olağan bir hukuki yol bulunmadığından, kararın verilmesi ile birlikte şekli açıdan kesinleşir. Bu karara karşı bireysel başvuruda bulunulabilir. Bu şekilde verilen bir kararın başvurucaya tebliğ edilmesi veya tefhim edilmesi ile birlikte o karara karşı otuz günlük bireysel başvuru süresi işlemeye başlar. Karar tefhim veya tebliğ edilmemişse, başka şekilde öğrenilmişse, süre öğrenmeden itibaren başlatılır.

Temyiz yolu kapalı bir karara karşı temyiz yoluna başvurulmuş olması, bi-

⁸⁶ Örneğin AYM, BB No: 2012/51, KT:25/12/2012.

⁸⁷ AYM, BB No: 2012/947, KT:12/02/2013.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

reysel başvuru süresinin işlemlerini durdurmaz. Temyiz yoluna gidildiğinde, sonuçlanıncaya kadar kuvvetle muhtemel bireysel başvuru süresi de geçmiş olacaktır. Hukuken temyiz yolu kapalı ise, o yola yine de başvurmak yeni bir hak doğurmaz, sona eren bireysel başvuru süresini canlandırmaz.

“28. Somut olayda, Gümüşhane Asliye Hukuk Mahkemesinin (Tüketici Mahkemesi sıfatıyla) 31/10/2012 tarih ve E.2012/350, K.2012/506 sayılı kararı kesin olduğundan temyiz edilmeksizin taraflara tebliğden sonra 4/12/2012 tarihinde kesinleştiği mahkemece tasdik edilmiştir. Bu durumda başvuru her ne kadar 20/1/2013 tarihinde telefonla adliyeyi arayarak anılan kararın kesinleştiğini öğrendiğini beyan ediyorsa da kararın en geç 4/12/2012 tarihinde başvurucuya tebliğ edildiği anlaşıldığından 3/1/2013 tarihine kadar başvuru yapılması gerekirken, 4/2/2013 tarihinde yapılan başvuruda süre aşımı bulunduğu sonucuna varılmaktadır”⁸⁸.

İstinaf yolu henüz işlerlik kazanmadığından, o yol açısından ayrıca inceleme yapılmamıştır. Ancak, temyiz için yukarıda belirtilen hususlar istinaf kanun yolu için de geçerlidir.

2 – Temyize Yolunun Açık Olduğu Dava ve İşlerde

Temyiz yolunun açık olduğu dava ve işlerde, temyiz kanun yolu bireysel başvurudan önce tüketilmesi gereken bir kanun yoludur. Temyiz kanun yolu tüketilmeden bireysel başvuruda bulunulduğunda başvuru, “kanun yolları tüketilmediği” gerekçesiyle kabul edilemez bulunmakta ve reddedilmektedir (m.45, 2). Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, HMK m. 363’te düzenlenen, (istinaf veya) temyiz kanun yolu açık olmadığı için veya gidilmediği için kanun yolundan geçmeden kesinleşen kararlar için başvuru kanun yararına temyiz, bireysel başvurudan önce tüketilmesi gereken bir yol değildir. Zira, bu yol ilgililere değil, Adalet Bakanlığına veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tanınmış bir yoldur. Ayrıca, karar, kanun yararına bozulsada, hükümün hukuki sonuçları ortadan kalkmaz (HMK m. 363, 2)⁸⁹. O nedenle, bir an için başvurulabileceği düşünülse bile, bireysel başvuru açısından etkili bir yol olmadığı için de tüketilmesi gerekmezdi.

Başvurucu, temyiz yolunun açık olduğu hallerde, temyiz yolunun etkisiz olduğunu, o nedenle de temyiz yoluna başvurmadan bireysel başvuruda bulunmayı düşünüyor olabilir. Bu takdirde ilk derece mahkemesi kararının kendisine tebliğinden yahut öğrenme tarihinden itibaren otuz günlük süre içinde bireysel başvuruda bulunmalıdır. Böyle bir durumda, önce temyiz süresinin geçmesini bekleyip, arkasından otuz günlük bireysel başvuru süresini başlatmak düşünülebilirse de, başvuru tarafından etkisiz görüldüğü için

⁸⁸ AYM, BB No:2013/1456, KT: 31.12.2013.

⁸⁹ Karş. aşağıda ceza davaları açısından CMK m. 308, 309, (G, IV, 3) .

başvurulmayan bir kanun yolunun süresinden yararlanmasının da tutarlı olmayacağı gerekçesiyle, kararın tebliğinden veya öğrenilmesinden itibaren sürenin işlemeye başlaması gerektiği kabul edilmektedir.

“26.Temyiz yolu açık olan bir hükme yönelik olarak, etkili görmedikleri veya hukuki yararları olmadığı için bu yola başvurmayan başvuru, Mahkemece verilen kararı öğrendikleri tarihte ihlale neden olduğunu ileri sürdükleri kararı öğrenmiş olup, temyiz yoluna başvurmamaları, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkını kullanmışlarsa, buna ilişkin süreye riayet etmeleri beklenir. Her ne kadar derece mahkemesi kararı, temyiz başvuru süresi sonunda kesinleşmekte ise de başvuru bu yola başvurmada, Mahkemece verilen kararın tebliği ile ihlale neden olduğunu ileri sürdükleri kararı öğrendiklerine göre, bu tarihten itibaren otuz gün içinde başvuruda bulunmaları gerekir. Temyiz yolunu etkili bir yol olarak görmeyen başvuru bireysel başvuruda bulunma yolunu tercih etmişlerse bireysel başvuruya ilişkin süreye riayet etmelidirler (B. No: 2013/1936, 17/9/2013, § 23).

27.Başvuru konusu olayda, Mahkemece Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bozma kararına uyularak yapılan yargılama sonunda, 27/6/2013 tarihinde davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Karar başvuru vekilinin yüzüne karşı verilmiş, 25/7/2013 tarihinde gerekçeli karar başvuru vekiline tebliğ edilmiştir. Başvuru dilekçesinde, 25/7/2013 tarihinde kararın tebliğ edildiğini, 10/9/2013 tarihinde hükmün kesinleştiğini, Yargıtay 4. Hukuk Dairesince yalnızca yargılama giderleri konusunda bozma kararı verildiği için yeniden temyiz yoluna başvurmadıklarını belirtmişlerdir.

28.Bakırköy 2. Asliye Hukuk Mahkemesince verilen 27/6/2013 tarihli kararın, 25/7/2013 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edildiği ve 10/9/2013 tarihinde temyiz edilmeksizin kesinleştiği hükmün arkasına yazılarak imzalanmıştır.

29.Temyiz yolu açık olan ve hukuki yarar görülmediği için temyiz yoluna başvurulmayan bireysel başvurularda otuz günlük başvuru süresinin hangi tarihten itibaren başlayacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

30.Yukarıda anılan Kanun ve İçtüzük hükümleri uyarınca bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Ancak başvuru, etkili yol olarak görmedikleri temyiz yoluna başvurmamışlarsa, mahkemece verilen kararın öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunmaları gerekir.

31.Başvuru konusu olayda başvuru, ihlale neden olduğunu düşündükleri Bakırköy 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin gerekçeli kararını 25/7/2013 tarihinde öğrendikleri halde, bu tarihten itibaren otuz günlük başvuru süresinin geçmesinden sonra 20/9/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Dolayısıyla başvuruda süre

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

aşımı bulunduğu sonucuna varılmaktadır”⁹⁰.

Temyiz kanun yoluna gidildikten sonra, Yargıtay’ın temyiz sonucu vermiş olduğu karara karşı, HUMK m. 440 vd. gereğince karar düzeltme yoluna başvurmak mümkündür⁹¹. O nedenle, temyiz sonucunda bireysel başvuru süresinin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağını karar düzeltme yolunun açık olup olmasına göre ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

a. Karar Düzeltme Yolu Kapalı İse

Yargıtay’ın temyiz sonucunda verdiği onama veya bozma kararlarına karşı karar düzeltme yolu kapalı ise (HUMK m. 440, 3), temyiz sonucunda verilen bozma veya onama kararına karşı bireysel başvuru yoluna gidilip gidilemeyeceğini değerlendirmek, gidilebilen durumlarda da başvuru süresinin hangi tarihten itibaren işlemeye başladığını tespit etmek gerekmektedir.

Temyiz sonucunda, Yargıtay bozma kararı vermişse, bu kararla birlikte yargılama sona ermiş sayılmaz. Mahkeme bozmaya uyabilir veya eski kararında direnebilir (HUMK m.429, 3). Bozma kararına uyarsa, bozma doğrultusunda tekrar yargılama yapmak ve yeni bir karar vermek zorundadır. Keza direnme hâlinde bu yeni bir karar olduğundan tekrar temyizi mümkündür. O nedenle bozma halinde, yargılama henüz sona ermediğinden, bu karara karşı bireysel başvuruda bulunulamaz. Başvuruda bulunulursa, başvuru hakkında, kanun yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı verilir.

Temyiz sonucunda Yargıtay onama kararı vermişse ve bu karara karşı da karar düzeltme yolu kapalı ise karar şekli açıdan kesinleşir ve gidilecek başka bir hukuki yol da kalmamıştır. Bu halde Yargıtay’ın onama kararından sonra, bireysel başvuruda bulunmak mümkündür. Bu durumda otuz günlük başvuru süresi, onama kararının başvurucaya tebliği ile işlemeye başlar. Karar başvurucaya tebliğ edilmemiş, başvuruca kararı başka bir yoldan öğrenmişse, süre öğrenme tarihinden itibaren işlemeye başlar.

b. Karar Düzeltme Yolu Açık İse

Yargıtay’ın temyiz sonucunda verdiği karara karşı karar düzeltme yolu açık ise verilen hangi karardan sonra bireysel başvuru yoluna gidilebileceğini belirlemek ve ondan sonra bu karara karşı bireysel başvurunun süresini belirle-

90 AYM, BB No: 2013/7309, KT: 30/6/2014.

91 Karar düzeltme kanun yolu olarak HMK’da yer almamaktadır. Karar düzeltme kanun yolu kaldırılmıştır; ancak istinaf kanun yolu işlerlik kazanıncaya kadar 1086 sayılı (yürürlükten kaldırılan) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 427 -444 arasında düzenlenen temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümler uygulanmaya devam olunacaktır (HMK Geçici m.3, 1).

mek uygun olacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, karar düzeltme HUMK m.440-444'de düzenlenmiş, bizim hukukumuzda özgü bir kanun yoludur. Temyiz kanun yolunun devamı niteliğinde ve temyiz aşamasında Yargıtay'ın kararında, kanunda kural olarak tahdidi bir şekilde sayılan (HUMK m. 440, I), nedenlerden biri gerçekleşmişse, Yargıtay'ın hatasından dönmesini sağlayan olağan bir kanun yoludur. Kararın şekli açıdan kesinleşebilmesi için karar düzeltme aşamasının da tüketilmesi gerekir.

"23.Hukuk davalarında olağan kanun yolları temyiz ve karar düzeltme yoludur. Karar düzeltme yolu açık olan bir hükmün kesinleşmesi, karar düzeltme istemi sonunda verilen ret kararıyla veya karar düzeltme yoluna başvurulmamışsa temyiz onama kararının tebliğinden itibaren karar düzeltme başvuru süresinin sonunda gerçekleşir (B. No: 2013/1936, 18/9/2013, § 19)"⁹².

Karar düzeltme yolunun, temyize benzer şekilde, bireysel başvurudan önce tüketilmesi gereken bir yol olduğu, aksi takdirde başvurunun "kanun yolları tüketilmediği" gerekçesiyle kabul edilemez bulunacağı söylenebilir.

AIHM, karar düzeltme yolunun, Türk hukukuna has bir kanun yolu olduğu, yeni unsurlar getirilmeden Yargıtay'ın ikinci bir inceleme başlattığı, bir başvuru yolu kullanıldığında, uygulamada aynı amacı taşıyan başka bir başvuru yolunun kullanılmasının zorunlu olmadığı gibi nedenleri dikkate alarak, bu yolu, iç hukuk açısından tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul etmemiştir⁹³.

AYM'de, AIHM'nin sözkonusu içtihadını ve karar düzeltme yolunun yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen, istinaf kanun yolunun işlerlik kazanmasına kadar geçici olarak yürürlükte bırakılmasını, ayrıca karar düzeltme sebeplerinin tahdidi olması; talebi, temyiz aşamasında inceleyen aynı dairenin inceleyecek olması, karar düzeltme talebinin reddi hâlinde talepte bulu-

92 AYM, BB No: 2013/1428, KT:8/9/2014.

93 Ekinci/ s.349-350; "Hükümet tarafından dile getirilen kararın düzeltilmesi talebi ile ilgili olarak AIHM, Türk Hukuku'nda bu başvurunun, Yargıtay tarafından yapılan bir hata nedeniyle sözkonusu kararı tekrar gözden geçirme amacının olduğunu not etmektedir. Tarafların tekrar başvuru yapması üzerine, yeni unsurlar olmadan Mahkeme ikinci bir inceleme başlatmaktadır (İsmail Çınar-Türkiye, no: 28602/95, 13 Kasım 2003, ve mutatismutandis, Karaduman – Türkiye, no:16278/90, Komisyon'un 3 Mayıs 1993 tarihli kararı).

AIHM, bir başvuranın büyük olasılıkla etkili ve yeterli olan iç hukuk yollarını kullanmış olması gerektiğini hatırlatmaktadır. Bir başvuru yolu kullanıldığında, uygulamada aynı amacı taşıyan başka bir başvuru yolunun kullanılması zorunlu değildir. (Bkz. en son olarak, Patricia RaquelRela Alves-Portekiz (karar) no:19485/02, 9 Kasım 2004). Mevcut davada, AIHM için Asliye Hukuk Mahkemeleri tarafından, **başvuranların taleplerinin reddedilmesine ilişkin verilen kararları Yargıtay'ın kesin olarak onadığının tespit edilmesi yeterli olacaktır.**" Gök ve Diğerleri – Türkiye, no: 71867/01, 71869/01, 73319/01, 74858/01, 27 Temmuz 2006.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

nana para cezası verilmesi gibi hususları da dikkate alarak, söz konusu kanun yolunun bireysel başvurudan önce mutlaka tüketilmesi gereken bir yol olmadığına karar vermiştir. Buna göre, bir kimse temyiz sonucunda verilen karara karşı, karar düzeltme yolunu etkisiz bir yol olarak kabul edip, ona başvurmadan doğrudan bireysel başvuruda bulunabilir. AYM, bu şekilde yapılan başvuruları, kanun yolu tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulmamaktadır. Böyle bir durumda, bireysel başvuruda bulunmak için otuz günlük süre, temyiz sonucunda verilen kararın tebliğinden veya başka şekilde öğrenilmişse, öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlamaktadır. Burada, otuz günlük bireysel başvuru süresi, onbeş günlük karar düzeltme süresinin bitmesinden itibaren işlemeye başlamamaktadır⁹⁴. Yukarıda incelendiği üzere, sanki karar düzeltme yolu kapalıymış gibi, süre temyiz sonucunda verilen kararın tebliğinden veya öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlamaktadır. Bireysel başvuru süresini, onbeş günlük karar düzeltme süresinin bitiminden itibaren başlatmak akla gelebilir. Özellikle, onbeş günlük sürede karar düzeltmeye başvurulup başvurulmayacağı belli olmadığından, bu sürede, ilgiliye tanınmış bir hak olduğundan, karar düzeltme süresinin bitiminden itibaren bireysel başvuru süresinin başlatılması düşünülebilir. Ancak, yukarıda temyiz açısından belirtildiği üzere AYM, böyle bir durumda, etkisiz görüldüğü için başvurulmayan bir kanun yolunun başvuru süresinden ilgilinin istifade etmesinin yahut bu süreyi beklemenin tutarlı olmayacağı gerekçesiyle, bu düşüncüyü uygun bulmamış; sürenin, temyiz sonucunda verilen kararın tebliğinden veya öğrenilmesinden itibaren başlamasını kabul etmiştir. Örnek:

“22.Başvuru konusu olayda, başvuruçuların Düzce 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde açtıkları tazminat davasında 15/12/2009 tarihli kararla davanın kısmen reddine karar verilmiş, temyiz incelemesi sonucu 13/7/2011 tarihinde Yargıtay 4. Hukuk Dairesince hükmün bozulması üzerine Mahkemece bozma kararına uyularak, 13/3/2012 tarihinde davanın kısmen reddine hükmedilmiştir. Anılan kararın başvuruçular tarafından temyizi sonucu Yargıtay 4. Hukuk Dairesince 16/10/2012 tarihinde hüküm düzeltilerek onanmış ve karar düzeltme yoluna başvurulmadığı için 10/1/2013 tarihinde kesinleşmiştir. Onama kararı 3/12/2012 tarihinde başvuruçulara tebliğ edilmiştir.

23.Hukuk davalarında olağan kanun yolları temyiz ve karar düzeltme yoludur. Karar düzeltme yolu açık olan bir hükmün kesinleşmesi, karar düzeltme istemi sonunda verilen ret kararıyla veya karar düzeltme yoluna başvurulmıyışsa temyiz onama kararının tebliğinden itibaren karar düzeltme başvuru süresinin sonunda gerçekleşir (B. No: 2013/1936, 18/9/2013, § 19).

24.Karar düzeltme yolu açık olan bir hükme yönelik olarak, etkili görmedikleri için bu yola başvurmayan başvuruçular, temyiz onama kararını öğrendikleri tarihte ihlale

94 İkinci/Sağlam s.85.

Haşim Kılıç'a Armağan

neden olduğunu ileri sürdükleri kararı öğrenmiş olup, karar düzeltme yoluna başvurmayarak, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkını kullanmışlarsa, buna ilişkin süreye riayet etmeleri beklenir. Her ne kadar derece mahkemesi kararı, karar düzeltme süresi sonunda kesinleşmekte ise de başvuru bu yola başvurmadığında, temyiz onama kararı ile ihlale neden olduğunu ileri sürdükleri kararı öğrendiklerine göre, bu tarihten itibaren otuz gün içinde başvuruda bulunmaları gerekir. Karar düzeltme yolunu etkili bir yol olarak görmeyen başvuru bireysel başvuruda bulunma yolunu tercih etmişlerse bireysel başvuruya ilişkin süreye riayet etmelidirler (B. No: 2013/1936, 18/9/2013, § 23).

25.Somut olayda, Düzce 2. Asliye Hukuk Mahkemesince verilen karar, Yargıtay 4. Hukuk Dairesince 16/10/2012 tarihinde onanmış ve karar düzeltme yoluna başvurulmadığı için bu tarihte başvuru yolları tüketilmiştir. Başvurucular, onama kararının öğrenildiği 3/12/2012 tarihinden itibaren otuz günlük başvuru süresi içinde bireysel başvuruda bulunmaları gerekirken, bu sürenin geçmesinden sonra 5/2/2013 tarihinde başvuruda bulunmuşlardır. Dolayısıyla başvuruda süre aşımı bulunduğu sonucuna varılmaktadır”⁹⁵.

Karar düzeltme yolu etkili bulunarak bu yola başvurulduğunda ise, bu yolun sonuçlanmasından sonra, karar düzeltme sonucunda verilen kararın tebliğinden veya başka şekilde öğrenilmesi hâlinde öğrenme tarihinden itibaren otuz günlük sürenin başlaması gerekir.

Karar düzeltme sonunda verilen karara karşı da bireysel başvuru yoluna gidebilmek için temyizde olduğu gibi, ilk derece mahkemesi kararının şekli açıdan kesinleşmesi gerekir. Buna göre, ilk derece mahkemesi kararı temyiz aşamasında onanmış, onama kararına karşı karar düzeltme yoluna başvurulmuş ve bu talep reddedilmişse⁹⁶ yahut temyiz aşamasında ilk derece mahkemesi kararı bozulmuş, bozma kararına karşı karar düzeltme yoluna gidilmiş, karar düzeltme talebi kabul edilerek, bu kez ilk derece mahkemesi kararı onanmışsa, karar şekli açıdan kesinleşeceğinden onama kararının ilgiliye tebliğinden veya başka şekilde öğrenilmişse, öğrenme tarihinden itibaren otuz günlük süre işlemeye başlar. Karar düzeltme sonucunda ilk derece mahkemesi kararı bozulmuşsa, bu takdirde karar şekli açıdan kesinleşmiş olmayacağından ve bozma doğrultusunda yeniden yargılama yapıp karar vermek gerektiğinden, bu şekildeki kararlara karşı bireysel başvuruda bulunulamaz; bulunulursa kanun yolları tüketilmediği gerekçesiyle başvuru kabul edilemez bulunur.

Karar düzeltme yoluna başvurulduktan sonra, bireysel başvuru yoluna gidebilmek için onun sonuçlanması beklenmelidir. Karar düzeltmenin sonucu

95 AYM, BB No: 2013/1428, KT: 8/9/2014; aynı yönde 2013/1936, KT: 18/9/2013;2013/1582, KT: 7/11/2013.

96 AYM, BB No: 2013/1213, KT: 4/12/2013.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

beklenmeden bireysel başvuru yoluna gidilecek olursa, bu takdirde başvuru, kanun yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunur. Buna karşılık, bireysel başvuru henüz karara bağlanmadan karar düzeltme sonuçlanırsa, kanun yolları tüketilmiş sayılarak, böyle bir başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmemektedir.

III. İdari Davalarda

İdari davalar sonunda verilen kararlara karşı bireysel başvuru yoluna gidilmek istendiğinde, yukarıda hukuk davaları için yapılan açıklamalar kural olarak geçerlidir. Ancak, burada idari yargıdaki farklılıklara değineceğiz, ortak konularda yukarıdaki açıklamalara atıf yapmakla yetineceğiz. Öncelikle genel idari davalara daha sonra da askeri idari yargının gösterdiği özelliklere değinmek istiyoruz:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m.45 gereğince idare ve vergi mahkemelerinin maddenin 1. fıkrasının a-ı bentleri arasında sayılan dava ve işlere karşı bölge idare mahkemelerinde itiraz yoluna başvurulabilmesi kabul edilmiştir. İdare ve vergi mahkemelerinin söz konusu nihaî kararlarına karşı itiraz süresi, tebliğ tarihini izleyen günden itibaren otuz gündür (İYUK m.45, 2). Bölge idare mahkemesinin itiraz üzerine verdiği karar kesindir, bundan sonra tekrar temyiz yoluna başvurulamaz (İYUK m.45, 5). İdare ve vergi mahkemelerinin itiraz yoluna tâbi kararları için de bireysel başvuru yoluna gidilebilir. Ancak bunun için önce süresi içinde bölge idare mahkemelerinde itiraz yoluna başvurulması, itirazın sonuçlanmasından sonra, itiraz üzerine verilen kararın tefhim veya tebliğinden itibaren otuz gün için de bireysel başvuru yoluna gidilmesi gerekir.

İdari yargıda da temyiz (İYUK m.46) ve karar düzeltme yolu (İYUK m.54) kabul edilmiştir. Hukuk davaları için temyiz ve karar düzeltme konularında yapılan açıklamalar, kural olarak idari yargı için de geçerlidir⁹⁷.

97 Bkz. yuk. G, II, 2."22. Başvuruya konu uyuşmazlığın idari yargıda açılmış olan bir davaya ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. 2577 sayılı Kanun'un 46. ilâ 50. ve 54. maddeleri uyarınca, idari yargı alanını ilgilendiren bir uyuşmazlığa dair kararın şekli anlamda kesinleşmesi için olağan kanun yolları olan temyiz ve karar düzeltme kanun yollarının tüketilmesi aranacaktır. Ancak somut başvuru açısından, başvuru tarafından karar düzeltme yoluna başvurulmamış olduğu görülmektedir.

23. Başvurucunun belirli bir hukuk yolunun etkililiği konusunda sadece bir kuşku duyması, kendisini o hukuk yolunu tüketme yükümlülüğünden kurtarmamakla beraber (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Epözdemir/Türkiye, B. No: 57039/00, 31/01/2002; Pellegriti/İtalya, B. No: 77363/01, 26/5/2005), somut başvuruda olduğu gibi, şikâyetini özü itibarıyla ilk derece mahkemesi ve temyiz mahkemesi önünde ileri sürmüş olan başvuru tarafından, usul hükümleri uyarınca olağan bir kanun yolu olduğu kabul edilmekle birlikte etkili görülmemekle karar düzeltme kanun yoluna başvurulmamişsa, temyiz onama kararıyla başvuru yolları tüketildiğinden onama kararının öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulması gerekir (B. No: 2013/1936, 18/9/2013, § 23-24).

24. Başvuruya konu yargılamaya ilişkin olarak, Danıştay 2. Dairesinin 7/11/2012 tarih ve

Askeri idari yargı, bilindiği gibi, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'na göre yürütülmektedir. Söz konusu Kanun'un 63. maddesinin 1. fıkrasına göre *"Daireler ve Daireler Kurulu kararları kesin olup, kesin hükmün bütün hukuki sonuçlarını hasıl eder. Bu kararlar aleyhine, ancak bu kanunda yazılı kanun yollarına başvurulabilir"*. Bu hükme göre Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin (AYİM) kararları verildikleri anda kesindir; kesinleşmeleri için ayrıca öngörülen kanun yollarından geçmeleri gerekmemektedir. Her ne kadar 1602 sayılı Kanun'un 66. maddesinin 1. fıkrasına göre verilen kararlara karşı onbeş gün içinde karar düzeltme yolu kabul edilmişse de, kararın şekli açıdan kesinleşmesi için karar düzeltme yolunun tüketilmesi zorunlu değildir⁹⁸. O nedenle, AYİM kararlarına karşı, bireysel başvuruda bulunmak istenirse, karar düzeltme yoluna gitmeden, kararın tebliğinden veya öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunmak gerekir.

"63. Başvurucular, başvurunun kabul edilebilirliği hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, başvuru yollarının tüketilmesi iddiası ile ilgili olarak, AYİM kararlarının verildikleri anda kesin olduklarını, karar düzeltme yoluna başvurulmasının kararların kesinleşmesine etki etmediğini ileri sürmüşlerdir.

64. 1602 sayılı Kanun'un 63. maddesinde Daireler ve Daireler Kurulu kararlarının kesin olduğu, kesin hükmün bütün hukuki sonuçlarını hasıl edeceği kurala bağlanmıştır. Bu nedenle bu kararlardan sonra bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkündür (B.No:2013/1177, 26/3/2013, § 18)"⁹⁹.

AYİM kararına karşı karar düzeltme yoluna başvurulmuşsa, hukuk davalarında olduğu gibi, karar düzeltmenin sonuçlanmasından sonra, verilen kararın öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunmak gerekir. Başvurucu, karar düzeltme yoluna başvurmuş, o sonuçlanmadan, bireysel başvuru yoluna gitmişse, başvurusu, kanun yolları tüketilmediği gerekçesiyle reddedilmektedir.

"18. 1602 sayılı Kanun'un 63. maddesine göre AYİM Daire ve Daireler Kurulu kararları kesin olup, kesin hükmün bütün hukuki sonuçlarını doğurur. Bu nedenle bu kararlardan sonra bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkündür. Ancak anılan Kanun'un 66. maddesinin birinci fıkrası uyarınca AYİM kararlarına karşı ilamın

E.2012/5192, K.2012/6816 sayılı onama kararının 8/1/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edildiği ve başvurucu tarafından karar düzeltme yoluna gidilmeksizin kararın 13/2/2013 tarihinde kesinleştiği, belirtilen tarihte kesinleşmiş karar suretini tebliğ alan başvurucu tarafından bu tarih otuz günlük sürenin başlangıç tarihi olarak değerlendirilerek, 21/2/2013 tarihinde başvuruda bulunulduğu anlaşılmaktadır.

25. Yukarıda belirtilen tespitler uyarınca başvurunun, 2577 sayılı Kanun'un 50. maddesi gereği tebliğ şartı aranan Danıştay onama ilamının başvurucuya tebliğ edildiği tarih olan 8/1/2013 tarihinden itibaren otuz günlük bireysel başvuru süresi içinde yapılmadığı anlaşılmaktadır". AYM, BB No:2013/1582, KT:7/11/2013.

98 Örneğin bkz. AYM, BB No:2012/947, KT:12/2/2013.

99 AYM, BB No:2013/841, KT: 23/01/2014.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yoluna başvurulabilir. Bu yola başvurulması hâlinde karar düzeltme talebine ilişkin bir karar verilinceye kadar olağan kanun yolları tüketilmiş olmayacaktır. Bir başka ifadeyle, kanun yolunun tüketildiğinden söz edilebilmesi için öncelikle yapılan başvurunun sonucunun beklenmesi gerekir. Bu çerçevede, askeri idari yargı önündeki davalarda karar düzeltme yoluna başvurulması hâlinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için, öncelikle karar düzeltme talebinin sonucunun beklenmesi, böylece bu yolun tüketilmesi gerektiği açıktır.

19. Başvuru konusu olayda, başvurucunun Milli Savunma Bakanlığının ret işleminin iptali istemi ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde açtığı dava Birinci Dairenin 6/12/2012 tarih ve E.2012/365, K.2012/1370 sayılı kararı ile reddedilmiş, bu karara karşı 16/1/2013 tarihinde karar düzeltme yoluna başvurulmuş, karar düzeltme talebi hakkında henüz karar verilmeden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmıştır. Başvurucunun, etkili ve sonuç almaya yeterli görerek başvurduğu bir kanun yolunun sonucunu beklemezsizin bireysel başvuruda bulunduğu ve dolayısıyla yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmediği anlaşılmaktadır¹⁰⁰.

Başvurucu, etkisiz gördüğü için karar düzeltme yoluna başvurmak istemezse, AYİM kararının öğrenilmesinden itibaren bireysel başvuru süresi işlemeye başlamaktadır. Burada da başvuru, hukuk davalarında olduğu gibi, etkisiz gördüğü için başvurmadığı karar düzeltme yolunun süresinden istifade edememektedir. O nedenle bireysel başvuru süresi, karar düzeltme süresinin geçmesinden itibaren değil, davaya ilişkin nihai kararın öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlamaktadır.

IV. Ceza Davalarında

1. İtiraz Yoluna Gidilebilen Kararlar

CMK m.267-271 gereğince bazı kararlar ile kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. Böyle bir durumda, itiraz yoluna gidilip, bu yolun tüketilmesinden sonra bireysel başvuruda bulunulması gerekir. Bir karara karşı itiraz yolu açık olmasına rağmen, bu yol tüketilmeden bireysel başvuruda bulunulacak olursa, başvuru, kanun yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunur.

İtirazı inceleyen mahkeme, itirazı kabul ederse, bu takdirde kural olarak talep kabul edilmiş, buna bağlı olarak ihlâl giderilmiş olacağından, bu karara karşı bireysel başvuruda bulunmakta kişisel bir yarar yoktur. Ancak itiraz reddedilmişse, bu takdirde, itiraz edilen kararla doğan ihlâl giderilmediğinden

100 AYM, BB No: 2013/1172, KT: 26/3/2013.

den ve muhtemelen devam ediyor olacağından, ret kararının ilgiliye tebliğinden veya bu kararın öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulmalıdır¹⁰¹.

Uygulamada sıklıkla tutuklama kararına itiraz edilmesi ve bu itirazın reddedilmesi üzerine bireysel başvuruda bulunulmaktadır. İlk derece yargılaması aşamasında, tutuklanma kararı verilmişse, tutukluluğun devamına ilişkin verilen kararlara, süresi içinde itiraz ettikten sonra, itiraz reddedilmişse bu kararın öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde başvuruda bulunulmalıdır. İlk derece yargılaması sonunda mahkûmiyet kararı verilmiş ve bu kararla tutukluluğun devamına da karar verilmişse, yine bu karara karşı itiraz yolunun tüketilmesinden itibaren süresi içinde başvuruda bulunulmalıdır.

“54. Bireysel başvurunun, ilk derece yargılaması devam ederken tutukluluğun devamına karar verilen her aşamada başvuru yolları tüketildikten sonra ve serbest bırakılma dışında, nihayet bu durumun ortadan kalktığı mahkûmiyet kararından itibaren süresi içinde yapılması gerekir. AİHM de, mahkûmiyet kararından itibaren altı ay içinde yapılmayan “bir suç isnadına bağlı tutukluluk” kapsamındaki başvurunun süresinde olmadığını belirtmiştir (Atalay Öztürk / Türkiye, (KK) B. No: 54890/09, 7/1/2014, § 37-41).

...

57. Somut olayda tutuklu olarak devam eden yargılamada mahkûmiyet kararının açıklandığı 5/8/2013 tarihinde “bir suç isnadına bağlı olarak” tutulma hâli sona ermiştir.

58. Anayasa’nın 19. maddesinin ikinci, üçüncü ve yedinci fıkralarının ihlal edildiği şikâyetleri yönünden başvuruda süre aşımı olduğu sonucuna varılmıştır¹⁰².

Hüküm verilmeden önce serbest bırakma hâlinde ise, tahliye tarihinden itibaren otuz gün için başvuru yapılmalıdır¹⁰³.

2. Temyiz Yoluna Gidilebilen Kararlar

CMK m.286 vd. gereğince bazı kararlara karşı temyiz yoluna gidilebilirken, bazıları kapsam dışı bırakılmıştır. Temyiz yolunun kapalı olduğu kararlarda, gidilecek başka kanun yolu da yoksa, kararın tebliğinden veya öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulmalıdır.

Temyiz yolunun açık olduğu kararlarda, temyiz yoluna gidilip bu yolun

101 AYM, BB No: 2012/969, KT: 18/9/2013.

102 AYM, BB No:2014/912, KT:6/3/2014.

103 AYM, BB No:2013/6572, KT:20/3/2014.

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

tüketilmesinden sonra bireysel başvuruda bulunulması gerekir¹⁰⁴. Temyiz yolunu tüketmeden bireysel başvuruda bulunulacak olursa, başvuru, kanun yolları tüketilmediğinden kabul edilemez bulunur.

Temyiz sonucunda verilen karara karşı da bireysel başvuruda bulunabilmek için yine ilk derece mahkemesi kararının kesinleşmesi gerekir. Buna göre, temyiz sonucunda ilk derece mahkemesi kararı bozulmuşsa, yargılama sona ermeyip bozma doğrultusunda yeniden yapılacağından, bu karara karşı bireysel başvuruda bulunulamaz. Temyiz sonucunda ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar onanmışsa, bu karar artık kesinleşeceğinden, verilen karara karşı bireysel başvuruda bulunulabilir. Böyle bir durumda da genellikle kesinleşen mahkumiyet kararı nedeniyle bireysel başvuruda bulunulmaktadır. Bu durumda kararın (kural olarak mahkumiyet kararının) tebliğinden veya başka şekilde öğrenilmişse öğrenme tarihinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulmalıdır.

3. CMK m. 308, 309 veya 310 Gereğince Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yahut Adalet Bakanlığına Başvuru Yapılması

CMK m. 308 gereğince Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, re'sen veya istem üzerine, ilâmın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz.

Uygulamada görüldüğü kadarıyla, bu yola sanki temyiz kanun yolunun devamıymış yahut aleyhine karar verilen tarafa tanınmış ayrı bir kanun yoluymuş gibi başvurulmakta, bu yolun tüketilmesinden, özellikle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından itiraz edilmesine ilişkin talebin reddedilmesinden sonra bireysel başvuruda bulunmaktadır. Ancak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tanınan itiraz yolu, temyiz kanun yolunun devamı niteliğinde değildir ve ilgililere tanınmış ayrı bir kanun yolu olarak kabul edilmemelidir. Bu duruma bağlı olarak, ceza davalarında tüketilmesi gereken son kanun yolu temyiz olmaktadır. İtiraz yoluna başvurmak, Başsavcıya tanınmış bir yetkidir. Başsavcı, re'sen veya talep üzerine bu yola başvurabilir. Talep üzerine de itiraz yoluna başvurulabilmesi, bu yolu bireysel başvuru açısından tüketilmesi gereken bir kanun yolu haline getirmemektedir; yapılan talep, konuyu incelemesi için Başsavcıya bir hatırlatma niteliği taşıyabilir. O nedenle ceza davalarında Yargıtay'ın vermiş olduğu kararın tebliğinden veya öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulmalıdır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına itiraz etmesi için başvuru yapılması ve

¹⁰⁴ "Ceza hukukunda kararların kesinleşmesi bakımından tüketilmesi gereken son olağan kanun yolu kural olarak temyizdir." AYM, BB No: 2012/162, KT: 12/2/2013.

başvurunun sonuçlanması beklenmemelidir.

Başsavcılığa itiraz etmesi için başvuru yapıp bu yolun sonuçlanması beklendiğinde, genellikle bireysel başvuru süresi de geçmiş olmaktadır. Zira, Yargıtay'ın kararına karşı itiraz etmesi için Başsavcılığa başvurulduğunda, ilgili, Yargıtay ceza dairesinin hakkında vermiş olduğu kararı öğrenmiş olmakta ve zorunlu olarak bu karara karşı bireysel başvuru süresi de bu öğrenme ile başlamaktadır. Başvurulan itiraz yolunun otuz günlük süre içinde sonuçlanması ve kararın tebliği genellikle yetişmeyeceğinden, bireysel başvuru süresi de geçmiş olmaktadır.

Şu halde, CMK m. 308 gereğince Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının re'sen itiraz yoluna başvurması yahut ilgililer tarafından başvurmalarının talep edilmiş olması, Yargıtay ceza dairesinin kararına karşı bireysel başvuru süresinin işlemlerini durdurmamaktadır. İtiraz yolundan ayrı olarak ilgili, bireysel başvuruda bulunmalıdır; aksi takdirde başvurusu süre aşımı nedeniyle kabul edilemez bulunabilir. Bu şekilde yapılan ve reddedilen çok sayıda başvuru bulunmaktadır. Örnek:

"15. Başvuru konusu İzmir 11. Ağır Ceza Mahkemesinin, 16/11/2009 tarih ve E.2009/267, K.2009/260 sayılı kararı, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 26/09/2012 tarih ve E.2012/2019, K.2012/28588 sayılı ilâmı ile onanmıştır. Başvurucu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına 5271 sayılı Kanun'un 308. maddesi uyarınca onama kararı aleyhine itiraz yoluna başvurulması için 11/01/2013 tarihinde talepte bulunmuş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 26/03/2013 tarih ve 2013/49233 sayılı kararıyla talebin reddine karar vermiş ve karar başvurucuya 15/04/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

16. Ceza yargılamasında tüketilmesi gereken son başvuru yolu temyiz aşaması olup, temyiz incelemesinden geçen kararlara karşı itiraz yolu, 5271 sayılı Kanun'un 308. maddesi gereğince Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınmıştır. Dolayısıyla başvurunun itiraz yoluna gidilmesi istemi, sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının takdirini harekete geçirmeye yönelik bir taleptir. Bu kapsamda yapılan başvurular bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmediğinden, bu yola gidilmesinin bireysel başvuru süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır (B. No: 2013/1610, § 16, 13/6/2013).

17. Somut olayda başvuru yolları Yargıtay 8. Ceza Dairesinin, İzmir 11. Ağır Ceza Mahkemesinin kararını 26/09/2012 tarihinde onaması ile birlikte tüketilmiştir. Dosya kapsamından bu kararın başvurucuya tebliği tarihi anlaşılamamakla birlikte, başvurunun en geç almış olduğu hapis cezasının infazının ertelenmesi talebiyle Selçuk Cumhuriyet Başsavcılığı İlamat ve İnfaz Bürosuna başvurduğu tarih olan 06/12/2012 tarihinde nihai kararı öğrendiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla başvuru yolunun tüketildiği tarihin, nihai kararın öğrenme tarihi olan 06/12/2012, bireysel

E. Tercan: Bireysel Başvuru Süresi

*başvuru tarihinin de 14/05/2013 olduğu gözetildiğinde bireysel başvuru için öngörülen 30 günlük sürenin geçtiği anlaşılmaktadır*¹⁰⁵.

Bir diğer örnek:

“17. Başvuru konusu Bakırköy 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 13/10/2011 tarih ve E.2010/214, K.2011/294 sayılı kararı, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 5/12/2012 tarih ve E.2012/1242, K.2012/9080 sayılı ilâmı ile onanmıştır. Başvurucu, 24/12/2012 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına 5271 sayılı Kanun’un 308. maddesi uyarınca onama kararı aleyhine itiraz yoluna başvurulması için talepte bulunmuş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 24/1/2013 tarih ve KD.2012/42061 sayılı kararı ile talebin reddine karar vermiş ve karar başvurucuya 25/2/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

18. Ceza yargılamasında tüketilmesi gereken son başvuru yolu temyiz aşaması olup, temyiz incelemesinden geçen kararlara karşı itiraz yolu, 5271 sayılı Kanun’un 308. maddesi gereğince Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınmıştır. Dolayısıyla başvurunun itiraz yoluna gidilmesi istemi, sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının takdirini harekete geçirmeye yönelik bir taleptir. Bu kapsamda yapılan başvurular bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmediğinden, bu yola gidilmesinin bireysel başvuru süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.

*19. Somut olayda başvuru yolları 5/12/2012 tarihinde Yargıtay 1. Ceza Dairesinin Bakırköy 5. Ağır Ceza Mahkemesinin kararını onaması ile birlikte tüketilmiştir. Dosya kapsamından bu kararın başvurucuya tebliğ tarihi anlaşılmamakla birlikte, başvurunun en geç Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına itiraz istemiyle başvuru yaptığı 24/12/2012 tarihinde nihai karardan haberdar olduğunun kabul edilmesi gerektiği açıktır. Bu durumda söz konusu karara karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun en son 23/1/2013 tarihine kadar yapılmış olması gerekirken, 11/3/2013 tarihinde yapılmış olması nedeniyle başvuruda süre aşımının bulunduğu sonucuna varılmıştır*¹⁰⁶.

Cumhuriyet Başsavcısı re’sen veya talep üzerine, verilen mahkûmiyet kararına karşı itiraz yoluna başvurmuş ve talep kabul edilmiş ise, bu takdirde süreç sonunda kararın değişme ve dolayısıyla ihlâlin giderilme ihtimali bulunduğundan, hükümlünün bireysel başvuruda bulunabilmesi için sürecin sonuçlanmasının beklenmesi gereklidir.

CMK m. 309 gereğince Adalet Bakanı’na temyiz incelemesinden geçmeksiz kesinleşen bir kararın kanun yararına bozulmasını sağlamak için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirimde bulunma yetkisi tanınmıştır. Adalet Bakanı bu yola re’sen başvurabileceği gibi, ilgililerin talebi üzerine de başvurabilir. Ancak ilgililerin talepte bulunması, sadece Adalet Baka-

105 AYM, BB No: 2013/3345, KT: 28/10/2013.

106 AYM, BB No: 2013/2001, KT:16/5/2013.

nını harekete geçirmek için bir hatırlatma sayılabilir. Yoksa CMK m.308'deki itiraz yoluna benzer şekilde, Adalet Bakanı'ndan bu yetkisini kullanmasını istemek, ilgililer açısından ayrı bir kanun yolu olarak değerlendirilemez ve bu duruma bağlı olarak da bireysel başvuruda bulunmak için bu yolun tüketilmesi zorunlu değildir. O nedenle, Adalet Bakanı'ndan bir karara karşı kanun yararına bozmayı sağlamak için başvuruda bulunmasını istemek, otuz günlük bireysel başvuru süresini de etkilememektedir. Bu açıdan Adalet Bakanına kanun yararına temyizde bulunması için başvuru yapılması halinde, bu başvurunun sonucu beklenmemeli, Yargıtay'ın vermiş olduğu kararın tebliğinden veya öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulmalıdır. Aksi takdirde, bireysel başvuru yine süre aşımı nedeniyle kabul edilemez bulunacaktır.

“16. Ceza muhakemesi hukukunda 5271 sayılı Kanun'un 309. maddesi gereğince hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararların Yargıtayca bozulmasını isteme hakkı yalnızca Adalet Bakanlığının takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla başvurucunun kanun yararına bozma yoluna gidilmesi istemi, sadece Adalet Bakanlığının takdirini harekete geçirmeye yönelik bir taleptir. Bu kapsamda yapılan başvurular bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmediğinden, bu yola gidilmesinin bireysel başvuru süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.

17. Somut olayda başvuru yolu, Bakırköy 8. Ağır Ceza Mahkemesinin 30/10/2012 tarihinde başvurucunun itirazını reddetmesi ile tüketilmiş ve ret kararı başvuruca 14/11/2012 tarihinde tebliğ edilmiştir. Dolayısıyla başvuru yolunun tüketildiği tarihin, nihai kararın tebliğ tarihi olan 14/11/2012, bireysel başvuru tarihinin de 22/2/2013 olduğu gözetildiğinde bireysel başvuru için öngörülen otuz günlük sürenin geçtiği anlaşılmaktadır. Başvurucunun bu ara dönemde 5271 sayılı Kanun'un 309. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı kanun yararına bozma yoluna müracaat etmesi bu süreyi durdurmadığı gibi tüketilmesi gereken bir kanun yolu olmadığı için başvuru süresinin başlangıç tarihini de değiştirmeyecektir”¹⁰⁷.

CMK m.310 gereğince Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınan kanun yararına başvurma yetkisi de, Adalet Bakanına tanınan yetkiye benzer şekilde, bireysel başvuru açısından tüketilmesi gereken bir kanun yolu olmadığından, bu yola başvurulmuş olması bireysel başvuru süresini etkilemez. O nedenle, CMK m. 310 gereğince Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından bu yetkisini kullanması için başvurulduğunda, bu yolun sonuçlanmasının beklenmesi halinde, bireysel başvuru süresi kuvvetle muhtemel geçmiş olduğundan, bireysel başvuru süre aşımından kabul edilemez bulunabilir. Buna engel olmak için, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına belirtildiği şekilde başvurulsa bile,

¹⁰⁷ AYM, BB No: 2013/1751, KT:13/6/2013.

bu başvuru bireysel başvuru süresinin işlemlerini durdurmadığından, Yargıtay'ın (veya mahkemenin) ilgili kararının tebliğinden veya öğrenilmesinden itibaren otuzgün içinde bireysel başvuruda bulunulmalıdır.

V. Yargılamanın Yenilenmesi

Yargılamanın yenilenmesi gerek ceza davalarında (CMK m. 311 vd.) gerekse hukuk (HMK m. 374-381) ve idari davalarda (İYUK m. 55) kesinleşmiş kararlara karşı kabul edilmiş olağanüstü bir kanun yoludur. Bir karara karşı yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulduğunda, bu talebin reddi halinde, kararın kesinleşmesinden ve öğrenilmesinden (tebliğ veya teffhiminden) itibaren otuz gün içinde bu karara karşı bireysel başvuruda bulunulabilir. Ancak, yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine ilişkin karara karşı bireysel başvuruda bulunurken, daha önce verilmiş ve kesinleşmiş kararın da şikayet konusu edilmesi kural olarak mümkün değildir¹⁰⁸. Burada sadece yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine ilişkin olarak sınırlı bir inceleme yapılmaktadır. Özellikle bireysel başvurunun yürürlüğe girdiği 23.09.2012 tarihinden önce kesinleşen kararlar için, bu tarihten sonra yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunarak, bu talebin reddedilmesi hâlinde esas hakkındaki karara karşı bireysel başvuruda bulunmak ve onun incelenmesini istemek mümkün değildir.

“21. Yargılamanın yenilenmesi, kanunda düzenlenen belirli sebeplerle maddi anlamda kesin hükmün ortadan kaldırılması ve daha önce kesin bir hükümle sonuçlandırılmış uyuşmazlığın yeniden yargılanması anlamına gelen olağanüstü bir kanun yoludur. Ancak kesinleşmiş hükmün ortadan kaldırılması bakımından, yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulmuş olması tek başına yeterli olmayıp, bunun için, incelemeyi yapan mahkemenin talebi yerinde görerek yargılamanın yenilenmesine karar vermesi gereklidir. Bu doğrultuda yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilip, kesin hükme konu olan uyuşmazlık yeniden ele alınmadığı sürece, önceki karar ve bu kararın kesinliği geçerliliğini koruyacaktır. Buna bağlı olarak, Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıcı olan 23/9/2012 tarihinden önce kesinleşmiş kararlara ilişkin ihlal iddialarının, sırf yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulmuş olması sebebiyle zaman bakımından yetki kapsamı içerisinde değerlendirilmesi mümkün değildir.

22. Başvuru konusu olayda, ifade özgürlüğünün ihlali iddiasına konu olan İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 25/4/2007 tarih ve E.2003/88, K.2007/198 sayılı kararı, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 16/6/2009 tarih ve E.2009/4952, K.2009/7140 sayılı ilamı ile onanarak kesinleşmiştir.

108 Örneğin bkz. AYM, BB No:2013/4413, KT:21/11/2013.

23. Görüldüğü üzere, ihlal iddiasına konu Mahkeme kararı, Anayasa Mahkemesi'nin zaman bakımından yetkisinin başlangıcı olan 23/9/2012 tarihinden önce kesinleşmiştir. Başvurucu AİHM kararı üzerine yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuşsa da İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi başvurucunun bu talebini reddetmiştir. Salt yargılamanın yenilenmesi talebi kesinleşmiş hükmü ortadan kaldırmadığından, somut ihlal iddiası, Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi kapsamı içerisinde değerlendirilemez¹⁰⁹.

Yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilip, yeniden yargılama yapılmışsa, verilen karara karşı da, kararın kesinleşmesinden ve öğrenilmesinden itibaren yine otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulabilir. Burada da kural olarak, yeniden yapılan yargılama ile sınırlı olarak bireysel başvuruda bulunulması mümkündür.

109 AYM BB No:2013/723, KT:21.11.2013.

KAYNAKLAR

Atasoy, Hakan: Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, Sayı:9, Nisan 2012, s.71-98.

Aydın, Öykü Didem: Türk Anayasa yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Gazi Üniversitesi Hukuk Fak. Der., C.XV, 2011/4, s.121-170.

Bilge, Necip / Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3.B., Ankara 1978.

Çınar, İbrahim /Çınar, Sinan: Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi İle Bu Aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 2014, S.4, s.263-310.

Doğru, Osman: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul 2012.

Ekinci, Hüseyin: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak “Başvuru Yollarının Tüketilmesi” Sorunu: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, Ekim 2012, S.11, s.1-20.

Ekinci, Hüseyin/ Sağlam, Musa: Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, 3.B, Ankara 2014.

Ekinci, Hüseyin /Bahadır, Ali: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuruda Altı Ay Kuralı: Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Ankara 2012, s.345-369.

Ermenek, İbrahim: Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukukuna Yansımaları, Legal Medeni Usul ve İcra – İflas Huk. Der., 2013/9, C.9, s.25.

Esen-Arnwine, Selin: İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu: Ankara Üniv. Huk. Fak. Der., C.52, S. 2003/4, s.261.

Gören, T.: Hukukta Hakimın Tayin Ettiği Müddetler ve Hakkın Tahdidi : ABD 1970/1, s.16-18.

Göztepe, Ece: Anayasa Şikayeti, Ankara 1998.

Kılınç.: Federal Almanya’da Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Yolu, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu, 26 Kasım 2010, Eskişehir 2011, s.87-98.

Korkmaz, Ramazan: Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, İstanbul 2014.

Haşim Kılıç'a Armağan

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, 6.B., İstanbul 2001 (Kuru – HMu V).

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995 (Kuru – El Kitabı).

Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24.B, Ankara 2013.

Özbey, Özcan: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, 2.B., Ankara 2013.

Pekcanıtez, Hakan: Medeni Yargıda Adil Yargılama : İz BD 1997/2, s.35-55.

Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 12.B, Ankara 2011.

Sağlam, Musa: Bir Hak Arama Yolu Olarak Bireysel Başvuru: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu, 26 Kasım 2010, Eskişehir 2011, s. 29.

Sağlam, Musa/Göksu, Hasan Tuna/ Baysal Mustafa : Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Ankara 2014.

Şahbaz, İbrahim: “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar”, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti, Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) TBB, Ankara 2011, s.71-127.

Şen, Ersan: Adli Tatilde Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Süresi: <http://www.hukukihaber.net/m/?id=3161&t=makale> (erişim tarihi:02.01.2015).

Şirin, Tolga: Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İstanbul 2013.

Tercan Erdal: Medeni Usul Hukukunda Kesin Sürelerin Kaçırılması Hâlinde Eski Hâle Getirme, Ankara 2006.

Ural, Sami Sezai: Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru, Ankara 2013.

Yılmaz, Ejder: Hukuk Davasında Hâkimin Verdiği Kesin Mehlin Hakkı Kısıtlaması: SÜHFD

1988/1, s.219-227.

Prof. Dr. Osman DOĞRU
(*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi*)

ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURULARDA NİTELENDİRME YETKİSİ

Giriş

Anayasa Mahkemesi, her yargı yeri gibi, önüne getirilen bir uyuşmazlığı çözebilmek için, önce uyuşmazlığın konusunun ne olduğu tespit eder. Bireysel başvurularda uyuşmazlığın konusunu tespit etmek, karara bağlanacak bir ihlal iddiası bulunup bulunmadığını, bulunuyorsa bu ihlal iddiasının ne olduğunu tespit etmek demektir. Anayasa Mahkemesi ihlal iddiasını belirlerken, her yargı yeri gibi, başvuru konusu olayları ve şikayeti nitelendirme yetkisi kullanmaktadır. Bu yazının konusu, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurularda nitelendirme yetkisinin kullanımından kaynaklanan sorunları incelemektir.

NİTELENDİRME YETKİSİNİN YAPISI

Anayasanın 148. maddesi, herkese Sözleşme kapsamındaki anayasal haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkı tanımış, Anayasa Mahkemesine de bu “bireysel başvuruları karara bağlama” görevi vermiştir. Aslında karara bağlanacak olan şey, bireysel başvuruda yer alan bir anayasal hakkın ihlal edildiği iddiasıdır.

Karara bağlanacak olan ihlal iddiası, herhangi bir iddia değil, “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler”den birinin ihlal edildiği iddiasıdır. Bir ihlal iddiası, iki aşamalı olarak düşünülebilir. İlk aşamada, bir kamu gücü tasarrufunun anayasal haklarından birine “müdahale” edip etmediği belirlenir. Anayasal haklarından birine müdahale bulunmuyorsa, ihlal iddiası açıkça dayanaktan yoksundur ve kabul edilemez bulunur. Anayasal haklarından birine müdahale varsa, ikinci aşamada, bu müdahalenin Anayasa’nın ilgili hükmündeki “haklılık şartları”nın tümünü taşıyıp taşımadığı incelenir. Müdahale, tüm haklılık şartlarını taşıyorsa, anayasal hakkın ihlal edilmemiş olduğu sonucuna varılır.

Bir anayasal hakka müdahalenin varlığını ortaya koymak, kural olarak başvurunun işidir; ancak başvuru genellekle bir anayasal hakka müdahalenin varlığını ortaya koyma girişiminde bulunmazlar; başvuru konusu olay-

ları anlatıp, soyut bir şekilde anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürerler; bazen belirli bir anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmekle birlikte bu iddialarını destekleyici argümanları ve gerekçeleri sunmazlar; bazen de olaylarla ilgisi olmayan bir anayasal hakkın ihlal edildiği iddiasında bulunurlar.

Anayasa Mahkemesi, bazı haklar bakımından “müdahale” ve “haklılık” aşamalarını birbirinden ayırmaksızın¹, bir bireysel başvurunun karara bağlanabilir “bir anayasal hak ihlali iddiası” içerip içermediğini, eğer bir ihlal iddiası içeriyorsa bu iddianın aslında hangi anayasal hakla ilişkin olduğunu belirlemekle görevli olduğunu kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi ihlal iddiasını belirleme görevini, bireysel başvuruda anlatılan “olaylar”ın ve başvurunun olaylardan kaynaklanan “şikayet”inin hukuki nitelendirmesini yapmak suretiyle yerine getirebileceğini düşünmüştür. Anayasa Mahkemesi, bir ihlal iddiasının var olup olmadığını ve varsa hangi hak ile ilgili olduğunu belirleyebilmek için kendisine “nitelendirme yetkisi” tanımıştır.

Bir başvuruda anayasal bir hakkın ihlali iddiasının var olup olmadığının ve varsa ne olduğunun belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Çünkü bir başvuruda bir ihlal iddiası bulunmadığının tespiti, başvurunun şikayeti- ni inceleme kapsamı dışına çıkarır; keza başvurudaki olayların ve şikayetin aslında başvurunun iddiasından farklı bir anayasal hak iddiası oluşturduğunun tespiti de, şikayetin başvurunun işaret ettiği anayasal hak yönünden incelenmemesi sonucunu doğurur.

Nitelendirme yetkisinin varlık nedeni

Bir anayasal hak ihlali iddiasını başvurunun bir “şikayet”i tahrik eder. Başvurunun şikayetinin temelinde, kamu gücünün eylem, işlem veya ihmal şeklindeki tasarruflarından oluşan “olaylar” vardır. Kural olarak başvuru, şikayetine uygulanmasını istediği anayasal hakkı göstermeli ve kamu gücünün bu anayasal hakkına aykırı davrandığını açıklamak suretiyle bir ihlal iddiası oluşturmalıdır. Örnek olsun, dört yıldır tutuklu bulunan bir başvuru bir bireysel başvuruda bulunduğunda, tutukluluğun devamı kararları (kamu gücü işlemleri) başvurunun konusunu oluşturan “olaylar”dır; başvuru uzun süre tutuklu olarak tutulduğundan “şikayet” eder; başvuru Anayasa’nın 19. maddesinin 7. fıkrasındaki tutuklunun makul sürede serbest bırakılma hakkının “ihlal edildiği iddiası”nı ileri sürer. Anayasa Mahkemesi de kamu gücünün tutukluluğun devamı kararlarıyla kişi özgürlüğüne “müdahale” ettiğini tespit eder; bu müdahalenin “haklı” olup olmadığını, Anaya-

1 Genellik düşüncesi, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve toplanma özgürlüğü ihlal iddialarının bulunduğu başvurularda bu aşamalar ayrılmaktadır. Örneğin bk. Hayrettin Aktaş kararı, no. 2012/1205, 17.09.2013, §53

sa'nın 19. maddesindeki şartlara göre inceleyip karara bağlanır.

Başvurucu, şikayetini ve şikayetinın konusunu oluşturan olayları anlatmış, fakat şikayetine uygulanmasını istediği anayasal hakkı gerektiği şekilde ifade etmemiş olabilir: Anayasadaki hangi hakkının hangi gerekçelerle ihlal edildiğini yeterince açıklamadan “anayasal haklarım ihlal edildi” şeklinde soyut bir iddiada bulunmuş veya şikayetine uygulanabilir olmayan bir anayasal hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş olabilir. Bir başka deyişle başvuru, daha ilk aşamada, olayların bir anayasal hakkına müdahale ettiğini açık bir şekilde ifade edememiş olabilir.

Başvurucunun başvuru dilekçesinde olaylardan söz edip şikayette bulunmuş olması, kendiliğinden bir anayasal hakkın ihlali iddiasının varlığını kabul için yeterli değildir. Başvurudaki olaylar, başvurunun bir anayasal hakkına müdahalenin bulunduğuna işaret ediyorsa, Anayasa Mahkemesi başvurudaki olayları, başvurunun hukuka ilişkin söylediklerinden bağımsız olarak, bir müdahale olarak nitelendirebilir. Aksi taktirde, başvurunun hukuki yetersizliği, başvurunun kabul edilemez bulunması yaptırımıyla karşılaşır. Anayasa Mahkemesi, müdahalenin varlığını veya yokluğunu belirlemekle, çözülecek olan uyuşmazlığın konusu da belirlemiş olur.

Nitelendirme yetkisinin kaynağı

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, ilk kararlarından itibaren olayları hukuki nitelendirme yetkisine sahip olduğunu söylemiştir. Olayların hukuki nitelendirilmesinin hakimi olan Mahkeme, gerekli görürse ve ihtiyaç varsa, olayları resen, bir bütün olarak Sözleşme'nin ışığında inceleme yetkisine sahiptir.² Mahkeme bu yetkisini kullanırken, önündeki materyalin ortaya koyduğu olayları, başvurucunun hukuki nitelendirmesinden farklı bir şekilde serbestçe nitelendirebilir.³

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi nitelendirme yetkisini jura novit curia (hakim hukuku bilir) ilkesine dayandırmıştır. Bu ilke gereğince Mahkeme şikayetleri, örneğin taraflarca dayanılmayan Sözleşme maddelerine veya fıkralarına göre resen incelemiş ve hatta Komisyon tarafından bir maddeden kabuledilemez bulunmuş bir şikayeti bir diğer maddeye göre kabuledilebilir bulmuştur. Çünkü Mahkeme'ye göre bir şikayet, sadece dayanılan hukuki sebeplere veya argümanlara göre değil, ama şikayetin içindeki olaylara göre nitelendirilir.⁴

2 König – Almanyá, no. 6232/73, 25.06.1978, §96

3 Guzzardi – Italya, no. 7367/76, 06.11.1980, §63

4 Scoppola v. Italy [BD], no. 10249/03, 17.09.2009, §54

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruyla ilgili ilk kararlarından itibaren, bir anayasal hakkın ihlali iddiası içermeyen başvuruların açıkça dayanak-
tan yoksun bulunulacağını⁵ söylemiştir. Bir başvurunun bir anayasal hakkın
ihlali iddiası içerip içermediğine, kuşkusuz olayların nitelendirilmesinden
sonra varılabilir. Anayasa Mahkemesi ayrıca, olayların başvuru tarafından
yapılan hukuki nitelendirme (tavsif) ile bağlı olmadığını⁶, olay ve olguların
hukuki nitelendirmesini kendisinin takdir edeceğini⁷ belirtmiştir. Anayasa
Mahkemesinin nitelendirme yetkisinden açıkça söz etmeksizin, başvuru-
cunun “iddialarının özü”nün⁸ veya “şikayetlerinin özü”nün⁹ veya “başvurunun
özü”nün¹⁰ ne olduğunu kendisinin söylediği ve böylece zimnen nitelendirme
yetkisini kullanmak suretiyle ihlal iddialarını belirlediği kararları da vardır.

Anayasa Mahkemesi nitelendirme yetkisinin hukuki kaynağını açıklamış
değildir. Ancak Anayasa Mahkemesinin de “hakim hukuku bilir” ilkesine da-
yanarak kendisine nitelendirme yetkisi tanıdığı düşünülebilir.

Nitelendirme yetkisinin konusu

Bir anayasal hakka müdahalenin bulunup bulunmadığının, bulunuyorsa
hangi hakka bir müdahalenin bulunduğu belirlenmesi, nitelendirme
yetkisinin konusunu oluşturmaktadır. İlk olarak başvuru-
cunun bir iddiası, bir anayasal hakka müdahale bulunmadığı için bir anayasal hakkın ihlali id-
diasını içermediği şeklinde nitelendirilebilir. Bu durumda söz konusu iddia
açıkça dayanaksız olduğundan kabul edilemez bulunur. İkinci olarak, başvu-
rucunun bir iddiası dönüştürülerek, Anayasa Mahkemesi tarafından farklı bir
anayasal hak bakımından incelenebilir.

Anayasa Mahkemesinin nitelendirme yetkisini doğru kullanılıp kullanma-
dığı, yani olayların gerçekten başvuru-
cunun bir anayasal hakkına müdahale
oluşturup oluşturmadığı nasıl incelenebilir? Başvuru dilekçesinde dile getiri-
len şikayet ve şikayete konu olan olaylar ile Anayasa Mahkemesinin anayasal
hak ihlali iddiasının yokluğuna veya ne olduğuna dair vardığı sonuç karşılaştı-
rılmak suretiyle incelenebilir. Şikayet ve şikayet konusu olaylar, başvuru di-
lekçeleri ve ekleri elimizde bulunmadığından, Anayasa Mahkemesi kararında

5 bk. örneğin, Necati Gündüz ve Recep Gündüz kararı, no. 2012/1027, 12.02.2013, §25; Ahmet Soysal kararı, no. 2012/237, 26.03.2013, §22;

6 bk. örneğin, Erdinç Engin kararı, no. 2012/695, 12.02.2013, §15; Abdullah Öcalan kararı [GK], no. 2013/409, 25.06.2014, §63, 71

7 bk. örneğin Tahir Canan kararı, no. 2012/969, 18.09.2013, §16; Mehmet Ali İncesu kararı, 2013/2253, 15.04.2014, §16

8 bk. örneğin, Ümit Tekin kararı, no. 2013/781, §26; Aysun Toka kararı, no. 2013/2364, §35

9 bk. örneğin Hayrettin Aktaş kararı, no. 2013/1205, 17.09.2013, §37; Tülay Şahin kararı, no. 2013/1568, 08.05.2014, §24

10 bk. örneğin Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri kararı, no. 2012/752, 17.09.2013, §79; Celalettin Aşçıoğlu kararı, no. 2013/1436, 06.03.2014, §32

anlatıldığı kadarıyla tespit edilebilir. Şikayet tespit edilirken, başvurunun karşılaştığı maddi olaylar ile bu maddi olaylara başvuru yollarının tüketilmesi sırasında uygulanan iç hukuk dikkate alınması gereken faktörlerdir. Bunun yanında, benzer olaylara ilişkin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kararları da göz önünde tutulmalıdır.

Bir anayasal hakkın ihlali iddiası içermeyen başvurular

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında şöyle demiştir: “Bir anayasal hakkın ihlali iddiası içermeyen, yalnızca derece mahkemelerinin kararlarının yeniden incelenmesi talep edilen başvuruların açıkça dayanaktan yoksun ve Anayasa ve Kanun tarafından Mahkemenin yetkisi kapsamı dışında bırakılan hususlara ilişkin olduğu açıktır.”¹¹

Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki cümlesinin girişi, bir başvuruda anayasal hak ihlali iddiasının bulunup bulunmadığına karar verilirken başvurunun bir ihlal iddiası “ileri sürüp sürmediği”nin değil, ama başvurunun bir ihlal iddiası “içerip içermediği”nin belirleyici olacağına işaret etmektedir. Bu yaklaşım, Anayasa Mahkemesinin başvurudaki bütün olayları ve şikayeti (objeyi) resen Anayasa’ya göre inceleyeceğini ima eden objektif bir yaklaşımdır.

Ancak Anayasa Mahkemesi devamında, anayasal hak ihlali iddiasının bulunup bulunmadığına karar verilirken, başvuru tarafından “talep edilen”in ne olduğuna da bakılacağını söylemektedir.¹² Başvurucu açıkça bir anayasal hak ihlali iddiasında bulunmamış, ama yalnızca derece mahkemelerinin kararlarının “yeniden incelenmesi” talebinde bulunmuş ise, başvurunun kabul edilemez bulunacağına işaret edilmektedir. Bu yaklaşım, başvurunun bütününü değil, ama başvurunun (süjenin) talebini (iddiasını) dikkate alan subjektif bir yaklaşımdır. Bir başvuruda bir anayasal hakkın ihlali iddiasının bulunup bulunmadığı tespit edilirken, objektif yaklaşımın belirleyici olması gerektiği söylenebilir. Aksi taktirde Anayasa Mahkemesinin nitelendirme yetkisinin bir anlamı kalmayacaktır.

Aslında nihai yargısal karardan sonra Anayasa Mahkemesine yapılan bütün başvurular, başvuru yolları tüketilirken elde edilen yargısal kararların “yeniden incelenmesi” talebini içerir. Başvurucunun derece mahkemelerinin kararlarının yeniden incelenmesini talep etmiş olması, kendiliğinden başvuru-

11 bk. örneğin, Necati Gündüz ve Recep Gündüz kararı, no. 2012/1027, 12.02.2013, §25; Şehnaz Ayhan kararı, 2013/6229, 15.04.2014, §14

12 Anayasa Mahkemesi bir kararında bunu daha açık bir şekilde şöyle ifade etmiştir: “Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin incelemesi başvuru kapsamıyla sınırlı olduğundan, başvuru tarafından ileri sürülmeyen herhangi bir hak ihlalinin resen incelenmesi mümkün değildir.” (Günay Ozal ve Diğerleri, no. 2013/1281, 16.05.2013, §18).

runun açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna götürmemelidir. Yeniden incelenmesi talep edilen derece mahkemelerinin kararlarının başvurusunun bir anayasal hakkına müdahalede ettiği anlaşıyor ise, sırf başvuru bu müdahaleyi dile getirmediği ve yeniden inceleme talep etmekle yetindiği düşüncesiyle başvuru kabul edilemez bulunmamalıdır. Anayasa Mahkemesi olayları nitelendirme yetkisini kullanarak, olayların başvurusunun hangi anayasal hakkına müdahale ettiğini belirleyebilmeli ve gerekirse bu müdahaleyi esastan inceleyebilmelidir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi hangi tür başvuruların, “bir anayasal hakkın ihlali iddiası içermeyen” ve dolayısıyla kabul edilemez bulunacak olan başvurular olduğunu belirtmiştir. Bir başka deyişle Anayasa Mahkemesi, bir Anayasal hakkın ihlali iddiası olarak nitelendirmeyeceği şikayetleri bir katalog hâlinde göstermiştir. Buna göre, “bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması”, “hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması”, “yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi”, “kişisel bir uyumsuzluğa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması”, “keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar” ile ilgili şikayetler, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz.¹³ Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımına göre başvurusunun şikayetleri sözü edilen kategorilerden birine giren bir şikayet olması halinde, bir anayasal hakka müdahalenin bulunduğu söylenemez ve başvuru açıkça dayanaktan yoksun bulunur.

Anayasa Mahkemesinin incelemiş olduğu başvurularda kabul edilemez bulunduğu kararlara atıflarla bir anayasal hakkın ihlali iddiası içermeyen şikayetleri göstermek yerine, önüne gelebilecek başvurularda bir anayasal hakkın ihlali iddiası içermeyeceğini düşündüğü şikayet türlerine genel ifadelerle yer vermesi sorunlu bir yaklaşımdır. Çünkü genel terimlerle ifade edilen şikayet türleri, başvuruya konu olan olayların özellikleri dikkate alınmaksızın uygulanabilir değildir. Ayrıca, bir başvuruya konu olayların bu şikayet türlerinden birine girip girmediği de bir nitelendirme faaliyetidir. Üstelik, bu şikayet türlerinden ne anlaşılması gerektiği yeterince açık değildir.

Olayların kanıtlanmasına ilişkin şikayetler

Anayasa Mahkemesi, “bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması” ile ilgili şikayetlerde bir anayasal hak ihlali iddiası görmeyeceğini söylemektedir. Oysa, derece mahkemeleri önündeki davada olayların kanıtlanmasından kaynaklanan bazı şikayetler, örneğin adil yargılanma hakkı ihlali

¹³ bk. örneğin, Göksel Korkmaz kararı, no. 2012/869, 16.04.2013, §20; Şehnaz Ayhan kararı, no. 2013/6229, 15.04.2014, §14

iddiası içerebilir.

Anayasa Mahkemesi, kural olarak derece mahkemeleri önünde tartışılmış olayların varlığı veya yokluğu iddialarını yeniden ele almaz. Ancak bir olayın varlığı veya yokluğu tespit edilirken derece mahkemeleri tarafından hiç veya kurallara uygun yapılmayan usul işlemleri, varlığı iddia edilen bir olayın kanıtlanamaması sonucunu doğurabilir. Başvurucu, varlığı iddia edilen olayla ilgili derece mahkemeleri tarafından bir usul işleminin hiç veya kurallara uygun olarak yapılmamış olmasına dayanarak, Anayasa Mahkemesinin olayın kanıtlanmış olduğu sonucuna varmasını istemiş olabilir. Kuşkusuz Anayasa Mahkemesi böyle bir sonuca varamaz. Çünkü söz konusu usul işlemleri kurallara uygun yapılmış olsaydı, varlığı ileri sürülen olaylar yine de kanıtlanmış olmayabilir. Ama öte yandan Anayasa Mahkemesi, olayın varlığına ilişkin bir iddianın başarı şansını ortadan kaldıran usul eksikliklerini de göz ardı edemez. Çünkü taraflardan birini diğeri karşısında dezavantajlı duruma sokan bir usul eksikliği, silahlarda eşitlik ilkesi veya çelişmeli yargılanma hakkı veya savunma hakkı gibi, adil yargılanma hakkının içinde yer alan hak ve ilkelerden biriyle ilgili bir sorun doğurabilir.

Derece mahkemeleri bir ceza soruşturmasında başvurusunun, devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şekilde örneğin bir yaralama olayının varlığına ilişkin iddiasının kanıtlanamadığı sonucuna varmış olabilir. Bu durum, Anayasa Mahkemesinin de başvurusunun olayın varlığını ilişkin iddiasını otomatik olarak reddetmesini gerektirmez. Çünkü, cezai sorumluluğu araştıran ceza mahkemelerinin uyguladıkları kanıtlama standardı ve ispat külfeti ile devletin sorumluluğunu inceleyen Anayasa Mahkemesinin uygulayacağı kanıtlama standardı ve ispat külfeti farklıdır. Başvurucu yaralama olayının varlığına işaret eden makul şüpheden arınmış yeterli delil sunmuş ise, Anayasa Mahkemesinin ceza mahkemesinin kararına dayanarak olayın kanıtlanmadığı sonucuna varması, yaşama hakkının ile işkence ve kötü muamele yasağının usul yönüne ilişkin bir sorun doğurabilir.

Bu nedenlerle, olayların kanıtlanmasıyla ilgili şikayette bulunan her başvuru, kategorik olarak bir anayasal hakkın ihlali iddiasını içermeyen bir başvuru olarak görülemez. Olayları kanıtlama usulünden kaynaklanan şikayetlerin, anayasal hak ihlali iddiası doğurabileceği göz önünde tutulmalıdır.

Hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin şikayetler

Anayasa Mahkemesi “hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması” ile ilgili şikayetleri, anayasal bir hak ihlali iddiası içermeyen bir başvuru olarak göreceğini söylemiştir. Ancak Anayasa Mahkemesinin hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile ilgili şikayetleri anayasal hak ihlali iddi-

ası olarak nitelendirmeme yaklaşımının mutlak olmadığı anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, örneğin *Murat Daş* kararında şöyle demiştir: “Başvurucunun AYİM’ce yapılan yargılamada hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasında hataya düşüldüğü yönündeki iddialarının Anayasa’nın 36. ve AİHS’in 6. maddeleri açısından değerlendirilmesi gerekir.”¹⁴

İlk olarak, Anayasa Mahkemesinin kullandığı “hukuk kuralları” deyiminden Anayasa hükümleri anlaşılamaz; çünkü Anayasa hükümlerinin nihai ve bağlayıcı yorumlayıcısı, Anayasa Mahkemesinin kendisidir. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin Anayasa hükümlerine ilişkin yaptığı yorumları kendi yorumundan üstün tutamaz. Buradaki hukuk kuralları deyiminden, kanun ve diğer alt mevzuat hükümleri anlaşılabilir.

İkinci olarak, derece mahkemelerinin bir kanun hükmünü başvurucunun talebini dışarıda bırakacak şekilde yorumlayıp uygulamaları, kendiliğinden bir anayasal hakkının ihlali iddiası doğurmaz. Ancak derece mahkemelerinin bir kanun hükmünü “yorumlama ve belirli bir olayda uygulama tarzları”, başvurucunun anayasal haklarından birine bir müdahale oluşturabilir.

Bir başvuru Anayasa Mahkemesinden bir kanun hükmünün belirli bir şekilde yorumlanmasına ve uygulanmasına karar vermesini isteyemez. Çünkü Anayasa Mahkemesi derece mahkemelerinin yorum ve uygulamalarının yerine kendi yorumunu ve uygulamasını koyamaz. Anayasa Mahkemesinin yetkisi, derece mahkemeleri tarafından bir kanun hükmünün belirli bir tarzda yorumlanıp uygulanmasının anayasal hakları ihlal edip etmediğini tespit etmekle sınırlıdır. Ayrıca, Anayasa’nın 13. maddesi ile diğer birçok maddesi, Anayasa Mahkemesine, derece mahkemelerinin bir hak ve özgürlüğe müdahale eden (sınırlayan) kararlarını, Anayasadaki “kanunilik” şartına uygunluğunu denetleme yetkisi vermektedir. Buradan çıkan sonuca göre, başvuru- nın anayasal haklarını korumakla görevli olan Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin kanun hükümlerini Anayasa’ya uygun yorumlamama ve uygulamamaları karşısında kayıtsız kalamaz; derece mahkemelerinin kanun hükümlerini Anayasa’ya uygun yorumlayarak hüküm verip vermediklerini denetleme görevini bırakamaz. Bu nedenle, hukuk kurallarının yorumlanmasından ve uygulanmasından kaynaklanan şikayetler, bir anayasal hakkın ihlali iddiası içerebilir.

Üçüncü olarak, derece mahkemeleri tarafından yapılan “yargılamada hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasında hataya düşüldüğü yönündeki iddiaların” sadece “Anayasa’nın 36. ve AİHS’in 6. maddeleri açısından” sorun doğurabileceği ve sırf bu maddeler açısından inceleme yapılması gerektiği söylenemez. Çünkü derece mahkemelerinin bir kanun hükmünü

14 Örneğin, *Murat Daş* kararı, no. 2013/3063, 26.06.2014, §39

yorum ve uygulama tarzları, başvuruçunun maddi anayasal haklarına, örneğin ifade özgürlüğüne veya mülkiyet hakkına müdahale edebilir.

Delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesine ilişkin şikayetler

Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri önündeki yargılama sırasında “delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi” konusundaki şikayetlerin bir anayasal hakkın ihlali iddiası içermeyeceğini söylemiştir. Oysa delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi konusundaki şikayetler, adil yargılanma hakkı bakımından bir ihlal iddiası içerebileceği gibi, anayasal haklardan bazılarının usul güvenceleri bakımından bir ihlal iddiası da içerebilir.

Bir uyuşmazlığa ilişkin hüküm verilirken hangi delillerin kabul edilebilir olduğu, hangi delillerin kabul edilebilir olmadığı kanunlar tarafından düzenlenir. Delillere ilişkin kanun hükümlerinin yorumu ve belirli bir olayda uygulanmaları, öncelikle derece mahkemelerinin görevidir. Anayasa Mahkemesi ise, delillerin toplanma usulü dahil, bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmadığını incelemekle yükümlüdür.

Ulusal hukuk sistemleri hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillere dayanılarak hüküm verilmesini yasaklar. Dolayısıyla kural olarak, kişinin maddi ve manevi bütünlüğü veya özel yaşam, haberleşme ve konuta saygı hakkı gibi bir hakkı ihlal etmek suretiyle elde edilmiş deliller hukuka aykırı deliller olarak görülebilir. Bir davada hukuka aykırı bir delilin kabul edilip hüküm için kullanılması, adil yargılanma hakkı bakımından bir sorun doğurabilir. Yine örneğin, duruşmada başvuruçunun tarafından sorgulanamamış veya sorgulanamamış bir tanığın daha önce soruşturma sırasında verdiği aleyhteki ifadenin güvenilir bir delil olarak değerlendirilmesi ve bu tür bir ifadeye dayanılarak hüküm kurulması, adil yargılanma hakkı bakımından sorun doğurabilir.

Bu nedenlerle, delillerin kabul edilebilirliğine ve değerlendirilmesine ilişkin şikayetlerin kategorik olarak bir anayasal hakkı ihlal iddiasını içermediğini söylemek mümkün görünmemektedir.

Kararların esas yönünden adil olmadığına ilişkin şikayetler

Anayasa Mahkemesi, “kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması”na ilişkin şikayetleri, bir anayasal hakkın ihlali iddiası içermeyen şikayetler olarak nitelendirmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre, “Yargılama hukuka uygun ve adil bir şekilde gerçekleştiği takdirde, yargılama sonucunun adil olup olmadığı konusunda

Mahkemenin herhangi bir değerlendirme yetkisi bulunmamaktadır.”¹⁵ Anayasa Mahkemesi “kararın adil olmadığı iddiaları”nı, kural olarak, “kanun yolu şikayeti”¹⁶ olarak nitelendirmiş ve bu iddiaları açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.¹⁷

Ancak Anayasa Mahkemesi, daha ilk kararlarından itibaren, kanun yolu şikayetlerini, şikayet konusu “derece mahkemeleri kararlarının bariz bir şekilde keyfilik içermesi” hâlinde inceleyebileceğine işaret etmiştir.¹⁸ Anayasa Mahkemesine göre, “... derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda bariz takdir hatası veya açık keyfilik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır.”¹⁹ Böylece Anayasa Mahkemesi, kararın adil olmadığı iddialarını açıkça dayanaktan yoksun bulma yaklaşımına, olaydan olaya değişebilecek bir sınır getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bariz takdir hatası veya açık keyfilik içeren derece mahkemesi kararlarının, “kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal” edeceği kanaatindedir. Anayasa Mahkemesi bu tür kararların “başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri” ihlal edeceğini söylemesine rağmen, “kararın adil olmadığı iddiaları”nı “adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirileceğini” ifade etmiş²⁰ ve bariz takdir hatası ve açıkça

15 bk. örneğin İhsan Vurucuoğlu kararı, no. 2013/539, 16.05.2013, §45

16 Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında “kanun yolu şikayeti” ifadesi yerine, “başvurunun kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu” ifadesini kullanmıştır. bk. örneğin Erdinç Engin kararı, no. 2012/695, 12.02.2013, §24. Burada kısaca kanun yolu şikayeti denilecektir.

17 bk. örneğin, Naci Karakoç kararı, no. 2013/2767, 02.10.2013, §22, 23; Oğuzhan Kozacioğlu kararı, no. 2013/2379, 20.03.2014, §27, 28; Ş.Ç. kararı, no. 2012/1061, 21.11.2013, §22, 23; Lokman Sapan kararı, no. 2013/723, 21.11.2013, §37, 39, 40; Onur Gür kararı, no. 2012/828, 21.11.2013, §14; Salih Karakoç kararı, no. 2013/2954, 19.12.2013, §45, 46; Yusuf Gezer kararı, no. 2013/2103, 14.01.2014, §35, 36; Hilal Özkök kararı, no. 2013/2420, 14.01.2014, §31, 32; İsmail Taşpınar kararı, no. 2013/3912, 06.02.2014, §49, 50

18 bk. örneğin Erdinç Engin kararı, no. 2012/695, 12.02.2013, §22, 24; Necati Gündüz ve Recep Gündüz kararı, no. 2012/1027, 12.02.2013, §26, 28; Ümit Tekin kararı, no. 2013/781, 26.03.2013, §25, 27; Fettah Hansu kararı, no. 2013/906, 16.04.2013, §29. Anayasa Mahkemesi daha sonra kriteri, “adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda bariz takdir hatası ve açıkça keyfilik” şeklinde ifade etmiştir. (Mustafa Gök kararı, no. 2013/700, 15.04.2014, §23, 30).

19 Nadide Çolak ve Diğer 3 Başvurucu kararı, no. 2013/5433, 30.06.2014, §29

20 Anayasa Mahkemesi şöyle demiştir: “Başvurucu her ne kadar ... ihlalini oluşturduğunu ileri sürmüş ise de iddianın özü, söz konusu kararın adil olmadığı hususudur. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Bu sebeple başvurunun bu yöndeki iddiaları Mahkemece, adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir.” bk. örneğin Erdinç Engin kararı, no. 2012/695, 12.02.2013, §15; Miras Mümessillik İnş. Taah. Reklam. Paz. Tic. A.Ş. kararı, no. 2012/1056, 16.04.2013, §24; Vedat Benli kararı, no. 2013/307, 16.05.2013, §16; Keskinkılıç Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. kararı, 2013/4413, 21.11.2013, §30. Anayasa Mahkemesi aynı yaklaşımı bazen şu şekilde ifade etmiştir: “Anayasa Mahkemesi başvurunun ihlal iddialarına ilişkin nitelendirmesi ile bağlı

keyfilik içeren derece mahkemesi kararlarını, adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür.

Bariz takdir hatası ve açıkça keyfilik içeren kararlar, aslında her bir anayasal hakka müdahalenin haklılık şartlarından biri olan kanuna/hukuka uygunluk şartını (kanunla sınırlama şartını) taşımayan kararlar olarak anlaşılabilir. Çünkü kanuna/hukuka uygunluk şartı, bir anayasal hakka müdahalenin başvurucu tarafından öngörülebilir olmasını gerektirir. İşte bariz takdir hatası ve açıkça keyfilik içeren bir karar, başvuru tarafından öngörülebilir bir karar değildir. Böyle bir karar, kategorik olarak adil yargılanma hakkını değil, müdahale ettiği maddi anayasal hakkı kanuna/hukuka uygunluk şartı yönünden ihlal eden bir karardır.

Bariz takdir hatası ve açıkça keyfilik, kanuna/hukuka aykırılık olarak anlaşılacak olursa, Anayasa Mahkemesinin önce derece mahkemesi kararının hangi maddi anayasal hakka bir müdahale oluşturduğunu tespit etmesi, daha sonra müdahalenin kanuna/hukuka uygun olup olmadığı incelerken derece mahkemesinin bariz takdir hatası ve açıkça keyfilik içeren, yani öngörülemez nitelikte bir karar verip vermediğini belirlemesi gerekir. Oysa Anayasa Mahkemesi, derece mahkemesi kararlarının hangi maddi anayasal hakka bir müdahale oluşturduğunu tespit etmeden, bariz takdir hatası ve açıkça keyfilik içerdiğini söylediği kararları adil yargılanma hakkının içine sıkıştıran farklı bir yaklaşım sergilemiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımıyla, Sözleşme kapsamındaki anayasal hakların bütününe göz önünde bulundurmadığı ve derece mahkemesi kararlarının başvuru tarafından hangi maddi anayasal hakkına bir müdahale oluşturmuş olabileceğini incelemeyen, söz konusu kararlarda varılan sonucun “öngörülebilirliği” sorununu adil yargılanma hakkının içine taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu kararların yerleşik bir içtihat haline gelmesi halinde, bütün derece mahkemesi kararlarının içeriği sadece adil yargılanma hakkı açısından incelenebilir hâle gelebilecektir.

Maddi ve hukuki hatalara ilişkin şikayetler

Anayasa Mahkemesi, “derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar”a ilişkin şikayetlerin bir anayasal hakkın ihlali iddiası içermeyeceğini kabul etmektedir.

Anayasa Mahkemesi “maddi hata” ve “hukuki hata” kavramlarından ne

olmayıp hukuki nitelendirmeyi bizzat yapar. İhlal iddiaları, yargılama sonucunda verilen kararın adil olup olmadığına yönelik olup, bu iddialar da adil yargılanma hakkının ihlali iddiası kapsamında değerlendirilmiştir” (Göksel Kum kararı, no. 2013/6862, 30.06.2014, §22; Nadide Çolak ve Diğer 3 Başvurucu, no. 2013/5433, 30.06.2014, §25; Tayyibe Özkantaş kararı, no. 2013/6314, 20.03.2014, §21, 31; Hilal Özkök kararı, no. 2013/2420, 14.01.2014

anlaşılması gerektiğini açıklamış değildir. Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin birçok başvuruda, başvuruçuların "isabetsizlik" şikayetinde bulunduklarını gözlemlemiştir. Anayasa Mahkemesine göre başvuruçuların şikayetleri esas itibarıyla derece mahkemesince "Kanun hükmünün değerlendirilmesinde ve yorumlanmasında isabet bulunmadığına"²¹ veya "delillerin değerlendirilmesinde ve yorumlanmasında isabet olmadığına"²² ilişkin iddialardır. İşte bu "isabetsizlik" şikayetleri, derece mahkemelerinin "hukuki hata" yaptıklarına ilişkin iddialar olarak anlaşılabilir.

Anayasa Mahkemesine göre, "Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin kararlarındaki kanunun yorumuna ya da maddi veya hukuki hatalara dair hususlar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz."²³ Böylece Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin maddi ve hukuki hata yaptıkları şeklindeki şikayetleri inceleme yetkisini bulunmadığına işaret etmektedir. Ancak yine Anayasa Mahkemesi şöyle devam etmiştir: "... Ancak kanun veya Anayasa'ya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik hâlinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerekir. Aksinin kabulü bireysel başvurunun getiriliş amacıyla bağdaşmaz."²⁴ Böylece maddi ve hukuki hata iddialarını incelememe kuralına, çerçevesi belirli olmayan yine "bariz aykırı yorum" ve "açıkça keyfilik" istisnası getirmiştir.

Oysa derece mahkemelerinin kanun hükmünün değerlendirilmesinde ve yorumlanmasında isabet bulunmadığı ve dolayısıyla hukuki hata yaptıkları şeklindeki bütün iddialar, bir anayasal hakkın ihlali iddiası içermeyen iddialar şeklinde nitelendirilemez. Aynı şekilde, delillerin değerlendirilmesinde ve yorumlanmasındaki bir hukuki hata iddiasının da bir anayasal hakkın ihlali iddiasını içermediğini söylemenin mümkün olmadığı haller olabilir. Yukarıda da açıklandığı gibi, belirli bir olayda derece mahkemelerinin hukuk kurallarını "yorumlama ve uygulama tarzları", başvuruçunun anayasal bir hakkına bir müdahale oluşturabilir.

Bunun için ilk önce, derece mahkemesi kararının maddi veya usuli bir anayasal hakka müdahale edip etmediği, eğer müdahale ediyorsa sonra müdahalenin kanuna ve Anayasa'ya aykırı yorumlar veya delillerin takdirinde açıkça keyfilik içerip içermediği incelenmelidir. Çünkü derece mahkemelerinin kanuna ve Anayasa aykırı yorum yaptıkları veya hukuki hata yaptıkları iddiası, aslında bir kanun hükmünün başvuruçusu tarafından öngörülemeyecek şekilde yorumlanıp uygulandığı ve dolayısıyla bu kararın ilgili maddi anayasal hak-

21 bk. örneğin, Mustafa Bülent Erten kararı, no. 2012/649, 16.04.2013, §27

22 bk. örneğin, Fettah Hansu kararı, 2013/906, 16.04.2013, §28; Esma Başbakkal kararı, no. 2012/1128, 08.05.2014, §56

23 bk. örneğin, Ramazan Aras kararı, no. 2012/239, 02.07.2013, §49

24 bk. örneğin, Ramazan Aras kararı, no. 2012/239, 02.07.2013, §49

kın kanuna/hukuka uygunluk şartını ihlal ettiği iddiası olarak anlaşılabilir. Yine delillerin takdirinde açıkça keyfilik bulunduğu iddiası da, delil kural-
ların tamamen dışında öngörülemeyecek bir yorum yapıldığı ve dolayısıyla
kararın kanuna/hukuka uygunluk şartını ihlal ettiği iddiası olarak görülebilir.
Kanuna/hukuka uygunluk şartının ihlali iddiası, müdahalenin varlığıyla de-
ğil, müdahalenin haklılığıyla ilgili bir iddiadır.

Farklı bir anayasal hakkın ihlali iddiası içeren başvurular

Anayasa Mahkemesi, yukarıda da belirtildiği gibi, olayların başvuru-
cudan yapılan hukuki nitelendirmesiyle bağlı olmadığını, olayların hukuki
nitelendirmesini kendisinin takdir edeceğini söylemiştir. Anayasa Mahke-
mesi başvuru-
cunun ileri sürdüğü bir ihlal iddiasını, başvurudaki olayları ve
şikayeti dikkate alarak farklı bir ihlal iddiasına dönüştürebilir ve bu ihlal id-
diasını karara bağlayabilir.

Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı, karara bağlanacak olan bir anayasal
hakkın ihlali iddiasının ne olduğu tespit edilirken başvuru-
cunun (süjenin) ile-
ri sürdüğünün değil, ama başvurudaki olayların (objenin) belirleyici olduğu-
na işaret eden bir yaklaşım olarak görünmektedir. Bu objektif bir yaklaşımdır.

Örneğin, uzun süre özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir başvuru-
cu, kişi
özgürlüğünün değil ama adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olduğunu ile-
ri sürmüş olabilir; taşınmazının değerinin çok altında bir bedelle elinden alın-
dığından şikayet eden bir başvuru-
cu, mülkiyet hakkının değil ama bu yine
adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş olabilir. İşte Anayasa
Mahkemesi olayları nitelendirme yetkisini kullanarak, önce olayların (kamu
gücü tasarruflarının) aslında başvuru-
cunun hangi anayasal hakkına müdaha-
le etmiş olabileceğini tespit edebilir; sonra müdahaleyi, tespit ettiği anayasal
hakkın öngördüğü haklılık şartlarına göre inceleyebilir.

Anayasa Mahkemesinin belirli bir başvuruda doğru nitelendirme yapıp
yapmadığı, yani kamu gücü tasarruflarının başvuru-
cunun iddiasından farklı
bir anayasal hakka müdahale ettiğini söylerken doğru tespit yapıp yapma-
dığı, başvurudaki olaylar ile anayasal hakkın içeriği dikkate alınarak değer-
lendirilebilir. Kuşkusuz bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin nitelendirme
yaparken gösterdiği gerekçe büyük önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi-
nin nitelendirme yetkisine sahip olması, gerekçesiz nitelendirme yapabileceği
anlamına gelmez; iddianın özü budur veya şikayetin özü budur demek yeterli
görünmemektedir; hangi gerekçeyle başvuru-
cunun ihlal iddiasını inceleme-
yeceğini göstermelidir. Ne var ki Anayasa Mahkemesinin “değerlendirme”
başlığı altında yaptığı nitelendirmelerin gerekçelerini görmek pek mümkün
değildir.

NİTELENDİRME YETKİSİNİN KULLANILIŞI

Aşağıda, Anayasa Mahkemesinin açıkça veya üstü örtülü bir şekilde nitelendirme yetkisini kullandığı kararlarından örnekler verilerek, bu yetkinin ne ölçüde doğru kullanıldığı incelenecektir. Anayasa Mahkemesinin başvuru-
nun bir şikayetini ihlal iddiası olarak nitelendirmediği başvurudaki olayların, bir anayasal hakka müdahale oluşturup oluşturmadığı incelenmeye çalışılacaktır.

Yaşama hakkına müdahale

Anayasanın 17. maddesinin 1. fıkrası yaşama hakkını güvence altına almakta, aynı maddenin 4. fıkrası yaşama hakkına müdahalenin haklılık şartlarını göstermektedir. Yaşama hakkı devlete bireyi öldürmeme, bireyin yaşamını koruma ve doğal olmayan bir ölüm hâlinde soruşturma yapma yükümlülükleri yüklemektedir. Doğal olmayan bir ölüm olayında kamu gücünün eylem veya ihmal şeklindeki tasarrufları, yaşama hakkına bir müdahale oluşturur.

Öldürmeye verilen cezanın azlığı

Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının ihlali iddiasını incelediği kararlarından biri, *Sadika Şeker* kararıdır²⁵. Başvuruya konu olan olayda, başvuru-
cunun eşcinsel kardeşi Ahmet Öztürk, yine eşcinsel olan bir arkadaşıyla genellikle eşcinsellerin bulunduğu bir barda tanıştıkları iki kişiyle cinsel ilişkiye girmek üzere arkadaşının evine gitmişler, Ahmet Öztürk bu evde eşleştiği kişi tarafından bıçaklanarak öldürülmüştür. Sanık haksız tahrik indiriminden ve takdiri indirimden yararlandı-
rıldıktan sonra 10 yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir. Başvurucu Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuruda, sanığın fiilinin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngören "canavarca hisle yaptırımı kapsamında nitelendirilmesi gerektiği halde", "5237 sayılı Kanun'un 29. maddesinde hüküm altına alınan haksız tahrik ve 62. maddesinde düzenlenen takdiri indirim hükümlerinin uygulandığını ve bu nedenlerle sanığa eksik ceza tayin edildiği"nden şikayet etmiş (§23) ve Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Derece mahkemelerinin, bir kimsenin kasten öldürme fiilini işlediğini sabit gördükten sonra çeşitli kanun hükümlerini uygulayarak sanığa hiç ceza vermemeleri veya fiilin ağırlığıyla orantısız şekilde cezayı indirmeleri, yaşama hakkına bir müdahale oluşturur mu? Bu soruya, yaşama hakkının koruma alanı ve yaşama hakkından doğan devletin yükümlülüğünün kapsamı ince-

²⁵ Sadika Şeker kararı, no. 2013/1948, 23.01.2014

lenerek yanıt verilebilir.

Yaşama hakkı, bireyi devlet görevlilerinin veya üçüncü kişilerin öldürme fiillerine karşı korumakta, ölüm meydana gelmiş ise devlete sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılması amacını taşıyan etkili bir soruşturma yapma yükümlüğü yüklemektedir. AİHM'e göre, devletin soruşturma yükümlüğü, bir ceza davası açılmış ise, cezalandırma aşamasını içerecek şekilde geniştir. Yaşama hakkı başvuruçuya, üçüncü bir kişinin suç işlemesi hâlinde cezalandırılmasını sağlama hakkı vermez, ama ulusal mahkemeler yaşama karşı suçların cezasız kalmasına hiçbir koşulda izin vermemelidirler. AİHM bu noktada, ulusal mahkemelerin bir karara varırken Sözleşme'nin 2. maddesinin gerektirdiği dikkatli incelemeyi yapıp yapmadıklarını ve böylece yaşama hakkı ihlallerinin önlenmesinde yargısal sistemin caydırıcı etkisini ve oynamaları gereken rolü zayıflatmış olup olmadıklarını denetleme, adli makamların sorumluları cezalandırmakta kararlı olup olmadıklarını değerlendirme yetkisine sahip olduğunu söylemiştir²⁶. AİHM ayrıca, fiilin ağırlığı ile ulusal mahkemeler tarafından verilen ceza arasında açık bir orantısızlığın bulunması halinde, belirli bir denetim yetkisi kullanabileceğini belirtmiştir²⁷. Sonuç olarak AİHM, ulusal mahkemelerin bir öldürme fiilini cezasız bırakmalarını veya fiilin ağırlığıyla açıkça orantısız bir ceza vermelerini yaşama hakkına bir müdahale olarak görmüş ve devletin usul yükümlülüğü çerçevesinde incelemiştir.

Anayasa Mahkemesinin cezasız bırakma ve orantısız ceza verme konusundaki görüşü, *Sadika Şeker* kararının belki şu paragrafında bulunabilir: “Bireylerin cezai sorumluluklarının kapsamının belirlenmesine yönelik hukuki sorunların incelenmesi kural olarak Anayasa Mahkemesinin yetkisi kapsamında olmayıp, suçluların tespiti ve cezalandırılması derece mahkemelerin görev ve yetkisindedir. Ancak yukarıda belirtilen yaşam hakkına yönelik müdahaleleri, soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği yönünden Anayasa Mahkemesince incelenmelidir” (§49).

Anayasa Mahkemesi öldürmenin cezalandırılması konusundaki inceleme yetkisinin varlık nedenini açıklamamış, incelemenin konusunu ise “yukarıda belirtilen yaşama hakkına yönelik müdahaleler” olarak ifade etmiştir (§49). Ancak “yukarıda” (§48), başvuruçunun şikayetleri özetlenmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesinin, başvuruçunun şikayetlerine konu olayları yaşama hakkına yönelik müdahaleler olarak kabul ettiği düşünülebilir. Başvuruçunun şikayetleri arasında “sanığa eksik ceza tayin edildiği” (orantısız ceza verildiği) şikayeti de yer almıştır. Başvuruçu bu şikayetini, “5237 sayılı Kanun’un 29. maddesinde hüküm altına alınan haksız tahrik ve 62. maddesin-

26 Öneriyıldız – Türkiye [BD], no. 48939/99, 30.11.2004, §96-115

27 Ali ve Ayşe Duran – Türkiye, no. 42942/02, 08.04.2008, §66

de düzenlenen takdiri indirim hükümlerinin uygulanması" olaylarına (§23) dayandırmıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin, haksız tahrik ve takdiri indirim hükümlerinin olayda uygulanma tarzından kaynaklanan orantısız cezalandırmayı yaşama hakkına müdahale olarak görüp incelemesi beklenir.

Anayasa Mahkemesi, "kasten öldürme suçu üzerinden haksız tahrik ve takdiri indirim hükümleri de uygulanarak ceza miktarının saptandığı"nı belirtmiş (§50), ancak izleyen paragraflarda (§51-52), saptanan ceza miktarının "eksik" (orantısız) olduğu şikayetine yol açan haksız tahrik ve takdiri hükümlerinin uygulanma tarzını yaşama hakkı açısından incelememiştir. Anayasa Mahkemesi bu konuda inceleme yapmak yerine, "başvuru dosyasında oluşa ilişkin belge ve bilgiler dikkate alındığında, sorumluların tespitine yönelik soruşturmanın yetersiz olduğundan ve kararın somut kanıtlarla çelişecek biçimde ve açıkça hukuka aykırılık oluşturacak şekilde keyfi verildiğinden söz edilemeyeceği gibi, bu konuda ihmali bir davranış veya yetkililere yüklenebilecek bir eksiklik de saptanama"dığı sonucuna varmıştır (§52).

Anayasa Mahkemesinin *Sadika Şeker* kararında, cezanın orantısızlığı şikayetine yol açan cezada indirim hükümlerinin uygulanma tarzını yaşama hakkına bir müdahale olarak nitelendirdiğini söylemek mümkün değildir. Bu tür olayları yaşama hakkına müdahale olarak nitelendirip incelemeyen Anayasa Mahkemesinin, AİHM'in deyişiyle, derece mahkemelerinin bir karara varırken Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği dikkatli incelemeyi yapıp yapmadıklarını ve böylece yaşama hakkı ihlallerinin önlenmesinde yargısal sistemin caydırıcı etkisini ve oynaması gereken rolü zayıflatmış olup olmadıklarını denetleyebileceği düşünmek zordur.

Ölüme verilen tazminatın azlığı

Sadece cezanın orantısızlığı değil, ölüm nedeniyle hükmedilen tazminatın orantısızlığı da yaşama hakkının korunması bakımından bir sorun doğurabilir. *Mehmet Karadağ* başvurusuna²⁸ konu olan olayda, başvuru arkadaşı ile birlikte, yanında askeri birliğin bulunduğu bir Yatılı Bölge İlköğretim Okulu alanında bir roket atar mermisi bulmuşlar, mermiyi taşa vuran arkadaşı patlama sonucu ölmüş, başvuru ise yaralanmış ve yüzde 28 oranında sakat kalmıştır. Başvurucunun idareye karşı açtığı tazminat davasında İdare Mahkemesi idarenin hizmet kusuru, başvurucunun da müterafik kusuru bulunduğunu belirtmiştir. İdare Mahkemesi, "olay tarihinde, davacının arkadaşları ile buldukları baş kısmı siyah ve arkasında pervane bulunan siyah renkteki metal maddenin patlayıcı madde olduğunu ve bu maddeyi taşa vurmanın patlamasına sebebiyet verebileceğini bilmesi gereken, temyiz kudretine sahip

28 Mehmet Karadağ kararı, no. 2013/2030, 26.06.2014

bir yaşta (17) olduğu, diğer taraftan anne ve babanın da denetim ve gözetim görevini tam olarak yapmadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde, %75 oranında müterafik kusurun olduğu” sonucuna varmıştır (§26). Başvurucuya 13, 294 TL maddi tazminat ve 2, 500 TL manevi tazminat ödenmesine hükmedilmiştir. Başvurucu Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuru da hükmedilen tazminat miktarının düşüklüğünden şikayet etmiştir.

Başvurucu yaşama hakkının ihlal edildiğini ileri sürmediği halde, Anayasa Mahkemesi ilk olarak, olayı yaşama hakkı yönünden sorun doğuran bir olay olarak görmüş ve şikayeti yaşama hakkı yönünden incelemiştir. Anayasa Mahkemesi ikinci olarak, ölüm meydana gelmemiş olsa bile bir olayda yaşama hakkına müdahalenin söz konusu olabileceğini kabul etmiştir (§20). Anayasa Mahkemesi üçüncü olarak, cezai soruşturma yapılmasının yanında makul bir tazminata hükmedilmiş olmasının, başvurunun mağdurluk sıfatını ortadan kaldırmadığını kabul etmiştir (§23). Anayasa Mahkemesine göre, telafi imkânının uygun ve yeterli olup olmadığı kararı, ihlalin niteliği göz önünde bulundurularak davadaki koşullarının tamamı değerlendirilmek suretiyle verilebilir. Bu çerçevede bir başvurunun mağdur sıfatı bulunup bulunmadığı, idari veya yargısal bir kararla kendisine ödenmesine karar verilen tazminata da bağlı tutulabilir (§24).

Somut olayda başvuru, derece mahkemesinin düşük miktarda tazminat hükmetmiş olmasından şikayetçi olmuştur. Başvurucu olay tarihindeki yaşı ve diğer şartlar değerlendirilmeden kendisine kusur oranının izafe edildiğini belirtmiştir (§16). Anayasa Mahkemesi, diğer faktörler yanında, başvurunun müterafik kusuru dikkate alınarak takdir edilen tazminat miktarının, başvurunun uğradığı zararlar açıkça orantısız olmadığı sonucuna varmıştır (§28). Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından “müterafik kusur”un varlığını kabul edilirken, başvurunun “arkasında pervane bulunan siyah renkteki metal maddenin patlayıcı madde olduğunu ve bu maddeyi taş vurma patlamasına sebebiyet verebileceğini bilmesi” gerektiği kabulünü neye dayandığını sormamıştır. Genel bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi olayda derece mahkemelerin ellerindeki yetkileri başvurunun yaşama hakkını koruyucu yönde kullanıp kullanmadıklarını incelememiştir.

Öte yandan, idarenin ölümüne sebebiyet vermesi nedeniyle açılan tazminat davasının uzun sürmesinden doğan şikayet, Anayasa Mahkemesi tarafından yaşama hakkına müdahale olarak nitelendirilmeksizin, başvurunun iddiaları çerçevesinde incelenmiştir. *Mustafa Bayrı* başvurusuna²⁹ konu olan olayda, başvurunun eşi, hareket halindeki bir trenden kopan parçanın başına isabet etmesi üzerine hayatını kaybetmiştir. Başvurucu uğradığı maddi ve manevi zararların tazmini istemiyle açtığı dava yaklaşık 12 yıl sürmüştür.

29 Mustafa Bayrı kararı, no. 2013/5718, 20.03.2014

Başvurucu Anayasa Mahkemesine yaptığı başvuruda, davanın makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle Anayasa'nın 36. ve 40. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi başvurusunun şikâyetlerinin, adil yargılanma hakkı ile etkili başvuru hakkının ihlaline yönelik olduğunu belirterek (§31), başvurusunun adil yargılanma hakkı konusundaki iddialarını, uygulanabilirlik koşullarına değinmeksizin, incelemiştir. Başvurucunun yaşama hakkını ihlal edildiğini ileri sürmediği doğrudur. Ancak Anayasa Mahkemesinin başvuru-daki olayları ve şikayeti, yaşama hakkının ihlali iddiası olarak nitelendirmeyi düşünmediği de açıktır. Oysa başvuruya konu derece mahkemeleri önündeki dava, devletin sorumlu tutulabileceği bir ölüm olay ile ilgilidir. Dolayısıyla başvuruya konu şikayeti yaşama hakkı ihlali iddiası olarak nitelendirmek mümkündür. Anayasa Mahkemesi olayda yargılamanın uzun sürmüş olmasını, devletin makul bir özen ve hızla soruşturma yapma yükümlülüğü yönünden yaşama hakkını ihlal edip etmediğini inceleyebilirdi.

Anayasa Mahkemesi bir başka olayda, idarenin kusursuz sorumluluğuna dayanılarak açılan maddi tazminat davasının reddedilmesi üzerine başvuruların yaşama hakkının ihlal edildiği iddiasını, yaşama hakkı yönünden incelenmiştir. *Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya* başvurusuna³⁰, konu olan olayda başvuru-cuların çocukları Nazar Çetinkaya'nın 12/9/2006 tarihinde Diyarbakır Koşuyolu Parkı duvarının yakınına terör amaçlı yerleştirilen bir bombanın patlatılması sonucu yaşamını yitirmesi üzerine açtıkları davada hükmedilen tazminat miktarının yetersizliğinden şikayet etmişlerdir. Başvurular, diğer bazı hakların yanında, yaşama hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi, bu başvuruda, devletin yaşama hakkını koruma şeklindeki pozitif yükümlülüğünü ihlal edip etmediğini incelemiş ve sonuçta ihlal edilmediğine karar vermiştir (§55-76).

İşkence ve kötü muamele yasağına müdahale

Anayasanın 17. maddesinin ikinci fıkrası, genel olarak vücut bütünlüğüne dokunma yasağı getirmiş; aynı maddenin üçüncü fıkrası, 'işkence', 'eziyet' ve 'insan haysiyetiyle bağdaşmayan' muamele ve cezaları yasaklamıştır. Başka hallerin yanında, gözaltında sorgulama yöntemi olarak yapılan işkence veya kötü muameleler de Anayasa'nın 17. maddesinde yasaklanan muameleler kapsamına girebilir ve bu madde bakımından sorun doğurabilir.

30 Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya kararı, no. 2013/1280, 28.05.2014

Göztaltında kötü muamelenin ispatı

Anayasanın 17. maddesini esas yönünden ihlal edip etmediğinin incelenebilmesi için, şikayet konusu olayın gerçek olabileceğine işaret eden bir delil veya bulgunun bulunması gerekir. Anayasa Mahkemesi, *Cuma Doygun* kararında³¹, başvurunun göztaltında kötü muamele gördüğüne ilişkin şikayetin gerçekliğine ilişkin bir bulgu tespit edememiş ve bu iddiayı açıkça dayanak-tan yoksun bulmuştur. Başvurunun göztaltında kötü muamele gördüğüne ilişkin şikayeti, derece mahkemesi tarafından “poliste alınan 4/6/2007 tarihli beyanının incelenmesinde avukat huzurunda alındığının anlaşıldığı, avukat huzurunda alınan savunmalarda baskıdan söz edilemeyeceği, ” (§17) gerekçesiyle reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ise başvurunun süreç içindeki tutumunu daha yakından incelemiş, ileride ileri süreceği kötü muamele şikayetini belgelendirmek için yapmış olması gerekenleri yapmamış olduğunu gözlemlemiştir. Anayasa Mahkemesi, başvurunun göztaltında tutulduğu sırada verilen doktor raporlarına itiraz etmediğini ve başka bir doktor tarafından muayene edilmek istemediğini, tüm ifade ve savunmaların avukat huzurunda alınmış olduğunu, savcıya veya sorgu hakimine işkence gördüğüne yönelik bir beyanda bulunmadığını, kötü muamele iddialarını mahkeme huzurunda sadece genel olarak açıklamaya çalıştığını ve göztaltında sırasında olanlar hakkında ayrıntılı bilgi vermediğini, ilgililer hakkında bir şikayette bulunmadığını kaydetmiştir (§29-31). Böylece Anayasa Mahkemesi, göztaltında kötü muamele gördüğünü iddia eden başvurunun iddiasını destekleyen bir delil elde edilememiş olmasının nedenlerini de açıklamıştır.

Bu karardan Anayasa Mahkemesinin, derece mahkemesinin delil bulunmadığına ilişkin vardığı sonuç ile yetinmeyeceği ve göztaltında işkence ve kötü muamele iddialarını destekleyen bir bulgunun var olup olmadığını tüm dosyayı inceleyip, devletin sorumluluğunu tespiti yarayan ispat kurallarını uygulayarak esas yönünden de bir ihlal olup olmadığını tespit edebileceği izlenimi doğmaktadır.

Ne var ki Anayasa Mahkemesi, *Cemil Danışman* başvurusunda³², soruşturma makamlarının başvurunun işkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin bir soruşturma yapmamış olmaları halinde, Anayasa Mahkemesinin işkence veya kötü muamele yasağının ihlali iddialarının esası hakkında bir değerlendirme yapmasının mümkün olmadığını söylemiştir (§125). Bu başvuru dosyasında işkence ve kötü muamele yapıldığına işaret eden yara izlerini gösteren adli tıp raporu ve tanık ifadeleri bulunduğu halde, Anayasa Mahkemesi dev-

31 Cuma Doygun kararı, no. 2013/394, 06.03.2014

32 Cemil Danışman kararı, no. 2013/6319, 16.07.2014

letin sorumluluğunu esastan incelemeyi reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi devletin sorumluluğunu tespiti yarayan insan hakları yargısının ispat kurallarını uygulamamıştır. Anayasa Mahkemesinin, sırf soruşturma makamlarının soruşturma yapmamış olmaları nedeniyle işkence ve kötü muamele iddiasını esas yönden incelemekten kaçınması, devleti bu bağlamda sorumluluktan kurtaracak ve işkence ve kötü muamele yapanları cezasız bırakmayı teşvik edecektir.

Gözetiminde işkenceye verilen cezanın azlığı

Anayasa Mahkemesi *Cengiz Demir ve Diğer 2 Başvurucu* başvurusuna³³ konu olan olayda, başvurularda gözetiminde işkence yapan görevli aleyhinde ceza mahkemesi tarafından mahkumiyet kararı verilmiş olmasına rağmen, ceza mahkemesinin dayandığı delilleri yeniden incelemiş ve işkence yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu başvuruya konu olan olayda, telefon teli hırsızlığı şüphesiyle 3 gün gözetiminde tutulan üç başvurucuya gözetiminde işkence yaptıkları iddiasıyla jandarmalar aleyhine ceza davası açılmış, 11 yıldan fazla süren yargılama sonunda jandarma karakol komutanının üç kişiye işkence yapma suçundan (mülga TCK md. 243/1 ve 71) 30 ay 3 hapis cezasıyla mahkum edilmesine ve 7 ay 15 gün memuriyetten men edilmesine, jandarma karakol komutan yardımcısının beraatına karar verilmiş ve karar kesinleşmiştir. Öte yandan gerçeğe aykırı rapor düzenlemek suçundan yargılanan doktorlardan biri hakkında önce görevi ihmal suçundan para cezası verilmiş ancak daha sonra temyiz aşamasında davanın zamanaşımından düşmesine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu başvuruyu devletin işkence yasağını maddi yükümlülük yönünden ihlal edip etmediğini incelerken, cezai kovuşturmanın yapılmış ve bir sanığın işkence suçundan mahkum edilmiş olmasının başvurularda mağdurluk sıfatını ortadan kaldırmış olup olmadığını sormuştur. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin "... işkence gibi vahim suç oluşturan bir fiilin hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğini göstermekten ziyade, bu fiilin sonuçlarını hafifletecek biçimde orantısız bir şekilde asgari haddi hüküm kurması ve bir sanık yönünden de davanın zamanaşımından düşmüş olması nedeniyle başvurularda mağdurluk sıfatlarının ortadan kalkmadığı sonucuna ..." varmıştır (§78). Anayasa Mahkemesi olaydaki fiili işkence olarak nitelendirdikten sonra şöyle demiştir: "Öte yanan bir sanık yönünden davanın zamanaşımına uğramış olması, mahkum olan jandarma görevlisi hakkında ise, Mahkemenin gerekçesinde belirttiği vahim nitelikteki eylemleri de dikkate alındığında, işlenen suç ile verilen ceza arasında orantısız bir

33 Cengiz Demir ve Diğer 2 Başvurucu kararı, no. 2013/293, 17.07.2014

uygulama yapılmış olması ve verilen cezanın yasal olmayan bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki doğurmaması nedenleriyle, devletin söz konusu davada başvuruçuların fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini kanunlar aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği anlaşılmıştır” (§106).

Anayasa Mahkemesi *Sadika Şeker* başvurusunda, başvuruçunun öldürmeye verilen cezanın orantısızlığına ilişkin şikayetini yaşam hakkı yönünden incelememişti. Anayasa Mahkemesinin *Cengiz Demir ve Diğer 2 Başvuruçu* kararında cezanın orantısızlığını, anayasal haklar yönünden incelenebilir bir müdahale olarak görmesi önemlidir. Ancak Anayasa Mahkemesinin, hangi şartlarda bir cezayı orantısız bulacağına işaret eden kriterlerden söz etmemesi ve bu olayda cezayı neden orantısız bulduğuna ilişkin somut bir gerekçe göstermemesi, derece mahkemelerinin bu yönden yapılan ihlal tespitini anlamalarını güçleştirecektir.

Sosyal yardımlar

Anayasanın 17. maddesindeki maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, devlete sadece bu hakka dokunmama yükümlülüğü değil ama bireyin bu hakkı kullanabilmesi için gerekli tedbirleri alma şeklinde pozitif yükümlülük de yükler. Sosyal yardımlar, devletin bu yükümlülüğünü yerine getirmesinin araçlarından biri olarak görülebilir. *Ramazan İpek* başvurusuna³⁴ konu olan olayda, sözleşmeli uzman erbaş statüsünde TSK’da görev yapan başvuruçuya kanser teşhisi konulmuş, ameliyat edilmiş ve sağlık kurulunun “Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapamaz” kararı doğrultusunda sözleşmesi feshedilmiş, ancak maluliyet yardımı yapılmamıştır. Başvuruçunun maluliyet yardımı alabilmek için yaptığı başvuru ve açtığı dava, Kanunun 26(a)(1). bendinde öngörülen şartın bulunmadığı, yani “bu hastalıktan dolayı fikren ve bedenen bir işle meşgul olmak imkanından kati surette mahrum kalmadığı” gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvuruçucu ise kendisindeki kanser hastalığının Kanunun 26(a)(2). bendindeki “tedavisi gayrikabil daimi hastalıklar”dan olduğu ve kendisine maluliyet yardımı yapılmasını sağlayacak bu hükmün uygulanmaması nedeniyle malullük yardımı yapılmadığından şikayet etmiş, mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, AİHM’in sosyal yardımlara ilişkin yaklaşımını şu şekilde kaydetmiştir: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de sosyal ve ekonomik haklar bünyesinde yer alan sosyal yardımlarla ilgili ihlal iddialarını, Sözleşmede korunan hakların niteliğine uygun düştüğü takdirde Sözleşme kapsamındaki bu haklarla bağlantı kurarak inceleme yapabilmek-

34 Ramazan İpek kararı, no 2012/1105, 17.072014

tedir. AİHM, örneğin genel sağlık sigortası kapsamında tedavi giderlerinin tamamının devlet tarafından karşılanmamasının kişinin yaşamını tehlikeye attığı iddiasının yaşam hakkı kapsamında (Örnek için bkz. AİHM, Nitecki/Polonya, B. No: 65653/01, 21/3/2002); bu durumun kişinin yaşam koşullarını gerekli asgari düzeyin altına indirdiği iddiasının ise insanlık dışı ve aşagılayıcı muamele yasağı kapsamında (Örnek için bkz. Pancenko/Letonya, B. No:40772/98, 28/10/1999) incelenebileceğini belirtmiştir" (§16). Anayasa Mahkemesinin kararında AİHM'in sosyal yardımlarla ilgili içtihadına yer vermiş olması, AİHM'in içtihadına katıldığı ve somut olayda başvurunun sosyal yardımdan yararlandırılmamasını Anayasa'nın 17. maddesindeki "maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme" hakkına bir müdahale olarak nitelendirip inceleyeceği izlenimini vermektedir.

Ne var ki Anayasa Mahkemesi, olayı Anayasa'nın 17. maddesi yönünden incelememiş, olaydaki kamu gücü tasarrufunu Anayasa'nın 17. maddesindeki hakka yönelik bir müdahale olarak görmemiştir. Anayasa Mahkemesinin bu başvuruyu incelerken, başvuru konusu olayın hangi hak ihlali iddiasını "içerdiği"ni değil, ama başvurunun "talebi"ni (iddiasını) göz önünde tuttuğu anlaşılmaktadır. Başvurucu mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiş, Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkı yönünden incelemiş ve başvurunun "mülkiyet hakkı bağlamında korunması gereken bir menfaatin bulunmadığı"ni belirterek, mülkiyet hakkına bir müdahale görmemiştir (§17-21). Anayasa Mahkemesi daha sonra, başvurunun iddiasının "özünde hukuk kurallarının yorumlanmasına ve mahkeme kararının sonucuna ilişkin olup adil yargılanma hakkı şikâyetine bağlı bir şikâyet olduğu" nitelendirmesinde bulunmuş (§23), "başvurucu tarafından ileri sürülen iddiaların kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu" sonucuna varmış ve başvuruyu kabul edilemez bulmuştur (§28). AİHM içtihadının gerektirdiğinin aksine, Anayasa Mahkemesi başvuru konusu olayı Anayasa'nın 17. maddesi yönünden incelememiştir.

Zorla çalıştırma ve angarya yasağına müdahale

Anayasanın 18. maddesi, Sözleşme'nin 4. maddesinden farklı olarak, kölelik ve kulluk yasağına yer vermemiş, sadece zorla çalıştırmayı ve angaryayı yasaklamıştır. Anayasa'nın 18. maddesinin ikinci fıkrasında, "şekil ve şartları kanunla düzenlenmek" koşuluyla, bazı çalıştırmaların, birinci fıkra anlamında zorla çalıştırma sayılmayacağını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi "zorla çalıştırma veya angarya yasağı"nın ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü bazı başvurularda Anayasa'nın 18. maddesinin koruduğu hakka bir müdahale bulunup bulunmadığını incelemiştir. Anayasa

Mahkemesi, naklen atamaya izin verilmemesi³⁵, müvekkili lehine karar verildiği halde avukata vekalet ücretine hükmedilmemesi³⁶, vekalet ettiği görevin kadrosu için öngörülen ücretin ödenmemesi³⁷, asıl görev yeri dışında çalıştırılması³⁸ konusundaki şikayetleri, zorla çalıştırma ve angarya yasağı ile korunan hakka bir müdahale olarak görmemiştir.

Ücreti ödenmeyen çalışma

S.Ç. başvurusunda³⁹, deniz astsubayı olan başvuru “görevlendirme emri ile çalışmasına rağmen hak ettiği ücreti alamamasının Anayasa’nın 18. maddesinde düzenlenen angarya yasağına aykırı olduğunu” açıkça ileri sürmüştür (§14). Anayasa Mahkemesi bu iddiayı “adil yargılanma hakkının ihlali iddiası kapsamında” değerlendireceğini söylemiş (§15) ve daha sonra başvuru angarya yasağı konusundaki şikayetini “kanun yolu şikayeti” olarak nitelendirerek açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varmıştır (§23). Anayasa Mahkemesi bu kararında, görevlendirme emri ile çalışmaya rağmen ücret alamama şikayetinin zorla çalıştırma veya angarya yasağına bir müdahale oluşturup oluşturmadığını incelememiş, bu şikayeti neden adil yargılama hakkı kapsamında incelemeyi düşündüğünü ve nasıl olup da bu şikayeti kanun yolu şikayeti olarak nitelendirdiğini açıklamamıştır.

Ek askerlik yükümlülüğü

Anayasa Mahkemesi, zorla çalıştırma yasağına bir müdahale olarak nitelendirip inceleyebileceği ek askerlik yükümlülüğüne ilişkin bir şikayeti, adil yargılanma hakkı bakımından incelemiş ve ihlal bulmuştur. *Kenan Özteriş* başvurusuna⁴⁰ konu olan olayda, hakkında yedek subay askerlik kararı alınan başvuru, 2011 yılında askerlik görevini kısa dönem erbaş olarak tamamladıktan yaklaşık 6 ay kadar sonra, askerlik kararı uzun dönem er olarak tadil edilmiş ve eksik hizmetinin tamamlanması için yeniden askere alınmasına karar verilmiştir. Hizmet süresindeki bu değişiklik, başvuru hırsızlık suçundan 2004 yılından ertelenmiş hapis cezasının bulunduğu anlaşılmaya dayandırılmıştır. Askerlikle ilgili kanunlar, sonuç itibarıyla hırsızlık suçu işlemiş olan bir kimse hakkında yedek subay askerlik kararı verilemeyeceğini, uzun dönem er olarak askerlik yapmalarını öngörmektedir. Ama yine o tarihte yürürlükteki TCK hükümleri, bir suçtan mahkum olmuş bir

35 Serkan Acar kararı, no. 2013/1613, 02.10.2013, §26-29

36 Atilla İnan kararı, no. 2012/615, 21.11.2013, §36-47

37 Halil Üstündağ kararı, 2013/5062, 14.01.2014, §19-30

38 Aysun Toka kararı, no. 2013/2364, 07.03.2014, §30-34

39 Ş.Ç. kararı, no. 2012/1061, 21.11.2013, §

40 Kenan Özteriş kararı, no. 2012/989, 19.12.2013

kimsenin cezası ertelenmiş ise, 5 yıl içinde yeni bir suç işlememesi halinde, mahkumiyetin esasen vaki olmamış sayılmasını öngörmektedir. Başvurucu hırsızlıktan mahkumiyetinin ertelenmesinden sonraki 5 yıl içinde başka bir suç işlememiştir. Başvurucunun askerlik süresini uzatan bu işlem aleyhine açtığı iptal davasında AYİM, "... davacının işlemiş olduğu suçun vasfı itibarıyla, idarenin, davacının 'yedek subay aday adayı statüsünden çıkarılması' yönünde işlem tesis etme konusunda 'bağlı yetki'sinin bulunduğu"nu söylemiş, "bu durumun davacının yedek subay ve yedek subaylık hakkına sahip yükümlülerin yararlandığı altı aylık kısa dönem er olarak askerlik hizmetini yapmasına engel teşkil ettiği" sonucuna varmış ve işlemi hukuka uygun bulmuştur (§55). AYİM, başvurucu hakkında yedek subay askerlik kararı alındığı tarihte başvurucunun mahkumiyetinin hiç vaki olmamış sayılıp sayılamayacağını incelememiştir.

Başvurucu, Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuruda, Anayasa'nın 18. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmemiş, ama "askerden terhis olduktan yaklaşık altı ay sonra MSB'nin yazısına istinaden eksik hizmeti bulunduğu gerekçesiyle tekrar askere alınacağını bildirilmesinin hukuki güvenlik ve istikrar ilkelerine aykırı olduğunu, askerlik hizmetini tamamladığını ve bunun kendisi açısından kazanılmış hak teşkil ettiğini, tekrar askere çağırılmasının kazanılmış haklara saygı ilkesini zedelediğini, MSB'nin kararına karşı açtığı davada Mahkemece verilen kararın adil olmadığını" iddia etmiştir (§24).

Anayasa Mahkemesi, şikayete konu ek askerlik yükümlüğünü hukuka uygun bulan AYİM kararının başvurucunun maddi bir anayasal hakkına müdahale oluşturup oluşturmadığını inceleme ve buna göre nitelendirme gereği duymamıştır. Anayasa Mahkemesi başvurucunun yargılamada hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasında hataya düşüldüğü yönündeki iddiasını kararın adil olmadığı iddiası olarak nitelendirmiştir (§28, 49).

Anayasa Mahkemesi başvurucunun şikayetini adil yargılanma hakkının içinde zımnen mevcut bir ilke olarak gördüğü "hukuki güvenlik ilkesi"ni bakımından incelemiştir. Anayasa Mahkemesi bu ilkenin "kanunun düzenlediği alanda belli bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmesi"ni gerektirdiğini belirtmiştir (§53).

Anayasa Mahkemesine göre olayda, "AYİM önündeki davada, hukuki sorunun çözümünde önem arz eden tecil durumu ve başvurucu açısından beş yıllık deneme süresinin geçmiş olmasının kararda değerlendirilmediği anlaşılmaktadır." (§58). Anayasa Mahkemesi daha sonra şöyle devam etmiştir: "... başvurucu hakkında verilen mahkûmiyetin tecil edilmesinin sonuçları ile ilgili açık bir kanun hükmü mevcuttur. Bu hükme verilecek olağan anlam belidir ve başvurucu buna göre kendisine muamele edileceğini beklemektedir.

Ancak AYİM 2. Dairesi, açık olan kanun hükmüne olağanın dışında farklı bir anlam verip buna göre uygulama yapmıştır. ... Buna göre, AYİM ... kararındaki yorumu “öngörülemez” niteliktedir ve “bariz takdir hatası” içermektedir.” (§64). Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, olayda adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

İlk olarak, Anayasa Mahkemesi başvuruda Anayasa’nın 36. maddesinin uygulanabilirliğini tartışmamıştır. Bir başka deyişle başvurucunun askerlik hizmetinin uzatılması kararındaki uyuşmazlığın, “medeni hak ve yükümlülükler” veya “bir suç isnadına” ilişkin bir uyuşmazlık olup olmadığını incelememiştir.

İkinci olarak, Anayasa Mahkemesinin AYİM önündeki davada tecil durumu ve başvuru açısından beş yıllık deneme süresinin geçmiş olmasının kararda değerlendirilmediğini, yani erteleme ile ilgili TCK hükmünün uygulanmadığını tespit ettikten sonra, AYİM’in “kanun hükmüne olağanın dışında farklı bir anlam verip buna göre uygulama” yaptığı sonucuna varmasını anlamak mümkün değildir. Çünkü AYİM kararındaki sorun, yürürlükteki bir kanun hükmüne olağandışı bir anlam verme sorunu değil, TCK hükmünü ihmal etme ve “uygulamama” sorunudur.

Üçüncü olarak, Anayasa Mahkemesi askerlik süresinin uzatılması kararının başvurucunun hangi maddi anayasal hakkına bir “müdahale” oluşturmuş olabileceğini tespit etmeyi düşünmemiştir. Oysa Anayasa’nın 18. maddesi “zorla çalıştırma yasağı”nı güvence altına almaktadır. Anayasa’nın “vatan hizmeti”ni düzenleyen 72. maddesiyle birlikte ele alındığında, askerlik hizmetinin, 18. maddenin ikinci fıkrasında yer alan “ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalar”ının kapsamına girebileceği söylenebilir. Yani zorunlu askerlik hizmeti, bu madde anlamında bir çalıştırma sayılabilir. Dolayısıyla Anayasa’nın 18. maddesinde güvence altına alınan hak, olayda uygulanabilir niteliktedir. Derece mahkemesinin askerlik hizmet süresini uzatan kararı da, bu maddede korunan hakka bir müdahale oluşturmaktadır. (Ayrıca askerlik hizmet süresini uzatma kararı, Anayasa’nın 20. maddesindeki özel yaşama saygı hakkı bakımından da bir sorun oluşturabilir). Bu müdahalenin “haklı” görülebilmesi için, müdahalenin öncelikle 18. maddenin 2. fıkrasında “şekil ve şartları kanunda düzenlenen” bir müdahale olması gerekir. Ayrıca, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini söyleyen Anayasa’nın 13. maddesi de müdahalenin kanuna/hukuka uygun olmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesi gereken sorun, AYİM kararıyla getirilen ek askerlik hizmetinin “şekil ve şartları kanunda düzenlenen” bir yükümlülük olup olmadığı sorunudur. Kanun(lar), ek askerlik

hizmetine karar verildiği tarihte vaki olmamış sayılması gereken bir suçun askerlik hizmeti kararı bakımından dikkate alınmasını engellemektedir. Dolayısıyla başvurucuya yükletilen ek askerlik süresinin kanuni bir temeli bulunmamaktadır. Ek askerlik hizmeti, şekil ve şartları kanunda düzenlenen bir yükümlülük olmadığı için, Anayasa'nın bu çalıştırma zorla çalıştırma sayılabilir ve Anayasa'nın 18. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılabilir.

Anayasa Mahkemesinin bu davadaki yaklaşımı, derece mahkemelerinin sadece yargılama sırasında izledikleri usulün adil olmasını güvence altına alan adil yargılanma hakkının tanımının tümüyle dışında bir yaklaşımdır. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemesi kararının önce başvurunun hangi anayasal hakkına bir müdahale oluşturmuş olabileceğini tespit etmeyi gerekli görmeksizin, bu kararı adil yargılanma hakkı çerçevesinde incelemeyi sürdürmüştür.

Kişi özgürlüğüne müdahale

Anayasanın 19. maddesinin 1. fıkrası kişi özgürlüğünü güvence altına almış, 2. fıkrası özgürlükten yoksun bırakma nedenlerini (istisnaları) düzenlemiştir. Bir özgürlükten yoksun bırakma, her halükarda kişi özgürlüğüne bir müdahale oluşturur. Bir özgürlükten yoksun bırakma, istisnalardan birine girmiyorsa “kanuna/hukuka uygunluk şartını”, giriyor ama fıkroda belirtilen koşulları taşııyorsa “nedene uygunluk şartını” ihlal eder.

Anayasa Mahkemesinin, tutuklama dışında, özgürlükten yoksun bırakma sonucu doğuran bazı işlemleri kişi özgürlüğüne bir müdahale olarak nitelendirip incelememiş olması şaşırtıcıdır. Örneğin başvuru hakkında verilen hapsen tazyik kararını, cezaların ictimai kararını, infaz indiriminden yararlandırmama kararını, hükmün infazını ertelememe kararını kişi özgürlüğüne bir müdahale olarak nitelendirip incelemeyi gerekli görmemiştir. Öte yandan Anayasa Mahkemesi,

Hapsen tazyik

Erdinç Engin başvurusunda⁴¹, başvuru icra takibi yapılan dosyada borcunu taksitler hâlinde ödeyeceğine dair taahhütte bulunmuş, daha sonra ödeme gücü olmasına rağmen borcunu ödemediği için taahhüdü ihlal ettiği gerekçesiyle mahkeme tarafından hakkında üç aya kadar hapsen tazyikine karar verilmiştir. Başvuru “borç sebebiyle mahkeme tarafından özgürlüğünün kısıtlandığı”ndan (§14) şikayetçi olmuş, adil yargılanma hakkı (AY, md. 36) ile sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememe nedeniyle özgürlü-

41 Erdinç Engin kararı, no. 2012/695, 12.02.2013

ğü kısıtlama yasağının (AY, md. 38/8; İHAS 4. no’lu Prt. md. 1) ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi olayları nitelendirme yetkisini kullanarak, başvuru-
cunun iddialarını sadece “adil yargılanma hakkı” ile “sözleşmeden doğan bir
yükümlülüğün yerine getirilememesinden dolayı özgürlüğü kısıtlama yasa-
ğının ihlali iddiası” yönünden incelemeye karar vermiştir (§15).

Başvurucunun, kişi özgürlüğünü düzenleyen Anayasa’nın 19. maddesinin
ihlal edildiğini ileri sürmediği doğrudur. Ancak başvurucunun özgürlüğü-
nün kısıtlandığından şikayetçi olduğu da açıktır (§14). Başvurucu, “sözleş-
meden doğan bir yükümlülüğün yerine getirmeme” gibi özel bir neden ile
de olsa özgürlükten yoksun bırakmayı yasaklayan bir Anayasa hükmüne da-
yanmıştır.

Başvuru hakkında verilen mahkeme kararının dayanağı, başvurucunun
belirli bir fiili nedeniyle “hapsine” karar verilmesini öngören bir kanun hük-
müdür. Hakkında tazyik hapsi kararı verilen kişi, üç ay aşmamak koşuluyla,
yükümlüğünün gereğini yerine getirinceye kadar cezaevinde tutulur, yani
Anayasa’nın 19. maddesi anlamında “özgürlükten yoksun” bırakılır. Dolayı-
sıyla hapsen tazyik yaptırımı, kişi özgürlüğüne bir müdahale oluşturur.

Hapsen tazyik kararı, Anayasa’nın 19. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan
özgürlükten yoksun bırakma nedenlerinden, “mahkemelerce verilmiş hürri-
yeti kısıtlayıcı cezaların ... yerine getirilmesi” veya “bir mahkeme kararının
veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak” özgürlükten yok-
sun bırakılabileceğini öngören hükmüne dayanılarak verilebilir. Dolayısıyla,
Anayasa’nın 19. maddesinde tazyik hapsinin girebileceği bir istisna mevcut-
tur. Olayda verilen tazyik hapsinin bu Anayasa hükmünü ihlal edip etmediği,
“müdahalenin haklılığı” ile ilgili bir sorundur.

Tazyik hapsini Anayasa’nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi öz-
gürlüğüne bir müdahale olarak nitelendirmeyen Anayasa Mahkemesinin,
kuşkusuz bu müdahalenin haklılığını incelemesi de düşünülemezdi.

Öyle ki, Anayasa Mahkemesi başvurucunun Anayasa’nın 38. maddesinde-
ki “sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı
özgürlüğü kısıtlama yasağı”nın ihlali iddiasını incelerken dahi, tazyik hpsi-
nin özgürlükten yoksun bırakan bir müdahale olup olmadığı sorununu ele
almamıştır. Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda “sözleşmeye dayalı bir borcun
ödenmemesi” bulunmadığını, ama “verilen taahhüdün makbul bir sebep ol-
maksızın yerine getirilmemesi” bulunduğunu belirterek, bu maddenin tazyik
hpsine uygulanabilir olmadığını ima etmiştir.

Cezaların toplanması

Vedat Benli başvurusuna⁴² konu olan olayda, başvuru hakkında dört ayrı yağma suçundan hapis cezaları verilmiş, ayrı bir mahkeme kararıyla aynı neviden olan bu cezaların 32 yıl 16 ay hapis cezası olarak toplanmasına ve infazına karar verilmiş ve buna göre müddetname düzenlenmiştir. Başvurucu eski TCK 77(1). fıkrasına ve 5252 sayılı Kanunun 6(1). fıkrasına dayanarak, toplanan hapis cezalarının 25 yılı geçmemesi gerektiği gerekçesiyle toplama kararına ve müddetnameye itiraz etmiş, ancak itirazı reddedilmiştir.

Başvurucu, kanuna aykırı ve gerekçesiz bir şekilde karar verildiği gerekçesiyle Anayasa'nın 141. maddesinin, mahkemeler arasındaki farklı uygulamalar nedeniyle eşitlik ilkesinin ve ayrıca Anayasa'nın 2 ve 13. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre "bu iddiaların özü, söz konusu kararın adil olmadığı hususu ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Bu sebeple başvurunun bütün iddiaları adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir" (§16). Anayasa Mahkemesinin başvurunun iddiasını derece mahkemesi kararının (esas yönünden) adil olmadığı iddiası olarak nitelendirdikten sonra, bu iddiayı adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendireceğini söylemesi anlaşılır gibi değildir. Çünkü bir kararın esas yönünden adil olmadığını iddia etmek, aslında o kararın adil yargılanma hakkı gibi bir usul hakkı dışında, maddi bir anayasal hakkın ihlal edildiğini ileri sürmek anlamına gelir.

Bir hapis cezasının infaz süresinin uzunluğuna ilişkin bir kararla kişi, daha kısa veya daha uzun cezaevinde tutulacaktır. Konuyla ilgili olarak uygulanan hukuk da, maddi ceza hukukudur. Olayda başvurunun Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmediği doğrudur. Ancak başvurunun toplanan hapis cezasının, infaz edilmesi gereken hapis cezasından fazla olduğundan şikayet ettiği de açıktır. Bir başka deyişle, aslında başvuru 25 yıldan fazla hapis cezası miktarının, anayasal dayanağı bulunmadığından şikayet etmiştir. Dolayısıyla söz konusu karar, Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi özgürlüğüne bir müdahale oluşturur.

Bu kararda nitelendirme yetkisini kullandığını söyleyen Anayasa Mahkemesi, hapis cezasının infaz edilecek fazla olduğu iddia edilen kısmını, kişi özgürlüğüne bir müdahale olarak nitelendirmemiş ve olayı Anayasa'nın 19. maddesine göre incelememiştir.

Öte yandan bu müdahalenin haklılığı, Anayasa'nın 19(2). fıkrasındaki "mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ... yerine getirilmesi"

42 Vedat Benli kararı, no. 2013/307, 16.05.2013

hükmü bakımından incelenebilir.

İnfaz indirimi

İbrahim Ataş başvurusuna⁴³ konu olan olayda, başvuru Yargıtay tarafından 31 Mayıs 2012 tarihinde onanan kararla, TCK'nun 220(6). fıkrasına göre 6 yıl 3 ay hapis cezasına mahkum edilmiştir. 4 Temmuz 2012 tarihinde TCK'nun 220(6). fıkrasında yapılan değişikliğin lehe hükümler içermesi nedeniyle, başvuru hakkındaki cezanın yeniden değerlendirilmesini talep etmiştir. Yeni yasa hükmü, hapis cezasının üçte bire kadar indirilebileceğini öngörmektedir. Yerel mahkeme, cezayı sadece 1/6 oranında indirmiştir.

Başvuru Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuruda, mahkemenin indirim sebeplerindeki takdir yetkisini kullanarak, üst sınır olan 1/3 yerine alt sınır olan 1/6 üzerinden indirim yaparken yeterli gerekçe göstermediğinden, kalıp ifadeler kullandığından, takdir yetkisinin kullanılması sırasında somut dosyada yer alan sanığın şahsi hallerini dikkate alıp cezayı kişiselleştirmedikinden şikayetçi olmuş ve Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi başvurunun iddiasını, adil yargılanma hakkının içinde yer alan "gerekçeli karar hakkı" ihlali iddiası olarak incelemiş, olayda "derece mahkemelerinin kararlarında yer verilen gerekçenin yetersiz ve keyfi" olmadığı (§26) sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi, başvurudaki olayların başka bir anayasal hakka müdahale oluşturup oluşturmadığını incelememiştir.

Adil yargılanma hakkının uygulanabilirlik şartlarından olan biri, "bir suç isnadının karara bağlanması" şartıdır. İnfaz indirimi kararı, bir suç isnadının karara bağlanması değildir. Dolayısıyla, infaz indirim kararının gerekçesiz olduğu şikayeti, adil yargılanma hakkı uygulanarak incelenebilir bir şikayet değildir.

Öte yandan, başvurunun Anayasa'nın 19. maddesindeki kişi özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmediği doğrudur. Ancak olayda başvurunun hapis cezasının süresinde 1/3 indirim yerine daha az, yani 1/6 indirim yapılmıştır. Aslında başvuru, hapis cezasının infaz süresinde eksik indirim yapılmış olması nedeniyle infaz süresinin uzamış olmasından şikayetçi olmuştur.

Hapis cezasının infaz süresinde eksik indirim nedeniyle infaz süresi uzamasının kişi özgürlüğüne bir müdahale oluşturacağı da açıktır. Bu kararla başvuru, daha uzun bir süre cezaevinde kalacaktır. Öte yandan, infaz sü-

43 İbrahim Ataş kararı, no. 2013, 1235, 13.06.2013

resiyle ilgili şikayetler, Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasındaki "mahkemelerde verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ... yerine getirilmesi" hükmü bakımından incelenebilir bir ihlal iddiası doğurabilir. Bu hükmün haklılık şartlarını taşımayan bir müdahalenin kişi özgürlüğünü ihlal etmediği sonucuna varılacaktır.

Bir başvurudaki olay ve olguları kendisinin nitelendireceğini, başvuru-
nun nitelendirmesi ile bağlı olmadığını söyleyen Anayasa Mahkemesinin bu yetkisini her başvuruyu incelerken kullanmadığı anlaşılmaktadır.

Hükmün infazının ertelenmesi

Ahmet Soysal başvurusuna⁴⁴ konu olan olayda, başvuru resmi belgede sahtecilik suçundan 2 yıl 11 hapis cezasına mahkum edilmiş, cezası kesinleşmiştir. Başvurucunun cezasının infazı başlamadan önce çıkan 6352 sayılı Kanun, sadece 'basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle' işlenen suçlar bakımından "hükmün infazının ertelenmesi"ni öngörmüştür. Başvurucu Ağır Ceza Mahkemesine başvurarak, hükmün infazının ertelenmesi kurumunun bazı suçlar bakımından sınırlanması nedeniyle kendisine uygulanmamasının Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunmuştur. Bu mahkeme Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulmamış ve başvuru-
nun hükmün infazının ertelenmesi talebini reddetmiştir. Başvurucu Anayasa Mahkemesine başvurarak, eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu olayda, "... başvuru-
cunun asıl amacının işlediği suç kapsamına almayan kanun hükmünün kendisine uygulanmasını ve bu yolla infazın ertelenmesi kuralından yararlanmak ..." olduğunu ve başvuru-
cunun hükmün infazının ertelenmesini bazı suçlarla sınırlayan ibarenin "Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali gerektiğini iddia" ettiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi bu tespitlerden sonra, "bireysel başvuru kapsamında, bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvuru yapıla"mayacağını belirterek, konu bakımından yetkisizlik nedeniyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur (§19, 20, 21).

Başvurucunun kişi özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmediği doğrudur. Ancak başvuru-
cunun, infaz erteleme kuralından, işlediği suçun kanun kapsamına alınmamak suretiyle yararlandırılmaması, kişi özgürlüğü bakımından bir sorun doğurur; çünkü yararlandırılmış olması hâlinde cezasının infazı ertelenecektir. Dolayısıyla, infaz erteleme talebinin reddi kararının kişi özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğu söylenebilir.

44 Ahmet Soysal kararı, no. 2012/237, 26.03.2013

Başvurucu, Anayasa Mahkemesinin dediği gibi “doğrudan” başvuruda bulunmamış, derece mahkemesinin hükmün infazının ertelenmesi talebini reddetmesi gibi bir işlemten sonra başvurmuştur. Ayrıca başvurusunun iddiası, “soyut” bir Anayasa’ya aykırılık iddiası da değildir; itirazının reddedilmesi, başvurusunun cezasının infazı sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle başvurusunun ihlal iddiası, kişisel ve güncel bir menfaati ile ilgilidir.

Sonuç olarak başvuru, hükmün infazının ertelenmemesi şeklindeki kişi özgürlüğüne müdahalenin Anayasa’nın 19. maddesiyle bağlantılı olarak eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiasını içeren bir müdahale olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Oysa Anayasa Mahkemesi, başvurudaki olayları kişi özgürlüğüne bir müdahale olarak nitelendirmemiş ve başvurusunun iddiasının esasını incelememiştir.

Denetimli serbestlik

İbrahim Uysal başvurusuna⁴⁵ konu olan olayda, başvuru cinsel taciz suçundan 7 ay 15 gün hapis cezasına mahkum edilmiş, kararın kesinleşmesinden sonra başvurusunun talebi üzerine cezasının infazı 6 ay süre ile ertelenmiş, başvuru bu arada 5275 sayılı Kanun kapsamında denetimli serbestlik tedbirinden yararlandırılmak istemiş, İnfaz Hakimliği ise başvurusunun infazının henüz başlamadığı ve kapalı cezaevinde cezasının 1/5’ini infaz etme koşulunun oluşmadığı ve ayrıca cinsel taciz suçundan hükümlü bulunduğu ve cinsel suçlardan hükümlülerin söz konusu düzenlemeyi yararlanamadıkları gerekçesiyle başvurusunun talebini reddetmiştir.

Başvuru Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuruda, mahkum edildiği suçun türü nedeniyle denetimli serbestlikten yararlandırılmadığından şikayetçi olmuş ve Anayasa’nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvuru Anayasa’nın 19. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmemiştir.

Anayasa Mahkemesi, başvurunun konusunu açıklamıştır: “... başvurunun konusu, koşullu salıverme tarihine bir yıl ve daha az kalan hükümlülerin denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilmeleri için ön şart olan açık ceza infaz kurumuna ayrılmak için mahkûmiyete esas suç temelinde sınırlama yapılmasıdır. Bu sınırlamanın sonucu olarak da başvurusunun ceza infaz kurumu dışında cezasını infaz etmesinin engellenmesidir” (§23). Anayasa Mahkemesi, hükümlülerin ceza infaz kurumlarında kalacağı süreyi doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen durumların kişi özgürlüğü hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş, başvurusunun denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmaması nedeniyle ceza infaz kurumunda ka-

45 İbrahim Uysal kararı, no. 2014/1711, 23.07.2014

lacağı sürenin uzunluğunun kişi özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini kaydetmiştir (§25). Özetle Anayasa Mahkemesi bu başvurudaki şikayeti, doğru olarak, kişi özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası olarak nitelendirmiş ve bu hak bakımından inceleme yapmıştır.

Koşullu salıverme

Anayasa Mahkemesi, *İbrahim Uysal* kararında “hükümlülerin ceza infaz kurumlarında kalacağı süreyi doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen durumların kişi özgürlüğü hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği” kabulünü, koşullu salıvermenin geri alınması nedeniyle yapılan başvurularda da uygulamıştır. Anayasa Mahkemesi *Günay Okan* kararında⁴⁶, kasten öldürme suçundan kesinleşmiş 15 yıl hapis cezasına mahkumiyetin infazı sırasında koşullu salıverilen başvurucunun, “alkol etkisi altında araç kullanmak suretiyle trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu” nedeniyle 1 ay hapis cezası alması üzerine öldürme suçundan mahkumiyetine ilişkin koşullu salıverilme kararın kaldırılmasına dair şikayetini kişi özgürlüğüne bir müdahale olarak nitelendirmiştir. Yine Anayasa Mahkemesi *Tahir Canan (2)* kararında⁴⁷ öldürme ve öldürmeye teşebbüs suçlarından 36 yıl hapis cezasına mahkumiyetin infazı sırasında koşullu salıverilen başvurucunun, deneme süresi içinde yasadışı silahlı örgüte üye olmak suçundan 12 yıl 6 ay hapis cezasına mahkum edildikten sonra cezanın infazıyla ilgili şikayetlerini kişi özgürlüğü yönünden incelemiştir.

Yakalama kararı

Fetih Ahmet Özer başvurusuna⁴⁸ konu olan olayda, başvurucunun kesinleşmiş 2 yıl hapis cezasının infazına başlanmasının ertesi günü infaz hakimi tarafından verilen denetimli serbestlik kararıyla salıverilmiş, iki ay sonra yine infaz hakiminin kararıyla başvuru hakkında üst sınırı 7 yıl hapis cezasını gerektiren başka bir suçtan dava açılmış olduğu gerekçesiyle kesinleşmiş cezasının koşullu salıverilme tarihine kadar infazı için cezaevine konulmasına karar verilmiştir. Başvurucu hakkında denetimli serbestlik kararı kaldırılmış ve yakalama kararı çıkarılmıştır. Başvurucu kaçak yaşamaya başlamıştır. Yedi ay sonra infaz hakimliği, başvurunun cezaevine konulması kararı verilmesinin dayanağı olan yasa hükmü aleyhine Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmış olmasını bekletici mesele yaparak, başvurucunun infazın durdurulması talebini kabul etmiş ve yakalama kararını kaldırmıştır. Başvurucu in-

46 Günay Okan kararı, no. 2013/8114, 17.09.2014, §13

47 Tahir Canan kararı (2), no. 2013/839, 05.11.2014, §29

48 Fetih Ahmet Özer kararı, no. 2013/6179, 20.03.2014

faz hakimliğinin bu kararından önce Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuruda, denetimli serbestlik kararının kaldırılmasının ve yakalama kararı çıkarılmasının kişi özgürlüğünü ihlal ettiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurunun yapılmasından yaklaşık dört ay sonra, başvuru derdestken, başvuru hakkında yakalama kararının verilmesinin dayanağı olan itiraz konusu hükmü iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi daha sonra başvuru hukunun mağdurluk statüsü sona erdiği gerekçesiyle başvuru hukunun düşürülmesine karar vermiştir.

Henüz infaz edilmemiş bir yakalama emri, genel olarak henüz uygulanmamış bir özgürlükten yoksun bırakma tedbiri, kişi özgürlüğe bir müdahale oluştur mu? Anayasa Mahkemesine göre, “Başvuru konusu olayda müdahale yalnızca koşullu salıverilme kararının geri alınması kararı verilmesi ve yakalama emri çıkartılmasından ibarettir. Bu sebeple yakalanma ve özgürlüğünden mahrum kalma tehdidi altında kalan başvuru hukunun, şikâyetin konusu olan koşullu salıverilme kararının geri alınması kararından ve yakalama emrinden kişisel olarak ve doğrudan etkilendiğinin ve mağdur statüsüne sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir” (§29). Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 19. maddesindeki “özgürlükten yoksun bırakma” kavramının anlamı ve neyi kapsadığını açıklamadan, olaydaki işlemlerin kişi özgürlüğüne bir müdahale olduğunu kabul etmiştir. Daha sonra Anayasa Mahkemesi, başvuru hukundaki yakalama emrinin geri alınmış olmasını göz önünde tutarak, “başvuru hukunun Anayasa’nın 19. maddesinde yer alan özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik müdahalenin giderilmiş olması nedeniyle başvuru hukunun mağdurluk statüsü sona ermiş” olduğu sonucuna varmıştır (§32).

Kişi özgürlüğüne müdahale, Anayasa Mahkemesinin mevcut bir başvuru hakkında kararını vermeden önce derece mahkemesi tarafından sona erdirilmiş ve böylece devam etmesi önlenmiş olabilir. Ancak sona erdirilinceye kadar sürmüş olan müdahalenin Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesi gerekir. Çünkü bir başvuru hukunun mağdurluk statüsünün sona ermesi (kayıbı), ancak müdahalenin başvuru hukunun anayasal hakkını ihlal ettiğinin kabul edilmiş olması ve gerekiyorsa kendisine bu nedenle bir giderim sağlanması hâlinde mümkündür. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından başvuru hukunun kişi özgürlüğünün ihlal edildiğinin kabul edip edilmediğini ve kendisine bir giderim sağlanıp sağlanmadığını incelememiştir.

Tutukluluk

Ramazan Aras başvurusuna⁴⁹ konu olan olayda başvuru hukunu beş yıldan fazla tutuklu kalmıştır. Başvuru hukunu Anayasa Mahkemesine yaptığı başvuruda kişi öz-

49 Ramazan Aras kararı, no. 2012/239, 02.07.2013

gürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiş değildir. Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinin başvuruçunun iddialarını şu şekilde aktarmıştır: “Başvurucu, uzun süreden beri tutuklu olduğunu, 5271 sayılı Kanun’daki tutukluluk süresinin aşıldığını, Kanun’daki açık düzenlemeye rağmen üst sınırın aşılmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu, bu nedenle anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür” (§21). Görüldüğü gibi, başvuruçuyu açıkça kişi özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmemiş ve Anayasa’nın 19. maddesine dayanmamıştır; başvuruçuyu eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi, gerekçeli kararının “Değerlendirme” başlığı altında, “Başvuruçunun şikâyetinin Kanun’da öngörülen üst sınırın aşılması nedeniyle tutukluluğun hukuki olmadığı ve makul sürenin aşıldığına ilişkin olduğu, bu nedenle incelemenin Anayasa’nın 19. maddesi çerçevesinde yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır” (§23).

Başvuruçunun tutukluluğun uzunluğuna ilişkin şikâyetinin, Anayasa’nın 19. maddesi hükümlerinin ihlal edildiği iddiasını “içerdiği” kabul edilebilir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, başvuruçuyu kişi özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını ileri sürmediği halde, başvurudaki olayları (tutuklamayı) doğru bir biçimde kişi özgürlüğüne müdahale olarak nitelendirdiği söylenebilir.

Ancak Anayasa Mahkemesi *Hamit Kaya* kararından⁵⁰ bu yana, bir suç şüphesi üzerine hakim kararıyla özgürlükten yoksun bırakmanın sadece belirli bir dönemini tutukluluk olarak kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi, sadece soruşturma dönemi ile kovuşturma döneminin ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünü tefhim tarihi kadar devam eden tutukluluğu kişi özgürlüğüne bir müdahale olarak nitelendirmiştir; kovuşturma döneminin mahkumiyet hükmünün tefhiminden gerekçeli hükmün tebliğine⁵¹ ve daha sonra temyiz aşamasında geçen özgürlükten yoksun bırakma dönemini tutukluluk değil ama “hükme bağlı olarak tutma” (veya “mahkumiyet sonrası tutma”) olarak tanımlamıştır. Anayasa Mahkemesi, “hükme bağlı tutma” döneminde özgürlüğünden yoksun bırakılan bireyin kişi özgürlüğünün nasıl güvence altına alınabileceğini açıklamamıştır. Hükme bağlı olarak tutma dönemi, anayasal güvenceden yoksun bir özgürlükten yoksun bırakma gibi durmaktadır.

Adil yargılanma hakkına müdahale

Adil yargılanma hakkı, derece mahkemelerinin yargılama sırasında izledikle-

50 Hamit Kaya kararı, no. 2012/338, 02.07.2013

51 İlker Başbuğ kararı, no. 2014/912, 06.03.2014. Bu kararda başvuruçuyu kısa hükmün tefhimi tarihi ile gerekçeli hükmün tebliği tarihi arasında kalan dönemin de tutukluluk olarak nitelendirilmesi talebi Anayasa Mahkemesi tarafından yanıtlanmamıştır.

ri usulün adil olmasını güvence altına alan bir haktır.⁵² Derece mahkemelerinin yargılamanın sonunda verdikleri kararın (esas yönünden/içeriğinin) adil olmadığı iddiası, kural olarak adil yargılanma hakkı bakımından incelenebilir bir iddia değildir.⁵³

Anayasa Mahkemesi, başvuruçuların ihlal iddialarını nitelendirirken, “yargılamanın adil olmadığına” ilişkin iddialar ile “kararın adil olmadığına” ilişkin iddialar olarak birbirinden ayırmıştır.⁵⁴ Anayasa Mahkemesi birçok davada nitelendirme yetkisini kullanarak, başvuruçuların ileri sürdükleri “iddianın özü”nün, aslında derece mahkemelerinin verdikleri “kararın adil olmadığı” (bazen “kararın içeriğinin adil olmadığı”) iddiası olduğunu söylemiş, bu tür iddiaları da “adil yargılanma hakkı çerçevesinde/kapsamında değerlendirileceğini” ifade etmiş⁵⁵, ama bu iddiaları açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Anayasa Mahkemesi bazı başvurularda “kararın adil olmadığı iddiaları” olarak nitelendirdiği iddiaları, belirli bir anayasal hak ile temas

52 Suç soruşturması dönemine de adil yargılanma hakkı güvenceleri uygulanır.

53 Anayasa Mahkemesine göre: “Adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânı verir. Bu nedenle, bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenebilmesi için başvuruçunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediği, bu çerçevede yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyumsuzluğun çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi, mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfiliğe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması gerekir”. Ş.Ç. kararı, no. 2012/1061, 21.11.2013, §22; Mustafa Kemal Sungur kararı, no. 2013/2507, 06.03.2014, §29

54 Anayasa Mahkemesi bu ayrımı her zaman başarılı bir şekilde yapmış değildir. Anayasa Mahkemesi, “bu iddiaların özü, söz konusu kararın adil olmadığı hususu ile ilgilidir”, dedikten sonra aslında “yargılamanın adil olmadığı”na ilişkin iddiaları incelediği kararları da vardır. bk. örneğin, Yaşasın Aslan kararı, no. 2013/1134, 16.05.2013, §16. Bu başvuruda davanın uzunluğu, haksız vekalet ücreti, mahkemenin bağımsız olmadığı, Başsavcılık görüşünün tebliğ edilmediği şikâyetleri incelenmiştir. Anayasa Mahkemesinin incelediği şikâyetlere bakıldığında, bu şikâyetleri “yargılamanın adil olmadığı”na ilişkin iddialar olarak nitelendirmek yerine, hatalı olarak “kararın adil olmadığı”na ilişkin iddialar olarak nitelendirdiği anlaşılmaktadır.

55 Anayasa Mahkemesi şöyle demiştir: “Başvurucu her ne kadar ... ihlalini oluşturduğunu ileri sürmüş ise de iddianın özü, söz konusu kararın adil olmadığı hususudur. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuruçudan tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Bu sebeple başvuruçunun bu yöndeki iddiaları Mahkemece, adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir.” bk. örneğin Erdinç Engin kararı, no. 2012/695, 12.02.2013, §15; Miras Müessesilik İnş. Taah. Reklam. Paz. Tic. A.Ş. kararı, no. 2012/1056, 16.04.2013, §24; Vedat Benli kararı, no. 2013/307, 16.05.2013, §16; Keskinlik Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. kararı, 2013/4413, 21.11.2013, §30. Anayasa Mahkemesi aynı yaklaşımı bazen şu şekilde ifade etmiştir: “Anayasa Mahkemesi başvuruçunun ihlal iddialarına ilişkin nitelendirmesi ile bağlı olmayıp hukuki nitelendirmeyi bizzat yapar. İhlal iddiaları, yargılama sonucunda verilen kararın adil olup olmadığına yönelik olup, bu iddialar da adil yargılanma hakkının ihlali iddiası kapsamında değerlendirilmiştir” (Göksel Kum kararı, no. 2013/6862, 30.06.2014, §22; Nadide Çolak ve Diğer 3 Başvurucu, no. 2013/5433, 30.06.2014, §25; Tayyibe Özkantaş kararı, no. 2013/6314, 20.03.2014, §21, 31; Hilal Özkök kararı, no. 2013/2420, 14.01.2014

ettirmeden, “kanun yolu şikayeti”⁵⁶ olarak nitelendirmiş ve yine bu iddiaları açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.⁵⁷

Anayasa Mahkemesi, daha ilk kararlarından itibaren, kanun yolu şikayetlerini, şikayet konusu “derece mahkemeleri kararlarının bariz bir şekilde keyfilik içermesi” hâlinde inceleyebileceğine işaret etmiştir.⁵⁸ Böylece Anayasa Mahkemesi, kararın adil olmadığı iddialarını açıkça dayanaktan yoksun bulma yaklaşımına, olaydan olaya değişebilecek bir sınır getirmiştir. Anayasa Mahkemesi bariz takdir hatası ve açıkça keyfilik içeren derece mahkemesi kararlarını, adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür.

Bu yazıda, Anayasa Mahkemesinin “kararın adil olmadığı iddiası” olarak nitelendirdiği bazı iddialara ilişkin olayların, adil yargılanma hakkına değil, ama maddi anayasal haklara müdahale olarak incelenebileceği düşünülmüş ve maddi anayasal haklar bağlamında ele alınmıştır.

Aşağıda, Anayasa Mahkemesinin “yargılamanın adil olmadığı iddiası” olarak nitelendirdiği iddiaları, adil yargılanma hakkı açısından incelenmiştir. Adil yargılanma hakkı, medeni hak ve yükümlülükler veya bir suç isnadı ile ilgili bir uyuşmazlığın yargılanması sırasında kullanılabilir çok sayıda hak ve ilkeden oluşur. Belirli bir yargılama sırasında bir yargı yerinin yaptığı bir işlemin adil yargılanma hakkının içindeki hak ve ilkelerden birine “müdahale” etmiş olması, kendiliğinden bu hakkın ihlal edildiği sonucuna götürmez. Müdahalenin kanuna/hukuka uygun olması, meşru bir amaç izlemesi ve hakkın özünü zedelemeyecek şekilde orantılı olması halinde, müdahale haklı görülebilir.

Mahkemeye erişim hakkı

Adil yargılanma hakkının içindeki haklardan biri, mahkemeye erişim (mahkemeye başvurma, dava açma) hakkıdır. Bu hakkın kullanılmasını sınırlayan,

56 Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında “kanun yolu şikayeti” ifadesi yerine, “başvurunun kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu” ifadesini kullanmıştır. bk. örneğin Erdinç Engin kararı, no. 2012/695, 12.02.2013, §24. Burada kısaca kanun yolu şikayeti denilecektir.

57 bk. örneğin, Naci Karakoç kararı, no. 2013/2767, 02.10.2013, §22, 23; Oğuzhan Kozacıoğlu kararı, no. 2013/2379, 20.03.2014, §27, 28; Ş.Ç. kararı, no. 2012/1061, 21.11.2013, §22, 23; Lokman Sapan kararı, no. 2013/723, 21.11.2013, §37, 39, 40; Onur Gür kararı, no. 2012/828, 21.11.2013, §14; Salih Karakoç kararı, no. 2013/2954, 19.12.2013, §45, 46; Yusuf Gezer kararı, no. 2013/2103, 14.01.2014, §35, 36; Hilal Özkök kararı, no. 2013/2420, 14.01.2014, §31, 32; İsmail Taşpınar kararı, no. 2013/3912, 06.02.2014, §49, 50

58 bk. örneğin Erdinç Engin kararı, no. 2012/695, 12.02.2013, §22, 24; Necati Gündüz ve Recep Gündüz kararı, no. 2012/1027, 12.02.2013, §26, 28; Ümit Tekin kararı, no. 2013/781, 26.03.2013, §25, 27; Fettah Hansu kararı, no. 2013/906, 16.04.2013, §29. Anayasa Mahkemesi daha sonra kriteri. “adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda bariz takdir hatası ve açıkça keyfilik” şeklinde ifade etmiştir. (Mustafa Gök kararı, no. 2013/700, 15.04.2014, §23, 30).

dava süresi, taraf ehliyeti, yargılama giderleri ve vekalet ücreti gibi çeşitli hukuki ve maddi engeller olabilir.

Yargı giderleri ve vekalet ücreti

Yargılama giderleri ve vekalet ücreti, kural olarak dava açma hakkına bir müdahale oluşturur. Ama bir olayda bu tür bir müdahale, kanuna/hukuka uygunsa, meşru bir amaca sahipse ve dava açma hakkının özünü zedelemeyecek şekilde orantılıysa, haklı görülebilir.

Bu bağlamda kanunilik şartı, bu tür giderlerin türünün ve yaklaşık olarak miktarının dava açılmadan önce belli olmasını gerektirir; başvuru davayı kaybetmesi hâlinde ne gibi mali külfetlerle karşılaşacağını öngörebilmelidir. *Yaşasın Aslan* başvurusuna⁵⁹ konu olan olayda, başvuru 26 Nisan 2011 tarihinde idari işleme karşı iptali davası açmıştır. Dava görülürken, 2 Kasım 2011 tarihinde 659 sayılı KHK yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu KHK'yle, idarenin vekillerine taraf sıfatı verilmiş, idari davanın reddi hâlinde idare lehine vekalet ücretine hükmedilmesi getirilmiştir. Başvurucunun açtığı dava 6 Aralık 2012 tarihinde nihai kararla AYİM tarafından reddedilmiş ve anılan KHK gereğince başvuru aleyhine vekalet ücretine hükmedilmiştir. Başvurucu Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuruda, diğer şikayetlerinin yanında, aleyhine vekalet ücretine hükmedilmesinin anayasal haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi başvuru ihlal iddiasını adil yargılanma hakkı çerçevesinde incelemeyi kararlaştırmış (§16), ancak başvurucuya vekalet ücreti yükletilmesinin başvuru ihlal iddiasının adil yargılanma hakkının içindeki hangi hakkına bir müdahale oluşturabileceğini söylememiştir. Anayasa Mahkemesi, "... getirilen ücret yükümlülüğünün bir usul kuralı olduğu ve dava aşamalarında uygulanmasını engelleyecek de bir hüküm olmadığı cihetle, davası reddedilen başvurucuya vekalet ücretinin yükletilmesinde hukuka aykırı ve keyfi bir uygulama tespit edilmediği" sonucuna vararak başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur" (§24).

Dava açmak için katlanılan mali külfet, dava açma hakkının kullanılmasını etkiler ve adil yargılanma hakkının içinde yer alan "mahkemeye erişim hakkı"na bir müdahale olur. Bu müdahale, haklılık şartlarını taşıdığı takdirde, mahkemeye erişim hakkını ihlal etmiş olmaz. Olayda başvurucuya vekalet ücretinin yükletilmesi, kendisinin mahkemeye erişim hakkına bir müdahale oluşturmuştur. Bu müdahale, haklılık şartlarından biri olan "kanuna/hukuka" uygunluk şartı yönünden incelenmelidir. Başvuru dava açtığı tarihte,

59 Yaşasın Aslan kararı, no. 2013/1134, 16.05.2013

davayı kaybettiği takdirde idareye vekalet ücreti ödemek zorunda kalacağını öngörebilir miydi? Olayda, dava tarihinden sonra yürürlüğe giren bir yasal düzenleme sonucu başvurucuya sonradan vekalet ücreti yüklenmiştir; başvurunun dava tarihinde bu yükümlülüğü öngörmesi mümkün değildir.

Serkan Acar başvurusunda⁶⁰ ise, başvuru vekalet ücretiyle ilgili KHK'nin yürürlüğe girmesinden sonra iptal davası açmış ve davası reddedilerek idareye vekalet ücreti ödemesine hükmedilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kez, vekalet ücretinin bir yargılama gideri olduğunu ve kural olarak bu tür giderlerin mahkemeye erişim hakkına müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine göre bu müdahalenin "gereksiz yere dava açılmasını önlemek" gibi meşru bir amacı da vardır; "öngörülen yükümlülükler dava açmayı imkânsız hâle getirmediği ya da aşırı derece zorlaştırmadıkça mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği söylenemez" (§39). Anayasa Mahkemesi, "davayı kaybetmesi hâlinde başvurucuya yüklenecek olan vekâlet ücreti bu çerçevede değerlendirilmelidir" (§39) dedikten sonra, bu ilkeleri olayda nasıl uyguladığını açıklamadan, başvurunun "vekâlet ücreti ödemekle yükümlü tutulmasında mahkemeye erişim hakkına yapılmış bir *müdahalenin olduğu söylenemez*", demiştir (§40). Anayasa Mahkemesi olayda hükmedilen vekalet ücretini bir müdahale olarak nitelendirmede için, bu müdahaleyi haklılık şartları (kanunililik/hukukilik, meşru amaç ve orantılılık) yönünden incelememiştir. Bu karara karşı oy yazan üyelerden Hicabi Dursun, "asgari ücretin yaklaşık 803, 00 TL olduğu ülkemizde bu tutarın yaklaşık üç katı tutarında bir vekâlet ücretine hükmedilmesi(nin) orantılı" olmadığını söylemiştir. Üye Zühtü Arslan ise çoğunluk görüşünü, başvurucuya yüklenen vekalet ücretinin ölçülülük açısından incelenmeden karar verilmiş olması nedeniyle eleştirmiştir. Karşı oy yazan üyelerin olayda hükmedilen vekalet ücretini adil yargılanma hakkına bir müdahale olarak gördükten sonra haklılık şartları yönünden inceleyip bir sonuca vardıkları anlaşılmaktadır.

Zamanaşımı nedeniyle davanın reddi

Hukuk ve idari davaların süresi içinde açılmadığı gerekçesiyle reddedilmesi, adil yargılanma hakkının içinde zımnen yer alan mahkemeye erişim hakkına bir müdahale oluşturur. Özellikle zamanaşımının başlangıcına belirsizlik, mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyebilir.

Ulusal hukuk, haksız fiil nedeniyle tazminat davalarında davanın açılması için azami süre öngörmekte ve dava süresinin başlaması için dava sebebinin öğrenilmesi gerektirmektedir. *Ramazan Biber* başvurusuna⁶¹ konu olan

60 Serkan Acar kararı, no. 2013/1613, 02.10.2013

61 Ramazan Biber kararı, no. 2013/2568, 08.09.2014

olayda, başvuru aracı kullandığı sırada meydana gelen kazada aracın hava yastıklarının açılmamış olması nedeniyle ağır yaralandığını, araçta üretim ve imalat hatası olduğunu ileri sürerek tazminat davası açmıştır. Yargılama sırasında bilirkişi heyeti tarafından yapılan inceleme sonucunda bilirkişiler, hava yastıklarının açılmamasının üretim hatasından kaynaklandığını, bu durumun gizli ayıp niteliğinde olduğunu bildirmişler, farklı bilirkişilerden tazminat miktarına ilişkin rapor alınmıştır. Başvurucu davayı açtıktan üç yıl sonra, bu bilirkişi raporlarına dayanarak ıslah dilekçesi vermiş ve tazminat talebinin miktarını artırmıştır. İlk derece mahkemesi ıslah talebini dikkate alarak tazminata hükmetmiştir. Yargıtay, davalı otomotiv şirketinin başvuru aracı ıslah dilekçesine karşı zamanaşımı defii hakkında olumlu veya olumsuz bir karar vermediği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin hükmünü bozmuştur. İlk derece mahkemesi bu kez, Borçlar Kanununun 207. maddesindeki, satılardaki ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile satılanın alıcıya tesliminden itibaren 1 yıl geçmekle düşeceğine ilişkin zamanaşımı kuralını uygulamış, ıslah tarihi itibarıyla 1 yıllık zamanaşımı süresi geçtiği gerekçesiyle ıslah talebini reddetmiş ve sadece ilk dava dilekçesinde talep edilen tazminat miktarını dikkate alarak tazminata hükmetmiştir.

Başvurucu Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuruda, olayda gizli ayıp bulunmasına rağmen HMK'nun 207. maddesindeki 1 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanarak davasının reddedilmiş olmasından şikayet etmiş, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi başvuru aracı bu konudaki iddiasını, derece mahkemesi tarafından delillerin değerlendirilmesinde ve hukuk kurallarının yorumlanmasında isabet olmadığına ve esas itibarıyla yargılamanın sonucuna ilişkin (§22, 32) bir iddia olarak nitelendirmiştir. Anayasa Mahkemesine göre başvuru aracı tarafından ileri sürülen bu iddia, kanun yolu şikayeti niteliğinden olduğundan (§34), açıkça dayanaktan yoksundur.

Somut olayda başvuru aracı araçtaki ayıp nedeniyle tazminat talebine ilişkin zamanaşımının başlangıcı konusunda bir uyuşmazlık bulunduğu açıktır. Derece mahkemeleri zamanaşımının, kaza vesilesiyle ortaya çıkan ayıbın neden olduğu zararın miktarının öğrenildiği tarihten değil, ama HUK'nun 207. maddesinin lafzını esas alarak, aracın satıcı tarafından alıcıya teslim edildiği tarihte başladığını kabul etmişlerdir. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin bu kabulünün mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyip zedelediğini incelemek bir yana, zamanaşımı nedeniyle davanın reddedilmesinin mahkemeye erişim hakkına bir müdahale oluşturup oluşturmadığını dahi incelememiştir.

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı

Adil yargılanma hakkının içinde yer alan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı (fair hearing), silahlarda eşitlik ilkesi, çelişmeli yargılanma hakkı, gerekçeli karar hakkı gibi usuli nitelikte bir çok hak ve ilkeyi içerir. Delillerin kabul edilebilirliği ve takdiriyle ilgili sorunlar da bu hak içinde incelenebilir.

Hukuk davasında resen delil toplama ve değerlendirme

Bülent Şimşek başvurusuna⁶² konu olan olayda, bir işyerinin kapı kısmında güvenlik görevlisi olarak çalışan başvurunun iş akdi, dışarıdan gelen kişileri işyerine sokarak tesisin güvenliğini tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle fesh edilmiştir. Başvurucunun açtığı işe iade davası, toplanan delillerden CD kayıtlarında başvurunun tesisin güvenliğini tehlikeye düşürecek emare bulunmadığı ve dolayısıyla feshin haklı bir nedene dayanmadığı gerekçesiyle kabul edilmiş ve işe iadesine karar verilmiştir. Yargıtay, başvuru hakkındaki tutulan tutanakta imzaları bulunan kişilerin dinlenmediği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bozma kararına muhalif olan üye, tanık listesinde gösterilmeyen tanıkların dinlenmesinin mümkün olmadığını, hâkimin resen delil toplayamayacağını, bu hususta temyiz talebinde de bulunulmadığını, dosyadaki delillere göre iş akdinin feshinin geçerli nedene dayandığının işverence ispatlanamadığını belirtmiştir (§11). İlk derece mahkemesi bozma kararına uyarak, tutanak imzacılarını da dinlendikten sonra, bu tanıkların başvurunun işyeri güvenliğini tehlikeye düşürecek bir davranışta bulunduğunu belirtmedikleri gerekçesiyle yeniden davanın kabulüne karar vermiştir. Ancak Yargıtay, tanıkların beyanlarına göre, işyerinin güvenliğini tehlikeye düşürecek şekilde görev yerinden ayrılarak işyerine gelen yabancı misafirlerle birlikte idari binaya girmesi nedenine dayanan feshin haklı ve geçerli bir nedene dayandığını kaydederek, ilk derece mahkemesi kararının ortadan kaldırılmasına ve davanın reddine kesin olarak karar vermiştir.

Başvurucu, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunarak, çalışma ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesine göre başvurunun iddialarının özü, Yargıtay tarafından delillerin değerlendirilmesinde ve hukuk kurallarının yorumlanmasında isabet olmadığına ve esas itibarıyla yargılamanın sonucuna ilişkindir (§27). Anayasa Mahkemesine göre başvurunun iddiaları, kanun yolu şikayeti niteliğinde olduğundan ve Yargıtay kararı bariz takdir hatası veya açık keyfilik de içermediğinden, bu iddia açıkça dayanaktan yoksundur (§28, 29).

Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkı çerçevesinde, delillerin toplanma usulü dahil, bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmadığını incele-

62 Bülent Şimşek kararı, no. 2014/372, 08.09.2014

mekle yükümlüdür. İlk olarak, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu delillerin toplanmasına ilişkin kurallar getirmiştir. Bu Kanunun 240(1). fıkrasına göre “Tanık gösteren taraf, ... dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğe elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunar. Bu listede gösterilmemiş olan kimseler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir liste verilemez.” Somut olayda ilk derece mahkemesi ilk yargılama sırasında, işveren tarafından tanık olarak gösterilmemiş olan kişileri dinlememiş, ancak Yargıtay tanık olarak gösterilmemiş kişilerin dinlenmesini de istemiş, bunun üzerine ilk derece mahkemesi tanıkları dinlemiştir. Kuşkusuz HMK’nun tanık olarak gösterilmeyen kişileri dinleme yasağına ilişkin hükmünü yorumlama ve uygulama yetkisi öncelikle derece mahkemelerininindir; derece mahkemeleri bu yasağı dar yorumlayabilirler. Ancak olayda yasağın dar yorumlanıp uygulanmasının, başvuru işçiyi davalı işveren tarafın karşısında dezavantajlı bir duruma sokup sokmadığı, böylece silahların eşitliği ilkesi bakımından bir sorun doğurup doğurmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Ne var ki Anayasa Mahkemesi, Yargıtay’ın olaydaki bu yorum ve uygulamasını silahların eşitliği ilkesi yönünden inceleme gereği duymamıştır.

İkinci olarak, ilk derece mahkemesi ile Yargıtay, dinlenen tanıkların ifadelerinden birbirinin tamamen aksi sonuçlar çıkarmışlardır: İlk derece mahkemesi tanıkların başvuru işyeri güvenliğini tehlikeye düşürecek bir davranışta bulunduğunu belirtmediklerini kaydetmiş, Yargıtay ise, tanıkların beyanlarından başvuru işyerinin güvenliğini tehlikeye düşürecek şekilde hareket ettiği sonucuna varmıştır. Yargıtay’ın, huzurunda dinlenmeyen bu tanıkların ifadelerinden nasıl olup ilk derece mahkemesinin verdiği sonucun aksine bir sonuca vardığını gerekçelendirmesi gerekmektedir. Dolayısıyla gerekçeli karar hakkı bakımından bir sorun doğduğu açıktır. Ne var ki Anayasa Mahkemesi, olayı gerekçeli karar hakkı yönünden de inceleme gereği duymamıştır.

Ceza davasında bilirkişi raporu ve tanık ifadeleri

Musa Yılmaz Acar başvurusuna konu olan olayda, bir doktor olan başvuru resmi evrakta sahtecilik suçundan 2 yıl 11 ay hapis cezasına mahkum edilmiştir. Başvuru Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuruda hükme esas alınan delillerle ilgili iki önemli şikayette bulunmuştur.

Başvuru ilk olarak, hükme esas alınan bilirkişi raporlarından birinin katılan SSK’nın bir mensubunca hazırlanmış olması nedeniyle taraflı olduğunu ve bu nedenle dezavantajlı duruma getirildiğinden şikayet etmiş, adil yargılanma hakkı kapsamında korunan silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§25). Başvuru bu bağlamda, CMK’nun 64. maddesinin 3.

fıkrasının “... kamu görevlileri, bağlı bulundukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar.” hükmünü hatırlatmıştır. Anayasa Mahkemesi ise, “başvurucu bu iddiasının temel dayanağı olan belgeyi (bilirkişi raporunu) başvuru dilekçesine eklememiş, şikayete konu belgenin yargılama sürecinde tarafsızlığı ortadan kaldıran hangi yönlerinin bulunduğunu da somut ifadeler ile anlatamamış, söz konusu belgeyi elde edememişse bunun nedenlerini de açıklamamış” olduğunu belirterek, bu iddianın kanıtlanamadığı gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur (§43, 44). Başvurucunun söz konusu bilirkişi raporunu Anayasa Mahkemesine sunmadığı anlaşılmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesinin de, bu belgeyi temin etmek için Anayasa Mahkemesi Kanununun 49(3). fıkrasında ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 70. maddesinde yer alan bilgi, belge ve delil isteme yetkisini kullanmadığı da açıktır. Böylece Anayasa Mahkemesi, bilirkişi raporunun tarafsız olmadığı gerekçesiyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasını incelemekten kaçınmıştır.

Başvurucu ikinci olarak, katılan kurum müfettişlerince dinlenen tanığın beyanlarının hükme esas alındığını, ancak aynı tanığın ilk beyanlarının doğru olmadığına ilişkin Savcılık ve Mahkeme huzurunda verdiği yeminli ifadelerinin bulunduğunu, buna rağmen bu ifadelere itibar edilmeyip mahkumiyet kararı verildiğinden şikayet etmiş ve silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§45). Anayasa Mahkemesi bu iddiayla ilgili olarak, “derece mahkemesince tanık olarak kabul edilen şahsın değişen beyanlarından hangisine itibar edileceği meselesi karar veren mahkemenin takdirinde olan bir husus” olduğunu (§53) belirtmiş, bu konudaki iddiayı “delillerin değerlendirilmesinde ve hukuk kurallarının yorumlanmasında isabet olmadığına ve esas itibarıyla yargılamanın sonucuna ilişkin” (§54) bir iddia olarak nitelendirmiş ve bu iddianın kanun yolu şikayeti olduğu kaydederek açıkça dayanaksız bulmuştur. Delillerin ve bu arada bir tanığın verdiği ifadelerin değerlendirilmesi kural olarak ve öncelikle mahkemelerin yetkisindedir. Ancak tanık ifadelerinin alınması ve değerlendirilmesinde izlenen usulün, ifadelerin doğruluğuna ve güvenilirliğine ilişkin sonuçlar doğurduğu da açıktır. Bir tanığın, başvurunun da katıldığı duruşmada hakim önünde verdiği ifadelerinin değil de başvurunun bulunmadığı bir ortamda müfettiş önünde verdiği ve başvurucağı suçlayan ifadelerin hükme esas kabul edilmesi halinde, tanık delilinin değerlendirilmesinde hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bakımından bir sorun doğar. Anayasa Mahkemesinin “değişen beyanlarından hangisine itibar edileceği meselesi karar veren mahkemenin takdirinde olan bir husus” olduğunu söylemesi, derece mahkemelerinin delilleri değerlendirme yetkisini kullanış tarzını tamamen adil yargılanma hakkı bakımından incelemenin dışında tutacağı anlamına gelmektedir.

Mülkiyet hakkına müdahale

Mülkiyet hakkı, Sözleşme’ye ek 1 no.lu Protokolün 1. maddesi ile Anayasa’nın 35. maddesinde düzenlenmiş olup, mülkiyeti kazanma hakkını değil ama bir kimsenin “sahibi olduğu şey”i (possessions), yani mevcut mal ve mülkünün korunmasını güvence altına almaktadır. Mülkiyetten yararlanmanın engellenmesi, mülkiyetin kaybı ve mülkiyetin kullanımının kontrolü, mülkiyet hakkına müdahale oluşturan üç genel haldir. Bu müdahaleler, ancak Anayasa’nın ilgili hükümlerindeki “haklılık şartları”nı taşımaları halinde, mülkiyet hakkını ihlal etmezler.

Bir olayda, mülkiyet hakkına bir müdahalenin bulunması için, önce başvurunun “sahibi olduğu bir şey” (mal veya mülkü) bulunmalıdır. Sahibi olunan şey, başvurunun mevcut bir mal veya mülkü olabileceği gibi, bazı hallerde “meşru bir beklenti” de başvurunun malvarlığına ilişkin bir unsur sayılır.

Hizmet kusurundan doğan tazminat

İdarenin hizmet kusuru nedeniyle açılan tazminat davasında maddi tazminat talebini bilirkişi raporunda belirtilen miktara yükseltmek için davanın ıslah talebinin reddedilmesi, hangi hakka bir müdahale oluşturur? *İbrahim Can Kişi* başvurusuna⁶³ konu olan olayda başvuru, askerlik görevi yaptığı sırada bir gözünden rahatsızlığı nedeniyle idareye karşı tazminat davası açmış ve 50.000, 00 TL maddi ve 20.000, 00 TL manevi tazminat talep etmiştir. Dava AYİM önünde görülürken mahkemeye sunulan bilirkişi raporunda, idarenin hizmet kusuru bulunduğu ve başvurunun %23, 2 olarak tespit edilen maluliyetine ilişkin olarak 96.249, 00 TL maddi tazminat ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bunun üzerine başvuru AYİM’e verdiği dilekçeyle maddi tazminat talebini 96.249, 00 TL ve manevi tazminat talebini ise 15.000, 00 TL olarak ıslah etmek istediğini bildirmiştir. AYİM, başvurunun maluliyetinin idarenin hizmet kusurundan kaynaklandığını tespit etmiş, ancak başvurucuya ilk dava dilekçesinde talep edilen 50.000, 00 TL maddi ve 20.000, 00 TL manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir. AYİM, 1602 sayılı Kanunun 46(4). fıkrasındaki kural gereğince, idari yargıda iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı bulunduğu ve davacıların süresi dışında talep sonucunu ıslah yoluyla arttırmalarının mümkün olmadığını belirtmiş ve başvurunun ıslah talebinin reddine karar vermiştir.

Başvuru Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuruda, “... davaya konu gerçek zararını öğrenmesini müteakiben maddi tazminata ilişkin talep sonucunu ıslah yoluyla arttırdığını, AYİM’in idari yargıdaki talep sonucunu

63 İbrahim Can Kişi kararı, no. 2012/1052, 23.07.2014

değiştirme yasağını gerekçe göstererek bu talebini kabul etmeyip, dava dilekçesinde talep edilen miktar olan 50.000, 00 TL tazminata hükmettiğini, bu şekilde hak ettiği tazminatın sadece yarısına kavuşabildiğini, bu şekilde adil yargılanma, mülkiyet ve etkili başvuru haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tazminat talebinde bulunmuştur" (§24). Görüldüğü gibi başvuru açıkça mülkiyet hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, başvuru raporunda öngörülen maddi tazminat miktarının tamamını ıslah yoluyla elde edememiş olmasına ilişkin şikayetini, mülkiyet hakkına bir müdahale olarak nitelendirmemiş, sadece adil yargılanma hakkı içindeki mahkemeye erişim hakkına bir müdahale olarak görmüştür. Anayasa Mahkemesine göre, "...başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirme ile bağlı olmaksızın, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Buna göre başvuru şikâyetinin özü, yargılama sırasında alınan bilirkişi raporunda belirlenen tazminat alacağı miktarının dava açarken talep ettiğinden fazla olan kısmını talep edememesi veya bir mahkeme önüne götürememesine, dolayısıyla, adil yargılanma hakkının güvenceleri arasında yer alan mahkemeye erişim hakkına ilişkindir. Bu nedenle, Anayasa'nın 35. ve 40. maddeleri çerçevesinde ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir" (§25). Anayasa Mahkemesi, başvuru şikayet ettiği olayın neden mülkiyet hakkına bir müdahale oluşturmadığını açıklamamıştır.

Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkı yönünden yaptığı inceleme sonunda, olayda mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir (§45). Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi başvuru raporunda, "bilirkişi tarafından hesaplanan 96.249, 00 TL maddi tazminatın ancak 50.000, 00 TL'lık kısmına kavuşabil"diğini ve "bu şekilde tazminat alacağının kayda değer bir kısmından mahrum kal"dığını söylemiştir (§44). Başvuru raporunda "tazminat alacağı"nın bulunduğunu ve bundan "mahrum kaldığını" belirten Anayasa Mahkemesi, daha sonra "başvuru raporunda 41.249, 00 TL tutarında maddi zarara uğradığını" kaydederek, bu miktarın kendisine maddi tazminat olarak ödenmesine karar vermiştir (§49). Böylece aslında Anayasa Mahkemesi, başvuru raporunda gösterildiği miktarda bir tazminat alacağına sahip olduğunu, en azından meşru beklentisi bulunduğunu kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu tazminat alacağının, mevcut bir mülkiyet veya "meşru beklenti" oluşturup oluşturmadığını incelememiş, ama alacağın başvuru raporunda "sahip olduğu bir şey", yani mülkiyeti olduğunu düşünmüş olmalı ki, bu alacağın bir kısmından mahrum bırakıldığından söz etmiştir.

Mülkiyetten mahrum eden bir derece mahkemesi kararı, mülkiyet hakkına bir müdahale oluşturabilir. Anayasa Mahkemesi, tazminat alacağının varlığı

ğın tespit etmiş ise, artık bu alacak bir mülkiyet hakkıdır, mahrum edilme de mülkiyet hakkına bir müdahaledir. Mahkemeye erişim hakkı ise, başvurunun (ıslah yoluyla ek bir dava ile de olsa) dava açabilmesini ve bir uyumsuzluğu mahkeme önüne getirebilmesini güvence altına alır, yoksa davanın sonunda tazminat alacağından mahrum edilmemesini değil. AİHM, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini tespit ettiği *Eşim – Türkiye* kararında⁶⁴, başvurunun maddi tazminat talebini, dava Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına uygun görülmüş olsaydı sonucunun ne olacağı hakkında spekülasyon yapamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir (§29). Dolayısıyla, mahkemeye erişim hakkının ihlali ile mülkiyetin kaybindan doğan maddi zarar arasında bir nedensellik bağı bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, *İbrahim Can Kişi* kararında mahkemeye erişim hakkının ihlali ile başvurunun uğradığı maddi zarar arasında nedensellik bağını nasıl kurduğunu açıklamamıştır. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesinin derece mahkemesi kararını mülkiyet hakkına bir müdahale olarak nitelendirip incelemesi gerekirdi.

Kamulaştırma tazminatı

Kamulaştırma tazminatının düşük tespit edildiğine ilişkin bir şikayet, hangi hakkın ihlal edildiği iddiası olarak nitelendirilebilir? A.Y.İ. başvurusunda⁶⁵, “Başvurucu, maliki olduğu tarihi eser vasıflı taşınmazın kamulaştırılması nedeniyle açılan bedel tespiti ve tescil davasında taşınmazın bedelinin olması gerekenden düşük tespit edildiği, yıpranma payının yüksek belirlendiği, tarihi eser vasfının ve tarihi eseri bu güne kadar koruyan kendisinin bu meşakkatli davranışının değerlendirmeye alınmadığı, ön şart yokluğuna bağlı olarak davanın reddedilmesi gerektiği halde kabul edildiği ve dava tarihine göre belirlenen kamulaştırma bedelinin dava sonunda faiz işletilmeden kendisine ödendiği” şikayetlerinde bulunmuş ve “mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür” (§23). Buna göre başvuru, diğerlerinin yanında, i) kamulaştırma bedelinin düşük tespit edildiğinden ve ii) tespit edilen bedele faiz işletilmediğinden şikayet etmiştir.

Anayasa Mahkemesi başvurunun kamulaştırma bedelinin düşük tespit edildiğine ilişkin birinci şikayetini “adil yargılanma hakkına yönelik diğer şikayetler” başlığı altında (§36-42), tespit edilen bedele faiz işletilmemesine ilişkin ikinci şikayetini ise “mülkiyet hakkının ihlali iddiası” başlığı altında (§43-59) incelemiştir. Anayasa Mahkemesi, kamulaştırma bedelinin düşük tespit edildiğine ilişkin birinci şikayetin, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğunu belirtmiş ve derece mahkemesi kararlarının bariz

64 AİHM kararı, *Eşim – Türkiye*, no. 59601/09, 17.09.2013

65 A.Y.İ. kararı, no. 2013/252, 26.06.2014

takdir hatası veya açık keyfilik de içermediği"ni kaydederek, bu iddiayı açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur (§42). Anayasa Mahkemesine göre, "Başvuru konusu olayda kamulaştırma bedelinin tespiti, bu tespitte kullanılan yöntem, emsallerin seçimi ve değerlendirilmesi, taşınmazın tarihi eser niteliğinin, yıpranma paylarının değerine etkisinin belirlenmesi ile davanın açılmasında ön şart yokluğunun değerlendirilmesi kanunun öngördüğü usuller çerçevesinde hâkimin takdir yetkisi içindedir. Derece mahkemelerinin kamulaştırma bedelinin tespiti davasında verdikleri kararlarında bariz takdir hatası veya açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz" (§41).

Anayasa Mahkemesinin başvurucunun kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin şikayetini neden mülkiyet hakkı bakımından incelemediğini anlamak zordur. Mülkiyet hakkını güvence altına alan Anayasa'nın 35. maddesi, bu hakkın sınırlanabileceği öngörmekte, 46. maddesi mülkiyet hakkına müdahalenin bir türü olan kamulaştırma koşulları göstermektedir. Bu madde özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların "gerçek karşılıkları" ödenmek şartıyla kamulaştırılabileceğini öngörmektedir. Somut olayda başvurucunun mülkiyetinden yoksun bırakıldığı, kamulaştırma bedelinin düşük tespit edildiğinden şikayet ederken aslında derece mahkemesinin taşınmazın "gerçek karşılığı"nın ödenmesine hükmetmemiş olmasından şikayet ettiği açıktır. Başvurucunun bu şikayeti de, Anayasa'nın 46. maddesinin birinci fıkrasıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlali iddiası olarak nitelendirilebilir.

Ayrıca AİHM Büyük Dairesi, *Kozacıoğlu – Türkiye* kararında⁶⁶, başvurucunun tarihi eser vasıflı taşınmazı için ulusal mahkemeler tarafından tayin edilen kamulaştırma bedelinin taşınmazın gerçek bedelini karşılamadığına ilişkin şikayetini (§57), mülkiyet hakkının ihlali iddiası olarak görmüştür. AİHM, olayda mülkiyet hakkına müdahale tespit ettikten sonra, bu müdahalenin haklılık şartlarını (hukukun öngördüğü koşullara uygunluk, meşru amaç ve orantılılık/adil denge) taşıyıp taşımadığını incelemiştir. Anayasa Mahkemesi A.Y.İ başvurusunda şikayet konusu olayı mülkiyet hakkına bir müdahale olarak nitelendirmediği için, AİHM'in Kozacıoğlu kararında incelediği müdahalenin haklılık şartlarını da incelememiştir.

Mülkiyete erişememe tazminatı

Mülkiyete erişememe, mülkiyet hakkına bir müdahale oluşturmaz. 1990'lı yıllarda Doğu ve Güneydoğu bölgelerinde güvenlik sorunu nedeniyle köylerinden göç eden kişiler, yine güvenlik sorunu nedeniyle köylerindeki mülkleri-

66 Kozacıoğlu – Türkiye, no. 2334/03, 19.02.2009 [BD]

ne erişemedikleri için mülklerinden yararlanamamışlardır. 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansması Hakkındaki Kanun kapsamında Zarar Tespit Komisyonlarına yaptıkları başvurulardan tazminat alamayan başvuruçuların açtıkları idari davalar da reddedilmiştir.

Derece mahkemeleri 5233 sayılı Kanuna göre tazminat ödenebilmesi için, davacıların “güvenlik kaygısı” nedeniyle köyü terk etmiş olup olmadıklarını incelemişlerdir. Danıştay, güvenlik kaygısının, “köyün, idarece veya köy halkı tarafından ‘tamamen boşaltılması’ hâlinde mümkün olabileceği” görüşünü 20.02.2009 tarihli içtihadıyla değiştirmiş, “sadece geçici köy korucularının yaşadığı köyün güvenli bir yerleşim yeri olduğundan bahsedilemeyeceği”ni söylemiştir. Ancak derece mahkemeleri, büyük ölçüde nüfus düşmüş olsa da köyde kısmi bir nüfusun varlığına işaret eden belgelere dayanarak davacıların köyü güvenlik kaygısı ile terk etmiş olamayacakları şeklindeki maddi bir karineye dayanarak, başvuruçuların tazminat taleplerini reddetmişlerdir.

Başvuruçular, Anayasa Mahkemesine yaptıkları bireysel başvurularda⁶⁷, diğer bazı hakların yanında, mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Söz konusu başvurularda konu olaylarda, başvuruçuların köyü terk etmeden önce köyde mal ve mülklerinden yararlandıkları ve söyledikleri yıllarda köyü terk etmiş oldukları konusunda bir uyuşmazlık yoktur.

Anayasa Mahkemesi söz konusu başvurularda konu olan olaylarda, derece mahkemelerinin güvenlik kaygısına ilişkin yorumunu objektif bir kriter olarak görmüştür. Anayasa Mahkemesi şöyle demiştir: “... başvuruçunun mülkiyetinde bulunan mallarını terör dolayısıyla terk etmediği Danıştayın onaması sonucu kesinleşen mahkeme kararıyla tespit edilmiştir. Bu şekilde bir tespitin doğal sonucu ise başvuruçunun mülkiyet hakkına 5233 sayılı Kanun’un kapsamına girecek şekilde müdahalede bulunulmadığıdır.”⁶⁸ Böylece Anayasa Mahkemesi, bir kısım insanın yaşadığı köyü başvuruçuların terk etme sebebin güvenlik kaygısı olamayacağı şeklindeki derece mahkemelerinin oluşturdukları çürütülemeyecek maddi karineyi onaylamıştır. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin maddi karineye dayanarak verdikleri kararların, başvuruçuların mülkiyet hakkına müdahale oluşturmadığı sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi, bir başvuruda sözü edilen maddi karineyi sınırla-

67 Fettah Hansu kararı, no. 2013/906, 16.04.2013; Mahmut Can Arslan kararı, no. 2012/3008, 06.02.2014; Celal Demir kararı, no. 2013/3309, 06.02.2014; Sabri Çetin kararı, no. 2013/3007, 06.02.2014; Mehmet Gürgen kararı, no. 2013/3202, 06.02.2014; İsmet Kaya kararı, no. 2013/2294, 08.05.2014; Yıldız Kurt kararı, no. 2013/2625, 08.05.2014; Tahir Aytiş kararı, no. 2013/3054, 08.05.2014; Mehmet Can Sadak kararı, no. 2013/2666, 08.05.2014; Cemal Soğunç kararı, no. 2013/2878, 28.05.2014; Mesude Yaşar kararı, 2013/2738, 16.07.2014; Cahit Tekin kararı, no. 2013/2744, 16.07.2014; Hayrettin Kaya kararı, 2013/2293, 08.09.2014

68 bk. örneğin, Mahmut Can Arslan kararı, no. 2013/3008, 06.02.2014, §48; Cemal Soğunç kararı, no. 2013/2878, 28.05.2014, §32

ma gereği duymuştur. Anayasa Mahkemesi *Mesude Yaşar* başvurusunda⁶⁹, başvurusunun oğlunun teröristler tarafından öldürülmüş olmasının, köyü terk etme nedeni olduğu iddiasının derece mahkemeleri tarafından dikkate alınmamış olduğu gözlemlemiştir. Anayasa Mahkemesine göre, "... başvurusunun talebinin 5233 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için yerleşim yerini terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle terk edip etmediğinin belirlenmesi amacıyla köyün tamamen boşaltılıp boşaltılmadığı yönünde bir inceleme yapılarak sonuca ulaştırılmasının, söz konusu Kanun'un amacına uygun olmadığı anlaşılmaktadır. Oğlu terör örgütü mensuplarınca öldürülen başvurusunun yerleşim yerini terör olaylarından kaynaklanan güvenlik kaygısıyla terk ettiği dosya kapsamındaki belgelerden açıkça anlaşılmasına rağmen aksi yönde karar verilmiş olması nedeniyle yargılamaya bir bütün olarak bakıldığında, başvurusunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun (adil) yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."⁷⁰ (§94). Anayasa Mahkemesi hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlalinin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir (§99).

Bu olayda olduğu gibi, oğlu teröristler tarafından öldürülen başvuru köyü güvenlik kaygısıyla terk etmiş ise ve Kanunun aradığı güvenlik kaygısıyla terk şartı olayda mevcut ise, başvurusunun köyü terk nedeniyle mülkiyetinden yararlanamamasının mülkiyet hakkına müdahale oluşturduğu düşünülebilir. Ne var ki Anayasa Mahkemesi, başvurusunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna vardığından, mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki iddianın esasının ayrıca değerlendirilmesine gerek görmemiştir (§95).

Anayasa Mahkemesi başvurusunun maddi tazminat taleplerini ise, "yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesinin başvurusunun ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu" gerekçesiyle reddetmiştir (§100). Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal tespiti nedeniyle yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verildiğine göre, yeniden yargılama sırasında sadece bu ihlalin giderilmesi mümkündür. Hakkaniyete uygun yargılama yapılması hâlinde maddi zararların nasıl giderileceğini anlamak mümkün görünmemektedir.

69 Mesude Yaşar kararı, no. 2013/2738, 16.07.2014

70 Anayasa Mahkemesi, bir başka başvuruda, başvurusunun köy korucusu olan babasının öldürülmesi ve kendisinin de yaralanması üzerine köyü terk etmesinin güvenlik kaygısı olduğunu kabul etmiş ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Cahit Tekin kararı, no. 2013/2744, 16.07.2014, §89

Avans ödemesini mahsup etmeme

Devletin bireye olan para borcunu ifa ettiğini kanıtlayamamasına rağmen borcun ödendiğinin kabul edilmesi gerektiği şeklindeki varsayıma dayanan bir derece mahkemesi kararı, başvurucunun hangi hakkına müdahale etmiş olur? *İbrahim Şendil* başvurusuna⁷¹ konu olan olayda, başvuru devletten konut satın almak üzere avans yatırmış, bu avansın taksitlerden düşülmediği gerekçesiyle açtığı alacak davası önce kabul edilmiş, davalı idarenin Yargıtay önünde karar düzeltme aşamasında avansın düşüldüğü şeklinde borcun ifa edildiği defi ileri sürülmesi üzerine karar Yargıtay tarafından bozulmuş, yerel mahkeme kurumlar arası yazışmalara ve başka yerlerdeki avansların taksitlerden düşülmüş olması karşısında bu olayda da başvurucunun yatırdığı avansın düşülmüş olması gerektiğine karar vermiş ve başvurucunun alacak davasını reddetmiş ve karar onanmıştır. Başvurucu Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuruda mülkiyet hakkının, adil yargılanma hakkının ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, başvurunun iddiasını adil yargılanma hakkının içindeki gerekçeli karar hakkı yönünden inceleyerek, şöyle demiştir: "... derece mahkemesinin davalı TOKİ'nin, avans ödemesinin taksitlerden mahsup edildiği savunması yeterince açıklığa kavuşturulmadan, varsayım üzerine davanın reddine karar verildiği anlaşılmıştır. Dolayısıyla Mahkemenin, davanın kabulüne dair ilk kararında vardığı sonucun tam tersi bir sonuca varsayımla ulaşması ve bunu ikna edici şekilde gerekçelendirememesi adil bir yargılama olmadığını göstermektedir" (§57).

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak ise, derece mahkemesi kararının gerekçesiz olması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlaline ve yargılamanın yenilenmesine karar verildiğini hatırlatarak, "mülkiyet hakkının ihlali iddialarının yargılamanın yenilenmesi davasında değerlendirilebileceği"ni kabul etmiş ve mülkiyet hakkı ihlal iddiasının bu aşamada değerlendirilmesine gerek görmemiştir (§92).

Anayasa Mahkemesi, olayda mülkiyet hakkına bir müdahale bulunduğuna karar vermiş değildir. Anayasa Mahkemesi başvurucunun mülkiyet hakkının ihlali iddialarının yargılamanın yenilenmesi davasında değerlendirilebileceğini söylemekle zımnen olayda mülkiyet hakkına bir müdahale olduğunu kabul ettiği söylenebilir. Derece mahkemelerinin önündeki ilk davanın konusu, taksitlerden düşülmeyen avans ödemesinin geri ödenmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıdır. Başvurucu bu iddiasını reddeden derece mahkemesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddiasıyla Anayasa Mah-

71 İbrahim Şendil kararı, no. 2013/4495, 17.07.2014

kemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi ise başvurunun mülkiyet hakkı ihlali iddiasını çözmeden, bu kez inceleyebileceği düşüncesiyle derece mahkemelerine bırakması, anlaşılabilir gibi değildir. Kaldı ki, derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesinin ihlal tespit etmediği bir konuda yeniden yargılama yapmaları beklenemez. Anayasa Mahkemesinin bu kararı üzerine derece mahkemelerinin sadece gerekçeli karar hakkının ihlalini giderecek şekilde yeni bir karar vermeleri beklenebilir.

Emeklilik aylığını artırmama

Zekiye Şanlı başvurusuna⁷² konu olan olayda, Vakıfbank Vakfı Sandığı emekli olan başvurunun, yüksek prim ödeyerek hak ettiği emeklilik aylığında 2002-2005 yılları arasında Sandık tarafından artış yapılmamıştır. Başvurucunun 2009 yılında açtığı alacak davasında verilen 13 Ocak 2011 tarihli bilirkişi raporunda başvurunun 2002-2009 yılları arasında toplam eksik ödemenin 35.103, 59 TL olduğu tespit edilmiştir. Öte yandan başvurucuya uygulanabilir olan 506 sayılı Kanunun Geçici 20(b) bendine göre, Sandık emeklilerine “en az bu kanunda belirtilen yardımların” sağlanması öngörülmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu hükmü, 24 Mart 2010 tarihli kararında, bu alt sınırın belirlenmesinde “fiilen ödenen yaşlılık aylığı miktarı”nın (muadil miktarın) değil, “yaşlılık aylığı artış oranlarının kıyaslanması”nın (muadil artış oranının) esas alınması gerektiğini şeklinde yorumlamıştır. Yargıtay’a göre, “yıllarca yüksek prim ödeyerek emekli olan davalı sandık mensuplarının aylıklarına daha düşük oranlarda zam yapılarak, yaşlılık aylıklarının daha düşük prim ödeyerek emekli olan 506 Sayılı Yasa’ya tabi olarak yaşlılık aylığı alanların aylıkları ile eşitlenmesi düşünülemez” (§12). Bu içtihat doğrultusunda başvurunun alacak davası kabul edilebilir durumdadır. Ancak başvurunun davası devam ederken, 25 Şubat 2011 tarihinde çıkarılan 6111 sayılı Kanun, “alt sınırın belirlenmesinde muadil miktar karşılaştırması esas alınması” hükmünü getirmiş ve bu hükmün “yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda ve görülmekte olan davalar hakkında da uygulan”masını öngörmüştür (§21). Bu yasa hükümlerinin iptali talebini, Anayasa Mahkemesi 9 Mayıs 2013 tarihli kararıyla reddetmiştir. Başvurucunun davası da, 6111 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması sonucu reddedilmiştir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, “açıldığı tarihteki mevzuat hükümlerine uygun olan davanın kanuni dayanağını oluşturan düzenlemenin, yargılama sürecindeki kanun değişikliğiyle ortadan kalkması nedeniyle davanın reddedildiğini” belirtmiştir (§18). Başvurucu, Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuruda, “yüksek miktarda prim ödemesine rağmen daha düşük miktarda prim ödeyenlerle aynı miktarda emekli aylığı almak zorunda bırakıldığını”dan ve 6111 sayılı Kanunla “Vakfa

72 Zekiye Şanlı kararı, no. 2012/931, no. 26.06.2014

ödediği primlere el konulduğu"dan şikayet etmiş, diğer anayasal haklarının yanında, mülkiyet hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi başvuruçunun mülkiyet hakkına bir müdahale bulunup bulunmadığını tespit edebilmek için, ilk önce, Anayasa'nın 35. maddesindeki mülkiyet hakkının koruma alanı belirlemiştir. Anayasa Mahkemesine mülkiyet hakkının koruma alanına "mevcut bir mülk"ün; mahkeme hükmü, hakem kararı veya idari karar gibi yeterli derecede icra edilebilir nitelikte hukuki dayanağı bulunan "alacak hakkı" veya kesin bir şekilde tanımlanmış "talep hakkı"nın; hakkın tam olarak kazanılmamış olduğu bazı hallerde, özellikle ekonomik hayatın gerekleri ve hukuki güvenlik anlayışı, hakkın ileride mevcut olacağına dair hukuki umudu ifade eden bir kısım "meşru beklenti halleri"nin de girebileceğini kaydetmiştir (§35). Anayasa Mahkemesine göre, meşru beklentiye "vücut verebilecek ve talep halindeki bir malvarlığı yararı"nın Anayasa'nın 35. maddesi anlamında kıymet oluşturmamasını sağlayabilecek unsurlardan biri, bu talebi destekleyen yerleşik içtihat gibi bir hukuksal temelin bulunmasıdır" (§36).

Anayasa Mahkemesi daha sonra olayda başvuruçunun meşru beklentisinin bulunup bulunmadığını incelemiştir (§38-40). Anayasa Mahkemesine göre "başvurunun konusu, başvuruçunun daha önce tahakkuk etmiş olan emekli aylığı veya bu aylığın miktarından öte, bu aylığa daha önce yapılması gerekirken yapılmadığını iddia ettiği artış oranından kaynaklanan fark nedeniyle oluşan alacak hakkına ilişkin beklentilerinin karşılanmamasıdır" (§38). Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararı (§12), başvuruçunun beklentisi için yerleşik içtihat şeklinde bir hukuksal temel oluşturmaktadır. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de "açıldığı tarihteki mevzuat hükümlerine uygun olan davanın kanuni dayanağını oluşturan düzenlemenin, yargılama sürecindeki kanun değişikliğiyle ortadan kalkması nedeniyle davanın reddedildiğini" (§18) vurgulamak suretiyle bu meşru beklentiye işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, başvuruçunun belirtilen kanun değişikliğinden önce mevzuat ve yargısal uygulamaya uygun olarak gündeme gelmiş olan güncel talebi, başvuruçu lehine bir meşru beklentiye vücut vermiştir (§40). Özetle, Anayasa Mahkemesi, alacak hakkına ilişkin beklentilerinin karşılanmamasının, başvuruçunun mülkiyet hakkına "müdahale" oluşturduğu sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi daha sonra bu müdahaleyi "haklılık şartları" yönünden incelemiş (§49-63) ve mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Yargılama giderleri ve vekalet ücreti

Dava sebebinin idare tarafından ortadan kaldırıldığını bilmeden başvuru-
nun açtığı davanın düşmesine ve aleyhine yargılama gideri ve vekalet ücreti
ödenmesine hükmedilmesi, hangi hakka bir müdahale oluşturur? *Murat Daş*
başvurusuna⁷³ konu olan olayda başvuru idareden tazminat talep etmiş,
60 günlük süre geçtikten hemen sonra tazminat davası açmış, tazminat dava-
sını açtıktan sonra aslında idare tarafından 60 günlük süre içinde kendisine
tazminat ödenmesine karar verilmiş olduğunu öğrenmiştir. AYİM açılan bu
davayı konusuz kaldığı gerekçesiyle reddetmiş ve “davanın açılmasında da-
valı idarenin bir dahlinin bulunmaması nedeniyle” başvuru yargılama
giderlerini ve vekalet ücreti ödemesine karar vermiştir.

Başvuru Anayasa Mahkemesine yaptığı başvuruda sadece kendisine yar-
gılama giderlerinin ve vekalet ücretinin yükletilmesinden şikayetçi olmuş ve
adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvuru Anayasa
Mahkemesinden manevi zararlarının yanında, yargılama giderleri ve vekâlet
ücreti ödemesine hükmedilmesinden dolayı uğradığını ileri sürdüğü maddi
zarar karşılığında 2.868, 00 TL maddi tazminata hükmetmesini istemiştir.

Anayasa Mahkemesi başvuru yargılama hakkı bakımından incelenebilecek bir şikayet olarak nitelendirmiş ve başvuru yargılama gideri ve vekalet ücreti ödemesine hükmeden AYİM kararını “ön-
görülemez” bularak, adil yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır
(§53, 55). Anayasa Mahkemesi başvuru maddi tazminat talebini bir ge-
rekçe göstermeden reddetmiştir (§56, hüküm fıkrası C).

Anayasa Mahkemesi, başvurucu yargılama gideri ve vekalet ücreti yük-
letilmesinin yasal dayanağı olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun
331(1). fıkrasının AYİM tarafından olayda uygulanma tarzının mahkemeye
erişim hakkına bir müdahale oluşturup oluşturmadığını, oluşturmuş ise bu
hakka müdahalenin haklı olup olmadığını incelememiştir. Anayasa Mahke-
mesi, yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmedilmesinin kendisini maddi
zarara uğrattığından şikayetçi olan başvuru yargılama, AYİM’in söz konusu Ka-
nun hükmünü uygulama tarzı nedeniyle mülkiyet hakkına bir müdahale bu-
lunup bulunmadığını ve hükmedilen miktar ölçüsünde mülkiyetini kaybedip
etmediğini de incelememiştir.

AYİM’in başvurucu yargılama gideri ve vekalet ücreti yüklemesi, başvuru yargılama hakkına bir müdahale oluşturmuş mudur? Düş-
mesine karar verilen bir davada yargılama gideri ve vekalet ücreti yükletil-
mesi, bu tür davaları açmayı caydırabileceği için mahkemeye erişim hakkına
bir müdahale olarak görülebilir, ama bu müdahale haklı bulunabilir. Somut

73 Murat Daş kararı, no. 2013/3063, 26.06.2014

olayda başvuruçunun şikayeti, düşmesine karar verilebilecek olan bir davada yargılama gideri ve vekalet ücreti yükletilebilecek olmasına ilişkin olmayıp, düşmesine karar verilen davayı açmış olmasında kendisinin kusuru olmadığı halde kendisine yargılama gideri ve vekalet ücreti yükletilmesidir. Dolayısıyla başvuruçunun şikayeti ve şikayet konusu olan olay, mahkemeye erişim hakkına bir müdahale olarak nitelendirilmez.

Başvuruçunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmediği doğrudur; ancak başvuruçunun kendisine yargılama gideri ve vekalet ücretine yükletilmesi nedeniyle maddi zarara uğratıldığından şikayetçi olduğu da açıktır. Başvuruçunun malvarlığında bir azaltma yapan AYİM'in söz konusu kararı, başvuruçunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkına bir müdahale oluşturduğu şeklinde nitelendirilebilir. Bu durumda başvurudaki sorun, başvuruçunun mülkiyet hakkına müdahalenin, Anayasa'nın 35. ve 13. maddelerinin gerektirdiği şekilde "kanun/hukuka uygun" olup olmadığıdır.

Başvuruçuya yargılama gideri ve vekalet ücreti yükletilmesinin kanuni dayanağı 6100 sayılı Kanunun 331(1). fıkrasıdır. Bu fıkra, davanın konusuz kalması sebebiyle davanın esası hakkında bir karar verilmesine gerek bulunmayan hâllerde, "davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna göre yargılama giderleri"nin takdir edileceğini belirtmektedir. Somut olay bakımından soru, davanın açıldığı tarih bakımından başvuruçunun haklı görünüşü görünmediği, yani dava sebebinin bulunup bulunmadığıdır.

AYİM, "davanın açılmasında davalı idarenin bir dahlinin bulunma"dığını söylemiştir (§14/son). AYİM bu sonuca varırken, dava açılmadan önce başvuruçuya tazminat ödenmesine karar verilmiş olmasına dayanmıştır. Bu çerçevede AYİM, başvuruçunun haklılık durumunun, kendisine tazminat ödenmesine karar verildiğini öğrendiği tarihte değil, ama idare tarafından karar verildiği tarihte ortadan kalktığını kabul etmiştir. Başvuruçunun kendisine tazminat ödenmesine karar verildiğini dava açmadan önce öğrendiği iddia edilmiş değildir. Başvuruçunun dava sebebinin ortadan kalktığını öğrenmesinden önce açtığı dava nedeniyle mali külfetle karşılaşabileceğini öngörmesi mümkün değildir. AYİM'in haklılık durumunu tayine ilişkin hükmü yorumlayış ve uygulayış tarzı, başvuruçudan tarafından öngörülebilir değildir. Somut olayda öngörülebilir olmayan bu müdahale nedeniyle, anayasa Mahkemesi başvuruçunun mülkiyet hakkının kanuna/hukuka uygunluk şartı yönünden ihlal edildiği sonucuna varabilirdi. Başvuruçunun mülkiyet hakkı ihlali ile mülkiyetinde azalma nedeniyle uğradığı maddi zarar arasında bir nedensellik bağı bulunduğu için de kendisine maddi tazminat ödenmesine hükmedilmesi gerekirdi.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulardaki olayları ve başvuru-
cuların şikayetlerini nitelendirme yetkisinin varlığı ve gerekliliği tartışılabilir bir du-
rum değildir. Ancak Anayasa Mahkemesinin nitelendirme yetkisini somut
olaylarda kullanım tarzı, hak ve özgürlüklerin korunması açısından sorunlar
doğurabilir.

İlk olarak, Anayasa Mahkemesinin objektif yaklaşımla, bir bireysel başvu-
runun bir anayasal hakkın ihlali iddiasını “içerip içermediği”ne göre mi, yok-
sa sübjektif yaklaşımla, sadece başvuru-
cunun “talebi”ne (iddiasına) göre mi
nitelendirme yapacağı önemlidir. Birinci yaklaşımın kullanılmasının, insan
haklarının korunmasını daha fazla güçlendirebileceği, buna karşılık Anayasa
Mahkemesinin iş yükünü artıracak olduğu söylenebilir.

İkinci olarak, başvurusu konusu olayların nitelendirilmesi sırasında, Ana-
yasa Mahkemesinin anayasal haklarının bütünü göz önünde bulundurarak,
öncelikle olayların maddi bir anayasal hakka müdahale oluşturup oluş-
turmadığını incelemesinde büyük yarar vardır. Her kararın sonucundan şika-
yet, her zaman kanun yolu şikayeti olarak nitelendirilmez.

Prof. Dr. iur. İbrahim KAPLAN
(*Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Öğretim Üyesi)

§1. İSVİÇRE ANAYASASINDAKİ MESKEN ARAMA, TELEFON DİNLEME VE TUTUKLULUK HALLERİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER, GEREKÇELERİ VE DEĞERLENDİRMELER

I. Temel Hak Olarak Özel Alanının Korunması

İsviçre Federal Anayasasının 13. maddesinde “özel alanın korunması” kenar başlığı altındaki hükmün,

- 1. fıkrasında “ Her kişi, özel ve aile yaşamına saygı gösterilmesini, meskenini, posta ve telefonlarının dokunulmazlığını talep etme hakkına sahiptir.

- 2. fıkrasında ise, “ her kişi, kişisel bilgi içeren verilerinin kötüye kullanılmasına karşı korunmasını talep etme hakkına sahiptir.”

II. BV.13. Madde Hükmünün Konusu ve Hukuki Açıdan Görevi

BV'nin 13. maddesi, anayasa hukukunda kişiliğin koruması açısından merkezi nitelikte temel hükümlerden biridir. BV'nin 13. maddesi BV'nin 7. Maddesindeki “İnsan saygınlığı” 10. maddesindeki “yaşam hakkı ve kişisel özgürlük”, 14. Maddesindeki “evlilik ve aile kurma hakkı, teminat altına alınmıştır.” Hükmüleriyle yakın ilişkili ve birbiriyle kesişmesi bulunan bir hükümdür.¹

Bu durumun hak arayanların hızlı bilgi edinmesini güçleştirdiği savunulmaktadır.² Bu sebeple genel olarak uygulamayı takip etmek gerekmektedir. BV 13. Maddesi hükmü yanında kişisel özgürlüğün başlangıç hükmü olan 10. maddesini birlikte dayanılması tavsiye edilmelidir. Özellikle bu husus kişisel verilerin korunması ile bağlantılı olarak, Federal Mahkemenin yeni içtihatlarında; verilerin toplanması, üzerinde çalışılması ve korunmasının tekrar tekrar, kişisel özgürlüklere müdahale olarak değerlendirmektedir.³

BV'nin 13. Maddesi, ilk önce bu alanda devletin faaliyete geçmesi taleplerini, öngörmekte diğer yandan ise, kanun koyucunun bu alanda koruyucu hükümler yükümlülükleri bulundurduğunu hatırlatmaktadır.

1 Jean Paul Müller, Grundrechte, Bern 2008; s.70 ff,

2 Giovanni Biaggini, Kommentar zum BV. Art 13 N.2

3 Giovanni Biaggini, a.g.k. N.2, BGE 128 I 63, 69; BGE 125 I 257 ve 260

III. BV. 13/1. Fıkra Hükümünün Koruma Alanı

Fıkra 1 hükmü sanki korunan kısmı alanları kısmı içerik olarak; özel yaşam, aile hayatı, mesken, mektup, posta ve ulaştırma trafiği şeklinde saymış intibası uyandırmaktadır. Ancak kısmi içerik tahtında sayılamamış alanlarda dairenin çerçevesini kural olarak genişletmeye izin verecek niteliktedir. Zira maddi kavram olarak başlık yayılmaya müsaittir. Federal mahkemenin, temel hakların geliştirilmesinde yetkili kılındığı genellikle kabul edilmektedir.⁴

1. Konut Kavramı

BV 13 hükmündeki “ mesken” kavramı geniş ve kapsamlı olarak anlaşılmakta ve yorumlanmaktadır. Buna göre genele açık olmayan, sabit duran hareket eden veya yüzen yerler olup, insanın oturmasına, kalmasına ayrılmış yerler “ mesken” sayılmaktadır.

Dar anlamda, meskenin odaları, buna bağlı yan yerler, meskene ait depolar, garajlar, merdiven odaları, mesken kabul edilmektedir.⁵

Mesken, devlet makamları ile halkın bakışlarından serbest, şemsiyelenmiş bir alan olarak da tanımlanmaktadır.⁶

Aynı şekilde, halka ve genele açık olmayan, iş yerleri ile bürolar, kişilerin dinlenme yerleri, çalışma odaları, atölyeler, tamirhaneleri, özel kapalı garajlar, ağullar ve barınaklar ve bunlara benzer yerler, meskenden sayılmaktadır.⁷

Buna karşılık asker veya polislerin bakım ve barınma yerleri, hapishaneler bunların ziyaretçi odaları koruma altındaki mesken kavramından kabul edilmemektedir.

2. Konut Dokunulmazlığından Yararlanan Kişiler

Mesken dokunulmazlığından, meskende ikamet eden, oturan, meskenin sahibi veya meskende hangi hukuki ilişki ile bağlantı olduğu araştırılmaksızın kiracı yararlanır ve hak sahibidir. Mesken olarak adlandırılan yerlerde haksız olarak kalan veya oturan, fuzuli sagil, haksız işgal eden kural olarak mesken mahrumiyetinden yararlanamaz.

Meskende haklı sebeple oturmakta hakkına sahip olup, kira sözleşmesi hukuken feshedilmiş olan kimse, evi boşaltmadığı süre esnasında, bu meskende dokunulmazlık hakkına sahiptir.

4 Giovanni, Biaggini, a.g.k. N.3

5 Christoph Gusy, Repetitorium; Öffentliches Recht, sh.60

6 Andreas Kley, Handbuch der Grundrechte, Band VII/2, Zürich/St.Gallen 2007; Schweiz §214 N.6 s.353

7 Papier; in Maunz- Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Band II, GG. Art.13 Rn. 10

İ. Kaplan: İsviçre A.Y.'nda Mesken Arama, Telefon Dinleme ve Tutukluluk

Aile konutunda bulunan ve yaşayan aile üyelerinin tamamı, aile birlikte oturup çalışan kimseler de mesken dokunulmazlığından yararlanmaktadır.⁸

Mesken dokunulmazlığı hakkından yalnız ülke vatandaşlığı değil, yabancılar, vatansız olanlar, ilticacılar da yararlanırlar, zira bu hak insan hakları niteliğinde bir temel haktır.⁹

Özel hukuk tüzel kişileri olan dernekler, vakıflar, ticari şirketler bunların meskenleri kulüpler, oyun sahaları mesken sayılmaktadır.

Kamu hukuku tüzel kişileri, örneğin genel bütçeye dahil kuruluşlar ve karma bütçeli idareler, belediyeler, mesken dokunulmazlığından yararlanmazlar, hakları mevcut değildir.

Mülkiyeti devlete ait olup, memurlara tahsis edilmiş lojmanlarda hukuka uygun olarak oturan aileler ve kişiler, bu haktan yararlanabilir.

3. Konut Dokunulmazlığına Yapılan Müdahalelerin Türleri ve Sınırları

Mesken dokunulmazlığı, temel hakkına; kanun koyucu olan yasama, yargı erki ve idari makamlar hukuka uygun olarak riayet etmekle yükümlüdürler.¹⁰

Konut dokunulmazlığı ancak kanun hükmünün bulunması şartına dayanarak ve hakim kararı alınması şartına bağlı olarak kaldırılabilir.¹¹

Genel olarak kanun hükmüne dayanarak ve hakim kararı üzerine devletin konut dokunulmazlığına hürriyetine müdahale edebileceği haller sınırlı olmak üzere alt gruba ayırmak ve toplamak mümkündür:

a. Meskene Girme ve Arama Yapma

Kural olarak hakim kararı üzerine, mekâna girmek ve arama yapmak hukuken mümkündür.

Gecikmenin tehlike yaratacağı durumlarda istisnai olarak kanun hükmüne dayanmak şartıyla hukuken mümkündür.

Meskeni gözetleme, dinleme, durumları, meskene girme kapsamında mütalaa edilmektedir.

8 Papier/Maunz/Dürig; Kom. zum GG Art. 13. Rn. 12

9 Papier- Maunz-Dürig, Komm. zum GG. Art.13 Rn.16

10 Papier, Maunz -Dürig, komm. zum GG Art. 13

11 Papier- Maunz-Dürig, komm. zum GG Art. 13. Rn.21 vd.

b. Meskenin Elektronik Gözetimi

GG Art. 13'dekinin aksine Art.13 BV'de açık olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte mesken dokunulmazlığı ile doğrudan bağlantılı olduğu için meskenin içerisinde veya dışında yetkisin görevliler tarafından görüntü alma ve dinleme aletlerinin monte edilmesi, bu suretle, meskenine giren çıkanların ve çevresinin gözetlenmesi ve görüntü alınması, buna dair kanun hükmü bulunması ve hakim kararının alınması şartlarına bağlıdır. Aksine yapılan elektronik dinleme ve görüntüleme Anayasa'ya aykırı düşer.

IV. Telefon Dinleme

1. İsviçre Ceza Kanundaki Düzenlemeler

İsviçre Federal Anayasasında(BV'de) telefon dinleme ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır.

Federal Ceza Kanununun (BStrG) Art 179 ve devamı maddelerine "Gizli veya Özel alana karşı işlenen suçlar" başlığı altında; onaysız olarak başkalarının konuşmalarını dinlemek ve bunlara kayda almanın şikâyetle bağlı suç teşkil ettiği, yaptırımının da hapis veya para cezası olduğu öngörülmüştür.

Resmi dinleme açık bir yasal yetkiye dayanarak gecikmesizin yetkili hakimden izin almak kaydıyla ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yasal yetkiye dayanan organların talimatına posta ulaştırma trafiğinin suç teşkil etmediği ve cezasının bulunmadığı Federal Ceza Kanununun 179. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

2. Federal Posta ve İletişim Trafiğini Denetlenmesi Hakkında Kanundaki Düzenlemeler

Halen 10 ve 19 Mart 2014 tarihleri arasında kantonlar meclisinde görüşülen Çoğunluklar kabul edilen kanundaki değişik önermeleri, yasalaşmamıştır.

Yürürlükte bulunan Federal Kanunda, mobil telefon görüşmelerinin 6 ay geriye yönelik incelenmesi dahil, dinlenmesini ve bunların cezai kovuşturma ve soruşturma makamlarına iletilmesini müsaade etmektedir.

Kişilerin dinlenmesi için, suç işlendiği veya işlenmek üzere olduğu, kanunda listesi yazılı suç kategorilerinde, örneğin görevin kötüye kullanılması, dolandırıcılık, tehdit, halkın korkutması, kamu trafiğinin engellenmesi ve öldürme suçları gibi suçlar için şüpheli kişiler dinlenebilir.

Federal kanundaki bu düzenlemelerin ayrıntılı ve uygulamaya yönelik düzenlemeleri, kanunla aynı, adi taşıyan Posta ve iletişimin gözetimi Federal

İ. Kaplan: İsviçre A.Y.'nda Mesken Arama, Telefon Dinleme ve Tutukluluk Yönetmeliğinde, düzenlemenin bulunmaktadır.

Federal kanunun değişik tasarısında geriye yönelik olarak dinlenme süresinin 6 aydan 12 aya çıkarılması önerilmektedir.

İnternet kullanan tüketici kitlenin kişilik değerlerine yönelik, müdahalelerden dolayı, tazminat talep hakları tanınmaktadır.

Federal makamlar, internet yoluyla bilgisayar solucanı virüs gönderme yetkisi tanınmaktadır.

V. Tutukluluk Durumuna İlişkin Anayasal Düzenlemeler

1. BV 31 Madde Hükmü

BV'nin 31. maddesinde (4) fıkra hâlinde "tutukluluk" haline ilişkin temel esaslar hükme bağlanmıştır.

Art.13 Tutukluluk (Özgürlükten Yoksun Bırakma)

BV Art.31 Freiheitentzug (Tutukluluk)

1) Bir kişi özgürlüğünden ancak, yalnızca kanunun öngördüğü durumlarda ve kanunda yazıldığı biçimde yoksun bırakılır.

2) Tutuklanan her kişi tutuklanma sebepleri ve buna karşı sahip olduğu hakları kendisinin anlayacağı bir dilde derhal duyurulmasını talep hakkına sahiptir. Kendi haklarını kullanma imkânı tanınması zorunludur. Özellikle en yakınlarına haber verilmesini isteme hakkına sahiptir.

3) Gözetim hapsi altında tutulan her kişi derhal hakim karşısına çıkarılmasını talep hakkına sahiptir. Hakim kişinin gözetim hapsinde tutulmasının devamına veya serbest bırakılmasına karar verir. Gözetim hapsinde tutulan her kişi münasip bir süre içerisinde hakkında karar verilmesini talep etme hakkına sahiptir.

4) Özgürlüğünden mahkeme tarafından yoksun bırakılmayan her kimse; her zaman mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. Mahkeme hiç gecikmeksizin tutuklanmanın hukuka uygunluğu hakkında karar verir.

Yürürlükte bulunmayan StGB Art. 44-64 hükümlerine göre gözetim hapsi ve güvenlik hapsi bir aylık süreydi.

2. Tutukluluk İçin Genel Şartlar

BV'nin 31. maddesi tutukluluk kararı için, anayasal olarak aranan asgari stan-

dart kuralları öngörmektedir. Tutukluluk kararı ve şu an yürürlükte StrGB Art. 397 ff. Kurallarının uygulanmasında, aşılması ve altına inilmemesi gereken kurallar öngörmektedir.

Temel haklara çok ağır bir müdahale olarak "tutukluluk" durumu şekli acıdan bir kanuni düzenlenmeyi gerektirmektedir. Art.13 fıkra 1'de öngörüldüğü gibi, bir yönetmelik düzenlemesi yeterli değildir.¹²

Sözü geçen 1. fıkra hükmünü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 7. Bendindeki Tutukluluk için sayılan (6) durum dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Bu durumlar basit olarak söylenmek gerekirse;

-Mahkeme kararı

-Mahkeme hükmünde yazılı talimattaki yükümlülükler uyulmaması ve yerine getirilmemesi

-Şüpheli durum veya kaçma tehlikesi,

-Delilerin karartılması veya yok edilmesi tehlikesinin varlığı,

-Sağlık nedenleri,

-Ülke dışına çıkarma kararı

şeklinde sıralamak mümkündür.

3. Tutukluluk Süresi

Federal Ceza yargılaması kanunun 5 Ekim 2007 tarihinde yürürlüğe girmenden önce kantonlara ait yargılama usulü kanunlarında tutukluluk süresi ortalama 1 ay olduğu kabul edilmekteydi.¹³

Yeni Ceza Yargılaması Kanunda tutukluluk belli bir süre öngörülmemiştir. Ancak bu süre suçu; ağırlığına göre, orantılılık ilkesi gereğince, hukuken münasip ir süre olması gerekmektedir.¹⁴

Tutukluluk halinin mahkeme kararlarına göre normal durumlarda, en fazla 10 günde bir gözden geçirilmesi gerekmektedir Hukuka uygun bulunmayan "tutukluluk" halinin kaldırılmasına karar verilmelidir.¹⁵

¹² Giovanni, Kom. zum BV, Art.13 N.4

¹³ PD Dr. M. Forstev, Rechtsschutz bei Strafprozessualen Haft (2.Teil), SJZ 15. Januar 1998, 94.Jahrgang, sayı 2 sh.37

¹⁴ Giovanni, Biaggini, Art 31

¹⁵ Giovanni Biaggini, Art.31 BV, N.14 und 12-13;N.22 ;NZZ.Nr.305 vom 30.12.2004(BK-H-125/04/b); 13; 17 ve 18; BV N.14 und N.12-13;BGE 131 I 436 ve 439

İ. Kaplan: İsviçre A.Y.'nda Mesken Arama, Telefon Dinleme ve Tutukluluk

§2. Alman Anayasasının Konut Dokunulmazlığı, Telefon Dinleme ve Tutukluluk Hallerine İlişkin Hükümleri, Gerekçeler ve Değerlendirilmesi

I. Konut Dokunulmazlığına İlişkin GG. Art.13

Federal Almanya Anayasasının 13. maddesinde “Konut Dokunulmazlığı” kenar başlığı altında 1998 yılından önce (3) fıkra hâlinde düzenlenmiş bulunan “Konut Dokunulmazlığı Hakkı”, 26.3.1998 yılında yapılan değişiklikle (4) yeni fıkra ilavesiyle gayet ayrıntılı olarak (7) fıkralık yeni bir hüküm hâlinde yeniden düzenlenmiştir. Anayasa’nın 13. maddesine eklenene yeni 4, 5 ve 6 ve 7 fıkralarında teknik araçlarla konut ve işyeri dinlemenin temel esasları düzenlenmiştir

Almanya Anayasasının Konut Dokunulmazlığını düzenleyen 13. maddesi aynen aşağıdaki gibidir;

Art. (Madde) 13. Konut Dokunulmazlığı

(1) Konuta dokunulamaz.

(2) Aramalar ancak kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hakim kararı veya gecikilmesinde sakınca bulunan hallerde de yalnızca kanunla yetkili kılınan merciin emri üzerine ve kanunda bildirilen biçimde yapılır.

(3) Bir kimsenin belirlenmiş özel ağırlıkta bir suç işlediği hakkında belli vakıalarla desteklenen şüphe bulunmakta ise, olayın başka yoldan tespit ve araştırılması oldukça güç veya imkânsız olmak şartıyla suçun takibi için hakim kararı ile suçlunun saklanması muhtemel konutlar teknik araçlarla dinlenebilir. Bu tedbir süreli olmalıdır. Karar, üç hakiminden oluşan ağır ceza heyeti tarafından alınmalı ve gecikilmesinde sakınca bulunan hallerde de bir hakim tarafından verilmelidir.

(4) Kamu güvenliği için baş gösteren tehlikeli durumların, özellikle bir toplu tehlikeyi veya bir hayati tehlikeyi önlemek için, konutların teknik araçlarla dinlenmesi ve kontrolü, ancak hakim kararı üzerine yapılabilir. Gecikilmesinde tehlike doğacak hallerde, bu tedbir kanunda öngörülmüş başka bir mercii tarafından alınabilir, ancak gecikilmeden hemen hakim kararının alınması gerekir.

(5) Teknik araçlar, münhasıran konutlarda arama yapan kişilerin korunması için kullanılması amaçlanmışsa bu önlemin kararı kanunda belirlenmiş merci tarafından alınabilir. Bu arama sonucu elde edilen bilgilerin başka amaçla kullanılması yalnızca suçun takibi veya tehlikenin önlenmesi amacı ve ancak

önceden bu önlemin hukuka uygun olduğunun hakim kararı ile tespiti şartına bağlıdır. Gecikilmesinde tehlike durumunda, hakim kararının sonradan derhal alınması gerekir.

(6) Federal Hükümet; 3. fıkra ve ayrıca 4. fıkraya göre Federal merciin yetki alanı incelenmesinde zorunluluk varsa, 5. fıkraya göre gerçekleştirilen teknik araç dinlemesi hakkında Federal Parlamenteoya yıllık bir raporla bildirir. Federal Parlamento tarafından seçilen bir komisyon, bu raporu esas alarak parlamenter denetimini yapar.

(7) Ayrıca kısıtlama ve sınırlamalar ancak toplu bir tehlikeyi önlemek veya bir kişiyi hayatı tehlikeden korumak, kamu güvenliği ve düzenini baş gösteren tehlikeden sakınmak, öncelikle konut kıtlığını, ortadan kaldırmak veya salgın hastalık tehlikesiyle mücadele etmek veya tehlikeye maruz kalan gençlerin korunması için, ancak kanuni düzenleme ile yapılabilir.

1. Genel Olarak Konut Dokunulmazlığı

Art. 13'un 1. fıkrasında düzenlenmiş bulunan konut dokunulmazlığı temel hakkı, diğer temel hakları, düzenleyen hükümlerden farklı olarak yalnızca münferit bir temel hakkı teminat altına almaktadır.

Konutun dokunulmazlığı, hak sahibine tanınmış bir sübjektif hak olarak kamu gücüne yönelik özel yaşam alanının koruyucusu niteliktedir.

Art.13'e göre konutun korunması, özel yaşamın geçtiği alanların müdahalelerden korunması anlamını taşımaktadır. Amaç özel yaşama tahsis edilmiş alanların rahat bırakılmasıdır.

2. Konut Dokunulmazlığı Hakkının Konusu, Mahkeme Kavramı Ve Mesken Sahipliği

Geniş anlamda konut veya meskene genele açık olmayan, sabit duran veya hareket eden veya yüzen durumda olan, insanların barındıkları, kaldıkları oturdukları ve kullandıkları az çok sınırları belli kapalı alanlardır. Bu alana bağlı ve bu alanla bağlantılı, kiler, depo merdivenler de meskene dahil sayılmaktadır. karavan, çadırlar yat mesken kavramında mütalaa edilmektedir.¹⁶

Korunan konutun ve meskenin sahibi orada oturan herkestir. Bu kişi konutun maliki kiracısı, sınırlı ayni hak (intifa hakkı veya oturma hakkı) gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri sahip olabilir.

Genele açık olmayan yani alışveriş yapılan yerler ve alanlar hariç, iş yerleri

16 YUK. §1/1

İ. Kaplan: İsviçre A.Y.'nda Mesken Arama, Telefon Dinleme ve Tutukluluk ve ticarethane ve işletmelerin özel yaşamı tahsis edilmiş odaları da mesken dokunulmazlığından yararlanabilir.¹⁷

3. Konutta Girme ve Konutta Arama Yapma

Art.13'ün 2. fıkrası hükmüne göre, konutta girmek ve içerisinde arama yapmak, yalnızca hakim kararı veya gecikmesinde tehlike doğuracak hallerde kanunda öngörülen başka organlarca verilecek karar üzerine ve ayrıca kanunda öngörülen biçimde hukuken mümkündür.

Konutta arama ve dinleme yapmak için maddede aranan şartlar şunlardır.

-Bir kimse hakkında konutta öngörülmüş ağır bir suç izlediği şüphesinin bulunması,

-Hakimin kararı üzerine suçlunun takibi için, teknik araçlarla, suçlunun muhtemel kaldığı, meskenlerde arama ve dinleme konusu yapılması

-İşlenmiş suçun başka türlü belirlenmesi ve tespiti orantısız biçimde ağırlaştırıyor, genişliyor veya sonuç alınamaz bir hâle geliyorsa, idari makamlar, polis tarafından konutta dinleme ve arama uygulayabilir.

a. Konutta Arama Kavramı

Resmi makamların, konutta her müdahalesi 2. fıkra anlamında, konutta arama oluşturmamaktadır.

Konutta arama, yalnızca, bir kişiyi veya eşyayı veya bir vakıanın, bir suçun araştırılması için yetkili resmi makamlarca konutta girilmesidir.

Konut dokunulmazlığı kapsamında konutta arama konutun korunan alan ve odalarına girilmeyi, konut içinde aranan kişi veya eşyanın veya izlerin gözle tespiti amacıyla yapılan aramadır.¹⁸

Konut sahibinin mesleğini kural ve düzenlenmelere uygun icra edip etmediğini tespit için konutta yapılan inceleme 2. fıkra hükmü anlamında bir "konutta arama" değildir.

b. Konutun Aranmasına İlişkin Hakim Kararının Muhtevasına İlişkin Şartları

Konutun aranmasına ilişkin, kural olarak üç hakimden oluşan ağır ceza mahkemesi veya acil durumlarda tek hakim tarafından §102 ve §§103 hükümleri-

17 Papier-Maunz-Dürig, Komm.zum GG; Art. 13, N.13-17

18 Papier, a.g.k. N.22-23

ne bağlı olarak verilmelidir. ¹⁹

Mahkeme kararının²⁰

- Anayasada temel hak ve buna müdahale için şartlara uygun, ölçülü ve denetlenebilir olması,

-İmkânlar ölçüsünde ve elinden geldiği biçimde, temel hakların durumlarına ve hukuk devleti ilkesine uygun ve taleple belirenmiş olarak yer almak suretiyle özellikle açıklanan isnat olunan suç hakkında detaylı bilgilerin (slogan şeklinde düzenlenmiş, formül gerekçelerle, takdim yeterli değildir) yer alması gerekir.

-Konutta bulunabileceği düşünülen delillerin açıkça tanıtılması ve aranacak konut adalarının açıkça gösterilmelidir.

-İsnat olunan suç ile ilgili mümkün ve tahmin edilebilen bilgiler ve suç tanıtımının yapılması,

-Aramada bulunması mümkün delillerin listesinin yer alması,

-İsnat edilen suçun ağırlığı,

-Suç işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığı ve buna ilişkin somut şüphelerin varlığını gösteren emareler,

-Şüpheli niteliğinde olmayan üçüncü şahsın konutunda yapılacak arama kararında, hangi ispat edilen delilin varlığının bulunabileceği, kabul edilebilir nitelikte olması (yalnızca §102 ve StPO olduğu gibi şüphe uyandıran ve tahmini delillerin aranacağını ileri sürülmesi yeterli değildir.)²¹

4. Konutun Elektronik Araçlarla Akustik ve Gizli Olarak Dinlenmesi (GG Art. 13/3)

a. Gizli Dinlemenin Şartları

GG'nin 13. maddesinin 3. fıkrasında teknik ve elektronik araç ve aletlerle suçluların takibi için, hakim tarafından verilecek kararı üzerine, konutların dinlenmesini maddi ve şekli şartları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Üç hakimden oluşan ve acil durumlarda bir hakim tarafından verilecek karar üzerine konutta gizli dinleme için teknik ve akustik araçların tesis edilmesi ve konması için şu şartların gerçekleşmiş olması aranmaktadır.²²

¹⁹ Papier, a.g.k. N.25-42

²⁰ Anayasa Mahkemesinin 18.06.2014 tarih ve 2013/2814 başvuru numaralı kararı (RG 21.06.2014-29037 sayılı) Terazi Dergisi, Ağustos 2014, sh.138, özellikle sh.143

²¹ Papier, a.g.k. N.25-28

²² Papier, a.g.k. N. 73-77

İ. Kaplan: İsviçre A.Y.'nda Mesken Arama, Telefon Dinleme ve Tutukluluk

Konutta veya konut ile ilgili yerlerde ;

-Ağır cezalı suç işlendiğine dair belirli şüphe uyandıran olayların varlığı şarttır. Somut şüphe uyandıran durumların varlığı gereklidir.

-Gizli dinleme ile araştırılacak, ortada ağır ceza gerektiren suçların söz konusu olması gerekir.

-Ağır suçların dışında; suçların kataloğuna(listesine); kabahatler ve hafif suçlarda dahil edilmiştir.

-Dinleme organize suçlarla sınırlandırılmamıştır.

b. Gizli Dinlemede Kullanılabilecek Araçlar

Fıkra 3 hükmünde konutlarda akustik dinleme için kullanılacak elektronik teknik araçlara, örneğin bilgisayar solucanı, virüsü, gizli mikrofonlar, ses kaydeden diğer aletler gösterilebilir.

Akustik araçlarla dinleme yapılacak konutun tahmini olarak suçlunun ikamet ettiği veya kaldığı konut olmalıdır.

Suçlu kalmasının muhtemel olduğu, üçüncü şahsa ait konutlarda da aynı şartlar tahtında gizli dinleme aleti konabilir ve gizli dinleme yapılabilir.

c. Gizli Dinleme Kararı Verilmesinin Usulü

Üçüncü fıkra da belirtildiği, karar üç hakimden oluşan ağır ceza mahkemesi tarafından verilmesi gerekir, karar belli süre ile sınırlandırılmış olmalıdır.

5. Konutların Önleyici Tedbir Olarak Optik Aletlerle Gözetlenmesi (GG Art.13 Abs.4)

Fıkra 4 hükmünde, 3. fıkra hükmünden farklı olarak, konutların önleyici amaçlarla, gözetlenmesi düzenlenmektedir.

Üçüncü fıkra hükmü arasındaki diğer önemli bir farkta 4. fıkrasında gözetleme teknikleri 3. fıkra hükmündeki, akustik usulle sınırlı değildir. 4. fıkra hükmünde daha ziyade, optik aletlerle yapılacak gözetlemenin caiz olduğu, hükmüne bağlanmaktadır.²³

4.fıkra hükmü 3. fıkra hükmünün şartlarına nazaran şartlarla daha ağırlaştırmıştır.

Teknik araçlar eskiden olduğu gibi tehlikenin engellenmesi için değil, yal-

23 Papier, a.g.k., N.89-90

nızca acil ve zorunlu tehlikenin önlenmesi gayesiyle konulmaktadır.

Tehlike kamu güvenliğini tehdit eder nitelikte olmalıdır. Artık tehlikenin kamu düzenine yönelik olması yeterli görülmemektedir. Bu farklılık pek önemli olmadığını da doğru ve yerinde olarak savunanlar vardır. Bu görüşe göre, kamu güvenliği ve kamu düzeni yeri geldiğine birbirini yerine kullanılan birbiriyle kesişen kavramlardır. Aralarında bir ayırım yapmamak gerekir. 4. fıkra hükmüne "acil, zaruri tehlike bir başka baş gösteren ** tehlike olarak toplu tehlikeyi ve hayati tehlikeyi saymamaktadır."²⁴

6. Konutta Oturan Kişilerin Korunması İçin Konutta Teknik Araçların Yerleştirilmesi (GG. Art. 13 fıkra 5)

Bu fıkra hükmü, 4. fıkra hükmünün istisnası teşkil etmektedir. Teknik araçların yerleştirilmesi, yalnızca belli amaçla faaliyet göstermek için konutta da oturan kişileri korumak amacını güdüyorsa, artık Art.3 fıkra 4 hükmünün 1. cümlesindeki " hakim kararı" şartını aramamak gerekir. Ancak gözetme, bu kişileri korumanın kapsamı dışına taşıyorsa, başka suçluların takibine yol açabilecek derece genişliyorsa hakim kararı gereklidir.²⁵

Belli bir amaçla devlet makamları tarafından bir suçun takibi veya bir tehlikenin gizlenmesi için konutta bulunan ve oturan " gizli polisi veya anayasa koruma (Milli İstihbarat memurları gibi) görevlileri, kimliği değiştirilmiş kişileri veya gizli tanıkları korumak için konutta, optik aletler konabilir ve gözetleme yapılabilir. Muhtemel kişilerin korunmasının bu korumaya dahil edilip edilmeyeceği, yapılan devlet faaliyetinin niteliğine göre belirlenmektedir.

Bu hükmün anayasada yer almasının bu kişilerin sayıları sınırlı olduğu düşünülürse, gerek olmadığı görüşündeyim. Bu kişilerin haklı olarak korunması sınırlı olduğu düşünülürse gerek olmadığı görüşündeyim. Bu kişilerin korunmasının kanunla düzenlenmenin yeterli olacağı düşüncesindeyim.

7. Federal Hükümetin ve Eyalet Hükümetlerinin Parlamentolarına Bilgi Verme Yükümlülükleri

GG Art 3 fıkra 6 hükmünde; yürütme organını yasama organın parlamento tarafından gerçek ve fiili denetim sağlanması için federal hükümeti Art. 13 fıkra 3 den fıkra 5. Hükümleri uyarınca bu alınan tedbirler hakkında yıllık bilgi vermekle yükümlüdür. Bu hükümde yargısal denetimden değil, sadece federal meclis federal hükümetin denetleme faaliyetleri için aldığı tedbirin hukuka, uygun olup olmadığını değil, sadece alınan akustik optik tedbirlerin

²⁴ Papier, a.g.k. N.94-98

²⁵ Papier, a.g.k. N.112

İ. Kaplan: İsviçre A.Y.'nda Mesken Arama, Telefon Dinleme ve Tutukluluk sebeplerini, sonuçların bunların süjeleri hakkında anayasa kurallarına uyulup uyulmadığı hakkında bilgi almaktadır.

Federal hükümetin verdiği bilgi raporu Federal Meclisi tarafından seçilen dokuz parlamenter oluşan bir komisyon tarafından kontrol edilmektedir. Anayasa koyucu komisyonun teşkili ve üyelerin seçimini federal meclis içtüzüğünde düzenlemenin yerinde olacağını düşünerek, GG. 13 maddesinde bir yönde bir düzenleme öngörmemektedir

GG 13. maddesinin 6. fıkrasında aynı konularda eyalet h k metlerinde aynı şekilde eyalet parlamentosuna bilgi tapısı vermesi yükümlülüğünün bulunduğu öngörülmüştür.

8. GG Art 13. Fıkra Hükmüne Göre Diğer Müdahaleler ve Sınırlamalar

Fıkra da Toplu tehlikeler veya münferit hayatı tehlikeler karşısında kişilerin korunmasında kanuni düzenlemeler yapılması gerektiği öngörülmüştür. Ayrıca kamu güvenliğini ve kamu düzenini tehlikeden sakınmak öncelikle konut kitlediğini ortadan kaldırmak için veya salgın hastalıklarla mücadele etmek veya tehlikeye maruz kalan gençlerin* korunmasının ancak kanuni düzenleme yolu ile yapılacağı öngörülmüştür.

Fıkranın kaleme alınış tarzındaki metin içerisindeki ayrıca ibaresi, koruma alanına yönelik bu müdahale ve sınırlamalar ne fıkra 2'de ne de teknik araçların korunması ile ilgili fıkra 3.4.5, hükümleri anlamında bir müdahale ve sınırlamalardır.²⁶

II. Tutukluluk Durumuna İlişkin Anayasal Düzenlemeler

1. GG. Art.104 Hükmünde

GG. Art.104 de "tutuklama" ile ilgili dört fıkra dan oluşan bir hüküm bulunmaktadır.

GG Art. 104: Tutuklama hâlinde Hukuki Garantiler

Bir kimsenin özgürlüğü (hürriyeti) yalnızca şekli bir kanun ve kanunda öngörülen şekilde sınırlandırılabilir.

Tutuklanan kişiler ruhen fizikken kati muameleye tabi tutulamaz.

Tutuklamanın geçerliliği ve devam süresi, hakkında yalnızca hakim karar verir. Hakim kararına dayanamayan her türlü tutuklama için, derhal hakim

²⁶ Papier, a.g.k. N.121, 122-145 arasındaki metinler

kararının alınması şarttır. Polis yakaladığı kimseyi, gözaltına alındığı günün sonundan daha uzun süre, gözetim altında tutamaz. Ayrıntıları kanun tarafından düzenlenmelidir.

Suç işlediği şüphesi ile geçici olarak gözaltına alınan kimse, en geç gözaltına alındığı gün, hakim önüne çıkarılarak dinlenmeli ve kendisine gözaltına alınma sebepleri bildirilmelidir ve itiraz etme imkânı verilmelidir. Hakim derhal ve gerekçede yazılı tutuklanma veya serbest bırakılması kararı vermelidir.

Hakim tarafından verilen her tutuklama veya tutuklanma süresinin kararı, derhal tutuklanan kişiyi en yakınlarına veya kendisinin güvendiği kimseye haber verilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (EMRK) nin 5. maddesinde yakalama ve tutuklama ile ilgili hüküm şöyledir.²⁷

2. Yakalama Gözaltına Alma ve Tutuklama Kavramları

a. Yakalama

Geçici olarak yakalama; gecikilmesinde tehlike bulunan işlenmekte olan bir suçlunun suç hâlinde görülmesi ağır ölçüde suç işlendiği şüphesi suçlunun kimliğinin bilinmemesi tutuklanma veya hapis cezası mahkûmiyeti bulunalar hakkında polis tarafından suçlunun polis nezarethanesinde alıkonulmasıdır.

Yakalama bütün suçluların ceza takiplerinde, gözaltına alınma ve tutuklanmadan önce polis icra ettiği kişisel hürriyeti kısıtlayan bir cezai tedbirdir.

b. Gözaltına Alma

Yakalanan suçlu- şüphelini, polisteki sorgusu sırasında tutulmasına “ gözaltına alma” olarak tabir edilmektedir. Tutuklama kararı veya tutuklamanın reddi karar verilinceye kadar özgürlüğün kısıtlanmasına gözaltına alma denir.

Gözaltına alma süreleri yasalarda sınırlandırılmıştır.

Bu süre sona ermeden, Savcılığının şüphelinin tutuklanması talebiyle, şüpheli yetkili sorgu hakimi gönderilir.

c. Tutukluluk

Sorgu hakimi, sanığın kaçma tehlikesi varsa, delilleri karartma ve yok etme durumu söz konusu olacaksa, ayrıca işlendiği iddia olunan suçun ağırlığına

²⁷ EU-EMRK Art. 5 EMRK Art 5- Tutuklama ve yakalanma sebepleri a-f bentleri arasında sayılmış 2, 3, 4, fıkralarında İsviçre BV’de olduğu gibi aynı hükümler yer almış, son 5. Fıkra hükmünde ise Art.5 hükmüne aykırı tutuklama ve yakalama hallerinde bundan mağdur olan kimsenin tazminat hakkı bulunduğu öngörülmüştür.

İ. Kaplan: İsviçre A.Y.'nda Mesken Arama, Telefon Dinleme ve Tutukluluk göre şüpheli hakkında tutuklama veya şüphelinin serbest bırakılmasına karar verir. Bu kararın kanun süreye göre 10 günde veya 30 günde bir gözden geçirilmesi gerekir.²⁸

3. GG Art 104 Fıkra 1 Hükmü

Bu hükümde bir kişinin özgürlüğünün yalnızca, şekli bir kanun (yetkili yasa-
ma organı tarafından kanun yapma usulüne uygun olarak (içtüzük hüküm-
lerine göre) konulmuş, genel, soyut ve devamlı - sürekli kuralları ihtiva eden
ve yine yalnızca bu kanunlarda öngörülmüş biçimde sınırlanabileceği belir-
tilmektedir.

Sistematik yani GG anayasada düzenleniş yeri açısından, Art. 104 hükmü,
Art 2/II'nin 2. Cümlesinden farklı bir yenilik öngörmemektedir.

Art 104 hükmü temel hakların talep edilmesi ve ileri sürülmesi açısından
ise, bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanması veya özgürlüğünden yoksun bira-
kılmasının, şekli şartlarını düzenlemesi nedeniyle, büyük önem arz etmekte-
dir.²⁹

Art. 104 hükmünün 1. fıkrasında, kişinin özgürlüğünün ancak maddi (ku-
rallar) ve şekli kanundaki hükümleri çerçevesinde, bir hakim kararı ile kısıt-
lanabileceği veya yoksun kılıcağı şeklinde, biri kanun hükmü garantisi diğeri
hakim garantisi olmak üzere iki tür garanti altına alındığı öngörülmüştür.
Art 104 I hükmünde kişinin fiziki ve ruhi olarak kötü muamele edilmesi de
yasaklanmıştır.

Art. 104 hükmünün 1. fıkradan 3. fıkra arasındaki hükümlerde düzenlenmiş
hususlar kendine özgü karakteri olan temel haklardan değildir. Bu hükümler-
de bağımsız sübjektif haklara 4. fıkra hükmü dışında öngörülmemiştir.

Art. 104'ün 1. fıkradaki 3. fıkra dahil hükümlerini, Art 2. fıkra 2. Cümlesin-
de belirlenmiş kişi hürriyetinin garantileri ile birlikte değerlendirmek gerekir.
Bu nedenle Art 104'nin 1.2.3 fıkralarına aykırılık, Art. 2'nin 2. fıkrasının 2.
Cümlesinde garanti edilen "kişi özgürlüğüne aykırılık teşkil eder.

Dürig'in ³⁰yerinde olarak savunduğu gibi kanun ve anayasa yapma tekniği
açısından Art. 104 hükmündeki ihlal halindeki hukuk garantilerin Art. 2 hük-
mü ile birlikte tek bir GG'de anayasa hükmü olarak konmasında daha doğru
olurdu. Dürig GG'nin ilk taslağında bunun mevcut olduğunu, ancak Anayasa
koyucunun sonradan sınırlama imkânlarının "yargı imkânları " kısmında yer
alması temel haklarla ilgi kataloğun açıklığı ve daha iyi görünmesinin engel-

28 Giovanni, Biaggini, Art . 31 N. 13

29 Dürig, in Komm. zum GG Art. 104 N.1

30 Komm. zum GG Art.104 N.1

lenmesini, diyerek Art 104 ile Art 2 hükümlerini tek bir maddede düzenlenmesinden vazgeçtiğini belirtmektedir.

Art 104 hükmü, Art 2. fıkra 2.cümle hükmü ve 3. fıkra hükmünün ayrılmaz bütünlüğü nedeniyle, temel hak karakterinin kavuşturmaktadır.³¹

Temel haklarla ilgi GG'nin bütün hükümleri gibi, Art 104 hükmü de, Art 1 fıkra 3. Hükmünün³² aktüel bir normudur. Bu nedenle Art 104 doğrudan yürürlükte hukuk kuralı olarak Yasama, Yürütme, Yargı organları için bağlayıcıdır.

Art 104 hükmü; sadece kamu ve iktidar gücüne yöneliktir.³³Nasyonalist rejimin keyfi tutuklamaları, Art. 104 hükmü ile engellenmek istenmiştir.

4. GG Art. 104 Fıkra 2 Hükmü

Fıkra 2 hükmü tutukluluk durumunun caiz olup olmadığı yani geçerliği ve süjesi hakkında hakim karar vermekle yükümlüdür.

Hakim tutuklama emrini müteakip derhal tutuklama kararı vermelidir. Polis kendi kamu gücüne dayanarak, kişinin gözetim altına alındığı günün sonundan daha fazla kişiyi gözetim altında tutamaz bunun ayrıntıları kanunda düzenlenmelidir. Art. 4 hükmünün 2. fıkrasında tutukluluk hâli için dolaylı olarak dolaşım ve hareket kabiliyetini tamamen kısıtlayacak şekilde bir özel hüküm öngörülmüştür.

5. Art. 104 Hükmü Anlamında Özgürlükten Yoksunluk ve Özgürlüğün Kısıtlanması – Tam Tutukluluk hâli – Geçici Tutukluk – Gözetim Altına Alınma Durumları

GG Art.2 fıkra II. Cümle 2 ve Art 104 hükmü anlamında kişinin hürriyeti ve özgürlüğü maddi vücut bütünlüğü içinde serbestçe hareket etme serbestisidir.

Art 104. hükmünde “ müdahale” terimi artık kullanılmamış yalnızca “özgürlüğün kısıtlanması” ve özgürlükten yoksunluk deyimini kullanılmıştır Art 2 fıkra cümle 2'deki özgürlüğün kısıtlanması” kişinin özgürlüğüne “müdahale” terim olarak birbirinin karşılığını teşkil etmektedir. Hem iki deyim de maddi vücut olarak, hareket biçim ve bütünlük derecesini dikkate almadan

31 Dürig, Komm. zum GG Art 104/1

32 GG. Art. 1 fıkra 1 “ Aşağıdaki temel haklar, yasama yürütme ve yargı organlarını yürürlükteki hukuk kuralları olarak doğrudan bağlayıcıdır.

33 Aile hukukunda Veliler ile vesayet organlarının, çocukların terbiyesinde gösterecekleri kısıtlamalar, Art. 104 hükmü uygulanmasının kapsamı dışındadır; Dürig, a.g.k. N.3

İ. Kaplan: İsviçre A.Y.'nda Mesken Arama, Telefon Dinleme ve Tutukluluk hareket kabiliyetini engellemesi anlamını ifade etmektedir.³⁴

a. Özgürlükten Yoksun Bırakma- Tutukluluk Hali

Tutukluluk da özgürlükten yoksun bırakılma, özgürlüğün, kişinin hareket serbestisinin kısıtlanması demektir. Özgürlüğün kısıtlanmasında ise kısmi bir kısıtlama mevcuttur.³⁵

Bu nedenle özgürlüğün kısıtlanması; dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

b. Özgürlüğün Kısıtlanması

Özgürlüğün kısıtlanması geniş anlamda; Art 104. fıkra 1 anlamında, dar anlamda birer alt kavram olan özgürlük kısıtlanması ve özgürlükten yoksun bırakmanın üst kavramıdır.³⁶

Dar anlamda özgürlük kısıtlanması kavram olarak; özgürlükten yoksunluk dışında kalan her türlü hareket etme serbestisine yapılan müdahaledir.

Özgürlükten yoksunluk dar ve geniş anlamda kişinin kendi serbestisine iradesine karşı ve ya kendi serbest iradesi olmaksızın, kamu gücü tarafından belli olan biçimden sınırlandırılmış bir yerde (odada, binanın bir kısmında veya bir malikâne veya binanın tüm bölümlerinde) tutulmasıdır.

6. Art 104 Hükmünün 3. Fıkrası Hükmü

Bu fıkra hükmünde; suç işlediği şüphesi ile yakalanıp geçici olarak gözaltına alınan kimse en geç gözaltına alındığı günün bitimine kadar hakim önüne çıkarılarak dinlenmesi, kendisine gözaltına alma sebeplerinin bildirilmesi ve buna itiraz etme hakkının tanınması hakim derhal yazılı olarak tutuklanması veya serbest bırakılmasına karar vermesi gerektiği hükmü bağlanmıştır.

Art 104 fıkra 2. cümle 1. Hükmünde, özgürlükten yoksun bırakılmasına yalnızca hakim tarafından karar verileceği, anayasal ilkesi öngörülmüştür. Art. 104 fıkra 2. cümle 2 ve 3 ve Art 104 fıkra 3'e göre, bu ilkenin istisnai durumların caiz olduğu da hükme bağlanmıştır. Ancak bu hükümlerde açıkça hakim kararı olmadan icra olunan yakalanma ve gözaltına alma şeklinde özgürlükten yoksun bırakılma hallerinin açıkça caiz olduğu öngörülmemiştir. Ancak caiz olduğu şartı aranmış ve bunun sonuçları kurallara bağlanmıştır.³⁷

34 Dürig, komm. N.5

35 Dürig, Komm. N.5

36 Dürig, a.g.k. N.6.

37 Dürig, a.g.k. N.34-36

Böylece Anayasa koyucu dolaylı olarak hakim kararı olmaksızın istisnai olarak özgürlükten yoksun bırakılma hallerini belli olayların tabiat gereği, bir fiili zorunluluk olarak kabul etmiş görünmektedir. Suçsuz olan şüpheli için, yakalama ve gözaltına alınma durumları hakim tarafından serbest bırakılınca, yakalama ve gözaltına alınma durumunu "baştan geçen görünmez kaza" olarak nitelendirilmekten başka bir yol ve düşüncenin bulunmadığını kabul etmek de gerekmektedir.

7. Art. 104 Fıkra IV Hükmü

Bu fıkra hükmünde hakim tarafından verilecek veya alınacak her tutuklama veya tutuklamanın devamı ve devam süresine ilişkin kararın derhal tutuklanan kişinin yakınlarına veya kendisinin güvendiği bir kimseye haber verilmesi yükümlülüğünü öngörmektedir.

Art. 104 fıkra 4 hükmünün ratio legis (anlam ve gayesinin) olarak amacının kamu gücünün tarafından bir kişinin hiç iz bırakmadan kaybolmasını engellemektir. Bu hüküm hem tutuklanan kişi hem de onun yakınlarının menfaatlerini korumak için konulmuş bir hükümdür.

Art 104. fıkra 4 hükmü yargılama ile ilgili objektif ve böylece de emredici bir hükümdür.³⁸

Bunun hukuki sonuçları ise şöyledir.³⁹

-Hakim, bildirme ve bilgi verme yükümlülüğünü (haber verme) görevi gereği (von Amtes wegen) yerine getirmek zorundadır. Bu hususun yakınlarına veya kamu gücünün talep etmesine gerek yoktur.

-Soruşturmanın tehlikeye düşmesi ihtimalinde dahi, haber verme her durumda yapılmalıdır. Hakim, haber verilecek kişiyi; seçmede, soruşturmanın amacının tehlikeye girmesi ihtimalini de göz önünde tutmakla yükümlüdür.

-Tutuklu kişi, haber verilme durumundan vazgeçemez. Bu husus itirazı da dikkate alınmaz.

Art.104 fıkra 4. Hükmü sadece hakim için objektif bir yükümlülük öngören bir hüküm değil, aynı zamanda tutuklu kişiye tanınmış kişisel temel bir haktır.⁴⁰

Maddede bildirilen kişilerin haber verilmesi yönünde bir sübjektif hak tanınmamıştır. Bu nedenle buna aykırılık durumun bu kişilerin Anayasa'ya aykırılık itirazı (bireysel başvuru hakkı)mevcut değildir.

38 Dürig, a.g.k. N.43

39 Dürig, a.g.k. N.43

40 Dürig, a.g.k. N.43

İ. Kaplan: İsviçre A.Y.'nda Mesken Arama, Telefon Dinleme ve Tutukluluk

Haber verilecek yakınlar, eşi çocukları kan hısımlarından birisi olabilir. Tutuklunun güvendiği kişiler arasında ise arkadaşı, avukatı, amiri, öğretmeni, köy muhtarı da olabilir.

§3. Türk Anayasasının Mesken Arama, Telefon Dinleme ve Tutukluluk Konularına İlişkin Hükümleri İle Anayasa'ya Konulması Gereken Hükümler ve Değerlendirmeler

I. Genel Olarak Türk Anayasasının Mesken Arama Telefon Dinleme ve Tutukluluk Durumlarına İlişkin Hükümlerle İlgili Tespitler Ve Uygulamanın Değerlendirilmesi

Anayasanın tüm temel hak ve hürriyetlerinin hepsine ilişkin “ temel hak ve hürriyetlerin niteliğini düzenleyen 12. maddesi, genel olarak temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin, 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını düzenleyen 14. maddesi ” temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasına” ilişkin 15. maddesi hükümleri ile, demokratik hukuk devleti ilkeleriyle Avrupa Birliği üyelerinden olup gelişmiş ülkeleri anayasa hükümleri arasında bir farklılık bulunmadığı gibi gereklilik mevcuttur.

Anayasanın “ kişinin hakları ve ödevleri” başlıklı ikinci bölümde; 17. maddesi ile 40. maddeleri arasında yer almış bulunan hükümleri arasında inceleme ve değerlendirme konumuz olan, mesken arama, telefon dinleme ve tutukluk durumları ile doğrudan ilgili hükümler maalesef anayasa metnin düzenlenmemiş bulunmamaktadır.

Bununla beraber, ülkemizde son beş yıl içerisinde anayasada dayanağı olmayan, mesken arama telefon dinleme ve tutukluluk, yakalama ve gözaltına alma durumlarıyla hususlar 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu 5437 sayılı Ceza Kanunun 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri 2559 sayılı Polis Vaziyeti Ve Salahiyeti kanunda düzenlenmiştir.

2014 yılı Haziran ayı içerisinde kadar sözü geçen kanunlarla gerçekleşen yani mesken arama, telefon dinleme ve tutukluluk durumlarıyla ilgili az önce zikredilen düzenlemeler uyarınca yapılan hukuk uygulamalarını demokratik hukuk devleti ilkeleriyle kişinin temel hak ve hürriyet ilişkin temel haklarla asla bağdaşmadığı görülmüştür ve kınanmıştır.

Anayasanın tamamının veya mevcut anayasa hükümlerinin değiştirilmesi TBMM'de grubu bulunan partileri belli sayıda vekillerden oluşan Anayasa Düzenleme komisyonun, üstlendiği görevi tamamlanmadan, kendiliğinden görevine son vermiştir.

Haşim Kılıç'a Armağan

İleriki yıllarda TBMM'ce yapılacak anayasa değişikliklerinde mutlak göz önünde bulunması ve ayrıntılı düzenlenmesi şart olduğu üç konuda yani;

- Mesken arama
- Telefon dinleme
- Tutukluluk durumlarının usul ve esas şartları
- Açıkça Anayasada mutlaka düzenlemelidir.

Bilimsel çalışmanın konusunu ileriki yıllarda yapılacak anayasa değişikliklerinde mutlaka değişiklik konusu olabilecek, yukarıda sözü edilen üç konuda, İsviçre ve Alman Anayasalarının bu konulardaki hükümleri ve bu hükümlerinin gerekçeleri ve değerlendirilmeleri inceleyerek anayasada düzenlemesinde düşüncesinde olduğumu madde metinleri ve gerekçeleri teşkil etmektedir.

II. Meskende Aramaya İlişkin Anayasa Mevcut Hükümler ve Düzenlenmesini Önerdiği Hükümler ve Gerekçesi

Anayasada 3.10.2001 tarihinde 4709 sayılı kanunun 6. maddesi ile değişiklikler; madde 21'' konut dokunulmazlığı'' hükmünün şu anda yürürlükte olan metni aşağıdadır.

B. Konut Dokunulmazlığı
Kimşenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimşenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

21. madde hükmünde önce;

''Kimşenin konutuna girilemez '' kuralı öngörüldükten sonra, bunun istisnasını oluşturan durumların ancak hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimşenin

İ. Kaplan: İsviçre A.Y.'nda Mesken Arama, Telefon Dinleme ve Tutukluluk

-Konutuna girilemeyeceği,

-Arama yapılamayacağı,

-Burada eşyaya el konamayacağı hükme bağlanmıştır.

Yetkili merci kararının, 24 saat içerisinde görevli hakimın onayına sunulacağı, hakimın kararının ise el koymadan itibaren 48 saat içerisinde açıklamakla yükümlü olduğu, aksi halde el koymanın kendiliğinden ortadan kalacağı öngörülmüştür.

Yürürlükteki bu anayasa hükmünde konut dokunulmazlığı temel hakkının hukuk garanti altına alan

Kanunu düzenleme garantisi ile hakim kararı garantisi bulunması açıkça yer almamış bulunmamaktadır. Bir hukuki garanti eksikliğini yeniden düzenlemesi gereken anayasa metninde açıkça düzenlenerek giderilmesi hukuk devleti ilkesi ve temel haklarla güvence altına alınması ilkesi açısından gerekmektedir.

Yeniden düzenlenecek ve kaleme alınması gerekecek "konut dokunulmazlığı" anayasa maddesinde konut dokunulmazlığı ile doğrudan ilgili ve bağlantılı

-Konuta girme,

-Konuttan arama yapma,

-Konutu elektronik aletlerle akustik dinleme,

-Konutu optik aletler yerleştirerek, gözetleme giriş çıkışı tespit etme,

-Konularını kapsayacak ve bunlarla ilgili kanuni düzenleme garantisi hakim kararının alınması ihtiva edecek şekilde aşağıdaki gibi bir madde metninin anayasa hükmü olarak düzenlemesi hukuken yerinde olacaktır.

Yeni madde önerisi

Madde .. Konut dokunulmazlığı"

(1) Konuta dokunulamaz, konuta girme konutta arama yapma ve konutu akustik aletlerle dinleme, konutu optik araçlarla gözetleme, konutta bulunan eşyalara el koyma açık bir kanun hükmüne dayanmak ve bu konuda alınmış hakim karar bulunmak şartıyla yapılabilir.

(2) Konuta girme arama yapma ancak kanunun açıkça öngördüğü hallerde ve usulüne uygun hakim kararı veya gecikilmesinde sakınca bulunan hallerde de yalnızca kanunen yetkili kılınmış makamın emri üzerine ve kanunda hükme bağlanmış biçimde de yapılır.

(3) Bir kimsenin belirlenmiş özel ağırlıkta bir suç işlediği hakkında belli vakıalarla desteklenen şüphe bulunmakta ise, olayın başka yoldan tespit ve araştırılması oldukça güç veya imkânsız olmak şartıyla, suçun takibi için hakim kararı ile suçlunun saklanması muhtemel konutlar teknik araçlarla dinlenebilir. Bu tedbir süreli olmalıdır. Karar, üç hakiminden oluşan ağır ceza heyeti tarafından alınmalı ve gecikilmesinde sakınca bulunan hallerde de bir hakim tarafından verilmelidir.

(4) Kamu güvenliği için baş gösteren tehlikeli durumların, özellikle bir toplu tehlikeyi veya bir hayati tehlikeyi önlemek için, konutların teknik araçlarla dinlenmesi ve kontrolü, ancak hakim kararı üzerine yapılabilir. Gecikilmesinde tehlike doğacak hallerde, bu tedbir kanunda öngörülmüş başka bir merci tarafından alınabilir, ancak gecikilmeden hemen hakim kararının alınması gerekir.

(5) Teknik araçlar, münhasıran konutlarda arama yapan kişilerin korunması için kullanılması amaçlanmışsa bu önlemin kararı kanunda belirlenmiş merci tarafından alınabilir. Bu arama sonucu elde edilen bilgilerin başka yerde kullanılması yalnızca suçun takibi veya tehlikenin önlenmesi amacı ve ancak önceden bu önlemin hukuka uygun olduğunun hakim kararı ile tespiti şartına bağlıdır. Gecikilmesinde tehlike durumunda, hakim kararının sonradan ancak derhal alınması gerekir.

III. Telefon Dinlemeye İlişkin Anayasadaki Mevcut Durum ve Düzenlenmesinin Önerdiğim Hüküm ve Gerekçesi

Yürürlükteki anayasa metninde telefon dinlenmesine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir.

Konut dokunulmazlığı ile ilgili olarak önerdiğim madde metninde konuttan akustik aletlerle dinlemenin usulü ve şartları düzenlenmiştir.

Ancak cep telefonlarının dinlenmesi ve dijital telekomünikasyon ulaşımının gözetlenmesi internet bağlantılarının ve hizmet sunucuların gözetimi ve denetimi hakkında anayasal hükümler bulunmamaktadır.

Bu konularda 21.12.2014 tarih düzenlemeye 6526 sayılı kanun CMK'nın 135. maddesinde yapılan değişikliklerde oldukça detaylı suçların listesi verilecek yeni hükümler bulunmaktadır.

Mobil telefonların dijital telekomünikasyonların dinlenmesi internetin gözetimi ve denetimi hakkında anayasada aşağıdaki önerilen şekilde bir hüküm yer almasının, bugünkü dijital ve elektronik çağda yerinde olacağı düşünülmektedir.

İ. Kaplan: İsviçre A.Y.'nda Mesken Arama, Telefon Dinleme ve Tutukluluk
Anayasa maddesi

(1) Mobil telefonların, dinlenmesi, iletişimlerin kayda alınması açıkça kanun hükmüne ve burada belirtilen usulde ve hakim tarafından verilecek karar üzerine yapılabilir Şüpheli ve elde edilen bilgi suçlarının takibi soruşturulması dışında kullanılamaz.

(2) İnternet ulaşımının denetimi ve gözetimi, kanunda açıkça düzenlenmiş hallerde usullerine uygun verilmiş hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda yalnızca kanunla yetkili kılınan mercii emri üzerine, ancak gecikmeden 24 saat içerisinde hakimın kararı alınması şartıyla yapılması gerekir.

IV. Tutukluluk Haline İlişkin Anayasada Mevcut Düzenleme ve Anayasa Metninde Yer Alması Önerdiğim Madde Metni

Anayasanın “Kişi Hürriyeti ve Güvenliği” kenar başlıklı 19. maddesinde toplam (9) fıkra şeklinde düzenlenmiş bir hüküm bulunmaktadır.

Bu hükmün metni EMRK (AİHS) nin 5. maddesi hükmü arasında paralellik mevcuttur.

19. maddenin 7. fıkrasında “makul süre” yerine “ 10 gün içinde” şeklinde ibareleri elemesi yerinde olacaktır.

19 maddenin 8. fıkrası ise her bir 10 günlük sürede ibaresinin ilavesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

CMK'nın 102/1 hükmüne göre ağır cezalı suçlarda tutukluluk süresi ilk önce iki yıl daha sonra 3 yıllık gözetim ile 5 yıldır. Diğer suçlarda ise en çok iki yıllık süredir.

Kanundaki bu süreler hürriyeti bağlayıcı ceza olarak hakim tarafından verilmiş kesin hüküm bulunmadıkça oldukça manidar ve uzun sürelerdir.

Dr. Atilla NALBANT
(*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kıdemli Hukukçusu -*
Bölüm Şefi)

İNSAN HAKLARININ KORUNMASINDA ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ROLÜ: BEKLENTİLER, GÖZLEMLER VE RİSKLER

Türk anayasal sistemine anayasal bireysel başvurunun dâhil edilmesinin iki ana amacı olduğu belirtilebilir: İlk olarak, bireysel başvuru yoluyla, temel hakların korunması sisteminin güçlendirilmesi amaçlanmıştır. Bireysel başvurunun ikinci amacı ise, ikincillik ya da *sübsidiarite* ilkesinin hayata geçirilmesidir. Böylece, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") önündeki dava ve Türkiye'nin karşı karşıya kaldığı ihlal sayılarını azaltmak amaçlanmıştır.

Bireysel başvurudan beklenen bu amacın gerçekleşip gerçekleşmediğine daha dikkatle bakalım (A). Daha sonra, temel hakların korunması sisteminde Anayasa Mahkemesi'nin rolünün nasıl güçlendirilebileceğini kısaca tartışalım (B).

A. Temel Hakların Korunması Sisteminin Güçlendirilmesinde Anayasa Mahkemesi'nin Rolü Nedir?

Anayasa'nın 148. maddesinin gerekçesinde¹ bireysel başvuru yolunun kurul-

1 Anayasanın 148. Maddesinin gerekçesi: "Maddede, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin arasına, bireysel başvuruların incelenmesi de dahil edilmektedir.

Bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti, kamu gücü tarafından, temel hak ve özgürlükleri ihlâl edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanmaktadır. Günümüzde, temel hakların korunması amacıyla bireysel başvuru yolu, pek çok uygar ülkede anayasa yargısının ayrılmaz bir parçası kabul edilmektedir. Bireysel başvuru yolu, kapsamı ülkeden ülkeye farklılık göstermekle birlikte, başta Federal Almanya olmak üzere Avusturya, İspanya, İsviçre, Belçika, Macaristan, Polonya, Çek Cumhuriyeti, Slovak Cumhuriyeti, Meksika, Brezilya, Arjantin gibi pek çok ülkede uygulanmaktadır. Doğu Avrupa ülkelerinin çoğunda da bireysel başvuru kurumu kabul edilmiş ve işletilmektedir. Anglo-Amerikan hukukunda teknik anlamda bireysel başvuru kurumu olmasa da, bireysel başvuruyla benzer işlevlere sahip kanun yolları bulunmaktadır.

Türkiye'nin konumuna baktığımızda, bireysel başvuru müessesesinin kabul edilmediği, ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkının ve bu Mahkemenin zorunlu yargılama yetkisinin tanındığı görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yoluyla, iç hukukta halledilemeyen temel hak ihlallerine ilişkin şikâyetlerin, uluslararası 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 müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlallerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa

masındaki amaç, “Türkiye’de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir” ifadesiyle ortaya konmuştur. Ayrıca gerekçeye göre, “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’ya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır. Bu amaçlarla yapılan değişikliklerle, 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.”

O halde, bireysel başvuru yolunun kurulmasındaki ana amacın temel hakların korunması sisteminin, Anayasa Mahkemesi eliyle güçlendirilmesi olduğu belirtilebilir. Anayasa Mahkemesi’nin bu görevini nasıl yerine getirdiği konusunu incelemek için bu mahkeme önündeki bireysel başvuruların niteliğine ve bireysel başvuru yolunun kurulmasından bu yana geçen süreçte Anayasa Mahkemesi’nin kararlarını sayısal verilere dayanarak ve aynı dönemde AİHM verileri ile karşılaştırarak incelemek bazı temel gözlemlerin yapılabilmesi için yeterli olacaktır.

1. Anayasa Mahkemesi önündeki başvuruların durumu

Anayasa Mahkemesinin sitesinde yayınlanan istatistiklere göre, 23 Eylül 2012

İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, Türkiye’de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir.

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.

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’ya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır. Bu amaçlarla yapılan değişikliklerle, 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.

Buna göre herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurma hakkına sahiptir. Bireysel başvuruda bulunabilmek için, olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Şu kadar ki, bireysel başvuru kurumunun niteliği dikkate alındığında, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların bu kapsamda incelenmeyeceği kuralı benimsenerek, diğer yüksek yargı organları ile Anayasa Mahkemesi arasındaki olası görev uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu müessesenin işleyişine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenecektir. Yapılan yeni düzenlemeyle, bireysel başvuruları inceleme görevi verilmek suretiyle, Anayasa Mahkemesine, özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonu da yüklenmektedir.”

A. Nalbant: İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü

ile 23 Eylül 2014 tarihleri arasında Yüksek Mahkemeye 26641 başvuru yapılmıştır. Bu başvurulardan 302'si hakkında ihlal kararı verilmiştir. Haklara göre, ihlal kararları dağılımı şöyledir: Yaşama hakkı 5 (2. Madde), işkence ve eziyet yasağı 2 (3. Madde), maddi ve manevi varlığın bütünlüğü hakkı 2, kişi hürriyeti ve güvenliği 32 (5. Madde), adil yargılanma hakkı 182 (6. Madde), suç ve cezalara ilişkin ilkeler 2 (7. Madde), özel hayata ve aile hayatına ilişkin 2 (8. Madde), din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin 1 (9. Madde), ifade özgürlüğüne ilişkin 4 (10. Madde), sendika hakkına ilişkin 1 (11. Madde), mülkiyet hakkına ilişkin 7 (1 nolu Protokol 1. Madde), seçilme hakkına ilişkin 6 (1 nolu Protokol 3. Madde) ihlal kararı kabul etmiştir.

Aynı dönemde AİHM ise, Sözleşme'nin en az bir maddesinin ihlal edildiği sonucuna vardığı 225 karar kabul etmiştir. Bu kararların 30'u 2. Madde, 48'si 3. Madde, 45'i 5. Madde, 89'u 6. Madde, 1'i 7. Madde, 10'u 8. Madde, 1'i 9. Madde, 38'i 10. Madde, 7'si 11. Madde, 21'i 14. Madde, 7'si 1 nolu Protokolün 1., 2'si 2., 2'si ise 3. Maddesi hakkındadır.

Anayasa Mahkemesi ile AİHM kararlarının sayısal karşılaştırmasından şu sonuçlar çıkartılabilir: İlk olarak Anayasa Mahkemesi, yaşama hakkı ve kötü muamele yasağı konularında toplam 7 karar olmak üzere oldukça az sayıda karar kabul etmiştir. Oysa aynı dönemde AİHM, aynı konularda 78 adet karar kabul etmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin en çok karar kabul ettiği alan adil yargılanma hakkıdır; toplamda bu alanda 182 adet karar kabul edilmiştir. Bu kararların 164 âdeti makul sürede yargılanma hakkı ile ilgilidir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararlarının yarısından fazlasının bu konu ile ilgili olduğunu belirtebiliriz.

İki yıllık bu sayısal verilere elbette ihtiyatla yaklaşmak gereklidir. Aynı dönemde Anayasa Mahkemesi, 6460 adet kabul edilemezlik kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kabuledilemezlik kriterlerini açıkladığı bu kararların ciddi bir mesai gerektirdiği tartışmasızdır. Ancak Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruların niteliği dikkate alındığında, bu başvuruların sadece 20 336'sının Sözleşme'nin 6. Maddesi ile ilgili olduğu, buna karşılık, 1249 başvuruda yaşama hakkı, 334 başvuruda kötü muamele yasağı, 1393 başvuruda özel hayatın gizliliği, 355 başvuruda din ve vicdan özgürlüğü, 736 başvuruda ifade özgürlüğü, 1441 başvuruda ise toplantı ve gösteri özgürlüğü konularında ihlal iddiasının olduğu dikkate alınmalıdır.

Diğer yandan, yukarıdaki sayıların henüz başvuruların hukuki tasnifi yapılmadan ortaya çıkan veriler olduğunun altını çizmek gereklidir. Hukuki tasnif konusunda ise, Anayasa Mahkemesi kaynaklarının verdiği tahmini verilerden hareketle bir değerlendirme yaparsak, şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır: Anayasa Mahkemesine Kasım 2014 tarihine kadar toplam 30 bin civarın-

da başvuru yapılmıştır. Bu başvuruların hemen hemen yarısı hakkında karar verilmiştir. Buna karşılık, Yüksek Mahkeme önünde 15 bin civarında başvuru derdesttir ve bu davaların 3 binin Bölümler tarafından incelenecek mahiyette, başka bir anlatımla esas incelemesi gerektiren ve önemli temel haklara ilişkin olduğu tahmin edilmektedir. Kasım 2014 itibarıyla aylık yeni başvuru ortalaması 1500 civarındadır.

Bu kadar kısa bir süre içinde bu kadar yüksek sayıda temel haklar ihlali şikâyetinin bireysel başvuru yoluyla getirilmesinin, Anayasa Mahkemesi'nin görevinin ne kadar güç olduğunu ortaya koymaktadır.

2. Gözlemler

Anayasa Mahkemesi'nin 23 Eylül 2012-23 Eylül 2014 döneminde bireysel başvuru hakkında performansını değerlendirdiğimizde şu sonuçlara varılabilir.

İlk olarak Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru sayısı yüksektir. Bireysel başvuru hakkının toplum ve hukuk çevrelerinde daha yaygın bir kabul göreceğini dikkate aldığımızda, bu sayısının artması beklenmelidir. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru sayısı 500'lerde başlayıp (1951 yılında 478 başvuru), 6500'lere kadar ulaşmıştır. İspanyol Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru sayısı ise, 232 başvuru ile başlayıp (1980), 2005 yılında 10 000'leri bulmuştur. Ayrıca bu iki ülkede bireysel başvuru sayısı, geçici kısa dönemler dışında her zaman artmıştır². Bu durum dikkate alındığında yıllık 10 binden fazla başvuru ile başlangıç yapan Türk Anayasa Mahkemesi'nin gelecek yıllarda çok ciddi bir iş yükü ile karşı karşıya kalacağını belirtmek gerçekçi bir öngörü sayılabilir.

İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi, ilk iki yılını kabuledilebilirlik kriterlerinin temel unsurlarını oturtmaya ve bir ölçüde de yaşama hakkı, kötü muamele yasağı, ifade özgürlüğü gibi önemli temel haklara ilişkin içtihat geliştirmeye ayırmıştır. Bu süreçte, bu temel konularda az sayıda karar üretmiş olmasına karşın, bu temel hakları korumak bakımından önemli bir rol oynamaya aday olduğunu bütün açıklığı ile ortaya koymuştur.

Üçüncü olarak, Anayasa Mahkemesi, ciddi bir dava süresi veya tutukluluk süresi gibi "benzer nitelikte başvuru iş yükü" ile karşı karşıyadır. Bu başvuruların yönetimi, Anayasa Mahkemesi'nin etkililiği bakımından büyük önem taşımaktadır. Diğer yandan, bu başvurularla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin kendi bünyesinde etkili bir sistem kurmasının bu başvurular bakımından bu kurumu daha cazip kılacağı da dikkate alınması gereken bir husustur.

2 Sayılar için bkz. Séverine Nicot, "La sélection des recours par la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Espagne et Etats-Unis)", L.G.D.J., 2006.

A. Nalbant: İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü

Bu nedenle, bu tarz başvuruların “yönetimi” tartışmasının sadece Anayasa Mahkemesi’nin bu başvuruları etkili bir şekilde ele alması ve sonuçlandırması sorunundan daha geniş bir perspektifte ele alma zorunluluğu vardır.

Dördüncü olarak, anayasal bireysel başvurunun AİHM’ne yapılan yeni başvuruların sayısını ciddi ölçüde azalttığı gözlemlenmektedir. 2013 yılında AİHM’ne ortalama 2500 civarında yeni başvuru yapılmıştır. Bu sayının 2014 yılında 2000 başvurunun altına düşmesi beklenmektedir. Başvuru sayısının, 2011 ve 2012 yıllarında ortalama 9 bin civarında yeni başvurudan, yılda ortalama 2 bin yeni başvuruya düşmesi, % 80 oranına yakın bir azalma anlamına gelmektedir. Bu açıdan, anayasal bireysel başvurunun kuruluş amacına ulaştığı açıklıkla belirtilebilir. Ancak, AİHM önündeki yeni başvuru sayısının düşme eğiliminin gelecek yıllarda da sürüp sürmeyeceği ya da bir artış eğiliminin söz konusu olup olmayacağı, önemli ölçüde Anayasa Mahkemesi’nin performansına bağlıdır. Nitekim 2013 yılının aralık ayında Türkiye, aleyhine en çok başvuru yapılan ülkeler sıralamasında Rusya, İtalya, Ukrayna, Sırbistan’dan sonra 5. sıraya gerilemişti. Ancak Kasım 2014 bakımından Türkiye İtalya, Ukrayna ve Rusya’nın ardından 4. sıraya yükselmiştir. Ayrıca 2015 başında Rusya aleyhine olan başvurularda ciddi bir düşme beklenmektedir. İtalya ve Ukrayna aleyhine başvuruların içinde ise, yapısal sorunlara (örneğin İtalya’da dava süresi sorunu) ilişkin önemli grupların olduğu akılda tutulmalıdır. Bu çerçevede, başvuruların niteliği, ihlal edildiği ileri sürülen hakların çeşitliliği ve önemli bakımından Türkiye’nin gerçekte aleyhine halen en çok başvuru olan ülke olduğunu belirtmek gereklidir. Bu nedenle, anayasal bireysel başvurunun kuruluşundaki bu amacın gerçekleştiğini ama eğilimin her an tersine dönme ihtimali olduğunu da belirtmek gereklidir.

Niteliksel olarak Anayasa Mahkemesinin ihlal kararları incelendiğinde, bu kararlarda AİHM içtihatlarına sadece “destek norm” olarak değil, aynı zamanda “ölçü norm” olarak atıf yapıldığı ve bu içtihatlarda ortaya konan ilkelerin, genel çizgileriyle, takip edildiği söylenebilir. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi’nin sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metninin değil, aynı zamanda AİHM içtihatlarının ulusal hukuka taşınmasında ve temel hakların korunmasında önemli bir rol üstlendiği ortaya çıkmaktadır. Özellikle dava ve tutukluluk süreleri, ifade özgürlüğü, yaşama hakkı, din ve vicdan özgürlüğü gibi alanlarda kabul ettiği ihlal kararları ile hem ulusal hem de uluslararası hukuk dünyasında önemli bir mesruiyet kazanmıştır.

B. Temel Hakların Korunması Sisteminde Anayasa Mahkemesi’nin Rolü Nasıl Güçlendirilebilir?

Yukarıda genel olarak Anayasa Mahkemesi’nin ciddi bir iş yükü ile karşı karşıya olduğu ortaya kondu. Türkiye aleyhine başvuru sayısının çokluğu

ve ihlal kararlarının niteliği de Anayasa Mahkemesi'nin ne kadar ciddi bir iş yükü ile ilgilenmek zorunda kalacağı konusunda ciddi bir göstergedir. Ayrıca Türkiye'nin komşularında meydana gelen sosyal ve siyasal çalkantıların Türkiye'ye birçok bakımdan ciddi yansımaları olmaktadır. Gerçekten de Türkiye, bulunduğu bölge nedeniyle ciddi göçmen dalgası ile karşı karşıyadır. Diğer yandan, çözümü güç birçok iç sosyal ve siyasal sorunun insan hakları sorunu olarak hukuk planına taşındığı da göz önüne alınmalıdır. Bu koşullarda, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruların sayısının azalmaya girmesi ihtimali hemen hemen yok gibidir; aksine bireysel başvuru hakkının tanınması ile birlikte birçok toplumsal sorunun insan hakları bakımından hukukileşmesi ve bu nedenle başvuru sayısının katlanarak artması gerçekçi bir ihtimal olarak değerlendirilebilir. Bu bağlamda gelecek yıllarda Türkiye'nin insan hakları sorunları bakımından düşük bir profil göstermesi ihtimali çok düşüktür.

O halde, daha ciddi bir iş yükü ile karşı karşıya kalması muhtemel Anayasa Mahkemesi'nin temel hakların korunması sisteminde rolü nasıl güçlendirilebilir?

AIHM tecrübesinden hareketle, bu soruya verilecek cevaplar aşağıda kısa başlıklar hâlinde açıklanmıştır.

1. Anayasa Mahkemesi, XXI. Yüzyılın yargı organı olmalıdır: İnsan hakları ihlallerinin önlenmesi konusunda da hukuki norm üretmelidir

XXI. yüzyıl yargısı, Montesquieu'cü anlamda kendisini “yasanın ağzı” rolü ile sınırlı görmemeli, hem “hukukun yapılması” sürecinde temel bir rol oynadığını kabul etmeli, hem de önüne gelen “ihtilafın” sadece “yasaya göre çözümü” ile ilgilenmekle yetinmemeli, bu ihtilafın kaynağı ve yeniden tekrarı konusunda da söz sahibi olmalıdır. Burada kastedilen, Yüksek Mahkeme'nin bir “yargısal aktivizm” içine girmesi değildir. Yargıcın, önüne gelen insan hakkı ihlali şikâyetinin, “neden kaynaklandığı” hususunu ve tespit edilen bir ihlalin yeniden tekrar etmesinin “nasıl önlenebileceği” konularına eğilmediği durumlarda, dar anlamda “yargısal fonksiyonun” yetersiz kalacağını öngörebiliriz.

Gerçekten de AIHM, 2000'li yıllara kadar, bireysel başvurularla ilgilenirken, tespit ettiği bir ihlalin benzeri yeni ihlalleri nasıl çözüleceği konusu ile ilgilenmemiş ve önüne gelen davaların Sözleşme normlarına göre hukuki çözümü ile yetinmişti. Bu nedenle, 2010'lu yıllarda AIHM, çok ciddi bir iş yükü ile karşı karşıya kalmış ve bu iş yükü karşısında “pilot karar” ve “Sözleşme'nin 46. maddesi” hukuki araçlarını kullanarak, bu iş yükü ile baş etmeye çalışmıştır.

A. Nalbant: İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü

Nitekim AİHM, Ümmühan Kaplan-Türkiye kararında pilot karar usulünü uygulama kararı vermiş ve elindeki yargılamaların uzunluğuna ilişkin bütün davalarla ilgili hukuki sorunun aynı sistematik eksikliklerden kaynaklandığına hükmetmiştir. Bu bağlamda, Türkiye’den bu sistematik soruna ilişkin olarak bir “iç hukuk yolu” kurulmasını talep etmiştir. Mahkeme, daha önce *Doğan ve Diğerleri-Türkiye* ve *Xenides-Arestis -Türkiye* kararlarında pilot karar usulüne benzer bir yol kullanmış ve her iki karar sonrası iç hukukta yeni oluşturulan başvuru yollarınca kurulan mülkiyet tespit ve tazmin komisyonlarına mülkiyet temelli yapısal sorunların çözümünü havale etmişti.

Diğer yandan AİHM, önüne gelen davalarda birçok kez sadece ilgili Sözleşme ihlalini saptamakla yetinmemiş, aynı zamanda Sözleşme’nin 46. maddesi çerçevesinde Türkiye’den ilgili kararın icrası için gerekli önlemleri almasını talep etmiştir. Bu davaların kısa listesi aşağıda verilmiştir.

- *Hasan ve Eylem Zengin – Türkiye* (n° 1448/04, 9 Ekim 2007), Mahkeme Sözleşme’ye Ek 1 nolu Protokolün ihlal edildiğini saptadıktan sonra, bu ihlalin “yapısal bir sorundan” kaynaklandığını belirtmiş ve ders programlarının ilgili maddede öngörülen ilkelere göre yeniden düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir (karar, § 84). Nitekim daha sonra kabul ettiği *Mansur Yalçın ve diğerleri – Türkiye* (21163/11, 16 Eylül 2014) kararında AİHM, bu ilkeleri hatırlatmış ve Türkiye’den “zaman geçirmeksizin”, ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerine saygı gösteren mahiyette muafiyet sistemi gibi uygun araçları kurması talebini yenilemiştir (karar, § 84).

- *Gülmez- Türkiye* (16330/02, 29 Eylül 2009) kararında AİHM, infaz yargıçlığı önünde duruşma yapılmaması sorunun sistematik bir sorun olduğunu ve bu sorunun çözümünün kararın icrası bakımından önemine vurgu yapmıştır (karar, § 63).

- *Cahit Demirel – Türkiye* (18623/03, 7 Ekim 2009) kararında AİHM, tutukluluk suresine ilişkin davalarda “basmakalıp” gerekçelerle tutukluluk surelerinin uzatıldığı, tutuklama tedbirine alternatif tedbirlerin dikkate alınmadığı ve bu şikâyetlerini ileri sürmek için bir başvurunun yolunun bulunmadığı hatırlatmasını yapmış ve bu sorunların sistematik ve yapısal bir görünüm kazandığını belirterek, Türkiye’den bu sorunların çözümü için önlem almasını talep etmiştir (karar, §§ 45-47).

- *Okçu – Türkiye* (39515/03, 21 Ekim 2009) kararında AİHM, idari yargılama usulünde ıslah kurumunun bulunmamasını tazminat taleplerinin güncelleştirilmesini imkânsız kılan ve yargısal güvenceyi zayıflatan yapısal bir sorun olarak değerlendirmiş ve bu konuda bir çözüm üretilmesini talep etmiştir (karar, § 79).

Haşim Kılıç'a Armağan

- *Ürper ve diğerleri – Türkiye* (14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07 ve 54637/07, 20 Ocak 2010) kararında AİHM, Terörle Mücadele Kanununun 6. Maddesinin 5. Fıkrasında düzenlenen yayın durdurma tedbirinin ifade özgürlüğü ile bağdaşmadığını ve bu konunun yapısal bir sorun olduğunu belirterek bu konuda bir çözüm üretilmesini talep etmiştir (karar, § 52).

- *Sinan Işık – Türkiye* (21924/05, 2 Şubat 2010) kararında AİHM, nüfus cüzdanları gibi günlük yaşamda sıklıkla kullanılan bir resmi belge din hanesinin bulunmasının, din ve vicdan özgürlüğünü açığa vurmama özgürlüğüne aykırı olduğunu ve bu belgelerden din hanesinin kaldırılmasının bu kararın icrası bakımından gerekli olduğunu belirtmiştir (karar, § 60).

- *Sarıca ve Dilaver – Türkiye* (11765/05, 27 Mayıs 2010) kararında AİHM, Türkiye’de kamulaştırmaz el atma kurumunun yasal temeli olmadığını ve idarenin bu tarz eylemlerine karşı mülkiyet hakkını koruyucu yeterli güvencelerin bulunmadığını bu konunun yapısal bir sorun olduğunu belirterek bu konuda bir çözüm üretilmesini talep etmiştir (karar, §§ 59-61).

- *Gözel ve Özer – Türkiye* (43453/04 et 31098/05, 6 Temmuz 2010) kararında AİHM, Terörle Mücadele Kanununun 6. Maddesinin 2. Fıkrasında düzenlenen “terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarını” basma yasağının, yargıcın takdir imkânını kaldıran ve bir ifadenin hangi bağlamda kullanıldığını dikkate almayan otomatik bir yasaklama kararı alınması sonucunu doğurduğunu ve bu sekliyle ifade özgürlüğü ile bağdaşmadığını ve bu konunun yapısal bir sorun olduğunu belirterek bu konuda bir çözüm üretilmesini talep etmiştir (karar, § 76).

- *Yetiş ve diğerleri – Türkiye* (40349/05, 6 Temmuz 2010) kararında AİHM, yeni kamulaştırma kanununda öngörülen tazminatın yargısal yolla belirlenmesi usulünün tazminatın enflasyon karşısında değer kaybını dikkate almayan bir rejim olduğunu ve bu konunun yapısal bir sorun olduğunu belirterek bu konuda bir çözüm üretilmesini talep etmiştir (karar, § 69).

- *Polatlı – Türkiye* (38665/07, 26 Nisan 2011) kararında AİHM, askeri disiplin cezası olarak verilen oda hapsi cezasının hukuki temelini ve yargısal denetiminin olmadığını ve bu konunun yapısal bir sorun olduğunu belirterek bu konuda bir çözüm üretilmesini talep etmiştir (karar, § 39).

- *Altınok – Türkiye* (31610/08, 29 Kasım 2011) kararında AİHM, tutukluluğa itiraz prosedüründe savcının görüşünün tutuklu sanığa tebliğ edilmemesi sorunun 300’den fazla davayı ilgilendiren yapısal bir sorun olduğunu belirterek bu konuda bir çözüm üretilmesini talep etmiştir (karar, §§ 72-74).

- *Gülay Çetin – Türkiye* (44084/10, 5 Mart 2013) kararında AİHM, sağlık so-

A. Nalbant: İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü

runları olan tutukluların durumunun, mahkûmlara göre daha kötü olduğu ve ilgili rejimin Sözleşme'nin 3. ve 14. Maddesi ile bağdaşmadığını belirtmiş ve bu konuda bir çözüm üretilmesini talep etmiştir (karar, §§ 72-74).

- İzci – Türkiye (42606/05, 23 Temmuz 2013) kararında AİHM, Türkiye'de toplu gösterilerde kolluk güçlerinin şiddet kullanması rejimi ve uygulamasının Sözleşme'nin 3 ve 11. Maddesiyle birçok bağdaşmaz unsurlar barındırdığını ve bu konuya ilişkin AİHM önünde 130'dan fazla başvurunun bulunduğunu belirtmiş ve bu konuda bir çözüm üretilmesini talep etmiştir (karar, §§ 95-99).

- Abdullah Yasa ve diğerleri – Türkiye (44827/08, 16 Temmuz 2013) ve Ataykaya- Türkiye (50275/08, 22 Temmuz 2014) kararlarında AİHM, Türkiye'de biber gazı kullanımı konusunu incelemiştir. Her iki kararda da AİHM, Türkiye'yi bu gazların kullanımı konusunda Sözleşme'nin 2. ve 3. Maddeleri güvencelerini dikkate alarak ölüm ve yaralanma riskini en aza indirecek mahiyette önlemler almaya davet etmiştir. Ataykaya kararında, bu önlemlerin “zaman geçirmeksizin alınmasının” önemine vurgu yapılarak, bu önlemler alınmadan kolluğun gaz kullanmaya devam etmesinin yeni 2 ve 3. Maddelerine ihlal edilme ihtimali taşıdığına altı çizilmiştir (karar, § 73).

2. Anayasa Mahkemesi, ikincilik/subsidiarite ilkesini hayata geçirmelidir

2012 sonrası dönemin en önemli özelliklerinden birisi, kuşkusuz AİHM sisteminin ikincil ya da tali niteliğinin vurgulanması, buna karşılık Sözleşme hukuk bloğunun hukuk sistemindeki ağırlığının ciddi ölçüde artmasıdır. AİHM, Sözleşme karşısında Yüksek Yargının ciddi ölçüde kayıtsız kalması ve yaygın insan hakları ihlalleri nedeniyle çok sayıda başvuru almaktaydı. Başvuru sayısının çokluğu, AİHM sisteminin ikincil niteliğini ortadan kaldırır ve geleceğini tehdit eder bir noktaya erişmişti.

2010 anayasa değişikliği ile birlikte Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme hukuku bakımından, AİHM'ne göre, birincil/asli konumu güçlenmiştir. Başka bir anlatımla, Sözleşme kurumlarının yarattığı hukuk bloğunu uygulamakla temel görevli ulusal yargı mercii, artık Anayasa Mahkemesi'dir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin de, yine Sözleşme hukuku bakımından ikincil niteliği unutulmamalıdır. Nitekim Anayasa'nın 148. maddesine göre bireysel başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Ayrıca yine 148. maddeye göre, “bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz”. Bu hükmün en önemli amacı, sadece Anayasa Mahkemesi'nin bir “süper temyiz mercii” haline gelmesini önlemek değildir; bu hüküm aynı zamanda Sözleşme hukukunun uygulan-

masında Anayasa Mahkemesi'nin ikincil niteliğini de ortaya koymaktadır. Sözleşme kurumlarının yarattığı hukuk bloğunu Türkiye hukuk sisteminde “doğrudan uygulanabilir” niteliktedir ve bu nedenle, adalet sisteminin her aşamasında dikkate alınması gereklidir.

Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurularda yaklaşımı ne olursa olsun diğer Yüksek Mahkemelerin Sözleşme uygulanması konusunda asli rollerinin altının ısrarla çizilmesi gerekmektedir. Eğer, Yargıtay, Danıştay ve askeri yargı alanında mevcut yüksek yargı organları, hatta daha da ilerisi, savcılar ve ilk derece mahkemeleri, Sözleşmeyi doğrudan uygulamazlarsa, Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvurunun tıkanması çok güçlü bir ihtimaldir. Bu nedenle, anayasal bireysel başvurunun 2010 anayasa değişikliğinden sonra kurulması, insan hakları hukukunun Türkiye’de korunması bakımından çok önemli bir aşama olmakla birlikte, hem Sözleşme sisteminin, hem de anayasal bireysel başvurunun ikincil/subidiaire niteliği gözden kaçmamalıdır. Başka bir anlatımla, Sözleşme’nin uygulamasını gözetmek görevi, her aşamada sadece savcı ve hâkimlere değil, aynı zamanda bütün kanun uygulayıcılarına, kamu gücü kullanan bütün mercilere düşmektedir.

Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi'nin “süper temyiz merci” olarak algılanması ihtimalinin artık çok zayıf olduğunu da belirtmek gereklidir. Nitekim Yüksek Mahkeme, 2012/695 nolu ve 12 Şubat 2013 tarihli başvuruda bu hususu şu şekilde açıklar:

“22. Bu kapsamda, ilke olarak bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyumsuzlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru kapsamında ele alınamaz. Bu durumda, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde bariz bir şekilde keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz.”

Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadı AİHM'sinin “dördüncü temyiz merci-i”³ olmama içtihadı ile uyum içindedir. Elbette Anayasa Mahkemesi'nin tek tek kararları çerçevesinde bu tarz eleştiriler olabilecektir; ancak Yüksek Mahkeme, bu konuda sınırlarını açıklıkla içtihadında belirlemiştir.

3 Bu ilkenin uygulaması için bkz. AİHM Kararı, *Schenk – İsviçre*, no 10862/84, 12 Temmuz 1988, §§ 45-46.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Anayasal bireysel başvurunun kabulü ile Anayasa Mahkemesi, insan haklarının bireysel düzeyde korunmasında çok önemli bir sorumluluk yüklenmiştir. 1987 yılında Türkiye AİHM önünde bireysel başvuru hakkını tanıyarak, “insan hakları” ile kişiler arasında doğrudan ilişki kurulmasının yolunu açmıştı. Nitekim günümüzde insan hakları kavramı çok ciddi bir yaygınlık kazanmıştır. Bu yolun kurulması, en azından 1987 yılında bireysel başvurunun kabulü kadar önemli bir gelişmedir.

Ancak Anayasa Mahkemesi, hemen hemen bütün ulusal ve ulusal üstü insan hakları yargı mercileri gibi, ciddi bir iş yükü ile karşı karşıyadır. Yukarıda belirtildiği gibi Türkiye’nin yakın bir dönemde insan hakları sorunları bakımından düşük profilli bir ülke olması güç görünmektedir. Bu iş yükü ile başa çıkabilmek için, ilk akla gelen modern yargı yönetimi araçlarını etkili bir şekilde kullanımıdır. Anayasa Mahkemesi’nin kamuya açık bir öncelik politikası kabul etmesi bu çerçevede, hem temel haklara ilişkin öncelikli sorunların hızla çözülmesine imkân verecek, hem de Yüksek Mahkeme’ye dönük güveni arttıracaktır. Aynı zamanda diğer yüksek mahkeme raportörleri ya da tetkik hâkimlerinin de belirli sürelerle Anayasa Mahkemesi’nde görevlendirilmesi, yüksek mahkemeler arasında diyalogu kuvvetlendirecek bir çözüm olarak düşünülebilir. Nihayet, AİHM önündeki dava süreleri için kurulan Tazminat Komisyonu örneği gibi, Anayasa Mahkemesi’nin de seri ya da “benzer davalar” önüne gelmeden daha alt aşamada çözümü yolları da ciddi olarak üzerinde düşünülmesi gereken bir yöntemdir.

Fakat Anayasa Mahkemesi’nin karşı karşıya kaldığı tek risk, aşırı iş yükü değildir. Anayasa Mahkemesi, “süper temyiz merci” olmama ve iş yükü baskısı nedeniyle, “kendi kendini sınırlama” (*self-restriction*) eğilimi içine girme riski ile de karşı karşıyadır. Nitekim “geniş takdir alanı” doktrini veya “kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılama(ma)” yasağını geniş yorumlayarak Anayasa Mahkemesi birçok başvuruyu esastan inceleyerek reddedebilir. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi’nin kendisine sunulan şikâyetlerin nitelendirilmesinde *jura novit curia* ilkesini⁴, başka bir anlatımla “yargıç, şikâyet edilen olaylara bakarak hukuku nitelendirir” ilkesini dar yorumlayarak, birçok başvuruyu bireysel başvuru kapsamı dışında değerlendirebilir. Nihayet, “anayasal önem” kriterinin geniş uygulaması da bir kendi kendisini sınırlama olarak kullanılabilme ihtimali içermektedir.

İş yükü ve kendi kendini sınırlama risklerini Anayasa Mahkemesi’nin etkili bir şekilde yönetebilmesi halinde, Yüksek Mahkeme sadece temel hakların

4 Bu ilkenin uygulaması için bkz. AİHM Kararı, *Guerra ve diğerleri* - İtalya, n° 116/1996/735/932, 19 Şubat 1998, § 44.

Haşim Kılıç'a Armağan

güvencesi bir kurum olarak değil, aynı zamanda temel haklar eksenli olarak yargı kültürünün “dönüşmesinde” de önemli bir rol üstlenebilir⁵.

5 Atilla Nalbant, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru”, AIHM ve Türkiye-II içinde, s. 240, Aralık 2010, Ankara

Gianni BUQUICCHIO
(President of the Venice Commission)

Tanja GERWIEN
*(Legal officer at the Constitutional Justice Division
of the Venice Commission)*

**MÉLANGES IN HONOUR OF THE PRESIDENT OF THE TURKISH
CONSTITUTIONAL COURT MR HAŞİM KILIÇ**

INDIVIDUAL ACCESS TO THE CONSTITUTIONAL COURT

***- EFFECTIVE HUMAN RIGHTS PROTECTION ON THE NATIONAL
LEVEL– THE CONTRIBUTION OF THE VENICE COMMISSION¹***

I. INTRODUCTION

The serious and focused determination of Mr Haşım Kiliç, the President of the Constitutional Court of Turkey, to introduce the individual complaints procedure before this Court played a pivotal role in its success.

The preparation of the Constitutional Court to introduce this procedure took place both on a national and on an international level. This led to an increase in the Court's staff, notably with the recruitment of rapporteur judges, to stepping up its IT support and to organising study visits to other courts abroad to learn from their experiences with this procedure. The next step was to implement this procedure, which started in 2010, with the Court effectively opening its doors to individual applications for the first time in September 2012.

The introduction of this procedure in Turkey was, however, a long-winded process. The Constitution of 1961 had provided for the protection of fundamental human rights already in its Articles 10 and 11, although it was never implemented. Amendments to the Constitution that were submitted to the Venice Commission for an opinion in 2004 sought to introduce such a procedure more concretely². At the time, the Venice Commission already pointed out that an individual complaints procedure could be seen as an effective protection of an individual's fundamental rights, because it provides him or her with a remedy against violations of these rights that result from administrative or judicial decisions.

Providing an effective domestic remedy for the violation of fundamental human rights would also reduce the number of cases against Turkey before

1 This article reflects the views of the authors only and does in no way engage the Council of Europe or the Venice Commission.

2 Opinion on the draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey (CDL-AD(2004)024).

the European Court of Human Rights. However, this attempt to introduce the individual complaints procedure had failed due to the resistance met from other high courts in Turkey.

Another attempt was made in the draft laws of 2011, before the individual complaints procedure was effectively introduced in Turkey, implementing constitutional amendments that included this procedure. The Turkish Ministry of Justice requested an opinion from the Venice Commission on these draft laws and the opinion was adopted by the Venice Commission in October 2011. In this opinion, the Venice Commission emphasised that the individual complaints procedure would not turn the Constitutional Court into what the high courts in Turkey had feared – a “super supreme court” – since the scope of the Constitutional Court’s jurisdiction was limited to constitutional issues³.

In this article, we will first turn to the Venice Commission’s Study on Individual Access to Constitutional Justice, adopted in 2010, to provide an overview of the various types of individual access procedures that exist in the different member states of the Venice Commission. We will then briefly explain how the individual access procedure was introduced in Turkey and finally look at the European Court of Human Rights’ first impression of Turkey’s application of this procedure, notably in the *Hasan Uzun v. Turkey* case⁴.

II. Individual access – in need of a definition

It is clear from the European Court of Human Rights’ (hereinafter, the “Strasbourg Court”) statistics that countries which have introduced a full individual complaints procedure tend to have a lower number of cases before the Strasbourg Court than those that have not.⁵ But what is meant by individual access to constitutional justice?

There are various different mechanisms that enable violations of an individual’s constitutionally guaranteed rights to be brought before a constitutional court or equivalent body, either separately or jointly with others.

3 Paragraph 102, Opinion on the Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey (CDL-AD(2011)040).

4 *Hasan Uzun v. Turkey*, Decision of 30 April 2013 (application no.10755/13).

5 See paragraph 86, Study on Individual Access to Constitutional Justice (CDL-AD(2010)039rev): “This has also been confirmed by a large number of studies and research on this issue, explaining, for example, why the number of applications against the UK, mainly before the Human Rights Act 1998, was much larger than against other countries, or by comparing the number of complaints lodged at the Strasbourg Court versus France in comparison with Germany or Spain”.

The Venice Commission, in its Study on individual access to constitutional justice (hereinafter, the “Study”)⁶, refers to two main approaches: (1) direct individual access and (2) indirect individual access. Direct individual access is where individuals can challenge the constitutionality of an act or a norm directly e.g. through *actio popularis* or by individual suggestion or by *quasi actio popularis* or through a direct individual complaint. The advantage of the direct approach is of course that the individual can act directly. The disadvantage of this approach is that there is no filtering system in place, no qualification on the part of those bringing the claim with the result that many claims are either unfounded or abusive.

Indirect individual access is where the constitutionality of an act can be challenged through state bodies e.g. by the ordinary courts (through a preliminary question), by the Ombudsman or through members of Parliament (on petition by an individual) or other bodies or authorities. The advantages of the indirect approach are that these bodies have the necessary skills to make an effective complaint and filter out those that would be unsuccessful. The disadvantages of this type of access are that it relies on the capacity of these bodies to identify problems and their willingness to act.

Most systems are mixed, combining aspects of both direct and indirect access.

There is another aspect to consider and which affects the efficiency of individual complaints procedures – notably whether it is a normative constitutional complaint or a full constitutional complaint. A normative constitutional complaint gives the individual the right to file a complaint against a breach of his or her subjective fundamental rights based on the violation of a normative act. Where this is the only available procedure, the individual act that implements a normative act cannot be attacked before the constitutional court and the subsequent control by the constitutional court does not concern the implementation of the normative act. This could be a problem for the protection of individual fundamental rights where only the implementation of a constitutional law or equivalent act violates these rights.

A full constitutional complaint, on the other hand, is one where the individual, once all other remedies have been exhausted, may file a complaint against any act by a public authority that directly breaches his or her fundamental rights (a general act directly applicable to the individual or an individual act addressed to him or her). In such proceedings, the constitutional court is unlikely to deal with the merits of the case, but will instead focus only on the constitutional aspects. It will also not deal with whether the hierarchy of norms

6 Study on Individual Access to Constitutional Justice (CDL-AD(2010)039rev).

has been respected. The function of a full constitutional complaint is to protect the individual's constitutionally guaranteed rights. The full constitutional complaint is the most comprehensive individual access to constitutional justice there is and is therefore considered by the Venice Commission to be the best means of protecting individual rights.

Nonetheless, the mere introduction of an individual complaints procedure does not automatically guarantee that it will be considered an effective remedy by the Strasbourg Court against violations of the European Convention on Human Rights⁷. This will depend on several factors. In particular, the Strasbourg Court will look at the practical aspects of the remedy (e.g. accessibility, provisions for lodging an individual application) before it examines the legislature's intentions in creating a new procedure before the constitutional court and the extent and effects of its decisions.⁸

A tendency identified by the Venice Commission among its member states and mentioned in its Study is that countries which do not have a full constitutional complaint are considering introducing it and that those which do are considering restricting it. The main concern of the latter group is the overburdening of their constitutional courts (or courts with equivalent jurisdiction) that apply the full constitutional complaint in the form of individual access to the court.

This situation is like a double-edged sword, since such a procedure provides the possibility of effectively remedying individual human rights violations, but by doing so could introduce the danger of overburdening the court.

The Venice Commission continues, nevertheless, to be in favour of the full constitutional complaint. In its view, this type of complaint protects constitutional rights comprehensively and is an efficient tool for the protection of human rights.

In addition, the Study has shown tested solutions to the problem and a balance can be found to ensure individual access to constitutional justice and at the same time not overburden the constitutional court. This can be achieved by introducing requirements or conditions in order to filter applications and to ensure that the court is not overburdened by, notably, abusive or vexatious complaints. These conditions typically include time limits for the lodging of complaints, the obligation (often) for an individual to be legally represented and the exhaustion of (ordinary) remedies.

The Venice Commission recommends that – with respect to the types of

⁷ See paragraphs 82-94, Study on Individual Access to Constitutional Justice (CDL-AD(2010)039rev).

⁸ Hasan Uzun v. Turkey, Decision of 30 April 2014 (application no.10755/13).

norms submitted to constitutional review – constitutional courts only deal with the constitutionality of statutory acts in order to prevent overburdening the Court.

Moreover, judges in constitutional courts or equivalent courts should receive the support of qualified assistants, whose number should depend on the caseload. The effective distribution of cases to chambers can also contribute to avoiding the court being overburdened.

III. Individual access in Turkey

Turkey has introduced the individual complaints procedure before its Constitutional Court in 2010, following a referendum on amendments to its 1982 Constitution that was established, at the time, by a military *coup d'état*.

In Turkey, for constitutional amendments to pass, they need to be in conformity with the requirements of Article 175 of the 1982 Constitution.

The constitutional amendments made in 2010 were adopted by Parliament, but did not obtain the required two-thirds majority to be immediately implemented. They did, however, receive a majority of the votes, which was enough to hold a referendum. This was done 60 days after the publication of the reform package that was accepted by Parliament in May 2010. The Turkish Constitutional Court delivered its final judgments on this reform package in July 2010, ruling in favour of most of the proposed reforms to the Constitution.

The referendum, in which 77 % of Turkey's eligible voting population took part and that was strongly supported by the author of this article, was held on 12 September 2010, following an announcement by the Supreme Election Board.

As a result of this reform package coming into force, the doors of the Constitutional Court were opened to individual applications for the first time two years later, in September 2012.

The Constitution provides, under Article 148, that anyone who claims his or her constitutional rights – as set out in the Constitution and the European Convention on Human Rights and the Protocols thereto – have been breached by a public authority, has the right to apply to the Constitutional Court after having exhausted all other legal remedies.

Article 148 therefore seems to limit the scope of the constitutional complaint to the "classic rights" and, to set these out clearly, this provision refers to the rights and freedoms contained in the European Convention on Human Rights. The latter is used as a selection criterion and is not elevated to the

constitutional rank. This means that the scope of a constitutional complaint is limited to protect fundamental rights regulated in the European Convention on Human Rights, which is an unusual approach.

This approach is all the more unusual since a constitutional complaint is generally introduced to protect the rights defined in the Constitution, not in an international instrument. This unusual approach leads to a limited scope of protection when compared to the rights set out in the Constitution. The latter sets out three groups of rights: individual, social and political rights. The Venice Commission has recommended in the past that the scope of protected rights be widened to those regulated in the Turkish Constitution i.e. to the political rights and the classic freedoms⁹, including social rights.

But, the Venice Commission had noted that another country's Constitution did not contain a "bill of rights" either i.e. Austria and that it had ratified the European Convention on Human Rights on the constitutional law level, thereby opening the doors of Austria's Constitutional Court to individual complaints on the basis of the European Convention on Human Rights and its Protocols.¹⁰ Turkey is therefore not alone in this approach.

Seven Articles under Chapter Four of the new Turkish Law on the Establishment and Rules of Procedures of the Constitutional Court (Law no.6216)¹¹ deal with the individual complaints procedure. Jurisdiction of the Constitutional Court on this matter covers fundamental rights contained in the Constitution and that "fall within the scope" of the European Convention on Human Rights and its Protocols to which Turkey is a party.

Therefore, the unusual approach of the Constitution is reflected in this Law and introduces further ambiguity: either a limitation or an extension of the jurisdiction of the Constitutional Court. In the former case, it would imply that only those fundamental rights and freedoms set out in the Constitution may be invoked which are also guaranteed in the European Convention on Human Rights and its Protocols and only insofar as their scope in the European Convention and its Protocols are identical to their scope in the Constitution. In the former case, it would imply that their purpose is extended to cover the human rights that are guaranteed in the European Convention on Human Rights and its Protocols into those of the Constitution. This would extend to the interpretation of these rights by the Strasbourg Court. It also raises the question of why only the European Convention on Human Rights is referred

9 Opinion on the draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey (CDL-AD(2004)024), paragraphs 35-39 and conclusions.

10 See paragraph 86, Study on Individual Access to Constitutional Justice (CDL-AD(2010)039rev).

11 [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/laws/eng/eur/tur?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/laws/eng/eur/tur?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

to and not the other human rights treaties that Turkey is a party to.¹²

As is the case in other countries, a number of acts are exempted altogether from the individual complaints procedure: there is no direct individual complaint against legislative acts and regulatory administrative acts. Constitutional Court judgments and acts that are not subject to judicial review are also exempted.

Both real and legal persons have standing, excluding public legal persons. Public legal persons cannot lodge an individual complaint, but private-law legal persons can do so provided that their rights regarding their legal personality have been breached. Finally, foreigners cannot bring an individual complaint for a breach of rights that exclusively apply to Turkish citizens.

In order to stem the flood of complaints that this new procedure could bring with it, the Constitutional Court of Turkey has greatly increased its staff and trained its rapporteur judges who were sent on study visits to Germany, Korea, Spain and South Africa (as well as to the Strasbourg Court) to learn more about other courts' approach to the application of human rights.

The Constitutional Court of Turkey has also introduced filters. These include the creation of a commission that filters applications and that can decide (unanimously) whether an application is inadmissible. The Court also has the means of filtering abusive or vexatious complaints and may decide that an application is inadmissible if it is manifestly ill-founded or has no bearing on the interpretation or application of the Constitution or on the scope of fundamental rights and the applicant did not suffer any significant damage. An applicant who clearly abused the right of lodging an individual complaint may be fined and ordered to pay the costs that arise from the proceedings.

When the Constitutional Court decides that an application is admissible, in order to prevent any conflict between this Court and other courts, the Constitution (Article 158) and the Law (Article 48) clearly set out that the Court must only determine whether a fundamental right has been breached. This seems to mean that the Constitutional Court's role is merely to determine whether the applicant's fundamental rights have been breached and it should neither examine the actions of other judicial bodies, nor the facts of the case nor the proper interpretation of laws by other courts. Should the Constitutional Court find a violation of the fundamental rights of the applicant, it then has to decide what should be done to redress the wrong. If the wrong was caused by a court decision, then the file is sent back to that court for retrial.

12 See Comments on the Law on the establishment and rules of procedure of the Constitutional Court of Turkey (Law no: 6216, adopted 30 March 2011) by Mr Pieter van Dijk (member, Netherlands), CDL-AD(2011)063.

If the Constitutional Court finds a retrial unnecessary, then it may order compensation to be paid to the applicant or request the applicant to file a claim before the competent court to seek redress for damages suffered.¹³ It will be interesting to follow the Constitutional Court's case law on this issue over time.

Turkey, in 2012, was among the countries with the highest number of applications before the Strasbourg Court (18000 cases).¹⁴ Since the individual complaints procedure was introduced in September 2012, the number of applications before the Strasbourg Court had fallen (11000 cases)¹⁵. According to the statistics of the Strasbourg Court, there were 3521 applications in 2013 allocated to a judicial formation as compared to 8986 in 2012. By December 2013, Turkey did not appear among the top four countries with more than half of the applications lodged against it. However, Turkey still appeared among the top five states for which judgments were delivered in 2013, (Russian Federation: 129, Turkey: 124, Romania: 88, Ukraine: 69 and Hungary: 41).

Nevertheless, the Strasbourg Court found, in the *Hasan Uzun v. Turkey* case¹⁶ (30 April 2013), that the individual complaints procedure before the Constitutional Court of Turkey afforded, in principle, an appropriate mechanism for the protection of human rights and fundamental freedoms. The Strasbourg Court found that the accessibility to the Constitutional Court under this procedure posed no problems with respect to conditions, reasonable time limits and court costs which it found did not detract from the accessibility to the courts. With respect to the provisions for use of the remedy, it found that the new rules of the Constitutional Court became effective well before the entry into force of the legislative provisions on individual applications, that the Constitutional Court had jurisdiction to obtain the information and documents that it needed for the case, that a system was in place to rectify any discrepancies in the case law and, if necessary, and on its own motion or by a request of the applicant, the Constitutional Court could indicate interim measures. The scope of the Constitutional Court's jurisdiction *ratione materiae* covered the European Convention on Human Rights and its Protocols ratified by Turkey, and the Strasbourg Court found that this system is an appropriate mechanism for the protection of human rights and fundamental freedoms. Whether this will prove to be effective in the long run will depend on how the Constitutional Court will handle these cases.

13 See the Constitutional Court of Turkey's website: <http://www.anayasa.gov.tr/en/IndividualApplication/>

14 Status at the beginning of 2014. The New Turkey, "Turkey's ECHR statistics improved dramatically in 2013", <http://www.thenewturkey.org/turkeys-echr-statistics-improved-dramatically-in-2013/new-turkey/8661>

15 Ibid.

16 *Hasan Uzun v. Turkey*, Decision of 30 April 2013 (application no.10755/13).

The Strasbourg Court then looked at the legislator's intention and found, *inter alia*, that the relevant legislative and regulatory provisions granted the Constitutional Court the necessary means to implement the individual remedy mechanism. Notably, that the explanatory report to the constitutional amendments sets out that the individual complaint before the Constitutional Court is different from constitutional complaints on laws, from complaints on the legality of administrative acts, from an appeal on a point of law and from a motion for a retrial. The report explains that the new complaint is analogous to an individual petition to the Strasbourg Court. These provisions, under Law no. 6216, clearly set out that the Constitutional Court's jurisdiction *ratione materiae* are the fundamental rights and freedoms guaranteed by the European Convention on Human Rights and its Protocols, rights and freedoms that appear in the Turkish Constitution itself.¹⁷

The Strasbourg Court also stated that it was clear that the Parliament of Turkey had the intention of entrusting the Constitutional Court with the jurisdiction to establish a breach of the European Convention on Human Rights and to give it the powers to be able to redress breaches by granting compensation and/or by indicating the means of redress and to prohibit the authority concerned from continuing to breach the right in question as well as the means to restore, where possible, the *status quo ante*. In addition, the Constitutional Court's decisions bound all organs of the state and any individual or legal entity.

Although Turkey, for the time being, still appears among the five Council of Europe member states for which half of the judgments of the Strasbourg Court are delivered -- with the trend that has now been set in motion, this is likely to change in the near future. Nevertheless, much will depend on how the Constitutional Court will deal with these cases over time.

IV. Conclusion

The protection of human rights must begin at the domestic level and this is where the role of the constitutional court is crucial. States, for the most part, secure the protection of human rights through their constitutions and, since the constitutional court is known as the guarantor of the constitution, protecting constitutionally guaranteed rights, it is important that this court be able to carry out its task effectively.

In this respect, the significant role played by these courts was effectively demonstrated by the Constitutional Court of Turkey in its recent cases

¹⁷ Ibid, paragraphs 17 and 62.

Haşim Kılıç'a Armağan

regarding the Twitter and YouTube bans. In these series of ground-breaking cases, it unanimously found that the bans were in breach of the principle of the freedom of expression and of individual rights that are guaranteed by Article 26 of the Constitution of Turkey. Hence, they were found to be unconstitutional.

By introducing the individual complaints procedure, which was a big step for the Constitutional Court of Turkey and which was very much welcomed by the Venice Commission, Turkey has further strengthened the protection of fundamental human rights contained in its Constitution. In this way, the President of the Constitutional Court, Mr Kılıç, has shaped this Court to be a bulwark against the excesses of the other state powers.

In doing so, Turkey has followed the Venice Commission's recommendations in the 2004 Opinion on the draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey¹⁸ and in the Study on Individual Access to Constitutional Justice¹⁹.

The Constitutional Court of Turkey, with Mr Kılıç at its helm, has done its utmost to prepare itself for the introduction of this new procedure. It has, among others, carried out study visits to other constitutional courts in Europe and beyond to broaden its knowledge on the issue and as a result has greatly increased the number of staff of its Court to deal with the new procedure, it has updated the Rules of procedure of the Constitutional Court and adopted two new internal regulations and followed training at the Strasbourg Court for this new procedure. Seminars were organised across Turkey with ordinary courts, academics, NGOs and other stakeholders to explain how the procedure is going to work and how it offers an additional step in the protection of human rights in Turkey.

The Strasbourg Court found, in its Decision in the case of *Hasan Uzun v. Turkey* on 30 April 2013, that the individual complaints procedure before the Constitutional Court of Turkey afforded, in principle, an appropriate mechanism for the protection of human rights and fundamental freedoms. Nevertheless, whether this procedure will continue to be regarded as an effective domestic remedy for the violation of fundamental human rights, reducing the number of cases against Turkey before the Strasbourg Court will depend on how the Constitutional Court will deal with these cases over time.

It is difficult to imagine the Constitutional Court without its charismatic and energetic President and it is thanks to presidents of constitutional courts such as Mr Kılıç – who believe in the independence of the judiciary, in the importance

18 CDL-AD(2004)024.

19 CDL-AD(2010)039rev.

of the rule of law and in upholding the basic principles of the protection of human rights – that effective remedies, like the individual complaints procedure, can be ensured on a domestic level through constitutional courts.

Mr Kiliç, as the President of the Constitutional Court of Turkey, has made this Court what it is today: a bulwark against the excesses of the other state powers.

The authors wish for this Court to continue in its important role as the guarantor of the Constitution and protector of human rights and that it continue to act as a bulwark against the excesses of the other state powers.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANI
SN. HAŞİM KILIÇ ONURUNA BİR DERLEME ÇALIŞMASI
ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU
İNSAN HAKLARINI ULUSAL BOYUTTA ETKİN KORUMA VENEDİK
KOMİSYONUNUN KATKISI^{1 2}

I. GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Haşim Kılıç'ın bu Mahkemeye bireysel şikayet usulünü hayata geçirmek yönünde sergilemiş oldukları ciddi ve odağından sapmayan kararlılığı, Mahkemenin başarısında önemli bir role sahiptir.

Anayasa Mahkemesi'nin bahse konu usulü hayata geçirmek için hazırlıkları hem ulusal hem de uluslararası düzlemde bir çalışma gerektirmiştir. Bunun neticesinde, özellikle de raportör hakimlerin istihdamı ile birlikte Mahkemenin personel sayısında kayda değer bir artış kendisini göstermiş, bilişim desteği güçlendirilmiş ve yurt dışındaki diğer mahkemelere söz konusu uygulamalarla ilgili deneyimlerinden istifade etmek üzere çalışma ziyaretleri gerçekleştirilmiştir. Bir sonraki adımda prosedürü uygulanmasıydı, buna da 2010 senesinde başlanmış, 2012 senesinin Eylül ayında ise Mahkeme ilk kez etkin bir şekilde bireysel şikayetlere kapılarını açmıştır.

Ancak, bu usulün Türkiye'de uygulanması toplamda uzun soluklu bir süreçtir. 1961 Anayasasının 10 ve 11'nci maddelerinde temel insan haklarının korunmasına yönelik, hiç uygulanmamış olmakla beraber, bazı hükümler getirmiştir. Anayasa'da yapılan değişiklikler 2004 senesinde böyle bir usulü daha sağlam temellere oturtabilmek açısından görüş için Venedik Komisyonu'na iletilmiştir.³ O dönemde, Venedik Komisyonu bireylerin temel haklarının korunması açısından bireysel şikayet usulünün etkili bir yöntem olduğuna, zira idari veya yargı kararları neticesinde bu hakları ihlal edilen bireylere bu tür ihlaller karşısında hukuk yolu sunduğuna işaret etmiştir.

1 Bu makale sadece yazarlarının görüşlerini yansıtmaktadır ve herhangi bir şekilde ne Avrupa Konseyi ne de Venedik Komisyonu'nu bağlayıcıdır.

2 Venedik Komisyonu Anayasa Yargısı Dairesi Hukuk Çalışanı.

3 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ile ilgili Anayasal Değişiklikler hakkında Görüş (CDL-AD(2004)024).

Temel insan haklarının ihlali karşısında etkin bir iç hukuk yolu sağlanması aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde Türkiye aleyhine açılan davaların da sayısını düşürecektir. Ancak bireysel şikayet usulünün uygulanmasına yönelik bu girişim, Türkiye'deki diğer yüksek mahkemelerin direnci nedeniyle başarılı olamamıştır.

Bireysel şikayet usulünün Türkiye'de etkin bir biçimde uygulamaya geçirilmesinden önce, 2011 senesi kanun tasarıları düzeyinde bir girişimde daha bulunulmuş, bu usulü de kapsayan anayasa değişiklikleri uygulamaya konmuştur. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Venedik Komisyonu'ndan bu kanun tasarıları hususunda görüş istemiş ve görüşler Venedik Komisyonu tarafından 2011 senesi Ekim ayında benimsenmiştir. Bahse konu görüşler kapsamında Venedik Komisyonu bireysel şikayet usulünün Anayasa Mahkemesi'ni Türkiye'deki diğer yüksek mahkemelerin korktukları gibi 'Üst Mahkemenin de Üstündeki Mahkeme' gibi bir konuma getirmeyeceğine, zira Anayasa Mahkemesi yargı yetkisinin sadece Anayasa'yı ilgilendiren konularla sınırlı olduğuna vurgu yapmıştır.⁴

Bu makalede ilk olarak Venedik Komisyonu'nun 2010'da kabul edilmiş olan Anayasa yargısına bireysel şikayet Çalışması ele alınarak Venedik Komisyonu üyesi farklı ülkelerde uygulanan çeşitli bireysel şikayet usulleri genel bir bakışla ele alınacaktır. Arkasından bireysel şikayet sürecinin Türkiye'de nasıl hayata geçirildiği ve son olarak da Hasan Uzun – Türkiye Hasan Uzun - Türkiye, 30 Nisan 2013 t. karar (başvuru no.10755/13). davası ışığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'de usulün uygulanmasına dair izlenimleri incelenecektir.⁵

II. BİREYSEL BAŞVURU – TANIMLANMASI GEREKEN BİR ALAN

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (bundan sonra "Strazburg Mahkemesi" olarak anılacaktır) istatistiklerinde bireysel şikayet sürecini eksiksiz olarak uygulayan ülkelerin Strazburg Mahkemesi'nde bu usulü yeterince hayata geçirememiş ülkelere kıyasla daha az sayıda davaları olduğu açıkça görülmektedir.⁶ Fakat, anayasa yargısına bireysel şikayet ile anlatılmak istenen nedir?

Bireylerin anayasa ile teminat altına alınmış haklarının ihlalini bir arada ya

4 Prg. 102, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Yargılama Usulleri hk. Görüş (CDL-AD(2011)040).

5 Hasan Uzun - Türkiye, 30 Nisan 2013 t. karar (başvuru no.10755/13).

6 Bkz. prg. 86, Anayasa yargısına bireysel şikayet hk. Çalışma (CDL-AD(2010)039 kontrol.): "Yapılmış olan çok sayıda çalışma ve araştırma da bunu teyit eder nitelikte olup, örneğin İngiltere'ye karşı özellikle de 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası kapsamındaki başvuruların sayısının Strazburg Mahkemesi'nde bu anlamda Almanya ya da Fransa veya İspanya'ya karşı açılmış davalarla kıyaslandığında diğer ülkelere kıyasla neden daha yüksek olduğu".

da ayrı ayrı anayasa mahkemesi veya dengi bir kurum karşısına çıkartmak üzere çeşitli ve farklı mekanizmalar bulunmaktadır.

Venedik Komisyonu, Anayasa yargısına bireysel şikayet Çalışması başlıklı çalışması (bundan sonra Çalışma olarak anılacaktır)⁷ kapsamında başlıca iki yaklaşıma atıfta bulunmaktadır: (1) doğrudan bireysel şikayet ve (2) dolaylı bireysel şikayet. Doğrudan bireysel şikayet çerçevesinde bireyler herhangi bir yasa veya normu, örneğin *actio popularis* veya bireysel tavsiye veya *quasi actio popularis* veyahut da doğrudan bireysel şikayette bulunmak yoluyla Anayasa'ya uygun olup olmaması açısından nahkemeye taşıyabilmektedir. Bu tür doğrudan bir yaklaşımın avantajı elbette ki bireylerin doğrudan hareket edebilmesinde yatmaktadır. Söz konusu uygulamanın dezavantajı ise mevcut herhangi bir filtreleme sisteminin bulunmaması ve iddia sahiplerinin yeterliliğe sahip olmamasından ötürü temelsiz veya suistimale varan iddialarla karşılaşılabilmesidir.

Dolaylı bireysel şikayet halindeyse herhangi bir yasa veya uygulamanın Anayasa'ya uygun olup olmadığının kamu kurumları, örn. diğer mahkemeler vasıtasıyla (ön değerlendirmeye), kamu denetçisi vasıtasıyla, milletvekilleri vasıtasıyla (bireysel olarak verecekleri dilekçeler) veya diğer yetkililer ve merciilerce mahkemeye taşınabilmesini ifade etmektedir. Dolaylı yaklaşımın avantajları, bu merciilerin etkin bir şikayet yapmak ve başarısızlıkla sonuçlanacak başvuruları filtrelemek için gereken vasıflarının olmasıdır. Bu tür başvuruların dezavantajı ise söz konusu merciilerin sorunları tespit etme kapasitesine ve harekete geçme konusundaki istekliliklerine dayanmalarındır.

Bu anlamda mevcut sistemlerin çoğunda doğrudan ve dolaylı uygulamaların bir arada olduğu bir karışık usul söz konusudur.

Değerlendirilmesi gereken, bireysel şikayet usullerinin etkinliğini etkileyen, bir diğer unsur da bunun normatif mi yoksa tam bir şikayet mi olduğudur. Normatif bir anayasal şikayet, bireye kendi sübjektif temel haklarının normatif bir eylem neticesinde ihlal edilmiş olması durumunda bir şikayet hakkı verir. Bunun tek geçerli usul olduğu hallerde normatif bir yasayı uygulayan kişisel eylem anayasa mahkemesine taşınamaz ve anayasa mahkemesinin buna müteakip kontrolü de normatif yasanın uygulanmasını ilgilendirmez. Yalnızca anayasal hukukun veya muadili bir yasanın uygulanmasının bu hakları ihlal etmesi hâlinde bireysel temel hakların korunması sorun olabilir.

Öte yandan, Anayasa yargısına bireysel şikayet ise diğer tüm hukuk yollarını tüketmiş olan birey herhangi bir kamu kurumunun temel haklarının ihlali niteliğini taşıyan (doğrudan o bireye uygulanabilir olan genel nitelikli bir eylem veya o bireye yönelmiş münferit bir eylem) eylemi karşısında şikayet-

7 Anayasa yargısına bireysel şikayet çalışması (CDL-AD(2010)039 kontrol).

te bulunabilmektedir. Bu usuller çerçevesinde anayasa mahkemesi davanın esaslarından ziyade meseleyi anayasal veçhesiyle ele alacaktır. Mahkeme ayrıca normlar hiyerarşisinin de takip edilmiş olup olmadığına bakmayacaktır. Anayasal şikayetin işlevlerinden bir tanesi de bireyin anayasa teminatı altında bulunan haklarının korunmasıdır. anayasal şikayet usulü mevcut bireysel şikayet usulleri içerisinde en kapsamlısıdır ve Venedik Komisyonu tarafından da bireysel hakların korunmasına yönelik en etkili yöntem olarak değerlendirilmektedir.

Ancak, bireysel şikayet usullerinin kabulü, Strazburg Mahkemesi tarafından bunun otomatik olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlali karşısında etkili bir hukuk yolu olarak değerlendirileceği anlamı da taşımamaktadır. Bu bağlamda çeşitli etmenler vardır.⁸ Strazburg Mahkemesi bu doğrultuda, yasanın anayasa mahkemesi nezdinde yeni bir usule geçmekteki niyeti kadar, bunun erimi ve bu kararların sonuçlarının neler olacağı gibi öncelikle bahse konu hukuk yolunu uygulama açısından ele alır (örn. erişilebilirlik, bireysel şikayet kabulüne dair hükümler vs.)⁹

Üyesi ülkeler arasında Venedik Komisyonu tarafından tespit edilmiş ve Çalışma kapsamında da değinilmiş olan bir temayül şudur ki tam anayasa şikayeti uygulamasından yoksun ülkeler bu usulü uygulamak istemekte ve uygulayanlar ise sınırlamaya çalışmaktadır. İkinci grubun başlıca endişesi, bireysel şikayet bağlamında tam anayasal şikayet yöntemini uygulayan anayasa mahkemelerinin (veya benzer yargı yetkisini haiz diğer mahkemelerin) iş yükünün aşırı derecede artmasıdır.

Bu durum iki tarafı keskin bir kılıç gibidir, zira bu usulle bireysel insan hakları ihlallerine hukuk yolu açılmakla beraber bu durum mahkemenin iş yükünü aşırı derecede arttırma riskini de beraberinde getirmektedir.

Yine de Venedik Komisyonu tam anayasa şikayeti lehine duruş sergilemektedir. Görüşüne göre, bu tip şikayet mekanizması anayasal haklara kapsamlı bir koruma sağlamaktadır ve insan haklarının korunması açısından da etkilidir.

Buna ilaveten, Çalışma kapsamında bu sorun karşısında önceden test edilmiş çözümler sunulmakta ve aynı zamanda anayasa yargısına bireysel şikayet yapılmasıyla anayasa mahkemesinin iş yükünün aşırı düzeyde artırılmaması arasında da bir denge ortaya koyulmaktadır. Bu, bir takım gerekler veya şartlar belirleyerek başvuruları filtrelemek ve mahkemenin özellikle de suistimal veya sadece karşı tarafa zarar vermek maksatlı başvurularla iş yükünün aşırı derecede artmasına engel olmak suretiyle gerçekleştirilebilir. Bu gibi önlemler

8 Bkz. prg. 82-94, Anayasa yargısına bireysel şikayet Çalışması (CDL-AD(2010)039 kontrol).

9 Hasan Uzun - Türkiye, 30 Nisan 2013 t. karar (başvuru no.10755/13).

içerisinde genellikle başvuru sürecine dair bir takım zaman sınırları, bireyin (sıklıkla) hukuki temsilcisi bulunması ve (normal) hukuk yollarını tüketmiş olması şartları yer almaktadır.

Venedik Komisyonunun anayasal denetime tevdi edilmiş bulunan çeşitli normlarla ilgili olarak tavsiyesi anayasa mahkemelerinin aşırı iş yükü altında kalmamaları açısından hukuki eylemlerin sadece Anayasa'ya uygun olup olmadıklarına bakması yönündedir.

Ayrıca, anayasa mahkemeleri veya dengi mahkemelerin hakimleri sayıları dava yüküne göre belirlenecek olan kalifiye asistanlardan da destek almalıdır. Dava dosyalarının daireler arasında etkin bir biçimde dağıtımının sağlanması da aynı şekilde mahkemelerin aşırı yük altında kalmasına mani olacaktır.

III. TÜRKİYE'DE BİREYSEL BAŞVURU

Türkiye, Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel şikayet sürecini o dönemde bir askeri ihtilal sonrasında hazırlanmış olan 1982 Anayasası'nda yapılacak değişikliklerle ilgili olarak gerçekleştirilen referandumu müteakip 2010 senesinde uygulamaya başlamıştır.

Türkiye'de anayasa değişikliklerinin kabul edilebilmesi için 1982 Anayasasının 175'nci maddesine uygunluk şartı aranmaktadır.

2010 senesinde yapılan anayasa değişiklikleri Mecliste kabul edilmekle birlikte derhal uygulanabilmek açısından gereken üçte iki çoğunluk sağlanamamıştır. Fakat oyların çoğunluğu elde edilebilmiştir ki bu da referandum için yeterli olmuştur. Bu, Meclis tarafından 2010 Mayıs ayında kabul edilen reform paketinin yayımlanmasından 60 gün sonra gerçekleşmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi reform paketiyle ilgili nihai kararını 2010 senesi Temmuz ayında vermiş ve Anayasa'ya yönelik olarak önerilen reformların çoğu lehinde hüküm açıklamıştır.

Türkiye'de oy verebilen nüfusun %77'sinin katılımıyla gerçekleşen referandum –ki bu referandum bu makalenin yazarı tarafından da desteklenmiştir– Yüksek Seçim Kurulu tarafından ilanını müteakip 12 Eylül 2010'da gerçekleşmiştir.

Bahse konu reform paketinin yürürlüğe girmesiyle birlikte Anayasa mahkemesi kapılarını iki sene sonra Eylül 2012'de bireysel şikayetlere açmıştır.

Anayasa, 148'nci maddesi kapsamında, Anayasada ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Protokollerinde belirtildiği üzere anayasal haklarını talep eden ve bu hakları kamu makamlarınca ihlal edilmiş bulunan her bireyin di-

ğer tüm hukuk yollarını tükettikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkı bulunduğunu öngörmektedir.

148'nci madde bu nedenden ötürü anayasal şikayet kapsamını 'klasik haklar'¹⁰ ile sınırlar gibi görünmekte ve bu durumu açıklığa kavuşturmak açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yer alan İnsan Haklarına dair haklar ve özgürlüklere atıfta bulunmaktadır. Sözleşme bu bağlamda bir seçim, bir tercih kıstası olarak kullanılmakta ve anayasal seviyeye taşınmaktadır. Bu, anayasal şikayet kapsamının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nce düzenlenen temel hakların korunmasıyla sınırlandırıldığı anlamına gelir ki bu alışlageldik yaklaşımlardan farklı bir yaklaşımdır.

Anayasal şikayetin uluslararası bir araç olarak değil anayasa içerisinde tanımlanmış olan hakları korumaya yönelik olarak hayata geçirildiği anımsandığında bu durum daha da alışılmadık bir hal almaktadır. Bu alışılmadık yaklaşım, Anayasa'da ortaya koyulmuş olan haklarla kıyaslandığında daha sınırlı bir koruma kapsamı ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Anayasa kapsamında üç grupta haklar düzenlenmektedir: bireysel haklar, sosyal haklar ve siyasi haklar. Venedik Komisyonu geçmiş dönemlerde koruma altındaki haklar kapsamının Türkiye Anayasasında düzenlenen hakları, yani sosyal haklar da dahil olmak üzere siyasi haklar ve klasik özgürlükleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi yönünde tavsiyede bulunmuştur.

Ancak Venedik Komisyonu, bir diğer ülkenin de –ki bu ülke Avusturya'dır– Anayasası'nda bir 'haklar bildirgesi' bulunmadığına ve buna karşın bahse konu ülkenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni anayasa hukuku seviyesinde kabul etmiş olduğuna dikkat çekmiştir ki buna göre Avusturya Anayasa Mahkemesi de kapılarını bireysel başvurulara açarken bunu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bağlı Protokoller temelinde gerçekleştirmiştir.¹¹ Bu bağlamda Türkiye bu yaklaşımı uygulayan tek ülke değildir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 6216 sayılı yeni Kanun'un Dördüncü Bölümünde yer alan yedi madde bireysel şikayet usulüne mahsustur.¹² Bu bağlamda Anayasa kapsamında yer alan ve aynı zamanda Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ilgili Protokolleri 'kapsamına da giren' temel haklar Anayasa Mahkemesi Yargı Yetkisi kapsamında yer almaktadır.

İşte bu nedenden ötürüdür ki Anayasa'nın alışlageldik olmayan yaklaşımı bu Kanun'da kendisini göstermekte, ve başka türlü bir belirsizliğe daha

10 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hk. Görüş (CDL-AD(2004)24), prg. 35-39 ve kararlar.

11 Bkz. prg. 86, Anayasa yargısına bireysel şikayet Çalışması (CDL-AD(2010)039 kontrol).

12 [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/laws/eng/eur/tur?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/laws/eng/eur/tur?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

neden olmaktadır: Anayasa Mahkemesi Yargı Yetkisinin kapsamının genişlemesi veya daralması. Yargı yetkisinin sınırlanıyor olması hâlinde bu sadece Anayasa'da yer alan ve aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve protokollerinde de teminat altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerin ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Protokolleri içerisinde yer alan kapsamı Anayasa kapsamıyla örtüştüğü ölçüde ele alınabilecekleri anlamı taşımaktadır. İkinci durumdaysa bu, bunların amaçları itibarıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Protokolleri içerisinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin kapsamlarının Anayasa içerisinde yer alan temel hak ve özgürlükleri de kapsayacak şekilde genişletilmiş olması demek olacaktır. Buna mukabil, Strazburg Mahkemesi'nin bu hakları yorumlamasında da kapsam genişletilmiş olacaktır. Bu bağlamda, "Atıfta bulunulan neden Türkiye'nin taraf olduğu diğer insan hakları sözleşmeleri değil de sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir?" sorusu da akıllara gelmektedir.¹³

Diğer ülkelerde de olduğu gibi bazı yasalar bireysel şikayet sürecinden tamamen muaf tutulmuştur: Yasamayla ilgili ve düzenleyici idari uygulamalarla ilgili bireysel şikayet hakkı bulunmamaktadır. Anayasal denetime tabi olmayan Anayasa Mahkemesi karar ve eylemleri de bu bağlamda muaftır.

Kamu tüzel kişileri hariç tutularak, hem gerçek hem de tüzel kişiler bireysel şikayetda bulunabilir. Kamu tüzel kişileri bireysel şikayetda bulunamazlar, ancak özel hukuk tüzel kişileri tüzel kişilik olarak sahip oldukları hakların ihlali hâlinde bireysel şikayetda bulunabilmektedir. Son olarak, sadece Türk vatandaşları için geçerli olan hakların ihlali durumunda yabancılar bireysel şikayetda bulunamamaktadır.

Bu yeni usulün beraberinde getireceği bir çok şikayet öngörülerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi personel sayısında kayda değer artış yapmış, raportör hakimler eğitilmek suretiyle (Strazburg Mahkemesi'ne ilaveten) Almanya, Kore, İspanya ve Güney Afrika gibi ülkelere çalışma ziyaretlerine gönderilmiş ve böylelikle insan haklarının uygulanmasıyla ilgili olarak diğer ülke mahkemelerinin yaklaşımlarını daha yakından öğrenmeleri sağlanmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi aynı zamanda filtreleri de kullanmıştır. Bunlar arasında başvuruları filtreleyen ve (oybirliğiyle) bir başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına karar verebilecek bir komisyon kurulması da bulunmaktadır. Mahkeme aynı zamanda suistimale varan veya sadece zarar vermek saikiyle gerçekleştirilen başvuruları filtrelemek için de imkanlara sahiptir ve Mahkeme ayrıca herhangi bir başvurunun, başvuru-

¹³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Yargılama Usulleri hk. Kanuna (Kanun No: 6216, Kabul Tarihi: 30 Mart 2011) Dair Yorumlar, yazar: Pieter van Dijk (üye, Hollanda), CDL-AD(2011)063.

nun açık bir şekilde doğru temelden yoksun olması veya Anayasa'nın yorumlanması veya uygulanması ile temel haklar anlamında dayanaktan yoksun olması ve başvurunun önemli bir zarar görmemiş olması hallerinde söz konusu başvurunun kabul edilebilir olmadığına karar verebilmektedir. Bireysel şikayette bulunma hakkını açık biçimde suistimal eden bir başvurucuya ceza verilir ve dava masrafları kendisine karşılaştırılabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi bir başvurunun kabul edilebilir olduğu yönünde karar verdiği zaman, bu Mahkeme ile diğer mahkemeler arasında herhangi bir çatışma olmamasını teminen, Anayasa (Madde 158) ve Kanunda (Madde 48) Mahkemenin sadece temel bir hak ihlali olup olmadığı hususunda karar vereceğini açık bir şekilde belirtilmiştir. Buna göre, görünen odur ki, Anayasa Mahkemesi'nin rolü sadece başvurunun temel haklarının ihlal edilmiş olup olmadığını tespit etmek olup ne diğer yargı birimlerinin hareketlerini ne davanın maddi unsurlarını ne de diğer mahkemelerin kanunu yorumlamasını incelemektir. Anayasa Mahkemesi'nce başvurunun temel haklarının ihlal edilmiş olduğunun tespit edilmesi halinde, Mahkemenin bu sefer de bahse konu yanlışlığı gidermek için ne yapılması gerektiğine karar vermesi gerekir. Eğer ki bu yanlışlık bir mahkeme kararından kaynaklanmaktaysa dosya aynı mahkemeye yeniden görülmek üzere geri gönderilir. Anayasa Mahkemesi tarafından davanın yeniden görülmesine gerek görülmemesi halindeyse o zaman başvurucuya tazminat ödenmesine karar verilir ya da başvurucudan yetkili mahkemeye giderek zararın tazminiyle ilgili olarak tazminat davası açması talep edilir.¹⁴ Anayasa Mahkemesi'nin bu hususta zaman içerisinde oluşacak içtihadını izlemek ilginç olacaktır.

2012 senesinde Türkiye, Strazburg Mahkemesi'ne hakkında en çok sayıda başvuru yapılan ülkeler arasında yer almaktaydı (18.000 dava).¹⁵ Eylül 2012'de bireysel şikayetin hayata geçirilmesiyle birlikte Strazburg Mahkemesi'ne gelen başvuru sayısında da bir düşüş gerçekleşerek Türkiye aleyhine başvuruların sayısı azalmıştır (11.000 dava).¹⁶ Strazburg Mahkemesi istatistiklerine göre 2012 senesinde adli düzenlemelerle ilgili başvuru sayısı 8986 iken bu rakam 2013 senesine gelindiğinde 3521'e gerilemiştir. 2013 senesi Aralık ayı itibarıyla Türkiye artık toplam başvuruların yarısından fazlasını göğüslemek zorundaki liste başı dört ülkeden birisi olmaktan kurtulmuştur. Ancak, Türkiye hâlâ bu anlamda hakkında 2013'de karar verilmiş olan ilk beş

14 Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi İnternet sayfası: <http://www.anayasa.gov.tr/en/IndividualApplication/>

15 2014 yılı başındaki durum Yeni Türkiye, "Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi istatistikleri 2013 senesinde önemli oranda iyileşmiştir", <http://www.thenewturkey.org/turkeys-echr-statistics-improved-dramatically-in-2013/new-turkey/8661><http://www.thenewturkey.org/turkeys-echr-statistics-improved-dramatically-in-2013/new-turkey/8661>

16 agk.

ülke arasında yer almaktadır (Rusya Federasyonu: 129, Türkiye: 124, Romanya: 88, Ukrayna: 69 ve Macaristan: 41).

30 Nisan 2013 tarihli Hasan Uzun – Türkiye kararında Strazburg Mahkemesi¹⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'ne bireysel şikayette bulunma usulüyle birlikte esasen temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından uygun bir mekanizma oluşturulmuş olduğu ifade edilmiştir. Strazburg Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'ne bu usuller vasıtasıyla başvuru yapılmasında mevcut şartlarda bir sorun yaşanmadığı ve mahkemelere başvurunun makul süreler ve mahkeme masrafları sayesinde erişilebilirliğin sağlandığı belirtilmiştir. Hukuk yollarının kullanılışlığına dair hükümlerle ilgili olarak da Strazburg Mahkemesi Anayasa Mahkemesi'nin yeni kurallarının zaten bireysel şikayetle ilgili mevzuat hükümlerinden daha önce geçerlik kazanmış olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin elinde davayla ilgili olarak ihtiyaç duyacağı bilgi ve belgeleri temin edecek yargı yetkisinin hal-i hazırda mevcut olduğu, içtihatlarda herhangi bir uyuşmazlık olması hâlinde bu uyuşmazlığı giderecek bir sistemin bulunduğu ve gerekmesi hâlinde ve ister kendi takdiri ister başvurucunun bir talebi üzerine olsun, Anayasa Mahkemesi'nin ara çözümler sunabileceği ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin yargı yetkisi *ratione materiae* olarak Türkiye tarafından da kabul edilmiş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Protokollerini de kapsamakta olup, bu bağlamda Strazburg Mahkemesi'nce söz konusu bu sistemin insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması açısından uygun bir mekanizma olduğuna kanaat getirilmiştir. Bunun uzun vadede uygun olup olmayacağı Anayasa Mahkemesi'nin davaları ele alışına bağlı olarak ortaya çıkacaktır.¹⁸

Strazburg Mahkemesi, akabinde yasa koyucunun niyetini inceleyerek *inter alia* olarak mevzuat ve düzenlemelerden kaynaklanan hükümlerin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel çözüm açısından mekanizmaları uygulamak üzere gereken araçları temin ettiğini tespit etmiştir. Anayasa değişiklikleriyle ilgili açıklayıcı raporda Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bir bireysel şikayetin kanunların anayasal denetiminden, idari mevzuatın hukuka uygunluğundan, yasal bir sorun temelinde temyizden ve yeniden yargılama taleplerinden farklı olduğunu ortaya koymaktadır. Rapor, yeni şikayet mekanizmasının Strazburg Mahkemesi'ne yapılan bir bireysel şikayete benzer olduğunu açıklamaktadır. 6216 sayılı Kanun kapsamında bu hükümler, Anayasa Mahkemesinin yargı yetkisini *ratione materiae* olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Protokolleri tarafından teminat altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerden, Türkiye Anayasasında mevcut bulunan haklar ve özgürlüklerden müteşekkil olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

17 Hasan Uzun - Türkiye, 30 Nisan 2013 t. karar (başvuru no.10755/13).

18 Agk., prg. 17 ve 62.

Strazburg Mahkemesi aynı zamanda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Anayasa Mahkemesi'ne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edilip edilmediğini tespit etmek, ayrıca tazminat vermek suretiyle ihlalleri telafi etme ve/veya telafi yöntemlerine işaret etme yetkisi vermek ve ilgili mercii aynı ihlali yinelemekten alıkoymak ve mümkün olması hâlinde status quo ante bir telafi imkanı sunmak için yargı yetkisi tevdi etmek yönünde bir niyet sergilediğinin açık olduğunu ifade etmiştir. Buna ilaveten, Anayasa Mahkemesi kararları devletin tüm organları ile gerçek veya tüzel tüm kişiler açısından bağlayıcıdır.

Türkiye şu an için her ne kadar Avrupa Konseyi'ne üye Starazburg Mahkemesi'nce verilen kararların yarısının muhatabı olan ilk beş üye ülke arasında olsa da, mevcut eğilimler bu durumun yakın gelecekte değişeceğine dalalet etmektedir. Öyle ya da böyle, zaman içinde pek çok şey Anayasa Mahkemesi'nin davaları ele alışına bağlı olarak yerini bulacaktır.

IV. SONUÇ

İnsan haklarının korunmasına ulusal düzlemde başlanmalıdır ki anayasa mahkemesinin görevi de en çok ulusal boyutta önem arz eder. Devletler çoğunlukla insan haklarının korunması hususunu anayasalarıyla teminat altına almakta olup anayasa mahkemeleri de Anayasa'nın garantörleri olmaları açısından anayasal olarak garanti altına alınan hakların korunması açısından bu mahkemenin görevini etkili bir şekilde yerine getirebiliyor olması önemlidir.

Bu bağlamda, söz konusu bu mahkemelerin önemli rolü, Twitter ve YouTube yasaklamalarıyla ilgili olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş olan kararlarda etkin bir biçimde gösterilmektedir. Bu çığır açan davalar sırasında Mahkeme, bahse konu yasakların ifade özgürlüğü ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26'ncı maddesiyle koruma altına alınmış bireysel hakların açık ihlali olduğuna oybirliği ile kanaat getirmiştir. Dolayısıyla bu yasakların Anayasa'ya aykırı olduğu tespit edilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi açısından bir büyük adım olan ve Venedik Komisyonu'nca takdirle karşılanan bireysel şikayet usulünü hayata geçirmek suretiyle Türkiye, Anayasası kapsamında yer alan temel insan hakları üzerindeki koruyucu zırhı daha da sağlamlaştırmış bulunmaktadır. Böylelikle, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı Sn. Haşım Kılıç da Mahkeme'yi devletin diğer erklerinin aşırılıkları karşısında sağlam bir kale haline getirmiştir.

Bu şekilde Türkiye¹⁹ Venedik Komisyonu'nun 2004 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Değişiklik tasarısı ve ve Anayasa yar-

19 CDL-AD(2004)024.

Haşim Kılıç'a Armağan

gısına bireysel şikayet Çalışması ile ilgili tavsiyelerini izlemiş bulunmaktadır.

20

Sn. Haşim Kılıç'ın idaresindeki Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi kendisini bu yeni usule hazırlamak adına elinden gelen tüm gayreti göstermiştir. Mahkeme, pek çok faaliyet ve girişimlere ilaveten Avrupa ülkeleri kadar diğer ülke Anayasa Mahkemelerine de konuyla ilgili bilgisini artırmak maksadıyla çalışma ziyaretlerinde bulunmuş ve bu ziyaretler neticesinde yeni usul çerçevesinde görev yapacak Mahkemedeki personel sayısı önemli oranda artırılmış, Anayasa mahkemesi usul kuralları güncellenerek iki yeni iç tüzük kabul edilmiş, Strazburg Mahkemesi'ne yeni usulle ilgili eğitime gidilmiştir. Tüm Türkiye'de mahkemeler, akademisyenler, STKlar ve diğer paydaşların katılımıyla yeni usulün nasıl işletileceğine dair seminerler düzenlenerek bunun Türkiye'de insan haklarının korunması anlamında nasıl bir ilave aşama teşkil ettiği ortaya koyulmuştur.

30 Nisan 2013 tarihli Hasan Uzun – Türkiye kararı nda S trazburg Mahkemesi Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'ne bireysel şikayet de bulunma usulüyle birlikte esasen temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından uygun bir mekanizma oluşturulmuş olduğu ifade edilmiştir. Her hal-ü karda hayata geçirilen bu yeni usulün temel insan hakları ihlalleri karşısında etkili bir iç hukuk yolu olmaya devam edip etmeyeceği ve Strazburg Mahkemesi'nde Türkiye aleyhine açılan dava sayısını düşürüp düşürmeyeceği Anayasa Mahkemesi'nin zaman içinde bu davaları nasıl ele alacağıyla ilişkilidir.

Anayasa Mahkemesi'ni karizmatik ve enerji dolu Başkanı'ndan ayrı düşünmek zor ve Sn. Kılıç gibi yargı bağımsızlığına, hukukun üstünlüğü ve önemi-ne ve insan haklarının korunmasına dair temel ilkelerin savunusuna inancı tam olan başkanlar sayesinde ki bireysel şikayet gibi etkili hukuk yolları ulusal düzeyde anayasa mahkemeleri tarafından temin edilebilmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı olarak Sn. Kılıç Mahkemeyi bugünkü konumuna, diğer devlet erklerinin aşırılıkları karşısında sağlam bir kale olarak taşımıştır.

Yazarlar, Mahkeme'nin Anayasa'nın teminatı ve insan haklarının koruyucusu ve diğer erklerin aşırılıklarına set çeken bir kale olarak önemli görevini sürdürmesini diler.

Prof. Dr. Mark TUSHNET
*(William Nelson Cromwell Professor of Law,
Harvard Law School)*

CONSTITUTIONS AND NATIONAL IDENTITY: PREAMBLES AND AMENDMENTS¹

I thank the Constitutional Court for inviting me to address this important gathering. As the title of my lecture says, I will discuss the way in which some national constitutions are expressions of particular understandings of national identity, with particular emphasis on the role that constitutional preambles and amendments play in such expressions. At the outset, I must note that I refrain from express reference to the way the issues I discuss arise within Turkey, although it should be clear that I think the analysis has some implications for Turkey.

I must begin, though, with the observation that national constitutions are concerned with much more than national identity, and indeed that some national constitutions are not concerned with national identity at all. The latter are constitutions that are simply blueprints for organizing a national government, with “the nation” playing a role only insofar as the constitution identifies the territory over which the constitution claims authority and similarly mundane provisions. And, of course, all constitutions contain many provisions that are similarly simply blueprints for the government’s operation. Some choices – for example, between a presidentialist system or a parliamentary one – may sometimes have connections to issues of national identity, but they may also be purely technical choices. I have no doubt that issues of national identity can sometimes be teased out of these seemingly technical provisions, but my concern in this lecture is with provisions that more or less expressly address matters of constitutional identity.

Such provisions can include the identification of the national territory, when that is a matter of contest. For example, the Irish Constitution of 1937 asserted that it was a constitution for the entire island of Ireland. They can also include the specification of the national language or languages, as in the 1996 South African Constitution’s recognition of national pluralism in its list of eleven official languages.

1 This paper was presented in 19 October 2012 in Ankara in the international conference “*Challenges To The Constitutional Theory in The 21St Century: Insights From Global Doctrine*” organized by the Constitutional Court and Turgut Özal University. It is published here with the permission of author.

Often the matter of national identity is addressed in a constitution's preamble. Elsewhere I have distinguished between preambles that describe the nation in principled terms and those that describe it in terms identifying something distinctive about the nation. A principled preamble lists the general principles that animate the constitution, principles that could be adopted anywhere in the world. The preamble to the U.S. Constitution is exemplary, with the only allusion to the specific nation coming in the phrase, "We the People of the United States." A preamble of national identity contains phrases dealing with national specifics. I use the preamble to the 1937 Irish Constitution as my example. Here are its words:

"In the Name of the Most Holy Trinity, from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and States must be referred,

We, the people of Éire,

Humbly acknowledging all our obligations to our Divine Lord, Jesus Christ, Who sustained our fathers through centuries of trial,

Gratefully remembering their heroic and unremitting struggle to regain the rightful independence of our Nation,

And seeking to promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured, true social order attained, the unity of our country restored, and concord established with other nations,

Do hereby adopt, enact, and give to ourselves this Constitution."

This preamble's references to quite specific features of Ireland's history – its Roman Catholicism, its struggle for national liberation – are its identity-defining features. The references to the common good and the dignity and freedom of the individual are, in contrast, largely principled features, albeit stated in terms resonant with Catholic theology.

My central point is that national identity can change, and constitutional provisions dealing with national identity can thereby become outdated. Two simple examples come, again, from Ireland. The 1937 Constitution contained two specific identity-related provisions. Article 44.1 "recognizes the special position of the [Roman Catholic] Church as the guardian of the faith professed by the great majority of the citizens." The Fifth Amendment in 1973 repealed this provision. And, as I mentioned, Article 2 stated, "The national territory consists of the whole island of Ireland." In conjunction with the Good Friday Accords, the Nineteenth Amendment replaced this with a more tempered statement, that "it is the entitlement and birthright of every

person born in the island of Ireland... to be part of the Irish Nation.” Both amendments responded to changes in the social and political environment of Irish constitutionalism.

How can constitutional systems respond to changes in national identity? Recognizing the possibility of change in national identity, constitution drafters might avoid – as much as they can – building issues of national identity into their constitutions. Or, at least, they might attempt to confine such issues to provisions that are not immediately legally binding. This is the instinct, I believe, that leads drafters to place identity-related matters in preambles rather than in the constitution’s operative text. Yet, that strategy may prove unavailing if later interpreters read the legally operative provisions against the background of a preamble’s treatment of national identity. The Irish courts, for example, have referred to the Preamble when dealing with constitutional claims that touch on core values of Roman Catholicism, though that practice has been controversial among Irish judges and scholars.

And, avoiding or attempting to minimize issues of national identity may be politically impossible in the drafting process. Constitutions are often written in situations of crisis or post-crisis, and often the crises have been about national identity. Sometimes the resolution of these crises leads to agreement on a new national identity. That is my interpretation of the achievement of the Canadian Charter of Rights, adopted in 1982 as part of an effort to address long-standing questions about the status of Quebec within Canada. The Charter offered the nation a new understanding of itself as multinational rather than binational, and, importantly, as a nation of principle rather than identity, to use the terms I introduced earlier. Although Quebec nationalism has not disappeared, and recently saw something of a temporary revival (mostly, I think, because of temporary political conditions), in general the Charter seems to have succeeded in creating a new Canadian national identity.

Often, though, contending claims about national identity must be addressed rather than transcended, in constitution-drafting processes. Parts of the large literature on constitution-making in post-crisis situations describe various techniques for addressing issues of national identity, including plural executives as in Bosnia-Herzegovina, the recognition of multiple national languages as in South Africa, and more. In general, when constitutions are drafted politics may require that they ratify rather than change current understandings of national identity. But, as I have noted, over time that identity can change.

Over the past decades nations around the world have faced two trends with important implications for national identity. These are, first, immigration

and second, another in history's recurrent revivals of intense religious commitments. Some nations, such as the United States and Canada, have long-understood self-conceptions as nations of immigration. Others, such as France, do not. Yet, the phenomenon of large-scale immigration means that even nations that do not understand themselves to be nations of immigration are in the process of becoming such nations. This places stress on constitutional commitments to a singular national identity.

The revival of religious commitment pushes in two directions. First, pressure on secularism. The history of religious conflict led Western liberalism to a form of constitutionalism encouraging religious tolerance by methods that sought to remove religious influence from law-making as much as possible. Some nations, again with France as a leading example, moved from toleration to secularism as the nation's organizing principle with respect to religion. The revival of religious commitment presses hard on purely secularist national identities, because secularism no longer describes the commitments of the nation's people, even if toleration continues to do so.

Second, pressure on singular rather than pluralist national identities with respect to religion. Here again Ireland might be an example, though in detail the example is quite complicated. Perhaps better examples come from the disestablishment of national religions in Sweden and Norway. The phenomenon of interest is that, as religious diversity arises and religious identities become more important to individuals, the tension between a *national* identity conceived of in singular religious terms – through an established church, for example – and *individual* identity increases. A move from establishment and similar though weaker forms of endorsement of the religion to which the large majority of a nation's population adhere, toward a more pluralist national identity may result – or, at least, may be desirable.

How can such moves be achieved? Obviously, ordinary processes of constitutional amendment *can* be used, as the Scandinavian example shows. Earlier I described two changes in the Irish Constitution's recognition of national identity. Those changes occurred through the ordinary process of constitutional amendment in Ireland, which requires that *all* amendments be approved in a referendum. The Fifth Amendment was approved by a vote of roughly 85% to 15%, the Nineteenth by a vote of roughly 95% to 5%. The size of these margins is impressive, and suggests that the referenda really did involve the Irish people as a whole – or, using terms familiar from continental constitutional theory, by the constituent power.

If the desideratum is a clear mobilization of the constituent power, though, ordinary amendment processes might not always be appropriate.

M. Tushnet: Constitutions and National Identity: Preambles, Amendments

Such processes can be used – and probably are often designed – for technical adjustments in constitutional details. For that reason, the nation's population might ordinarily be inattentive to their content. Indeed, sometimes the ordinary amendment processes do not require a referendum or even an election intervening between the proposal of a constitutional amendment and its adoption. So, in general, it probably is desirable for constitutional amendments touching on questions of national identity to be submitted to some process that does call on a reasonably clear exercise of the constituent power – a constituent assembly, a referendum, and the like.

Such a process might be desirable, but is it necessary? For reasons I now develop, I think not. My discussion turns to the doctrine of unconstitutional constitutional amendments. I argue that analyzing that doctrine sheds light on the relation between constitutions and national identity.²

As I have noted, some constitutional amendments have little or nothing to do with national identity. Such amendments include technical adjustments responding to newly understood flaws in the constitution's initial design, or responses of a largely technical nature to new developments. Other amendments are related to national identity, but in ways whose analysis would add little to my exposition here. Such amendments include elaborations or specifications of the principles already inscribed in a constitution for a nation of principle, or principled responses to new developments in such a nation. What I focus on here is the class of so-called unconstitutional constitutional amendments.

My argument is rather complicated, so I provide an initial qualification and a preliminary outline. The qualification is that my argument draws heavily on ideas used in continental constitutional theory far more than in U.S. constitutional theory, and I am much more familiar with the latter than the former. Indeed, it may well be that continental theorists have made my points already and I am unaware of them, or that I am misusing continental theory. For that, I have no rebuttal.

And now, the outline: Constitutions rest on exercises of the constituent power. The constituent power cannot be constrained by pre-existing law. Constitutional provisions purporting to channel the exercise of the constituent power into specific procedural modes are best understood as recommendations from the founding generation to later ones. Later generations can disregard the recommendations, but when they do their departure from the recommendations serves as a signal or, to use a term I

2 I develop the argument that follows in much more detail in Mark Tushnet, "Peasants With Pitchforks, or Toilers With Twitter: Constitutional Revolutions and the Constituent Power" (forthcoming 2015).

draw from U.S. constitutional theory, a proposal that something substantial is on the table for discussion. This proposal can trigger a number of responses. Whatever the response, the proposal becomes law when and if the nation's people accept it in practice. Acceptance might be said to cleanse the proposal of any procedural irregularities in its genesis.

Now, to flesh out the argument, starting with a discussion of unconstitutional constitutional amendments. As is well known, the class of such amendments is itself usually divided into two subgroups: amendments that are unconstitutional because they have been adopted through procedurally defective means, and those that are substantively unconstitutional. Although it is usually thought that substantively unconstitutional amendments are the more interesting group, I will argue that close analysis shows that, understood correctly, substantively unconstitutional amendments are in an important sense unconstitutional because they are procedurally defective. The argument takes a while to develop, but once I have done so I will be able to draw the connection between substantive unconstitutionality and national identity.

The argument for finding some amendments procedurally unconstitutional is seemingly straight-forward. Constitutions often contain distinct processes for express changes in the constitutional text. One process is used for "revisions" or some similar term, while another is used for replacements or substitutions. The process for revision might involve action by parliament or successive parliaments or parliaments and a narrow referendum. The process for replacement almost always involves a referendum, often on a proposal developed by a constituent assembly created for the purpose of replacing the existing constitution with a new one. Constituent assemblies and referenda are procedurally apt methods of constitutional replacement, it is thought, because they are the mechanisms through which the constituent power clearly exercises its foundational constitutional authority. Amendments are procedurally unconstitutional when something that is in substance a replacement or substitution is adopted through the procedures set out for adopting revisions.

Notably, sometimes an amendment directed at a discrete, seemingly isolated matter can amount in substance to a large-scale transformation of the constitutional system, and so can be a replacement of the existing constitution with a new one. Examples include Latin American cases where presidents sought to eliminate strict limits on the possibility of a president's reelection – term limits embedded in the existing constitution because of historical experiences with elected presidents who became near dictators through repeated reelection. An amendment to remove term limits, adopted through

M. Tushnet: Constitutions and National Identity: Preambles, Amendments

the mechanism for revising the constitution, could there be a replacement of the existing constitution.

This apparently simple argument raises deep questions about the foundations of constitutions, addressed much more explicitly in continental constitutional theory than in U.S. theory. But, I will argue, some insights from U.S. constitutional theory helpfully fill in some important gaps in continental theory.

The questions about constitutional foundations arose at the very outset of the continental experience with constitution drafting. The French Constituent Assembly of 1789 struggled over the inclusion of provisions for constitutional amendment in the constitution itself. As they understood it, constitutions rested on the foundation of an exercise of the constituent power, which – in their understanding – could not be constrained by preexisting law. (I note that contemporary constitutionalists working within the continental tradition can accept this proposition and yet agree, as many do, that the constituent power is constrained by pre-legal norms or supra-domestic norms of a sort embodied in international human rights law.) They also understood that any specific constitution might be defective, either because of mistakes in judgment by its drafters or because of technological or social or economic change. The provisions in the U.S. Constitution of 1789 for the election of the president exemplify the former difficulty. Examples of the latter are too numerous to mention. So, the French believed, changes in the constitutional text would have to occur.

But, they worried, how could a constitution provide *procedures* for its own amendment? Any amendment would become part of the constitutional text and therefore had to emanate from the constituent power. But, if the constituent power could not be constrained by preexisting law, how could a constitution set out legally binding procedures for amendment? The delegates to the Constituent Assembly solved the problem by developing amendment procedures that they believed were good ones, but stating expressly that they were merely recommending that those procedures be followed. The amendment procedures would not be legally binding. Note that, on this understanding, constitutional amendments could never be procedurally unconstitutional.

Later theorists modified the analysis of constitutional texts setting out procedures for constitutional amendment. The constituent power conferred ordinary legislative authority on the institutions it created in a constitution. Those institutions were the constituted power (*pouvoir constitué*). The constituent power also created the power to amend the constitution through

institutions that were, for the purpose of constitutional amendment, the constituent power itself – something like a delegation of the constituent power to the amending institutions. Procedurally unconstitutional amendments occur when the institutions that received that delegation depart from their lawful authority. At least as long as there is *some* mechanism through which the constituent power can exercise its primal power, this might be thought satisfactory: The delegated constituent power exercises itself in one way when it revises the constitution, and in another way when it replaces it.

Yet, on the level of foundational theory, this solution is not entirely satisfactory. The constituent power cannot be limited by law –whether that law derive from the constituted power (ordinary law) or from the exercise of the constituent power at any specific time, such as when the existing constitution was framed. The original constituent assembly and referendum cannot bind the constituent power *by law* as it is exercised at some later time. So, those seeking to alter the existing constitution in a fundamental way have the power to exercise the constituent power through whatever procedural mechanisms they choose. These might include using a constituent assembly plus a referendum rather than a legislative draft ratified by referendum or vice versa, or using the procedural mechanisms set out in the existing constitution for constitutional revisions rather than replacements.

Of course that course of action will create evidentiary problems: How can anyone know that a discrete amendment was an exercise of the basic constituent power rather than the procedurally constrained delegated constituent power? Yet, similar evidentiary problems are inevitable whenever we wonder whether the constituent power has exercised itself. Consider the summoning and organization of a constituent assembly: How can we know that a self-described constituent assembly is actually the constituent power in action rather than a rump assembly or one speaking for only a segment of the nation?

Here I find some aspects of U.S. constitutional theory helpful. Bruce Ackerman has argued that several fundamental changes in the U.S. constitutional order occurred through procedures that were, in his terms, unlawful under existing law. The 1789 Constitution stated that it would become effective as to signatory states when nine agreed, even though the Articles of Confederation required unanimous agreement to amendments. The procedure by which the Fourteenth Amendment was adopted has numerous problematic features, though in my judgment not enough to support Ackerman's characterization of the procedure as unlawful. Even were the procedure unlawful, Ackerman argues, the 1789 Constitution and the Fourteenth Amendment are now "the"

M. Tushnet: Constitutions and National Identity: Preambles, Amendments

Constitution of the United States and a valid amendment thereto. Why?

Because, I believe, the people of the nation have come to accept them as such. (I note in passing that the criterion of acceptance is related to, and may even be the same as, H.L.A. Hart's criterion for identifying a rule of recognition.) Similarly with questions about whether a constituent assembly actually exercised the constituent power. We cannot prescribe in advance criteria for identifying when a constituent assembly is "really" the forum in which the constituent power is exercised. Only after it completes its work and submits that work to the nation's judgment do we get evidence of that. And, again, a constituent assembly will turn out to have exercised the constituent power when the nation's people accept its product as the constitution that organizes their ordinary political life – the constitution that is the vehicle for exercising constituted power.

With the conclusion that the basic criterion for determining when the constituent power has been exercised is whether the nation's people accept what has been put before them, *by any procedure*, I can at last identify the connection between substantive unconstitutionality and national identity. Consider some examples of substantively unconstitutional amendments.

The Indian Supreme Court developed the "basic structure" doctrine to identify substantively unconstitutional amendments. Its list of elements of India's basic structure includes judicial independence, federalism, and secularism, though it has enforced the doctrine only with respect to the first of these.

Germany's "eternity" clause purports to make unlawful changes in that nation's commitment to being a federal and social state under the rule of law. Notably, the eternity clause is backed up by a provision stating, "All Germans shall have the right to resist any person seeking to abolish this constitutional order." This provision purports to be protected by the eternity clause as well, but on some level it demonstrates the drafters' understanding of the constituent power: The "legally" authorized right to resist is probably better understood as a description of the fact that the constituent power is foundational.

And, Colombia's constitutional court, which I have alluded to, held unconstitutional a procedurally regular constitutional amendment authorizing a third presidential term.

Ulrich Preuss has argued that what characterizes these lists and others that other scholars have come up with, is that they offer descriptions of the relevant nation's identity: A substantively unconstitutional amendment is one that

purports to alter the nation's identity. The Indian and German examples are reasonably straight-forward, the Colombian one a bit more complicated, but understandable in light of Latin America's history of excessive concentration of power in personalized presidencies.

Preuss's argument seems quite accurate as a description of stated constitutional doctrine. Yet, my discussion of constitutional preambles and national identity indicates normative difficulties with the doctrine as Preuss describes it. National identities change, and as they do the constitutional provisions linked to national identity must be allowed to change as well. Defenders of the idea that constitutional amendments can be substantively unconstitutional might argue that the normative difficulty can be dealt with through constitutional replacement or substitution. The processes used for replacement or substitution, which as I have mentioned typically include some sort of constituent assembly and national referendum, are good methods for ensuring that the nation as a whole agrees that "its" identity has changed.

I agree that the processes for replacing a constitution are apt ones for altering constitutional provisions dealing with national identity, but, I suggest, they need not be the only ones used for that purpose. I can imagine situations where the existing constitution is in large measure fine, but contains some discrete provisions inconsistent with the nation's current understanding of its identity. I think it difficult to defend the proposition that the processes used for constitutional replacement *must* be used to later those discrete provisions.

Consider two examples of arguably procedurally irregular amendments to the U.S. Constitution. The U.S. President is chosen by an "electoral college" consisting of electors apportioned by state population plus two additional electors per state. This creates the possibility that a president will be chosen by the electoral college despite having lost the national popular vote. And, that has occurred, most recently in the 2000 presidential election. Responding to this, some have proposed a mechanism for ensuring that the person receiving a plurality of the national popular vote becomes president. States would enact statutes binding the electors chosen in their state to vote for the winner of the national popular vote, conditioned on the adoption of similar statutes binding the electors in states with a majority of the electoral college (currently, 278). There are constitutional questions about this mechanism: It is unclear that states *can* bind their electors to vote in a specific way, and the conditional statutes might be regarded as a "compact" among the states, for which congressional approval is needed. Yet, were the mechanism to be adopted and actually used, I wonder whether anyone objecting to its use could withstand political pressure to accept the outcome.

M. Tushnet: Constitutions and National Identity: Preambles, Amendments

A second example involves the U.S. Senate. Each state has two Senators, and the Constitution's provision on amendment states that "no State, without its Consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate" by any amendment. Scholars have developed arguments that equal apportionment might be abolished through a two-step process: first amend the Constitution to eliminate the provision I have just quoted, then amend it again to create an apportioned Senate. I think that a one-step process could work: a procedurally regular amendment with two sections, one eliminating the provision and a second apportioning the Senate. Then consider another one-step process, an amendment simply apportioning the Senate. It might be defended as lawful on the ground that the amendment would be pointless were it not to be taken as implicitly eliminating the provision I've quoted. Here too, I think, the legalities would be washed away by a strong political response: Were the American people mobilized so as to enact the amendment I've described, the amendment would likely become accepted politically whatever the legal arguments were.

Replacement processes test whether the constituent power understands its national identity differently today. But, the argument I developed about the role of popular acceptance in embedding into a constitution amendments adopted in a procedurally irregular manner supports the conclusion that identity-altering constitutional amendments *can* be adopted through the processes of constitutional revision – as long as those amendments receive popular acceptance.

The doctrine of substantively unconstitutional amendments might be rehabilitated with this understanding in the background. Again, Ackerman's framework is useful. The adoption of a constitutional amendment is, in his terms, a proposal for constitutional change. A judicial decision – or a scholarly consensus – that the amendment is substantively unconstitutional because it purports to alter the nation's identity can be taken as what Ackerman calls a "signal" to the population that issues of national identity are truly at stake. The population then has the opportunity to respond to the signal. It can do so, of course, by bringing the processes of constitutional replacement into operation. I should emphasize, again, that those processes can be prescribed – actually, only recommended – in the existing constitution, but because the constituent power cannot be constrained by preexisting law other than international human rights law, the population can depart from the prescribed procedures if it chooses (with the choice validated by subsequent acceptance). Or, the population can respond by insisting that the constitutional amendment be treated as lawful despite the court's opinion or the scholarly consensus. Such responses will typically be characterized as constitutional crises: The

government in place will simply disregard the opinion or consensus, or will move more directly against the judiciary's power. How the crisis is resolved will, again, be an indication of whether the population accepts the change in national identity that the substantively unconstitutional amendment proposed – a “ratification” or nullification of the proposed change in national identity.

To conclude: Constitutional provisions dealing with matters of national identity sit uneasily in constitutions in a world of on-going social, political, and economic change. Some mechanisms for addressing those positions when national identity changes as well are necessary. But, because national identity lies close to the heart of the constituent power, such mechanisms cannot be legally binding. They can be recommendations, and they can provide an opportunity to test whether the constituent power is actually being deployed when some political forces seek to change the provisions dealing with national identity. But, in the end, the constituent power can use whatever mechanisms it currently prefers, and its choices will be ratified or not by subsequent acceptance or rejection of the changes.

Thank you, and I look forward to our discussion of these matters.

ANAYASALAR VE ULUSAL KİMLİK: BAŞLANGIÇ BÖLÜMLERİ VE DEĞİŞİKLİKLER¹

Bu değerli topluluğa hitap etmek üzere beni davet ettikleri için Anayasa Mahkemesi'ne teşekkür ederim. Konuşmamın başlığından da anlaşılabilceği üzere bazı ulusal anayasaların ulusal kimlikle ilgili belirli anlayışların ifadesi olduğunu ele alacak ve anayasaların başlangıç bölümleri ve değişikliklerinin bu ifadelerde oynadıkları role bilhassa vurgu yapacağım. Konuşmamın başlangıcında belirtmek isterim ki yapacağım analizlerin Türkiye için de geçerli kısımları bulunduğu açık olmakla birlikte ele alacağım konuların Türkiye'deki tezahür biçimiyle ilgili doğrudan atıflarda bulunmaktan kaçınacağım.

Sözlerime ulusal anayasaların ulusal kimlik olgusundan çok daha fazla sayıda konuyla alakalı olduğunu, hatta bazı ulusal anayasaların ulusal kimlik olgusuyla hiç ilgilenmediğini gözlemlediğimi söyleyerek başlamak istiyorum. Bu son bahsettiğim anayasalar, yalnızca bir ulusal hükümet teşkilatlanması sağlamaya yönelik ayrıntılı planlardan ibarettir; “ulus” sadece Anayasa'nın üzerinde yetki sahibi olduğunu iddia ettiği ve yine Anayasa'nın tanımlayacağı alan ve sınırlar ile benzeri şekilde sıradan hükümler dahilinde rol oynar. Ve, elbette, bütün anayasalar yalnızca hükümetin icraatlarını yerine getirebilmesi için ayrıntılı planlar içeren pek çok hüküm içerir. Bazı tercihler, örneğin, başkanlık sistemi ile parlamenter sistem arasındaki tercih, zaman zaman ulusal kimlikle alakalı konularla bağlantılara sahip olabilir, ama bunların tamamen teknik tercihler olması da söz konusu olabilir. Görünüşte teknik hükümlerden ulusal kimlikle alakalı konuların çıkarılmasının bazen mümkün olduğu konusunda hiçbir şüphem yok, ama bu konuşma bağlamında asıl üzerinde durmak istediğim husus, anayasal kimlikle alakalı konuları aşağı yukarı açık bir şekilde ele alan hükümlerdir.

Bu hükümler, tartışma konusu olduğunda ulusal toprakların tanımlanmasını da içerebilir. Örneğin, 1937 tarihli İrlanda Anayasası, İrlanda adasının tamamında geçerli bir anayasa olduğunu öne sürer. Anayasalar ayrıca ulusal dilin veya dillerin tanımını da içerebilir; örneğin, 1996 tarihli Güney Afrika Anayasası, on bir resmi dilin yer aldığı listeyi benimseyerek ulusal çoğulcu-

1 Bu yazı Anayasa Mahkemesi ve Turgut Özal Üniversitesi tarafından 19 Ekim 2012 tarihinde Anayasa Mahkemesinde düzenlenen “21. Yüzyılda Anayasa Teorisine İlişkin Sorunlar: Küresel Öğretiden Kavrayışlar” isimli uluslararası konferansta sunulmuş yazarın izniyle burada yayınlanmıştır.

Haşim Kılıç'a Armağan

luğu tanımıştır.

Ulusal kimlik konusu çoğu kez bir Anayasa'nın başlangıç bölümünde ele alınır. Ulusu belli ilkeler temelinde tanımlayan başlangıç bölümlerini ulusla ilgili ayırıcı bir özellik tespit etme temelinde tanımlayan başlangıç bölümlerinden ayırdığımı başka bir vesileyle ifade etmiştim. İlke temelli başlangıç bölümleri, Anayasa'ya hayat veren ve dünyanın herhangi bir yerinde benimsenebilecek genel ilkeleri sıralar. ABD Anayasası buna bir örnektir; ulusa ima yoluyla atıfta bulunan tek ifade, "Biz, Birleşik Devletler halkı" ifadesidir. Ulusal kimlikle ilgili tanım içeren bir başlangıç bölümü, ulusal özelliklere dair ifadeler içerir. 1937 İrlanda Anayasası'nın başlangıç bölümünü bu noktada örnek olarak gösterebilirim. Başlangıç bölümü şu şekildedir:

"Tüm yetki ve güçlerin kaynağı olan ve sonunda kendisine döneceğimiz, bütün insanlar ve Devletlerin amellerinin havale edileceği En Kutsal Teslis adına,

Biz, İrlanda halkı,

Yüzyıllar boyunca bin bir imtihandan geçen atalarımızı desteğiyle ayakta tutan Kutsal Tanrımız İsa Mesih'e karşı yükümlülüklerimizi tevazu içerisinde kabul ederek,

Ulusumuzun hak ettiği bağımsızlığı yeniden kazanması için atalarımızın kahramanca ve mütemadiyen sergilediği gayretleri minnetle hatırlayarak,

Basiret, Adalet ve Hamiyet yolundan ayrılmadan bireyin onurunu ve özgürlüğünü temin edecek, hakiki sosyal düzene erişilmesini sağlayacak, ülkemizin birliğini yeniden tesis edecek ve diğer uluslarla uyum ve uzlaşma sağlayacak şekilde kamu yararını yüceltmek için çaba sarf ederek,

işbu Anayasa'yı kabul eder, meriyete koyar ve kendimize armağan ederiz."

Bu başlangıç bölümünde yer alan ve İrlanda tarihinin belirli özelliklerine - Katolik olmalarına, ulusal bağımsızlıkları için verdikleri mücadeleye - atıfta bulunan ifadeler, İrlanda Anayasası'nın kimlik-tanımlayan özellikleridir. Kamu yararı ile bireyin onuru ve özgürlüğü kavramlarına yapılan atıflar ise Katolik teolojisiyle uyumlu ifadeler kullanılarak ortaya konmuş olsalar da aksine büyük ölçüde ilke edinilmiş ve ilkelere dayalı özelliklerdir.

Bu noktada asıl ifade etmek istediğim, ulusal kimliğin değişebileceği, dolaşısıyla ulusal kimlikle ilgili anayasa hükümlerinin geçerliliğini yitirebileceğidir. Yine İrlanda'dan iki basit örnek vermek isterim. 1937 Anayasası, kimlikle alakalı iki ana hüküm içeriyordu. Madde 44.1, "yurttaşların büyük çoğunluğu tarafından iman edilen inancın vasisi olarak [Katolik] Kilisesinin özel konumunu tanır." Bu hüküm, 1973'te yapılan Beşinci Değişiklik ile ilga edilmiştir. Bir de daha önce belirttiğim üzere Madde 2'de "Ulusal topraklar, İrlanda adasının bütününü kapsar, " ifadesi yer almaktaydı. Kutsal Cuma Anlaşması

M. Tushnet: Anayasalar ve Ulusal Kimlik: Başlangıç ve Değişiklikler

doğrultusunda yapılan On Dokuzuncu Değişiklik, bu ifadeyi daha makul bir ifadeyle değiştirmiştir. Bu ifade, “İrlanda Ulusunun bir parçası olmak, İrlanda adasında doğan her bireyin doğuştan kazandığı bir vatandaşlık hakkıdır.” şeklindedir. Her iki değişiklik de İrlanda anayasacılığının sosyal ve siyasi ortamındaki değişikliklere yanıt vermiştir.

Anayasal sistemler ulusal kimlikteki değişikliklere nasıl yanıt verebilir? Anayasa taslağını hazırlayanlar, ulusal kimlikte değişiklik olması ihtimalini göz önünde tutarak ulusal kimlikle ilgili konuları –ellerinden geldiğince- anayasalarına yansıtılamaya çalışabilir. En azından bu konuları, hukuki açıdan katıyetle bağlayıcı olmayan hükümlerle sınırlandırmayı deneyebilirler. Zannımca bu, anayasa taslağı hazırlayanların kimlikle ilgili konulara Anayasa’nın esas metninden ziyade başlangıç bölümlerinde yer vermelerine neden olan içgüdüdür. Ne var ki daha sonra anayasa metnini yorumlayanlar hukuki açıdan asli öneme sahip hükümleri Anayasa’nın başlangıç bölümünde ulusal kimliğe yönelik olarak sergilenen yaklaşım temelinde okumaya kalkarsa bu stratejinin başarısız olduğu görülebilir. Örneğin, İrlanda mahkemeleri, anayasada Katolik mezhebinin temel değerlerine dokunan ifadeleri ele alırken Başlangıç bölümüne atıfta bulunurlar, oysa bu uygulama İrlandalı bazı hakimler ve akademisyenler nezdinde ihtilaflı bir uygulamadır.

Ayrıca, anayasa hazırlama sürecinde ulusal kimlikle ilgili konuları asgariye indirmeye çalışmak ya da ortadan kaldırmak siyasi açıdan imkansız olabilir. Anayasalar genellikle kriz veya kriz sonrası dönemlerinde yazılırlar ve söz konusu krizler çoğunlukla ulusal kimlikle ilgilidir. Bu krizlerin çözümü bazen yeni bir ulusal kimlik üzerinde uzlaşılmasını sağlar. Quebec’in Kanada içerisindeki statüsüne dair yıllardır sorulan soruları yanıtlamaya yönelik bir girişimin parçası olarak 1982 yılında kabul edilen Kanada Haklar ve Özgürlükler Beyannamesi’nin başarısına dair yorumum da bu yöndedir. Beyanname, Kanada’ya kendisiyle ilgili olarak, önceden dile getirdiğim terimleri kullanmam gerekirse, iki uluslu değil, çok uluslu bir ülke olduğuna ve, daha da önemlisi, kimliğe dayalı değil, ilkelere dayalı bir ülke olduğuna dair yeni bir anlayış sunmuştur. Quebec milliyetçiliği ortadan kalkmamış, hatta son dönemde geçici olarak bir canlanma sergilemiştir (bunun büyük ölçüde geçici siyasi koşullardan kaynaklandığını düşünüyorum), ancak Beyanname, Kanada’da yeni bir ulus kimliği yaratmayı genel anlamda başarmış görünmektedir.

Yine de ulusal kimlikle ilgili çekişmeli iddiaları anayasa hazırlama sürecinde bastırmaktan ziyade çoğu kez dikkate almak gerekir. Kriz sonrası dönemlerinde anayasa yapmakla ilgili kapsamlı literatürün farklı kısımlarında ulusal kimliğe ilişkin konuları ele almaya yönelik çeşitli teknikler açıklanır. Bunlar arasında Bosna Hersek’teki gibi yürütme erkini elinde tutan birden fazla taraf

olması ve Güney Afrika'daki gibi birden çok resmi dilin tanınması sayılabilir. Genelde anayasaların hazırlanması aşamasında siyaset, ulusal kimliğe ilişkin mevcut anlayışların değiştirilmesi yerine onaylanmasını gerektirebilir. Fakat daha önce de ifade ettiğim üzere kimlik, zaman içerisinde değişebilir.

Geçmişte dünyanın dört bir yanındaki ülkeler, ulusal kimliğe önemli etkileri olan iki eğilimle karşı karşıya kalmışlardır. Bunlardan birincisi göç, ikincisi ise tarih boyunca dönem dönem yeniden canlanan, yoğun dinî yükümlülüklerin biridir. Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada gibi bazı ülkeler, kendilerini göçmenlerin yoğun olarak yaşadığı ülkeler olarak tanımlarlar ve bu anlayış uzun süredir yerleşiktir. Fransa gibi bazı ülkelerde ise böyle yerleşik bir algı yoktur. Bununla birlikte, büyük çaplı göç olgusu, kendilerini göçmenlerin yoğun olarak yaşadığı ülkeler olarak değerlendirmeyen ülkelerin bile böylesi ülkeler halini alma sürecinde oldukları anlamına gelir. Bu durum, tek bir ulusal kimliğe yönelik anayasal yükümlülükler üstünde daha fazla baskı olmasına sebep olur.

Dinî yükümlülüklerin yeniden canlanması ise iki yönde sorun oluşturur. Birincisi, laiklik üzerinde oluşturduğu baskıdır. Dinî anlaşmazlıklar ve çatışmaların tarihi, Batı liberalizmini, dinin kanun yapma üzerindeki etkisini mümkün olduğunca ortadan kaldırmayı amaçlayan yöntemler kullanmak suretiyle dinî hoşgörüyü teşvik eden bir anayasacılık şekline yönlendirmiştir. Başta yine Fransa örneğinde görüldüğü gibi bazı ülkeler, o ülkenin dinle ilgili düzenleyici ilkesini hoşgörüden laikliğe dönüşecek şekilde değiştirmiştir. Dinî taahhütlerin yeniden canlanması, bütünüyle laik ulusal kimlikler üzerinde yoğun bir baskı oluşturmuştur çünkü hoşgörü, ülke halkının taahhütlerini tanımlamaya devam etse de laiklik artık bunu yapmamaktadır.

İkincisi, bu yeniden canlanmanın dinle ilgili olarak çoğulcu ulusal kimliklerden ziyade tekil ulusal kimlikler üzerinde oluşturduğu baskıdır. Ayırntılarına inildiğinde çok karmaşık bir yapıya bürünse de bu noktada yine İrlanda'yı örnek verebiliriz. Hatta İsveç ve Norveç'te kilisenin devletle olan ilişkisinin sonlandırılması buna daha iyi birer örnek olarak gösterilebilir. İlgi çekici olan konu, dinî çeşitlilik arttıkça ve dinî kimlikler bireyler açısından daha önemli hâle geldikçe yalnızca dini boyutta -örneğin, kurulu bulunan bir kilise aracılığıyla- algılanan bir ulusal kimlikle bireysel kimlik arasındaki gerilimin giderek artmasıdır. Ülke nüfusunun büyük çoğunluğunun mensubu olduğu dinin, o dinin ibadet kurumunun devletle ilişkili olması aracılığıyla ve benzeri fakat daha etkisiz onaylama yöntemleriyle tasvip edilmesinden daha çoğulcu bir ulusal kimliğe doğru bir geçiş gerçekleşebilir veya en azından böylesi bir geçiş arzu edilebilir.

Peki bu tür geçişler nasıl gerçekleştirilebilir? İskandinav ülkelerindeki ör-

M. Tushnet: Anayasalar ve Ulusal Kimlik: Başlangıç ve Değişiklikler

neklerde görüldüğü üzere anayasa değişikliklerine ilişkin mutata süreçlerin bu amaçla kullanılması mümkündür Evvelce İrlanda Anayasası'nın ulusal kimlik tanımına dair iki değişiklikten bahsetmiştim. Bu değişiklikler, bütün anayasa değişikliklerinin referandum yoluyla onaylanmasının şart olduğu İrlanda'da gerçekleştirilen mutata anayasa değişiklikleri sürecinde vuku bulmuştur. Beşinci Değişiklik kabaca % 15 red oyuna karşı % 85 kabul oyuyla onaylanırken, On Dokuzuncu Değişiklik yine kabaca % 5 red oyuna karşı % 95 kabul oyuyla yürürlüğe girmiştir. Kabul ve ret oyları arasındaki fark etkileyicidir ve referandumların gerçek anlamda bir bütün olarak İrlanda halkının -yahut Kıta Avrupası anayasa kuramından aşına olduğumuz terimleri kullanmak gerekirse- kurucu gücün görüşünü yansıttığını göstermektedir.

Şayet ihtiyaç duyulan şey, kurucu gücün açık bir şekilde seferber edilmesi ise, mutata değişiklik süreçleri her zaman uygun olmayabilir. Bu süreçler, anayasal ayrıntılarda teknik uyarlamalar yapmak için kullanılabilir ve muhtemelen çoğunlukla bu amaç için tasarlanmışlardır. Bu sebeple ülke halkı, söz konusu süreçlerin içeriğine mutata olarak dikkat etmeyebilir. Esasen zaman zaman mutata değişiklik süreçleri, bir anayasa değişikliğinin teklif edilmesi ile kabul edilmesi arasında bir referandum ve hatta bir seçim yapılmasını dahi gerektirmez. Dolayısıyla ulusal kimlikle ilişkili konulara değinen anayasa değişikliklerinin kurucu gücün makul düzeyde açık bir biçimde kullanılmasını gerektiren kurucu meclis, referandum ve benzeri bir sürece yönlendirilmesi genelde muhtemelen daha arzu edilir bir yaklaşımdır.

Böylesi bir süreç arzu edilebilir, ama gerekli midir? Birazdan sayacağım nedenlerden ötürü gerekli olmadığını düşünüyorum. Konuşmamın bu noktasında Anayasa'ya aykırı anayasa değişiklikleri doktrinine değineceğim. Bu doktrinin analiz edilmesinin, anayasalarla ulusal kimlik arasındaki ilişkiye ışık tutacağına inanıyorum.²

Belirttiğim üzere bazı anayasa değişikliklerinin ulusal kimlikle hiçbir ilişkisi yoktur veya çok az ilişkisi vardır. Bu tür değişiklikler, Anayasa'nın hazırlanan ilk hâlinde yeni keşfedilen hatalara yönelik teknik uyarlamaları veya yeni yaşanan gelişmelere yönelik, büyük ölçüde teknik yanıtları içerir. Bunların haricindeki değişiklikler ulusal kimlikle ilgilidir, ancak bu ilgiyi analiz etmek burada söylemek istediklerime çok kısıtlı bir katkıda bulunacaktır. Bu tür değişiklikler, ilkelere dayalı olarak kurulmuş bir ülkenin anayasasında halihazırda yazılı bulunan ilkelerin açıklanmasını ya da ayrıntılarını veyahut söz konusu ülkedeki yeni gelişmelere ilkeler temelinde verilmiş yanıtları ele alır. Benim burada odaklanacağım konu ise tabiri caizse Anayasa'ya uygun

2 Bu argümanımın ilgili daha fazla ayrıntıyı "Dirgen Kullanan Çiftçiler mi, Twitter Kullanan Gayretkeşler mi?: Anayasal Devrimler ve Kurucu Güç" adlı eserimde bulabilirsiniz (2015'te yayımlanacaktır).

olmayan anayasa değişiklikleri sınıfına giren değişikliklerdir.

Argümanım nispeten karmaşık bir yapıya sahiptir, dolayısıyla temel özelliğini ve ana hatlarını ortaya koyacağım. Argümanımın özelliği, ABD'deki anayasa kuramından ziyade Avrupa'daki anayasa kuramında yer alan fikirlere dayanması ve benim aslında Avrupa'daki anayasa kuramına kıyasla ABD'deki anayasa kuramına çok daha aşina olmamdır. Esasen Kıta Avrupası anayasa kuramcıları benim dile getirdiğim hususları halihazırda belirtmiş olabilirler ve ben bunlardan haberdar olmayabilirim ya da bendeniz Kıta Avrupası kuramını amacı dışında kullanıyor olabilirim. Bunun aksini kanıtlayacak bir delile sahip değilim.

Şimdi izninizle ana hatlara geçelim: Anayasalar, kurucu gücün kullanılmasına dayanır. Kurucu güç, önceden mevcut kanunlar ile kısıtlanamaz. Kurucu gücün kullanılmasını belirli usul kurallarına tabi tutmaya yönelik anayasa hükümleri, kurucu neslin sonraki nesillere öğüdü olarak anlaşılabilir. Sonraki nesiller bu öğütleri dikkate almayabilirler, eğer almazlarsa, söz konusu öğütlere mugayir tavırları, ABD anayasa kuramından bir terimle ifade etmem gerekirse, önemli bir konunun ele alınmak üzere masada beklediğine dair bir işaret veya öneri olarak değerlendirilebilir. Bu öneri birkaç farklı yanıtı tetikleyebilir. Yanıt ne olursa olsun, ülke halkı öneriyi uygulamada kabul ederse o öneri kanunlaşır. Bahsettiğim kabul, önerinin ortaya ilk çıktığı dönemde bünyesinde barındırdığı herhangi bir aykırılıktan arındırılması olarak değerlendirilebilir.

Şimdi, argümanımı ayrıntılandırmak için Anayasa'ya aykırı anayasa değişikliklerini ele alacağım. Bildiğiniz üzere bu tür değişiklikleri bünyesinde barındıran sınıf genellikle kendi içinde iki alt gruba ayrılır: Usul kurallarına aykırı şekilde yapılmalarından ötürü Anayasa'ya aykırı olanlar ve Anayasa'ya esas açısından aykırı olanlar. Anayasa'ya esas açısından aykırı olan değişikliklerin diğer değişikliklere kıyasla daha ilginç olan alt grup olduğu genellikle düşünülse de derinlemesine yapılan bir analiz neticesinde Anayasa'ya esas açısından aykırı olan değişikliklerin doğru anlaşılmaları hâlinde usulen kusurlu olmalarından ötürü Anayasa'ya aykırı oldukları gerçeğinin fark edileceğini savunacağım. Bu argümanı tam anlamıyla sunmak biraz zamanımı alacak ama o noktaya geldiğimde Anayasa'ya büyük ölçüde aykırılık ile ulusal kimlik arasındaki bağlantıyı net bir şekilde ortaya koymuş olacağım.

Bazı değişiklikleri usulen Anayasa'ya aykırı bulma argümanı görünüş itibarıyla düz mantıkla anlaşılabilir. Anayasalar çoğunlukla anayasa metninde hızlı değişiklikler yapılmasına yönelik açık süreçler içerirler. Süreçlerden biri "revizyon" veya benzeri bir terim için kullanılırken bir diğeri yenisiyle değiştirme veya ikame için kullanılır. Revizyon süreci, parlamento veya müteakip

M. Tushnet: Anayasalar ve Ulusal Kimlik: Başlangıç ve Değişiklikler

parlamentolar ya da parlamentolar ve kısıtlı bir referandum aracılığıyla gerçekleştirilecek birtakım işlemleri içerebilir. Anayasa'nın yenisiyle değiştirilmesi süreci içerisinde hemen hemen her zaman bir referandum vardır, bu çoğunlukla mevcut Anayasa'yı yenisiyle değiştirmek amacıyla kurulmuş bir kurucu meclisin sunduğu teklife binaen yapılan bir referandumdur. Kurucu meclisler ve referandumların usulen Anayasa'yı yenisiyle değiştirmenin uygun bir yöntemi olduğu düşünülür, zira bunlar, kurucu gücün Anayasa'ya dair temel yetkilerini açık bir şekilde kullandığı mekanizmalardır. Özünde yenisiyle değiştirilme veya ikame olan bir işlemin revizyonların kabul edilmesi için öngörülen usuller aracılığıyla kabul edilmesi durumunda o değişiklikler usulen Anayasa'ya aykırı olur.

Bilhassa, ayrı, görünüşte bağımsız bir meseleyle alakalı olan bir değişikliğin bazen özü itibariyle anayasal sistemin büyük ölçekli bir dönüşümü anlamına gelmesi söz konusu olabileceği gibi mevcut Anayasa'nın yenisiyle değiştirilmesi de aynı anlama gelebilir. Bu duruma örnek olarak Latin Amerika olguları verilebilir; bu olgularda devlet başkanları, bir devlet başkanının tekrar seçilmesi olasılığına dair katı sınırlamaları ortadan kaldırmaya çalışmıştır, oysa bu görev süresi sınırları mevcut Anayasa'ya geçmişte tekrar tekrar seçilmek suretiyle neredeyse diktatörleşen, seçimle göreve gelmiş devlet başkanlarının yaşattığı deneyimler nedeniyle konmuştur. Dolayısıyla Anayasa'yı revize etme mekanizması aracılığıyla kabul edilen ve görev süresi kısıtlamalarını kaldırmaya yönelik bir değişiklik, mevcut Anayasa'nın yenisiyle değiştirilmesi anlamına gelir.

Hiç karmaşık olmadığı bariz bir şekilde görülen bu argüman, anayasaların temellerine dair derin sorulara sebebiyet verir; bu sorular Avrupa anayasa kuramında, ABD anayasa kuramına kıyasla daha açık bir biçimde yöneltiştir. Fakat yine de ABD anayasa kuramındaki bazı görüşlerin Avrupa kuramındaki birtakım önemli boşlukları faydalı bir şekilde doldurduğunu savunacağım.

Anayasaların temellerine ilişkin sorular, Avrupa'da anayasa taslağı hazırlama deneyiminin şekillenmeye başladığı ilk dönemde ortaya çıkmıştır. 1789'da Fransız Kurucu Meclisi, bizzat anayasada Anayasa'nın tadil edilmesine ilişkin hükümlere yer verme konusunda sıkıntı yaşamıştır. Onların anlayışına göre anayasalar, kurucu gücün kullanılması temelinde yükselmekteydi ve bu yetki, yine onların anlayışına göre, daha önceden mevcut kanunlarla kısıtlanamazdı. (Avrupa'daki anayasa geleneği çerçevesinde çalışan çağdaş anayasacıların bu önermeyi kabul etmekle birlikte çoğu anayasacı gibi onların da kurucu gücün uluslararası insan hakları hukukunun sosyal normları ya da ülke-üstü normları ile kısıtlandığını kabul ettiğini belirtmek isterim.) Onlar da herhangi bir Anayasa'nın o Anayasa'yı hazırlayanların muhakeme hatala-

rından veya teknolojik ya da sosyal veyahut ekonomik değişikliklerden ötürü kusurlu olabileceğini anlamışlardır. 1789 tarihli ABD Anayasası'nda başkanın seçilmesiyle ilgili olarak yer alan hükümler, daha önce bahsettiğim güçlüğü birer örneğidir. Sonradan bahsettiğim güçlüğü örnekleri ise saymakla bitmez. İşte bu nedenle Fransızlar, anayasa metninde değişikliklerin olması gerekeceğine inanıyorlardı.

Ancak bir kaygıları bulunmaktaydı: Bir anayasa nasıl olur da bizzat kendisini değiştirmeye yönelik usulleri tarif edebilirdi? Her değişiklik, anayasa metninin bir parçası olacaktı ve dolayısıyla kurucu güçten kaynaklanmalıydı. Fakat kurucu güç daha önceden mevcut kanunlarla kısıtlanamıyorsa bir anayasa, değişikliklerle ilgili olarak hukuki açıdan bağlayıcı usulleri nasıl tanımlayabilirdi? Kurucu Meclis üyeleri, çok iyi olduklarına inandıkları değişiklik usulleri oluşturmak, ancak bu usullerin uygulanmasını yalnızca tavsiye ettiklerini açıkça belirtmek suretiyle sorunu çözdüler. Değişiklik usulleri hukuki açıdan bağlayıcı olmayacaktı. Bu anlayışa göre anayasa değişikliklerinin Anayasa'ya usulen aykırı olması ihtimalinin asla bulunmadığını belirtmek gerekir.

Daha sonraki dönem kuramcıları, anayasa değişikliğine dair usuller tanımlamak suretiyle anayasa metnlerinin analizini değiştirdiler. Kurucu güç, bir anayasa dahilinde oluşturduğu kurumlara mutlak yasama yetkisi veriyordu. Bu müesseseler, kurulu güç (pouvoir constituée) idi. Kurucu güç aynı zamanda anayasa değişikliği yapmak amacıyla, Anayasa'yı kurucu gücün bizzat kendisi olan müesseseler aracılığıyla değiştirme gücünü yaratıyordu; kurucu güç bir anlamda anayasa değişikliğini yapan müesseselere tevdi ediliyordu. Bu görevi üstlenen müesseseler hukuki yetkilerine aykırı hareket ederse usulen Anayasa'ya aykırı değişiklikler söz konusu olur. En azından kurucu gücün asli gücünü kullanabileceği herhangi bir mekanizma bulunduğu sürece bunun tatminkar olduğu değerlendirilebilir: Tevdi edilen kurucu güç, Anayasa'yı revize ettiğinde bir şekilde, yenisiyle değiştirdiğinde ise başka bir şekilde bizzat kendisini kullanmış olur.

Bununla birlikte, kurucu kuram düzeyinde bu çözüm bütünüyle tatmin edici değildir. Kurucu güç, kanunla sınırlandırılmaz; bu kanunun kaynağını kurulu güçten (olağan hukuk) veya kurucu gücün herhangi bir zamandaki, örneğin, mevcut Anayasa'nın kurulduğu andaki kullanımından alıyor olması bir fark yaratmaz. Asli kurucu meclis ve referandum, daha sonra kullanıldığı şekliyle kurucu gücü hukuken bağlayamaz. Bu nedenle, mevcut Anayasa'yı köklü bir şekilde değiştirmek isteyenlerin kurucu gücü kendi seçtikleri usul mekanizmaları aracılığıyla kullanma yetkisi vardır. Bu mekanizmalar arasında, referandumla onaylanmış bir kanun taslağından ziyade kurucu meclis

M. Tushnet: Anayasalar ve Ulusal Kimlik: Başlangıç ve Değişiklikler

artı referandum seçeneğinin kullanılması ya da bunun tam tersi veyahut Anayasa'nın yenisiyle değiştirilmesi yerine anayasada revizyonlar yapılması için mevcut anayasada belirtilen usul mekanizmalarının kullanılması yer alabilir.

Elbette böylesi bir yolun izlenmesi bariz birtakım sorunlara sebebiyet verecektir: Açık bir değişikliğin usulen kısıtlı, tevdi edilmiş kurucu güçten ziyade temel kurucu gücün kullanılması anlamına geldiğini kim, nereden bilebilir? Diğer taraftan, benzeri açık sorunlar, kurucu gücün kendisini kullanıp kullanmadığını düşündüğümüz her durumda kaçınılmaz olarak karşımıza çıkar. Bir kurucu meclisin göreve çağırılması ve teşkilatlanmasını düşünün: Kendi kendini tanımlayan bir kurucu meclisin temsilciler meclisi ya da ulusun yalnızca belli bir kesimi adına konuşan bir meclis değil de bilfiil işler vaziyetteki kurucu güç olduğunu nereden bilebiliriz?

Bu noktada ABD anayasa kuramında yer alan bazı hususları faydalı bulmaktayım. Bruce Ackerman, mevcut kanunlar kapsamında kendi tabiriyle, yasaya aykırı olan usuller kullanılarak ABD anayasal düzeninde çok sayıda köklü değişiklik yapıldığını savunur. 1789 Anayasası'nda Anayasa'nın dokuz eyaletin kabul etmesi üzerine Anayasa'yı imzalayan eyaletlerde yürürlüğe gireceği ifade edilir, oysa Konfederasyon Maddeleri değişiklik yapılabilmesi için oybirliğini şart koşuyordu. On Dördüncü Değişikliğin kabulünde kullanılan usulün çok sayıda sorunlu hususiyeti bulunmaktadır ancak bu, kanımca, Ackerman'ın usulü tümenden yasalara aykırı olarak nitelendirmesini desteklemeye yetmez. Ackerman, usul yasalara aykırı olsa bile 1789 Anayasası ve On Dördüncü Değişikliğin artık Birleşik Devletler "Anayasası" halini aldığını ve dolayısıyla bu değişikliğin geçerli bir anayasa değişikliği olduğunu savunmaktadır. Peki neden?

Ülke halkı onları öyle kabul ettiğinden diye düşünüyorum. (Bu arada kabul kriterinin H.L.A. Hart'ın bir tanıma kuralı tespit etme kriteriyle ilişkili olduğunu, hatta aynı olabileceğini ifade etmek isterim.) Bir kurucu meclisin kurucu gücü bilfiil kullanıp kullanmadığı sorusu için de aynısı geçerlidir. Bir kurucu meclisin ne zaman "gerçekten" kurucu gücün kullanıldığı bir forum olduğunu tespit etmek için önceden kriterler koyamayız. Ancak ve ancak kurucu meclis çalışmasını tamamlayıp o çalışmayı ulusun değerlendirmesine sunduğunda buna dair bir kanıt elde edebiliriz. Ayrıca hatırlatmak isterim ki bir kurucu meclis, ülke halkı o meclisin ortaya çıkardığı ürünü kendi olağan siyasi hayatlarını düzenleyecek olan anayasa -kurulu gücü kullanma aracı olan anayasa- olarak kabul ettiğinde kurucu gücü kullanmış sayılacaktır.

Kurucu gücün ne zaman kullanıldığını belirlemenin başlıca kriterinin ülke halkının herhangi bir usul doğrultusunda önlerine getirileni kabul edip etmemesi olduğu sonucuna varmamızı müteakip Anayasa'ya esas açısından

aykırılık ile ulusal kimlik arasındaki bağlantıyı nihayet ortaya koyabilirim. Anayasa'ya esas açısından aykırı değişikliklere bazı örnekler düşünelim.

Hindistan Yüksek Mahkemesi, Anayasa'ya esas açısından aykırı değişiklikleri tanımlamak üzere "temel yapı" doktrini ortaya koymuştur. Yargı bağımsızlığı, federalizm ve laiklik unsurları, Yüksek Mahkeme bunların yalnızca ilkiyle ilgili olarak doktrini uygulamakta olsa da Hindistan'ın temel yapısının unsurlarına dair listede yer alır.

Almanya'nın "sonsuzluk" güvencesi, o ülkenin hukukun üstünlüğü çerçevesinde federal ve sosyal bir devlet olma taahhüdüne yasalara aykırı değişiklikler yapmakta gibi görünmektedir. Sonsuzluk güvencesi bilhassa, "Bütün Almanlar, bu anayasal düzeni ortadan kaldırma gayretinde olan herkese direnme hakkına sahiptir, " hükmüyle desteklenmektedir. Bu hüküm de sonsuzluk güvencesiyle korunmakta gibi görünmektedir ama bir nebze de olsa Anayasa'yı yapanların kurucu güce dair anlayışını yansıtmaktadır: "Hukuk" yetkilendirilmiş bir şekilde direnme hakkı, kurucu gücün esas olduğunun bir göstergesi olarak daha iyi anlaşılabilir.

Kolombiya Anayasa Mahkemesi, kısaca değindiğim üzere, devlet başkanlığında üçüncü döneme izin veren ve usulen nizami olan bir anayasa değişikliğinin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Ulrich Preuss, bu listeleri ve akademisyenlerin ortaya çıkardığı diğer listeleri nitelendiren unsurun, ilgili ulusun kimliğine dair tanımlamalar yapmaları olduğunu öne sürer: Ulusun kimliğini değiştirme iddiasında olan bir anayasa değişikliği, Anayasa'ya esas açısından aykırı bir değişikliktir. Hindistan ve Almanya örnekleri gayet açıkken Kolombiya örneği biraz daha karmaşıktır ancak Latin Amerika'nın erkin kişiselleşmiş devlet başkanlığı makamlarında fazlaca toplanması konusundaki geçmiş deneyimi ışığında anlaşılabilir bir durumdur.

Preuss'un argümanı, ifade edilen anayasal doktrinin tanımlanması bağlamında doğru görünmektedir. Bununla birlikte, anayasaların başlangıç bölümleri ve ulusal kimlik ile ilgili olarak benim dile getirdiğim hususlar, Preuss'un açıkladığı şekliyle doktrinde birtakım normatif zorluklar olduğunu göstermektedir. Ulusal kimlikler değişir, bu değişim esnasında ulusal kimlikle bağlantılı anayasa hükümlerinin de değişmesine izin verilmesi zorunludur. Anayasa değişikliklerinin Anayasa'ya esas açısından aykırı olabileceği fikrini savunanlar, karşılaşılan normatif zorluğun Anayasa'nın yenisiyle değiştirilmesi ya da ikamesi yoluyla giderilebileceğini öne sürebilir. Anayasa'nın yenisiyle değiştirilmesi ya da ikame edilmesi için yürütülen ve daha önce ifade ettiğim üzere kurucu meclis ile ulusal referandumu bir şekilde ihtiva eden süreçler, ulus kimliğinin değiştiğini o ulusun bir bütün olarak kabul etmesi

için iyi birer yöntemdir.

Bir Anayasa'yı yenisiyle değiştirmekte kullanılan süreçlerin, ulusal kimlikle ilgili anayasa hükümlerini değiştirmek için uygun süreçler olduğuna katılıyorum ama bu amaçla kullanılan tek araç olmaları gerekmediğini düşünüyorum. Mevcut Anayasa'nın genel anlamda iyi olduğu ama ulusun kendi kimliğiyle ilgili mevcut algısıyla uyumsuzluğu bariz olan birtakım hükümler içerdiği durumları gözümde canlandırabiliyorum. Anayasa'nın yenisiyle değiştirilmesinde işletilen süreçlerin daha sonra o bariz hükümler için de işletilmesinin şart olduğu önermesini savunmanın güç olduğu kanaatindeyim.

ABD Anayasası'nda yapılan ve usulen uygunsuz olduğu iddia edilen iki değişikliği örnek olarak ele alalım. ABD Başkanı, her eyaletin nüfusuna göre belirlenen sayıda görevlendirilmiş seçicilere ilaveten her bir eyalet için iki seçiciden oluşan bir "seçiciler kurulu" tarafından seçilir. Bu durum, bir adayın ülke genelinde seçimi kaybetmesine rağmen seçiciler kurulu tarafından başkan seçilmesi olasılığını doğurur. Böylesi bir sonuç en son 2000 yılındaki başkanlık seçiminde ortaya çıkmıştır. Bu durumla ilgili olarak kimileri, oyların çoğunluğunu alan adayın başkan seçilmesini sağlamaya yönelik bir mekanizma önermiştir. Eyaletler, kendi eyaletlerinde görevlendirilen seçicilerin ülke genelinde daha çok oy alan adaya oy vermesi için bağlayıcılığı olan yasaları, eyaletlerdeki seçicileri halkın çoğunluk oyuyla (halihazırda 278) bağlayan benzer yasaların kabul edilmesine bağlı olarak koyacaktır. Bu mekanizmayla ilgili anayasal birtakım sorular akla gelmektedir: Eyaletlerin kendi seçicilerinin belirli bir şekilde oy kullanmasını şart koşacak şekilde bağlayıcı bir düzenleme yapıp yapamayacağı belirsizdir ve şartlı yasalar eyaletler arasında bir "anlaşma" olarak değerlendirilebilir ve bu durumda kongrenin onayına gereksinim duyulur. Bununla birlikte, bu mekanizma kabul edilip kullanılsaydı söz konusu mekanizmanın kullanılmasına karşı çıkanlar, sonucu kabul etmeleri yönündeki siyasi baskılara dayanabilir miydi, merak ediyorum.

İkinci örnek, ABD Senatosu ile ilgilidir. Her eyaletin iki senatörü vardır ve Anayasa'nın değişikliklerle ilgili hükmünde, "Hiçbir Eyalet, kendi rızası olmaksızın, yapılacak bir değişiklik aracılığıyla Senato'da sahip olduğu eşit oy hakkından mahrum bırakılamaz, " ifadesi yer almaktadır. Akademisyenler, eşit dağılım uygulamasının iki aşamalı bir süreçle kaldırılması gerektiğine dair argümanlar ortaya koymuştur: İlk etapta Anayasa az önce alıntıladığım hükmü ilga edecek şekilde değiştirilecek, ardından eşit taksimli bir Senato oluşturmak üzere bir değişiklik daha yapılacaktır. Ne var ki ben, tek aşamalı bir sürecin de işletilebileceğini düşünüyorum: İki kısımlı, ilk kısımda hükmün ilga edildiği, ikincisinde ise Senatoda gerektiği şekilde taksimin yapıldığı, usulen uygun, tek bir değişiklik. Ardından tek aşamalı bir süreç daha

düşünün; yalnızca Senatoda taksimi yapan bir değişiklik. Alıntıladığım hüküm üstü kapalı bir biçimde ilga ettiği değerlendirilmese değişikliğin anlamsız olacağı gerekçesi temelinde söz konusu değişiklik hukuki olduğu savıyla desteklenebilir. Bu noktada da hukuken geçerliliğin güçlü bir siyasi yanıtla geri plana atılabileceğini düşünüyorum: Amerika halkı ifade ettiğim değişikliği yürürlüğe koymak için seferber olsaydı söz konusu değişiklik, hukuki argümanlar neye işaret ederse etsin, siyasi olarak muhtemelen kabul edilirdi.

Anayasanın yenisiyle değiştirilmesi süreçleri, kurucu gücün kendi ulusal kimliğini bugün farklı bir şekilde algılayıp algılamadığını test eder. Fakat usulen uygun olmayan bir şekilde kabul edilmiş değişiklikleri bir Anayasa'ya ekleme konusunda halkın kabulünün rolüyle ilgili olarak geliştirdiğim argüman, kimliği değiştiren anayasa değişikliklerinin söz konusu değişiklikler halk tarafından kabul edildiği müddetçe anayasa revizyonu süreçleri aracılığıyla kabul edilebileceği sonucunu desteklemektedir.

Anayasaya büyük ölçüde aykırı değişiklikler doktrini, temelde bu anlayışın bulunması suretiyle iyileştirilebilir. Bu bağlamda Ackerman'ın sunduğu çerçeve bir kez daha faydalı olacaktır. Onun ifadesiyle bir anayasa değişikliğinin kabul edilmesi, Anayasa'nın değişmesi için yapılmış bir öneridir. Ulusun kimliğini değiştirme iddiasında olması hasebiyle değişikliğin Anayasa'ya esas açısından aykırı olduğuna dair bir yargı kararı –ya da akademik bir uzlaş- Ackerman'ın ulusal kimlikle ilgili konuların gerçekten değişime açık olduğu konusunda halka yönelik “işaret” olarak nitelendirdiği bir durum şeklinde değerlendirilebilir. Bu durumda halkın işarete yanıt verme fırsatı bulunur. Bunu elbette Anayasa'nın yenisiyle değiştirilmesi süreçlerini işleterek yapabilir. Bu süreçlerin mevcut anayasada öngörülebileceğini –aslında yalnızca tavsiye edilebileceğini- ancak kurucu güç uluslararası insan hakları kanunları haricinde daha önceden mevcut yasalarla kısıtlanamayacağından halkın dilerse (müteakip kabullerle doğrulanan seçenek ile) öngörülen usullerden uzaklaşabileceğini bir kez daha vurgulamak isterim. Mahkemenin görüşü ya da akademik uzlaşya rağmen halkın anayasa değişikliğinin yasalara uygun olduğunda ısrar ederek duruma yanıt vermesi de söz konusu olabilir. Bu tür yanıtlar tipik bir biçimde anayasa krizi olarak değerlendirilir: Görevdeki hükümet görüşü veya uzlaşyayı öylece gözardı edecek ya da yargının yetkisine karşı daha doğrudan hareket edecektir. Krizin çözülme şekli; halkın Anayasa'ya büyük ölçüde aykırı değişikliğin beraberinde getirdiği ulusal kimlik değişikliğini kabul edip etmediğinin bir göstergesi olacak, ulusal kimlikle ilgili olarak yapılan teklif ya “onaylanacak” ya da geçersiz kılınacaktır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki ulusal kimlikle ilgili konulara ilişkin anayasa hükümleri sosyal, siyasi ve ekonomik değişikliklerin sürmekte olduğu dünya-

M. Tushnet: Anayasalar ve Ulusal Kimlik: Başlangıç ve Değişiklikler

mızda anayasalar içerisinde sıkıntılı durmaktadır. Ulusal kimliğin değişmesi esnasında bu konuları ele alacak bazı mekanizmalara ihtiyaç vardır. Fakat ulusal kimlik, kurucu gücün hemen hemen merkezinde yer aldığından bu tür mekanizmalar hukuki açıdan bağlayıcı olamaz. Bunlar yalnızca tavsiye yerine geçebilir ve birtakım siyasi güçlerin ulusal kimlikle ilgili hükümleri değiştirme girişiminde bulunması durumunda kurucu gücün bilfiil kullanılıp kullanılmadığının test edilmesi için bir fırsat sunabilir. Fakat neticede kurucu güç halihazırda hangi mekanizmaları tercih ederse o mekanizmaları kullanabilir ve onun seçimleri, değişikliklerin müteakiben kabul edilmesi veya reddedilmesi suretiyle onaylanır veya onaylanmaz.

Teşekkür ediyor ve bu konularla ilgili tartışmayı sabırsızlıkla beklediğimi ifade etmek istiyorum.

Prof. Dr. Thomas GIEGERICH

*(Dr. iur. (University of Mainz), LL.M. (Univ. of Virginia);
Professor of EU Law, Public International Law and Public Law,
Jean Monnet Chair for EU Law and European Integration and
Director, Europa-Institute, Saarland University, Saarbrücken,
Germany)*

CONSTITUTIONAL JURISDICTION: THE ART OF EFFECTIVELY SPEAKING LAW TO POWER

I. Constitutionalism and the Rule of Law As European and Universal Values

Constitutionalism is the most successful concept for restraining political power effectively through law, including in particular the power of democratic majorities. It has come as close as possible to the enlightenment ideal of “a government of laws, and not of men”.¹ Law as a generic term also comprises the constitution at the highest level of the hierarchy of norms. The ideal of a “government of laws” was first put into constitutional practice in North America. Today, it is shared by all the Member States of the European Union that have pledged allegiance to the common value of the “rule of law”.² Respect for and commitment to the promotion of that value is a condition for EU membership.³ Accordingly, the rule of law features prominently among the “Copenhagen criteria” which the European Council formulated to clarify accession conditions for candidate countries after the fall of the iron curtain: “Membership requires that the candidate country has achieved stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities ...”.⁴

For actual Member States, a serious breach of the rule of law value may entail sanctions in the form of the suspension of certain rights resulting from Union membership, including the voting rights of the representative of the government of that Member State in the Council.⁵ A few months ago, the European Commission presented “[a] new EU Framework to strengthen the Rule of Law” in a communication to the European Parliament and the

1 See Art. XXX of the Declaration of Rights in the first part of the Constitution of Massachusetts of 1780, available at <http://www.nhinet.org/ccs/docs/ma-1780.htm> (last accessed on 11 August 2014). See also *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 163 (1803). The principle is actually much older and can for instance already be found in Henry Bracton’s *On the Laws and Customs of England*, Volume 2, p. 33 (ca. 1250): “The king must not be under man but under God and under the law, because law makes the king, for there is no *rex* where will rules rather than *lex*.” (available at <http://bracton.law.harvard.edu/Unframed/English/v2/33.htm> [last accessed on 12 August 2014]).

2 Art. 2 of the Treaty on European Union (TEU).

3 Art. 49 TEU.

4 Presidency Conclusion, Copenhagen European Council, 21 – 22 June 1993, available at http://www.europarl.europa.eu/enlargement/ec/pdf/cop_en.pdf (last accessed on 11 August 2014).

5 Art. 7 TEU; Art. 354 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

Council.⁶ One of the reasons was the constitutional crisis in Romania triggered by the executive branch of the Romanian government when it tried to defy Constitutional Court decisions in the summer of 2012.⁷ This framework “seeks to resolve future threats to the rule of law in Member States before the conditions for activating the mechanisms foreseen in Article 7 TEU would be met. It is therefore meant to fill a gap. It is not an alternative to but rather precedes and complements Article 7 TEU mechanisms. It is also without prejudice to the Commission’s powers to address specific situations falling within the scope of EU law by means of infringement procedures under Article 258 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).” The communication has not yet been acted upon by the European Parliament and the Council. It remains to be seen how vigorously the new Juncker Commission will pursue the “EU Framework” proposed by its predecessor, the Barroso Commission. Since the new framework has not been applied so far, it is unclear whether it will make the implementation of the rule of law principle within the EU more effective.

Beyond the EU, the rule of law is a value shared by the Member States of the Council of Europe. Every Member State must accept that principle and any serious violation may lead to suspension of its rights of representation and ultimately its expulsion from the Council of Europe.⁸ Moreover, in the last paragraph of the preamble of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) of 4 November 1950 the governments of the Convention States evoke their common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law. Art. 6 (1) ECHR underlines the right of everyone to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law in civil and criminal cases as a core element of the rule of law. One should not forget that Art. XXX of the Massachusetts Declaration of Rights of 1780 already identified the separation of powers as the most important feature guaranteeing the rule of law.⁹

It is beyond dispute in the EU, the Council of Europe and also far beyond in the United Nations that effective constitutionalism and the rule of law as well as their indispensable ingredient – an independent and impartial judiciary – are the necessary if not sufficient conditions for political stability and sustainable economic development.¹⁰ Only limited government can be

6 COM(2014) 158 final, 11 March 2014.

7 Radu Carp, *The Struggle for the Rule of Law in Romania as an EU Member State*, Utrecht Law Review, vol. 10, issue 1 (January 2014), p. 1, 11 et seq. (available at <http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/252/252> [last accessed on 11 August 2014]).

8 Art. 3, 8 of the Statue of the Council of Europe of 5 May 1949 (CETS No. 1).

9 See above note 1.

10 See the 2005 World Summit Outcome (UN General Assembly Resolution 60/1 of 16

T. Giegerich: The Art of Effectively Speaking Law to Power

good government and limited government requires that the rule of law is effectively implemented by independent and impartial courts. As a matter of fact, this constitutes an insight accepted worldwide by the international community as a whole and accordingly enshrined in the Universal Declaration of Human Rights in both its substantive and procedural components.¹¹ In the third preambular paragraph of that Declaration, the UN General Assembly underlines that “it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law”. Articles 8 and 10 of the Declaration reconfirm that “[e]veryone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him (or her) by the constitution or by law” and that “[e]veryone is entitled to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations ...” The Universal Declaration has been reconfirmed many times without dissent as “a common standard of achievement for all peoples and all nations in the field of human rights” by the UN General Assembly in which now practically all the States of the world are represented.¹²

II. Constitutional Jurisdiction – Constitutionalism’s Crowning Achievement

1. National, Supranational and International Constitutional Jurisdiction

In the age of globalization, notions of constitutionalism can no longer be discussed in purely national terms nor effectively be implemented within the narrow confines of the nation state. This holds true also for constitutional jurisdiction.

a) Constitutional Courts Facing Challenges from Political Power and the Judgment of History

Constitutionalism’s crowning achievement is constitutional jurisdiction – the transfer of the power to decide constitutional controversies from political majorities (even if democratically elected) to independent and impartial courts – either the ordinary courts¹³ or specialized constitutional courts.¹⁴

September 2005, para. I. 11: “We acknowledge that good governance and the rule of law at the national and international levels are essential for sustained economic growth, sustainable development and the eradication of poverty and hunger.”

11 UN General Assembly Resolution 217A (III) of 10 December 1948.

12 See for instance Resolution 63/116 of 10 December 2008.

13 Like in the United States of America or the European Union.

14 Like in Austria (where that model was developed by Hans Kelsen and first implemented by

This transfer inevitably turns constitutional jurisdiction into a political power factor and an eminently political jurisdiction – the continuation of politics with the intellectual means of jurisprudence.

Courts exercising constitutional jurisdiction and thus making final decisions on constitutional empowerments and constraints are charged with “speaking law to power”. This task description was actually coined for government legal advisers.¹⁵ There obviously is an important difference between legal advisers and constitutional courts. While the former give only non-binding advice, the latter make legally binding decisions. Yet, since constitutional courts depend on the help of the executive branch for the enforcement of their decisions,¹⁶ it is not entirely incorrect to use the metaphor also to describe their task.

In view of the constitutional courts’ political influence, their position is always under threat from the very power they are supposed to control. More than other courts, they therefore thrive on the cardinal virtues of prudence, fortitude and temperance. The challenge is to find the proper mixture of assertiveness and restraint adequate to the political, social, legal and nowadays also international circumstances in which a particular judgment is handed down. History makes terribly strict (and perhaps not always just) judgments on the lucky successes and tragic failures of those exercising political power, including constitutional courts.

Thus, two Chief Justices of the United States – John Marshall and Earl Warren – are today famous while another Chief Justice – Roger Taney – is infamous. In the landmark case of *Marbury v. Madison*,¹⁷ Chief Justice John Marshall assertively established the U.S. Supreme Court’s power to review the constitutionality of Acts of Congress on a meagre textual basis in the U.S. Constitution.¹⁸ This judgment turned the U.S. Supreme Court into a co-equal governmental institution in the United States federal system, in clear defiance of and as an utter embarrassment to the then President Thomas Jefferson and the political majority in Congress. While it took some time, Chief Justice

the Constitution of 1920), Germany (with the entry into force of the Basic Law of 23 May 1949) and Turkey (with the entry into force of the Constitution of 1961) as well as in Strasbourg (European Court of Human Rights).

15 See U.S. State Department Legal Adviser Harold H. Koh, Address to the Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, DC, 25 March 2010, who cites Richard Bilder ([available at <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm>] [last accessed on 10 August 2014]).

16 See below II. 2. a).

17 5 U.S. 137 (1803).

18 The *Federalist* No. 78, however, clearly elaborated the power of the judiciary to review the constitutionality of legislation (see below note 57 and accompanying text). The Constitutional Convention that drafted the U.S. Constitution seems to have assumed such judicial power even though it was not expressly stated in the text (see Gerald Gunther, *Constitutional Law*, 12th ed. 1991, p. 14 et seq.).

T. Giegerich: The Art of Effectively Speaking Law to Power

Marshall's power claim became firmly established.¹⁹ Chief Justice Earl Warren was the architect of the no less assertive unanimous decision in *Brown v. Board of Education*²⁰ ending decades of racial segregation and discrimination in the United States which had for a long time been upheld by the U.S. Supreme Court.²¹ It again took time, political will and also enforcement action by the Federal Government before that decision was implemented.

Chief Justice Roger Taney, on the other hand, went down in history as the author of the infamous decision in *Dred Scott v. Sandford*²² which held that "persons of the negro race", both free persons and slaves, had no citizenship rights and thus no standing to sue in federal court. In that decision, the U.S. Supreme Court also struck down the Missouri Compromise which had prohibited the extension of slavery into the northern parts of the new Western territories (except the new State of Missouri). The decision in *Dred Scott v. Sandford* is now generally considered as wrong and as having pushed the United States one further step down the road toward the Civil War (1861 – 1865). But trying to be fair to Chief Justice Taney, it is unclear whether a different outcome of the case would have made any difference with regard to the historical developments: Would the recognition by the U.S. Supreme Court that the "negro" *Dred Scott* had equal rights have prevented the outbreak of the Civil War or would it rather have accelerated the secession of the slave states from the Union which directly triggered it?

In any event, it is worth quoting from the reaction to that decision by the future President Abraham Lincoln who was to abolish slavery²³: "We believe ... in obedience to, and respect for the judicial department of government. We think its decisions on Constitutional questions ... should control ... the general policy of the country, subject to be disturbed only by amendments of the Constitution as provided in that instrument itself. More than this would be revolution. But we think the *Dred Scott* decision is erroneous. We know the court that made it, has often overruled its own decisions, and we shall do what we can to have it to over-rule this. We offer no *resistance* to it."²⁴

19 Cliff Sloan & David McKean, *The Great Decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court* (2009).

20 347 U.S. 483 (1954).

21 See the infamous decision in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

22 60 U.S. 393 (1857).

23 See his Emancipation Proclamation of 1 January 1863, available at http://www.archives.gov/exhibits/featured_documents/emancipation_proclamation/transcript.html (last visited on 13 August 2014) and the XIIIth Amendment to the U.S. Constitution of 1865.

24 From a speech made on 26 June 1857, reprinted in: Abraham Lincoln, *Selected Speeches and Writings* (1992), p. 117 (emphasis in the original).

b) The Supranationalization and Internationalization of Constitutional Jurisdiction

The triumph of constitutional jurisdiction only occurred after the Second World War when many States in Europe and beyond introduced it. A second wave came with the fall of the iron curtain in 1989-90.²⁵ Today, it is no longer reserved to the national level where it was originally developed. Rather, constitutional jurisdiction has also been established on the international and supranational levels of government, most prominently in Europe. If there is international or supranational government, its powers should quite consequentially be subject to constitutional limits and the rule of law that have to be effectively enforced by an international or supranational judiciary.²⁶ Accordingly, the Court of Justice of the EU (CJEU) in Luxembourg functions as the Union's supranational constitutional court (besides its other judicial functions). The CJEU settles disputes and defuses power struggles between the EU institutions as well as between the EU and its Member States on the basis of the Treaties²⁷ which form the Union's constitution, together with the Charter of Fundamental Rights of the EU, the Protocols and the Accession Treaties.²⁸ It also protects the market freedoms and the fundamental rights of natural and juridical persons from encroachments by the Union's institutions and the Member States.²⁹ Direct individual access to the Court is, however, limited,³⁰ in particular in regard of legislative acts.³¹ Cases usually go to Luxembourg on reference by Member States' courts³² and individuals must usually institute proceedings there.

Art. 260 TFEU gives the CJEU power to enforce its own decisions: If the Court has found that a Member State failed to fulfil an obligation under the Treaties and that Member State does not take the necessary measures to comply with the judgment, the Court can impose on it either a lump sum or a penalty payment or both.³³ But the CJEU has no power to set aside decisions by national institutions.

25 Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts*, in: Michel Rosenfeld & András Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2013), p. 816 et seq.

26 But see Neil Walker, *The European Union's Unresolved Constitution*, in: Rosenfeld & Sajó (note 25), p. 1185 et seq.

27 The TEU and the TFEU (see Art. 1 (3) TEU).

28 Art. 6 (1), Art. 49 and Art. 51 TEU.

29 The power of the CJEU to enforce the fundamental rights of the EU vis-à-vis the Member States is limited according to Art. 51 (1) of the EU Charter of Fundamental Rights which reads: "The provisions of this Charter are addressed to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union ... and to the Member States only when they are implementing Union law."

30 See Art. 263 (4). 265 (3) TFEU.

31 CJEU, Case C-583/11 P (*Inuit Tapiriit Kanatami v. Parliament and Council*), ECLI:EU:C:2013:625.

32 Art. 267 TFEU.

33 See CJEU, Case C-304/02, *European Court Reports* 2005, p. I-6263.

T. Giegerich: The Art of Effectively Speaking Law to Power

As a matter of fact, the CJEU's position as the "motor of European integration" has for the most part been self-made through the decisions in the seminal cases *van Gend & Loos*³⁴ and *Costa v. ENEL*.³⁵ The Court there established the direct effect and individual enforceability in national courts of many provisions of the Treaties (*van Gend & Loos*) and the primacy of EU law over national law, including national constitutional law (*Costa v. ENEL*).

The European Court of Human Rights (ECtHR) in Strasbourg exercises international (and not supranational) constitutional jurisdiction which is limited to the protection of fundamental rights. Individuals can file applications after having unsuccessfully exhausted all domestic remedies.³⁶ The Strasbourg Court is not charged with enforcing legal constraints vis-à-vis international institutions but rather to implement international human rights vis-à-vis the Convention States. The courts of the Convention States "have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in [the] Convention", but the ECtHR is called upon to monitor their compliance, in accordance with the principle of subsidiarity.³⁷ In view of that principle, it is important that Turkey has recently introduced the individual application to the Constitutional Court for anyone who claims that any of their fundamental rights and freedoms guaranteed by both the Constitution and the European Convention on Human Rights has been violated by the public authorities, provided that he or she has exhausted all the ordinary legal remedies.³⁸

The Strasbourg Court has no power to set aside national court decisions which violate the Convention but can only render declaratory judgments that the convicted Convention State is bound to implement by both individual measures which provide restitution to the victim of the Convention violation and general measures which prevent future similar violations. In certain cases the ECtHR advises the State what specific measures to take. The Court can, if necessary, afford just satisfaction to the injured party, if the internal law of the Convention State concerned allows only partial reparation to be made.³⁹ It is ultimately up to the Committee of Ministers – a political body – to supervise the execution of the Court's final judgments.⁴⁰

The tendency of the ECtHR has always been to interpret the Convention

34 Case 26/62, European Court Reports 1963, p. 1. See the series of articles commemorating the 50th anniversary of *van Gend & Loos* in the *European Journal of International Law*, vol. 25 (2014), no. 1, p. 83.

35 Case 6/64, European Court Reports 1964, p. 1251.

36 Art. 34, 35 ECHR.

37 See Art. 1 of Protocol No. 15 amending the ECHR of 24 June 2013 (CETS No. 213) (not yet in force).

38 Art. 148 (5) of the Turkish Constitution.

39 Art. 41 ECHR.

40 Art. 46 ECHR.

rights broadly and dynamically, trying to counter new threats to human liberty and to fill in gaps which have appeared in the course of time. According to the settled case law of the Court, "the Convention must be interpreted as guaranteeing rights which are practical and effective as opposed to theoretical and illusory".⁴¹ Moreover, the Court considers that "the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions and that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies ..."⁴²

c) Vicarious Constitutional Jurisdiction over the UN Security Council

The one international power center which has not yet been made subject to effective constitutional constraints and judicial review is the United Nations Security Council, irrespective of the ongoing attempts to "constitutionalize" international law in general or the UN Charter in particular.⁴³ The Member States have conferred on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, authorizing it to make legally binding decisions.⁴⁴ The Security Council has in particular been accorded vast and unenumerated powers to impose sanctions under Chapter VII of the UN Charter,⁴⁵ including the power to use or authorize Member States or regional organizations to use military force to counteract threats to the peace, breaches of the peace and acts of aggression. Art. 24 (2) of the UN Charter indeed stipulates that the Security Council shall act in accordance with the rather general purposes and principles of the United Nations laid down in Art. 1 and 2 UN Charter. But the International Court of Justice, the principal judicial organ of the United Nations,⁴⁶ cannot directly review Security Council decisions because only States (and not the United Nations Organization or the Security Council) may be parties in cases before the Court.⁴⁷

41 ECtHR, Grand Chamber judgment of 17 July 2014, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania* (No. 47848/08), para. 105.

42 ECtHR, Grand Chamber judgment of 12 May 2005, *Öcalan v. Turkey* (No. 46221/99), para. 163.

43 See Thomas Giegerich, *The Is and the Ought of International Constitutionalism*, German Law Journal, vol. 10 (2009), no. 1, p. 31 et seq.; Erika de Wet, *The Constitutionalization of Public International Law*, in: Rosenfeld & Sajó (note 25), p. 1209 et seq.

44 Art. 24 (1), 25 of the UN Charter of 26 June 1945 (available at <http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml> [last accessed on 12 August 2014]).

45 International Court of Justice, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, para. 110. See, by contrast, the principle of conferral in Art. 5 (2) TEU.

46 Art. 92 UN Charter.

47 Art. 34 (1) of the Statute of the International Court of Justice of 26 June 1945 (available at

T. Giegerich: The Art of Effectively Speaking Law to Power

This has become a matter of particular concern since the Security Council began to impose targeted sanctions such as asset freezes and travel restrictions on natural and juridical persons who are suspected of supporting international terrorism, usually on the basis of secret intelligence information. UN Member States are required to enforce those sanctions vis-à-vis all persons whose names are placed on a list in the annex to the pertinent Security Council resolution. Although such individualized sanctions deeply interfere with the fundamental human rights of the listed persons they are not given any judicial protection on the UN level. The delisting procedures established by the Security Council at best leads to an Ombudsperson that can only recommend the delisting of persons to the Security Council's Al-Qaida Sanctions Committee.⁴⁸ Because this is nowhere near the requirements of due process of law, some listed persons – Kadi and Al-Dulimi – turned to regional courts for protection against national or supranational acts implementing those sanctions and won both in the CJEU⁴⁹ and the ECtHR.⁵⁰ In substance (if not in form), the two regional European courts exercised a kind of vicarious constitutional jurisdiction over binding UN Security Council sanctions decisions. Neither of them accepted the claim to primacy of UN Charter obligations over other international obligations of the UN Member States which is laid down in Art. 103 of the UN Charter.

While the Kadi case of the CJEU and the Al-Dulimi case of the ECtHR constitute laudable efforts by regional courts to protect human rights from encroachments by the United Nations, they may have underrated the importance of effective Security Council sanctions against international terrorism which are imposed in the interest of the international community as a whole. One attempt at reconciling the human rights interest of the suspected terrorists and the maintenance of world peace interest (which obviously also has a human rights component, in view of the human rights of potential victims of terrorist attacks) had been made by the European Court of First Instance (CFI) in the Kadi case.⁵¹ It applied a very deferential standard of review to the European Community Regulation which transposed the Security Council Resolution, using only the peremptory (*jus cogens*)

<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0> [last accessed on 12 August 2014]). See Dagmar Richter, *Judicial Review of Security Council Decisions – A Modern Vision of the Administration of Justice?*, Polish Yearbook of International Law vol. 32 (2012), p. 271.

48 UN Security Council Resolution 2083 (2012) of 17 December 2012, para. 19 *et seq.* and Annex II.

49 See, e.g., CJEU, judgment of 18 July 2013 (Case C-584/10 P), ECLI:EU:C:2013:518. The case constitutes one of the few examples of an admissible direct action by individuals against a regulation because the plaintiffs were all identified in it by name.

50 See, e.g., ECtHR, Chamber judgment of 26 November 2013 (No. 5809/08), *Al-Dulimi v. Switzerland* (not yet final – the case is currently pending in the Grand Chamber).

51 Case T-315/01, European Court Reports 2005, p. II-3649. See also Case T-85/09, European Court Reports 2010, p. II-5177.

standards of international human rights law.⁵² The CFI argued that since the judicial review of the EC Regulation in substance amounted to review of the Security Council Resolution, the applicable standard was the body of norms which undoubtedly also bound the Security Council. Unsurprisingly, the EC Regulation easily survived review by that deferential standard. But the CFI judgment was quashed on appeal by the CJEU which applied the usual strict standards of EU fundamental rights law that the Regulation did not meet, irrespective of the Member States' obligations under the UN Charter to transpose the Security Council Resolution.⁵³ In the EU, the transposition of individualized sanctions falls within the exclusive competence of the EU.⁵⁴ We thus find ourselves in a true dilemma: Either we permit effective vicarious constitutional review by regional courts at the expense of the effectiveness of Security Council action for the maintenance of international peace and security (which also serves human rights interests); or we preserve the Security Council's ability effectively to discharge its primary responsibility for the maintenance of international peace and security at the expense of implementing effective legal constraints on the Security Council's powers to interfere with human rights. So we have human rights on both sides of the equation – the human rights of future victims of potential terrorist attacks are played off against the human rights of those suspected of supporting international terrorism.

2. The Authority of Constitutional Courts as a Function of Their Independence, Impartiality and Proper Judicial Restraint

a) The Soft Power of the "Least Dangerous Branch"⁵⁵

The first examples of effective constitutionalism were established in the late 18th century in the newly independent former British colonies in North America. The best-known and best-documented example is the Constitution of the United States of America of 17 September 1787.⁵⁶ We are lucky to have a series of commentaries on that first federal constitution ever, written by three of the Framers, the so-called *Federalist Papers*.⁵⁷ In the *Federalist* No. 78, Alexander Hamilton explained "that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the

⁵² See below note 81 and accompanying text.

⁵³ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *European Court Reports* 2008, p. I-6351.

⁵⁴ Art. 3 (1) lit. e, Art. 215 (2) TFEU.

⁵⁵ See Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (1962).

⁵⁶ There were several predecessors at the constituent state level, such as the aforementioned Constitution of Massachusetts of 1780 (see above note 1).

⁵⁷ *The Federalist* (Modern Library College Editions, New York).

T. Giegerich: The Art of Effectively Speaking Law to Power

least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.”⁵⁸

In other words: Whenever a (constitutional) court “speaks law to power” in its judgments, the power must be inclined to listen and obey, otherwise those judgments will be ineffective because the court has no means of coercion at its disposal.⁵⁹ The soft power of the court meets the hard power of the political rulers. Whether the hard power is ready to submit to court decisions depends on the authority of the respective court which in turn is conditional on its independence and impartiality. Judicial independence and impartiality are not simply objective factors. They also have a subjective component – credibility, which means the readiness of the power to accept that the court decisions were indeed made independently and impartially in a sincere and convincing effort to apply the constitutional provisions faithfully. But the authority of the court also depends on the proper and credible exercise of judicial restraint in the sense that the court remains within the bounds of its judicial function and does not venture into the field of policy-making which is reserved to the discretion of the political branches of government.

The U.S. Supreme Court has accordingly developed the political question doctrine in order to identify non-justiciable political questions and at the same time underlined that the political importance of a case does not as such deprive the courts of jurisdiction to decide it.⁶⁰ For wherever the law reaches, “it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.”⁶¹ As a matter of fact, the U.S. Supreme Court has decided many politically very important and/or highly sensitive cases and all those decisions were ultimately accepted and implemented by the political branches.⁶² This is

58 *Id.*, at p. 502, 504.

59 See the legendary dictum of U.S. President Andrew Jackson regarding the U.S. Supreme Court judgment in *Worcester v. Georgia* (31 U.S. [6 Pet.] 515 [1832]) which was delivered by Chief Justice John Marshall: “John Marshall has made his decision. Now let him enforce it.” (Gerald Gunther, *Constitutional Law*, 12th ed. 1991, p. 25).

60 The leading case is *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217 (1962).

61 *Marbury v. Madison* (note 17), p. 177.

62 See, e.g., *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952) – prohibition of the seizure of strategically important steel mills by the President to avert a strike in the

due to the “constitutional culture” which is firmly established in the United States and makes disregard for Supreme Court decisions a politically mortal sin.

b) The Electorate’s Role as Ultimate Arbiter of Credible Judicial Review

In a democratic constitutional system the ultimate arbiter of the well-functioning or malfunctioning of each and every public institution is the enlightened public that constitutes the electorate. The term “enlightened electorate” refers to a body of voters who cherish the values of constitutionalism, limited government (even if it is democratic government supported by a large majority of the people) and individual liberty and will thus not be seduced by the siren songs of autocratic government. Liberty and its essential constitutional prerequisites lie in the hearts of the people and not so much in legal texts.⁶³ An educated and politically alert public is their great bulwark and free media are their watchdogs. In this respect, the most deterrent counterexample comes from Germany. There the majority of the electorate hailed Hitler’s dictatorship in 1933 that quickly destroyed the parliamentary democracy, the rule of law and the fundamental rights guarantees introduced by the Republican Constitution of 1919 and led the country into World War II and the Holocaust.⁶⁴

Constitutional courts as public institutions also function under the watchful eye of the democratic sovereign, represented by free media, even though the judges are either unelected or at least not subject to recall because making them politically responsible would be incompatible with their judicial independence. The electorate is, however, called upon to reward or punish the political branches (“the power”) for their reactions to constitutional court decisions. If the power defies decisions which are credible in the abovementioned sense and gets away with it at the ballot box, constitutionalism is in serious jeopardy in that system. But the same holds true if the power simply enforces decisions

midst of the Korean War; *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) and 349 U.S. 294 (1955) – prohibition of racial segregation in schools and enforcement order; *New York Times Co. v. U.S.*, 403 U.S. 713 (1971) – permitting the publication of classified documents on the Vietnam War (“Pentagon Papers”); *U.S. v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974) – obligation of the President to hand over tapes to the Watergate Special Prosecutor (triggering President Nixon’s resignation); *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000) – a majority of five Justices ultimately decided about the outcome of the Presidential election of 2000; *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008) – foreign “illegal combatants” kept imprisoned outside the territory of the U.S. in Guantánamo (Cuba) enjoy the protection of the constitutional “Privilege of the Writ of Habeas Corpus”.

63 See Judge Learned Hand, *The Spirit of Liberty* (speech given in Central Park, New York City, on 21 May 1944 [<http://www.learnedhand.org/?p=4>]).

64 See Winston S. Churchill, *The Second World War*, Vol. I: *The Gathering Storm* (new edition London etc. 1949), p. 9 et seq.

T. Giegerich: The Art of Effectively Speaking Law to Power

which are not credible in that sense without using all the legal means available to have them overruled or rendered irrelevant by constitutional amendment and gets away with that acquiescence at the ballot box.

There is a lesson to be learned in this respect from the fate of U.S. President Franklin D. Roosevelt's "Court-packing plan" that led to the most serious showdown between the executive and the judiciary in U.S. history. In the 1930s, the Roosevelt Administration tried to overcome the severe consequences of the world economic crisis with the popular New Deal policy which was based on much stricter federal regulation of and interference in the economy. But the majority of the U.S. Supreme Court struck down many important New Deal laws. After having been re-elected by a large majority in 1936, President Roosevelt started a legislative initiative in 1937 to increase the number of Justices from nine to fifteen.⁶⁵ Since the President nominates candidates for the U.S. Supreme Court bench and appoints them after Senate confirmation, this would have provided President Roosevelt with the chance to obtain a U.S. Supreme Court majority favouring his economic and social policy. The Court-packing plan was ultimately defeated in the Senate. On the other hand, in the context of that legislative initiative, the majority of the U.S. Supreme Court began to uphold New Deal legislation because a fifth Justice now sided with the pro-New Deal group on the bench: "A switch in time that saved nine".⁶⁶

Who then won that showdown, the President or the Supreme Court? Fortunately, neither of them – it was constitutionalism and the rule of law that ultimately won. As former Chief Justice William H. Rehnquist explained: "President Roosevelt lost the Court-packing battle, but he won the war for control of the Supreme Court. He won it ... by serving in office for more than twelve years, and appointing eight of the nine Justices of the Court. In this way the Constitution provides for ultimate responsibility of the Court to the political branches of government. ... [W]e have had the good fortune that through our system of checks and balances the independence of our Supreme Court ... has been preserved when ... conflicts have arisen. ... [T]his in large part is dependent upon the public's respect for the judiciary. ... I suspect the Court will continue to encounter challenges to its independence and authority by the other branches of government ... The degree to which that independence will be preserved will depend again in some measure on the public's respect for the judiciary. Maintaining that respect and a reserve

65 The number of Justices of the U.S. Supreme Court is not defined by the Constitution but by ordinary legislation only.

66 David P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court: The Second Century 1888-1986* (1990), p. 205 et seq., 235 et seq.; William H. Rehnquist, *The Supreme Court* (1987), p. 215 et seq.; Jeff Shesol, *Supreme Power – Franklin Roosevelt vs. The Supreme Court* (2010), p. 405 et seq.

of public goodwill, without becoming subservient to public opinion, remains a challenge to the federal judiciary.”⁶⁷ It remains a challenge to the judiciary everywhere.

III. Constitutional Amendments: Are There Judicially Enforceable Limits?

1. The “Counter-Majoritarian Difficulty”

Trying to integrate constitutional jurisdiction in a democratic system necessarily raises the “counter-majoritarian difficulty”:⁶⁸ Can it be justified that a small group of unelected and unaccountable judges have the power to void decisions made by the majority of the directly elected legislature? The answer is in the affirmative because it would otherwise be impossible to enforce the constraints which the constitution imposes on the power of the respective political majority, in the interest of the national community as a whole. In a constitutional system, democratic government is no less *limited* government whose survival as such depends on the existence of impartial guardians monitoring compliance with those constitutional limits. The guardians must of course be prevented from appointing themselves as autocratic rulers. It is always difficult for a constitutional court to steer a middle course between Charles de Montesquieu’s unrealistic judicial minimalism⁶⁹ and the exaggerated (and mostly fictitious) judicial maximalism that Woodrow Wilson denounced when he called the U.S. Supreme Court a “Constitutional Convention in continuous session”.⁷⁰ While a “gouvernement des juges” is certainly undemocratic, any majority rule without judicially enforceable constitutional constraints runs the risk of degenerating into tyrannical government.

A constitutional court neither creates nor authentically interprets the constitution because the authentic interpretation of a law is reserved to its creator. Being one of the institutions established by the constitution, a constitutional court’s function is limited to interpreting the constitutional text and to a certain and controversial extent also adapting it to the changing

67 William H. Rehnquist, *Judicial Independence*, University of Richmond Law Review, vol. 38 (2004), p. 579, 596-7.

68 The term goes back to Alexander Bickel (note 55), p. 18. See also Thomas Giegerich, *Appointment and Removal of Members of Constitutional Courts: Reconciling Demands for Legitimacy, Quality, Independence and Impartiality*, *Anayasa yargısı* vol. 27 (2010), p. 143 et seq. (with Turkish translation p. 123 et seq.).

69 See his work *De l’esprit des lois* (1748), book XI, chapter VI: “Mais les juges de la nation ne sont ... que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.” (Available at <http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.moc.del2> [last accessed on 15 August 2014])

70 E.S. Corwin & J. Peltason. *Understanding the Constitution* (11th ed. 1988), p. 125.

T. Giegerich: The Art of Effectively Speaking Law to Power

political, social, economic and international circumstances in the course of that constitution's usually long lifetime. But the court must stay clear of changing the constitution or filling in gaps according to the personal moral, religious or political preferences of the majority of its judges. The line between legitimate interpretation and illegitimate change of or addition to a constitution is, however, thin and often uncertain. No court has provoked more controversy in this respect than the CJEU whose progressive and sometimes bold jurisprudence has strongly contributed to transforming the EU into the closely integrated quasi-federal system of today.⁷¹ But the often progressive jurisprudence of the ECtHR has not remained unchallenged either. A rather mild expression of the Convention States' dissatisfaction can be found in Art. 1 of Protocol No. 15 amending the ECHR that emphasizes the principle of subsidiarity and the margin of appreciation enjoyed by the Convention States.⁷²

The counter-majoritarian difficulty is exacerbated when a court decides on the constitutionality of constitutional amendments, in particular where such amendments are adopted directly by the people in a referendum. This is only conceivable in constitutional systems that limit the constitutional amendment power – a feature which is indeed quite common.⁷³ If a constitutional court strikes down a decision made by the constitutional amendment power, there is no possibility left within the constitutional system to overrule the court – only the adoption of an entirely new constitution would help.

2. Distinguishing the Power to Make a Constitution and the Power to Amend It

Emmanuel-Joseph Sieyès was the first to distinguish between the original power to make a constitution (*pouvoir constituant*) which in a democratic system belongs to the people (*la nation*) and the derivative power to legislate which the constitution delegates to the legislative body forming part of the constituted power (*pouvoir constitué*).⁷⁴ Sieyès drew two conclusions: The will of the nation is always legal, it is law itself; before and above it is nothing but the law of nature. Translated into more modern language, Sieyès tells us that the constitution-making power of the nation is bound by no national law, but by international law.⁷⁵ His second conclusion is this: The delegated power cannot

71 Eric Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, *American Journal of International Law* vol. 75 (1981), p. 1 et seq. See also above II. 1. b).

72 Note 37.

73 See below under 3.

74 *Qu'est-ce qu le tiers état?* (1789), available at https://fr.wikisource.org/wiki/Qu%27est-ce_que_le_tiers_%C3%A9tat (last accessed on 15 August 2014).

75 In the 18th century, the law of nations, that is public international law, was generally

change the terms of the delegation. This is why the legislature is bound by the constitution. If the legislature has been delegated the power of amending the constitution, acting by a supermajority, which is quite common,⁷⁶ this does not include the power to change the basic structure or the essential elements of the Constitution. Otherwise the legislative body would be transformed from an institution established by the constitution and equipped with limited powers into the absolute master of that same constitution. The constitutional amendment power (*pouvoir constituant dérivé*) would then amount to a blank check for a legislative coup. This would be illogical and incompatible with the notion that in a democratic system the only master of the constitution is the people when it exercises its original constitution-making power (*pouvoir constituant originaire*). That constitution-making power derives from the right of self-determination of peoples which has become the cornerstone of modern public international law.⁷⁷

3. Explicit and Implicit Limits of the Constitutional Amendment Power

These insights constitute the basis of explicit provisions in numerous constitutions that draw limits to the constitutional amendment power. Thus, for instance, Art. 4 of the Constitution of the Republic of Turkey sets forth that the provision of Art. 1 establishing the form of the State as a Republic, the provisions of Art. 2 on the characteristics of the Republic, and the provisions of Art. 3 of the Constitution shall not be amended, nor shall their amendment be proposed. Pursuant to Art. 79 (3) of the German Basic Law (BL), which is called "eternity clause", amendments to the Basic Law affecting the federal structure or the participation on principle of the constituent states in the federal legislative process or the principles laid down in Art. 1 and 20 BL⁷⁸ shall be

considered as part of the law of nature. The title of the definitive international law book of the time by the Swiss Emer de Vattel was "Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains", 1758.

76 Pursuant to Art. 79 (2) of the German Basic Law, the two parliamentary Chambers can jointly change the Basic Law, each with a two-thirds majority. Pursuant to Art. 175 of the Turkish Constitution, constitutional amendments adopted by a two-thirds majority in the Turkish Grand National Assembly enter into force unless the President submits them to referendum. Under Art. V of the U.S. Constitution, amendments proposed by a two-thirds majority of both Houses of Congress require ratification by the legislatures of three fourths of the States.

77 See common Art. 1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), both of 16 December 1966, United Nations Treaty Series, vol. 993, p. 3, and vol. 999, p. 171.

78 Art. 1 BL: (1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority. (2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world. (3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law. Art. 20 BL: (1) The Federal Republic of Germany is a democratic and social federal state. (2) All state authority is derived from the people. It shall be exercised by the people through elections and other votes and through specific legislative, executive and

T. Giegerich: The Art of Effectively Speaking Law to Power

inadmissible.⁷⁹ Art. V of the U.S. Constitution provides that no constitutional amendment may deprive a State, without its consent, of its equal suffrage in the Senate. Under Art. 139 of the Italian Constitution of 1947 and Art. 89 (5) of the French Constitution of 1958, the republican form of government cannot be changed by constitutional amendment. Art. 112 (2) of the Norwegian Constitution of 1814 prohibits constitutional amendments which contradict the principles embodied in the Constitution and permits only modifications of particular provisions which do not alter the spirit of the Constitution.

The Federal Constitution of Switzerland of 1999 provides that both partial and total revisions of the Constitution⁸⁰ are subject to an obligatory referendum so that it is always the Swiss people that exercises the constitutional amendment power. As the Swiss people also possess the constitution-making power, this complicates the formulation of any constitutional constraints on the constitutional amendment power. The solution enshrined in Art. 193 (4) and Art. 194 (2) of the Swiss Federal Constitution is that both partial and total revisions must not violate the peremptory norms of public international law (*jus cogens*).⁸¹ If a popular initiative is launched for a partial revision of the Constitution, the Federal Assembly⁸² is entrusted with the responsibility to ensure that the projected partial revision does not conflict with the international *jus cogens*.⁸³ But there is no institution which could exercise that responsibility with regard to total revisions so that it is entirely left to the Swiss people to ensure their compatibility with the international *jus cogens*. International *jus cogens* comprises the most elementary norms of general international law whose maintenance is in the interest of the international community as a whole, such as the prohibition of the use of force, the prohibition of torture, genocide, crimes against humanity and the right to self-determination.

judicial bodies. (3) The legislature shall be bound by the constitutional order, the executive and the judiciary by law and justice. (4) All Germans shall have the right to resist any person seeking to abolish this constitutional order, if no other remedy is available. (Translation prepared under the auspices of the Federal Ministry of Justice available at http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/basic_law_for_the_federal_republic_of_germany.pdf [last accessed on 16 August 2014]).

79 Art. 23 (1) sentence 3 BL subjects the transfer of powers to the EU by law also to the limits of Art. 79 (3) BL even though it is not effected by a formal constitutional amendment.

80 A total revision of the Constitution amounts to the adoption of an entirely new constitution so that it is hard to distinguish from the act of constitution-making.

81 See Art. 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, UNTS vol. 1155, p. 331. Jochen A. Frowein, *Ius cogens*, in: Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford university Press, online edition, available at <http://opil.ouplaw.com/home/epil> [last accessed on 14 September 2014]).

82 The Federal Assembly (*Bundesversammlung*) is the Swiss federal parliament which consists of two chambers that have to agree in order to enable the Federal Assembly to make a decision.

83 Art. 139 (3) of the Swiss Federal Constitution. In 1996, the Federal Assembly rejected a popular initiative that had intended to subject unsuccessful asylum seekers to immediate expulsion without any remedy. The Federal Assembly considered that initiative to be incompatible with the *non-refoulement* principle of international refugee law which was part of *jus cogens*.

Arguably, even constitutions which do not contain any provision expressly imposing constraints on the constitutional amendment power of the legislature still implicitly limit that power and thus prevent the destruction of their essential structure in the guise of an ordinary modification.⁸⁴ Any use of the regular amendment process to stage a constitutional revolution in order to ruin constitutionalism amounts to an abuse.⁸⁵ One can in this context refer to a general principle of law that was laid down, for instance, in Art. 30 of the Universal Declaration of Human Rights and adopted by many human rights treaties: "Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein."⁸⁶

The trouble is to identify what concepts and principles exactly belong to the immutable essential structure of any given Constitution and to what extent they are not to be made subject to the ordinary amendment process. This is particularly difficult where we assume implied limits to the constitutional amendment power.⁸⁷ Yet it is still difficult enough where we have express constitutional provisions limiting the constitutional amendment power. Thus, it will not always be easy to determine whether a constitutional amendment in Turkey conflicts with the rather abstract characteristics of the Republic as listed in Art. 2 of the Turkish Constitution and is thus inadmissible by virtue of Art. 4. Nor will it always be obvious whether a constitutional amendment in Germany affects the abstract principles laid down in Art. 20 BL, such as democracy, the sovereignty of the people, the supremacy of the law or the social state principle. This raises the question of who should decide whether a constitutional amendment is inadmissible, taking into consideration that the constitutional amendment power is the highest-ranking element of the constituted power (*pouvoir constitué*) in any constitutional system.

4. Judicial Enforcement of Limits of the Constitutional Amendment Power

We have already seen that in Switzerland the constitutional amendment power of the people is only limited by the peremptory norms of public international law (*jus cogens*) and that the only institution authorized to enforce that limit in some cases is the Parliament (the Federal Assembly). Unsurprisingly, the

84 See Claude Klein & András Sajó, *Constitution-Making: Process and Substance*, in: Rosenfeld & Sajó (note 25), p. 419, 440.

85 See Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, p. 102 et seq.

86 See above note 11. See also Art. 17 ECHR; Art. 5 (1) ICCPR; Art. 30 of the American Convention on Human Rights of 22 November 1969 (available at http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf [last accessed on 17 August 2014]).

87 See Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments – A Comparative Study*, Bursa 2008, p. 66 et seq. (available at <http://www.anayasa.gen.tr/jrca.pdf> [last accessed on 7 September 2014]).

T. Giegerich: The Art of Effectively Speaking Law to Power

Swiss Federal Court plays no role at all since it has no power to review the constitutionality even of ordinary federal laws,⁸⁸ let alone amendments to the federal constitution.

In contrast, the German Federal Constitutional Court has the power to enforce the limits which Art. 79 (3) BL draws to the constitutional amendment power of the two-thirds majorities of both chambers of the federal legislature. Although the Court never actually nullified any constitutional amendment, it has several times applied Art. 79 (3) BL in particular with respect to laws transferring powers to the European Union. In all those cases, it ultimately upheld the decisions of the legislature but interpreted the laws restrictively and/or required additional legislation in order to limit the effects of the power transfers on the immutable constitutional principles.⁸⁹ In using a “yes but”-technique, the Court there ventured far into the prerogatives of the legislature, positioning itself as the main gate-keeper of closer European integration.

Pursuant to Art. 148 (1) of the Turkish Constitution of 1982, the Constitutional Court is given the power to review the constitutionality of laws in respect of both form and substance. But it is expressly provided that the Court shall review constitutional amendments only with regard to their form. Art. 148 (2) further stipulates that the review of constitutional amendments shall be restricted to consideration whether the requisite majorities were obtained for the proposal and in the ballot, and whether the prohibition on debates under the urgent procedure was complied with. In other words, the enforcement of the substantive limits to the constitutional amendment power is left to the political branches and the people if the proposed amendment is submitted to a referendum. As a matter of fact, this limitation of the Constitutional Court’s review powers was intentionally enacted by the Turkish *pouvoir constituant* when adopting the new Constitution of 1982 – after the military *coup d’état* of 1980 and while the military regime was still in place. By contrast, in Art. 147 (1) of the previous Turkish Constitution of 1961, as amended in 1971, the Constitutional Court had been given the general power to review the conformity of constitutional amendments with the formal and substantive limits drawn by the Constitution to the constitutional amendment power.⁹⁰

⁸⁸ See Art. 190 of the Swiss Federal Constitution.

⁸⁹ The most important example is the judgment of 30 June 2009 on the Treaty of Lisbon – an English translation is available at http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html (last accessed on 17 August 2014). For a critique, see Thomas Giegerich, The Federal Constitutional Court’s Judgment on the Treaty of Lisbon – The Last Word (German) Wisdom Ever Has to Say on a United Europe?, *German Yearbook of International Law*, Vol. 52 (2009), p. 9 et seq. See also Thomas Giegerich, The Federal Constitutional Court’s Deference to and Boost for Parliament in Euro Crisis Management, *German Yearbook of International Law*, Vol. 54 (2011), p. 639 et seq.

⁹⁰ See Gözler (note 87), p. 4 et seq.

Before the 1971 amendments, the Constitution of 1961 had contained no provision on the Constitutional Court's review powers with regard to constitutional amendments. The Constitutional Court had nevertheless reviewed constitutional amendments both as to their formal and substantive constitutionality during that decade and even developed certain unwritten substantive limits to the constitutional amendment power.⁹¹

At first glance, Art. 148 (1) and (2) of the Turkish Constitution of 1982 appear to be a legitimate compromise, as it is not unproblematic to empower the judiciary to nullify a constitutional amendment on the basis of the abstract constitutional principles that the constitution declares to be immutable. On the other hand, what sense does it make for a constitution to set substantive limits to the constitutional amendment power but leave their enforcement to the very institution which is to be constrained? In substance, such an approach transforms legally binding constraints into mere political appeals. Yet, the people may in this regard trust a political institution such as the directly elected parliament more than the non-political judiciary. After all, they can influence the composition of parliament in the general elections so that parliament is closer to the citizens and more likely to respect the opinions of their majority than the independent courts. Where constitutional amendments are submitted to referendum, it is entirely legitimate for the people to determine that their own decision for those amendments should be final and not subject to any judicial review. The people can accordingly, in exercising their constitution-making power, expressly determine in the constitutional document that parliament (or the citizens eligible for participating in the referendum) and not the constitutional court should be the guardian of the immutable constitutional principles. If they do so, that decision of the *pouvoir constituant* will bind the constitutional court as part of the *pouvoir constitué*.

Without giving sufficient reasons, the Turkish Constitutional Court has nonetheless on at least two different occasions nullified constitutional amendments on substantive constitutional grounds, thus exercising review powers which it was expressly denied by Art. 148 of the Turkish Constitution.⁹² The Turkish Constitutional Court in this respect emulated the Supreme Court of India.⁹³ Both cases can best be explained by the "Kulturkampf" between the new pro-religious political majority represented by the AKP government

91 *Id.*, p. 40 et seq., 64 et seq., 95 et seq. (criticizing the Court's self-made excessive review powers).

92 Decision of 5 June 2008 in the "headscarf case"; decision of 7 July 2010 concerning elements of the constitutional reform package of 2010. See the critique in my Report on Independence, Impartiality and Administration of the Judiciary of 1 August 2011, para. 2.3.3. (available at http://jean-monnet-saar.eu/wp-content/uploads/2013/12/Report01082011_edited.pdf [last accessed on 7 September 2014]).

93 See the critical account by Gözler (note 87), p. 8 et seq., 88 et seq.

T. Giegerich: The Art of Effectively Speaking Law to Power

and the old élites trying to uphold the strictly secular Kemalist tradition. They are thus extraordinary – great cases that made bad law.⁹⁴ As the limitation of the Turkish Constitutional Court's review powers in respect of constitutional amendments was not introduced by constitutional amendment but enacted by the original constitution-maker (*pouvoir constituant*), its validity cannot be denied on the basis of some implicit limitation to the constitutional amendment power. Rather, one would have to construct limits to the *pouvoir constituant* itself which the Turkish Constitutional Court did not venture to do. This is indeed possible and was already recognized by Sieyès who, however, referred to natural law (i.e., public international law) – in other words a body of law beyond the national constitutional system.⁹⁵

Today, it is accepted that the principles and rules of public international law which bind a certain state, such as the international human rights treaties it has ratified, extend to the decisions of that state's constitution-making power.⁹⁶ Even the *pouvoir constituant* is obliged to respect the state's commitments under public international law and if it fails to do so, the state will incur international responsibility. EU law goes even further in this respect: It claims primacy over national law, including constitutional law, rendering incompatible national provisions inapplicable and requiring the Member State to remove the incompatibility by changing or abrogating them.⁹⁷ This far-reaching supranational claim is, however, mitigated considerably by the EU's obligation to respect the Member States' "national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government" (Art. 4 (2) TEU).⁹⁸

It is much more difficult, however, to establish higher rules of national law which limit that nation's *pouvoir constituant*. The German Federal Constitutional Court tried to do that in one of its earliest decisions, handed

94 See *Northern Securities Company v. U.S.*, 193 U.S. 197, 400 (1904), Holmes, J., diss.: "Great cases, like hard cases, make bad law. For great cases are called great not by reason of their real importance in shaping the law of the future, but because of some accident of immediate overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgment."

95 See above note 74 and accompanying text. See also Benjamin Constant, *Principes de politique applicable à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France* (1815), chapitre premier, who argued that even the sovereignty of the people was limited by the dictates of justice and individual rights (*Écrits politiques* [Marcel Gauchet ed.], Éditions Gallimard 1997, p. 303, 310 et seq.).

96 See Thomas Giegerich, *Die Souveränität als Grund- und Grenzbegriff des Staats-, Völker- und Europarechts*, in: Utz Schliesky et al. (eds.), *Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig*, 2011, p. 603 et seq.

97 See the Declaration (No. 17) concerning primacy annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference of Lisbon, 13 December 2007, OJ C 306, p. 256.

98 Thomas Giegerich, *The German Federal Constitutional Court's Misguided Attempts to Guard the European Guardians in Luxemburg and Strasbourg*, in: Marten Breuer et al. (ed.), *Der Staat im Recht. Festschrift für Eckart Klein*, 2013, p. 49, 56 et seq.

down when the memories of the Nazi dictatorship were still fresh. There the Court indeed considered it as possible that even provisions of the original constitution enacted by the *pouvoir constituant* could be void for violating certain supra-positivist notions of justice. The Court also assumed that it possessed the pertinent review power.⁹⁹ But it immediately added that the likelihood that a free democratic constitution-maker would transgress those limits was so slight that the theoretical possibility of unconstitutional norms of the original constitution almost amounted to a practical impossibility.

IV. The Future of Constitutional Jurisdiction: Establishing a Multilevel Cooperative

The future of the art of effectively speaking law to power in Europe lies in the joining of forces by the artists: The national constitutional courts, as well as their international and supranational counterparts in Strasbourg and Luxemburg – the ECtHR and the CJEU – have already begun to establish a multilevel cooperative characterized by division of labour. In maintaining and enforcing the constraints which national constitutions impose on the political power of national governments, constitutional courts factor in the precepts of the ECHR and EU law, as interpreted by the ECtHR and the CJEU. This enhances the constitutional courts' authority and makes it more difficult for the national political authorities to ignore their decisions. The constitutional courts have also started to cooperate amongst themselves by taking each other's decisions into account and using them as persuasive authority.¹⁰⁰ The obstacle posed by the language barrier to those laudable efforts needs to be removed by translations.

In accordance with the principle of subsidiarity, the ECtHR and the CJEU, on their part, respect the national constitutional courts' primary responsibility to secure fundamental rights and maintain the rule of law in their respective states, leaving them a margin of appreciation.¹⁰¹ When interpreting their international and supranational texts, the Strasbourg and Luxemburg Courts also take into account the constitutional traditions common to the Member States.¹⁰²

99 BVerfGE 3, 225, 232. See Donald P. Kommers & Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3rd ed. 2012, p. 58.

100 Tania Groppi & Marie-Claire Ponthoreau (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, 2014.

101 See Art. 1 of Protocol No. 15 amending the ECHR (note 37); Art. 51 (1) of the EU Charter of Fundamental Rights.

102 See Art. 6 (3) TEU; Art. 52 (4) of the EU Charter of Fundamental Rights. See also the settled jurisprudence of the ECtHR according to which the Convention States' margin of appreciation becomes narrower the more a European consensus develops regarding the scope of a certain right (see, e.g., *Christine Goodwin v. UK*, judgment of 11 April 2002 [No.

T. Giegerich: The Art of Effectively Speaking Law to Power

There thus is a constant cross-border and cross-level dialogue and reciprocal fertilization of constitutional courts. In the supranational system of the EU, that dialogue is formalized in the reference procedure of Art. 267 TFEU. In the international system of the ECHR, a similar reference procedure is currently being introduced by Protocol No. 16 to the ECHR of 2 October 2013.¹⁰³ The Turkish Constitutional Court is becoming an ever more important interlocutor in and contributor to that dialogue. Its position in the European judicial cooperative will be further strengthened when Turkey accedes to the EU and to the Protocol No. 16.

28957/95], §§ 84 et seq.; *Demir and Baykara v. Turkey*, judgment of 12 November 2008 [No. 34503/97], §§ 65 et seq.).

103 CETS No. 214 (not yet in force).

ANAYASA YARGISI: İKTİDARA KARŞI HUKUKU ETKİLİ BİR ŞEKİLDE SÖYLEME SANATI

I. Avrupa Değerleri ve Evrensel Değerler Olarak Anayasacılık ve Hukukun Üstünlüğü

Anayasacılık demokratik çoğunlukların iktidarı da başta olmak üzere siyasal iktidarın hukuk çerçevesinde sınırlandırılmasına ilişkin en başarılı konsepttir. Bu konsept, “insanların değil, kanunların hükümetine” ilişkin aydınlanma idealine olabildiğince yaklaşmıştır. Genel bir terim olarak hukuk da Anayasa’yı normlar hiyerarşisinin en üst düzeyinde kapsamaktadır. “Kanunların hükümeti” ideali ilk olarak Kuzey Amerika’da anayasal uygulamaya koyulmuştur. Günümüzde, bu ideal “hukukun üstünlüğü”² ortak değerine sadakatle bağlı olan bütün Avrupa Birliği Üye Devletleri tarafından paylaşılmaktadır.³ Bu değer in yüceltilmesine saygı ve bağlılık gösterilmesi AB üyeliği açısından bir koşuldur. Bu çerçevede, hukukun üstünlüğü Avrupa Konseyi’nin demir perdenin yıkılışından sonra aday ülkelere ilişkin katılım koşullarının açıklığa kavuşturulması amacı ile formüle ettiği “Kopenhag kriterleri” arasında ön plana çıkmaktadır: “Üyelik için aday ülkenin kurumlarının demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve azınlıklara saygı gösterilmesi ve azınlıkların korunmasının teminat altına alındığı bir istikrar düzeyine ulaşması gereklidir ...”⁴.

Fiili Üye Devletler açısından, hukukun üstünlüğünün ciddi bir şekilde ihlali durumunda, söz konusu Üye Devletin Konseydeki hükümet temsilcilerinin oy verme hakları da dahil olmak üzere Birlik üyeliğinden kaynaklanan belirli

1 <http://www.nhinet.org/ccs/docs/ma-1780.htm> (son erişim tarihi 11 Ağustos 2014) adresinde mevcut olan 1780 tarihli Massachusetts Anayasası’nın ilk bölümündeki Haklar Beyannamesinin XXX Maddesine bakınız. Ayrıca bkz. Marbury / Madison, 5 A.B.D. 137, 163 (1803). İlke aslında çok daha eskidir ve örneğin, halihazırda Henry Bracton’ın On the Laws and Customs of England adlı kitabının 2. Cildinin 33. sayfasında bulunabilir (yaklaşık 1250): “Kral’ın halk değil Tanrı ve hukuk altında olması gerekir, çünkü kralı kral yapan şey hukuktur, zira hukuktan ziyade iradenin hüküm sürdüğü yerde kraldan söz edilemez.” (<http://bracton.law.harvard.edu/Unframed/English/v2/33.htm> [son erişim tarihi 12 Ağustos 2014] adresinden ulaşılabilir).

2 Avrupa Birliği Antlaşması’nın (ABA) 2. Maddesi.

3 ABA 49. Madde.

4 Başkanlık Kararı, Kopenhag Avrupa Konseyi, 21 – 22 Haziran 1993’e http://www.europarl.europa.eu/enlargement/ec/pdf/cop_en.pdf (son erişim tarihi 11 Ağustos 2014) adresinden ulaşılabilir.

T. Giegerich: İktidara Karşı Hukuku Etkili Bir Şekilde Söyleme Sanatı

haklarının askıya alınması şeklinde yaptırımlar gerekebilir.⁵ Birkaç ay önce, Avrupa Komisyonu Avrupa Parlamentosu ve Konseye yönelik bir tebliğde “[H]ukukun Üstünlüğünün güçlendirilmesine ilişkin yeni bir AB Çerçevesi” sunmuştur.⁶

Sebeplerden biri Romanya’da ortaya çıkan ve 2012 yılı yazında Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı gelmeye çalışan Romanya devletinin yürütme organının fitilini ateşlediği anayasa krizi olmuştur.⁷ Bu çerçeve ile “ABA’nın 7. Maddesinde öngörülen mekanizmaların etkinleştirilmesine yönelik koşullar yerine getirilmeden önce Üye Devletlerde hukukun üstünlüğüne ilişkin gelecekteki tehditlerin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Bu nedenle, bir boşluğun doldurulması istenmektedir. Söz konusu çerçeve ABA’nın 7. Maddesindeki mekanizmalara bir alternatif değildir, daha ziyade bunlardan üstündür ve bunları tamamlamaktadır. Ayrıca, söz konusu çerçeve Komisyonun Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın (ABİA) 258. Maddesi kapsamındaki ihlal usulleri vasıtasıyla AB hukuku kapsamına giren belirli durumları ele alma yetkilerine hâle getirmemektedir.” Henüz Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından tebliğe uygun hareket edilmemiştir. Yeni Juncker Komisyonu’nun, selefi konumundaki Barroso Komisyonu tarafından önerilen “AB çerçevesini” ne kadar aktif bir şekilde izleyeceği zamanla görülecektir. Yeni çerçevenin şu ana kadar uygulanmaması nedeniyle, bunun hukukun üstünlüğü ilkesinin AB içerisinde uygulanmasını daha etkili hâle getirip getirmeyeceği açık değildir.

AB ötesinde, hukukun üstünlüğü Avrupa Konseyi’nin Üye Devletleri tarafından paylaşılan bir değerdir. Her Üye Devletin bu ilkeyi kabul etmesi gerekmektedir ve herhangi bir ciddi ihlal bu devletin temsil haklarının askıya alınmasına ve nihai olarak Avrupa Konseyi’nden ihracına neden olabilir.⁸ Bunun yanı sıra, 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi’nin (AİHS) giriş bölümünün son fıkrasında, Sözleşme Devletlerinin hükümetleri siyasi gelenekler, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğüne ilişkin ortak miraslarını anımsatmaktadır. AİHS’nin 6(1) Maddesinde, hukukun üstünlüğünün temel bir unsuru olarak, herkesin medeni ve cezai davalarda kanunen kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içerisinde adil bir şekilde ve kamuya açık olarak yargılanma hakkının altı çizilmektedir. 1780 tarihli Massachusetts Haklar

5 ABA 7. Madde; Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın (ABİA) 354. Maddesi.

6 COM(2014) 158 final, 11 Mart 2014.

7 Radu Carp, The Struggle for the Rule of Law in Romania as an EU Member State, Utrecht Law Review, vol. 10, issue 1 (January 2014), p. 1, 11 et seq. (<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/252/252> [son erişim tarihi 11 Ağustos 2014] adresinden ulaşılabilir).

8 5 Mayıs 1949 tarihli Avrupa Konseyi Statüsü’nün 3, 8. Maddeleri (1 No’lu AKAS).

Haşim Kılıç'a Armağan

Beyannamesi'nin XXX. Maddesinde kuvvetler ayrılığının hukukun üstünlüğünü teminat altına alan en önemli özellik olarak halihazırda belirlenmiş olduğunun unutulmaması gerekir.⁹

AB, Avrupa Konseyi ve bunların dışında Birleşmiş Milletler'de de etkili anayasacılık ve hukukun üstünlüğünün yanı sıra bunların vazgeçilmez bileşeni olan bağımsız ve tarafsız bir yargının siyasi istikrar ve sürdürülebilir ekonomik kalkınma açısından yeterli olmasa da gerekli koşullar olduğu tartışma götürmemektedir.¹⁰ Ancak sınırlı hükümet iyi hükümet olabilir ve sınırlı hükümet hukukun üstünlüğünün bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından etkili bir şekilde uygulanmasını gerektirmektedir. Nitekim, bu bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından dünya genelinde kabul gören ve bu çerçevede İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin hem esasa hem de şekle yönelik bileşenlerinde güvence altına alınan bir anlayış teşkil etmektedir.¹¹ Söz konusu Beyannamenin giriş bölümündeki üçüncü fıkrasında, BM Genel Kurulu "insanın zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının hukukun üstünlüğü ile korunmasının gerektiğinin esas olduğunun" altını çizmektedir. Beyannamenin 8 ve 10. Maddeleri "herkesin kendine anayasa veya kanun ile tanınan temel haklara aykırı muamelelere karşı görevli ulusal mahkemeler nezdinde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının bulunduğunu" ve "herkesin haklarının ve vecibelerinin ... tespitinde ... davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde ve kamuya açık olarak görülmesi hakkına sahip olduğunu" yeniden teyit etmektedir. Evrensel Beyanname şu anda uygulamada dünyadaki bütün Devletlerin temsil edildiği BM Genel Kurulu tarafından birçok kez herhangi bir görüş ayrılığı olmaksızın "bütün halklar ve bütün uluslara yönelik olarak insan hakları alanında ortak bir kazanım standardı" olarak yeniden teyit edilmiştir.¹²

II. Anayasa Yargısı - Anayasacılığın Parlak Başarısı

1. Ulusal, Uluslarüstü ve Uluslararası Anayasa Yargısı

Küreselleşme çağında, anayasacılık kavramları artık sadece ulusal açıdan tartışılamamaktadır ya da ulus devletin dar sınırları dahilinde etkili bir şekilde uygulanamamaktadır. Bu, Anayasa yargısı açısından da geçerlilik taşımaktadır.

⁹ Yukarıdaki 1 no'lu dipnota bakınız.

¹⁰ Bkz. 2005 Dünya Zirvesi Sonuç Bildirgesi (60/1 sayılı ve 16 Eylül 2005 tarihli BM Genel Kurul Kararı, para. I. 11: "Ulusal ve uluslararası düzeylerde iyi yönetim ve hukukun üstünlüğünün sürekli ekonomik büyüme, sürdürülebilir kalkınma ve yoksulluk ile açlığın ortadan kaldırılması açısından gerekli olduğunu kabul etmekteyiz."

¹¹ 217A (III) sayılı ve 10 Aralık 1948 tarihli BM Genel Kurul Kararı.

¹² Örneğin bkz. 63/116 ve 10 Aralık 2008 tarihli Karar.

a) Siyasal İktidardan Kaynaklanan Zorluklarla Karşılaşan Anayasa Mahkemeleri ve Geçmişin Muhakemesi

Anayasacılığın parlak başarısı anayasal yargıdır - anayasal ihtilaflara karar verilmesi yetkisinin siyasi çoğunluklardan (demokratik olarak seçilmiş olsa dahi) bağımsız ve tarafsız mahkemelere¹³ - genel mahkemeler veya hususi olarak anayasa mahkemelerine¹⁴ - devridir. Bu yetki devri, anayasal yargıyı kaçınılmaz bir şekilde bir siyasi güç faktörüne ve en nihayetinde bir siyasi yargıya dönüştürmektedir - siyaset fikri hukuk araçlarıyla devam etmektedir.

Anayasa yargısı yetkisini uygulayan ve bu şekilde anayasal yetkiler ve sınırlamalar ile ilgili son kararları veren mahkemelere “güce karşı hukuku konuşurma” yetkisi verilmektedir. Bu görev tanımı fiili olarak hükümetin hukuk danışmanları için uydurulmuştur.¹⁵ Hukuk danışmanları ve anayasa mahkemeleri arasında önemli bir fark olduğu açıktır. Hukuk danışmanları yalnızca bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunurken, anayasa mahkemeleri yasal bağlayıcılığı olan kararlar vermektedir. Ancak, anayasa mahkemeleri, kararlarının uygulanması için yürütme organının yardımına bel bağladığı için, metaforun onların görevinin tanımlanması için de kullanılması tamamen yanlış değildir.¹⁶

Anayasa mahkemelerinin siyasi nüfuzu dikkate alındığında, mahkemele-
rin konumu bizzat kontrol etmeleri gereken kuvvet tarafından tehdit altındadır. Bu nedenle, anayasa mahkemeleri, diğer mahkemelerden fazla şekilde, ihtiyat, sebat ve itidal gibi başlıca erdemler açısından başarı göstermektedir. Buradaki zorluk belirli bir hükmün verildiği siyasi, toplumsal, yasal ve günümüzde uluslararası koşullar açısından yeterli olan uygun kararlılık ve kısıtlama karışımının bulunmasıdır. Tarih anayasal mahkemeler de dahil olmak üzere siyasi gücü kullananların şanslı başarıları ve trajik başarısızlıkları ile ilgili son derece katı (muhtemelen her zaman adil olmayan) kararlar vermektedir.

Bu nedenle, Birleşik Devletlerin iki Yüksek Mahkeme Başkanı - John Marshall ve Earl Warren - günümüzde ünlüyen, başka bir Yüksek Mahkeme başkanı olan Roger Taney kötü bir üne sahiptir. Çığır açan Marbury / Madison¹⁷

13 Amerika Birleşik Devletleri veya Avrupa Birliği'nde olduğu gibi.

14 Avusturya (model Hans Kelsen tarafından geliştirilmiş ve ilk olarak 1920 Anayasası ile uygulanmıştır), Almanya (23 Mayıs 1949 tarihli Anayasa'nın yürürlüğe girişiyle) ve Türkiye'nin (1961 Anayasasının yürürlüğe girişiyle) yanı sıra Strazburg'da (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) olduğu gibi.

15 Bkz. ABD Dışişleri Bakanlığı Hukuk Danışmanı Harold H. Koh, Amerikan Uluslararası Hukuk Derneği Yıllık Toplantısı Konuşması, Washington, DC, 25 Mart 2010, Richard Bilder'den alıntı (<http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm> [son erişim tarihi 10 Ağustos 2014] adresinden ulaşılabilir).

16 Aşağıdaki II. 2. a) kısmına bakınız.

17 5 U.S. 137 (1803).

Haşim Kılıç'a Armağan

davasında, Yüksek Mahkeme Başkanı John Marshall ABD Yüksek Mahkemesinin ABD Anayasasındaki yavan metinsel bir tabana dayalı olarak Kongre Kanunlarının Anayasa'ya uygunluğunu gözden geçirme yetkisi olduğunu iddia etmiştir.¹⁸

Bu hüküm, dönemin Devlet Başkanı Thomas Jefferson ve Kongredeki siyasal çoğunluğun açık bir şekilde karşı çıkmasına ve tam anlamıyla şaşkınlığına rağmen ABD Yüksek Mahkemesini Birleşik Devletler federal sisteminde eşit bir devlet kurumu haline getirmiştir.¹⁹ Biraz zaman almasına rağmen, Yüksek Mahkeme Başkanı Marshall'ın yetki iddiası iyice yerleşmiştir. Yüksek Mahkeme Başkanı Earl Warren, Brown/ Eğitim Kurulu davasında²⁰ Birleşik Devletlerde uzun süredir ABD Yüksek Mahkemesi tarafından onaylanmış bulunan ve on yıllardır süren ırk ayrımı ve ayrımcılığını sona erdiren ve iddialılık açısından diğer hükmü aratmayan, oy birliği ile alınan kararın mimarı olmuştur.²¹ Benzer şekilde, söz konusu kararın uygulanması zaman almış, Federal Hükümetin siyasi iradesi ve uygulama eylemi de gerekmiştir.

Diğer taraftan, Yüksek Mahkeme Başkanı Roger Taney Dred Scott / Sandford davasında hem özgür kişiler hem de köleler de dahil olmak üzere “zenci ırktan gelen kişilerin” herhangi bir vatandaşlık haklarının bulunmadığı ve bu nedenle, federal mahkeme nezdinde dava açma yetkisi bulunmadığının belirtildiği utanç verici kararın yazarı olarak tarihe geçmiştir. Bu kararda, ABD Yüksek Mahkemesi köleliğin yeni Batı bölgelerinin (yeni Missouri Eyaleti haricinde) kuzeydeki bölümlerine genişletilmesinin yasaklanmış olduğu Missouri Uzlaşmasını da ihlal etmiştir. Dred Scott / Sandford davasındaki²² karar genelde hatalı ve Birleşik Devletleri İç Savaş'a (1861 - 1865) doğru bir adım daha sürükleyen bir karar olarak nitelendirilmektedir. Ancak, Yüksek Mahkeme Başkanı Taney'e adil davranmak gerekirse, davanın farklı bir şekilde sonuçlanmasının tarihsel gelişmeler açısından herhangi bir farklılığa neden olup olmayacağı açık değildir: “Zenci” Dred Scott'ın eşit haklara sahip olduğunun ABD Yüksek Mahkemesi tarafından tanınması İç Savaşın patlak vermesini engelleyecek miydi veya bu durum köleliğin geçerli olduğu ve bu hususu doğrudan tetikleyen eyaletlerin Birlikten ayrılmasını hızlandıracak mıydı?

18 Buna karşın, Federalist No. 78'de yargının mevzuatın Anayasa'ya uygunluğunu gözden geçirme yetkisi açık bir şekilde ayrıntılı olarak irdelenmiştir (bkz. aşağıdaki 57 no'lu dipnot ve beraberindeki metin). ABD Anayasa taslağını hazırlayan Anayasa Kongresi'nin metinde açık bir şekilde belirtilmemiş olmamasına karşın söz konusu yargı yetkisini varsaydığı görülmektedir (bkz. Gerald Gunther, *Constitutional Law*, 12th ed. 1991, s. 14 ve sonrası).

19 Cliff Sloan & David McKean, *The Great Decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court* (2009).

20 347 U.S. 483 (1954).

21 Bkz. *Plessy / Ferguson* davasındaki utanç verici karar, 163 U.S. 537 (1896).

22 60 U.S. 393 (1857).

T. Giegerich: İktidara Karşı Hukuku Etkili Bir Şekilde Söyleme Sanatı

Her halükarda, köleliği yürürlükten kaldıracak gelecekteki Devlet Başkanı Abraham Lincoln'ün bu karara verdiği tepkiden alıntı yapılması gereklidir²³: "Devletin yargı kuvvetine itaat edilmesine ve saygı gösterilmesine ... inanmaktayız Yargının Anayasal ihtilaflara ilişkin kararlarında ... ülkenin genel politikasının kontrol edilmesi ... gerektiğini, bu kararların yalnızca Anayasa-da sağlandığı haliyle söz konusu metne ilişkin değişikliklerden etkilenebileceğini düşünmekteyiz. Bundan fazlası devrim olacaktır. Ancak Dred Scott kararının hatalı olduğunu düşünmekteyiz.

Söz konusu kararı veren mahkemenin sıklıkla kendi kararlarını hükümsüz bıraktığını bilmekteyiz ve mahkemenin bu kararı da hükümsüz bırakması için elimizden geleni yapacağız. Bu karara karşı direnmemekteyiz ." ²⁴

b) Anayasal Yargının Uluslarüstüleşmesi ve Uluslararasılaşması

Ancak İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa ve ötesindeki birçok Devlet bu sistemi uygulamaya koyduğunda, anayasal yargının zaferi meydana gelmiştir. 1989-90'da demir perdenin yıkılışı ile ikinci bir dalga gelmiştir.²⁵ Günümüzde, söz konusu sistem artık aslen geliştirildiği ulusal düzeyle sınırlı değildir. Daha ziyade, anayasal yargı, en belirgin şekilde Avrupa'da olmak üzere, uluslararası ve uluslarüstü yönetim düzeylerinde de kurulmuştur. Uluslararası veya uluslarüstü yönetim bulunması halinde, söz konusu yönetimin yetkilerinin oldukça mantıklı bir biçimde uluslararası veya uluslarüstü bir yargı tarafından etkili bir şekilde uygulanmak zorunda olacak anayasal sınırlara ve hukukun üstünlüğüne tabi olması gerekmektedir.²⁶ Bu çerçevede, Lüksemburg'daki AB Adalet Divanı (ABAD) Birliğin uluslarüstü anayasa mahkemesi olarak (diğer yargısal işlevlerinin yanında) işlev göstermektedir.²⁷ ABAD, AB kurumlarının yanı sıra AB ve Üye Devletleri arasındaki ihtilafları Birliğin anayasasını oluşturan Antlaşmaların yanı sıra AB Temel Haklar Şartı²⁸, Protokoller ve Katılım Antlaşmalarına dayalı olarak çözüme kavuşturmaktadır ve güç mücadelelerini etkisiz hâle getirmektedir.²⁹ Aynı zamanda, ABAD gerçek ve tüzel kişilerin pazar özgürlükleri ve temel haklarını Birliğin

23 Bkz.http://www.archives.gov/exhibits/featured_documents/emancipation_proclamation/transcript.html (son erişim tarihi 13 Ağustos 2014) adresinden erişilebilen 1 Ocak 1863 tarihli Özgürlük Bildirgesi ve 1865 tarihli ABD Anayasası XIII. Değişikliği.

24 Aşağıdaki kaynakta yeniden basılan, 26 Haziran 1857 tarihinde yapılan bir konuşmadan: Abraham Lincoln, *Selected Speeches and Writings* (1992), s. 117 (vurgu asıl eserde bulunmaktadır).

25 Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts*, in: Michel Rosenfeld & András Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2013), s. 816 ve sonrası.

26 Ancak bkz. Neil Walker, *The European Union's Unresolved Constitution*, in: Rosenfeld & Sajó (dipnot 25), s. 1185 ve sonrası.

27 ABA ve ABİA (bkz. ABA'nın 1 (3) Maddesi).

28 ABA'nın 6 (1) Maddesi, 49. Maddesi ve 51. Maddesi.

29 Art. 267 TFEU.

kurumları ve Üye Devletler tarafından tecavüze karşı da korumaktadır. Buna karşın, yasama işlemleri başta olmak üzere, Mahkemeye doğrudan bireysel erişim sınırlıdır.^{30 31} Davalar genelde Üye Devletlerin mahkemeleri tarafından sevk yoluyla Lüksemburg'a gitmektedir ve bireylerin genelde işlemleri söz konusu mahkemelerde yürütmesi gerekir.

ABAD'ın AB'nin temel haklarını Üye Devletlerle karşılıklı olarak uygulama yetkisi, AB Temel Haklar Şartının aşağıda metni verilen 51 (1) Maddesine göre sınırlıdır: "Bu Şartın hükümleri Birliğin kurumları, organları, büroları ve kuruluşlarına ... ve ancak Birlik kanunlarını uyguladıkları sürece Üye Devletlere yöneliktir."³²

ABİA'nın 260. Maddesi ABAD'a kendi kararlarını uygulama yetkisi vermektedir: Mahkemenin bir Üye Devletin Antlaşmalar çerçevesindeki bir yükümlülüğünü yerine getiremediğini ve Üye Devletin hükme uygun sağlamak için gerekli tedbirleri almaması durumunda, Mahkeme söz konusu devlete bir toplu ödeme veya bir ceza ödemesi ya da her ikisini yaptırım olarak uygulayabilir.³³ Ancak, ABAD'ın ulusal kurumlar tarafından verilen kararları iptal etme yetkisi bulunmamaktadır.

Nitekim, ABAD'ın "Avrupa entegrasyonunun motoru" olarak konumu çoğunlukla çığır açan van Gend & Loos ve Costa^{34/} ENEL³⁵ davalarındaki kararlar vasıtasıyla kendisi tarafından oluşturulmuştur. Mahkeme bu şekilde Antlaşmaların birçok hükmünün ulusal mahkemelerde doğrudan etki göstermesi ve münferit uygulanabilirliğini (van Gend & Loos) ve AB hukukunun ulusal anayasal hukuk da dahil olmak üzere ulusal hukuktan üstünlüğünü (Costa / ENEL) tesis etmiştir.

Strazburg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), temel hakların korunması ile sınırlı kalmak kaydıyla, uluslararası (ve uluslarüstü değil) anayasal yargıyı uygulamaktadır.³⁶ Bireyler bütün ulusal yargı yollarını başarısız bir şekilde tükettikten sonra başvuru yapabilirler. Strazburg Mahkemesi'nin uluslararası kuruluşlara karşı yasal sınırlamalar getirmekten ziyade Sözleşme Devletlerine karşı uluslararası insan haklarını uygulama yetkisi bulunmaktadır.³⁷ Sözleşme Devletlerinin mahkemelerinin "Sözleşmede tanımlanan

30 Bkz. 263 (4) Madde. ABİA 265 (3).

31 ABAD, C-583/11 P sayılı dava (Inuit Tapiriit Kanatami / Parlamento ve Konsey), ECLI:EU:C:2013:625

32 ABİA 267. Madde.

33 Bkz. CJEU, Case C-304/02, European Court Reports 2005, s. I-6263.

34 Case 26/62, European Court Reports 1963, s. 1. Bkz. van Gend & Loos'un 50. yıl dönümünün anıldığı makale serisi, the European Journal of International Law, vol. 25 (2014), no. 1, s. 83.

35 Case 6/64, European Court Reports 1964, s. 1251.

36 AİHS Madde 34, 35.

37 Bkz. 24 Haziran 2013 tarihli AİHS'te değişiklik yapan 15 No'lu Protokol (AKAS No. 213) (henüz yürürlükte değil).

T. Giegerich: İktidara Karşı Hukuku Etkili Bir Şekilde Söyleme Sanatı

haklar ve özgürlükleri güvence altına alma hususunda birincil sorumluluğu vardır”, ancak AİHM’in yetki ikamesi ilkesi uyarınca bu devletlerin uygunluğunu izlemesi istenmektedir. Bu ilke göz önüne alındığında, Türkiye’nin hem Anayasa hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan herhangi bir temel hak ve özgürlüğünün kamu kuruluşları tarafından ihlal edildiğini iddia eden herkese, bütün olağan kanun yollarını tüketmeleri koşuluyla, yakın zaman önce Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkını tanınması önemlidir.³⁸

Strazburg Mahkemesinin Sözleşmeyi ihlal eden ulusal mahkeme kararlarını iptal etme yetkisi bulunmamaktadır, ancak mahkeme yalnızca hükümlü Sözleşme Devletin hem Sözleşme mağduruna tazminat sağlayan bireysel tedbirler hem de gelecekte benzer ihlallerin ortaya çıkmasını engelleyen genel tedbirleri uygulaması hususunda bağlayıcılık getiren tespit hükümleri verebilir.³⁹ Belirli davalarda, AİHM Devlete hangi spesifik tedbirlerin alınacağı konusunda tavsiyede bulunmaktadır.

Gerekmesi halinde, ilgili Sözleşme Devletin iç hukukunun yalnızca kısmi tazmine olanak tanınması durumunda, Mahkeme zarar gören tarafa adilane tazmin sağlayabilir. Mahkemenin nihai hükümlerinin uygulamasının denetimi nihai olarak siyasi bir organ olan Bakanlar Kurulu tarafından yapılacaktır.⁴⁰

AİHM’in eğilimi her zaman Sözleşme haklarının geniş kapsamlı ve dinamik bir şekilde yorumlanması, insan özgürlüklerine ilişkin yeni tehditlerin engellenmeye çalışılması ve zaman içerisinde görülen boşlukların doldurulması yönünde olmuştur. Mahkemenin yerleşik içtihadına göre, “Sözleşmenin kuramsal ve yanıltıcı olmanın aksine pratik ve etkili hakları güvence altına alacak şekilde yorumlanması gerekir”⁴¹ Bunun yanında, Mahkeme “Sözleşmenin günümüzdeki koşullar ışığında yorumlanması gereken canlı bir belge olduğunu ve insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması alanında gerekli hâle gelen giderek artan yüksek standart çerçevesinde demokratik toplumların temel değerlerine ilişkin ihlallerin değerlendirilmesi hususunda daha fazla katiyete gerek olduğunu ...” değerlendirmektedir⁴²

c) BM Güvenlik Konseyi Üzerinde Temsili Anayasa Yargısı

Henüz etkili anayasal sınırlamalar ve yargı denetimine tabi tutulmamış olan

38 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 148 (5) Maddesi.

39 AİHS Madde 41.

40 AİHS Madde 46.

41 AİHM, 17 Temmuz 2014 tarihli Büyük Daire kararı, Valentin Câmpeanu adına Hukuki Kaynaklar Merkezi / Romanya (Sayı 47848/08), fıkra 105.

42 AİHM, 12 Mayıs 2005 tarihli Büyük Daire kararı, Öcalan / Türkiye (Sayı 46221/99), fıkra 163.

tek uluslararası güç merkezi, genelde uluslararası hukuk veya özellikle BM Şartının “anayasal çerçeveye oturtulmasına” ilişkin süregelen girişimlere bakılmaksızın, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’dir.⁴³ Üye Devletler uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin temel sorumluluğu Güvenlik Konseyi’ne devrederek Konseyi yasal bağlayıcılığı bulunan kararlar alma hususunda yetkilendirmektedir.⁴⁴ Bilhassa, Güvenlik Konseyine barışa yönelik tehditler, barışa ilişkin ihlaller ve saldırı eylemlerine karşı koyulması amacı ile askeri güç kullanma veya Üye Devletler⁴⁵ veya bölgesel kuruluşları askeri güç kullanma konusunda yetkilendirme yetkisi de dahil olmak üzere BM Şartının VII. Bölümü⁴⁶ kapsamında yaptırımlar uygulanmasına ilişkin geniş ve sayısız yetkiler verilmiştir.

Aslında, BM Şartının 24 (2) Maddesinde Güvenlik Konseyi’nin BM Şartının 1 ve 2. Maddelerinde belirtilen Birleşmiş Milletlerin daha çok genel amaçları ve ilkelerine uygun olarak hareket etmesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak, Birleşmiş Milletlerin temel adli organı konumundaki Uluslararası Adalet Divanı Güvenlik Konseyi kararlarını doğrudan denetleyememektedir, çünkü yalnızca Devletler (ve Birleşmiş Milletler Örgütü veya Güvenlik Konseyi değil) Mahkeme önündeki davalara taraf olabilmektedir.⁴⁷

Bu, Güvenlik Konseyi’nin genelde gizli istihbarat bilgilerine dayalı olarak uluslararası terörizmi desteklediğinden şüphelenilen gerçek ve tüzel kişilere yönelik olarak mal varlığının dondurulması ve seyahat sınırlamaları gibi hedefe yönelik yaptırımlar uygulamaya başladığından bu yana, özellikle ilgi duyulan bir konu haline gelmiştir. BM Üye Devletlerinin adları ilgili Güvenlik Konseyi kararının ekinde bulunan bir listeye dahil edilen bütün kişilere karşı bu yaptırımları uygulaması gerekmektedir. Söz konusu kişiselleştirilmiş yaptırımların adları listeye eklenen kişilerin temel insan haklarına yönelik derin müdahaleler içermesine karşın, söz konusu kişilere BM düzeyinde herhangi bir adli koruma sağlanmamaktadır.⁴⁸ Güvenlik Konseyi tarafından

43 Bkz. Thomas Giegerich, The Is and the Ought of International Constitutionalism, German Law Journal, vol. 10 (2009), no. 1, s. 31 ve sonrası; Erika de Wet, The Constitutionalization of Public International Law, in: Rosenfeld & Sajó (dipnot 25), s. 1209 ve sonrası.

44 26 Haziran 1945 tarihli BM Şartının 24 (1), 25 Maddeleri (<http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml> [son erişim tarihi 12 Ağustos 2014]) adresinden erişilebilir.

45 International Court of Justice, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, s. 16, fıkra 110. Bkz. aksine, ABA’nın 5 (2) Maddesindeki yetki devri ilkesi.

46 BM Şartı Madde 92.

47 26 Haziran 1945 tarihli Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 34 (1) Maddesi (<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0> [son erişim tarihi 12 Ağustos 2014]) adresinden erişilebilir. Bkz. Dagmar Richter, Judicial Review of Security Council Decisions – A Modern Vision of the Administration of Justice?, Polish Yearbook of International Law vol. 32 (2012), s. 271.

48 2083 (2012) sayılı ve 17 Aralık 2012 tarihli BM Güvenlik Konseyi Kararı, fıkra 19 ve sonrası

T. Giegerich: İktidara Karşı Hukuku Etkili Bir Şekilde Söyleme Sanatı

oluşturulan listeden çıkarma prosedürleri çerçevesinde, en iyi ihtimalle Güvenlik Konseyi'nin El-Kaide Yaptırımlar Komitesine kişilerin listeden çıkarılması yönünde yalnızca tavsiyede bulunabilen bir Ombudsman'a başvurulabilmektedir. Bunun uygun hukuki usulün gereksinimleri açısından yeterli olmaktan çok uzak olması sebebiyle, listede adı bulunan kişilerden bazıları - Kadi ve Al-Dulimi - bu yaptırımların uygulanmasını sağlayan ulusal veya uluslararası kanunlara karşı koruma açısından bölgesel mahkemelere başvuruda bulunmuş ve her ikisi de ABAD ve AİHM'de davalarını kazanmıştır.⁴⁹ ⁵⁰ Esasen (usulen olmasa da), Avrupa'daki iki bölgesel mahkeme BM Güvenlik Konseyinin bağlayıcı yaptırım kararları üzerinde bir nevi temsili Anayasa yargısı uygulamasında bulunmuştur. Bu mahkemelerin hiçbiri BM Şartı yükümlülüklerinin BM Şartının 103. Maddesinde yer alan diğer uluslararası yükümlülüklerden üstün olduğu iddiasını kabul etmemiştir.

ABAD'ın Kadi davası ve AİHM'in Al-Dulimi davasının bölgesel mahkemelerin insan haklarını Birleşmiş Milletlerin ihlallerinden korumasına ilişkin takdire şayan çabalarını teşkil etmesine karşın, söz konusu mahkemeler uluslararası terörizme karşı bir bütün olarak uluslararası toplum yararına uygulanan etkili Güvenlik Konseyi yaptırımlarının önemini hafife almış olabilmektedir. Şüpheli teröristlerin insan hakları menfaati ve dünya barışı menfaatinin (terör saldırılarının muhtemel mağdurlarının insan hakları göz önüne alındığında, hiç şüphe yok ki bir insan hakları unsuru da bulunmaktadır) korunması arasında bir denge kurulmasına ilişkin bir girişim Avrupa İlk Derece Mahkemesi (İDM) tarafından Kadi davasında yapılmıştır.⁵¹ Mahkeme, yalnızca uluslararası insan hakları hukukunun emredici (jus cogens) standartlarını kullanarak, Güvenlik Konseyi Kararını uygulamaya geçiren Avrupa Topluluğu Tüzüğü açısından çok uyumlu bir denetim standardı uygulamıştır.⁵² İDM, AT Tüzüğü'nün yargı denetiminin esasen Güvenlik Konseyi Kararının denetimine tekabül etmesi sebebiyle, uygulanacak standardın hiç kuşkusuz Güvenlik Konseyi açısından da bağlayıcılığı bulunan kurallar bütünü olduğunu öne sürmüştür.⁵³ Beklenildiği gibi, AT Tüzüğü bu uyumlu standart nedeniyle denetimden kolay bir şekilde sıyrılmıştır. Ancak, İDM kararı, Üye Devletlerin Güvenlik Konseyi Kararını uygulamaya geçirmesine yönelik BM Şartı

ve Ek II.

49 Örneğin bkz. ABAD, 18 Temmuz 2013 tarihli karar (C-584/10 P sayılı Dava), ECLI:EU:C:2013:518. Dava, davacıların tamamının davada ismen belirtilmiş olması sebebiyle, bir düzenlemeye karşı bireyler tarafından uygulanan kabul edilebilir, doğrudan bir eylemin birkaç örneğinden birini teşkil etmektedir.

50 Örneğin bkz. AİHM, 26 Kasım 2013 tarihli Daire kararı (Sayı 5809/08), Al-Dulimi / İsviçre (henüz kesin değildir – dava şu anda Büyük Daire'de görülmektedir).

51 Case 26/01, European Court Reports 2005, s. 1. Ayrıca bkz. Case T-85/09, European Court Reports 2010, s. II-5177.

52 Aşağıdaki 81 no'lu dipnota ve beraberindeki metne bakınız.

53 Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, European Court Reports 2008, s. I-6351.

kapsamındaki yükümlülüklerine bakılmaksızın, Tüzüğü karşılamadığı AB temel haklar hukukunun genel katı standartlarını uygulayan ABAD tarafından temyizde bozulmuştur. AB'de, kişiselleştirilmiş yaptırımların uygulamaya konulması AB'nin münhasır yetkisi kapsamına girmektedir.⁵⁴ Bu nedenle, kendimizi gerçek bir ikilem içerisinde bulmaktayız: Ya uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına (insan hakları menfaatlerine de hizmet etmektedir) ilişkin Güvenlik Konseyi eyleminin etkinliği pahasına bölgesel mahkemelerin temsili anayasal denetim yapmasına izin vermektediriz ya da Güvenlik Konseyi'nin insan haklarına müdahale etme yetkilerine yönelik etkili yasal sınırlamalar uygulanması pahasına Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin temel sorumluluğunu etkili bir şekilde yerine getirme kabiliyetini koruma altına almaktayız. Bu yüzden, denklemin her iki tarafında da insan hakları bulunmaktadır - muhtemel terör saldırılarının gelecekteki mağdurlarının insan hakları ile uluslararası terörizmi desteklediğinden şüphe duyulanların insan hakları karşı karşıya kalmaktadır.

2. Bağımsızlık, Tarafsızlık ve Yargısal Sınırlamanın Bir Fonksiyonu Olarak Anayasa Mahkemelerinin Otoritesi

a) "En Az Tehlikeli Organın" Yumuşak Gücü⁵⁵

Etkili anayasacılığın ilk örnekleri Kuzey Amerika'daki bağımsızlıklarını yeni kazanmış eski İngiliz sömürgelerinde 18. yüzyılın sonlarında ortaya çıkmıştır. En iyi bilinen ve en iyi belgelendirilmiş örnek 17 Eylül 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasasıdır.⁵⁶ ABD'nin kurucularından üçü tarafından yazılan, ilk federal Anayasa'ya yönelik olarak oluşturulan ve Federalist Papers olarak adlandırılan ilk görüş dizisine sahip olduğumuzdan dolayı şanslıyız. Federalist No. 78'de, Alexander Hamilton şöyle bir açıklama yapmıştır: "kuvvetlerin birbirinden ayrıldığı bir yönetimde, yargı, işlevlerin doğası gereği, Anayasa'nın siyasi haklarına her zaman daha az tehlikeli olacaktır; çünkü yargı bu hakları taciz etme veya zedeleme kapasitesi en düşük olan kuvvet konumunda olacaktır."⁵⁷ Yürütme payeleri dağıtmanın yanı sıra toplumun kılıcını da elinde tutmaktadır. Yasama cüzdanı idare etmenin yanı sıra her vatandaşın görevleri ve haklarının düzenleneceği kuralları da belirlemektedir. Diğer taraftan, yargının ne kılıç ne de cüzdan üzerinde bir etkisi bulunmaktadır; yargı toplumun ne kuvveti ne de refahı ile yönlendirilmektedir ve etkili hiçbir karar alamamaktadır. Yargının ne KUVVETİ ne de İRADESİ ol-

54 ABİA'nın 3 (1) e Maddesi, 215 (2) Maddesi.

55 Bkz. Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (1962).

56 Yukarıda bahsedilen 1780 tarihli Massachusetts Anayasası gibi kurucu eyalet düzeyinde çeşitli selefler olmuştur (yukarıdaki 1 no'lu dipnota bakınız).

57 *The Federalist* (Modern Library College Editions, New York).

T. Giegerich: İktidara Karşı Hukuku Etkili Bir Şekilde Söyleme Sanatı

duğu tam anlamıyla söylenebilmektedir, yalnızca muhakemeye sahip olduğu ifade edilebilmektedir ve yargının en nihayetinde vardığı yargıların etkinliği açısından dahi yürütme tarafının yardımına bel bağlaması gerekmektedir.”⁵⁸

Diğer bir deyişle: Bir (anayasa) mahkemesi kararlarında “güce karşı hukuku konuşturduğunda”, iktidarın bu kararları dinleme ve bunlara uyma eğiliminde olması gerekir, aksi takdirde, bu kararlar hükümsüz olacaktır, çünkü mahkemenin yararlanabileceği herhangi bir zorlama yolu bulunmamaktadır. Mahkemenin yumuşak gücü siyasi yöneticilerin sert gücünü karşılamaktadır.⁵⁹ Sert gücün mahkeme kararlarına uygun hareket etmeye hazır olup olmaması ilgili mahkemenin yetkisine bağlı olarak değişiklik göstermektedir; bu da mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığına bağlıdır. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı tamamen nesnel faktörler değildir. Ayrıca, bunların öznel bir bileşeni de bulunmaktadır - iktidarın mahkeme kararlarının anayasal hükümlerin sadakatle uygulanmasına ilişkin samimi ve ikna edici bir çaba içerisinde bağımsız ve tarafsız bir biçimde alındığını kabul etmeye hazır olması durumu anlamına gelen inandırıcılık.

Ancak, mahkemenin yetkisi mahkemenin yargı işlevinin sınırları dahilinde kalması ve yönetimin siyasi taraflarının takdir yetkisine bırakılan politika yapma alanına müdahale etmemesi bakımından yargı sınırlamasının düzgün ve güvenilir bir şekilde uygulanmasına da dayanmaktadır.

Bu çerçevede, ABD Yüksek Mahkemesi yargılanamayacak hükümet tasarruflarının belirlenmesi için hükümet tasarrufu doktrinini geliştirmiş ve aynı zamanda bir davanın siyasi öneme sahip olmasının aslında mahkemeleri bu hususta karar alma yetkisinden mahrum bırakmamaktadır.⁶⁰ Hukuk her ne-reye ulaşırsa ulaşsın, “hukukun ne olduğunu anlatmak kesinlikle yargı dairesinin yetkisi ve görevidir.”⁶¹ Nitekim, ABD Yüksek Mahkemesi siyasi açıdan büyük önem taşıyan ve/veya büyük hassasiyet gerektiren birçok davada karar almıştır ve bu kararların tamamı nihai olarak siyasi taraflarca kabul edilip uygulanmıştır.⁶² Bunun nedeni Birleşik Devletlerde iyice yerleşen ve Yüksek

58 Id., s. 502, 504.

59 ABD Devlet Başkanı Andrew Jackson’ın Worcester / Georgia davasında (31 U.S. [6 Pet.] 515 [1832]) Yüksek Mahkeme Başkanı John Marshall tarafından verilen ABD Yüksek Mahkemesi kararı ile ilgili olarak vermiş olduğu efsanevi mütalaaya bakınız: “John Marshall kararını verdi. Şimdi uygulasin da görelim.” (Gerald Gunther, Constitutional Law, 12th ed. 1991, s. 25).

60 Bu açıdan en önde gelen dava Baker / Carr’dır (369 U.S. 186, 217 (1962)).

61 Marbury / Madison (17 no’lu dipnot), s. 177.

62 Örneğin bkz. Youngstown Sheet & Tube Co. / Sawyer, 343 U.S. 579 (1952) – Kore Savaşı’nın ortasında bir grevin önüne geçilmesi için Devlet Başkanı tarafından stratejik öneme haiz çelikhanelere haciz koyulmasının yasaklanması; Brown / Eğitim Kurulu, 347 U.S. 483 (1954) ve 349 U.S. 294 (1955) – okullarda ırk ayrımının yasaklanması ve icra emri; New York Times Co. / ABD, 403 U.S. 713 (1971) – Vietnam Savaşı ile ilgili gizli belgelerin (“Pentagon Papers”) yayımlanmasına izin verilmesi ; ABD / Nixon, 418 U.S. 683 (1974) – Devlet Başkanının bant kayıtlarını Watergate Özel Savcısına teslim etmek zorunda kalması (Devlet Başkanı

Mahkeme kararlarına uygun hareket etmemeyi siyasi açıdan ölümcül bir günah haline getiren “anayasal kültürdür”.

b) Güvenilir Yargısal Denetimin Nihai Değerlendiricisi Olarak Seçmenlerin Rolü

Demokratik bir anayasal sistemde, tüm kamu kurumlarının iyi işlediği veya işlemediği hususundaki nihai söz sahibi seçmenleri meydana getiren aydın halktır. “Aydın seçmen” terimi ile anayasacılık, sınırlı hükümet (halkın büyük çoğunluğu tarafından desteklenen demokratik hükümet olsa dahi) ve bireysel hürriyet değerlerinin tadını çıkaran ve bu nedenle otokratik yönetimin cezbedici yalvarışlarıyla ayartılamayacak olan bir seçmen topluluğu ifade edilmektedir. Hürriyet ve temel anayasal ön koşulları hukuki metinlerden ziyade halkın gönlünde yatmaktadır.⁶³ Eğitimli ve siyasi açıdan uyanık bir halk bunların en önemli koruyucusudur ve özgür basın bunların bekçileridir. Bu bağlamda, en caydırıcı karşı örnek Almanya’dan gelmektedir.

Almanya’da, seçmenlerin çoğu 1919 Cumhuriyetçi Anayasası ile getirilen parlamenter demokrasi, hukukun üstünlüğü ve temel hak güvencelerini hızlı bir biçimde yerle bir eden ve ülkeyi II. Dünya Savaşı ve Yahudi Soykırımına sürükleyen Hitler diktatörlüğüne 1933 yılında seçim zaferi kazandırmıştır.⁶⁴

Anayasa mahkemeleri de kamu kurumları olarak özgür basın tarafından temsil edilen demokratik egemen gücün yakın denetimi altında işlev göstermektedir, ancak hakimler ya seçimle gelmemektedir ya da en azından görevden alınmaya tabi değildir, çünkü hakimlerin siyasi açıdan sorumlu hâle getirilmesi yargı bağımsızlığıyla bağdaşmayacaktır. Buna karşın, seçmenlerden siyasi tarafları (“iktidar”) anayasa mahkemelerine karşı verilen tepkilerinden dolayı ödüllendirmeleri veya cezalandırmaları istenmektedir. İktidarın güvenilir olan kararlara yukarıda bahsedilen şekilde karşı çıkması ve oy sandığında bunun yanına kar kalması durumunda, anayasacılık bu sistemde ciddi tehlike altındadır. Ancak iktidarın bu açıdan güvenilir olmayan kararların anayasa değişiklikleriyle bozulması veya uygulanamaz hâle getirilmesi için mevcut bütün hukuki yolları kullanmadan bunları yalnızca uygulaması ve oy sandığında bu rızanın yanına kar kalması durumunda, aynı durum geçerlidir.

Nixon’ın istifasının fitilini ateşlemiştir); Bush / Gore, 531 U.S. 98 (2000) – beş Hakimden meydana gelen çoğunluk nihai olarak 2000 yılındaki Devlet Başkanlığı seçiminin sonucu konusunda belirleyici olmuştur; Boumediene / Bush, 553 U.S.723 (2008) – Guantánamo’da (Küba) ABD toprakları dışında tutuklu olarak tutulan yabancı “yasadışı militanlar” anayasal “İhzar Müzekkeresi Hakkından” yararlanmaktadır.

63 Bkz. Hakim Learned Hand, Özgürlüğün Ruhu (21 Mayıs 1944 tarihinde Central Park, New York City’de yapılan konuşma [<http://www.learnedhand.org/?p=4>]).

64 Bkz. Winston S. Churchill, The Second World War, Vol. I: The Gathering Storm (new edition London etc. 1949), s. 9 ve sonrası.

T. Giegerich: İktidara Karşı Hukuku Etkili Bir Şekilde Söyleme Sanatı

Bu hususta, ABD Başkanı Franklin D. Roosevelt'in ABD tarihinde yürütme ile yargı arasındaki en ciddi restleşmeye yol açan "Mahkeme paketleme planının" akıbetinde çıkarılacak bir ders bulunmaktadır. 1930'lu yıllarda, Roosevelt Yönetimi dünyadaki ekonomik krizin ağır sonuçlarının üstesinden gelmek için ekonomiye yönelik çok daha katı bir federal düzenleme ve müdahaleye dayalı olan Yeni Düzen politikasını uygulamaya çalışmıştır. Ancak, ABD Yüksek Mahkemesi üyelerinin çoğu birçok önemli Yeni Düzen kanununu iptal etmiştir. 1936 yılında büyük bir çoğunluk tarafından yeniden seçilmesinin ardından, Cumhurbaşkanı Roosevelt Yüksek Mahkeme Üyelerinin sayısını dokuzdan on beşe çıkarmak üzere 1937 yılında bir kanun çalışması başlatmıştır.⁶⁵ Cumhurbaşkanı'nın ABD Yüksek Mahkemesi üyeliğine yönelik adayları göstermesi ve Senato onayının ardından bu adayları ataması nedeniyle, bu değişiklik Cumhurbaşkanı Roosevelt'e ekonomik ve sosyal politikasına yarar sağlayacak bir ABD Yüksek Mahkemesi çoğunluğu elde etme şansı tanıyacaktı. Mahkeme paketleme planı en nihayetinde Senatoda reddedilmiştir.

Diğer taraftan, söz konusu kanun çalışması bağlamında, ABD Yüksek Mahkemesinde beşinci bir üyenin Yeni Düzen yanlısı gruba katılması nedeniyle, üyelerin çoğu Yeni Düzen mevzuatını desteklemeye başlamıştır. "Bir mih bir nal kurtarmış, bir nal bir at kurtarmıştır".⁶⁶

O halde, söz konusu restleşmede kim galip gelmiştir, Devlet Başkanı mı Yüksek Mahkeme mi? Neyse ki, iki taraf da galip gelmemiştir - nihai olarak galip gelen anayasacılık ve hukukun üstünlüğü olmuştur. Yüksek Mahkeme Eski Başkanı William H. Rehnquist'in de açıkladığı üzere: "Cumhurbaşkanı Roosevelt Mahkeme paketleme savaşını kaybetmiş, ancak Yüksek Mahkemenin kontrolüne ilişkin savaşı kazanmıştır. Roosevelt bu savaşı ... on iki yıldan fazla süre görevde kalarak ve Mahkemenin dokuz üyesinden sekizini atayarak kazanmıştır. Bu şekilde, Anayasada Mahkemenin yönetimin siyasi taraflarına ilişkin nihai sorumluluğuna yer verilmektedir. ... [B]izim güçler ayrılığı sistemimiz sayesinde, ... anlaşmazlıklar vuku bulduğunda, Yüksek Mahkememizin bağımsızlığının ... korunmuş olmasından dolayı kendimizi şanslı addetmekteyiz. ... [B]u çoğunlukla halkın yargıya saygı göstermesinden kaynaklanmaktadır. ... Mahkemenin bağımsızlığı ve yetkisi açısından yönetimin diğer taraflarından gelebilecek zorluklarla karşılaşmaya devam edeceği konusunda şüphelerim var ... Söz konusu bağımsızlığın korunma düzeyi yine

65 ABD Yüksek Mahkeme Üyelerinin sayısı Anayasa ile değil, yalnızca genel mevzuat ile tanımlanmaktadır.

66 David P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court: The Second Century 1888-1986* (1990), s. 205 ve sonrası, 235 ve sonrası; William H. Rehnquist, *The Supreme Court* (1987), s. 215 ve sonrası; Jeff Shesol, *Supreme Power – Franklin Roosevelt vs. The Supreme Court* (2010), s. 405 ve sonrası.

bir ölçüde halkın yargıya saygısına bağlı olarak farklılık gösterecektir. Kamuoyuna yaranmaya çalışmadan söz konusu saygının ve halkın iyi niyetinin korunması federal yargının önünde bir zorluk olarak durmaktadır." Söz konusu husus her yerde yargının önünde bir zorluk olarak bulunmaktadır.⁶⁷

III. Anayasa Değişiklikleri: Yargı Denetimi Konusu Olan Sınırlar Var mı?

1. "Çoğunluk Karşıtlığı Sorunu"

Anayasal yargının demokratik bir sisteme entegre edilmeye çalışılması⁶⁸, ister istemez, "çoğunluğun karşısında olma zorluğunu" gündeme getirmektedir. Seçimle gelmeyen ve hesap verme sorumluluğu bulunmayan hakimlerden meydana gelen küçük bir grubun doğrudan seçimle gelen yasama organının çoğunluğu tarafından alınan kararları iptal etme yetkisinin bulunması haklı gösterilebilir mi? Bu soruya evet cevabı verilebilir, çünkü aksi takdirde Anayasa'nın ilgili siyasi çoğunluğun gücü üzerine getirdiği kısıtlamaların bir bütün olarak halk yararına uygulanması imkansız olacaktır.

Anayasal bir sistemde, demokratik hükümet, varlığını sürdürmesi söz konusu anayasal sınırlara uygunluğu izleyen tarafsız koruyucuların mevcudiyetine dayalı olan ve daha az sınırlı olmayan hükümdür. Hiç kuşku yok ki, koruyucuların kendilerini otokratik hükümdarlar olarak atamalarının engellenmesi gerekir. Bir anayasa mahkemesinin Charles de Montesquieu'nun⁶⁹ gerçekçi olmayan yargısal minimalizmi ve Woodrow Wilson'ın ABD Yüksek Mahkemesine "Sürekli toplantı hâlinde bir Anayasa Kongresi" şeklinde hitap ederek mahkemeyi alenen suçladığı abartılı (ve çoğunlukla uydurma) yargısal maksimalizm arasında bir orta yol tutturması her zaman zor olmuştur.⁷⁰ "Hakimlerden meydana gelen bir hükümetin" demokratik olmadığının açık olmasına karşın, yargısal açıdan uygulanabilir anayasal sınırlamaların bulunmadığı herhangi bir çoğunluk hakimiyetinde zorba bir hükümet şeklinde yozlaşma riski bulunmaktadır.

Bir anayasa mahkemesi Anayasa'yı ne oluşturmaktadır ne de gerçek anlamda yorumlamaktadır, çünkü bir kanunun asıl yorumu söz konusu kanunun

67 William H. Rehnquist, *Judicial Independence*, University of Richmond Law Review, vol. 38 (2004), s. 579, 596-7.

68 Terim için Alexander Bickel'e bakınız (55 no'lu dipnot), s. 18. Ayrıca bkz. Thomas Giegerich, *Appointment and Removal of Members of Constitutional Courts: Reconciling Demands for Legitimacy, Quality, Independence and Impartiality*, Anayasa yargısı vol. 27 (2010), s. 143 ve sonrası. (Türkçe çevirisi s. 123 ve sonrası).

69 Bkz. *De l'esprit des lois* (1748) eseri, kitap XI, bölüm VI: "Mais les juges de la nation ne sont ... que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur." (<http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.moc.del2> [son erişim tarihi 15 Ağustos 2014]) adresinden erişilebilir

70 E.S. Corwin & J. Peltason. *Understanding the Constitution* (11th ed. 1988), s. 125.

T. Giegerich: İktidara Karşı Hukuku Etkili Bir Şekilde Söyleme Sanatı

yaratıcısına bırakılmaktadır. Anayasa ile kurulan kurumlardan biri olan bir anayasa mahkemesinin işlevi anayasa metninin yorumlanması ve belirli ve tartışmalı bir ölçüye kadar söz konusu metnin Anayasa'nın genellikle uzun kullanım ömrü süresince değişen siyasi, sosyal, ekonomik ve uluslararası koşullara uygun hâle getirilmesi ile sınırlıdır. Ancak, mahkemenin üyelerinin büyük bölümünün kişisel ahlaki, dini veya siyasi tercihlerine göre Anayasa'yı değiştirmekten veya boşlukları doldurmaktan uzak durması gerekir. Buna karşın, bir Anayasa'ya ilişkin meşru yorumlama ve meşru değişiklik ya da ekleme yapma arasındaki çizgi genelde incedir ve çoğunlukla belirsizdir. Hiçbir mahkeme bu bağlamda ilerici ve kimi zaman cesur içtihadı AB'nin günümüzdeki yakından entegre, yarı-federal sisteme dönüştürülmesine büyük katkıda bulunan ABAD'dan daha fazla ihtilafa neden olmamıştır. Ancak, AİHM'in genelde ilerleyici içtihadı da tartışmalardan nasibini almıştır.⁷¹ Sözleşme Devletlerinin memnuniyetsizliğinin oldukça ılımlı bir ifadesine AİHS'de değişiklik yapan 15 No'lu Protokolün Sözleşme Devletlerinin yararlandığı yetki devri ilkesi ve takdir payının vurgulandığı 1. Maddesinde rastlanabilir.⁷²

Bilhassa anayasa değişikliklerinin bir referandumda doğrudan halk tarafından onaylanması halinde, bir mahkeme söz konusu değişikliklerin Anayasa'ya uygunluğuna karar verdiğinde, çoğunluğun karşısında olma zorluğu daha kötü bir duruma gelmektedir.

Bu, yalnızca aslında oldukça yaygın olan bir özellik konumundaki anayasa değiştirme yetkisine sahip organı kısıtlayan anayasal sistemlerde olasıdır.⁷³ Bir anayasa mahkemesinin Anayasa'yı değiştirme yetkisine sahip organın aldığı kararı iptal etmesi durumunda, anayasal sistem içerisinde mahkemenin kararını bozulmasına yönelik herhangi bir olasılık kalmamaktadır - yalnızca tamamen yeni bir Anayasa'nın çıkarılması işe yarayacaktır.

2. Anayasa Yapma Yetkisi ile Anayasa'yı Değiştirme Yetkisi Arasında Ayırım Yapılması

Emmanuel-Joseph Sieyès demokratik bir sistemde halka (la nation) ait olan asıl anayasa yapma yetkisi (pouvoir constituant) ve Anayasa'nın anayasa ile oluşturulan yetkinin (pouvoir constitué) parçasını oluşturan yasama organına devrettiği ikincil kanun yapma yetkisi arasında ayırım yapan ilk kişi olmuştur.⁷⁴ Sieyès iki çıkarımda bulunmuştur: Milletın iradesi her zaman yasaldir, ken-

71 Eric Stein, Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, American Journal of International Law vol. 75 (1981), s. 1 ve sonrası. Ayrıca yukarıdaki II. 1. b'ye bakınız.

72 37 no'lu dipnot.

73 Aşağıdaki 3 no'lu kısma bakınız.

74 Qu'est-ce qu le tiers état? (1789), https://fr.wikisource.org/wiki/Qu%27est-ce_que_le_tiers_s_%C3%A9tat (son erişim tarihi 15 Ağustos 2014) adresinden erişilebilir.

di başına kanundur; her şeyden önce doğal hukuktan başka bir şey değildir. Daha çağdaş dille ifade etmek gerekirse, Sieyès milletin anayasa yapma yetkisinin hiçbir ulusal kanuna değil, ancak uluslararası hukuka bağlı olduğunu bize anlatmaktadır. İkinci çıkarımı şu şekildedir: Devredilen yetki, yetki devri koşullarını değiştirmemektedir.⁷⁵ Bu nedenle, yasama organı Anayasa'ya bağlıdır. Oldukça yaygın⁷⁶ bir durum olarak, yasama organına Anayasa'yı değiştirme, nitelikli çoğunluk ile hareket etme yetkisinin devredilmesi hâlinde - ki bu oldukça yaygın görülen bir durumdur -, söz konusu yetki Anayasa'nın temel yapısı veya ana bileşenlerinin değiştirilmesi yetkisini kapsamamaktadır. Aksi takdirde, yasama organı anayasa ile kurulan ve sınırlı yetkilerle donatılan bir kurumdan aynı Anayasa'nın mutlak hakimine dönüştürülecektir. Bu durumda, anayasa değiştirme yetkisi (pouvoir constituant dérivé) bir yasama darbesine yönelik bir açık çekle eş anlamlı hâle gelecektir.⁷⁷

Bu durum, demokratik bir sistemde asıl anayasa yapma yetkisini (pouvoir constituant originaire) kullandığında Anayasa'nın tek hakiminin halk olduğu görüşü açısından mantıksız ve uygunsuz olacaktır. Söz konusu anayasa yapma yetkisi çağdaş uluslararası kamu hukukunun mihenk taşı haline gelen halkların kendi kaderlerini tayin etme hakkından kaynaklanmaktadır.

3. Anayasa'yı Değiştirme Yetkisinin Sarih ve Zımni Sınırları

Bu sezgiler birçok anayasada Anayasa'yı değiştirme yetkisine sınırlamalar getiren sarih hükümlerin dayanağını oluşturmaktadır. Bu suretle, örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 4. Maddesinde Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğunun belirtildiği 1. Madde hükmü, Cumhuriyetin niteliklerine ilişkin 2. Madde hükümleri ve Anayasa'nın 3. Madde hükümlerinin değiştirilemeyeceği ya da bunlarla ilgili değişiklik teklifi yapılamayacağı ortaya konmaktadır. Alman Anayasasının (AA) "ebediyet hükmü" olarak ifade edilen 79 (3) Maddesi uyarınca, federal yapı veya kurucu eyaletlerin federal yasama sürecine prensipte katılımı ya da AA'nın 1 ve 20. Maddelerinde ortaya konan ilkele-

⁷⁵ 18. yüzyılda, uluslararası kamu hukuku konumundaki milletler hukuku genelde doğal hukukun parçası olarak nitelendirilmiştir. İsviçreli Emer de Vattel tarafından kaleme alınan zamanın önemli uluslararası hukuk kitabının adı "Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains", 1758 olmuştur.

⁷⁶ Alman Anayasasının 79 (2) Maddesi uyarınca, her biri üçte iki çoğunlukla olmak üzere, iki meclis Konseyi Anayasa'yı birlikte değiştirebilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175. Maddesi uyarınca, Türkiye Büyük Millet Meclisinde üçte iki çoğunlukla kabul edilen anayasa değişiklikleri, Cumhurbaşkanı'nın söz konusu değişiklikleri referanduma götürmemesi halinde, yürürlüğe girmektedir. ABD Anayasasının V. Maddesi çerçevesinde, her iki Kamaranın üçte iki çoğunluğu tarafından önerilen değişiklikler için Eyaletlerin dörtte üçünün yasama organlarının onayı gereklidir.

⁷⁷ Bkz. Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (UESKHS) ve Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin (UMSHS) (her ikisi 16 Aralık 1966 tarihli) ortak 1. Maddesi, United Nations Treaty Series, vol. 993, s. 3 ve vol. 999, s. 171.

ri etkileyen Anayasa değişiklikleri kabul edilemez.⁷⁸ ABD Anayasasının V. Maddesinde, hiçbir anayasa değişikliğinin bir Eyaleti, müsaadesi olmaksızın, Senatodaki eşit oy kullanma hakkından mahrum bırakamayacağı belirtilmektedir. 1947 tarihli İtalyan Anayasasının 139. Maddesi ve 1958 tarihli Fransız Anayasasının 89 (5) Maddesi çerçevesinde, cumhuriyete dayalı yönetim şekli anayasa değişikliği ile değiştirilemez. 1814 tarihli Norveç Anayasasının 112 (2) Maddesinde Anayasada yer verilen ilkelere aykırı düşen anayasa değişiklikleri yasaklanmaktadır ve yalnızca Anayasa'nın ruhunu değiştirmeyen belirli hükümlere ilişkin değişikliklere müsaade edilmektedir.⁷⁹

1999 tarihli İsviçre Federal Anayasasında Anayasa'nın hem kısmi hem de toptan revizyonlarının zorunlu bir referanduma tabi tutulduğu ve bu şekilde, Anayasa'yı değiştirme yetkisini kullananın her zaman İsviçre halkı olduğu hükmüne yer verilmektedir. İsviçre halkının da anayasa yapma yetkisine sahip olması sebebiyle, bu durum Anayasa'yı değiştirme yetkisine yönelik herhangi bir anayasal sınırlamanın oluşturulmasını karmaşık hâle getirmektedir. İsviçre Federal Anayasasının 193 (4) Maddesi ve 194 (2) Maddesinde güvence altına alınan çözüm, hem kısmi hem de toptan revizyonlarda uluslararası kamu hukukunun emredici normlarının (jus cogens) ihlal edilemeyecek olmasıdır. Anayasa'nın kısmi revizyonuna yönelik genel bir çalışmanın başlatılması durumunda, Federal Meclis'e tasarlanan kısmi revizyonun uluslararası jus cogens 'e ters düşmemesinin sağlanma sorumluluğu verilmektedir. Ancak, toptan revizyonların uluslararası jus cogens 'e uygunluğunun sağlanmasının tamamen İsviçre halkına bırakılmasının sağlanması için bunlarla ilgili olarak söz konusu sorumluluğu kullanabilecek hiçbir kurum bulunmamaktadır. Uluslararası jus cogens korunması bir bütün olarak uluslararası toplumun yararına olan güç kullanımının yasaklanması, işkence, soykırım, insanlığa karşı suçlar ve kendi kaderini tayin etme hakkının yasaklanması gibi genel uluslararası hukukun en temel normlarından meydana gelmekte-

78 AA'nın 1. Maddesi: (1) İnsan onuru dokunulmazdır. İnsan onuruna saygı gösterilmesi ve insan onurunun korunması devletin bütün yetkili makamlarının görevidir. (2) Bu nedenle, Alman halkı dokunulmaz ve vazgeçilemez insan haklarını her toplumun temeli, dünyada barış ve adaletin dayanağı olarak ki her toplumun temeli olarak kabul etmektedir. (3) Aşağıdaki temel haklar doğrudan uygulanacak kanun olarak yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar. AA'nın 20. Maddesi: (1) Almanya Federal Cumhuriyeti demokratik ve sosyal bir federal devlettir. (2) Bütün devlet yetkileri halktan kaynaklanır. Söz konusu yetkiler seçimler ve diğer oylamalar aracılığıyla ve belirli yasama, yürütme ve yargı organları vasıtasıyla halk tarafından kullanılır. (3) Yasama organı anayasal düzene bağlı olarak, yürütme ve yargı organları hukuk ve adalete bağlı olarak hareket eder. (4) Başka bir hukuk yolunun bulunmaması halinde, tüm Almanların bu anayasal düzeni yıkmaya çalışan herhangi bir kişiye karşı koyma hakkı vardır. (Federal Adalet Bakanlığı himayesi altında hazırlanan çeviri, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/basic_law_for_the_federal_republic_of_germany.pdf [son erişim tarihi 16 Ağustos 2014]) adresinden erişilebilir.

79 AA'nın 23 (1) Maddesinin 3. cümlesinde yetkilerin kanunla AB'ye devri de, resmi bir anayasa değişikliğinden etkilenmemesine karşın, AA'nın 79 (3) Maddesinin sınırlarına tabi tutulmaktadır.

dir.^{80 81}

Tartışmaya açık bir şekilde, yasama organının Anayasa'yı değiştirme yetkisine açık bir şekilde sınırlamalar getiren herhangi bir hükme yer verilmeyen anayasalar dahi söz konusu yetkiyi zımnen kısıtlamaktadır ve bu şekilde, temel yapılarına sıradan bir değişiklik kisvesi altında zarar verilmesini engellemektedir. Olağan değişiklik sürecinin anayasacılığın yıkılması amacı ile bir anayasal devrim⁸² gerçekleştirilmesine yönelik olarak herhangi bir şekilde kullanımı bir suistimal anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, örneğin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 30. Maddesinde ortaya konmuş ve insan hakları antlaşmalarının çoğunda kabul edilmiş olan genel bir hukuk ilkesine atıfta bulunabilir:

“Bu Beynamedeki hiçbir husus bu metinde ortaya konan haklardan ve özgürlüklerden herhangi birine zarar verilmesinin amaçlandığı herhangi bir faaliyette bulunma veya herhangi bir işlem gerçekleştirme hakkını herhangi bir Devlet, grup veya kişiye tanıyacak şekilde yorumlanamaz.”⁸³

Buradaki sorun hangi konseptler⁸⁴ ve ilkelerin tam olarak herhangi bir Anayasa'nın değişmez temel yapısına ait olduğunun ve bunların hangi ölçüye kadar olağan değişiklik sürecine tabi tutulmaması gerektiğinin belirlenmesidir.⁸⁵ Anayasa değiştirme yetkisine ilişkin zımni sınırlar olduğunu varsaydığımızda, bu bilhassa zorluk yaratmaktadır. Buna karşın, anayasa değiştirme yetkisine sınırlamalar getiren sarıh anayasal hükümlerimiz olduğunda da yeteri kadar zorluk bulunmaktadır.⁸⁶ Bu nedenle, Türkiye'deki bir anayasa değişikliğinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. Maddesinde belirtilen Cumhuriyetin bir hayli soyut niteliklerine uygun düşüp düşmediği ve bu nedenle 4. Maddeden dolayı kabul edilemez olup olmadığının belirlenmesi her

80 Anayasa'nın toptan bir revizyonu, anayasa yapma eyleminden ayırmak zor olacak şekilde tamamen yeni bir Anayasa'nın çıkarılmasına tekabül etmektedir.

81 Bkz. 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 53. Maddesi, UNTS vol. 1155, s. 331. Jochen A. Frowein, Ius cogens, in: Rüdiger Wolfrum (ed.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Oxford university Press, çevrimiçi versiyonuna <http://opil.ouplaw.com/home/epil> [son erişim tarihi 14 Eylül 2014]) adresinden erişilebilir

82 Federal Meclis (Bundesversammlung) Federal Meclisin bir karar alabilmesi için mutabakata varması gereken iki kamaradan meydana gelen İsviçre federal parlamentosudur.

83 İsviçre Federal Anayasasının 139 (3) Maddesi. 1996 yılında, Federal Meclis sığınma taleplerinde başarı sağlayamayanların herhangi bir hukuk yolu olmaksızın hemen ülke dışı edilmesinin amaçlandığı genel bir girişimi reddetmiştir. Federal Meclis söz konusu girişimin jus cogens 'in parçası olan uluslararası mülteci hukukunun sınır dışı etmeme ilkesine uygun olmadığını değerlendirmiştir.

84 Bkz. Claude Klein & András Sajó, Constitution-Making: Process and Substance, in: Rosenfeld & Sajó (25 no'lu dipnot), s. 419, 440.

85 Bkz. Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, s. 102 ve sonrası.

86 Yukarıdaki 11 no'lu dipnota bakınız. Ayrıca bkz. AIHS 17. Madde; UMSHS Madde 5 (1); 22 Kasım 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 30. Maddesi (http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf [son erişim tarihi 17 Ağustos 2014]) adresinden erişilebilir.

zaman kolay olmayacaktır. Almanya'daki bir anayasa değişikliğinin AA'nın 20. Maddesinde ortaya konan demokrasi, halkın egemenliği, hukukun üstünlüğü veya sosyal devlet ilkesi gibi soyut ilkeleri etkileyip etkilemediği de her zaman açık bir şekilde görülmeyecektir. Bu, anayasa değiştirme yetkisinin herhangi bir anayasal sistemde anayasa ile oluşturulan yetkinin (pouvoir constitué) en önemli unsuru olduğu dikkate alınarak, bir anayasa değişikliğinin kabul edilemez olup olmadığına kimin karar vermesi gerektiği sorusunu gündeme getirmektedir.⁸⁷

4. Anayasa'yı Değiştirme Yetkisinin Sınırlarının Yargısal Olarak Denetlenmesi

İsviçre'de halkın anayasa değiştirme yetkisinin yalnızca uluslararası kamu hukukunun (jus cogens) emredici normları ile sınırlandırıldığı ve bazı durumlarda söz konusu sınırı uygulamaya yetkili olan tek kurumun Parlamento (Federal Meclis) olduğunu halihazırda görmüş bulunmaktayız.⁸⁸ Şaşırtıcı olmayan bir biçimde, İsviçre Federal Mahkemesinin hiçbir suretle herhangi bir rolü bulunmamaktadır, çünkü mahkemenin federal Anayasa'ya yönelik değişiklikler bir yana umumi federal kanunların dahi Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Bunun aksine, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin AA'nın 79 (3) Maddesinin her iki federal yasama meclisinin üçte iki çoğunluğunun Anayasa'yı değiştirme yetkisine getirdiği sınırları uygulama yetkisi bulunmaktadır.⁸⁹ Fiili olarak hiçbir anayasa değişikliğini hiçbir zaman iptal etmemesine karşın, mahkeme AA'nın 79 (3) Maddesini bilhassa yetkilerin Avrupa Birliği'ne devredildiği kanunlar ile bağlantılı olarak defalarca uygulamıştır. Bütün bu davalarda, mahkeme nihai olarak yasama organının kararlarını onaylamış, ancak kanunları kısıtlı bir çerçevede yorumlamış ve/veya yetki devirlerinin değişmez anayasal ilkelere ilişkin etkilerinin sınırlandırılması için ek mevzuat şartını öne sürmüştür. Bir "evet ama" tekniği kullanan Mahkeme yasama organının istisnai yetkilerine müdahale ederek kendisini daha yakın Avrupa entegrasyonunun ana denetleyicisi olarak konumlandırmıştır.

87 Bkz. Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments – A Comparative Study*, Bursa 2008, s. 66 ve sonrası (<http://www.anayasa.gen.tr/jrca.pdf> [son erişim tarihi 7 Eylül 2014]) adresinden erişilebilir.

88 İsviçre Federal Anayasasının 190. Maddesi.

89 En önemli örnek Lizbon Antlaşmasına ilişkin 30 Haziran 2009 tarihli karardır – İngilizceye çevirisine http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html (son erişim tarihi 17 Ağustos 2014) adresinden erişilebilir. Bir eleştiri için bkz. Thomas Giegerich, *The Federal Constitutional Court's Judgment on the Treaty of Lisbon – The Last Word* (German) *Wisdom Ever Has to Say on a United Europe?*, *German Yearbook of International Law*, Vol. 52 (2009), s. 9 ve sonrası. Ayrıca bkz. Thomas Giegerich, *The Federal Constitutional Court's Deference to and Boost for Parliament in Euro Crisis Management*, *German Yearbook of International Law*, Vol. 54 (2011), s. 639 ve sonrası.

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 148 (1) Maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemesine kanunların hem şeklen hem de esasen Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisi verilmektedir. Ancak, Mahkemenin anayasa değişikliklerini yalnızca şekil açısından denetleyeceği hükmüne açık bir şekilde yer verilmektedir. Ayrıca, 148 (2) Maddesinde anayasa değişikliklerine ilişkin denetimin teklif için ve oylamada gerekli çoğunlukların sağlanıp sağlanmadığı ve ivedi usul çerçevesinde görüşmelere ilişkin yasağa uyulup uyulmadığının değerlendirilmesi ile sınırlı olduğu ifade edilmektedir. Diğer bir deyişle, Anayasa'yı değiştirme yetkisine ilişkin esas sınırlarının uygulanması siyasi taraflara ve teklif edilen değişikliğin bir referanduma götürülmesi durumunda halka bırakılmaktadır. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin denetim yetkilerine ilişkin bu sınırlama, 1980 askeri darbesinden sonra ve askeri rejim hâlâ mevcut durumdayken yeni 1982 Anayasası çıkarılırken Türk pouvoir constituant'ı tarafından kasıtlı olarak kanunlaştırılmıştır. Bunun aksine, 1971'de değiştirilen önceki 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 147 (1) Maddesinde, Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerinin Anayasa ile Anayasa'yı değiştirme yetkisine getirilen şekil ve esas sınırlamalarına uygunluğunu denetlemeye yönelik genel yetki verilmiştir.⁹⁰ 1971'deki değişikliklerden önce, 1961 Anayasasında Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerine ilişkin denetim yetkileri hususunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Buna karşın, Anayasa Mahkemesi söz konusu on yıllık dönem içerisinde anayasa değişikliklerini hem şekil hem de esas açısından Anayasa'ya uygunluk hususunda denetlemiş ve hatta Anayasa'yı değiştirme yetkisine ilişkin yazılı olmayan belirli esas sınırları geliştirmiştir.⁹¹

İlk bakışta, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 148 (1) ve (2) Maddelerinin meşru bir orta yol olduğu görülmektedir, çünkü yargıya anayasada değişmez olduğu ifade edilen soyut anayasal ilkeleri dayalı olarak bir anayasa değişikliğini iptal etme yetkisi verilmesi tartışmaya açıktır. Diğer taraftan, bir anayasada Anayasa'yı değiştirme yetkisine ilişkin esas sınırları koyulması, ancak bunların uygulamasının sınırlandırılması gereken kuruma bırakılması ne kadar mantıklıdır? Esasen, söz konusu yaklaşım yasal bağlayıcılığı bulunan sınırlamaları salt siyasi söylemlere dönüştürmektedir. Ancak, halk bu bağlamda doğrudan seçimle gelen parlamento gibi siyasi bir kuruma siyasi olmayan yargıdan daha fazla güvenebilmektedir. Sonuçta, halk genel seçimlerde parlamentonun oluşumunu etkileyebilmektedir ve bu şekilde, parlamentonun vatandaşlara daha yakın olmasını ve bağımsız mahkemelerden ziyade halkın çoğunluğunun görüşlerine saygı göstermesi daha muhtemeldir. Anayasa değişikliklerinin referanduma götürülmesi durumunda, halkın

90 Bkz. Gözler (87 no'lu dipnot), s. 4 ve sonrası.

91 Aynı dipnot, s. 40 ve sonrası, 64 ve sonrası, 95 ve sonrası (Mahkemenin kendi yarattığı aşırı denetim yetkilerinin eleştirisi).

T. Giegerich: İktidara Karşı Hukuku Etkili Bir Şekilde Söyleme Sanatı

söz konusu değişikliklere ilişkin kendi kararlarının kesin olması ve herhangisi bir yargı denetimine tabi tutulmaması gerektiğini tayin etmesi tamamıyla meşrudur. Bu çerçevede, anayasa yapma yetkisini uygularken, halk anayasa belgesinde anayasa mahkemesi değil parlamentonun (veya referanduma katılmaya elverişli vatandaşlar) değişmez anayasal ilkelerin koruyucusu olması gerektiğini açık bir şekilde kararlaştırabilmektedir. Halkın bu şekilde davranması halinde, *pouvoir constituant* 'ın bu kararı *pouvoir constitué*'nin parçası olarak anayasa mahkemesi açısından bağlayıcı olacaktır.

Buna karşın, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, yeterli gerekçe sunmaksızın, en az iki durumda anayasa değişikliklerini esasa dayalı anayasal gerekçelerle iptal etmiş ve bu şekilde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 148. Maddesi ile açık bir şekilde reddedilmiş olan denetim yetkileri kullanmıştır.⁹² Bu bağlamda, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hindistan Yüksek Mahkemesiyle benzer şekilde hareket etmiştir.⁹³ Her iki dava AKP hükümeti tarafından temsil edilen yeni mütedeyyin siyasi çoğunluk ile katı bir biçimde laik Kemalist geleneği sürdürmeye çalışan eski elitler arasındaki "kültürel mücadele" ile en iyi biçimde açıklanabilir.⁹⁴ Bu nedenle, söz konusu davalar kötü hukuk uygulamasına örnek olağan dışı - büyük davalardır.⁹⁵

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri açısından denetim yetkilerinin sınırlandırılmasının anayasa değişikliği ile değil, asıl anayasa yapıcı (*pouvoir constituant*) tarafından getirilmiş olması sebebiyle, bunun geçerliliği Anayasa'yı değiştirme yetkisine ilişkin birtakım zımni sınırlamalara dayalı olarak inkar edilemez. Bilakis, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin teşebbüs etmediği bir husus olarak, *pouvoir constituant* 'a sınırlar kendiliğinden koyulmak zorunda olacaktır. Bu aslında mümkündür ve doğal hukuka (uluslararası kamu hukuku) - diğer bir deyişle, ulusal anayasal sistem ötesinde bir kanunlar bütününe - atıfta bulunan Sieyès tarafından da

92 "Baş örtüsü davasındaki" 5 Haziran 2008 tarihli karar, 2010 anayasa reform paketinin bileşenlerine ilişkin 7 Temmuz 2010 tarihli karar. Bkz. 1 Ağustos 1011 tarihli Yargı Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve İdaresi başlıklı Raporumdaki eleştiri, 2.3.3. no'lu paragraf (http://jean-monnet-saar.eu/wp-content/uploads/2013/12/Report01082011_edited.pdf [son erişim tarihi 7 Eylül 2014]) adresinden erişilebilir.

93 Bkz. Gözler'in eleştirel açıklaması (87 no'lu dipnot), s. 8 ve sonrası, s. 88 ve sonrası.

94 Bkz. Northern Securities Company / A.B.D., 193 U.S. 197, 400 (1904), Holmes, J., karşıt oy gerekçesi: "Büyük davalarda, zor davalar gibi, kötü hukuk uygulaması mevcuttur. Çünkü büyük davalara gelecekte hukuku şekillendirme açısından gerçekten öneme haiz olmaları sebebiyle değil, söz konusu davalara duygulara hitap eden ve yargılamayı çarpıtan çok yoğun bir ilgi gösterilmesi nedeniyle büyük denmektedir.

95 Yukarıdaki 74 no'lu dipnota ve beraberindeki metne bakınız. Ayrıca bkz. Benjamin Constant, *Principes de politique applicable à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France* (1815), chapitre premier, ki kendisi halkın egemenliğinin dahi adalet diktaları ve bireysel haklar ile sınırlandırılmış olduğunu öne sürmüştür (*Écrits politiques* [Marcel Gauchet ed.], Éditions Gallimard 1997, s. 303, 310 ve sonrası.).

halihazırda kabul edilmiştir.

Günümüzde, belirli bir devlet açısında bağlayıcılığı bulunan söz konusu devletin kabul ettiği uluslararası insan hakları antlaşmaları gibi uluslararası kamu hukuku ilkeleri ve kurallarının söz konusu devletin anayasa yapma organının kararlarını etkilediği kabul edilmektedir.⁹⁶ Pouvoir constituant' ın dahi devletin uluslararası kamu hukuku kapsamındaki taahhütlerine saygı gösterme zorunluluğu bulunmaktadır ve bunun yapılmaması halinde, devlet uluslararası sorumluluk üstlenmiş olacaktır. AB hukuku bu hususta daha da ileri gitmektedir: AB hukuku anayasa hukuku da dahil olmak üzere ulusal hukuk üzerinde üstünlüğünün olduğu iddiasında bulunmaktadır ve uyumlu olmayan ulusal hükümleri uygulanamaz hâle getirmektedir ve Üye Devletten söz konusu hükümleri değiştirerek veya yürürlükten kaldırarak uyumsuzluğu ortadan kaldırmasını istemektedir.⁹⁷ Buna karşın, bu geniş kapsamlı uluslarüstü iddia AB'nin Üye Devletlerin "temel yapılarında var olan ulusal kimlikleri, bölgesel ve yerel özerklik de dahil olmak üzere siyasi ve anayasal yapılarına" saygı gösterme yükümlülüğü ile büyük ölçüde azaltılmaktadır (ABA'nın 4 (2) Maddesi).⁹⁸

Buna karşın, söz konusu ulusun pouvoir constituant 'ına sınırlama getiren daha yüksek ulusal hukuk kuralları oluşturulması çok daha zordur. Alman Federal Anayasa Mahkemesi Nazi diktatörlüğünün hatıraları henüz tazeyken verilen en eski kararlarından birinde bunu yapmaya çalışmıştır. Söz konusu kararda, Mahkeme aslında pouvoir constituant tarafından çıkarılan asıl Anayasa'nın hükümlerinin dahi belirli supra-pozitivist adalet kavramlarını ihlal ettiği gerekçesiyle hükümsüz kalabilmesinin mümkün olduğunu değerlendirmiştir.⁹⁹

Mahkeme ilgili denetim yetkisine sahip olduğunu da varsaymıştır. Ancak, mahkeme özgür bir demokratik anayasa yapıcının bu sınırları ihlal etme ihtimalinin çok düşük olduğunu ve asıl Anayasa'nın Anayasa'ya aykırı normlarının kuramsal açıdan bulunma ihtimalinin uygulamada neredeyse imkansız olduğunu da belirtmiştir.

96 Bkz. Thomas Giegerich, Die Souveränität als Grund- und Grenzbegriff des Staats-, Völker- und Europarechts, in: Utz Schliesky et al. (eds.), Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, 2011, s. 603 ve sonrası.

97 Bkz. Hükümetler Arası Lizbon Konferansının Kapanış Bildirgesine eklenen üstünlüğe ilişkin Beyanname (17 numaralı), 13 Aralık 2007, OJ C 306, s. 256.

98 Thomas Giegerich, The German Federal Constitutional Court's Misguided Attempts to Guard the European Guardians in Luxemburg and Strasbourg, in: Marten Breuer et al. (ed.), Der Staat im Recht. Festschrift für Eckart Klein, 2013, s. 49, 56 ve sonrası.

99 BVerfGE 3, 225, 232. Bkz. Donald P. Kommers & Russell A. Miller, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 3rd ed. 2012, s. 58.

IV. Anayasal Yargının Geleceği: Çok Düzeyli bir İşbirliğinin Kurulması

Avrupa'da güce karşı hukuku etkili bir şekilde konuşturma sanatının geleceği sanatçıların güçlerini birleştirmesinde yatmaktadır: Ulusal anayasa mahkemelerinin yanı sıra Strazburg ve Lüksemburg'daki uluslararası ve uluslararası muadilleri - AİHM ve ABAD - iş bölümüne dayalı çok düzeyli bir işbirliği kurmaya halihazırda başlamıştır. Ulusal anayasaların ulusal hükümetlerin siyasi yetkisine getirdiği sınırlamaların sürdürülmesi ve uygulanmasında, anayasa mahkemeleri, AİHM ve ABAD tarafından yorumlandığı üzere, AİHS ve AB hukukunun kurallarında dayalı olarak hareket etmektedir. Bu, anayasa mahkemelerinin yetkisini artırmaktadır ve ulusal siyasi mercilerin mahkemelerin kararlarını göz ardı etmelerini daha zor hâle getirmektedir.¹⁰⁰ Anayasal mahkemeler birbirlerinin kararlarını dikkate alarak ve ikna edici makam olarak kullanarak kendileri arasında işbirliği yapmaya da başlamıştır. Söz konusu önemli çabalara dil sıkıntısının getirdiği engelin çevirilerle ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Yetki devri ilkesi uyarınca, AİHM ve ABAD ulusal anayasa mahkemelerinin temel hakları güvence altına alma ve kendi devletlerinde hukukun üstünlüğünü korumaya ilişkin birincil sorumluluğuna saygı göstermektedir ve onlara bir takdir payı bırakmaktadır.¹⁰¹ Strazburg ve Lüksemburg Mahkemeleri, Üye Devletlerin uluslararası ve uluslararası metinlerini yorumlarken, onlara özgü anayasa geleneklerini de dikkate almaktadır.¹⁰²

Bu şekilde, anayasa mahkemelerinin sürekli olarak bir sınır ötesi ve düzey ötesi diyalogu ve karşılıklı yararlanımı bulunmaktadır.

AB'nin uluslararası sisteminde, söz konusu diyalog ABİA'nın 267. Maddesindeki sevk (başvurma) usulünde resmi çerçeveye oturtulmaktadır. AİHM'in uluslararası sisteminde, benzer bir başvuru usulü 2 Ekim 2013 tarihli 16 no'lu AİHS Protokolü ile halihazırda sağlanmaktadır.¹⁰³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi bu diyalogda giderek daha önemli bir muhatap ve katılımcı haline gelmektedir. Türkiye AB'ye ve 16 No'lu Protokole katıldığında, mahkemenin Avrupa yargı işbirliğindeki konumu daha da güçlenecektir.

100 Tania Groppi & Marie-Claire Ponthoreau (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, 2014.

101 Bkz. AİHS'de değişiklik yapan 15 No'lu Protokol'ün 1. Maddesi (37 no'lu dipnot); AB Temel Haklar Şartının 51 (1) Maddesi.

102 Bkz. ABA 6 (3) Maddesi; AB Temel Haklar Şartının 52 (4) Maddesi. Ayrıca bkz. Belirli bir hakkın kapsamına ilişkin bir uzlaşısı geliştikçe, Sözleşme Devletlerinin takdir payının daha dar hâle geldiğine yönelik AİHM'in yerleşik içtihadı (örneğin bkz. Christine Goodwin / Birleşik Krallık, 11 Nisan 2002 tarihli karar [28957/95 sayılı], §§ 84 ve sonrası; Demir ve Baykara / Türkiye, 12 Kasım 2008 tarihli karar [34503/97 sayılı], §§ 65 ve sonrası).

103 AKAS No. 214 (henüz yürürlükte değil).

Prof. Dr. Dres. h.c. Philip KUNIG
(*Freie Universität Berlin/Türk Alman Üniversitesi*)

VERFASSUNGSGERICHTE ALS AKTEURE DER FORTENTWICKLUNG DER RECHTSORDNUNG – ERFAHRUNGEN AUS DEUTSCHLAND

I. Einleitung und Ausgangspunkte

Zur Mitwirkung an dieser Festschrift für den Präsidenten des türkischen Verfassungsgerichts eingeladen worden zu sein, empfinde ich als eine besondere Auszeichnung und komme dem gern mit einigen Gedanken nach.

Im Konzert der Verfassungsgerichte Europas und der Welt hat sich das türkische Verfassungsgericht einen festen Platz und großes Ansehen erworben. Die im Jahre 2012 erfolgte Einführung der individuellen Verfassungsbeschwerde stellt das türkische Verfassungsgericht seit kurzem vor zusätzliche Aufgaben, indem sie die Beurteilung möglicher Menschenrechtsverstöße seitens der staatlichen Gewalt nunmehr in Ankara ermöglicht und verlangt und entsprechende Beschwerden nicht mehr sogleich auf die internationale Ebene, nach Straßburg gelangen. Das bedeutet einen dramatischen Aufgabenzuwachs in quantitativer Hinsicht, hat aber auch – und eigentlich wichtiger – erhebliche qualitative Implikationen. In den Verfahren zur Entscheidung über Verfassungsbeschwerden muss das rechte Maß im Umgang mit der parlamentarisch verantwortlichen Gesetzgebung gefunden werden, also eine Problematik der Gewaltenteilung und der Balance zwischen den Gewalten. Es stellen sich aber auch schwierige Abgrenzungsprobleme innerhalb der rechtsprechenden Gewalt, nämlich für das Verhältnis der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Fachgerichtsbarkeit. Und es sind – sowohl in materiellrechtlicher Hinsicht wie aber auch in prozessrechtlicher Hinsicht – schwierige Fragen zu beantworten, welche das Verhältnis nationaler Verfassungsgerichtsbarkeit zur europäischen Menschenrechtsgerichtsbarkeit betreffen.

Sämtliche dieser Fragen haben sich auch in Deutschland – hier: seit längerem – gestellt und stellen sich weiterhin. Endgültige Antworten darauf, solche die für längere Zeit über jeden Zweifel erhaben sind, sind kaum zu geben. Eher handelt es sich um eine fortdauernde Optimierungsaufgabe. Im Folgenden sollen nicht alle diese Aspekte angesprochen werden, wohl aber einige, und dies vor dem Hintergrund der in Deutschland gemachten Erfahrungen, dies im Sinne eines Berichts über diese Erfahrungen. Der Autor geht dabei von der

Grundüberzeugung aus, dass die im Rahmen einer nationalen Rechtsordnung gemachten Erfahrungen nicht ohne weiteres auf andere Rechtsordnungen und die dort wirkenden Institutionen übertragbar sind. Diese Einsicht wird nicht immer beachtet, wenn aus dem Ausland Bewertungen anderswo geltender Rechtsordnungen bzw. der diesbezüglichen Rechtspraxis erfolgen. Das gilt auch für das deutsch-türkische Verhältnis, wohl in beide Richtungen. Aus meiner Sicht hat Rechtsvergleichung beziehungsweise Berichterstattung über nationale Erfahrungen mit dem Recht, die das Ziel verfolgt, im Ausland zur Kenntnis genommen zu werden, ihren Sinn bereits durch solche Kenntnisnahme erreicht. Denn die Entscheidung darüber, welche Wege eine Rechtsordnung einschlägt, sollte im Wissen über Alternativen erfolgen. Solches Wissen ermöglicht die rationale Entscheidungsfindung, mag sie fremden Vorbildern folgen oder umgekehrt bewusst von ihnen abweichen.

In einem solchen Sinne äußert sich dieser Beitrag zu der Frage, inwieweit Verfassungsgerichte als Akteure der Fortentwicklung der Rechtsordnung erscheinen und wirken. Es geht, wie gesagt, um Deutschland, genauer gesagt: die Bundesrepublik Deutschland, deren Rechtssystem in besonderem Maße von der Existenz von Verfassungsgerichten geprägt ist, dies bereits im Grundgesetz von 1949 vorgesehen und dann beginnend im Jahre 1951. Der Plural „Verfassungsgerichte“ wird hier verwendet, weil außer dem Bundesverfassungsgericht auch auf der Ebene der Länder im föderalen System Verfassungsgerichte bestehen, die allerdings im Einzelnen unterschiedliche Zuständigkeiten aufweisen. Erst nach der Wiedervereinigung Deutschlands im Jahre 1990 beziehungsweise in den Folgejahren hat sich dabei eine nennenswerte Aktivität solcher Landesverfassungsgerichte in Verfahren der Verfassungsbeschwerde entwickelt, vorangetrieben durch Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin im Jahre 1993¹; diesem Verfassungsgerichtshof gehörte der Autor dieses Beitrags damals an. Dabei folgen die Verfassungsgerichte der Länder allerdings wesentlich den Vorgaben und Weichenstellungen, welche das Bundesverfassungsgericht zuvor erarbeitet hatte. Dies gilt wiederum sowohl in materiell-rechtlicher wie auch in prozessrechtlicher Hinsicht und muss auch so sein, jedenfalls nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, um die Rechtseinheit im Bundesstaat zu bewahren.²

Auch aus diesem Grunde konzentrieren sich die nachfolgenden Überlegungen in erster Linie auf die Praxis des Bundesverfassungsgerichts. Die neue Rechtslage in der Türkei ist Anlass, dabei vor allem auf

1 S. dazu Ph. Kunig, Die rechtsprechende Gewalt in den Ländern und die Grundrechte des Landesverfassungsrechts, in: NJW 1994, S. 687 ff.

2 S. BVerfGE 96, 345 ff.

P. Kunig: Verfassungsgerichte - Akteure Der Rechtsordnungsfortentwicklung

die Verfassungsbeschwerde und damit der Sache nach auf die Grundrechtsordnung einzugehen. Die im Vordergrund stehende Frage ist, inwieweit ein Verfassungsgericht die Rechtsordnung fortentwickelt, also verändert, was eine gleichermaßen faktische wie normative Fragestellung ist: darf durch Verfassungsgerichtsbarkeit eine Veränderung geltenden Rechts veranlasst werden?

Wir bewegen uns hier, konzentriert auf die Verfassungsgerichtsbarkeit, im Rahmen einer Thematik, die auch andere Akteure betrifft und für diese thematisiert werden könnte. Denn es geht um Veränderungen des Rechts ohne formelle Änderung, sei es durch Gesetzgebung, sei es durch Verfassungsänderung, wie sie in allen Rechtsordnungen, auch der türkischen und der deutschen Rechtsordnung besonderen Anforderungen und insbesondere Verfahrensregelungen unterliegt. Auch andere Akteure prägen nicht nur den praktischen Zustand einer Rechtsordnung, sondern deren normativen Gehalte mit. Das gilt zum einen für die Adressaten des Rechts, mögen es Bürger und andere Subjekte der privaten Sphäre oder aber rechtsanwendende staatliche Organe sein. Eine durchgängig unbeachtete Norm mag durch Nichtbeachtung ihre Geltung verlieren, nicht nur ihre Wirkung. Eine Norm mag inhaltlich mitbestimmt sein durch die Praxis derer, an welche sie sich richtet. Das, wie gesagt, soll hier nur angedeutet sein, nicht ausgebreitet werden. Unter den rechtsanwendenden Organen kommt für die inhaltliche Prägung des normativen Gehalts einer Vorschrift den Gerichten eine besondere Bedeutung zu, die weit hinaus reicht über diejenige behördliche Normenwendungspraxis. Jedenfalls in einem rechtsstaatlichen System ist das so und darf nicht anders sein. Die Problematik wird üblicherweise unter Stichworten wie richterliche „Rechtsfortbildung“ oder „Richterrecht“ diskutiert, durchweg auch unter Berücksichtigung der Grenzen, welche einem solchen Phänomen zu ziehen sind; übrigens mit sehr unterschiedlichen Verständnissen etwa im kontinentalen europäischen Recht im Vergleich mit der anglo-amerikanischen Rechtsordnung. Die Thematik ist brennend aktuell auch auf der unionsrechtlichen Ebene, ihre Handhabung hat im Laufe der Zeit Veränderungen auch in der Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofes in Luxemburg erfahren.

Inwieweit spielt nun das Bundesverfassungsgericht eine Rolle als ein die Rechtsordnung fortentwickelnder Akteur?

Im Folgenden unterscheide ich zwischen den Einwirkungen dieses Gerichts auf die (einfache) Gesetzgebung einerseits und die Verfassungslage andererseits. Am Schluss steht ein Resümee.

II. Das Verfassungsgericht und seine Einwirkungen auf Gesetze

Bei den Einwirkungen auf die Gesetzgebung unterscheide ich solche negativer Art und solche positiver Art. Mit negativer Einwirkung ist die Beseitigung zuvor gültigen Gesetzesrechts gemeint, mit positiver Einwirkung die verfassungsgerichtliche Forderung nach dem Erlass neuer Gesetze. In einer Zwischenlage befinden sich Einwirkungen, die eine von mehreren denkbaren Auslegungen eines Gesetzes für verfassungsrechtlich geboten halten, also das Gesetz bestehen lassen, ihm aber zugleich eine insbesondere für die sonstige Gerichtsbarkeit verbindliche Auslegung auferlegen.

Den gemeinsamen Ausgangspunkt für die verschiedenen Einwirkungen des Verfassungsgerichts auf die Gesetzgebung stellt der Umstand dar, dass das deutsche Grundgesetz über einen besonders ausgeprägten flächendeckenden Grundrechtsschutz verfügt und alle drei Formen staatlicher Gewalt unmittelbar auf die Einhaltung und Beachtung der Grundrechte verpflichtet, wie es Artikel 1 III des Grundgesetzes zum Ausdruck bringt.³ Auch in Reflexion der Erfahrungen deutscher Geschichte und speziell deutscher Verfassungsgeschichte sah man Anlass, in Artikel 1 mit drei besonders schwergewichtigen Grundaussagen die Verfassung zu eröffnen: die Statuierung des Schutzes der Menschenwürde in Absatz I, das Bekenntnis zu den unabhängig von nationaler Gesetzgebung zu beachtenden Menschenrechten und ihrer Fortentwicklung in Absatz II und schließlich, praktisch gewiss am wichtigsten, die schon angesprochene unmittelbare Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt.

Thematisch erfassen die grundrechtlichen Schutzbereiche einzelne Anliegen von Freiheit und Gleichheit der Bürger differenziert und in Aufnahme der bis 1949 herausgebildeten europäischen, auch atlantischen Menschenrechtstraditionen; im Laufe der Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik wurde einiges durch Verfassungsänderung noch hinzugefügt, insgesamt wurde allerdings durch Verfassungsänderungen der Grundrechtsschutz teils aber auch limitiert – während das Bundesverfassungsgericht selbst durch seine rechtsfortbildenden Leistungen mit dem Ziel einer Ausweitung des Grundrechtsschutzes neue Themenstellungen hinzugefügt hat, wovon noch die Rede sein wird.

Die meisten Grundrechte sind Freiheitsgrundrechte, neben ihnen stehen einige Gleichheitsgrundrechte und die praktisch besonders bedeutsamen Justizgrundrechte, welche für die Rechtsstaatlichkeit des gerichtlichen Verfahrens Sorge tragen. In thematischer Hinsicht ist hinsichtlich der Schutzbereiche von herausragender Bedeutung die Tatsache, dass das

3 Art. 1 III GG ist eine eher klarstellende, bekräftigende Vorschrift, denn die Verfassungsbindung der drei Gewalten ergibt sich ohnehin bereits aus der allgemeinen staatsorganisationsrechtlichen Norm des Artikel 20 III GG.

Bundesverfassungsgericht bereits im Jahre 1958 das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Artikel 2 I GG) im Sinne einer allgemeinen Handlungsfreiheit interpretiert und hieran später in ständiger Rechtsprechung festgehalten hat.⁴ Während der Wortlaut dieser Bestimmung durchaus so verstanden werden könnte, als gehe es allein um Fragen mit unmittelbarem Bezug zu den Aspekten menschlicher Persönlichkeitsentwicklung, etwa um Grundentscheidungen darüber, welche Entwicklungswege ein Individuum einschlagen möchte, den Schutz von intimen Bereichen und Dimensionen dessen, was namentlich im Zivilrecht unter dem „allgemeinen Persönlichkeitsrecht“ verstanden wird⁵, hat das Bundesverfassungsgericht mit einer am ehesten als systematisch-teleologisch zu bezeichnenden Argumentation die Sichtweise etabliert, dass Artikel 2 I GG ein Grundrecht darstelle, welches sämtliche Verhaltensweisen – Tun oder Unterlassen – eines Grundrechtsträgers erfasst, die nicht bereits von den dann in der Verfassung nachfolgenden Grundrechten thematisiert werden. Also: allgemeine Handlungsfreiheit, nicht – lediglich – ein allgemeines Persönlichkeitsrecht. Das gilt für sämtliche denkbaren Verhaltensweisen, ungeachtet also ihrer sozialen Bedeutung und rechtlichen Beurteilung im Übrigen. Damit wird nicht etwa erreicht, dass jedes Verhalten rechtmäßig sei, wohl aber, dass jede Einschränkung von Verhaltensweisen einem verfassungsrechtlichen Test, insbesondere einer kompetenziellen Überprüfung der zur Einschränkung dienenden Rechtsgrundlagen sowie – in materieller Hinsicht – eine Überprüfung der Verhältnismäßigkeit unterliegt.

Die so verstandene allgemeine Handlungsfreiheit des Artikel 2 I GG komplettiert den freiheitsgrundrechtlichen Schutz aber nicht nur in sachlicher, sondern auch in persönlicher Hinsicht. Das hat Konsequenzen insbesondere für die Frage des Grundrechtsschutzes solcher Personen, die nicht über die deutsche Staatsangehörigkeit verfügen. Im Bereich der Freiheitsgrundrechte nämlich, welche ihrem personalen Schutzbereich nach allein deutschen Staatsangehörigen vorbehalten sind (das gilt zum Beispiel für die Berufsfreiheit) entfaltet sich hilfsweise der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit.⁶ Das entsprach den Intentionen bei der Verfassungsformulierung wohl nicht, ist aber konsequent im Blick auf die zuvor angesprochene sachliche Ergänzungsfunktion des Artikel 2 I GG.

Die diesem Grundrecht beigegebene Schranke stellt die Forderung, dass ein Eingriff in die weit, man mag auch sagen: grenzenlos verstandene allgemeine Handlungsfreiheit vereinbar mit der „verfassungsmäßigen

4 BVerfGE 6, 32 ff.; BVerfGE 80, 137 ff.; *Ph. Kunig*, Die Aktuelle Entscheidung: Der Reiter im Walde (BVerfGE 80, 137), in: *Jura*, 1990, 523 ff.

5 Dazu *Ph. Kunig*, Kommentierung des Art. 2, in: Ingo v. Münch/Philip Kunig, *Grundgesetzkommentar*, 6. Auflage, Bd. I, 2012, Rn. 30 ff.

6 S. *Ph. Kunig*, a.a.O. Rn. 3.

Ordnung“ sein muss. Darunter ist die Gesamtheit aller ihrerseits mit der Verfassung in Übereinstimmung stehenden Normen (gleichgültig welcher rechtsquellentheoretischen Provenienz) zu verstehen, so dass die Verfassungsmäßigkeit grundrechtsbeschränkender Normen festgestellt werden muss. Dazu gehört auch die Rechtsstaatlichkeit einer Norm, mithin deren schon erwähnte Verhältnismäßigkeit. Diese wird so zum entscheidenden Maßstab der Grundrechtsüberprüfung.⁷ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der seine Wurzeln in der Rechtsprechung zum Recht der allgemeinen Gefahrenabwehr, dem sogenannten Polizeirecht hat, verlangt, dass Gesetze, aber auch Einzelakte geeignet, erforderlich und angemessen sein müssen, womit gemeint ist: eine von vorneherein zur Erreichung des intendierten Ziels ungeeignete Maßnahme ist ebenso wenig verfassungsgemäß (und also: ein Grundrechtsverstoß) wie eine solche, die durch einen milderen Eingriff substituiert werden könnte oder schließlich eine solche, hinsichtlich derer sich sagen lässt, dass Aufwand und Ertrag beziehungsweise Eingriffsintensität und damit verbundener Gewinn für die staatliche Zielverfolgung „außer Verhältnis“ stehen (Unangemessenheit). Es ist offensichtlich, dass insbesondere das zweite und das dritte Kriterium, also die Erforderlichkeit und die Angemessenheit, erhebliche Bewertungsspielräume eröffnen – es sind Spielräume, hinsichtlich deren Wahrnehmung dem Bundesverfassungsgericht das letzte, das entscheidende Wort zukommt.

Normenkontrollen mit dem Ergebnis der Normbeseitigung finden im Rahmen verschiedener prozessrechtlicher Verfahrensarten statt. Die abstrakte Normenkontrolle erfolgt auf Antrag hierzu berechtigter Organe, nämlich der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestages, Artikel 93 I Nr. 2 a GG. Die konkrete Normenkontrolle (Artikel 100 I GG) findet demgegenüber ihren Ausgangspunkt in einem einfachgerichtlichen Verfahren. Sie beruht auf dem Vorlageschluss des streitentscheidenden Gerichts, wenn dieses zu der Erkenntnis gelangt ist, eine für seine Entscheidung maßgebliche Gesetzesvorschrift stehe mit dem Grundgesetz nicht in Übereinstimmung. Das Gericht ist in einem solchen Fall nicht dazu berechtigt, selbst und gleichsam aus eigener Kraft die Konsequenzen aus diesem Befund zu ziehen, sondern es ist verpflichtet, eine diesbezügliche Beurteilung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen. Das Verfahren der konkreten Normenkontrolle bewahrt also den demokratisch legitimierten Gesetzgeber vor dem Zugriff der Fachgerichte auf die von dem Gesetzgeber erzeugten Beurteilungsmaßstäbe. So erklärt sich auch, dass dieses Verwerfungsverbot nur für parlamentarische Gesetzgebungsakte gilt,

⁷ S. dazu und zum folgenden Ph. Kunig, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen öffentlichen Recht, in: Philip Kunig/Makoto Nagata (Hrsg.), Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog, 2006, S. 169 ff.

P. Kunig: Verfassungsgerichte - Akteure Der Rechtsordnungsfortentwicklung
welche nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes ergangen sind.

Schließlich kann es zur Normenkontrolle in Deutschland auch im Rahmen von Verfassungsbeschwerden kommen, denn ein Gesetz kann – anders als nach türkischem Recht – unmittelbar Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein. Der Begriff der öffentlichen Gewalt in Artikel 93 I Nr. 4 a GG ist insofern deckungsgleich mit dem Anspruch der erwähnten Norm über die Grundrechtsbindung, Artikel 1 III GG.

Sowohl hinsichtlich der Zulässigkeitsanforderungen der drei genannten Verfahren wie aber auch hinsichtlich der in ihnen statthaften Entscheidungsaussprüche besteht eine Vielzahl von Rechtsproblemen, welche hier nicht ausgebreitet werden können. Erwähnt sei nur, dass die (verfassungsgerichtliche) Erkenntnis, ein Gesetz stehe mit der Verfassung in Einklang, nicht notwendigerweise die Kassation dieses Gesetzes zur Folge haben muss. Vielmehr ist auch denkbar, dass das Gericht dem Gesetzgeber eine Frist setzt, bis zu deren Ablauf das als verfassungswidrig erkannte Gesetz noch Anwendung finden darf oder muss, um anderenfalls zu besorgenden rechtsstaatlichen Schaden zu vermeiden. Der Sache nach stellt sich dies dann als ein Gesetzgebungsauftrag dar, hier: ein Auftrag: eine verfassungswidrige Rechtslage für die Zukunft zu korrigieren.⁸

Gesetzgebungsaufträge gibt es auch im Übrigen. Die Verfassung sieht sie teils explizit vor, grundsätzlich mit offenen Inhalten. Das betrifft zum Beispiel die Schaffung gleicher Entwicklungsbedingungen für nicht-eheliche und eheliche Kinder, Artikel 6 V GG; das Grundgesetz hatte hier zur Zeit seiner Entstehung erhebliche Ungleichheit vorgefunden. Auch das Sozialstaatsprinzip (Artikel 20 I GG) und das – später durch Verfassungsänderung eingeführte – Schutzgebot zur Erhaltung natürlicher Lebensgrundlagen (Artikel 20 a GG) stellen sich als Rechtssetzungsaufträge dar.⁹

Hinzu tritt ein höchst bedeutsamer und folgenreicher Wandel im Grundrechtsverständnis. Entwicklungsgeschichtlich sind die Grundrechte Abwehrrechte, individuelle Rechtspositionen zur Verteidigung eines persönlichen Status. Dieses Konzept findet in den Formulierungen vieler Grundrechte des Grundgesetzes erkennbar Ausdruck. Doch hat das Bundesverfassungsgericht die Weichen anders gestellt, im Ausgangspunkt in einer Entscheidung, die der vorerwähnten Entscheidung zur Interpretation des Artikel 2 I GG als allgemeine Handlungsfreiheit in ihrer Bedeutung nicht nachsteht: Die Grundrechte wurden im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde

8 S. dazu H. Bethge, Die Entscheidungswirkung von Normbeanstandungen des Bundesverfassungsgerichts, Jura 2009, 18 ff.

9 S. dazu Ph. Kunig, Solidarität als rechtliche Verpflichtung, in: Verfassung und Verwaltung in Europa, Festschrift für Jürgen Schwarze, 2014, S. 190, 193 f.

zur Überprüfung einer höchstinstanzlichen zivilgerichtlichen Entscheidung als objektive Wertordnung angesprochen, zunächst im Blick auf die Freiheit der Meinungsäußerung, aber höchst folgenreich auch für weitere Grundrechte.¹⁰ Gemeint ist mit diesem Begriff, dass den Grundrechten auch die Kraft innewohne, die Interpretation einfachen Gesetzesrechts anzuleiten, grundrechtswidrige Interpretationen also – überprüfbar – auszuschließen. Dieser in den 50iger Jahren zunächst in der rechtswissenschaftlichen Literatur aufgekommene Gedanke wurde später zugespitzt zu der Idee, die Grundrechte begründeten eine gesamtstaatliche Verantwortlichkeit – also eine Verantwortlichkeit, die auch und sogar vor allem die Gesetzgeber trifft – in dem Sinne, dass der Staat sich schützend, fördernd und wahrend gleichsam vor die Grundrechte zu stellen habe, mithin auch Gesetze zu schaffen, welche die Realisierung der Grundrechte ermöglichen oder absichern. So wurde etwa die Verpflichtung des (Straf-) Gesetzgebers begründet, mit den Mittel des Strafrechts Beeinträchtigungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes entgegenzutreten, ein Gesetzgebungsauftrag zur Schaffung von Straftatbeständen bezüglich der Schwangerschaftsunterbrechung.¹¹ Nicht die Einzelheiten der Ausgestaltung dessen wurden vorgegeben, aber doch das Strafrecht als unverzichtbar bei der Bemühung um die Vermeidung von Schwangerschaftsabbrüchen angesehen. Die grundrechtliche Schutzverantwortung ist heute eine Determinante der Gesetzgebung und als solche allgemein anerkannt.¹²

Zugleich gründet sich auf die Hinwendung zum Konzept der Grundrechte als objektive Wertentscheidungen auch das Phänomen der grundrechtskonformen Auslegung der gesamten Rechtsordnung. Das Postulat verfassungskonformer Auslegung ist zu den überkommenen Auslegungsmethoden, wie sie sich in einer europäischen Rechtstradition entwickelt haben, hinzugetreten, folgenreich vor allem für das Zivilrecht, in starkem Maße aber auch für das Verwaltungsrecht.

Die vorgenannten Interpretationsleistungen des Bundes-verfassungsgerichts insbesondere zur Bedeutung, Reichweite, Funktion der Grundrechte stellen ihrerseits eine „Veränderung“ beziehungsweise Fortentwicklung der Rechtsordnung in grundsätzlicher Hinsicht dar. Sie sind sämtlich nicht unmittelbar und ohne weiteres vom geschriebenen Text der Verfassung vorgegeben, indessen anhand dieses Textes unter Berücksichtigung namentlich teleologisch-systematischer Überlegungen entwickelt worden.

10 BVerfGE 7, 198 ff. Dazu aus heutiger Sicht *D. Leenen*, Konstitutionalisierung im Zivilrecht, in: *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol. 43, No. 60, 2011, S. 24 ff.

11 BVerfGE 39, 1 ff.

12 S. dazu *Ph. Kunig*, Vorbemerkungen zu den Art. 1-19., in: *Ingo v. Münch/Philip Kunig*, a.a.O., Rn. 21 f.

P. Kunig: Verfassungsgerichte - Akteure Der Rechtsordnungsfortentwicklung

Man kann von einer Verfassungsfortbildung sprechen. Dieser Begriff führt auch zu weiteren Aspekten.

III. Einwirkungen des Verfassungsgerichts auf die Verfassung

Mit der Änderung des Gehalts der Verfassung ist die Verfassungsgerichtsbarkeit in vielen Ländern, auch in der Türkei befasst, soweit es um die formale Änderung der Verfassung durch Gesetzgebung geht. An der formalen Verfassungsänderung ist, vergleichend betrachtet, oft das abstimmungsberechtigte Volk unmittelbar beteiligt, nicht allerdings in Deutschland. Das Grundgesetz ist in diesem Punkt wie insgesamt gegenüber Formen unmittelbarer oder direkter Demokratie außerordentlich zurückhaltend – basierend auf einem Misstrauen, das sich in Würdigung der deutschen Geschichte ergab und aus heutiger Sicht teilweise fragwürdig erscheint. Verfassungsändernde Gesetzgebung liegt in der Hand der auch im Übrigen für die Gesetzgebung zuständigen Körperschaften, nämlich des Bundestages als Parlament sowie des Bundesrats als von den Landesregierungen beschickten Bundesorgans.

Gegenüber der anderweitigen, sogenannten einfachen Gesetzgebung bestehen drei Qualifikationen, zwei in formaler Hinsicht, eine inhaltlich. Es bedarf für Verfassungsänderungen einer expliziten Textveränderung – anders als unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung sind keine durch einfaches Gesetz bewirkten Verfassungsdurchbrechungen zulässig. Es bedarf ferner der Erreichung einer qualifizierten Mitglieder Mehrheit in beiden genannten Körperschaften von zwei Dritteln. Und – der materielle Aspekt - : Artikel 79 III GG erklärt dort näher umschriebene Verfassungsinhalte für einer Verfassungsänderung unzugänglich, dies in zeitlicher Hinsicht kategorisch, weshalb Artikel 79 III GG auch als sogenannte Ewigkeitsgarantie bezeichnet wird in Verkenennung des Umstandes, dass Recht noch niemals ein Faktor für die Ewigkeit war, wie alles, was von Menschen getan oder ersonnen wird.

Bisher 59 Mal ist das Grundgesetz auf dem beschriebenen Wege formal geändert worden. Da es sich dabei um Gesetzgebungsakte handelt, ergibt sich die Möglichkeit der Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht anhand der drei genannten Voraussetzungen. Brisant ist das daraus sich ergebende Wächteramt der Verfassungsgerichtsbarkeit hinsichtlich des erwähnten Änderungsverbots in Artikel 79 III GG: „Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.“ Die verfassungsändernde Gewalt unterliegt danach in inhaltlicher Hinsicht

der kontrollierenden Überwachung durch Gerichtsbarkeit. Das schließt durch die Verweisung auf Artikel 20 GG – über die Bundesstaatlichkeit hinaus – die rechtsstaatlichen, demokratischen und sozialen Grundstrukturen der Verfassung ein. Es bezieht sich – durch die Verweisung auf Artikel 1 GG – zwar nicht auf die Ausgestaltung der Grundrechte im Einzelnen, erreicht diese aber im Ergebnis doch dadurch, dass diesen Grundrechten ein Bezug zu Artikel 1 I GG, der Verpflichtung des Staates auf die Achtung und den Schutz der Würde des Menschen innewohnt. Soweit die Grundrechte sich ungeachtet ihrer Statuierung als Einzelnormen zugleich als konkretisierte Verwirklichung der Garantie der Menschenwürde darstellen, gelten sie als im Sinne des Artikel 79 III GG unberührbar.

Das Bundesverfassungsgericht war angesichts dessen auch inhaltlich mit der Zulässigkeit von Verfassungsänderungen im Grundrechtsteil befasst.¹³ Es hat diese zwar jeweils als zulässig gebilligt, aber interpretatorisch die Tragweite dieser Verfassungsänderungen begrenzt, indem es der Menschenwürdegarantie zwingende Vorgaben für das Verständnis des neuen Rechts beziehungsweise dieses neue Recht konkretisierende Gesetzgebungsakte entnommen hat. Das betrifft vor allem die durch Verfassungsänderung limitierte Intensität des grundrechtlichen Schutzes der Unverletzlichkeit der Wohnung, Artikel 13 GG.¹⁴

Zugleich ergibt sich aus diesem Ansatz ein Fortdauern verfassungsgerichtlichen Kontrollzugriffs auch gegenüber als grundsätzlich verfassungsgemäß gebilligten Verfassungsänderungen: sollte nämlich die rechtspraktische Realität erweisen, dass durch Ausgestaltungen und Einschränkungen eines Grundrechts gewissermaßen nachträglich Berührungen des postulierten Menschenwürdekerns dieses Grundrechts geschehen, so kann sich dies als ein verfassungswidriger Umgang mit der Verfassung darstellen. Artikel 1 I GG, die Menschenwürdegarantie, wird in den Rang einer die Verfassungsinterpretation insgesamt anleitenden Verfassungsnorm erhoben. Damit wird eine Hierarchisierung innerhalb der Verfassung bewirkt.

Das Bundesverfassungsgericht hat also die Aufgabe verfassungswidriges Verfassungsrecht zu verhindern beziehungsweise nimmt sich die Zuständigkeit für die verfassungskonforme Auslegung von Normen des Verfassungsrechts zu sorgen. Es hat darüber hinaus selbst der Sache nach Verfassungsänderungen vorgenommen. In einem weiteren Sinne gehört in diesen Zusammenhang die schon angesprochene Beschreitung neuer Wege bei der Grundrechtsinterpretation im Grundsätzlichen. Im engeren Sinne gehören

¹³ S. BVerfGE 30, 1 ff.; BVerfGE 94, 49 ff.

¹⁴ Dazu BVerfGE 109, 279 ff.

dazu auch Neuschöpfungen im Einzelnen, hinsichtlich derer jedenfalls erwogen werden kann, ob sie einer formalen Textveränderung im Sinne des Artikel 79 GG hätten zugeführt werden sollen. Ein Beispiel dafür bieten Neuschöpfungen im Grundrechtskatalog (also im Gegensatz zu dem bisher Gesagten: nicht Anspruch, Geltung, Funktion der Grundrechte betreffend, sondern Schutzbereiche). Das Bundesverfassungsgericht geht – rechtsschöpferisch – von der Existenz eines Grundrechts auf individuelle Selbstbestimmung über Informationen aus, welches zu einer grundrechtlichen Durchdringung und Disziplinierung des heutigen Rechtsgebiets „Datenschutz“ führte.¹⁵ Daran war bei der Abfassung des Textes des Grundgesetzes nicht gedacht – und angesichts des seinerzeitigen technologischen Standes konnte auch gar nicht daran gedacht werden. Das offensichtliche verfassungsrechtliche Regelungsbedürfnis in diesem Bereich ist durch Rechtsprechung, nicht durch formale Verfassungsänderung erfüllt worden, nämlich durch eine diesbezügliche Interpretation des (gleichfalls ungeschriebenen) allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das durch eine kombinierende Interpretation von Artikel 1 I GG, der Menschenwürdegarantie, in Verbindung mit der schon oben thematisierten allgemeinen Handlungsfreiheit des Artikel 2 I GG gewonnen wurde. Diese Entwicklung hat sich später noch verdichtet angesichts der Gefährdungslagen, welche insbesondere die Entwicklung des Internets hervorgebracht hat.¹⁶ Neuartige Problemlagen finden also Antworten in alten Verfassungstexten. Oder: das Gericht entnimmt solche Antworten Texten, die davon nichts wussten.

Begrüßt man, wie der Verfasser dieses Beitrags, diese dynamische und grundrechtsbewahrende Aktivität der Rechtsprechung, so können gleichwohl Zweifel kommen, sofern das Bundesverfassungsgericht Zugriffe auf vor allem und in erster Linie durch formale Verfassungsänderung zu bewältigende Problemlagen auch im staatsorganisationsrechtlichen Bereich unternimmt. Das gilt für die möglicherweise die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung als Verfassungsfortbildung überschreitende Rechtsprechung zur parlamentarischen Beteiligung (und damit Schmälerung der Rolle der Regierung) im Bereich militärischer Auslandseinsätze.¹⁷ Es gilt auch für die verfassungsrechtlichen Vorbehalte, welche das Bundesverfassungsgericht gegenüber dem Fortgang der europäischen Integration installiert hat.¹⁸ In

15 BVerfGE 65, 1 ff.; dazu *Ph. Kunig*, Der Grundsatz informeller Selbstbestimmung, Jura 1993, 595 ff.

16 So spricht das BVerfG von einem „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“, BVerfGE 120, 351, 360 f.

17 BVerfGE 90, 286 ff., vgl. auch BVerfGE 121, 135 ff. u. 124, 267 ff.; zur Kritik *Ph. Kunig*, Völkerrecht und staatliches Recht, in: W. Graf Vitzthum/A. Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Auflage, 2013, Rn. 81 ff.

18 Vor allem BVerfGE 89, 155 ff.; dazu mit Nachweisen kritischer Stimmen *Ph. Kunig*, a.a.O. Rn. 26 f.

solchen Bereichen bestehen die für Verfassungsänderungen erforderlichen Konsense im politischen Raum teilweise nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat also funktional Aufgaben der untätigen verfassungsgebenden Gewalt übernommen.

IV. Grenzkonflikte

Damit ist eine Frage nach Grenzkonflikten zwischen dem Bundesverfassungsgericht und anderen Verfassungsorganen aufgeworfen. Während in dem hier zuletzt behandelten Bereich des Verhältnisses zwischen Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsänderung in Deutschland weithin die mit entsprechender Akzeptanz der gerichtlichen Aktivität verbundene Überzeugung besteht, diesbezügliches Wirken des Verfassungsgerichts sei angesichts auch der komplexen Gegebenheiten politischer Konsensfindung unabdingbar und gut zu heißen, gilt dies teilweise deutlich weniger für die angesprochenen Zugriffsmöglichkeiten gegenüber einfacher Gesetzgebung. Bei umstrittenen Problemlagen und demzufolge auch umkämpfter diesbezüglicher Gesetzgebung ist die Verwerfung oder Billigung, öfter noch: die Modifizierung durch interpretatorische Vorgaben seitens des Bundesverfassungsgerichts gewissermaßen zum letzten Akt des Gesetzgebungsverfahrens geworden. Durch nicht seltene Nebenbemerkungen zu denkbaren künftigen gesetzlichen Gestaltungen ist das Gericht sogar für die Phase der Gesetzesvorbereitung ein wichtiger Akteur geworden.

Auseinandersetzungen über solche Fragen begleiten das Bundesverfassungsgericht praktisch seit Beginn auch für die Frage seines Verhältnisses zur Fachgerichtsbarkeit.¹⁹ Die von ihm selbst zur Bemessung dieser Grenzlinie vorgegebenen Formeln und Floskeln – etwa: eine Unterscheidung zwischen zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle berechtigender Überschreitung von sogenanntem spezifischen Verfassungsrecht und eine bloßen Fehlanwendung einfachen Rechts – sind in hohem Maße ihrerseits der Interpretation fähig. Sie beschreiben keine Grenzlinie, sondern einen Korridor, den das Gericht selbst vermisst. Es kann also auch hier das letzte Wort in Anspruch nehmen.

In diesem Problembereich, aber auch bei den anderen erwähnten Grenzkonflikten hängt es letztlich von der Selbstdisziplin des Verfassungsgerichts ab, ob es seiner auf richterliche, am Maßstab des Rechts orientierte und hierauf beschränkte Kontrollfunktion in einem angemessenen

19 Dazu R. Alexy/Ph. Kunig/W.Heun/G. Hermes, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, No. 61, 2001, S. 7 ff.

P. Kunig: Verfassungsgerichte - Akteure Der Rechtsordnungsfortentwicklung
Zusammenspiel mit anderen staatlichen Organen und Instanzen wahrnimmt
– und einem *gouvernement de juges constitutionnelles* selbst vorbeugt.

Auf das Große und Ganze bezogen und von einigen Einzelheiten abgesehen ist das Bundesverfassungsgericht dieser Aufgabe und Verantwortung angemessen gerecht geworden. Die Wahrung solcher Disziplin, insbesondere auch in der Beachtung des eigenen Prozessrechts und der sich daraus ergebenden Grenzen, ist ihm weiterhin anzuraten.

Das türkische Verfassungsgericht steht vor weithin ähnlichen Aufgaben. In manchen der vorstehend problematisierten Bereiche muss es sich noch positionieren. Die Rechtsprechung auch des deutschen Bundesverfassungsgerichts bietet Material, das ergiebig sein kann für das Nachdenken über solche Positionen, mit Anregungen für Entscheidungen darüber, welche Fragen nach dem türkischen Verfassungsrecht ähnlich wie in Deutschland oder aber auch anders zu beantworten sind. Das ist auch nur teilweise determiniert durch Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention. Aber das ist ein anderes Thema.

HUKUK DÜZENİNİN GELİŞİMİNDE AKTÖR OLARAK ANAYASA MAHKEMELERİ – ALMANYA DENEYİMLERİ

Çev. Çiğdem Vardar^{1**}

I. GİRİŞ

Türk Anayasa Mahkemesi Başkan'ı için hazırlanan bu Armağan'a katkıda bulunmam yönündeki davet beni onurlandırmıştır. Bazı düşüncelerimi aktarmak suretiyle, bu katkıyı memnuniyetle gerçekleştireceğim.

Türk Anayasa Mahkemesi, Avrupa ve dünya anayasa mahkemeleri topluluğu içerisinde kendine sağlam bir yer edinmiş ve büyük bir itibar kazanmıştır. 2012 yılında uygulamaya konulan anayasa şikayeti, devlet gücü tarafından yapıldığı iddia edilen muhtemel insan hakları ihlallerinin bundan böyle Ankara'da değerlendirilmesini mümkün ve gerekli kılarak, Türk Anayasa Mahkemesi'ne kısa bir süre zarfında ilave görevler yüklemiştir. İhlal iddiaları uluslararası düzleme, yani Strasburg'a, artık doğrudan taşınmamaktadır. Söz konusu durum, nicel açıdan dramatik bir iş yükü anlamına gelse de, aslında ve daha da önemli olmak üzere nitel açıdan çok ciddi implikasyonlara sahiptir: Anayasa şikayetleri hakkında karar verilirken, güçler ayrılığına ya da güçler dengesine ilişkin sorunsal bağlamında, parlamenter olarak sorumlu yasama organıyla ilişki bakımından doğru ölçütü bulmak gerekir. Öte yandan, anayasa yargısı ile diğer yargı kolları²ⁱ arasındaki ilişkiye, yani yargı gücünün kendi içindeki ayrıma dair çetrefilli problemlerin çözülmesi ve bunun yanı sıra, ulusal anayasa yargısı ile Avrupa insan hakları yargısı arasındaki ilişkiye yönelik – hem maddi hukuk hem de usul hukuku açısından – zor soruların cevaplandırılması gerekmektedir.

Bu meselelerin tümü, Almanya'da uzun bir süreden beri tartışılmaktadır ve tartışılmaya da devam edecektir. Ancak, tüm kuşkulardan arınmış kesin cevaplara, neredeyse hiç varılamamakta, daha ziyade süregelen bir optimalleştirme görevi yürütülmektedir. Aşağıda, söz konusu sorunsallara ilişkin tüm

1 ** Araş. Gör., Freie Universität Berlin

2 ⁱ (ç.n.) Yazar burada ve devamında sıklıkla "Fachgerichtsbarkeit" terimini kullanmaktadır. Söz konusu terim, anayasa yargısı dışında kalan tüm yargı kollarını ifade eder. Metnin devamı boyunca, Türkçeye genellikle yanlış bir biçimde uzman mahkemeler olarak çevrilen "Fachgerichte", yalın bir biçimde mahkemeler olarak çevrilmiştir ve Anayasa Mahkemesi haricindeki tüm mahkemeler olarak anlaşılmalıdır.

P. Kunig: Hukuk Düzeninin Gelişiminde Aktör Olarak Anayasa Mahkemeleri

unsurlar değil, daha çok arka planında bu sorunsalların yer aldığı Almanya deneyimleri, bir rapor biçiminde sunulacaktır. Bununla beraber, ulusal bir hukuk düzeni çerçevesinde elde edilmiş deneyimlerin, başka bir hukuk düzenine ve orada etkili kurumlara basit bir şekilde doğrudan aktarılmayacağına dair, yazarın da sahip olduğu temel kanı, başka yerlerde geçerli olan hukuk düzenlerine ve hukuki uygulamalara ilişkin değerlendirmeler yapılırken, her zaman için dikkate alınmamakta; ki bu çoğu zaman karşılıklı olmak üzere, Alman-Türk ilişkilerinde de kendini göstermektedir. Oysa karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının ya da ulusal hukuklara ilişkin rapor sunumlarının amacı, kendi hukuk düzenleri hakkında yalnızca bilgi vermektir, dahası değil. Zira bir hukuk düzeninin hangi yönde ilerleyeceğine dair karar verilirken, alternatiflere ilişkin bir çok bilgidен yararlanılmakta ve bu sayede yabancı modelleri takip etme ya da tam tersi, bilinçli olarak bu modellerden uzak kalma biçiminde rasyonel kararlara varılabilmektedir.

Bu anlayış doğrultusunda makalede, anayasa mahkemelerinin, hukuk düzeninin gelişiminde ne dereceye kadar aktör olarak ortaya çıktıkları ve gelişime ne dereceye kadar etki ettikleri sorularına açıklama getirilecektir. Belirtildiği üzere, söz konusu açıklamalar Almanya'ya ilişkindir; yani tam anlamıyla söylenecek olursa: 1949 yılında Anayasa³ⁱⁱ ile öngörülmüş, 1951 yılı itibarıyla yürürlüğe girmiş ve büyük ölçüde anayasa mahkemelerince biçimlendirilmiş bir hukuk sistemine sahip, Federal Almanya Cumhuriyeti'ne ilişkindir. Bu noktada, çoğul bir biçimde "anayasa mahkemeleri" kullanılmasının sebebi, Federal Anayasa Mahkemesi dışında, eyaletler düzleminde de, her biri farklı yetkilerle donatılmış anayasa mahkemelerinin var olmasıdır. 1990 yılında Almanya'nın yeniden birleşmesinden hemen sonra ve devam eden yıllarda eyalet anayasa mahkemeleri, anayasa şikayeti davaları kapsamında, kayda değer bir faaliyet gerçekleştirilmiş, ve özellikle, yazarın da o dönemde üyesi olduğu Berlin Anayasa Mahkemesi'nin 1993 tarihli kararları, anayasa şikayetlerinin kabul edilebilirliğine dair süreci daha da hızlandırmıştır.⁴ Aslında eyalet anayasa mahkemeleri, Federal Anayasa Mahkemesi'nce üretilmiş esasları takip etmekte ve Mahkeme'nin gösterdiği yönde ilerlemektedir. Hem maddi hukuk hem de usul hukuku açısından geçerli olan bu durum, Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, federal devlet dahilinde hukuk birliğini muhafaza edebilmek için gereklidir.⁵

Dolayısıyla aşağıda aktarılacak olan düşünceler, öncelikle Federal Anaya-

3 ⁱⁱ (ç.n.) "Grundgesetz", adlandırılışındaki tarihsel sebeplerden bağımsız olarak ve sahip olduğu nitelik dikkate alınarak, Türkçe terminolojiye uygun bir biçimde, "Temel Yasa" olarak değil "Anayasa" olarak çevrilmiş, ancak kısaltmalarda GG olarak bırakılmıştır.

4 Bkz. Ph. Kunig, Die rechtsprechende Gewalt in den Ländern und die Grundrechte des Landesverfassungsrechts, NJW, 1994, S. 687 ff.

5 Bkz. BVerfGE 96, 345 ff.

sa Mahkemesi pratiğine odaklanmıştır. Her şeyden önce anayasa şikayeti ve böylelikle temel haklar düzeni açısından bir inceleme yapılmasının sebebi, Türkiye'deki yeni hukuki durumdur. Ön plandaki soru, bir anayasa mahkemesinin hukuk düzenini ne dereceye kadar geliştirdiği yani değiştirdiğidir. Aynı ölçüde olgusal olduğu kadar, normatif olarak sorulan soru ise şöyledir: Anayasa yargısı aracılığıyla, yürürlükteki hukukta bir değişiklik yapılabilir mi?

Burada, tüm hukuk düzenlerinde olduğu üzere, Türk ve Alman hukuk düzenlerinde de özel koşullara ve özellikle usul kurallarına tabi, örneğin yasa koyarak ya da bir anayasa değişikliği yaparak gerçekleştirilen formel bir değişiklik olmaksızın hukukun değiştirilmesi incelenmekte; dolayısıyla, yalnızca anayasa yargısı na odaklanılrsa da, aslında diğer aktörleri de ilgilendirebilecek ve onların da ele alınabileceği bir tematik içerisinde hareket edilmektedir. Zira, bir yandan hukukun doğrudan muhatapları (örneğin bireyler ve özel alanın diğer sujeleri) diğer yandan hukuku uygulayan devlet organları olabilecek bu aktörler, bir hukuk düzenin uygulamadaki durumunun ve daha-sı normatif içeriğinin biçimlendirilmesine katılmaktadır. Burada söz konusu aktörlerin yarattığı etki geniş bir biçimde açıklanmayacak, ancak kısaca belirtilecektir: Örneğin anılan aktörlerce mütemadiyen dikkate alınmayan bir norm, ihlal edilmesi sebebiyle yalnızca etkisini değil, geçerliliğini de yitirebilmekte, ya da bir normun yöneldiği subjelerin davranışları, söz konusu normun içeriğine etki edebilmektedir. Diğer yandan hukuku uygulayan diğer devlet organlarına nazaran mahkemeler, bir hükmün normatif kapsamının içerik olarak belirlenmesi açısından, özel bir öneme sahiptir. Mahkemelerin, idarenin norm uygulama pratiğinin çok daha ötesinde güçlü bir biçimde sahip oldukları bu rol, hukuk devleti ilkesi gereğidir ve aksi düşünülemez. Konu, genellikle "hakimin hukuk yaratması" ya da "hakimin hukuku" gibi anahtar kavramlar altında, söz konusu fenomenlere sınır getirilmesi yönünde bir görüş birliği dahilinde tartışılmakta ve ayrıca anılan fenomenlere Anglo-Amerikan hukuk düzeniyle karşılaştırıldığında Kıta Avrupası hukuku açısından çok farklı anlamlar yüklenmektedir. Bunun yanında söz konusu tematik, Avrupa Birliği hukuku düzleminde de oldukça günceldir ve hakimin hukuk yaratmasına ilişkin algıda zaman içerisinde değişiklikler oluştuğu, Lüksemburg'taki Adalet Divanı'nın içtihatlarında görülmektedir.

Bu nokta itibarıyla artık, "Federal Anayasa Mahkemesi, hukuk düzenini geliştiren bir aktör olarak ne dereceye kadar rol oynamaktadır?" sorusu cevaplandırılabilir.

Aşağıda Mahkeme'nin yasalar ve Anayasa üzerinde yarattığı etkiler birbirinden ayrılarak incelenecek ve son olarak incelemeye ilişkin önemli noktalar ortaya konulacaktır.

P. Kunig: Hukuk Düzeninin Gelişiminde Aktör Olarak Anayasa Mahkemeleri

II. Federal Anayasa Mahkemesi'nin Yasalar Üzerindeki Etkisi

Anayasa Mahkemesi'nin yasalar üzerindeki etkisi, negatif ve pozitif olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Negatif etkilerle önceden geçerli olan bir yasanın ilgası, pozitif etkilerle ise Mahkeme'nin yeni bir yasa yapmaya ilişkin direktifi kastedilmektedir. Bu ikisi arasında kalan diğer bir etki biçimi ise, Anayasa Mahkemesi'nin bir yasanın akla gelebilecek bir çok yorumundan bir tanesi-nin anayasa açısından kabul edilebilirliğine hükmetmesi, ve dolayısıyla bu yoruma uygun haliyle yasayı geçerli kılması, ve böylece yasaya özellikle diğer mahkemeler için bağlayıcı olan bir yorum yüklemesidir.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin sahip olduğu bu farklı etkilerin ortak çıkış noktası ise, Alman Anayasası'nın güçlü bir biçimde şekillendirilmiş, geniş kapsamlı bir temel hak korumasına sahip olması ve md. 1 III GG gereği her üç devlet erkinin temel haklara riayet etme ve saygı gösterme yükümlülüğüdür.⁶ Alman tarihi ve özelde Alman anayasa tarihi deneyimleri Anayasa'nın, 1. maddede yer alan ve özel bir ağırlığa sahip üç temel beyanla açılmasına sebep olmuştur: İlk fıkrada, insan onurunun korunacağını bağlayıcı olarak belirtilmesi; ikinci fıkrada ulusal yasalardan bağımsız olarak saygı duyulacak ve geliştirilecek insan haklarının ilan edilmesi; ve fiiliyatta neredeyse en önemlisi olarak üçüncü fıkrada temel hakların tüm devlet erkini doğrudan bağladığına hükmedilmesi.

Temel hakların koruma alanları, münferiden özgürlüğe ve eşitliğe ilişkin olarak farklılaştırılarak ve Alman Anayasası'nın kabul edildiği 1949 yılı itibarıyla mevcut Avrupa ve Atlantik insan hakları geleneği dikkate alınarak oluşturulmuştur. Federal Almanya Cumhuriyeti'nin anayasa tarihi boyunca, anayasa değişikliği yoluyla bazı temel haklar kabul edilmiş olsa da, genel itibarıyla anayasa değişikliklerinin, temel hak korumasını kısmen sınırlandırdığı görülmektedir. – Buna karşın Federal Anayasa Mahkemesi, temel hak korumasını genişletmek amacıyla, hukuk yaratmak suretiyle yeni durumlar ortaya çıkarmıştır; ki bunlara aşağıda değinilecektir.

Temel hakların büyük bir çoğunluğu, özgürlüklere ilişkin haklardır. Bunların yanında, eşitliğe ilişkin haklar ve uygulama açısından özel bir öneme sahip, bir yargılamamanın hukuk devleti ilkesine uygun yürütülmesini sağlayan yargısal güvenceleri içeren haklar⁷ⁱⁱⁱ yer almaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1958 yılında “kişiliğini serbestçe geliştirme hakkını” (md. 2 I GG)

6 Md. 1 III GG, daha ziyade açıklayıcı ve güçlendirici bir hükümdür; zira, üç devlet erkinin anayasayla bağlı olduğu, yapısal bir norm olan md. 20 III GG'den zaten çıkmaktadır.

7 ⁱⁱⁱ(ç.n.) “Justizgrundrechte”: Temel haklar kataloğu içerisinde değil, Alman Anayasası'nın, yargıya ilişkin kısmında düzenlenen söz konusu haklar, Türk Anayasası'nın “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlığı altında düzenlenen “koruma hakları”na karşılık gelmektedir.

genel davranış özgürlüğü^{8iv} bağlamında yorumlaması ve sonrasında yerleşik içtihatı içinde söz konusu yorumdan ayrılmaması, temel hakların koruma alanları açısından fevkaalede bir öneme sahiptir.⁹ Md. 2 I GG'nin lafzından, örneğin bireyin yaşamını hangi yönde geliştirmek istediğine dair aldığı kararlar, ya da mahrem alanlarının korunması, veya özel hukuk bağlamında anlaşılan "genel kişilik hakkı" gibi, yalnızca bireylerin gelişimine ilişkin unsurlarla doğrudan bağlantısı olan meseleler çıkartılmaktadır.¹⁰ Buna karşın Federal Anayasa Mahkemesi, en iyi tabirle sistematik-teleolojik olarak adlandırılabilir bir argümanla, md. 2 I GG'nin bir temel hak sahibinin (yapma ya da yapmama şeklinde) bütün davranışlarını, söz konusu davranışlar başka bir temel hakkın koruma alanında olmadıkları sürece koruyan bir temel hakkı içerdiğine dair algıyı yerleştirmiştir. Dolayısıyla, md. 2 I GG artık yalnızca kişiliğini geliştirme hakkını değil, ayrıca "genel davranış özgürlüğünü" de kapsamaktadır. Söz konusu özgürlük, sosyal anlamları ve ayrıca hukuki açıdan nasıl değerlendirildikleri dikkate alınmaksızın akla gelebilecek tüm davranış biçimleri için geçerlidir. Fakat bu sayede tüm davranışların hukuka uygun olduğu sonucuna değil; daha ziyade, bir davranış biçimine yönelik her türlü sınırlamanın, özellikle sınırlamanın hukuki dayanağının denetlenmesi başta olmak üzere, anayasal bir teste ve ölçülülük ilkesi bağlamında bir denetime tabi olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bu şekilde anlaşılan md. 2 I GG'deki genel davranış özgürlüğü, özgürlüklere ilişkin temel hakların koruma alanını yalnızca içerikleri bakımından değil, ayrıca temel hakkın öznesi bakımından da genişletmiştir. Bu durum, özellikle Alman vatandaşlığını taşımayan kişilere ilişkin temel hak koruması sorunları açısından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin, özgürlüklere ilişkin temel hakların öznelere yalnızca Alman vatandaşlarıdır ve bu noktada genel davranış özgürlüğünün sağladığı koruma, söz konusu hakların öznesi olmayan yabancılar için ikame olarak ortaya çıkmaktadır.¹¹ Bu her ne kadar Anayasa'nın formüle edildiği zamandaki maksada uygun olmasa da, yukarıda belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi'nin md. 2 I GG'ye yüklediği tamamlayıcı fonksiyonunun mantıksal sonucudur.

Md. 2 I GG'ye getirilen sınırlama gereği, geniş hatta sınırsız olarak anlaşılan genel davranış özgürlüğüne yapılan bir müdahale de, "anayasal düzene" uygun olmalıdır. Anayasal düzen, (normlar hiyerarşisinin neresinde olduk-

8 ^{iv}(ç.n.) "Allgemeine Handlungsfreiheit": Türkçe'ye sıklıkla "genel hareket özgürlüğü" olarak çevrilen hak, burada, koruma alanının kapsamı dikkate alınarak, "genel davranış özgürlüğü" olarak çevrilmiştir.

9 BVerfGE 6, 32 ff.; BVerfGE 80, 137 ff.; Ph. Kunig, Die Aktuelle Entscheidung: Der Reiter im Walde (BVerfGE 80, 137), Jura, 1990, S. 523 ff.

10 Ph. Kunig, Kommentierung des Art. 2, Grundgesetzkommentar, ed. Ingo v. Münch/Philip Kunig, 6. Auflage, Bd. I, 2012, Rn. 30 ff.

11 Bkz. Ph. Kunig, Kommentierung des Art. 2, Rn. 3.

P. Kunig: Hukuk Düzeninin Gelişiminde Aktör Olarak Anayasa Mahkemeleri

larından bağımsız olarak) Anayasa'ya uygun normların oluşturduğu bütünü ifade etmekte ve böylece, temel hakları sınırlandıran normların Anayasa'ya uygunluğunun tespit edilmesini gerektirmektedir. Söz konusu gereklilik ayrıca, bir normun hukuk devleti ilkesine uygunluğu, yani bu anlamda ölçülülük olup olmadığı açısından da geçerlidir. Ölçülülük ilkesi, bir temel hak ihlalinin olup olmadığına dair denetimde belirleyici ölçüttür.¹² İlk olarak kolluk hukukuna ilişkin içtihatlarda ortaya konulan ilke gereği, kanunlar ve yanısıra birel işlemler, sahip oldukları amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak elverişli ve gerekli ve ayrıca orantılı olmalıdır: Amaca ulaşmak için başından itibaren elverişsiz olan bir önlem, kendisinden daha hafif bir müdahaleyle de aynı amaca ulaşılabilir bir önlem ve son olarak, verdiği zarar ile sağladığı yarar ve sınırlama yoğunluğu ile devletin yürüttüğü amacın gerçekleşmesine yönelik sağlayacağı çıkar arasında orantısızlık bulunan bir önlem Anayasa'ya aykırıdır; yani bir temel hak ihlalidir. Özellikle gereklilik ve orantılılık kriterlerinin, temel hak ihlaline ilişkin yapılan değerlendirmeler açısından ciddi bir takdir alanı sağladığı açıktır; ki bu takdir alanları açısından son söz Federal Anayasa Mahkemesi'ne aittir.

Bir normun iptaliyle sonuçlanan norm denetimleri ise, farklı usullere dayanan dava tipleri çerçevesinde gerçekleşir. Soyut norm denetimi, md. 93 I 2a GG'ye göre yalnızca yetkili organların, yani federal hükümetin, bir eyalet hükümetinin ya da Federal Meclis üyelerinin dörtte birinin talebi üzerine gerçekleşir. Buna karşın somut norm denetimi (md. 100 I GG), görülmekte olan bir davadan kaynaklanmakta; yani davayı yürütmekte olan mahkemenin, kararı için belirleyici olan bir yasa hükmünün Anayasa aykırı olduğu kanısına vararak yaptığı başvuruya dayanmaktadır. Bir mahkeme, Anayasa'ya aykırılık olduğunu düşündüğü durumlarda, bu bulgusunun sonuçlarını re'sen uygulamaya yetkili değildir; aksine Anayasa Mahkemesi'nin bu yöndeki değerlendirmesini almakla yükümlüdür. Dolayısıyla somut norm denetimi, demokratik meşruluğa sahip kanun koyucuyu, yaptığı yasalara Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemelerin müdahalede etmesinden korumaktadır. Ancak mahkemelere getirilen kanun koyucunun iradesinden sapma yasağı, yalnızca Anayasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra çıkarılmış olan yasalar açısından geçerlidir.

Almanya'da, soyut ve somut norm denetimi davalarının yanı sıra, anayasa şikayetleri kapsamında da norm denetimi yapılabilmektedir; zira Türkiye'den farklı olarak yasalar, anayasa şikayetinin doğrudan konusunu oluşturur. Bu açıdan, md. 93 I 4a GG'de^{13v} belirtilen kamu gücü ile yukarıda değinilmiş olan

12 Bu ve devamı için bkz. *Ph. Kunig, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen öffentlichen Recht, Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog*, ed. Philip Kunig/Makoto Nagata, 2006, S. 169 ff.

13 ^v(ç.n.) Md. 93 I 4a GG: Federal Anayasa Mahkemesi, (...) temel haklarından birinin veya 20 IV.,

md. 1 III GG'deki temel haklara saygı yükümlülüğüne sahip devlet erki örtüşmektedir.

Yukarıda belirtilen üç yargılama tipinin, hem kabul edilebilirlik şartları açısından hem de karar hükümleri açısından, birçok hukuki problem mevcuttur. Burada bu problemleri geniş bir biçimde açıklamak mümkün olmasa da, bir yasanın Anayasa'ya uygun olması yönündeki ilkenin, Anayasa'ya aykırı bir yasanın ilga olması gerektiği sonucunu, zorunlu olarak doğurmadığına değinilebilir. Örneğin, Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılığına hükmetmiş olduğu bir yasanın uygulanmaması sebebiyle ortaya çıkabilecek hukuk devleti ilkesine aykırılıkları önleyebilmek adına, kanun koyucuya, söz konusu yasanın uygulanmasının mümkün ya da gerekli olduğu bir süre vermektedir. Bu durum, kanun koyucuya yeni bir yasa yapması yönünde verilen bir direktif olarak kendini göstermekte; ki bu noktada söz konusu direktif anayasa aykırı yasal bir durumun gelecek için düzeltilmesi anlamına gelmektedir.¹⁴

Bunun haricinde, Anayasa tarafından kısmen belirgin bir biçimde ve genelde açık bir içerikle öngörülen başka yasa koyma direktifleri de vardır. Evlilik içi ve evlilik dışı çocuğun eşit gelişme koşullarına sahip olmasının güvence altına alınmasına ilişkin md. 6 V GG buna ilişkin bir örnektir; ki Anayasa, yapıldığı tarih itibarıyla bu konuda ciddi eşitsizlikler olduğunu farketmiştir. Aynı şekilde sosyal devlet ilkesi (md. 20 I GG) ve bir anayasa değişikliğiyle eklenen doğal yaşamın korunması ilkesi (Art. 20a), yasa koymaya ilişkin emredici hükümler olarak kendilerini göstermektedir.¹⁵

Tüm bunların yanında, temel hak anlayışında oldukça önemli ve çok ciddi sonuçlar doğuran bir dönüşüm söz konusudur. Temel haklar, tarihsel gelişimleri bağlamında genel olarak negatif statü hakları, yani kişisel bir statüyü koruyan bireysel hukuki pozisyonları ifade etmekte ve bu tasarım, Anayasa'da düzenlenen bir çok temel hakkın formüle edilmesinde belirgin bir biçimde kendisini göstermektedir. Ancak söz konusu bu anlayış, yarattığı etkiler bakımından Federal Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen md. 2 I GG'yi genel davranış özgürlüğü olarak yorumladığı kararını aratmayan diğer bir kararıyla başka bir yöne kaymıştır: Temel haklar, bir medeni hukuk davasına ilişkin temyiz mahkemesi kararının denetlendiği bir anayasa şikayeti kapsamında, objektif değerler düzeni olarak nitelendirilmiş ve söz konusu nitele-

33., 38., 101., 103. ve 104. maddelerde güvence altına alınmış haklarından birinin, kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla herkes tarafından yapılabilen anayasa şikayetleri hakkında karar verir.

14 Ayrıca bkz. H. Bethge, Die Entscheidungswirkung von Normbeanstandungen des Bundesverfassungsgerichts, Jura, 2009, 18 ff.

15 Ayrıca bkz. Ph. Kunig, Solidarität als rechtliche Verpflichtung, Verfassung und Verwaltung in Europa, Festschrift für Jürgen Schwarze, 2014, S. 190, 193 f.

P. Kunig: Hukuk Düzeninin Gelişiminde Aktör Olarak Anayasa Mahkemeleri

me ilk olarak ifade özgürlüğü ve sonraları diğer temel haklar bakımından oldukça önemli sonuçlar doğurmuştur.¹⁶ Objektif değerler düzeni kavramıyla kastedilen, temel hakların, yasa hukukunun yorumlanmasında ölçüt norm olmalarını sağlayan ve kendilerine aykırılık teşkil eden yorumları dışarıda bırakan bir güce sahip olmalarıdır. İlk olarak 50'li yıllarda hukuk literatürü içerisinde ortaya çıkan bu düşünce, sonraları keskin bir biçimde temel haklardan kaynaklı bir devlet sorumluluğunun varlığı algısına dönüşmüştür. Öncelikle kanun koyucuyu ilgilendiren bu sorumluluk, devletin, temel hakları adeta koruyan, destekleyen ve savunan bir tavır alması zorunluluğunu ve bu doğrultuda temel hakların uygulanmasını mümkün kılan ya da onları güvence altına alan yasaları da yapması gerektiğini ifade etmektedir. Örneğin Federal Anayasa Mahkemesi, kanun koyucuyu, doğum öncesi yaşam hakkı ihlallerini ceza hukuku aracılığıyla önlemeye çalışma; bu anlamda kürtaja ilişkin bir suç unsuru yaratma yükümlülüğü altına sokmuştur.¹⁷ Mahkeme, buna ilişkin düzenlemenin tüm ayrıntılarını belirlememiş, ancak ceza hukukunu kürtajın önlenilmesine dair çabalar bakımından vazgeçilemez bir araç olarak görmüştür. Temel hakların korunmasına yönelik devlet sorumluluğu, bugün itibarıyla yasama faaliyetinin belirleyicisidir ve genel kabul görmüştür.¹⁸

Öte yandan, temel hakları objektif değerler olarak gören tasarıma yönelinmiş olması, tüm hukuk sisteminin temel haklara uygun olarak yorumlanması gerektiği fenomenine de dayanak oluşturmaktadır. Bu sayede, Anayasa'ya uygun yorum postulası, Avrupa hukuk geleneği içerisinde gelişen ve bugüne aktarılan diğer yorum methodlarına dahil olmakta ve bu her şeyden önce özel hukuk ama ayrıca ciddi ölçüde olmak üzere idare hukuku açısından da önemli sonuçlar doğurmaktadır.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen yoruma dayalı edimleri esas itibarıyla, özellikle temel hakların anlamı, etkisi ve fonksiyonu bakımından hukuk düzeninin "değiştirilmesi" veya geliştirilmesi olarak ortaya çıkmaktadır. Mahkemece yaratılan bu değişikliklerin hiçbirisi, doğrudan anayasa metnince belirlenmiş olmasa da, söz konusu metin vasıtasıyla teleolojik ve sistematik düşünceler ışığında geliştirilmiştir. Bu noktada, diğer sorunsallara yöneltecek bir anayasal gelişimden bahsedilebilir.

III. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Üzerindeki Etkisi

Anayasa'nın içeriğinin değiştirilmesi, yasama organı tarafından yapılan formal bir değişikliğe ilişkin olduğu sürece, Türkiye de dahil olmak üzere birçok

16 BVerfGE 7, 198 ff. Bugünün bakış açısı için, ayrıca bkz. *D. Leenen*, Konstitutionalisierung im Zivilrecht, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Vol. 43, No. 60, 2011, S. 24 ff.

17 BVerfGE 39, 1 ff.

18 Bkz. *Ph. Kunig*, Vorbemerkungen zu den Art. 1.-19., *Grundgesetzkommentar*, Rn. 21 f.

ülkede anayasa yargısı nın uğraş alanına girmektedir. Karşılaştırmalı bir gözlemle, söz konusu anayasa değişikliklerine sıklıkla halkın da katıldığı görül-mekteyse de, bu durum Almanya için söz konusu değildir. Zira bu noktada Alman Anayasası, aslında tüm doğrudan demokrasi usulleri karşısında ol-duğu gibi, olağanüstü çekingendir, ki bu Alman tarihine dair değerlendirmelerden çıkan, ancak bugünün bakış açısıyla kısmen kuşkulu görülebilecek bir güvensizlikten kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'yı değiştirme yetki-si, sadece yasa koymaya yetkili kurumlarda, yani parlamento olarak Federal Meclis'te ve eyalet hükümetlerinin temsil edildiği federal bir organ olarak Fe-deral Konseyde'dir.

Normal bir yasa koyma faaliyetinden farklı olarak, bir anayasa değişikliği, ikisi şekli biri maddi olmak üzere üç koşula bağlanmıştır. İlk olarak, anayasa metninin açıkça değiştirilmesi gerekmektedir; yani Weimar Anayasası dö-ne-minde görüldüğü üzere, metnin kendisi değiştirilmeden, bir yasa tarafından zımni ilgası kabul edilemez. İkinci olarak, yukarıda belirtilen her iki organın üyelerinin üçte ikisi olmak üzere, Anayasa'yı değiştirecek nitelikli çoğunluğa ulaşılmış olması gerekir. Ve son olarak maddi koşul: Md. 79 III GG, kendisin-de belirtilmiş anayasal içeriklere dair herhangi bir anayasa değişikliği yapıla-mayacağına hükmeder. Söz konusu yasa, tüm zamanlar için geçerlidir ve bu sebeple md. 79 III GG "sonsuzluk garantisi" olarak adlandırılmıştır. Ancak söz konusu niteleme yanlış bir değerlendirmedir; zira hukuk hiçbir zaman sonsuz olamaz, tıpkı insanlar tarafından yapılmış ya da tasavvur edilmiş di-ğer bütün şeyler gibi.

Alman Anayasası, yukarıda belirtilen usule uygun olarak, bugüne kadar 59 kere değiştirilmiştir. Anayasa değişiklikleri, yasama işlemi olmaları sebe-biyle, belirtilmiş üç koşula istinaden Anayasa Mahkemesi'nce yapılan norm denetimine konu olabilir. Bu bağlamda, anayasa yargısının, md. 79 III GG'de belirtilen değiştirilemezlik yasağı açısından üstlendiği koruyuculuk görevi kritiktir. Anılan hüküm gereği, "Federasyon'un eyaletlere bölündüğüne, eya-letlerin yasama faaliyetine esasen katıldığına veya 1. ve 20. maddelerde yazılı ilkelere ilişkin bir Anayasa değişikliği yapılamaz." Buna göre tali iktidar, söz konusu hükümlerin değiştirilmesi halinde, esas bakımından yapılan bir yargı denetimine tabidir. Anayasa'nın 20. maddesine atıf gereği, – federal devlet ilkesinin yanı sıra – hukuk devleti, demokrasi ve sosyal devlet ilkeleri de-ğiştirilemez. Diğer yandan md. 79 III GG'nin, 1. maddeye atıf yapması, temel hakları düzenleyen maddelerin değiştirilemeyeceği anlamına gelmez. Ancak, temel hakların md. 1 I GG (devletin, insan onuruna saygı gösterme ve insan onurunu koruma yükümlülüğü) ile olan bağlantısı, sonuç itibarıyla onları da md. 79 III GG kapsamına sokabilmektedir. Yani bir temel hak, münferit bir norm olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, aynı zamanda insan onuru gü-

P. Kunig: Hukuk Düzeninin Gelişiminde Aktör Olarak Anayasa Mahkemeleri vencesinin somut uygulanışı olarak ortaya çıkıyorsa, md. 79 III GG anlamında dokunulmazdır.

Bu durum karşısında, Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın temel haklar bölümünde yapılan değişikliklerin Anayasa'ya uygunluğunun esas bakımından da denetlenmesi görevini üstlenmiştir.¹⁹ Mahkeme, her ne kadar önüne gelmiş temel haklara ilişkin tüm anayasa değişikliklerinin anayasa uygun olduğuna karar vermiş olsa da, insan onuru garantisinin değişik yeni anayasa normu ve bu normu somutlaştıracak yasalar açısından uyulması zorunlu bir buyruk olduğuna hükmetmiş, ve böylelikle aslında anayasa değişikliğinin etkisini yorum yoluyla sınırlandırmıştır. Buna en iyi örnek, Mahkeme'nin konut dokunulmazlığına ilişkin temel hak korumasının yoğunluğunu düşüren anayasa değişikliği hakkında verdiği karardır.²⁰

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu bu tutumu, aynı zamanda, temelde Anayasa'ya uygun olduğuna karar vermiş olduğu bir anayasa değişikliğinin, mütemadiyen anayasa yargısı denetimine konu olmasına sebep olmaktadır. Şöyle ki, hukuk pratiği gerçekliği, bir temel hakkın şekillendirilmesi ve sınırlandırılması sonrasında, söz konusu hakkın, dokunulmaz olduğu ilan edilen insan onuru özüne büyük oranda temas edildiğini göstermekte; öyle ki Anayasa'ya aykırı bir anayasal içerik ortaya çıkabilmektedir. Bu noktada, madde 1I GG'de güvence altına alınan insan onuru, Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'nın yorumlanmasına öncülük eden ölçüt norm seviyesine çıkartılmakta ve böylelikle Anayasa'nın içerisinde bir hiyerarşi oluşmaktadır.

Başka bir ifadeyle, Federal Anayasa Mahkemesi, anayasa aykırı anayasa hukuku oluşmasını engelleme görevine sahiptir ve bağlantılı olarak anayasal normların da, Anayasa'ya uygun yorumunu sağlama yetkisini üstüne almaktadır. Ancak bunun yanında Mahkeme, kendisi de maddi (içeriksel) anayasa değişiklikleri yapmaktadır. Geniş anlamda bu bağlama, temel hakların yorumlanmasında izlenen yukarıda belirtilmiş yeni yol dahildir. Dar anlamda ise, Anayasa Mahkemesi'nin yaratımları kastedilmektedir; ki bunların md. 79 GG'de belirtilen usul uyarınca Anayasa metnini formel olarak değiştirmek suretiyle yapılıp yapılmayacakları her durumda tartışılabilir. Buna ilişkin örnek olarak, Mahkeme'nin (şimdiye kadar söylenenlerin aksine, temel hakların güvencelerine, geçerliliklerine ve fonksiyonlarına değil, koruma alanlarına ilişkin olan) temel haklar kataloğundaki yaratımları gösterilebilir. Örneğin Federal Anayasa Mahkemesi, kişisel bilgiler üzerinde bireysel özerkliğe dair bir temel hakkın varlığını – hukuk yaratarak – ortaya koymuş ve söz konusu bu temel hak, “verilerin korunmasıyla” uğraşan bugünkü hukuk alanının, temel haklar açısından kavranmasına ve disipline edilmesine

19 Bkz. BVerfGE 30, 1 ff.; BVerfGE 94, 49 ff.

20 BVerfGE 109, 279 ff.

sebebi olmuştur.²¹ Oysa böyle bir hakkın Anayasa'da düzenlenmesi düşünülmemişti ve Anayasa'nın yapıldığı dönemdeki teknolojik durum göz önünde tutulduğunda düşünülebilmesi de mümkün değildi. Bu alanda bir anayasa kuralına duyulan açık ihtiyaç, formel bir anayasa değişikliğiyle değil yargı aracılığıyla giderilmiş; insan onuru garantisinin (md. 1 I) yukarıda ele alınan genel davranış özgürlüğü (md. 2 I) ile bağlantılı yorumundan yaratılmış (ve yine yazılı olmayan) genel kişilik hakkı, Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu ihtiyaca uygun olarak yorumlanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin, yeni anayasal normlara ihtiyaç duyulan durumlarda geliştirdiği bu tavır, özellikle internetin gelişmesinden kaynaklanan tehlikeli durumlar gözünde tutularak, sonraları daha da yoğun bir hal almıştır.²² Bu sayede, yeni tip problemler, çözümlerini eskimiş anayasal metinlerde bulmakta, veya: Mahkeme, bu metinlerden, metinlerin kendilerinin dahi bilmediği çözümleri çıkarmaktadır.

Yargının, temel hakları korumaya yönelik bu dinamik faaliyeti, bu makele-nin yazarı tarafından da olduğu üzere, olumlu bir biçimde değerlendirilmektedir. Ancak, Federal Anayasa Mahkemesi, devlet örgütlenmesi hukuku alanındakiler de dahil olmak üzere, ilk başta ve özellikle formel bir anayasa değişikliğiyle aşılması gereken sorunlara el attığında bazı kuşku-kararlar oluşabilmektedir. Söz konusu kuşku-kararlar, Mahkeme'nin, anayasa yaratma suretiyle muhtemelen hakim-in hukuk yaratmasının sınırlarını aştığı, askeri yurtdışı operasyonlarına ilişkin alınacak kararlarda parlamenter katılımı öngören iç-tihadı²³ ve ayrıca Avrupa Birliği entegrasyon sürecinin gidişatına ilişkin oluş-turduğu anayasal koşullar açısından ortaya çıkmıştır.²⁴ Formel bir anayasa değişikliği için gereken uzlaşının, söz konusu alanlar açısından siyasi arenada tam anlamıyla oluşmaması, Federal Anayasa Mahkemesi'nin atıl kalan tali iktidarın fonksiyonel görevlerini üstlenmesine sebep olmuştur.

IV. Yetki Sınırlarına Dair Çatışmalar

Böylelikle, Federal Anayasa Mahkemesi ile diğer anayasal organlar arasındaki yetki sınırlarına dair çatışmalara yönelik bir soru ortaya çıkmaktadır. Anayasa yargısı ve anayasa değişiklikleri arasındaki ilişki bakımından Mahke-

21 BVerfGE 65, 1 ff.; ayrıca *Ph. Kunig*, Der Grundsatz informeller Selbstbestimmung, Jura 1993, 595 ff.

22 Bu noktada Federal Anayasa Mahkemesi, "bilgi teknolojisi sistemleri açısından gizliliğin ve dokunulmazlığın güvence altına alınmasına" ilişkin bir temel haktan bahsetmektedir, BVerfGE 120, 351, 360 f.

23 BVerfGE 90, 286 ff., ayrıca karşılaştırmalı olarak bkz. BVerfGE 121, 135 ff. ve 124, 267 ff.; kritik için bkz, *Ph. Kunig*, Völkerrecht und staatliches Recht, ed. W. Graf Vitzthum/A. Proelß, Völkerrecht, 6. Bası, 2013, Rn. 81 ff.

24 İlk olarak bkz. BVerfGE 89, 155 ff.; ayrıca diğer eleştirilere atıfla bkz. *Ph. Kunig*, Völkerrecht und staatliches Recht, Rn. 26 f.

P. Kunig: Hukuk Düzeninin Gelişiminde Aktör Olarak Anayasa Mahkemeleri

me'nin faaliyeti büyük oranda kabul görmekte ve bu noktadaki tavır, politik uzlaşının yakalanmasına dair karmaşık durumlar göz önünde tutulduğunda doğru ve gerekli bulunmaktadır. Buna karşın, Mahkeme'nin, yasama faaliyetlerine yönelik olarak gerçekleştirebildiği yukarıda belirtilmiş müdahaleler, açık bir biçimde çok daha az kabul görmektedir. İhtilaflı meseleler ve dolayısıyla bunlara ilişkin çekişmeli yasama süreçlerinde, bir yasanın Mahkeme tarafından reddedilmesi ya da onaylanması (ve daha sık olmak üzere, yoruma ilişkin direktifleri aracılığıyla modifiye edilmesi) adeta yasama faaliyetinin son aşamasındaki işlem haline gelmekte; Anayasa Mahkemesi, gelecek için tasarlanan yasal düzenlemelere ilişkin hiç de az olmayan fikir beyanlarıyla, daha yasaların hazırlanma aşamasında, önemli bir aktör olmaktadır.

Federal Anayasa Mahkemesi, bu türden sorunlara ilişkin tartışmaların yanı sıra, diğer yargı kollarıyla ilişkisine dair tartışmalara da hemen hemen kuruluşundan bu yana katılmaktadır.²⁵ Mahkeme'nin söz konusu ilişkide bir sınır çizgisinin belirlenmesi için ortaya koyduğu formüller ya da kalıp deyişler –örneğin anayasa yargısının kontrol yetkisinde olan “spesifik” anayasa hukukunun ihlal edilmesi ile yasa hukukunun açıkça yanlış bir biçimde uygulanması arasındaki fark gibi – büyük oranda yoruma açıktır; zira bunlar bir sınır çizgisi değil, genişliği Anayasa Mahkemesi tarafından hesaplanan bir koridor oluşturmakta; yani Anayasa Mahkemesi burada da son sözü söyleme hakkına sahip olabilmektedir.

Yetki sınırlarına ilişkin tüm çatışma alanlarında, Anayasa Mahkemesi'nin, hukuku ölçüt olarak alan, yargısal ve sınırlayıcı denetleme fonksiyonunu, diğer devlet organları ve yüksek mahkemelerle yakalanacak makul bir uyum içinde kullanıp kullanamayacağı – ve *gouvernement de juges constitutionnelles*'i-^{26vi} önleyip önleyemeyeceği – sonuç itibarıyla kendi öz disiplinine bağlıdır. Genel olarak bakıldığında ve bazı ayrıntılar göz ardı edildiğinde, Mahkeme, söz konusu görevini ve sorumluluğunu yeterince doğru bir biçimde yerine getirmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi'ne, özellikle kendi usul hukukunu ve bundan kaynaklı sınırları dikkate alarak, bundan sonra da öz disiplini ni koruması tavsiye edilmelidir.

Türk Anayasa Mahkemesi de, yerine getirmek zorunda olduğu büyük oranda benzer görevlere sahiptir ve yukarıda sorunsallaştırılan bazı alanlara ilişkin olarak pozisyonunu belirlemelidir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları, bu pozisyonlar hakkında düşünürken faydalı olabilecek materyali sunmakta ve Türk Anayasa Hukuku açısından hangi soruların (Almanya'da

25 R. Alexy/Ph. Kunig/W.Heun/G. Hermes, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, No. 61, 2001, S. 7 ff.

26 ^{vi} (ç.n.) “Yargıçlar Hükümeti”

Haşim Kılıç'a Armağan

ve fakat ayrıca başka yerlerdekilere benzer bir biçimde) cevaplandırılması gerektiğine dair kararlara ilişkin tavsiyeler barındırmaktadır. Bu noktada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sadece kısmen belirleyidir, ki bu başka bir çalışmanın konusudur.

Prof. Dr. Hermann PUNDER
(*Bucerius Law School –
Hochschule für Rechtswissenschaft*)

YÜRÜTMENİN YASAMA İŞLEMLERİNİN DEMOKRATİK MEŞRUIYETİ

–

ABD, İNGİLTERE, ALMANYA VE TÜRKİYE ÇERÇEVESİNDE BİR MUKAYESELİ HUKUK DEĞERLENDİRMESİ^{1*2}

A. GİRİŞ: Devredilmiş yasama işlemlerine duyulan ihtiyaç ve meşruiyet sorunu

Genel anlamda kuvvetler ayrılığı ilkesine bağlı olan tüm ülkeler – Türkiye de dahil olmak üzere³ – kendilerini bir ikilemin ortasında bulurlar. Bu ülkelerde kanunlar, gitgide, asıl kanun koyucu, yani seçilmiş parlamento tarafından değil, yürütme tarafından çıkartılır hâle gelmiştir. Bütün bu ülkelerde geleneksel kuvvetler ayrılığı doktrininden bir miktar sapma kabul edilmekle birlikte, devredilmiş yasama işlemlerinin yeterli demokratik meşruiyeti taşımasının sağlanması da aynı ölçüde şarttır. Bu hususu örneklerle açıklayabilmek için, aşağıda yer alan karşılaştırma çalışması esas itibariyle ABD’de (“rules” (kararname)), İngiltere’de (“statutory instruments” (destekleyici mevzuat)), Almanya’da (“Rechtsverordnungen” (tüzük)) ve Türkiye’de (“kanun hükmünde kararname”) adı verilen ikincil yasama işlemlerini düzenleyen hukuk üzerinde duracaktır. Yeri geldikçe başka Avrupa ülkelerine ve AB Hukuku’na da değinilecektir.

1 Prof. Dr. Hermann Pünder Almanya’nın Hamburg kentinde bulunan Bucerius Hukuk Fakültesi’nde Alman (*Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft*), Avrupa ve Uluslararası Kamu Hukuku, İdare Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Bölümü Başkanlığı’nı yürütmektedir. Yazar, Türk anayasa hukukuna ilişkin ayrıntılı izahatları için İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Yrd. Doç. Lami Bertan Tokuzlu’ya, bu makalenin Türkçeye tercümesi için Defne Orhun’a ve Nisan 2014’te İstanbul’da kaldığı süre boyunca gösterdiği olağanüstü konukseverlik için İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Yeşim M. Atamer’e şükranlarını sunmaktadır. Bu armağan kitapta yer alan karşılaştırma çalışması, yazarın “Democratic Legitimation of Delegated Legislation – A Comparative View on the American, British and German Law” (Devredilmiş Yasama İşlemlerinin Demokratik Meşruiyeti – Amerikan, İngiliz ve Alman Hukukları Çerçevesinde bir Mukayeseli Hukuk Değerlendirmesi) başlıklı makalesi temel alınarak hazırlanmıştır (Pünder, “Democratic Legitimation of Delegated Legislation – A Comparative View on the American, British and German Law”, *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)* 58 (2009) içinde, s. 353 – 378). Okurlar adı geçen makalede daha fazla referans bulabilirler.

2 Türkçe metin olarak gönderilmiştir.

3 Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No: 2709, R.G. No: 17863 (Mükerrer), 09/11/1982, 7, 8 ve 9. maddeler. Ayrıca Anayasa’nın Başlangıç metninin 23/7/1995 tarih ve 4121 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile değiştirilmiş 4. paragrafı da kuvvetler ayrılığı ilkesine atıfta bulunmaktadır.

Anayasal ilkeler konusunda tutucu bir yaklaşım içinde olan püristler, yetkinin konumunun bu şekilde yer değiştirmesini “Vekâlet alan vekâlet veremez” ya da “Devredilmiş yetki devredilemez” anlamına gelen “*delegatus non potest delegare*” prensibinden sapma olarak görüp hayıflanabilirler. John Locke’un 1690 yılında ifade ettiği üzere: “Kanun koyucu Kanun Yapma Yetkisini başka ellere devredemez. Halk adına yetki devralmış kişiler başkalarını bu yetkiden yararlandıramaz.”⁴ Hatta Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın (TC Anayasası) 7. maddesi açıkça şu hükmü taşımaktadır: “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.” Ancak idari kuruluşların yasama yetkisini kullanma ihtiyacından ötürü, uzun süreden beri bu mülahazaların etrafından dolanılmaktadır. Alman Anayasası *Grundgesetz* (GG) 80/1. maddesinde şu husus açıkça belirtilmektedir: “Federal hükümete, federal bir bakana ... yasayla tüzük çıkarma yetkisi verilebilir.” Bu kuralın amacı –ki TC Anayasası’nın 91/1. maddesinde de bir benzerini görmekteyiz– kanun koyucunun yükünü hafifletmektir. ABD Yüksek Mahkemesi’nin açıkça beyan ettiği üzere, “sürekli değişen ve daha teknik sorunlarla dolu git-tikçe karmaşılaşan toplumumuzda, Kongre’nin yetki devretme imkânı olmadan işini yapabilmesi mümkün değildir...”⁵ İngiliz hukukunda da benzer bir muhakeme geçerlidir.⁶ Bunların yanı sıra, Avrupa hukuku da Konsey’in Komisyon’a yasama yetkisi devrinin gerekli olduğunu kabul etmektedir (Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma’nın 290. maddesi). Müdahale arzusu yüksek bir devleti sadece asli yasama organı aracılığıyla yönetmek kesinlikle mümkün değildir. Nitekim, karşılaştırma konusu yapılan ülkelerin tümünde idarenin yasa koyma yetkileri istisnadan ziyade kural haline gelmiş bulunmaktadır. İdari yasama asli yasamayı sayısal bakımdan tamamen geride bırakmıştır. Başka bir deyişe, devredilmiş yasama yetkisi gitgide daha da önemli hâle gelmektedir. Bazı durumlarda, yetki kanunu yürütmenin, devredilmiş yasama yetkisiyle asli kanunlarda veya diğer kimi kanunlarda değişiklik yapmasına dahi izin vermektedir. Birleşik Krallık’ta bu tür düzenlemeler “VIII. Henry hükümleri” olarak adlandırılmaktadır.⁷ Aynı şey Almanya (tartışmalı olmakla birlikte)⁸ ve Türkiye’de⁹ de mümkündür. Türkiye örneğinde, 1961 Anayasası kanun koyucunun kanun hükmünde kararname ile değiştirilme izni tanıdığı kanun hükümlerini özel olarak belirtmesini şart koşmaktaydı.¹⁰ Böylece kanun koyucu, hükümetin kanunda değişiklik yapma yetkisi

4 John Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme* (1690), Bölüm XI § 141.

5 *Mistretta/ABD* (1989) 488 U.S. 361, 371-372.

6 Karş. örn. Paul Craig, *Administrative Law* (5. baskı, 2003), ss. 369-370

7 Bu ibareyle VIII. Henry’ye beyanname çıkartarak yasa koyma yönünde geniş yetkiler tanıyan 1539 tarihli Beyannameler Kanunu’na atıf yapılmaktadır.

8 Karş. BVerfGE 8, 155, 171.

9 Kemal Gözler, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi* (2000), Ekin Kitabevi, s. 45.

10 Bkz. 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun ile değişik Madde 64. Resmî Gazete’ No. 13964, 22/09/1971.

H. Pünder: Yürütmenin Yasama İşlemlerinin Demokratik Meşruiyeti

üzerinde sıkı bir denetime sahip olmaktadır. Ne var ki bu şart 1982 Anayasası metninde yer almamaktadır. Mevcut anayasal çerçeve hükümete kanunlarda değişiklik yapma konusunda çok daha geniş bir serbesti tanımaktadır.

Kuvvetler ayrılığının kökeninde tiranlık korkusu yatmaktadır. Montesquieu 1748 yılında *Kanunların Ruhu Üzerine* adlı eserindeki değerlendirmelerinde şöyle der: “Hükümdarın yasamada belirleyici bir payı olursa, özgürlük ortadan kalkacaktır.”¹¹ Blackstone’un 1765 tarihli İngiliz Hukuku üzerine tefsirlerinde de bu düşünce yansıtılmaktadır: “Tüm zorba yönetimlerde (...) kanun yapma ve uygulama hakkı tek bir kişinin elindedir ve bu iki yetkinin birleştiği yerde özgürlük olması mümkün değildir.”¹² Ancak bu kaygılar zaman içerisinde, yürütme erki de demokratik bir meşruiyet kazanmaya başladıkça, önemini yitirmiştir. Ne var ki, devredilen yasama yetkisinin derecesi yine de, bürokrasi tarafından yönetilmek üzere olduğumuz endişesi uyandırmaktadır. Lord Hewart bu endişeleri, yürütmenin yasama işlemleri oluşumunu *The New Despotism (Yeni Despotizmler)* başlığı altında kıyasıya eleştirerek dile getirmiştir.¹³ Bu analiz aşırı eleştirel görünmekle birlikte, devredilmiş yasama yetkisi demokratik meşruiyet kaynağına, yani halka, parlamenter yasama organından çok daha uzak olduğundan, bu konuda özel bir demokratik meşruiyete ihtiyaç bulunduğu inkâr edilemez. Uzun vadede hiçbir hükümetin, baskı ve cebire bel bağlayarak meşruiyet ihtiyacını gidermesi mümkün değildir.¹⁴ Demokratik meşruiyetin birincil kaynağı halktır. Bu kaynak ya seçilmiş temsilcilere itibar edilerek dolaylı biçimde ya da halkın yasama işlemlerine etkin bir şekilde düzenlenmiş katılımıyla kullanılabilir. Genel olarak, Türkiye’nin yanı sıra Almanya ve Birleşik Krallık’ın demokratik meşruiyet için esasen ilk yöntemi (bkz. aşağıdaki B ve C) kullandığı, ABD’nin ise ikinci yolu izlediği (bkz. aşağıdaki D) söylenebilir.

B. Yürütmenin yasama işlemlerinin parlamento tarafından önceden belirlenip sınırlandırılması yoluyla demokratik meşruiyet

Gelgelelim, karşılaştırma konusu yapılan tüm ülkelerde, yürütmenin yasama işlemleri için temel bir demokratik meşruiyet temin eden kanunlar bulunmaktadır. ABD’de, tıpkı Almanya ve –olağanüstü haller (TC Anayasası 120-122. madde)¹⁵ ve Cumhurbaşkanına tanınan birtakım özel kararname yetkile-

11 Charles de Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* [1748], XI. 6.

12 Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765), O. Hood Phillips, Paul Jackson ve Patricia Leopold, *Constitutional and Administrative Law* (8. baskı, 2001), s. 12 içerisinde yer alan alıntı.

13 Lord Hewart, *The New Despotism* (1929).

14 Ralf Dahrendorf, “Effectiveness and Legitimacy” (1980) 51 *Political Quarterly*, 393, 409, “meşruiyet krizine cevap vermek otoriterizm ve bağınazlık olacaktır” uyarısında bulunmaktadır.

15 Bkz. Mehmet Turhan, “Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükümünde

ri (TC Anayasası 107. madde)¹⁶ dışında– Türkiye’de olduğu gibi, yürütmenin içkin bir yasama yetkisi bulunmamaktadır. Genel bir önerme olarak, yürütme yalnızca kanun koyucu tarafından özel olarak devredilmiş yasama yetkilerini kullanabilir. Bu bağlamda Amerikan, Alman ve Türk hukuku, yürütmenin özel olarak yalnızca kanun koyucuya tahsis edilmemiş tüm konularda yönetmelikler (“*réglements*”) yoluyla yasama yönünde içkin bir yetkisinin varlığını tanıyan Fransız hukukundan açıkça ayrılmaktadır.¹⁷ Portekiz örneğinde de buna benzer bir yaklaşım izlemektedir.¹⁸ İngiliz hukuku Alman ve Amerikan hukuk sistemlerine daha çok benzemektedir: İngiliz yürütme organı, ayrıcalık tanınan son derece istisnai ve sınırlı bir yasama yetkisini saymazsak¹⁹ –ki bu kadarına İtalya’da (“*decretazione d’urgenza*”) ve İspanya’da (“*decretazione d’urgenza*”) da rastlanmaktadır– ancak Parlamento tarafından bu yönde yetkilendirilmesi hâlinde kanun çıkartabilir. Cecil Carr’ın şiirsel ifadesiyle, “nasıl ki çocuk anne-babasına bağlıdır, [devredilmiş yasama yetkisi de] doğrudan Parlamento’nun işlemlerine bağlıdır...”²⁰ Yetki devrinde bulunan bir kanunun gerekliliği karşılaştırma konusu yapılan ülkelerin hepsinde ortak olmakla birlikte, bu kanunun içeriğine ilişkin şartlar farklılık arz etmektedir:

I. Alman ve Türk yaklaşımı: Yasamayla ilgili “temel” kararları Parlamento’ya aldirtmak

Alman ve Türk hukuk sistemleri esas olarak, yürütmenin yasama işlemlerinin temelini parlamento tarafından önceden belirlenmesine dayanmaktadır.²¹ Almanya Anayasası *Bundestag*’ın (Alman Parlamentosu) yürütmeye devredilmiş yasama yetkilerinin “konu, amaç ve kapsamı”nı belirtmesini şart koşmaktadır (GG 80/1. madde). Benzer şartlara Türkiye Anayasası’nda (91/2. madde),

Kararnameler”, *Amme İdaresi Dergisi* (1992), Cilt 25, Sayı 3, ss. 13-36; Sevtap Yokuş, “Anayasa yargısının Olağanüstü Rejim Normları Karşısında Hak ve Özgürlükleri Koruma İşlevi”, *İnsan Hakları Yıllığı* (1995), Cilt 17, Sayı 1, ss. 77-101; Hikmet Tülen, “Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Sorunu ve Anayasa Mahkemesinin Bu Sorunla ilgili Kararları”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* (AÜEHFD)(2004) Cilt VIII, Sayı 3-4, ss. 79-110; Eyüp Zengin ve Sırrı Altın, “Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması”, *Sayıştay Dergisi* (1999), Sayı 34, ss. 42-43.

16 Bkz. Kemal Gözler, *Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi* (2001), Ekin Kitabevi, ss. 186-187.

17 Fransız Anayasası’nın 34 ve 37. maddeleri. Karş. Peter L. Lindseth, “The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s”, 13 *Yale L J* (2003-2004), 1341, 1404.

18 Ancak içkin yasama alanı daha sınırlı tutulmuştur. Karş. “*decretos-leyes*” örn. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional* (4. baskı, 1989), s. 649.

19 Bkz. örneğin Colin Turpin ve Adam Tomkins, *British Government and the Constitution* (5. baskı, 2002), s. 415.

20 Cecil T. Carr, *Delegated Legislation: Three Lectures* (1921), s. 2.

21 Almanya açısından, Hermann Pünder, *Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland* (1995), s. 53.

İsviçre anayasa hukukunda²² ve Avrupa Adalet Divanı içtihadında da rastlanabilir.²³ Alman Anayasa Mahkemesi *Bundesverfassungsgericht*'in ifadesiyle: Kanun koyucu kendisini, “mühim” kararları (“*Wesentlichkeitstheorie*”) bizzat vermekle yükümlü kılmaktadır.²⁴ Bu şekilde halk tarafından seçilmiş parlamentonun, yürütmenin çıkardıkları da dahil olmak üzere, tüm kanunlardan ötürü siyasi sorumluluk taşıması güvence altına alınmaktadır. Böylece, şeffaf karar alma mekanizması, menfaat dengesi ve Parlamento’da siyasal azınlıkların katılımı amaçlarına yönelik karmaşık parlamenter usullerle demokratik meşruiyet sağlanmaktadır. Türk anayasa hukuku Alman hukukundan bir adım ileriye giderek –sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak kaydıyla– sosyal ve ekonomik haklar dışındaki temel hakların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği kuralını getirmektedir (TC Anayasası 91/1. madde).²⁵ Bundan başka, Türk Anayasası kanun koyucunun kanun hükmünde kararnamenin amacını, kapsamını ve ilkelerini belirlemenin yanı sıra, kullanma süresini ve aynı süre içerisinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağına da kararlaştırmasını şart koşmaktadır. Ayrıca, Türk Anayasa Mahkemesi de kanun hükmünde kararname çıkartma yetkisinin devrine ilişkin ek şartlar getirmiştir. Buna göre, söz konusu devir ancak kısa süreliğine ve yalnızca önemli, zorunlu ve ivedi bir konuda mümkündür.²⁶ Ne var ki bu yerleşik içtihat Türk anayasa hukuku çevrelerinde, Anayasa kapsamında dayanacağı bulunmayan koşullar yarattığı öne sürülerek eleştirilere maruz kalmıştır.²⁷ Anayasa Mahkemesi de bu eleştirileri dikkate almış ve 2011 yılından sonra söz konusu şartları tatbik etmekten vazgeçmiştir.²⁸

Bunların yanı sıra, Alman hukuku kapsamında yasama yetkisine sahip tüm yürütme organları nihayetinde siyasi olarak parlamentoya karşı sorumludur. Yetkiler yalnızca Federal hükümete, Federal bakanlara ve eyalet hükümetlerine devredilebilmektedir (GG 80/1. madde). Bunların hepsi parlamento ta-

22 Ulrich Häfelin, Walter Haller ve Helen Keller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* (3. baskı, 1993); ss. 449, 450.

23 Karş. AAD (1970), C-25/70 (Köster), ECR, 1161, 1172; AAD (1979), C-230/78 (Eridana), ECR, 2749, 2765; AAD (1992), C-240/90 (Almanya/Komisyon), ECR, I-5383, 5434; AAD (1995), C-417/93 (Parlamento/Konsey), ECR, I-1185, 1219; AAD (1996), C-303/94 (Parlamento/Konsey), ECR, I-2943, 2969.

24 Karş. örn. BVerfGE 7, 282, 302; 33, 125, 158.; 40, 237, 249; 49, 89, 126 f.; 58, 257, 278; 80, 1, 20; 85, 97, 105.

25 Söz konusu yürütme işlemiyle ancak sosyal ve ekonomik haklar düzenlenebilmektedir. Bu kurala ilişkin diğer istisnalar için bkz. TC Anayasası 73. madde (vergi ödevi) ve 167. madde (dış ticaretin düzenlenmesi).

26 Bkz., örn., Anayasa Mahkemesi kararları: k.t. 1 Şubat 1990, K. 1990/2; k.t. 16 Eylül 1993, K. 1993/28; k.t. 5 Temmuz 1994, K. 1994/45; k.t. 4 Temmuz 1995, K. 1995/44; k.t. 19 Eylül 1995, K. 1995/45; k.t. 26 Ekim 1996, 1996/35. Ayrıca bkz. Kerim Polat, “Yetki Kanunlarının ‘Konu’ ve ‘İvedilik, Zorunluluk ve Önemlilik’ Unsurları Bakımından Yargısal Denetimi”, *Yasama Dergisi* (2010) Sayı 15, ss. 93-113.

27 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (1998), Yetkin Yayınları, s. 207.

28 Anayasa Mahkemesi kararı, k.t. 27.10.2011, K. 2011/147.

rafından doğrudan izlenip denetlenmektedir. Bu durum kanun hükmünde kararname çıkartmak için “Türkiye Büyük Millet Meclisi” tarafından yalnızca “Bakanlar Kurulu’nun yetkilendirilebildiği Türkiye örneğine benzemektedir.”²⁹

II. Amerikan yaklaşımı: “Devredilemezlik doktrini can çekişiyor”

Amerikan hukuku ilk başlarda Alman ve Türk hukukuna benzer özellikler gösteriyordu. “Devredilemezlik doktrini” uyarınca “önemli sosyal politika tercihlerini” yapmak Kongre’nin görevi idi. Yüksek Mahkeme Kongre’yi, yürütmeye bahşettiği yasama yetkilerinin kapsamına ilişkin olarak, yetki devri yolu ile oluşturulan kurallar aracılığıyla yürütmeye yönelik “standartlar” koymak durumunda bırakmıştır.³⁰ Amerikan hukuku İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra kabul edilen Alman Anayasası *Grundgesetz*’in bir nevi manevi babası sayılabileceğinden, Almanya’daki uygulama ile arasındaki çarpıcı paralellik aslında pek de şaşırtıcı değildir.³¹ Nitekim GG 80. maddede yer alan “konu, amaç ve kapsam” ifadelerinin izini savaş sonrasındaki “ABD Askeri Valiliği” makamına dek izlemek mümkündür. Ancak arada geçen zamanda Amerikan hukuku Alman yaklaşımından hayli farklı bir yola sapmıştır. Yüksek Mahkeme “devredilemezlik doktrini”ni uygulamaktan vazgeçmiştir.³² Kongre kendisine tanınan dar alanı, yürütmeye büyük oranda sınırsız yasama yetkilerini devrederek hayli genişletme eğilimindedir. Davis, bu yetki devirlerini sıklıkla tatbik edilen “kamu yararı standardı” ışığında “İşte sorun ortada – çöz bakalım” yetkisi olarak nitelendirmektedir.³³ “Devredilemezlik doktrini” –Başyargıç Marshall’ın deyişiyle– “can çekişmektedir”.³⁴

Bundan başka, Amerikan hukukunda, devredilmiş yasama yetkilerinin, Almanya, İngiltere ve Türkiye’deki gibi münhasıran, parlamentoya karşı so-

29 Bkz. 91. madde.

30 Karş. *Wayman/Southard* (1825) 23 U.S., 1.; *Field/Clark* (1892) 143 U.S., 649.; *Consolidated Coal Co/ Illinois* (1902) 185 U.S., 203.; *Grimaud/ABD* (1911) 220 U.S., 506.; *J.W. Hampton Co./ABD* (1928) 276 U.S., 394.; *ABD/Chicago M.St.P. & P.R.Co.* (1931) 282 U.S., 311.; *Panama Refining Co./Ryan* (1934) 293 U.S., 388.; *A.L.A. Schechter Poultry Co./ABD* (1935) 295 U.S., 495.

31 Karş. Mössle, *Inhalt, Zweck und Ausmaß* (1990), s. 42.; Tilman Pünder, *Das Bizonale Interregnum* (1966), s. 223; Lindseth, “The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s” (2003-2004) 13 *Yale L J* 1341, 1392.

32 Bkz. örn. *Yakus/ABD* (1944) 321 U.S., 414.; *Lichter/ABD* (1948) 334 U.S., 742.; *American Trucking Assn./Atchison* (1967) 387 U.S., 397.; *NAACP/Federal Power Commission* (1976) 425 U.S., 662.; *Industrial Department AFL-CIO/American Petroleum Institute* (1980) 448 U.S., 607.; *American Textile Manufacturers Institute/Donovan* (1981) 452 U.S., 490.; *Mistretta/ABD* (1989) 488 U.S. 361.; *Touby/ABD* (1991) 111 Sup. Ct., 1752.

33 Davis, *Administrative Law Treatise* (2. baskı 1978), s. 27. Benzer biçimde Ely, *Democracy and Distrust* (1980), s. 132 (“Bu alandaki sorunları tespit edin ve çözün”); *Central Forwarding, Inc./ Interstate Commerce Commission* (1983) 698 F. 2d, 1283 (5. Daire, “Adım at ve en iyi şekilde hallet”).

34 Yargıç Marshall, *Federal Power Commission/New England Power Co.* içinde (1974) 415 U.S., 352.

rumlu yürütme organları tarafından kullanılması koşulu bulunmamaktadır. Bilakis, “demokratik süreçten yalıtım”, yürütmenin yasama işlemlerinin siyasi etkenlerden arındırılmasını ve yalnızca objektif faktörler ve kamu yararı gözetilmesini temin etmeyi amaçlamaktadır.³⁵ Söz konusu “siyasi hükümete karşı anti-demokratik güvensizlik”³⁶ ve idari “teknokratlara” itimat unsuru ABD’de uzun bir geçmişe dayanmakta olup, kimi açılardan tartışma yaratsa da, günümüzde de halen geçerliliğini sürdürmektedir.³⁷ Yüksek Mahkeme’nin altını çizdiği üzere: “Geniş düzenleme yetkilerinin ... ‘Washington’u kasıp kavuran siyasi rüzgârlar’dan nispeten yalıtılmış ... bir aktöre verilmesi en uygunu olmuştur.”³⁸ Kongre genellikle yasama görevlerini üstlenmek üzere “bağımsız düzenleme komisyonları”nı yetkilendirmektedir ve bu komisyonlar da –“yürütme organı temsilcileri”nin aksine– siyasi olarak ne Kongre’ye ne de Başkan’a karşı sorumludur. Yüksek Mahkeme’ye göre, bu komisyonların yasama faaliyeti “yürütmenin denetiminden muaflık” olup, ³⁹ “Başkan’ın azil kılıcının ucunda” olmayabilir.⁴⁰ Tam da bu sebeple, “bağımsız düzenleme komisyonları” ABD’deki en nüfuzlu resmi organlar arasında yer alırlar.

III. İngiliz yaklaşımı: Parlamento egemenliği ve “çerçeve yasalar”

Yasama yetkilerinin devri konusundaki İngiliz devlet geleneği Amerikan yaklaşımına benzemektedir. Anayasa hukuku Parlamento’nun sınırsız egemenliği doktrinine dayanır. ABD, Almanya ve Türkiye anayasalarındaki gibi hukuki teminatlar burada yoktur. Yasama yetkilerinin devrine dair hiçbir kısıtlama bulunmamaktadır (savaş öncesindeki Alman hukukuna benzer biçimde⁴¹). *Bundestag* ve Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin aksine, anayasal olarak İngiliz Parlamentosu düzenleme alanında “önemli” kararları kendisi vermek zorunda değildir. “Çerçeve yasa” çıkarmak, ABD’de olduğu gibi İngiltere’de de hukuken kabul edilebilir bir durumdur. Devredilmiş geniş yasama yetkisiyle yapılan işlemlerin büyük bir kısmı esaslı öneme sahip konular hakkındadır.⁴²

35 Bkz. *Synar/ABD* (1986) 626 F. Supp. 1374, 1398 (D.C.Cir.).

36 Aranson/Gellhorn/Robinson, “A Theory of Legislative Delegation” (1982) 68 *Cornell L. Rev.*, 1, 25.

37 İdeolojik temeller şurada kurulmuştur: Woodrow Wilson, “The Study of Administration”, 2 (1887) *Pol. Sci. Q.*, 197.

38 *Commodity Futures Trading Com’n/Schor* (1986) 478 U.S., 833.

39 *Humphrey’s Executor/ABD* (1935) 295 U.S., 602.

40 *Wiener/ABD* (1958) 57 U.S., 349, 358.

41 Karş. örn. Carl Schmitt, “Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen”, (1936) *VI ZaöR*, 252.; Lindseth, “The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s” (2003-2004) 13 *Yale L J* 1341, 1357.

42 Karş. Yasama Süreci Hakkında Hansard Society Commission Raporu (“Rippon Komisyonu”), *Making the Law* (1993), s. 89.

IV. Farklı yaklaşımların mukayeseli değerlendirmesi

Amerikan hukukundaki gelişmeler ve İngiltere örneği, Almanya ve Türkiye’de yürütmenin yasama işlemlerinin önceden mecliste belirlenmesine ilişkin katı şartlardan vazgeçilmesine yönelik bir görüşün savunulmasına yol açabilir. Nitekim Almanya’da, GG 80. maddeyle getirilen kısıtlayıcı devir standartlarının kaldırılması ve böylece parlamentoya sınırsız bir devir hakkı tanınması yönünde çağrılar duyulmaya başlanmıştır. Parlamentonun kendisinin hangi konuları düzenlemesi gerektiği meselesi, kimi Alman hukukçulara göre, anayasa hukukunu değil anayasa politikasını ilgilendiren bir konu olup, biz-zat parlamento tarafından siyasi kriterlere göre ele alınması gerekmektedir.⁴³ Aynı yaklaşım İngiliz hukukuna da hâkimdir (“parlamento egemenliği”) ve ABD’de de genel kabul görmektedir (“yargısal özkısıtlama”).⁴⁴ Türk hukukunda ise, yukarıda açıklandığı üzere, Anayasa Mahkemesi’nin yakın tarihli içtihatlarında bu eğilimin izlerine rastlamak mümkündür.⁴⁵

1. Parlamentonun esasa müteallik mevzuata dair sorumluluğunun haklı sebeplere dayanmadan devri mümkün değildir

Yine de, Alman ve Türk hukukunda Amerikan ve İngiliz hukuki düzenleme yaklaşımının benimsenmesi uygun görünmemektedir. ABD’de yetki devriyle çıkartılan kurallara ilişkin esnek koşullar bir “meşruiyet krizine” yol açmış olup, “hukuk katliamı” gibi ağır eleştirilere uğramaktadır.⁴⁶ “Bağımsız düzenleme komisyonları”, üzerindeki sınırlı maddi taleplerle, siyasi açıdan bağımsız “yetki beylikleri” olarak görülmektedir.⁴⁷ Ne var ki Amerikan mahkemeleri, yoğun eleştirilere rağmen⁴⁸ ve esas meseleyi ele almaksızın, bu durumu kabullenmiş bulunmaktadır. Bağımsız düzenleme komisyonları 20. yüzyıldaki “temel yapısal gelişim”⁴⁹ ve “hukuk kültürünün bir parçası”⁵⁰ olarak Amerikan devlet geleneğinde çok sağlam biçimde kök salmış gibi görünmektedir. Burada, Alman ve Türk modellerindeki gibi halkın seçilmiş temsilcilerine karşı doğrudan sorumlu vekillere yetki verilmesini önermek pek ümit vaat

43 Bkz. örn. Magiera, “Allgemeine Regelungsgewalt zwischen Parlament und Regierung”, 13 (1974) *Der Staat*, 1, 22.

44 Bkz. örn. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962), s. 111; Sargentich, “The Delegation Debate and Competing Ideals of the Administrative Process”, 36 (1987) *Am. U. L. Rev.*, 419, 430.

45 Bkz. Anayasa Mahkemesi, k.t. 27.10.2011, K. 2011/147.

46 Tartışmanın özeti için karşı. Sunstein, “Nondelegation Canons”, 67 (2000) *U. Chi. L. Rev.*, 315, 317.

47 Dolzer, *Verwaltungskontrolle in den Vereinigten Staaten* içinde, 1982 DÖV, 578, 579’de Yargıç Douglas’a yapılan atfı.

48 Özellikle bkz. “The Uneasy Constitutional Status of the Administrative Agencies” Sempozyumu (1987) 36 *Am. U. L. Rev.*

49 Starr, “Tribute to Bernard Schwartz” (1988) *Annual Surv. Am. L.*, XIII.

50 Pierce/Shapiro/Verkuil, *Administrative Law and Process* (3. baskı, 1999), s. 103.

etmemektedir. Yüksek Mahkeme Yargıcı O'Connor'ın geleneksel idare yapısının Anayasa'ya aykırı olabileceği fikrinden "ürktüğü" söylenmektedir.⁵¹ Son zamanlarda "can çekişen" devredilemezlik doktrini yaşama döndürme çabaları da yok değildir. Fakat, eski Başyargıç Rehnquist'in gayretli çabaları dahi, Kongre'yi "önemli" veya "temel siyasi meseleler" hakkında karara varmaya veya aşırı geniş kapsamlı yasama yetkileri sağlayan işlemleri devredilemezlik doktrini kapsamında Anayasa'ya aykırı ilan etmeye sevk edememiştir.⁵² İngiltere'de de yasama yetkilerinin geniş biçimde devrine karşı yoğun itirazlar yükselmektedir.⁵³ "Parlamento'nun rolünün azaltıldığı"ndan bahsedilmektedir.⁵⁴ Bu türden eleştiriler Alman ve Türk hukukundaki, esaslı kararları kanun koyucunun almasını şart koşan ve yürütmenin devir yetkisiyle çıkardığı mevzuatın meşruiyetini öncelikle bu yetkinin kanunlarda dayanağı olup olmamasına bağlayan yaklaşımı desteklemektedir. Bu yaklaşım Alman anayasa tarihiyle de örtüşmektedir; zira bu tarihe Weimar felaketi (olağanüstü hal kuralları "*Notverordnungen*"ın *Reichspräsident* tarafından çok yoğun biçimde kullanımıyla hatırlanan⁵⁵) ve nasyonal sosyalist diktatörlük (başlangıç noktası olarak 1933 tarihli aşırı geniş kapsamlı "*Ermächtigungsgesetz*"e dayanan⁵⁶) bağlamında, yasamanın sınırsız yetki devrinden bilinçli ve kararlı bir biçimde dönülmesi damga vurmuştur.⁵⁷ Parlamento halk tarafından seçilir ve esasa müteallik mevzuata ilişkin sorumluluğundan haklı sebep olmaksızın sıyrılmamalı ve buna izin verilmemelidir.

2. Devre imkân veren kanunlardaki kapsamlı ön tanımlara sınırlama

Ancak, Almanya'daki asıl kanun koyucu da, birtakım durumlarda karmaşık düzenleme sorunlarını kendi başına çözemezken temel normatif kararları alarak yürütmenin çıkartacağı normların içeriğini önceden belirlemenin "ikilemi"⁵⁸ içerisinde. Almanya'da GG'nin 80. maddesinde yetki kanunlarına getirilen kısıtlamaların gevşetilmesini savunan hukukçular arasında sıklıkla, daha net ve kesin kanuni düzenlemeler yapmanın imkânsızlığı öne sürül-

51 Schwartz, *Administrative Law* (3. baskı, 1991), s. 22'de bu şekilde alıntılanmıştır.

52 *Industrial Department AFL-CIO/American Petroleum Institute* davasında müstakil görüş (1980) 448 U.S., 687; *American Textile Manufacturers Institute/Donovan* davasında karşıt görüş (1981) 452 U.S. 490.

53 Fourth Report (1995-6) H.C. 152, para 14. Ayrıca bkz. *Report of the Inquiry into the Export of Defence Equipment and Dual-Use of Goods to Iraq and Related Prosecutions* (1996) H.C. 115 ("Scott Raporu"); Rippon Komisyonu, *Making the Law* (1993), s. 89-90.

54 Bkz. McAuslan/McEldowney, *Law, Legitimacy and the Constitution* (1995), s. 23.

55 Karş. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reiches* (14. baskı, 1933), 48. madde.

56 *Reichsgesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, 24.3.1933, RGBl. I, 141.

57 *Reichsgesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, 24.3.1933, RGBl. I, 141.

58 İki kelimesi Alman ve Amerikan hukukçular arasında bu sorunu tanımlamakta kullanılmaktadır. Bkz. örn. Ossenbühl, "Gesetz und Verordnung im gegenwärtigen Staatsrecht", (1997) ZG, 305, 314; ve Schoenbrod, "The Delegation Doctrine – Could the Court give it Substance?", 83 (1985) *Mich. L. Rev.*, 1227.

mektedir.⁵⁹ Amerikan ve İngiliz sistemleri arasında karşılaştırma yapıldığında bu savın temelinde yatan anlam daha iyi anlaşılmaktadır.⁶⁰ Böylelikle, tüm ülkelerde demokratik meşruiyetin desteklenip desteklenmediği ve ne şekilde desteklenebileceği sorusu belirlemektedir.

C. Yürütmenin yasama işlemlerine parlamenter katılım yoluyla demokratik meşruiyet

Türkiye'nin yanı sıra, Almanya ve İngiltere'de de, yürütmenin yasama işlemlerinin parlamento tarafından esaslı bir şekilde önceden tespit edilemediği kaçınılmaz durumları telafi etmek için kullanılan ortak yöntem, parlamento-nun bazı yollarla yürütmenin yasama işlemine katılmasıdır.

I. Alman ve Türk yaklaşımı: Yürütmenin yasama işlemlerine parlamento-nun katılımı

Yürütmenin yasama faaliyetlerini düzenleyen Alman ve Türk hukukunun başlıca özelliği, bu sürece oldukça sıkı bir parlamenter katılım öngörmesidir.⁶¹ Kökeni 19. yüzyılda Prusya krallarının ve Alman imparatorların hükümdarlığına dayanan⁶² Alman geleneğini takiben, *Bundestag "Rechtsverordnungen"* (tüzük) yapım sürecine genel kurul hâlinde üç farklı şekilde katılabilmektedir. Parlamenter etki sağlamaktaki en önemli araç, yürürlüğe konulmadan önce parlamentonun onayına ihtiyaç duyan "*Zustimmungsverordnungen*" dir (onay kararnameleri). Ancak kimi ikincil yasama işlemlerinin idare tarafından *Bundestag*'a sadece izah edilmesi yeterli olmaktadır. Bu durumda Parlamento'nun kendi görüşünü ("*Kenntnisverordnungen*") belirtme imkânı vardır. Son olarak bunun yanı sıra, yürürlüğe konulduktan sonra *Bundestag* tarafından veto edilebilen "*Aufhebungsverordnungen*" mevcuttur. Türkiye'de de buna benzer kurallara rastlıyoruz (TC Anayasası 91. madde 8. ve 9. fıkralar). Bahsi geçen fıkralarda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin denetleyici rolü sadece veto hakkıyla sınırlı olmayıp, Meclis'in aynı zamanda kararname metnini kanunla değiştirme veya aynı şekilde kabul etme yetkisi de bulunmaktadır.⁶³

59 Karş. BVerfGE 8, 274, 326; 11, 234, 237; 21, 1, 4; 28, 175, 183; 58, 257, 278; ve von Danwitz, *Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers* (1989), ss. 128-129.

60 Bkz. örn. Mashaw, "Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions" (1985), 1 J.L., Econ. & Org. 1.; Pierce, "Delegation of Powers to Administrative Agencies – Political Accountability and Delegated Power", 36 (1987) *Am. U. L. Rev.*, 391, 391.

61 Karş. Pünder, *Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland* (1995), s. 150.

62 Bkz. Jellinek, *Gesetz und Verordnung* (1887), ss. 99, 366.

63 Bkz. Teziç, "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler", *Amme İdaresi Dergisi* (1972) TODAİE, Ankara, Cilt 5, Sayı 1, ss. 10-11; Duran, "Kanun Hükmünde Kararname", *Amme İdaresi Dergisi* (1975) TODAİE, Ankara, Cilt 8, Sayı 2, s. 6; Özbudun, "1961 ve 1982

II. İngiliz yaklaşımı: Kamaralarda ve komitelerde denetleme

İngiltere'deki parlamenter katılım Almanya'daki duruma benzemektedir.⁶⁴ Devredilmiş yasama yetkisinin parlamento tarafından denetlenmesini sağlamak için üç ana yöntem uygulanmaktadır.⁶⁵ İlk mekanizmada sadece Parlamento'ya bilgi sunulmaktadır. Almanya'daki "*Kenntnisverordnungen*" ile benzerlik gösteren bu yöntemde, yetki kanunu yalnızca, ikincil yasama işlemlerinin Kamara'ya önceden sunulmasını şart koşmaktadır. Kamara bu konuda sorular yöneltebilmekte, ancak mevzuatın çıkmasını engelleyecek doğrudan bir hamlede bulunamamaktadır. İkinci yöntem Parlamento'ya daha çok kontrol sağlamaktadır: Alman "*Zustimmungsverordnungen*" ile kıyaslanabilecek bu mekanizmada yetki kanunu, ikincil yasama işlemlerine dair her bir Kamara'dan veya sadece Avam Kamarası'ndan onaylayıcı karar çıkmasını şart koşmaktadır. Üçüncü yöntem ise menfi karar usulüdür. Bunda ise her bir Kamara üyesi belirli bir süre içerisinde ikincil yasama işlemine karşı çıkabilmektedir. Söz konusu mevzuat 40 gün boyunca "iptal talebi"ne açık halde beklemektedir. Bu şekilde sağlanan parlamenter denetim Alman hukukundaki "*Aufhebungsverordnungen*"ı ve Türk hukukundaki denetim sistemini anımsatmaktadır. İkincil yasama işlemlerine en fazla meşruiyet kazandıran, bu yöntemdir.

III. Amerikan yaklaşımı: Yasamanın veto hakkı Anayasa'ya aykırıdır

Son derece geniş bir şekilde devredilen yetkiler ve yasama işleminde bulunan kamu organlarının bağımsızlığı düşünüldüğünde, Amerikan Kongresi'nin hiç değilse –Almanya'da Bundestag'ın, İngiliz Parlamentosu'nun ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olduğu gibi– yürütme tarafından yapılan yasama işlemlerinin kendisinin ön onayından geçmesi gerektiğine karar verebilmesi gerekir izlenimi doğmaktadır. Nitekim Amerikan hukuku da bir seferinde böyle bir yasama organı vetosuna imkân tanımış ve Kongre de bu yetkiyi, Yüksek Mahkeme ünlü *Chadha* davasında (1983) –birçok hukukçuyu hüsrana uğratarak– yasamanın veto hakkının kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal etmesi sebebiyle Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verene dek, kullanmıştır.⁶⁶ Devredilmiş

Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler", *Anayasa yargısı* (1985) Cilt 2, 235-237. Tan, "Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname Uygulaması ve Sorunları", *SBF Dergisi* (1995), Cilt. 50, Sayı 1-2, s. 343.

64 Mukayeseli bir perspektif için ayrıca bkz. Kersell, *Parliamentary Supervision of Delegated Legislation – The United Kingdom, Australia, New Zealand and Canada* (1960); Lindseth, "The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s" (2003-2004) 13 *Yale L J* 1341, 1352.

65 Bkz. Craig, *Administrative Law* (5. baskı, 2003), s. 374; Campbell, "Statutory Instruments – Laying and Legislation by Reference", (1987) *P.L.*, 328; Hayhurst/Wallington, "The Parliamentary Scrutiny of Delegated Legislation", (1988) *P.L.*, 547.

66 *Göçmen ve Vatandaşlık Bürosu/Chadha* (1983) 462 U.S. 919, 919, Yargıç White'ın karşıt görüşüyle birlikte (1967). Karş. Strauss, "Was there a Baby in the Bathwater? A Comment on the Supreme

yasama yetkisi, yalnızca yürütmeye ait bir görev sayılmıştır. Kanun koyucu kural koyma yetkisini ancak, her iki kamaranın ("iki kamaralılık") ve Başkan'ın ("veto veya onay") katıldığı şekli bir yasama işlemi ile geri kazanabilmektedir. "Bildir-ve-bekle" hükümleri⁶⁷ gibi Kongre'nin idari düzenlemelere yönelik kimi inceleme işlemleri Anayasa'ya uygun olmakla birlikte, klasik anlamda yasamanın veto hakkı artık, Kongre'nin yasama işlemlerine ilişkin denetimi açısından bir seçenek sayılmamaktadır.

IV. Farklı yaklaşımların mukayeseli değerlendirmesi

Birleşik Devletler'de yasama vetosu artık geçerli olamasa da, mukayeseli hukuk açısından bakıldığında, devredilmiş yasama yetkisini halkın temsilcilerinin katılım hakkı üzerinden meşrulaştıran eski Amerikan geleneği, Alman, İngiliz ve Türk hukukunda, parlamenter katılımın telafi edici etkisinin aleyhinde değil, lehinde bir sav olarak kullanılmalıdır.

1. Yetki devreden kanundaki tanım eksikliğinin yürütmenin yasama işlemlerinin yaratılmasına parlamenter katılımımla telafi edilmesi

Yüksek Mahkeme'nin parlamenter katılım hakkının Anayasa'ya aykırı olduğunu beyan ettiği kararlar aşırı şekilci bir mantığa sahip olduğu için ABD'de eleştiri konusu olmuştur. "Yürütmenin yasama işlemleri üzerindeki yasama organına ait en etkili denetim yolunun" Kongre'nin elinden çekilip alınması üzüntüyle karşılanmaktadır.⁶⁸ Alman hukukunda –ve açıkça görülüyor ki Türk hukukunda–, tüm çabalara rağmen, her durumda yeterince tanımlanmış bir kanuni düzenleme sunmanın fiilen mümkün olmadığı; yetki kanunundaki içerik eksikliğinin, yürütmenin yasama işlemine geçmişe dönük parlamenter katılımımla telafi edilebileceği fikri geçerlidir.⁶⁹ Benzer bir muhakeme İsviçre'de de dile getirilmektedir⁷⁰ (ve AB hukukundaki "komitoloji" usullerinde belirli bir oranda geçerlidir⁷¹). Yani kanun koyucu, yürütmenin yasama işlemine dair müteakip onay işlemi ile ilk baştaki yetkilendirmenin ötesine geçen bir siyasi sorumluluk üstlenmekte, böylece "*Zustimmungsverordnungen*" örneklerinde kayda değer bir ek demokratik meşruiyet seviyesine ulaşılmaktadır

Court's Legislative Veto Decision", (1983) *Duke L.J.* 789.

67 Genel olarak Aman/Mayton, *Administrative Law* (2. baskı, 2001), s. 626.

68 Bkz. Schwartz, *Administrative Law* (3. baskı, 1991), s. 217.

69 Karş. Brohm, "Die Dogmatik Die Kompetenz- und Rechtskompensation", (1981) *DVBl.* 661, 662; Novak, "Gesetzgebung im Rechtsstaat", (1982) 40 *VVDStRL.* 40, 52.

70 Bkz. örn. Bäumlın, "Die Kontrolle des Parlaments über Regierung und Verwaltung", (1966) *ZSR* 165, 241.

71 Karş. Smismans, "Functional Participation in EU Delegated Regulation: Lessons from the US at the EU's 'Constitutional Moment'", (2005), 12 *Ind. J. Global Legal Stud.*, 601.

2. Telafinin sınırları

Ancak bu telafinin sınırları da hatırdta tutulmalıdır. Devredilmiş yasama yetkisinin doğrudan seçilmiş parlamentonun katılımıyla demokratik meşruiyet kazandığı doğru olmakla birlikte, Alman Anayasa Mahkemesi *Bundesverfassungsgericht* onay usulleri ile kanun yapma usulleri arasındaki farklılık sebebiyle –ABD Yüksek Mahkemesi’nin de vurguladığı üzere– parlamenter katılımın olağan kanunların meşruiyet seviyesine ulaşmaya yetmediğini vurgulamaktadır.⁷² Bunun yanı sıra, söz konusu demokratik birlikte- liğin bir mahzuru da parlamentonun politika saptama görevini soluklaştır- masıdır.⁷³ Ayrıca, yürütmenin düzenlemelerinin genelde sadece bir bütün olarak ve üzerinde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın onaylanması veya reddedilmesi mümkün olduğundan, devredilmiş yasama yetkisi üzerindeki parlamenter denetim hayli kısıtlanmaktadır.⁷⁴ Öyle ki, Alman anayasa huku- kunda, yürütmenin bir yasama işleminin değiştirilmesine yönelik parlamen- ter çekincelerin Anayasa’ya aykırı olduğu dahi düşünülmektedir.⁷⁵ Alman ve İngiliz devlet geleneğine yönelik gerçekçi bir değerlendirme, nihayetinde, ikincil yasama işlemleri üzerindeki parlamenter denetimin etkinliğinin bilgi ve müzakere süresindeki kısıtlılıklar sebebiyle sınırlanıp engellendiğini orta- ya koymaktadır. Hatta kimi İngiliz hukukçular, Parlamento’nun devredilmiş yasama yetkisi üzerinde gerçek anlamda herhangi bir teminata sahip olduğu- nu söylemenin anayasal bir hayalden ibaret olduğunu söyleyecek kadar ileri gitmektedir.⁷⁶ Sonuç olarak denebilir ki, parlamentonun koyacağı bir çekince hiçbir zaman esasa ilişkin koşulların yerini tam anlamıyla tutamamaktadır. Parlamentonun onayı sadece ek bir demokratik meşruiyet zemini olarak işlev görebilmektedir.⁷⁷

D. Yürütmenin yasama işlemine kamusal katılım yoluyla demokratik meş- ruiyet

Yüksek Mahkeme’nin yasamanın vetosuna karşı geliştirdiği kesin içtihattan ve yetki kanunlarında yer alan esasa ilişkin şartlara dair benimsenen esnek yaklaşımdan ötürü, devredilmiş yasama yetkisinin demokratik meşruiyeti-

⁷² Bkz. BVerfGE 2, 237.; 8, 274 (319, 323).

⁷³ Bkz. von Danwitz, *Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers* (1989), ss. 128-129, 130. Karş. Amerikan hukukuna ilişkin olarak örn. Scalia, “The Legislative Veto – A False Remedy for System Overload”, (1979) 3 *Regulation*, 19, 22; Elliott, “INS v. Chadha – The Administrative Constitution, the Constitution and the Legislative Veto”, (1983) *Sup. Ct. Rev.*, 125, 150-151.

⁷⁴ Bkz. Wade/Forsyth, *Administrative Law* (9. baskı, 2004), s. 990.

⁷⁵ Karş. Sommermann, “Verordnungsermächtigung und Demokratieprinzip”, *JZ* 1997, 434, 438.

⁷⁶ Karş. Allen, *Law and Order* (3. baskı, 1965), s. 136. Ayrıca bkz. Beatson, “Legislative Control of Administrative Rulemaking: Lessons from the British Experience”, (1979) 12 *Corn. I.L.J.* 199, 213 – 215.

⁷⁷ Karş. BVerfGE 8, 274, 323.

ni sağlamak için Amerikan hukukunun elinde kala kala sadece, yürütmenin yasama yollarına kamuoyunun iştiraki mekanizması kalmıştır. Bu yöntem Almanya, İngiltere ve Türkiye’de de dikkate alınıp değerlendirilmelidir.⁷⁸

I. Amerikan yaklaşımı: Katılımcı demokrasi modeli

Amerikan İdari Usul Kanunu (APA), her türlü devredilmiş yasama yetkisi işleminde gerekli bir adım olarak menfaat sahibi kişilerin tümünün katılımını öngörmektedir (APA 553. madde). İdarenin teklif konusu yasama işlemini ilan etmesi ve devredilmiş yasama yetkisinin dayandığı yetki kanununu, söz konusu yasama işleminin maddi esasını ve menfaat sahibi kişilerin bu yasama usulüne nasıl katılabileceğini bildirmesi (“planlanan yasama işleminin bildirimi”) gerekmektedir.⁷⁹ Ayrıca idare, “oturup bir mektup yazma zahmetine girişen herkese”⁸⁰ yasama işlemine katılma fırsatı tanımak durumundadır (“yorum hakkı”).⁸¹ İdarenin “önemli yorumları” ya yazılı olarak ya da bir oturumda dikkate alıp değerlendirmesi gerekmektedir. Son olarak idarenin, ayrıntılı biçimde gerekçelendirilmiş bir “temel ve amaç beyanı” içeren bir “yasama işlemi kaydı” düzenlemesi ve bunu kamuya duyurması gerekmektedir.⁸² Katılımcı hakları Mahkeme’de dava konusu edilebilir. ABD’de yargısal inceleme Almanya’da olduğundan çok daha kolay başarıya ulaşmaktadır.⁸³ Bireyler, çıkar grupları ve dernekler tarafından ileri sürülen iddialara giderek daha çok dava hakkı (*locus standi*) tanınmaktadır (“serbest katılım” denilen).⁸⁴ Bir davacı çıkıp “kamu yararını temsil eden özel savcı” olarak boy gösterebilmektedir.⁸⁵ Üstelik bunun için, üretilen normun yürürlüğe konmasını beklemesine de gerek yoktur (“yürürlük öncesi kural incelemesi”).⁸⁶ Amerikan mahkemeleri bilhassa usul şartlarına titizlikle uyulup uyulmadığını denetlemektedir (“etrafılca inceleme” doktrini). “Keyfi veya değişken test”

78 Türkiye, halkoyuyla seçilen bir cumhurbaşkanıyla işleyen bir yönetim sistemi öngören 2007’deki Anayasa değişiklikleriyle artık yukarıda önerilen demokratik meşruiyet mekanizmasına muhtemelen daha yakın bir hâle gelmiş olabilir. Bkz. 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G. No. 26686, 31/10/2007.

79 Ayrıntılar için bkz. Amerikan İdari Usul Kanunu 553 (b) maddesi.

80 Fox, *Understanding Administrative Law* (1986), s. 128.

81 Amerikan İdari Usul Kanunu 553 (c) maddesi 1. fıkrası.

82 Amerikan İdari Usul Kanunu 553 (c) maddesi 2. fıkrası.

83 Karş. Ehlers, “Die Klagebefugnis nach deutschem, europäischem Gemeinschafts- und U.S.-amerikanischem Recht”, (1993) *VerwArch* 139; Brickman/Jasanoff/Ilggen, *Controlling Chemicals: Politics of Regulation in Europe and the United States* (1985), s. 108.

84 Bkz. genel olarak *Association of Data Processing Service Organizations, Inc./Camp* (1970) 197 U.S., 150.; *ABD/Student Challenging Regulatory Agency Procedures* (1973) 412 U.S., 669.

85 Brickman/Jasanoff/Ilggen, *Controlling Chemicals: Politics of Regulation in Europe and the United States* (1985), s. 108.

86 Bkz. genel olarak *Abbot Laboratories/Gardner* (1967) 387 U.S., 136, 148-149; *Lujan/National Wildlife Federation* (1990) 110 S.Ct., 3177, 3190-3191.

H. Pünder: Yürütmenin Yasama İşlemlerinin Demokratik Meşruiyeti

kapsamındaki usul denetimi karar dayanağının objektif açıdan doğruluğunu da kapsadığından, ABD’de yürütmenin yasama işlemlerine yönelik yargısal denetim, genel anlamda, Almanya’dakinden çok daha sıklıdır.

ABD Yüksek Mahkemesi’nin ortaya koyduğu gerekçenin ardından, kamusal katılım, yetki kanununda esaslı bir tanım bulunmayışını telafi edici işlev görmeye başlamıştır.⁸⁷ Her ne kadar tartışmalı olsa da, Amerikan hukukunda ki bu yaklaşıma göre, kamuoyunun yasama işleminde bulunan makam üzerindeki etkili ve “adil”⁸⁸ tesiri demokratik olarak meşruiyet kazandırılmış bir yasama kararının teminatını oluşturmaktadır. Bunun temellerinden biri, diğerlerinin yanı sıra, ⁸⁹ “çıkartımsal model”dir⁹⁰ (bu model bir biçimde “kamu tercihi kuramı”yla⁹¹ da desteklenmektedir). Yürütmenin yasama işlemi, parlamenter muadiline benzer biçimde yapılandırılmalıdır.⁹² Amerikalı hukukçular bu hususu şöyle izah etmektedir: “Yetki devri konusunda, Kongre’nin idareye ne kadar yetki devrettiğiyle değil, idarenin bu yetkiyi nasıl kullandığı ile ilgilenmek gerekir.”⁹³ Amerikan hukuku açısından bakıldığında, kamuoyu yasama işleminde bulunan idari makama milletvekilleri üzerinde tatbik ettiğine benzer biçimde baskı uygulayacak olduğunda, devredilmiş yasama yetkisi de kanuna benzer bir demokratik meşruiyete sahip olmaktadır (“lobicilik” yerine “koridorculuk”⁹⁴).⁹⁵ Yürütmeye tahsis edilmiş yasama işlemlerine kamuoyunun katı bir şekilde yapılandırılmış ve yargısal denetime tabi biçimde katılımı, parlamenter kanun koyucuların seçimle göreve geldiği ve seçmenlerine karşı siyasi olarak sorumlu olduğu klasik demokratik kanun koyma işlemi yerine “ikame” edilmektedir.

87 Bkz. genel olarak *Schechter Poultry Co./ABD*, (1935) 295 U.S., 495.

88 Dworkin, *Law’s Empire* (1986), s. 177, siyasi karar alma işlemini rulete benzetmektedir: “Siyasette hakkaniyet ... artık genel olarak ... tüm vatandaşlara onları yöneten kararlarda aşağı yukarı eşit bir etki gücü tanıyan usul yolları olarak anlaşılmaktadır.” Pierce/Shapiro/Verkuil, *Administrative Law and Process* (3. baskı, 1999), s. 454, şu açıklamayı içermektedir: “Hakkaniyetin yarattığı yükümlülükler bir bürokratik denetim yöntemi olarak siyasi sorumluluğa alternatif ve tamamlayıcı unsurlar olarak görülmektedir.”

89 Farklı yaklaşımlar için karşı. Sunstein, “Beyond the Republican Revival”, (1988) 97 *Yale L.J.*, 1539; Colburn, “‘Democratic Experimentalism’: A Separation of Powers For Our Times?”, (2004) 37 *Suffolk U. L. Rev.* 287.

90 Bkz. Bonfield, *State Administrative Rule Making* (1986), ss. 15-16; Garland, “Deregulation and Judicial Review”, 98 (1985) *Harv. L. Rev.*, 507, 510, 576, 581; Diver, “Policymaking Paradigms in Administrative Law”, (1981) 95 *Harv. L. Rev.*, 393, 423-424.

91 Kar. Pierce/Shapiro/Verkuil, *Administrative Law and Process* (3. baskı, 1999), s. 18.

92 Bonfield, *State Administrative Rule Making* (1986), s. 15.

93 Aman/Mayton, *Administrative Law* (2. baskı, 2001), s. 36.

94 Lowi, *The End of Liberalism* (2. baskı, 1979), s. 297.

95 Bkz. Pierce/Shapiro/Verkuil, *Administrative Law and Process* (3. baskı, 1999), s. 24.

II. Alman ve Türk yaklaşımı: Yürütmenin yasama işlemlerine kamusal katılım yönünde genel bir şart bulunmamaktadır

Amerika'daki kanun koyma usulüyle karşılaştırıldığında, Almanya'da yasama işleminde bulunan yürütme organları – tıpkı Türkiye'deki gibi– harici gerekliliklerden nispeten muaf durumdadır.⁹⁶ Genel bir kural olarak, Alman hukuku ikincil yasama işlemleri usulünde kamusal katılımı şart koşturmamaktadır. Kamuoyunun devredilmiş yetkiyle çıkartılacak normların yaratılması sürecine ne oranda dahil olacağı genellikle idarenin takdirine bağlıdır. Ayrıca, söz konusu işlemin gerekçelerinin açıklanmasına yönelik bir genel koşul da bulunmamaktadır. Ancak son zamanlarda hazırlanan kimi tüzüklerde, bu işlemten etkilenen kişilerle oturumlar yapılması biçiminde bir kamusal katılıma yer verilmektedir ("*Anhörung beteiligter Kreise*"). Fakat Alman Anayasa Mahkemesi, yasama işlemine kamuoyunun katkı sunması yönünde bir anayasal gereklilik bulunmadığını dile getirmiştir.⁹⁷ Kişiselleştirilmiş idari kararlar ("*Verwaltungsakte*") söz konusu olduğunda ise durum farklıdır. Bu kararlar vatandaşların haklarını ihlal ediyorsa, oturum biçiminde bir katılım anayasal bir gerekliliktir. Ancak bir *Verwaltungsakte* çıkartılmadan önce kamusal katılımı sağlama koşulu, kaynağını demokrasi prensibinden değil, ⁹⁸ daha ziyade "hukukun üstünlüğü"nden ("*Rechtsstaatsprinzip*") ve olağan süreçteki temel hak ve özgürlüklerden ("*Grundrechtsverwirklichung durch Verfahren*") alır tarzda yorumlanmaktadır.⁹⁹

Türk hukuku kapsamında ise, yürütmenin yasama işlemlerine kamusal katılımı 2005 yılında Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılmış bir yönetmelikle düzenlenmiştir.¹⁰⁰ Bahsi geçen yönetmelik kanun hükmünde kararnameler hazırlanırken uygulanacak kapsamlı bir istişare usulü öngörmektedir. Ne var ki, yönetmelikte, söz konusu istişare usulüne başvurmak konusunda işlemi yapan organa geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Bu nedenledir ki, yönetmeliğin bu haliyle, bir kanun hükmünde kararname çıkartmadan önce kamuoyuna veya ilgili taraflara danışma yönünde katı bir yasal gereklilikten bahsetmek mümkün değildir.

96 Karş. Pünder, *Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland* (1995), s. 140.

97 BVerfGE 42, 191 (205).

98 Bu değerlendirmeye eleştirel bir yaklaşım için Pünder, "Verwaltungsverfahren", Erichsen/Ehlers (der.), *Allgemeines Verwaltungsrecht* içinde (13. baskı, 2006), § 12, dn. 14.

99 Karş. Staupe, *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis* (1986), s. 204.

100 Bkz. Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Bakanlar Kurulu Kararı, No. 2005/998 R.G. No. 26083, 17/02/2006, 6. madde.

III. İngiliz yaklaşımı: İkincil yasamada istişare yönünde genel bir yükümlülük bulunmamaktadır

İngiliz hukuku istişare konusunda Alman hukukunu andırmaktadır. Her şey yetki kanununa dayanmaktadır. İngiliz hukukunda –ve keza denilebilir ki Türk hukukunda– kanunla veya teamül hukukuyla getirilmiş herhangi bir genel istişare yükümlülüğü mevcut değildir.¹⁰¹ Genel kanuni bir istişare yükümlülüğü bulunmaması Amerikan hukukunun tam tersi bir durumdur. Ayrıca, tartışma konusu yapılan kararın yasama niteliği taşıması hâlinde de teamül hukukunda da bir oturum düzenlenmesi yönünde genel bir yükümlülük (“doğal adalet”) bulunmamaktadır.¹⁰² Keza, gerekçeli karar hakkı yasama kararlarına uygulanmamaktadır. Ancak içtihatla, birtakım durumlarda istişare hakların tanınmış olduğunu da belirtmek gerekir.¹⁰³ Söz konusu içtihadın dayanağı “hakkaniyetle işlem yapma ödevi”dir. İngiliz hukuku yürütmenin yasama işlemlerine kamusal katılımını Alman hukukundan bir miktar daha ciddiye alıyor gibi görünmektedir. En azından, ön istişarenin sağlayacağı avantajlar ve böyle bir rejimin beraberinde getireceği güçlükler konusunda bir tartışma sürdürülmektedir.¹⁰⁴

IV. Farklı yaklaşımların mukayeseli değerlendirmesi

İngiltere ve Türkiye’de olduğu gibi Almanya’da da, siyasi ve hukuki sürecin yetki kanunuyla sona ermeyip, aksine birçok açıdan bu kanunla daha yeni başladığı Amerikan demokrasi anlayışı değerlendirildiğinde, büyük oranda, kanun koyucunun ikincil normların içeriğini net bir biçimde belirlemesinin veya devredilmiş yasama yetkisini esaslı bir biçimde denetlemesinin mümkün olmadığı hallere ilişkin olarak değerlendirilebilecek birtakım fikirlere ulaşılabilir.

1. Devredilmiş yasama yetkisinin genellikle yetersiz görülen demokratik meşruiyetinin kamusal katılım ile takviye edilmesi

Amerikan modeli her şeyden önce, çıkartılacak mevzuatın siyasi olarak son derece tartışmalı olduğu ve parlamenter meşruiyetin yeterli kabul görmeyi tek başına sağlayamadığı düzenleme konularında kullanılabilir.¹⁰⁵ Yasama

101 Bkz. Craig, *Administrative Law* (5. baskı, 2003), s. 381.

102 Karş. Bates/Lord Hailsham (1972) 1 W.L.R. 1373, 1378.

103 Ayrıntılar için bkz. Craig, *Administrative Law* (5. baskı, 2003), s. 381.

104 Bkz. örn. Craig, *Administrative Law* (5. baskı, 2003), s. 383.

105 Karş. İngiltere açısından Craig, *Administrative Law* (5. baskı, 2003), ss. 383-387; Almanya açısından Lübke-Wolff, “Verfassungsrechtliche Fragen der Normsetzung im Umweltrecht” (1991) ZG, 218, 227; Denninger, *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung* (1990), s. 60.

işlemini gerçekleştiren makam böylece “kamusal siyasi süreçte bir aktör”¹⁰⁶ haline gelecek ve – Amerika’daki idari kurumlar gibi – önerdiği düzenlemeler için doğrudan halktan ve her şeyden önce de menfaat sahibi gruplardan gerekli desteği almak için çaba göstermesi gerekecektir. Böylece aleniyet, devredilmiş yasama yetkisinin genelde yetersiz kalan parlamenter demokratik meşruiyetine takviye sağlayacak ve ön siyasi değerlendirme olmaksızın tek başına uzmanlığın hiçbir meşruiyet kazandırmadığı kabul edilmiş olacaktır. Etkili demokratik meşruiyet için belirleyici olan şey, yürütmenin yasama işleminin şeffaflığı ve bu işleme tesir etme olanaklarının eşitliğidir. Amerikan hukuku anlamında adil usul –yani menfaat sahibi tüm taraflara eşit tesir olanağı veren ve “idarenin zaptırapıtı” tehlikesi karşısında yargısal olarak denetlenen şeffaf bir usul yolu– devredilmiş yasama yetkisine duyulan güveni arttırabilir. Böylece devredilen yetki doğrudan halka bağlanarak “itaat ve itibarı hak eder”¹⁰⁷ hâle gelecek ve dolayısıyla demokratik olarak meşru görülüp kabul edilecektir. Almanya, İngiltere ve Türkiye’de kanun koyucular, genel uygulama alanına sahip bir kanunla,¹⁰⁸ yasama işleminde bulunan makamın bir teklif hazırlayıp, ilgili tüm menfaat sahiplerine –ya da hiç değilse onların temsilcilerine– beyanda bulunma hakkı tanınmasını, “önemli yorumları” kaydedip bunları diğer katılımcılarla paylaşmasını ve nihayetinde, yasama kararlarına ilişkin olarak elde edilen bu beyanlara atıfla gerekçeli bir karar sunmasını öngörebilir.¹⁰⁹ Devredilmiş yasama yetkisi işlemine kamuoyunun bu şekilde iştiraki ile, sadece esas bakımından doğru yürütme kurallarının yaratılmasına olanak sağlanıp, anayasadan doğan kuvvet kontrolü, hukuki güvenlik ve hukuki koruma ilkeleri gerçekleştirilmekle kalmayıp, aynı zamanda yürütmenin yasama işlemi de meşruiyet kazanacaktır.¹¹⁰

Katılımcı demokrasi çerçevesinde yapılandırılan böyle bir devredilmiş yasama yetkisi modeli ayrıca, temsili demokrasinin birtakım dezavantajlarını da giderecektir. Katılımcı haklar, bireylere, genel seçimlerdeki katılımlarının ötesine geçen tesir olanakları sağlamaktadır. Böylelikle bilgili ve ilgili seçmenin bir dizi siyasi alternatife karşı farklılaşmış tepkisini tek bir oy ile göstermek durumunda kalmasının yol açtığı sinir bozukluğu –ki zaten “kamu tercihi

106 Scharpf, *Die politischen Kosten des Rechtsstaates* (1970), s. 62.

107 Bonfield, *State Administrative Rule Making* (1986), s. 151.

108 Karş. Almanya açısından Pünder, *Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland* (1995), s. 293 vd.; İngiltere açısından örn. Garner, “Consultation in Subordinate Legislation” (1964) *P.L.*, 105.

109 ABD Yüksek Mahkemesi *Bowen/American Hospital Association* (1986) 476 U.S., 610 kararında şu noktanın altını çizmektedir: “Kongre’nin, engin ve karmaşık bir sanayi toplumunu yönetmek gibi güç bir görevde kendisine yardımcı olması için idari kurumlara geniş yetkiler tanınması ihtiyacını tanıyarak, bununla birlikte, idarenin aldığı kararların gerekçesini ve maddi dayanağını izah etme sorumluluğunu da kabul etmiş oluyoruz.”

110 Bkz. Pünder, *Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland* (1995), 202, 219, 233, 271.

kuramı” da bu sorunu ele almaktadır¹¹¹ bir miktar azalacaktır. Hukuka tabi olanların hissettiği kudretsizliği dağıtacak, bundan dolayı siyasi sürece karşı duydukları kayıtsızlık ve güvensizliği (“*Politikverdrossenheit*”) ortadan kaldıracaktır.¹¹² Bu yolla en başta kanun koyucuya meydan okunmaktadır. Yetki kanunları sadece yasama görevlerinin nasıl usulünce tahsis edilmesi gerektiği sorusunu değil, aynı zamanda bu görevlerin ifa edilme biçiminin ne olacağı sorusunu da ele almalıdır.

2. Telifinin sınırları ve zaman, maliyet ve gecikme sorunu

Ancak bu telifinin de sınırları vardır. ABD’nin devredilmiş yasama yetkisi sistemi ideal bir sistem değildir. ABD’deki “demokratik süreç ideali”ne karşı yükselen eleştiriler ışığında,¹¹³ Alman Anayasası ve Alman demokrasi anlayışı doğrultusundaki usul yoluyla meşruiyetin, yürütmenin yasama işlemlerinin parlamenter demokratik meşruiyet yolunun yerini alamayacağı, ancak onun yedeği olabileceği söylenebilir. İngiliz hukukçular arasında da eleştiriler göze çarpmaktadır.¹¹⁴ Almanya’da demokratik meşruiyete yönelik Amerikan yaklaşımının benimsenmesi halinde, adaletle sadece usuli bakımdan hakkaniyet ve çatışan menfaatler arasında denge kurulması yoluyla ulaşmaya çalışmayan, her şeyin ötesinde maddi bakımdan doğru bir karar arayışında olan hukuk geleneğine de ters düşmüş olacaktır.¹¹⁵ ABD’de son yıllarda maddi hukuka yönelik bir tepki ortaya çıkmıştır. 1970’lerdeki “yürütme normları çağı”¹¹⁶ coşkusu –yürütmenin yasama işlemlerinin “modern hükümetin en büyük icatlarından biri” olarak görüldüğü dönem– yerini daha temkinli bir bakışa bırakmıştır. Bir meşruiyet krizi yaşanmaktadır.

Esasen, ABD’de devredilmiş yasama yetkisi öyle bir resmiyet kazanmıştır ki, maliyetler –halkın bilgi toplama sürecine katılımıyla azalan maliyetler hesaba katıldığında bile (“bilgi masrafları”¹¹⁷)– muazzam bir artış göstermektedir. Bir örnekle açıklarsak daha iyi anlaşılabilir. ABD Federal İlaç Dairesi’nin fıstık ezmesindeki fıstık içeriğine dair kurallar koyması gerekmiştir. Ancak, yürütmenin bu norm işlemi tam dokuz yıl almıştır!¹¹⁸ Böyle bir şeyin dünyanın neresinde olursa olsun önlenmesi gerekmektedir. Hiç kuşkusuz ki, ortada

111 Karş. Pierce, “Delegation of Powers to Administrative Agencies – Political Accountability and Delegated Power”, 36 (1987) *Am. U. L. Rev.*, 391, 408.

112 “*Politikverdrossenheit*” Almanya’da 1992 yılında “yılın sözcüğü” olmuştur.

113 Bkz. genel olarak Sargentich, “The Delegation Debate and Competing Ideals of the Administrative Process”, 36 (1987) *Am. U. L. Rev.*, 433.

114 Karş. Craig, *Administrative Law* (5. baskı, 2003), s. 384.

115 Scharpf, *Die politischen Kosten des Rechtsstaates* (1970), s. 38.

116 Scalia, “Back to the Basics: Making Law Without Making Rules”, (1981) *Regulation*, 25.

117 Karş. DeLong, “Informal Rulemaking and the Integration of Law and Policy”, (1979) 65 *Virginia Law Review*, 257, 319.

118 Bkz. Aman/Mayton, *Administrative Law* (2. baskı, 2001), s. 61.

pratik bir zaman, maliyet ve gecikme sorunu vardır. Almanya ve İngiltere'de olduğu gibi, Türkiye'de de ikincil yasama işlemleri yapılırken menfaat gruplarıyla ortaklaşa gayrı-resmi istişarelerde bulunmak kısa vadede yüksek bir karar maliyetine yol açmamaktadır. Az bir gecikme olmaktadır. Durumdan etkilenecek geniş menfaat çevrelerine danıştıktan sonra idari kararlar alınması karar alma sürecini yavaşlatacak ve idare açısından artan maliyetler yaratacaktır. Ancak kimi durumlarda bu maliyetlerin göze alınması gerekir. İngiliz hukukçu Paul Craig'ın deyişiyle: "Tüm kararlar otokrasiyle alınırsa, her şey elbette ki çok daha hızlı olur. Demokrasinin maliyeti tam da çok daha fazla insanı dahil etmenin maliyetidir."¹¹⁹ Amerikalı hukukçu Arthur Bonfield de şuna işaret etmektedir: "[İ]lk başta daha masraflı gelen usul şartları ... uzun vadede toplumsal maliyetleri düşürebilir. Daha iyi kurallar yaratabilir. Daha iyi kurallar da önceki hataları gidermek için başka idari işlemler yapılması ihtiyacını azaltacaktır."¹²⁰ Son olarak, kamusal katılım düzenlemenin kabul görme oranını arttırır. Böylece uygulama masrafları azalır.

E. SONUÇ

Devredilmiş yasama yetkisi ABD, Birleşik Krallık, Almanya ve Türkiye'de birbirinden tamamen farklı şekillerde düzenlenmiştir. Kimi farklılıkların – Amerika'da idari teknokratlara itimat edilmesi gibi– sadece hukuk kültüründen kaynaklandığı düşünülebilirse de, kimi ayrışmalar üzerinde uzun uzadıya düşünülmeyi hak etmektedir. Bir tarafta, ABD ve İngiltere'dekiler Parlamento'nun halk tarafından seçilmiş olduğunu ve esasa müteallik mevzuata ilişkin sorumluluğundan sebepsiz yere sıyrılması gerektiğini hatırdan çıkarmamalıdır. Alman ve Türk anayasa hukukunda yetki devrine getirilen kısıtlamaların temelinde yatan ve Amerika'da ve İngiltere'deki tartışmalarda dillendirilen nokta da işte bu mülahazadır. Bundan başka, Alman, İngiliz ve Türk hukukunda, yetki kanununda yürütmenin yasama işleminin esası belirlenmez ise, bu eksikliğin karar alma sürecinde geçmişe dönük parlamenter katılımı bir miktar telafi edilebileceği görülmektedir. Mukayeseli çalışma, ABD'de Yüksek Mahkeme'nin yasama vetosunu Anayasa'ya aykırı bulan içtihadına karşı çıkan eleştirileri desteklemektedir. Öte yandan, Almanya, İngiltere ve Türkiye de, devredilmiş yasama işleminin esasının parlamento tarafından önceden belirlenmesinin ve yine parlamento tarafından geçmişe dönük olarak sağlanan meşruiyetin sınırları olduğunu kabul etmek durumundadır. Bu bağlamda, Amerika'daki katılımcı demokrasi modeli hayli değerlidir. Mukayeseli çalışma, devredilmiş yasama işleminin demokratik

¹¹⁹ Craig, *Administrative Law* (5. baskı, 2003), s. 386.

¹²⁰ Bonfield, *State Administrative Rule Making*, (1986), s. 448.

H. Pünder: Yürütmenin Yasama İşlemlerinin Demokratik Meşruiyeti

meşruiyetinin, vatandaşların bu işleme bütün boyutlarıyla dahil olmasıyla da temin edilebileceğini ortaya koymaktadır. Amerikan hukuku, düzgün bir yasama usulünün karakteristik unsurlarının –karar alma sürecinin aleniyeti, menfaat dengesinin gözetilmesi ve siyasi azınlıkların dahil edilmesi– devredilen yetkilerin tatbikine değer katacağını ve kanuni yasama sürecinin yürütmenin yasama işlemlerine yeterince tesir edemediği hallerde bunun mutlak kılınması gerektiğini göstermektedir.

Prof. Dr. Friedhelm HUFEN
(*Professor of Public Law University of Mainz*
Member of the Constitutional Court State of Rhineland-
Palatine)

FUNCTIONS OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT AS CHALLENGE TO CONSTITUTIONAL THEORY¹

On September 12 2012 not only politicians and officials of Germany and the European Union but literally the whole financial world were focussed on the small south western residential town of Karlsruhe, seat of the German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht). Hundreds of camera teams transmitted the decision of the Court on the constitutionality of the European Stability Mechanism (ESM) to the whole world. Billions of Euros – some analysts said: The Euro itself – were at stake. At 10:19 there was a big relief: The Court permitted the Federal President to sign and thereby to ratify that most important European treaty which sets into force a stabilizing mechanism in cases of a financial crisis in Europe or in one of the Euro member states – not without forcing the Parliament to formally fix a maximum debt guarantee of 190 billion Euros by a declaration of international law and announcing that in the main proceeding the Court would not hesitate to examine whether certain politics of the European Central Bank are in accordance with the German Basic Law². Before the Court had stopped the treaty from coming into force for more than two months.

Anyway it has been a busy summer for the Federal Constitutional Court:

- On July 25 it declared void the German Statute of Elections to the Federal Parliament, leaving the Federal Republic without a valid possibility of holding national elections³.

- On July 18 it ruled, that welfare subsidies for foreign asylum seekers in principle must be equal to those of german citizens (estimated costs for the German taxpayer about 200 Mio. €)⁴

- On July 03rd both senates of the Court agreed upon modifying their until then very restrictive jurisdiction on interior military actions⁵.

1 This paper was presented in 19 October 2012 in Ankara in the international conference “*Challenges To The Constitutional Theory in The 21St Century: Insights From Global Doctrine*” organized by the Constitutional Court and Turgut Özal University. It is published here with the permission of author.

2 BVerfG, 12.09.2012, NJW 2012, 3145.

3 BVerfG, 25.07.2012, NVwZ 2012, 1101.

4 BVerfG, 18.07.2012, NVwZ 2012, 1024.

5 BVerfG, 03.07.2012, NVwZ 2012, 1239.

· On August 1st the First Senate of the Court ruled, that benefits for married members of the public service must be equally attributed to public servants living in official homosexual or lesbian partnerships⁶.

· Last not least: On Juni 14th the Court received an official visit of the Constitutional Court of the Republic of Turkey. During the same month the presidents of the constitutional Courts of Great Britain, Poland and South Africa showed up in Karlsruhe – proving that the Court carefully maintains a network of communication with important Constitutional Courts from all over the the world.

There are many more examples, which show the importance of the Federal Constitutional Court for and within the political system of the Federal Republic of Germany. It also shows that Constitutional theory has to take into account the main actors of “applied constitutional theory”: Constitutional Courts.

The following essay will procede in four main chapters: First it will deal with meaning, scope and objectives of constitutional theory (1). Then it will offer an analysis of the Federal Constitutional Court, focussing on (2) structures and procedures and (3) powers and functions. Finally (4) it will return to some leading cases of the Court, which seem particularly significant to constitutional theory.

1. Scope and Objectives. The Meaning of Constitutional Theory

According to the programme of this conference the following presentation intends to give an introduction to functions, procedures and main fields of jurisdiction of the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) and their impact on general constitutional theory and the constitutional development of other nations. Constitutional theory can be defined as reflection on the functions and conditions of Constitutions⁷. These functions can be described as **founding, stabilizing, integrating⁸, directing** and **limiting** political systems. Constitutions normally will contain the essential competences and limitations of competences of the highest state organs. In federal states they allocate competences between central and decentral units. Constitutions are the supreme law of a state⁹, and they generally confirm and protect human rights and other central values of a given society.

6 BVerfG, 19.06.2012, NVwZ 2012, 1304.

7 See Deppenheuer/Grabenwarter, *Verfassungstheorie* (2010).

8 Obermeyer, *Integrationsfunktion der Verfassung und Verfassungsnormativität. Die Verfassungstheorie Rudolf Smends im Lichte einer transdisziplinären Rechtstheorie* (2008).

9 Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* 20. Aufl. (1995), p.10.

F. Hufen: Functions of the G. F. C. C. As Challenge to Constitutional Theory

In “multicultural societies” the constitution has the important role of protecting and integrating cultural minorities, to assure a framework of inalienable common values and to rationalize intercultural conflicts. This is particularly important for The Federal Republic of Germany which today counts 7.5 Mio. inhabitants of – what we are accustomed to call – a “background of migration”, including 4.5 Million muslims.

The important function of Constitutional Law underlines the important role of constitutional courts. They can be called the most legitimate and accepted interpreter and of constitutional law and – in cooperation and competition with constitutional legislation and jurisprudence – the legitimate actor of constitutional evolution and the heart of Constitutional theory and constitutionalism in democratic states. These functions fully apply to the German Federal Constitutional Court on which we’ll focus in the next chapters.

2. Structures and Procedures

The German Federal Constitutional Court is a “Two Senates Court”, each of which consists of 8 judges, and the highest German Court as well as one of the five highest state organs of the Federal Republic of Germany¹⁰.

There are two panels or senates, both being “The Bundesverfassungsgericht”. The first senate concentrates more or less on basic rights, the second senate – besides important competences in the matter of Basic Rights – is the “state court” which decides on cases concerning the state and the political system as such. It also decides on most cases which raise the question of relations between the Federation and the 16 Federal States (Bundesländer).

But there is not only the Federal Constitutional Court. Constitutional courts of the 16 states (Bundesländer) have a growing complementary function in matters of state competences like education, science, municipal law etc. Their jurisdiction generally follows the main guidelines of the Federal Constitutional Court but state constitutions and constitutional courts can grant additional or overlapping freedoms to citizens¹¹.

A second question concerns the relation to the 5 highest appellate Courts which according to Art. 95 of the Basic Law are main institutions of national

10 Introducing Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht 3. Ed. 2011, p. 55 ; Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht 3. Ed. 2011, p. 1.

11 Badura, Stellenwert von Landesverfassungen und Verfassungskonflikten an bayrischem Beispiel BayVBl. 2007, 193ff.; Hufen, Bundesverfassungsgericht und Landesverfassungsgerichte nach der Föderalismusreform – zwischen Einheit und Eigenständigkeit der Verfassungsräume. NdsVBl 2010, 122ff.

jurisdiction and also apply constitutional law. By comparison some other constitutional courts – the most prominent example being the US Supreme Court – combine the function of the constitutional court with that of the highest appellate court. Constitutional Courts in Germany however are essentially different from the highest Appellate Federal Courts of Civil Law, Administrative Law, Labor Law, Social and Tax Law. Their standard of control is the Constitution and nothing but the Constitution. The distinction between “specific constitutional law” and “under constitutional law” is difficult, but necessary and possible. During 60 years of jurisdiction the Federal Constitutional Court has developed reliable formulas of whether a high court has applied the constitution in an acceptable way and has decided cases “in the light of the constitution”¹².

The third question of competences concerns the relation to European Courts: With regard to the growing importance of European Law the relation of the Luxemburg European Court and the German Federal Constitutional Court shows growing tensions but also aspects of cooperation¹³. In general the Federal Constitutional Court accepts the priority of European jurisdiction in union-related matters, as long as equivalent basic rights are granted¹⁴, but recently has asked German government and parliament not to concede more substantial competences to the union.

Now let us turn to the persons and the internal structures of the Court: The judges (Members) of the Federal Constitutional Court are elected for a period of 12 years and – like today in Turkey – are not re-eligible. One third of the judges have to be recruited from the highest appellate courts (“Bundesrichter”). University Professors (at present 8 out of 16) are claimed overrepresented, lawyers (at present none) as underrepresented. The necessity of a two third majority in the election bodies (Federal Council and Judicial Committee of Federal Parliament) prevent “onesided” or “ideologically determined” judges and reduce the influence of the respective political majority or chancellorship on the selection of judges.

Except in some periods of the 1960s there is no “black” and no “red” senate nor “progressive” and “conservative” groups within the senate, which block each other. Thus no decisive role of a “swinging judge” – like Justice Kennedy in the US Supreme Court – can be observed, since to all the judges the notion of

12 Benda/Klein/Klein (note 9), p.204; Papier, *Das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichtsbarkeiten*, Deutsche Verwaltungsblätter 2009, 473; crit. Tröndle, *Das Bundesverfassungsgericht und sein Umgang mit dem “einfachen Recht”*, FS Odersky (1996), S. 259 ff.

13 BVerfGE 126, 286, 300 ff. – Fall Honeywell; von Danwitz, *Kooperation der Gerichtsbarkeiten in Europa*, ZRP 2010, 143; Voßkuhle, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, NVwZ 2010, 1 ff.

14 BVerfGE 73, 339 – Solange.

F. Hufen: Functions of the G. F. C. C. As Challenge to Constitutional Theory
“moderate” applies.

All the samecritical voices regret that there is little transparency in the procedure of electing of the judges, since relatively small groups within the main political parties decide upon “their” nominations and deal out “packages” with the opposition in Parliament and Federal Council.

Once elected, the members of the Court are personally, politically and in their single votes and decisions absolutely independent. Former party affiliations during their period of membership seem to get less and less important for the internal decision making (and majority finding) procedure within two senates. Justice Müller in the second senate for example before his career in Karlsruhe was the Christian Democratic Prime Minister of the State of Saarland. The late Vice president Zeidler, nominated by the social democrats later joined the majority of conservative judges.

The independence of the court and of its members catigorically excludes any form of internal or external hierarchy or dependence from parliament or government. The Court holds and controll its own administration and budget. Influence and importance of single judges stem from their qualification and their ability to communicate and to convince. This also applies to the chief judges who preside court sessions. They are by no means “chief”, but judges with exactly the same obligations and rights as their fellow judges (“princeps inter pares”). The President of the Federal Constitutional Court externally is ranking fifth among the highest state representatives – internally he is only head of the administration of the court but not “head of the Court”.

The most important competences and procedures embrace:

- Judicial review of legislation (abstrakte Normenkontrolle) on initiative of the federal government, a state’s government, the Federal Council or a qualified minority in the Federal Parliament.

In reality this competence has become an important tool of the opposition or of the federal states to controll decisions of the parliamentary majority – or both. Judicial review of state legislation by the Federal Constiitutional court is also possible but rare.

- Complaints of state organs, political parties and members of parliament concerning violation of participatory rights and competences (Organstreit).

Germany is described as a “parliamentarian democracy”. Main feature of this type of democracy is the antagonism of government and “its” majority in Parliament on one hand side and the parliamentary minority on the other hand side, rather than of government and parliament as described in the

classical theory of Montesquieu.

Within this system its highly realistic, that government and the majority tend to consider the parliamentary minority as molesting the effectiveness of decisions or as superfluous. Under these circumstances the Federal Constitutional Court has used this competence to prevent undue concentration of powers between state organs and within parliament and to protect parliamentary minorities and single members of parliament against government or parliamentary majorities. It also contributes to transparency by strengthening the rights of parliamentary investigation committees and their respective minorities.

The right of everybody to enter an individual complaint of unconstitutionality on any state's action (including legislation) is a main reason for the high reputation (as well as the work overload) of the court, although only 3% of the annual about 3000 complaints are successful. Most of the complaints are filtered out by committees of three judges (Kammer).

3. Powers and Functions

Within the German system of checks and balances judicial control by the Federal Constitutional Court embraces decisions of all other state organs including parliaments, executive branch and lower courts. The court even can decide on the conformity of constitutional amendments to certain basic principles of the constitution (Art. 79 III GG/Art. 1 and 20 GG). Its political power, reputation and acceptance are among the highest of all constitutional courts of the world. In many disputed fields politicians tend to shift responsibilities to the Court (*"let Karlsruhe decide if things are getting complicated"*.) Germans seem to distrust politicians and to trust a panel of "wise men and women" who decide far above political struggles.

Yet the Federal Republic cannot be seen as a "republic of judges" nor does the power and reputation of the court mean a disempowerment of parliament. In fact the Court in many cases has accentuated the powers and responsibilities of parliament – even in matters of international politics and military actions¹⁵. This shows, that the Court unlike the US Supreme Court never has developed a specific doctrine of judicial self restraint nor any "political question doctrine". Yet the court respects discretionary decisions and priorities in fact finding and risk assessment of the executive and legislative branches of government. The Court also has always underlined the power of the budget of parliament – even against international agreements, the International Monetary Fund and

15 BVerfGE 121, 135, 153; BVerfGE 126, 55, 69.

F. Hufen: Functions of the G. F. C. C. As Challenge to Constitutional Theory

– recently - the European Stability Mechanism (ESM). Yet it has not hesitated to decide on cases which caused expenses or tax losses of billions of Euros¹⁶.

A growing problem concerns the sovereignty of the German parliament and legitimacy of decisions of European institutions. Although the court accepts the openness of the Basic Law to the process of European Integration, in its verdict concerning the Treaty of Lisbon¹⁷ it has emphasised that the European Union has to remain a union of sovereign states instead of turning into a sovereign federal state itself. This verdict has caused widespread critics and the historical development will prove, whether the European integration can be described (or even stopped) by definitions of the 19th century.

4. The challenge to constitutional theory by leading cases – some examples

In the final chapter let us now return to the different functions of constitutions and verify, whether the Basic Law and its interpretation by the Federal Constitutional Court of Germany comply with these functions.

4.1. Founding function: There are two major approaches to constitutional theory:

· A: The constitution is the basic treaty, the state is founded and formed after that treaty (John Locke – “*We, the people....*”

· B: Constitutions come and go, the state as a given institution persists and is only limited, not founded by the constitution (Hegel),

The second senate of the Federal Constitutional Court has shown that it tends to follow the second approach, holding on the persistence of the German “Reich” as an institution, rejecting the theory of two German States until reunification¹⁸, emphasising the role of a strong and independent civil service¹⁹ as an institution of the state (rather than of the political system), identifying the people, from which stems every power as only German nationals (“Staatsvolk”²⁰) and insisting that under the existing constitution the sovereign German state must persist and cannot be completely absorbed by a sovereign European Federal State²¹.

16 BVerfGE 93, 121, 133 ff. – Vermögenssteuer (property tax); BVerfGE 125, 175, 222 ff. – minimum welfare (Hartz-IV).

17 BVerfGE 123, 267 ff. – Treaty of Lisbon

18 BVerfGE 36, 1, 15 – Ostverträge (treaty with communist states); BVerfGE 77, 137, 155 – Staatsangehörigkeit (two states, but no two citizenships).

19 BVerfGE 39, 334, 355 – Radikalenerlass (duty of allegiance to the constitution)

20 BVerfGE 83, 37, 50 – Ausländerwahlrecht (no right to vote for foreigners)

21 BVerfGE 123, 267 ff. – Treaty of Lisbon

4.2. Stabilizing function. The specter of the failed republic of Weimar did not only haunt the founding fathers and mothers of the Basic Law of 1949, but also the jurisdiction of the court. In the 1950s the court has forbidden one right wing and one communist political party²²; it has upheld the “5 % clause as a prevention of “splinter parties” in the 1960s²³. In the 1970s the court permitted government to keep away political extremists from the public service²⁴; several times the court has tolerated “fake votes of nonconfidence” and to make possible the constitutionally non existing self-dissolution of parliament in order to form a new parliament with a stable majority²⁵.

4.3 Integrations function. Germany today is a “multicultural society” - home to 7, 5 inhabitants with a “migration-background” including 2, 5 Mio. muslims. The federal constitutional court and federal parliament understand their integrational role by granting far reaching freedoms of minorities (right to receive homeland satellite television²⁶; right to live according to individual religious rules²⁷, butchering according to religious rules²⁸, praying in schools²⁹, circumcision of boys³⁰). There is growing concern, whether this jurisdiction and legislation contributes to a disintegrating process of society and to the forming of separated “parallel societies”³¹.

4.4. Directing function. Since famous decisions in the 1950s the Court has emphasized that the Basic Law is not only a set of rules and civil liberties but also contains a basic values (“Wertordnung”³² and objectives which influence jurisdiction and legislation in every field of politics (protection of human dignity including an economic existential minimum³³; protection of

22 BVerfGE 2, 1, 22 – Sozialistische Reichspartei; BVerfGE 5, 85, 113 KPD (Communist Party of Germany)

23 BVerfGE 1, 208, 248; BVerfGE 95, 408, 419 ff. – 5 % clause

24 BVerfGE 39, 334, 355 – Radikalenerlass

25 BVerfGE 62, 1, 50; BVerfGE 114, 121, 152 – consensual dissolution of parliament

26 BVerfGE 90, 27, 32 – access to satellite -TV

27 BVerfGE 32, 98, 109 – individual freedom of religion

28 BVerfGE 104, 337 345

29 BVerfGE 52, 223, 241; OVG Berlin-Brandenburg, 27.05.2010, NVwZ 2010, 1310 – prayer in public schools.

30 In a much criticized decision a lower criminal court recently decided that circumcision is an unjustified violation of the child's corporal integrity (LG Köln, NJW 2012, 2128). The Bundestag (Federal Parliament) changed the criminal code within weeks in order to legalize male circumcision.

31 Courts recently emphasize the integrating function of public schools and tend to be very restrictive e.g. in exceptions from obligatory coeducative swimming lessons (OVG Bremen, 22.06.2012 – not published; VGH Kassel, NVwZ 2013, 159)

32 BVerfGE 7, 198, 204 – Lüth; BVerfGE 35, 79, 114 crit. Hesse, (note 11) S. 135.

33 BVerfGE 1, 97, 104; BVerfGE 82, 60, 85; BVerfGE 125, 175, 222 ff.

F. Hufen: Functions of the G. F. C. C. As Challenge to Constitutional Theory

the weak³⁴, protection of life and health³⁵; openness of political communication as a basis of democracy³⁶). According to critical voices this leads to limited political discretion of parliament and to a process of “juridification of politics” and “politization of jurisdiction”.

4.5 Limiting function. The traditional “defensive” function of civil liberties against intrusions by the state has become especially important concerning the question of “freedom and security” and the fight against terrorism. Since September 11th 2001 the court has rejected several disproportional instruments of terror prevention, it has forbidden the downing of civil planes hijacked by terrorists³⁷; warranted an absolutely protected sphere of personal intimacy and privacy against wiretapping³⁸. An encroachment of Human Dignity as most prominent Basis of every constitutional order (Art. 1 GG) can under no circumstances be justified³⁹.

4.6. Democratic function. The Court always has emphasized that freedom of opinion, press and assembly are not only individual basic rights but also essential conditions of democracy⁴⁰. Political freedoms exceed the importance of economic and cultural freedoms. The right to vote and the equality of votes is strictly interpreted. This is the reason why Germany at present has not have a valid law of election⁴¹. In many important cases the court has decided that there is no “original” power of the executive branch of government, but that any state power derives from parliament as the legitimate organ of direct democratic legitimation (“chain of legitimation”⁴²). It has even turned the military forces into an “army of parliament”⁴³.

5. Conclusion

In its 62 years of existence the Federal Constitutional Court has shaped the content of the Basic Law and of the constitutional doctrine and theory – far beyond its judicial function. Originally formed after the model of the US

34 BVerfGE 125, 175, 222

35 BVerfGE 39, 1, 41; BVerfGE 88, 203, 251 – protection of the unborn; BVerfGE 49, 89, 124 – nuclear radiation

36 BVerfGE 7, 198, 204 ff

37 BVerfGE 115, 118, 139

38 BVerfGE 109, 279, 309.

39 BVerfGE 75, 369, 380; BVerfGE 93, 266, 293; Dreier, GG Art. 1 Rn.132; Kloepfer, Festschrift 50 Jahre BVerfG II, 77, 96.

40 BVerfGE 7, 198, 204 ff

41 BVerfG, 25.07.2012, NVwZ 2012, 1101

42 BVerfGE 93, 37, 81

43 BVerfGE 121, 135, 153.

Haşim Kılıç'a Armağan

Supreme Court it has itself become a paradigm of constitutional development in many other states. In summary the Federal Constitutional Court is not only a challenge to constitutional theory but also to every kind of constituted power in Germany and even in Europe – it writes and rewrites constitutional theory. Thus the court shows that constitutional courts can be seen the heart of Constitutional theory and of constitutionalism in democratic states.

ANAYASA KURAMINA BİR MEYDAN OKUMA OLARAK ALMAN FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İŞLEVLERİ¹

12 Eylül 2012'de yalnızca Almanya ve Avrupa Birliği'ndeki siyasetçiler ve yetkililer değil, bütün finans dünyası ülkenin güneybatısındaki küçük bir şehir olan ve aynı zamanda Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne (Bundesverfassungsgericht) ev sahipliği yapan Karlsruhe'ye odaklanmıştı. Yüzlerce canlı yayın ekibi Mahkemenin, Avrupa İstikrar Mekanizması'nın (AİM) Anayasa'ya uygunluğuna dair kararını tüm dünyaya iletiyordu. Milyarlarca Euro, bazı analistlerin ifadeleriyle Euro'nun kendisi bile risk altındaydı. Saat 10.19'da herkesin içini rahatlatan bir haber geldi: Mahkeme, Federal Cumhurbaşkanı'na Avrupa'da veya Euro üyesi devletlerden birinde mali bir kriz çıkması durumunda bir istikrar mekanizmasının devreye girmesini öngören en önemli Avrupa anlaşmasını imzalaması ve dolayısıyla onaylaması için izin vermişti; elbette Mahkeme bunu, Parlamentonun uluslararası hukuka uygun bir beyanname aracılığıyla 190 milyar Euro'luk azami borç garantisi vermesini resmen şart koşmak ve ana duruşmada Avrupa Merkez Bankası'nın belirli politikalarının Alman Anayasası ile uyumlu olup olmadığını incelemek konusunda tereddüt etmeyeceğini bildirmek suretiyle yaptı.² Bu karar öncesinde Mahkeme, anlaşmanın yürürlüğe girmesini iki aydan uzun süredir askıya almıştı.

Zaten o yaz Federal Anayasa Mahkemesi için yoğun bir mevsim oldu:

* Mahkeme, 25 Temmuz'da Alman Federal Parlamento Seçim Kanunu'nun hükümsüz olduğunu ilan ederek Federal Cumhuriyetin ülke çapında genel seçim yapması için geçerli olabilecek her türlü ihtimali ortadan kaldırdı.³

* 18 Temmuz'da, yabancı sığınmacıların aldığı geçim yardımlarının Alman vatandaşlarının aldığı yardımlarla prensipte eşit olması gerektiğine hükmetti (Alman vergi mükelleflerine tahmini maliyeti yaklaşık 200 milyon €).⁴

* 3 Temmuz'da Mahkemenin her iki senatosu, yurt içindeki askeri faaliyetlerle

1 Bu yazı Anayasa Mahkemesi ve Turgut Özal Üniversitesi tarafından 19 Ekim 2012 tarihinde Anayasa Mahkemesinde düzenlenen "21. Yüzyılda Anayasa Teorisine İlişkin Sorunlar: Küresel Öğretiden Kavrayışlar" isimli uluslararası konferansta sunulmuş yazarın izniyle burada yayımlanmıştır.

2 BVerfG, 12.09.2012, NJW 2012, 3145.

3 BVerfG, 25.07.2012, NVwZ 2012, 1101.

4 BVerfG, 18.07.2012, NVwZ 2012, 1024.

ilgili olarak o zamana kadar çok kısıtlayıcı bir yapıya sahip olan yargı yetkilerini değiştirme konusunda uzlaşıya vardı.⁵

* 1 Ağustos'ta Mahkemenin 1. Senatosu, evli kamu çalışanlarının faydalandığı mali yardımlardan yararlanma hakkının resmi homoseksüel veya lezbiyen ilişkileri olan kamu çalışanlarına da eşit olarak tanınmasına hükmetti.⁶

* Son olarak 14 Haziran'da Mahkeme, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nden bir resmi heyeti kabul etti. Aynı ay içerisinde Büyük Britanya, Polonya ve Güney Afrika Anayasa Mahkemelerinin başkanları da Karlsruhe'ye geldi; bu, Mahkemenin dünyanın dört bir yanındaki önemli Anayasa Mahkemeleriyle dikkatle yönettiği bir iletişim ağına sahip olduğunu ortaya koydu.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin, Almanya Federal Cumhuriyeti siyasi sistemi için ve bu sistem içerisindeki önemini gösteren daha pek çok örnek bulunmaktadır. Bu durum, Anayasa kuramının, "uygulanmalı anayasa kuramının" "başlıca aktörleri olan Anayasa Mahkemelerini de dikkate alması gerektiğine işaret etmektedir.

İşbu makale, dört ana bölüm çerçevesinde hazırlanmıştır: İlk olarak Anayasa kuramının anlamı, kapsamı ve amaçları üzerinde durulacaktır(1). Ardından, Federal Anayasa Mahkemesi'nin genel bir analizi sunulacak, (2) Mahkeme bünyesindeki yapılar ve usullere, (3)Mahkemenin yetkileri ve işlevlerine odaklanılacaktır. Son olarak (4) Mahkemenin öne çıkan ve Anayasa kuramı açısından bilhassa önemli olan bazı davaları ele alınacaktır.

1. Kapsam ve Amaçlar. Anayasa Kuramının Anlamı

Bu konferansın programına göre sunum, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin (Bundesverfassungsgericht) işlevleri, usulleri ve başlıca yargılama alanları ile bunların genel Anayasa kuramı ve diğer ulusların anayasal gelişimine etkileri hakkında genel bilgi vermeyi amaçlamaktadır. Anayasa kuramı, Anayasaların işlev ve koşullarının bir yansıması olarak tanımlanabilir.⁷ Bu işlevler, siyasi sistemleri kurma, istikrarını sağlama, entegre etme⁸, yönetme ve sınırlandırma şeklinde açıklanabilir. Anayasalar olağan bir biçimde en yüksek devlet organlarının temel yetkinliklerini ve bu yetkinliklere ilişkin kısıtlamaları içerir. Federal devletlerin⁹ Anayasaları ise söz konusu yetkileri merkezi ve merkezi olmayan birimler arasında paylaşırlar. Anayasalar, bir

5 BVerfG, 03.07.2012, NVwZ 2012, 1239.

6 BVerfG, 19.06.2012, NVwZ 2012, 1304.

7 Bkz. Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie (2010).

8 Obermeyer, Integrationsfunktion der Verfassung und Verfassungsnormativität. Die Verfassungstheorie Rudolf Smends im Lichte einer transdisziplinären Rechtstheorie (2008).

9 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 20. Aufl. (1995), s.10.

F. Hufen: Anayasa Kuramına Bir Meydan Okuma Olarak FAYM'nin İşlevleri devletin en üst düzey kanunudur ve genel olarak belli bir toplumdaki insan haklarını ve diğer merkezi değerleri onaylayıp korurlar.

“Çok kültürlü toplumlarda” Anayasa’nın kültürel azınlıkları koruma ve bütünleşmelerini sağlama, vazgeçilmez ortak değerler için bir çerçeve oluşturma ve kültürlerarası çatışmaları rasyonalize etme gibi önemli rolleri vardır. Bu, Almanya Federal Cumhuriyeti açısından bilhassa önemlidir, zira ülkede bugün 4.5 milyon Müslüman da dahil olmak üzere, - kullanmaya alıştığımız ifadeyle - “göç geçmişi olan” toplam 7.5 milyon kişi yaşamaktadır.

Anayasa Hukukunun önemli bir işlevi, anayasa mahkemelerinin öneminin altını çizmektedir. Bunlar, demokratik devletlerde -anayasa mevzuatı ve içtihatları ile işbirliği ve rekabet içerisinde- anayasa hukukunun en meşru ve en yaygın kabul edilen yorumlayıcısı, Anayasal değişimin meşru aktörü ve Anayasa kuramının ve anayasallığın kalbi olarak adlandırılabilir. Bu işlevler, sonraki bölümlerde ele alacağımız şekilde Alman Federal Anayasa Mahkemesi için de bütünüyle geçerlidir.

2. Yapılar ve Usuller

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, her biri 8 hakimden oluşan “İki Senatolu Mahkeme” ve hem en üst düzey Alman Mahkemesi, hem de Almanya Federal Cumhuriyeti’nin en üst düzey beş devlet kurumundan biridir.¹⁰

Mahkeme bünyesinde iki adet kurul veya senato vardır ve her ikisi de “Bundesverfassungsgericht” olarak adlandırılır. Birinci senato daha ziyade temel haklara odaklanırken ikinci senato, - temel haklar ile alakalı önemli görevi yanı sıra- devleti ve siyasi sistemi ilgilendiren davalarla ilgili kararlar alan “devlet mahkemesidir”. Federasyonla 16 Federal Eyalet (Bundesländer) arasındaki ilişkilerle alakalı davaların çoğunda karar merciidir.¹¹

Federal Anayasa Mahkemesi, tek anayasa mahkemesi değildir. 16 eyaletin (Bundesländer) anayasa mahkemeleri eğitim, bilim, belediye kanunu, vs. alanlarda eyaletlerin yetkileriyle ilgili giderek genişleyen bir tamamlayıcı göreve sahiptir. Bunların yargı yetkileri genel hatlarıyla Federal Anayasa Mahkemesi’ninkine benzemekle birlikte eyalet anayasaları ve anayasa mahkemeleri yurttaşlara ek veya ortak birtakım özgürlükler sunabilmektedir.

İkinci bir husus, Anayasa’nın 95. Maddesine göre başlıca ulusal yargı kurumları olan ve aynı zamanda anayasa hukukunu da uygulayan 5 yüksek

10 Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht 3. Ed. 2011, s. 55 ; Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht 3. Ed. 2011, s. 1.

11 Badura, Stellenwert von Landesverfassungen und Verfassungskonflikten an bayrischem Beispiel BayVB1. Föderalismusreform – zwischen Einheit und Eigenständigkeit der Verfassungsräume. NdsVB1 2010, 122ff.

temyiz mahkemesiyle mevcut ilişkilerle alakalıdır. Kıyaslama yapmak gerekirse, diğer bazı anayasa mahkemeleri - en öne çıkan örnek, ABD Yüksek Mahkemesidir - anayasa mahkemesi işleviyle en üst düzey temyiz mahkemesi olma görevini bir arada yürütür. Bununla birlikte, Almanya'daki anayasa mahkemeleri, en üst düzey Federal Hukuk, İdare Hukuku, İş Hukuku, Sosyal Güvenlik ve Vergi Hukuku Temyiz Mahkemeleri'nden temel olarak farklıdır. Bu mahkemelerin kontrol standardı sadece ve sadece Anayasadır. "Anayasa hukukuyla alakalı" konularla "Anayasa hukukuyla alakalı olmayan" konular arasındaki ayrımı yapmak güç olmakla birlikte gereklidir ve mümkündür. Federal Anayasa Mahkemesi, 60 yıllık yargı deneyimi esnasında bir üst mahkemenin Anayasa'yı kabul edilebilir bir şekilde uygulayıp uygulamadığının ve davalarla ilgili kararlarını "anayasa ışığında" verip vermediğinin tespitine dair güvenilir formüller geliştirmiştir.¹²

Yetkilerle ilgili üçüncü husus, Avrupa Mahkemeleriyle ilgilidir: Avrupa Hukukunun öneminin giderek artmasıyla paralel olarak Lüksemburg Avrupa Mahkemesi ile Alman Federal Anayasa Mahkemesi arasındaki ilişkilerde hem artan gerilimler hem de işbirliği çalışmaları gözlemlenmektedir.¹³ Federal Anayasa Mahkemesi genel olarak Avrupa yargı kurumlarının Avrupa Birliği'yle ilgili konulardaki yetki önceliğini eşit temel haklar tanındığı sürece kabul eder,¹⁴ ama Mahkeme son dönemde Alman hükümeti ve parlamentosundan Birliğe daha kapsamlı yetkiler vermemelerini istemiştir.

Şimdi Mahkemedeki önemli kişilere ve iç yapılara dönelim: Federal Anayasa Mahkemesinin hakimleri (Üyeleri) 12 yıl süreyle seçilirler ve -bugün Türkiye'de olduğu üzere- bu göreve yeniden seçilemezler. Hakimlerin üçte biri, en üst düzey temyiz mahkemelerinden ("Bundesrichter") seçilmek zorundadır. Üyeler arasında üniversite öğretim üyeleri fazlaca temsil edilirken (halihazırda 16 üyeden 8'i) avukatlar yeterli düzeyde temsil edilmemektedir (halihazırda hiç avukat üye yoktur). Seçim mercilerinde (Federal Konsey ve Federal Parlamento Adli Komisyonu) üçte iki çoğunluk şartı, hakimlerin "tek taraflı olmasını" veya "belirli bir ideolojik görüşe sahip olmasını" önler ve ilgili siyasi çoğunluğun ya da şansölyeliğin hakimlerin seçimi üzerindeki etkisini azaltır.

1960lardaki bazı dönemler hariç birbirlerine engel teşkil eden "siyah" ve "kırmızı" senato ya da senato içerisinde "ilerici" ve "muhafazakar" gruplar

12 Benda/Klein/Klein (not 9), s.204; Papier, Das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichtsbarkeiten, Deutsche Verwaltungsblätter 2009, 473; crit. Tröndle, Das Bundesverfassungsgericht und sein Umgang mit dem "einfachen Recht", FS Odersky (1996), s. 259 ff.

13 BVerfGE 126, 286, 300 ff. - Fall Honeywell; von Danwitz, Kooperation der Gerichtsbarkeiten in Europa, ZRP 2010, 143; Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1 ff.

14 BVerfGE 73, 339 - Solange.

F. Hufen: Anayasa Kuramına Bir Meydan Okuma Olarak FAYM'nin İşlevleri yoktur. Dolayısıyla, ABD Yüksek Mahkemesi'ndeki Yargıç Kennedy örneğinde görülen "seçimin kaderini belirleyecek oy hakkına sahip hakim" gibi belirleyici bir rol gözlemlenemez, çünkü "makul" ibaresi bütün hakimler açısından geçerlilik taşımaktadır.

Bununla birlikte, başlıca siyasi partilerin içerisindeki nispeten küçük grupların "kendi" adaylarını belirlemesi ve Parlamento ve Federal Konsey'deki muhalefetle "paketler" konusunda pazarlık ve anlaşma yapması nedeniyle hakimlerin seçilmesi usulünde şeffaflığın çok sınırlı olması esefle karşılanmaktadır.

Seçilen Mahkeme üyeleri, şahsen, siyasi olarak ve verdikleri oylar ve kararlar açısından tamamen bağımsızdır. Geçmişteki parti üyelikleri, Mahkeme üyelikleri esnasında iki senato bünyesinde dahili karar alma (ve çoğunluğu sağlama) usulleri açısından önemini giderek yitirir. Örneğin, ikinci senatoda görev yapan Hakim Müller, Karlsruhe'deki kariyeri öncesinde Saarland Eyaleti'nin Hristiyan Demokrat Partisi'nden Başbakanı idi. Merhum Başkan Yardımcısı Zeidler, sosyal demokratlar tarafından aday gösterilmiş fakat daha sonra muhafazakar hakimlerin çoğunluğuna dahil olmuştu.

Mahkemenin ve üyelerinin bağımsızlığı ilkesi, her türlü dahili veya harici hiyerarşiden ya da parlamento veya hükümete bağımlılıktan kati surette aridir. Mahkeme kendi idari sistemine ve bütçesine sahiptir ve bunları kendisi yönetir. Hakimlerin bireysel olarak sahip oldukları nüfuz ve önem, onların niteliklerinden ve iletişim ve ikna kabiliyetlerinden kaynaklanır. Bu, oturumlara başkanlık eden baş hakimler için de geçerlidir. Bunlar hiçbir şekilde "baş" hakimler değil, muadilleriyle birebir aynı yükümlülükler ve haklara sahip olan hakimlerdir ("princeps inter pares"). Federal Anayasa Mahkemesi Başkanı, kurum dışında en üst düzey devlet yetkilileri sıralamasında beşincidir; kurum içinde ise "Mahkeme Başkanı" değil, yalnızca mahkemenin idaresinden sorumlu kişidir.

En önemli görevleri ve usulleri arasında şunlar yer alır:

* Federal hükümetin, bir eyalet hükümetinin, Federal Konseyin veya Federal Parlamentodaki nitelikli bir çoğunluğun girişimi üzerine mevzuata ilişkin hukuka uygunluk denetimi çalışmalarını yapmak (abstrakte Normenkontrolle).

Bu görev aslen muhalefet veya federal eyaletler ya da her ikisi tarafından parlamentodaki çoğunluğun kararlarını kontrol etmek için kullanılan önemli bir araç haline gelmiştir. Eyalet mevzuatının hukuka uygunluk denetiminin Federal Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması da mümkündür, ancak nadir görülür.

Haşim Kılıç'a Armağan

* Devlet kurumları, siyasi partiler ve parlamento üyelerinin katılım hakları ve yetkilerinin ihlaline ilişkin şikayetleri (Organstreit).

Almanya, “parlamentar demokrasi” ile yönetilen bir devlet olarak tanımlanır. Bu tür bir demokrasinin en temel özelliği, Montesquieu’nün klasik kuramında bahsettiği üzere hükümetle parlamentonun değil, bir yanda hükümetle ve “hükümetin” Parlamentodaki çoğunluğu diğer yanda parlamentodaki azınlıkların rekabet etmesidir.

Bu sistem içerisinde hükümetin ve çoğunluğun parlamentodaki azınlığın kararların etkililiğine halel getirdiğini veya gereksiz olduğunu düşünme eğiliminde olması hayli gerçekçidir. Bu koşullar altında Federal Anayasa Mahkemesi bu görevini devlet organları arasında ve parlamento içerisinde uygun-suz bir şekilde güç toplasımı olmasını önlemek ve parlamentodaki azınlıkları ve parlamentonun bireysel üyelerini hükümetten veya parlamentodaki çoğunluklardan korumak üzere yerine getirmiştir. Bu durum, parlamento soruşturma komisyonlarının ve bunlar içerisindeki ilgili azınlıkların haklarının güçlendirilmesi suretiyle şeffaflığa da katkı sağlar.

* Yıllık yaklaşık 3000 şikayetin yalnızca % 3’ü yerinde görülse de herhangi bir eyaletin eylemlerine (mevzuatı dahil) dair bireysel olarak Anayasa’ya aykırılık şikayetinde bulunma hakkının herkese tevdi edilmiş olması, mahkemenin yüksek bir itibara sahip olmasının (ve haddinden fazla iş yüküyle çalışmasının) temel nedenidir. Şikayetlerin büyük bir bölümü, üç hakimden oluşan komisyonlar (Kammer) tarafından filtrelenir.

3. Yetkileri ve İşlevleri

Almanya’daki kuvvetler ayrılığı sistemi çerçevesinde Federal Anayasa Mahkemesi’nin yargı denetimi parlamentolar, yürütme organı ve alt derece mahkemeler de dahil olmak üzere tüm diğer devlet organlarının kararlarını kapsar. Mahkeme, anayasa değişikliklerinin Anayasa’nın belirli temel ilkelerine aykırı olup olmadığına da karar verebilir (Md. 79 III GG/Md. 1 ve 20 GG). Mahkemenin siyasi gücü, itibarı ve gördüğü kabul, dünyadaki tüm anayasa mahkemeleri içerisinde en yüksek seviyedekiler arasındadır. İhtilaflı pek çok alanda siyasetçiler sorumluluğu Mahkemeye tevdi etme eğilimindedirler (“Konunun giderek karmaşıklaşıp karmaşıklaşmadığına bırakalım Karlsruhe karar versin”). Almanlar görüntü itibarıyla siyasetçilere güvenmezler, ancak siyasi çekişmelerin ötesinde karar verecek “akıl adamlar ve kadınlardan” oluşan bir yapıya güvenirlir.

Bununla birlikte, Federal Cumhuriyet bir “hakimler cumhuriyeti” olarak görülemez ve mahkemenin gücü ve itibarı, parlamentonun yetkilerinin elin-

F. Hufen: Anayasa Kuramına Bir Meydan Okuma Olarak FAYM'nin İşlevleri den alınıp güçsüzleştirildiği anlamına gelmez. Esasen, Mahkeme uluslararası siyaset ve askeri faaliyetlerle ilgili olanlar da dahil olmak üzere pek çok konuda parlamentonun yetki ve sorumluluklarını vurgular.¹⁵ Bu, Mahkemenin ABD Yüksek Mahkemesi'nin aksine ne yargının kendini kısıtlamasına dair belirli bir doktrin ne de herhangi bir "siyasi mesele doktrini" geliştirdiğini göstermektedir. Yine de Mahkeme, hükümetin yasama ve yürütme kollarının inceleme ve risk değerlendirme konularında takdir yetkisine dayanarak aldığı kararlara ve mevcut önceliklerine saygı duyar. Mahkeme aynı zamanda uluslararası anlaşmalara, Uluslararası Para Fonu (IMF) ve son dönemde Avrupa İstikrar Mekanizması'na (AİM) karşı parlamentonun bütçe gücünün altını daima çizmiştir. Bununla birlikte, milyarlarca Euro masraf veya vergi kaybına yol açan davalarla ilgili karar vermek konusunda tereddüt etmemiştir.¹⁶

Giderek büyüyen bir sorun da Alman parlamentosunun bağımsızlığı ve Avrupa kurum ve kuruluşlarının kararlarının meşruiyeti ile alakalıdır. Mahkeme, Anayasa'nın Avrupa Entegrasyonu sürecine açık olduğunu kabul etse de Lizbon Anlaşması¹⁷ ile ilgili kararında Avrupa Birliği'nin bağımsız bir federal devlete dönüşmekten ziyade bağımsız devletlerden oluşan bir birlik olarak kalması gerektiğini vurgulamıştır. Bu karar yoğun eleştirilere neden olmuştur, ancak Avrupa entegrasyonunun 19. yüzyıla ait tanımlarla açıklanıp açıklanamayacağını (veya durdurulup durdurulamayacağını) zaman gösterecektir.

4. Önemli davalar üzerinden anayasa kuramıyla karşılaştırma - bazı örnekler

Son bölümde anayasaların farklı işlevlerine döneceğiz ve Anayasa ile Anayasa'nın Almanya Federal Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlanma şeklinin bu işlevlere uyumlu olup olmadığını irdelleyeceğiz.

4.1. Kurma işlevi: Anayasa kuramına yönelik iki ana yaklaşım vardır:

* A : Anayasa temel anlaşmadır, devlet o anlaşmaya binaen kurulmuş ve oluşturulmuştur (John Locke - "Biz, insanlar....")

* B : Anayasalar gelip geçicidir, devlet ise bir kurum olarak kalıcıdır ve anayasa ile sınırlı olmakla birlikte anayasa tarafından kurulmamıştır (Hegel).

Federal Anayasa Mahkemesi'nin ikinci senatosu; Alman "Reich'inin" bir

15 BVerfGE 121, 135, 153; BVerfGE 126, 55, 69.

16 BVerfGE 93, 121, 133 ff. – Vermögenssteuer (property tax); BVerfGE 125, 175, 222 ff. – asgari refah (Hartz-IV).

17 BVerfGE 123, 267 ff. - Lizbon Anlaşması.

kurum olarak kalıcı olduğunu belirtmek¹⁸, birleşmeye dek iki farklı Alman devletinin var olduğu kuramını reddetmek, güçlü ve bağımsız bir kamu hizmetinin¹⁹ (siyasi sistemin bir kurumu olarak değil) bir devlet kurumu olarak önemini vurgulamak, her türlü yetkinin ve gücün kaynağı olan halkı yalnızca Alman vatandaşları olarak tanımlamak ("Staatsvolk")²⁰ ve mevcut anayasa kapsamında bağımsız Alman devletinin kalıcı olduğunda ve bağımsız bir Avrupa Federal Devleti'ne bütünüyle dahil olmasının mümkün olmadığına ısrar etmek suretiyle ikinci yaklaşımı benimseme eğiliminde olduğunu göstermiştir.²¹

4.2. İstikrar sağlama işlevi. Başarısızlıkla sonuçlanan Weimar Cumhuriyeti'nin hayaleti, yalnızca 1949 Anayasasının kurucularına değil, Mahkemenin yargı yetkisine de musallat olmuştur. Mahkeme 1950'lerde bir sağ, bir de komünist siyasi partiyi yasaklayarak kapatmış, bu partilerden ayrılanların "yeni partiler" kurmasını engellemek üzere 1960'larda²² % 5 şartını getirmiştir. 1970'lerde hükümetin²³ radikal siyasetçileri kamu hizmetinden uzak tutmasına izin vermiş, ²⁴ "sahte güvensizlik oylarına" defalarca müsamaha göstermiş ve anayasada hüküm bulunmamasına rağmen sabit çoğunluklu yeni bir parlamento kurmak için parlamentonun kendi kendini feshetmesini mümkün kılmıştır.²⁵

4.3 Entegre etme görevi. Almanya bugün "çok kültürlü bir topluma" sahiptir ve 2.5 milyon Müslüman da dahil olmak üzere "göç geçmişi olan" 7.5 milyon kişiye ev sahipliği yapmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi ve Federal Parlamento, entegrasyon konusundaki rollerinin bilincindedir ve azınlıklara geniş kapsamlı özgürlükler (anayurtlarındaki televizyon kanallarını uydu yayınından izleme hakkı²⁶; kişisel olarak inandıkları dini kurallara uygun olarak yaşama hakkı²⁷, bu dini kurallar doğrultusunda kurban kesme hakkı²⁸,

18 BVerfGE 36, 1, 15 – Ostverträge (komünist devletlerle anlaşma); BVerfGE 77, 137, 155 – Staat-sangehörigkeit (iki devlet fakat tek milliyet).

19 BVerfGE 39, 334, 355 – Radikalenerlass (anayasaya bağlılık görevi)

20 BVerfGE 83, 37, 50 – Ausländerwahlrecht (yabancılar oy hakkı tanınmaması)

21 BVerfGE 123, 267 ff. – Lizbon Anlaşması.

22 BVerfGE 2, 1, 22 – Sozialistische Reichspartei; BVerfGE 5, 85, 113 KPD (Almanya Komünist Partisi)

23 BVerfGE 1, 208, 248; BVerfGE 95, 408, 419 ff. – % 5 şartı

24 BVerfGE 39, 334, 355 – Radikalenerlass

25 BVerfGE 62, 1, 50; BVerfGE 114, 121, 152 – parlamentonun kendi rızasıyla feshedilmesi.

26 BVerfGE 90, 27, 32 – uydu TV kanallarına erişim

27 BVerfGE 32, 98, 109 – bireylere tanınan din ve inanç özgürlüğü

28 BVerfGE 104, 337 345

F. Hufen: Anayasa Kuramına Bir Meydan Okuma Olarak FAYM'nin İşlevleri okullarda ibadet hakkı,²⁹ erkek çocuklarını sünnet ettirme hakkı³⁰) vermek suretiyle bu rolleri yerine getirmektedir. Söz konusu yetkiler ve mevzuatın toplumun bölünmesi ve ayrılmış “paralel toplumların” oluşması sürecine katkıda bulunacağı endişesi giderek büyümektedir.³¹

4.4. Yönetme işlevi. 1950'lerdeki meşhur kararlardan sonra Mahkeme, Anayasa'nın yalnızca birtakım kurallar ve medeni özgürlüklerden mürekkep olmadığını, aynı zamanda siyasetin her alanında yargıyı ve yasamayı etkileyen temel değerler (“Wertordnung”)³² ve hedefler de (asgari ekonomik gerekliliklerin yerine getirilmesi de dahil olmak üzere insan onurunun korunması³³, düşkünlerin korunması,³⁴ can ve sağlığın korunması,³⁵ demokrasinin bir gereği olarak siyasi iletişimin açıklığı³⁶) içerdiğini vurgulamaktadır. Bunun parlamentonun siyasi takdir hakkının sınırlanmasına ve “siyasetin yargılaştırılması” ve “yargının siyasileştirilmesi” süreçlerine neden olacağına dair eleştiriler getirilmiştir.

4.5 Sınırlandırma işlevi. Medeni özgürlüklerin devletin haksız müdahalelerine karşı “korunmasına” ilişkin geleneksel işlev, “özgürlük ve güvenlik” ve terörizmle mücadele konuları açısından özel bir önem kazanmıştır. Mahkeme, 11 Eylül 2001'den bu yana terörizmi³⁷ önlemeye yönelik pek çok orantısız aracı reddetmiş, teröristler tarafından kaçırılan sivil uçakların düşürülmesini yasaklamış, yasa dışı telefon dinlemelerine karşı kişisel mahremiyet ve gizliliğin temin edilmesi bakımından mutlak olarak korunmuş bir alan temin etmiştir.³⁸ İnsanlık onurunun ihlal edilmesinin her anayasal düzenin en öne çıkan temel unsuru olması (Art. 1 GG), hiçbir koşul altında gerekçelendirilemez.³⁹

29 BVerfGE 52, 223, 241; OVG Berlin-Brandenburg, 27.05.2010, NVwZ 2010, 1310 – devlet okullarında ibadet.

30 Çok eleştirilen bir karar da ilk derece ceza mahkemelerinden birinin, sünnetin çocuğun vücut bütünlüğünün haksız olarak ihlali olduğuna dair kararıdır (LG Köln, NJW 2012, 2128). Bundestag (Federal Parlamento), erkeklerde sünneti meşru kılmak amacıyla bu karardan birkaç hafta sonra ceza kanununu değiştirmiştir.

31 Mahkemeler son dönemde devlet okullarının entegre edici görevine vurgu yapmakta ve mecburi karma yüzme derslerinden muafiyet gibi daha sınırlı yaklaşımlar sergileme eğilimindedir (OVG Bremen, 22.06.2012 - henüz yayınlanmadı; VGH Kassel, NVwZ 2013, 159).

32 BVerfGE 7, 198, 204 – Lüth; BVerfGE 35, 79, 114 crit. Hesse, (not 11) S. 135.

33 BVerfGE 1, 97, 104; BVerfGE 82, 60, 85; BVerfGE 125, 175, 222 ff.

34 BVerfGE 125, 175, 222

35 BVerfGE 39, 1, 41; BVerfGE 88, 203, 251 – doğmamış bireylerin korunması; BVerfGE 49, 89, 124 – nükleer radyasyon

36 BVerfGE 7, 198, 204 ff

37 BVerfGE 115, 118, 139

38 BVerfGE 109, 279, 309.

39 BVerfGE 75, 369, 380; BVerfGE 93, 266, 293; Dreier, GG Art. 1 Rn.132; Kloepfer, Festschrift 50 Jahre BVerfG II, 77, 96.

4.6. Demokratik işlev. Mahkeme; düşünce, basın ve toplanma özgürlüğünün yalnızca temel bireysel haklar olmayıp aynı zamanda demokrasinin vazgeçilmez koşullarından olduğunu daima vurgulamıştır.⁴⁰ Siyasi özgürlüklerin önemi, ekonomik ve kültürel özgürlüklerin öneminden büyüktür. Oy verme hakkı ve oyların eşitliği, katı bir şekilde yorumlanır.⁴¹ Almanya'nın halihazırda geçerli bir seçim kanununun bulunmamasının sebebi budur. Pek çok önemli davada Mahkeme, devletin yürütme organının "özgün" bir yetkisi olmadığına, ancak devletin her yetkisinin doğrudan demokratik meşrulaştırma organı ("meşrulaştırma zinciri") olarak parlamentodan kaynaklandığına hükmetmiştir.⁴² Hatta askeri kuvvetleri "parlamentonun ordusuna" dönüştürmüştür.⁴³

5. SONUÇ

Federal Anayasa Mahkemesi, 62 yıllık tarihinde Anayasa ile anayasa doktrini ve kuramının içeriğini yargı işlevinin çok ötesinde şekillendirmiştir. Mahkeme esasında ABD Yüksek Mahkemesi modeli doğrultusunda kurulmuş olmakla birlikte diğer pek çok ülkede başlı başına bir anayasa geliştirme paradigması olarak benimsenmiştir. Özetlemek gerekirse, Federal Anayasa Mahkemesi yalnızca anayasa kuramıyla değil, aynı zamanda Almanya ve hatta Avrupa'da anayasadan kaynaklanan her türlü yetkiyle karşılaştırılabilir durumdadır - Mahkeme, anayasa kuramını silip tekrar tekrar yazmaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, demokratik ülkelerde anayasa mahkemelerinin anayasa kuramının ve anayasallığın kalbi olarak görülebileceğine işaret etmektedir.

40 BVerfGE 7, 198, 204 ff

41 BVerfG, 25.07.2012, NVwZ 2012, 1101

42 BVerfGE 93, 37, 81

43 BVerfGE 121, 135, 153.

Prof. Dr. Arne Marjan MAVČIČ
*(European Law School- Faculty for Government and
European Studies- Slovenia)*

50th ANNIVERSARY OF THE SLOVENIAN CONSTITUTIONAL REVIEW

(This paper was prepared for the publication in honour of the President of the Turkish Constitutional Court Mr Haşim KILIÇ)

Abstract: The Slovenian model of the constitutional review is the standard Continental (European) model of concentrated constitutional review. It was introduced by the 1963 Constitution of Slovenia when it was a member state of the former Yugoslav federation, including the wide range of powers, furthermore the outstanding ex officio procedure and the constitutional complaint. Following the socialist doctrine, the then constitutional court was formed as “social body and a part of the then parliamentary system”. In practice, the former Constitutional Court mostly rejected individual suits on the basis of a lack of jurisdiction, and directed the plaintiff to proceedings before the ordinary Courts. Such situation also created a certain negative attitude in the Constitutional Court itself. The 1974 Constitution removed the jurisdiction of the Constitutional Court over individual constitutional rights and freedoms, and attributed the protection of these rights (only) to the ordinary Courts. From then on, the constitutional complaint no longer had any place in the then Slovenian legal system, until it was again reintroduced by the 1991 Constitution of the independent Slovenia. In addition to its stronger position within the scope of the national system, the most important novelty of the Constitutional Court in comparison with other respective systems of the New Democracies is its conspicuous cassatory function with reference to statute as well as the reintroduction of the constitutional complaint. During the transition and later on, the Constitutional Court has played a more important role based on its new extended powers. Paralelly, the number of cases before the Constitutional Court was on the increase year by year. Therefore the Court’s practice introduced much stronger interpretation of the applicant’s standing; additionally, the amended Constitutional Court Act of 2007 determined more rigorous the procedural barriers for the individual applicants to limit the individual access in favor to the Court’s capacity. However, it would be necessary to realize how the limitation of the individual access to the Constitutional Court could reduce the democratic character of the legal order.

1. General

The Slovenian model of the constitutional review is the standard Continental (European) model of concentrated constitutional review whereof the organizing structure and the powers have mainly been adopted from the German system of constitutional review, which is more modern than its predecessor, the Austrian system¹.

2. Slovenia as a Member State of the Former Yugoslav Federation - The Date and Context of the Establishment of the Constitutional Review – Adoption of Wide Range of Powers (1963-1974)

Before 1963 the system of the “protection of constitutionality and legality” included the review of the constitutionality and legality of rules by the appropriate Parliamentary body, under the Principle of Self-Review inside the parliamentary system. This review - in so far as it was practiced - was mainly oriented to conformity of the policy expressed in some rules, and less to legality in the literal meaning. As far as the latter is concerned, it was too tolerant and therefore inefficient. This was the reason for the search for a new solution to these problems.

Foreign experiences proved the same - it was a period of many new constitutional review systems. On these grounds it was generally believed that the evaluation of the constitutionality and legality of rules would favour special autonomous bodies, independent of the legislative and executive branches². In this period more and more countries introduced special bodies of constitutional review, especially Constitutional Courts, whereof the main task was to evaluate the conformity of legal rules with the Constitution as well as the abrogation and annulment of unconstitutional or illegal rules. In Yugoslavia, a special judicial body was established in 1963 “for the very task of safeguarding the constitutional order, thus placing Yugoslavia – as some –thing of an exception among the socialist states –in the very vanguard of constitutional judicature and judicial review in Europe³.

The *Constitution of the Socialist Republic of Slovenia* of 1963 (*Official Gazette SRS*, No. 10/63) envisaged the first Slovenian (the then Republican) Constitutional Court. This Constitution was adopted at that time when the “social needs for the deepening of the self-managing socialist democracy and additionally

1 Concerning models of constitutional and judicial review see www.concourts.net

2 See Krbek, Ivo, *Ustavno sudovanje*, Zagreb 1960, Izdavački zavod Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti.

3 Accetto, Matej, *On Law and politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia*, Review of Central and East European Law 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, p. 207.

for more efficient protection of constitutionality and legality” appeared. In the first place, previously the judicial review of legality of administrative acts was already introduced. However, the practice showed that the legislative and executive bodies (first of all for the objective reasons) were not able to review the constitutionality and legality of regulations enough efficiently and critically by themselves, because they were authors of such regulations at the same time. Similarly became evident in other countries as well. Therefore the then government decided that it would be better to introduce special, from the legislature and executive independent state bodies which would be empowered for the protection of the constitutionality and legality of regulations – likely from the establishment of the Austrian Constitutional Court onwards, more and more countries introduced such special constitutional courts⁴. The respective courts shall interfere with the “sphere of normgiver” by their decisions as “the third, neutral state bodies” which shall decide first of all on the basis of the constitutional reasons and through a special constitutional review procedure what means in the very heart of the matter the depolitisation of such disputes. In this way, as was stressed by the then commentators, the protection of legality risen to the higher level – the protection of constitutionality. The then Yugoslav constitutiongivers promote the constitutional courts (in contrast to the then existent foreign systems) with the accentuated *ex officio* power, however they connected the activities of constitutional courts with the basic constitutional principles (which were actually determined by the then Yugoslav constitutions of the federal state and the member states as well for the first time) at the same time⁵.

However, when the constitutional review was established with the *Constitutions* of 1963, the idea of having such a Court was heavily criticized as running contrary to the principle of the unity of powers⁶. In the same vein, the

4 Ustavnosodno varstvo v Sloveniji, Dopisna delavska univerza, Ljubljana September 1972, p. 5.

5 The then federal and republican constitutions of 1963 were (in contrast to the so far existing beliefs which understood the constitution as “more or less considered declaration, a certain common orientation, the long-term goal, ideal”) were welcomed as documents with the transitional role derived from their position of a “basic social order law which shall be respected by the highest legislative and administrative bodies as well”. To assure the aforementioned, the former Yugoslav federation introduced constitutional courts on the federal level and on the level of the member states as well (what was the only example among the then communist and/or socialist countries). However, such transformation did not work so smoothly. Some historical written records from that period testify that “some more time and practice was required that the constitutional review got a strong foothold to be able to realize an appropriate method of its work”.

6 On the other hand, the establishment of the constitutional court was largely accredited to the support of the then State president Josip Broz Tito, who held the review that disputes and controversies in the Yugoslav society should not be resolved politically but, rather, by means of “an objective and legal arbitration”. The Constitutional Commission itself responded to the then criticism with the argument that the Constitutional Court will “contribute to an effective protection of the constitutionality and legality of all acts, including the acts of the

then top political leaders stressed that the Constitutional Court was “ more a part of the parliamentary system than a traditional judicial institution”⁷.

The constitutional courts were formed as “social bodies and a part of the then parliamentary system”⁸. The constitutional judges are responsible for the estimation of the constitution, furthermore, the prevention from the violation of constitutional provisions falls within their competence not only in an individual case, but also in case of collective interest or in case of interest of any institution the state⁹. Accordingly, it was stated, that the concept of the constitutional review has reached its confirmation in the practice¹⁰. In the opinion of the then commentators, the practice had disproved any previous “theoretical and ideal hesitations which were based on the formalistic and rigid understanding of the marxist theory of the unity of powers. It was shown that the constitutional court’s autonomy does not interfere with the unity of socio-political and economic system but – in opposite – it fortifies such autonomy and it is not serving any self-sufficiency”¹¹. Even more, “the constitutional judiciary as a special autonomus body of the parliamentary system asserted itself as an unavoidable factor due to the luxuriant development of social organisms and their normative activities”. It is interesting that the then Slovenian commentators stated that just the republican constitutional court is an important factor in implementation of the republican constitutionality as well! ¹². Considering the then accentuated principle, it was in accordance with the constitution that the protection of constitutionality and legality was

Assembly”, thereby only reinforcing the principle of the unity of powers.

7 E.g. Edvard Kardelj in Accetto, Matej, *On Law and Politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia*, Review of Central and East European Law 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, p. 207-208.

8 The constitutional court was not established as a classic judicial body only, but more as a part of the parliamentary system and/or as - above all – an autonomous judicial institution (established by the parliament) working on the basis and within the scope of the constitution. In the opinion of the then political cream of society, the constitutional judiciary shall contribute to “the faster and more efficient elimination of unconstitutional and illegal events and negative tendencies, but at the same time the constitutional judiciary shall introduce more democratic methods and livelinesses in case of tackling such problems. If such function would be exercised by state bodies themselves, they would not only occupy themselves with a problem of legality, but they would by the nature of matters impose themselves as an interested political factor as well. In some cases that would lead to the direct limitation of the idea of the self-management”. The then actual policy emphasized that’s understood that the constitutional provisions are clearly formulated, but such provisions shall be called into being, they shall be implemented in the dayly pratice. There “were still many deviations present in the society” and it is a task of the constitutional judges to prevent from such deviations.

9 10 godina rada Ustavnog suda Jugoslavije, izd. Ustavni sud Jugoslavije, Beograd, oktobra 1973, p. 27.

10 Deset let dela Ustavnega sodišča Slovenije, Dopisna delavska univerza Ljubljana 1974, p. 23.

11 See also 10 godina rada Ustavnog suda Jugoslavije, izd. Ustavni sud Jugoslavije, Beograd, oktobra 1973, p. 16 and 33.

12 Deset let dela Ustavnega sodišča Slovenije, Dopisna delavska univerza Ljubljana 1974, p. 23.

a duty of all persons exercising public offices; so it was no possible to transfer such protection only to the constitutional court. In any event, this diluted duty of safeguarding legality and constitutionality was not reserved to the constitutional courts but fell on all social actors: the courts, the authorities of so-called "socio-political communities, the organizations of self-management and of local self-government and all those holding public office"¹³.

Under the 1963 *Constitution* the constitutional court was empowered for the abstract and concrete constitutional review of laws and other regulations, deciding in jurisdictional disputes and other disputes on rights and duties between the socio-political communities when such disputes did not fall within the competence of any other (ordinary) court, deciding on jurisdictional disputes between (ordinary) courts and other state bodies, deciding on disputes relating to the status of companies; and finally, the system introduced even the scheme of the constitutional complaint: deciding on the protection of the rights to the self-management and other fundamental rights and freedoms determined by the constitution when they were violated by an individual act issued by the state body and no other judicial protection was guaranteed by law. In spite of the last mentioned power, the constitutional court never took any decision in such procedure, because the official standpoint that the protection by other (ordinary) judicial bodies was guaranteed under the legislation in force¹⁴.

Considering the then system, the constitutional court was fundamentally not able to act as a "co-author" of the contents of any normative act¹⁵.

Under the *Federal Constitution* as well as under the later Member State *Constitutions of 1974* the power of Constitutional Courts was based on the separation jurisdiction between the Federation and the Member States and Autonomous Provinces; each of these Constitutional Courts acted with due

13 Acetto, Matej, On Law and Politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia, *Review of Central and East European Law* 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, p. 208.

14 Actually, the Constitutional Court Act specified the power of and the proceedings before the Constitutional Court; it determined that it should start functioning on 15 February 1964. The Assembly of the SRS elected the first President and eight judges to the Constitutional Court on 5 June 1963 (the *Resolution on their Election* was published in the *Official Gazette SRS*, No. 22/63). The President and the judges were sworn in before the President of the Assembly on 15 February 1964. The first Rules of Procedure of the Constitutional Court were adopted on 23 February 1965.

15 However, under the *Constitution of 1963*, the constitutional court declaring the conformity of a law or any other regulation with the constitution, was able (from the point of view of its implementation) to declare by its decision the appropriate meaning of such regulation which correspond the constitution or law. There were only a few such cases decided in the courts' practice, because the then constitutional courts exercised such power always in an accessory procedure and within the scope of the procedure for the review of constitutionality and legality.

institutional independence in compliance with the powers specified in the constitution of the appropriate level, whereby Constitutional Courts were in no hierarchical relation to one another and the Federal Constitutional Court was not an instance above other Constitutional Courts, nor was the Member State Constitutional Court an instance above Provincial Constitutional Courts. However, the then Federal Constitutional Court was empowered to decide on the jurisdictional disputes between Constitutional Courts of Member States and/or Autonomous Provinces¹⁶.

Accordingly, the Constitutional Courts were established and their powers were specified in compliance with the *Constitution*. In individual Member States and Autonomous Provinces their position and the respective proceedings were also specified in detail in *Constitutional Court Acts* or even in internal regulations that as a rule, regulated only organisation and internal operation. Individual Constitutional Courts had different numbers of members¹⁷.

This initial period was characterized by a small number of applications lodged with the Constitutional Court; the individual petitions prevailed. In spite of the rare ideas that the powers of Constitutional Courts should be extended, in particular to electoral cases, impeachment, constitutional review of referendum, preventive constitutional review of international treaties, or even to constitutional review of the then citizens' associations, officially the opinion was adopted that while the usefulness of the constitutional judiciary should be preserved in the legal system, yet without extension of its powers. The Constitutional Courts should limit themselves to the constitutionality and legality, whereas all other questions relating to the individual belong to the sphere of other bodies outside the Constitutional Courts¹⁸.

Under the then Slovenian regulation, the Constitutional Court was also

16 The proceedings before the Constitutional Courts followed the rules of procedure adopted by Constitutional Courts themselves, pursuing the idea that the proceedings before the Constitutional Court should omit formality and bureaucratic approach to the benefit of efficiency and promptness. Therefore, elements of traditional and contradictory judicial proceedings were omitted from the rules of procedure.

17 The constitutional judges were elected by the Parliaments, their term of office was eight years without possibility of re-election in the same Court. The President of the Constitutional Court was elected out of the judges for a shorter term of office, most often for a period of 4 years, without the possibility of re-election to the same office. The judges enjoyed the parliamentary immunity.

18 In practice such relations between Constitutional Courts were not easily established, which was also due to inadequate and inaccurate distinction between legislative powers of the Federation and the Member States and in particular, as then believed by the Slovenian Constitutional Court, due to not very reasonable specification of powers of the Federal Constitutional Court. The constitutional review in both Autonomous Provinces (Vojvodina, Kosovo), introduced in 1972, existed till 1991, when the jurisdiction of the Serbian Constitutional Court was spread over the whole territory of the Member State Republic of Serbia.

empowered to officially initiate proceedings at its own initiative¹⁹.

Unknown to other traditional contemporary systems of constitutional review was the so-called “monitoring of the phenomena important for the implementation of constitutionality and legality”. This function was justified by the need for such an active role of the Constitutional Court so that it was not a passive observer of the applicants’ petitions and proposals before the Constitutional Court. In fact, it was the specific task of the Constitutional Court in cases of omission by the Legislature (legal gaps). On discovering that the empowered body, in spite of its duty, had not issued a regulation on the implementation of the provisions of the Constitution, statute, or other rule, the Constitutional Court informed the Parliament (in the form of the so-called Letter to the Parliament). In the same way the Constitutional Court also informed the Parliament on the detrimental and negative consequences of a certain regulation, or on the incompleteness and ambiguity of a certain regulation (Art. 417, *Constitution 1974*, *Official Gazette SRS*, Nos. 6/74, 24/90 and 35/90).

This system of constitutional review was also characterized by the popular complaint (*actio popularis*), i.e. by everybody’s right to appear as a petitioner before the Constitutional Court, even if they had no proper standing (legal interest).

The Constitutional Court was further empowered to protect constitutional rights and freedoms. This power was the actual beginning of the constitutional complaint. Nevertheless, the Constitutional Court had jurisdiction over violations of rights by individual acts or by actions only in cases where no other judicial protection was secured by statute. With the introduction of the Constitutional Court by the *Constitution* of 1963, the then Slovenian Constitutional Court also acquired jurisdiction over the protection of basic rights and freedoms. It was empowered to decide on the protection of (at that time officially so called) self-government rights and other basic freedoms and rights determined by the then Federal and constituent republic *Constitutions* if these were violated by an individual act or deed by a State or municipal body or company if this were not guaranteed by other judicial protection by statute (Art. 228(3) of the *Constitution of the SRS* of 1963 and Arts. 36 to

19 The *ex officio* function was referred to as a broad and independent initiative of the Court requiring no qualification or the payment of any costs. It was regarded as considerably different from the contemporary foreign constitutional review systems and was based on the so called general social interest in constitutionality and legality. Sometimes the *ex officio* function was also manifested in the way that the Constitutional Court extended the petition lodged by a petitioner or proponent, whereby the Constitutional Court in fact performed this *ex officio* function on the basis of the prevailing petitions lodged by the citizens.

40 of the then *Constitutional Court Act*)²⁰. The decision of the Constitutional Court in such proceedings had a cassatory effect in the case of an established violation (an annulment or invalidation or amendment of an individual act, and the removal of possible consequences; or a prohibition on the continued performance of an activity). The jurisdiction of the Constitutional Court was, therefore, subsidiary. It was possible to initiate such proceedings only if, in a specific case, there was no judicial protection envisaged, or if all other legal remedies were exhausted²¹.

To extend powers of constitutional courts – what was proposed by several – to the constitutional review of individual acts of the administration and judiciary would be no possible in the then period already for a reason, that the then constitutional courts are supposed to be substantially charged by the review of more and more broader autonomus regulations and due to the rapid changing and often disharmonious and uncertain legal system²². The negatively arranged jurisdiction of the Constitutional Court (whenever other legal protection was not provided) resulted in the fact that its activities in this field showed no results, although this activity was initiated precisely because of a complaint for the protection of rights. However, the then system of the constitutional review guaranteed throughout, the individual the right of popular complaint - petition (*actio popularis*) without the appellant – petitioner having to demonstrate his/her own standing²³.

In relation to the Parliament, the then Constitutional Court used to stress the Principle of Self-Restraint, i.e. that the Constitutional Court was entitled to review the relations between the Constitution and the law and not to check the policy expressed by the statute. Accordingly, the Constitutional Court

20 The decision of the Constitutional Court in such proceedings had a cassatory effect in the case of an established violation (an annulment or invalidation or amendment of an individual act, and the removal of possible consequences; or a prohibition on the continued performance of an activity). The jurisdiction of the Constitutional Court was, therefore, subsidiary. It was possible to initiate such proceedings only if, in a specific case, there was no judicial protection envisaged, or if all other legal remedies were exhausted.

21 However, in practice the former Constitutional Court rejected such constitutional complaints on the basis of a lack of jurisdiction, and directed the plaintiff to proceedings before the ordinary Courts. Such situation also created a certain negative attitude in the Constitutional Court itself, since it knew in advance that it would reject such suits and thus carry out a never-ending task. The then Constitutional Court itself warned that in relation to individual acts, the most sensible solution would be for decisions to be transferred, as a whole, to the ordinary Courts.

22 Deset let dela Ustavnega sodišča Slovenije, Dopsna delavska univerza Ljubljana 1974, p. 55.

23 Therefore in the initial period of the activity of the Constitutional Court, following the *Constitution* of 1963, the protection of human rights and freedoms by the Constitutional Court made no intensive progress. Perhaps this was due to an insufficiently specific constitutional and legal basis, one that would provide the Constitutional Court with enough practical standards for its decision-making. The reason perhaps lay in the whole system, which was not in favour of the Constitutional Court protection of basic rights.

was limited to the question of the adequacy and material rationality of the solutions adopted in the respective provision.

On the grounds of the corresponding authorizing provision, there was a quite widespread practice of reconciling the disputed statutory provision with the author itself. The corresponding initiative was given by a special ruling taken by the Constitutional Court in the form of instructions to the author of the provision on how to reconcile, at this stage, the disputed provision (appellative decision) without the intervention of the Constitutional Court. Prior to the expiration of the respective term, the author was, however, threatened by the possible intervention of the Constitutional Court (indirect cassation) if they failed to act in compliance with its ruling (in the recent period after the *Constitution* of 1991, the direct possibility of intervention by the Constitutional Court increased and the Principle of Self-Restraint obeyed by the Constitutional Court was slightly reduced). The regulation also envisaged the interpretative function of the Constitutional Court in the sense of the identification of the rule, which was rarely implemented in practice, and even that was done as an accessory within the scope of the proceedings for the evaluation of constitutionality and legality.

In addition to the Federal Constitutional Court in charge of the protection of federal constitutionality, the Slovenian Constitutional Court as a Court of a Member State in charge of the protection of constituent republic constitutionality, did not represent a different instance in relation to the Federal Constitutional Court²⁴. In practice such relations between the Constitutional Courts were not easily established, which was also due to an inadequate and inaccurate distinction between the legislative branch of the Federation and the constituent republics and in particular, as then believed by the Slovenian Constitutional Court, due to the not very reasonable specification of the powers of the Federal Constitutional Court.

24 There was no hierarchical relationship between the federal Constitutional Court and its counterparts in the republics; rather, they were two parallel systems of constitutional review with comparative competences. This, of course, was also linked to the shift in the question of *Kompetenz-Kompetenz*: while the federation was initially able to “pre-empt” new substantive areas and transfer them within its own sphere of competence, it was no longer able to do so with the adoption of the 1974 *Constitution*. Of course, such a division of competences was not limited to the legislative branch: it was even more pronounced in the executive branch, where most of the federal acts had to be implemented via the authorities of the republics, but extended all the way to the ordinary judiciary. All judicial proceedings against individuals were to be concluded within a republic and an appeal to a federal court was only possible in the case of capital punishment – even fundamental rights, having been removed from the ambit of the constitutional review, were to be protected at the level of the republics. See Accetto, Matej, *On Law and Politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia*, review of *Central and East European Law* 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, p. 210.

3. Slovenia as a Member State of the Former Yugoslav Federation - Limitation of Petitions and Reduction of powers – 1974-1991

The *Constitution* of 1974 did not change many powers of the Slovenian Constitutional Court relating abstract review; more detailed provisions on powers and proceedings were defined in the *Proceedings Before the Constitutional Court of the Socialist Republic of Slovenia Act*; new *Rules of Procedure of the Constitutional Court* were also adopted. The *Constitution* of 1974 later introduced a political alternative by entrusting the Republic Executive Council (the Republic Government) with the task of ensuring the implementation of the Court's decisions whenever necessary (Art. 432, *Constitution* 1974)²⁵. However, the *Constitution* of 1974 removed the jurisdiction of the Constitutional Court over individual constitutional rights and freedoms, and attributed the protection of these rights (only) to the ordinary Courts²⁶. Accordingly, an individual may dispute all categories of (general) act by lodging a constitutional or popular complaint (*actio popularis*) if he/she is directly aggrieved²⁷.

The Slovenian Constitutional Court at that time, in principle, actually did not have the function of fully empowered constitutional review²⁸. It could not declare a statute unconstitutional directly. Furthermore, it was only indirect cassation, i.e. the statute became ineffective if the Legislature failed to reconcile the disputed statutory provision in the specified term, following the declaratory decision of the Constitutional Court. Such a construction nevertheless enabled the operation of the Constitutional Court as an independent institution within the parliamentary system, where the Parliament was the highest authority (the Principle of the Supreme Power of the Parliament). The Constitutional Court

25 Accetto, Matej, On Law and Politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia, review of Central and East European Law 32(2007), Martnus Nijhoff Publishers, p. 209.

26 From then on, the constitutional complaint no longer had any place in the system, until it was again reintroduced by the *Constitution* of 1991. This specific legal remedy thus remained combined with the previous system, i.e., with the possibility of lodging a popular complaint (*actio popularis*) (Art. 162(2) of the *Constitution* of 1991; Art. 24 of the *Constitutional Court Act* of 1994) with the Constitutional Court - despite the individual as petitioner having to demonstrate his/her legal interest (standing) - which in effect limits the procedural presumption.

27 MAVČIČ, Arne. The applicant before the constitutional court with a special reference to the individual application : comparative and Slovenian aspect. V: TAŞKIN, Ahmet (ur.). *AİHM ve Türkiye-II = ECtHR and Turkey-II : anayasa Şikâyeti ve AİHM = constitutional complaint and ECtHR : uluslararası sempozyum = international symposium*, 10 aralık, December 2010, Ankara, (Türkiye adalet akademisi yayınlari, no. 8). [Ankara: Türkiye adalet akademisi: = Turkish justice academy, 2010?], str. 125-167. http://www.yargitay.gov.tr/abroje/belge/sunum/conf3/Mavcic_Tr_BireyselBasvurununTemelOzellikleri.pdf. [COBISS.SI-ID 397823]

28 What is interesting, however, is that legal theory itself did not have a clear answer to the question of the proper role and functioning of the Yugoslav constitutional review. See Accetto, Matej, On Law and Politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia, Review of Central and East European Law 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, p. 212.

further could not directly influence the Legislature in the form of the so-called interpretative²⁹ or appellative decision, although it had the possibility to draw the Legislature's attention to individual deficiencies in its legislative activity in the form of special letters addressed to the Legislature³⁰. In fact, this was only an apparent example of a cassation Court, because the actual concentration of power still remained in the Parliament and the Constitutional Court was not empowered to abrogate the statute³¹. It is, however, necessary to stress the

29 The Slovenian Constitutional Court adopted the interpretative technique as early as in 1993. When it is no explicit legal basis for this purpose, however, this kind of decisions was introduced into the judicial review jurisprudence by the German Federal Constitutional Court in 1955 and in adopting it for the first time the Slovenian Court referred to the comparative argument as well. It is interesting to mention that the *Constitutional Court Act of Socialist Republic of Slovenia* in 1963 (*Official Gazette SRS*, No. 39/63) contained detailed provision enabling the Constitutional Court to issue interpretative decisions (Art. 29, *Constitutional Court Act* of 1963). The respective provision was structured in line with the main characteristics of the interpretative decisions as developed in the German jurisprudence. The Court at that time used this possibility in a few occasions, but was vigorously criticized by the then theory. The results of this technique were compared to the authentic interpretation of the statute: the operation constitutionally reserved exclusively to the legislator. In the *Constitution* of 1974 relevant provisions were omitted and until 1993 no interpretative decision was issued.

30 An indirect form of such power of the Constitutional Court was recognised by the *Constitution* of 1974 in Arts. 410 and 417. Nevertheless, in relation to the Legislature, the former system did not allow the abrogation of statutes or more severe forms of the relationship between the Constitutional Court and the legislature. Under Art. 410 of the *Constitution* of 1974 the Constitutional Court, however, had a certain "preventive function" of integrating current processes of coordination, complementing the further development of the legal system (along with consideration of the principle of the self-restraint of the Constitutional Court), hence the right and obligation to pursue the phenomena important for the implementation of constitutionality and legality, as well as to inform the Parliament of the situation and the problems in the respective domain and to provide it with the opinions and proposals for issuing, modifying or amending of statutes, as well as with other measures granting constitutionality and legality. It referred to the phenomena encountered by the Constitutional Court in the cases in which it had already adopted a specific decision, but thereby discovered that in practice the interpretation of the *Constitution*, the existing statutory regulations or the implementation of the *Constitution* or statute may involve certain ambiguities or gaps for which the statute or other legal measures should be modified or amended or replaced by an adequate measure. Under Art. 417 of the *Constitution* of 1974, this applied also to the cases when the Constitutional Court discovered that the competent body had not issued a rule for the implementation of provisions of the *Constitution*, statute or other rule, although it had been obliged to do so.

The appellative and the interpretative elements may be the contents of the same Constitutional Court's decision. For example: Decision No. U-I-78/93 of 18 October 1995, *Official Gazette RS*, No. 18/93.

31 Partly, this was the inevitable consequence of the doctrine of the unity of powers: members of the judicial branch – who would be perceived as trumping the popular sovereignty manifested in the federal parliamentary assembly – might quickly see their judicial and personal wings clipped. In addition, the complex programmatic nature of the 1974 *Constitution* – vying for the title of the world's longest and most detailed constitution – painted a constitutional picture in which all the major strikes seemed to have already been made by the drafters, with very few, if any, gaps left to be filled by reasoned constitutional review. See Accetto, Matej, *On Law and Politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia*, Review of Central and East European Law 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, p. 211.

presence of a certain tradition in the field of constitutional review. In Slovenia the continuous existence of institutional constitutional review goes back to the year 1963. This makes for an important difference in comparison with the systems of other new democracies.

4. Slovenia as an Independent State - Particularities of the Constitutional Review During the Transitional Period

In addition to its stronger position within the scope of the national system along with the power to decide constitutional complaints regarding violations of human rights, the most important novelty of the Slovenian Constitutional Court in comparison with other respective systems of the New Democracies is its conspicuous cassatory function with reference to statute. Under the 1991 *Constitution* the Constitutional Court may abrogate a statute (Art. 161, *Constitution*)³².

In the period after 1991, the Constitutional Court has played a more important role based on its new extended powers³³. In the sense of contemporary trends, the Slovenian Constitutional Court has assumed the role of a negative Legislature.³⁴ In this period of transition the Legislature is not always able to

32 The Slovenian Constitutional Court acquired the status of an independent institution carrying out the constitutional review in relation to the Legislature characterized by the explicit power to abrogate statutes adopted by the Legislature. The former function of the Constitutional Court before 1991; due to the Principle of the Unity of Powers and the Supremacy of the Parliament, focused on the assessment of the unconstitutionality of a statute, changed after 1991 into an active relationship not only involving the cassation of statute, but also guidance of the Legislature in its legislative activity. However, a concession by the Constitutional Court to the Legislature is still possible in that the Court may not abrogate a disputable statutory provision, but rather enables the Legislature to reconcile the disputable statutory regulation with the *Constitution* within a period of time, pursuant to the guidelines of the Constitutional Court in a specific decision (see Art. 48, *Constitutional Court Act*).

33 For example, there was an interesting opinion made by the Constitutional Court of the Republic of Slovenia on the performance of the office of judge in judicial proceedings involving the sentence-based violation of human rights such as representing negative reasons for the election of a judge (Decision No. U-I-83/94, 14 July 1994, *Official Gazette RS*, No. 48/94; DecCC III, 89).

34 The basic difference between the so-called intervention of the Constitutional Court into the field which belongs to the Legislature, and other forms of intervention by which the Constitutional Court would exceed its authorization to be sometimes transformed into a reserve Legislature, would be in fact that the Constitutional Court abrogating a statute only "takes away", but the Legislature may also amplify. On the other hand, the abrogation of statute by a Constitutional Court decision does not create law to a low degree in comparison with writing new legal provisions. It may depend on the context where the abrogated legal provision is situated, on the type of provision, but sometimes only on pure coincidence concerning which legislative technique was used by the Legislature, if the Constitutional Court really executes its supposed undisputable function of negative Legislature, or participates in the creation of a new provision. How much space will belong to the Legislature concerning the extraction of determined unconstitutionality and how much space has

follow developments nor to impose standards for all shades of the legal system and its institutions. This results in the so-called interpretative decisions³⁵ taken by the Court or the appellative decisions³⁶ or certain declaratory decisions that include certain instructions by the Constitutional Court to the Legislature on how to settle a certain question, or a specific issue (Art. 48, *Constitutional Court Act*). However, in compliance with the Principle of Judicial Self-Restraint, a clear limit has been imposed on the Slovenian Constitutional Court due to the fact that the Court has actively been creating the legal rule both negatively (e.g. by abrogation) and positively (e.g. by appellative, interpretative³⁷ and the declarative decisions), a function theoretically reserved for the Legislature. On the other hand there arises the question whether the Constitutional Court, in deciding on the existence or non-existence of a specific provision, actually creates the law, because it carries out a review of legislative activity. In any case, the Legislature cannot avoid the existence of constitutional case-law in its activity.

Being the guardian of the Constitution, the Constitutional Court stands next to the legislature. In a certain aspect we might address the superiority of the Constitutional Court in relation to the legislature, as the Constitutional Court (may) supervise the work of the legislature and prevent what is adopted by the legislature from becoming part of actual practice, and direct legal effects from being created. A broader perspective on the institutional position of the Constitutional Court points, however, to its (indirectly limited) inferiority as after all it is the legislative body, which in an extreme situation can amend the Constitution, such being the act that the Constitutional Court protects and which gives it power and the basis for its activities.³⁸

Decisions of the Constitutional Court are binding. Concerning their validity,

to be occupied by the Constitutional Court, may in cases of the highest degree partially depend also on the intensity of the activities of the Legislature (Testen, F., *Techniques of the Decision-Making Process of the Constitutional Court in the Abstract Constitutional Review*, Legal Journal (*Pravna praksa*), No. 1/99, p. 5).

- 35 It is exactly by "interpretation" as a decision-making technique that the Constitutional Court can enter the space which is otherwise reserved for the Legislature. This interpretation entails a technique which is used in Constitutional Court sentences describing the particular contents of a legal norm in an affirmative manner (Testen, F., *The Techniques of Constitutional Court Decision-Making Process in the Abstract Constitutional Review*, Legal Journal (*Pravna praksa*), No. 1/99, p. 5).
- 36 Appeal to the Legislature to reconcile the disputable statutory regulation with the *Constitution*.
- 37 e.g. decisions No. U-I-125/92 dated 4 March 1993, published *Official Gazette RS*, No. 13/93, DecCC II, 23; No. U-I-108/91 dated 13 July 1993, published *Official Gazette RS*, Nos. 28/91, 52/92 and 42/93, DecCC II, 67.
- 38 Problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, Questionnaire – The Constitutional Court of the Republic of Slovenia, (XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts), Vilnius, 2-7 June 2008 (http://www.lrkt.lt/Conference_R.html)

they have in practice “the character of a law”. Respect for Constitutional Court decisions is an indicator of the height and health of the legal culture of a particular society. Certainly the Constitutional Court may not take the role of the legislature, which would be inadmissible from the viewpoint of the separation of powers. The Constitutional Court rather appears as the negative legislature since by its decisions it annuls laws or usually their individual provisions, bearing in mind that such decisions have the force of law. In principle the Constitutional Court does not reach substantive positive decisions, does not determine the substance of laws, does not fill gaps in the law, but only remedies, or annuls the contents which are not in conformity with constitutional foundations and prevents unconstitutional provisions from creating legal consequences in the society.

However, the assertion that the Constitutional Court only decides what must be eliminated as unconstitutional from legal practice does not entail that thereby it in some manner does not indirectly determine the concrete substance of legal norms. The “positive legislative activity” of the Constitutional Court and its role as an active framer of substantive decisions nevertheless come to the fore regarding both supervising the constitutionality of statutes and their individual provisions and considering the general framework of the activities of the Constitutional Court.

5. Extension of powers – 1991 - The Position of the Constitutional Court After 1991 – A Wide Range of Powers

Art. 1(1) of the *Constitutional Court Act* determines the position of the Constitutional Court considering the principle of separation of powers to the legislative, executive and judicial power³⁹. Regarding the protection of constitutionality and legality as well as the protection of human rights and fundamental freedoms, the Constitutional Court has been acting as the highest body; such Court’s position has been determined by the principle of general binding effect of the Constitutional Court decisions (Art. 51(1), *Constitutional*

³⁹ The constitutional position of the current Constitutional Court as an independent and autonomous body exercising constitutional review is regulated in more detail by the *Constitutional Court Act*, which entered into force on 2 April 1994. The amendments to the *Constitutional Court Act* (Official Gazette RS, No. 51/07 – ZUstS-A) entered into force on 15 July 2007. Later on the next amendment followed: Official Gazette RS, No. 109/12 - ZUstS-B). The first official consolidated text of the *Constitutional Court Act* was published in the *Official Gazette of the Republic of Slovenia*, No. 64/07. In the period between the adoption of the *Constitution* of 1991 and the adoption of the *Constitutional Court Act* of 1994 (Official Gazette RS, No. 15/94) the Constitutional Court worked on the basis of the former *Procedure Before the Constitutional Court Act* (Official Gazette SRS, Nos. 39/74 and 28/76), considering provisions of the *Constitutional Act for the Implementation of the Constitution of the Republic of Slovenia* (Official Gazette RS, No. 33/91).

Court Act) and especially by the underlined principle of consideration of the Constitutional Court's decision by an ordinary court in the constitutional complaint procedure (the possible abrogation of the ordinary court's judgment by the Constitutional Court's decision – Art. 59 of the *Constitutional Court Act*, and additionally by the ordinary court's obligation to execute the Constitutional Court's decision – Art. 60(2) of the *Constitutional Court Act*)⁴⁰.

Standard-setting and respectively functional, the *Constitutional Court Act* comprised the top of the "greater" judicial power⁴¹. As already mentioned, the (highest) position of the Constitutional Court was determined by the *Constitutional Court Act*⁴².

Relating to the mentioned provision of the *Constitutional Court Act* (Art. 1(1)), also a question can be put, how to sanction the legislature and/or any other normgiver when they do not respectively respond to the decision taken by the Constitutional Court⁴³.

40 See also: Art. 112 of the *Courts Act*, *Official Gazette RS*, No. 23/05: When the final ordinary court's judgment or any other judicial decision was amended by the Constitutional Court's decision, issued upon the constitutional complaint, the court shall execute it in accordance with the Constitutional Court's decision.

41 The material basis of the real autonomy and independence of the Constitutional Court also depends on autonomy as regards management of the budgetary funds. Therefore statute declares that the funds for the work of the Constitutional Court are determined by the National Assembly following the proposal of the Constitutional Court, and constitute a part of the Republic of Slovenia Budget (Art. 8(1), *Constitutional Court Act*). The Constitutional Court is not dependent on the Government in proposing the budget, which otherwise proposes the State budget. The Constitutional Court decides on the use of the mentioned funds (Art. 8(2), *Constitutional Court Act*).

Control of the use of these funds is performed by the Court of Auditors (Art. 8(3), *Constitutional Court Act*), which is the body with the ultimate responsibility for auditing State finances, the State budget and monies expended for public purposes (Art. 150(1), *Constitution*).

42 However, beside the constitutional provision that the Supreme Court is the highest Court in the State (Art. 127(1), *Constitution*) within the scope of the ordinary judiciary (of course) the *Constitution* of 1991 extended the function of constitutional review of regulations, deciding of jurisdictional disputes and other powers which have been exercised by the former Constitutional Court(s) from 1963 onwards by some new powers, especially be the constitutional complaint and by the impeachment as well. By the constitutional complaint, the position of the Constitutional Court was upgraded to the highest judicial instance for the protection of human rights and fundamental freedoms. By Art. 1(1) of the *Constitutional Court Act* such position was only confirmed. That means that the Constitutional Court's decisions "control" also the jurisprudence of ordinary courts regarding the protection of human rights and fundamental freedoms. From the point of view of such general orientation and taking into account the constitutional concept of the separation of powers (Art. 3, *Constitution*) and respectively the special independent position of the Constitutional Court, such principles were explicitly settled by the introductory provisions of the *Constitutional Court Act*.

43 In general, such "sanction" may be only of a moral character. In case of some decisions which remained without any respond or in case when such respond was delayed, the Constitutional Court may appeal to the legislator (or any other author of any legal regulation) to fulfil its legal constitutional and/or legal obligation (in the Slovenian case, such appeals are called as "intensification of sanctions").

The Constitutional Court is the highest body empowered for the review of constitutionality and legality and for the protection of human rights. It is a negative legislature in particular in that by having the power to annul regulations it actually has the power to directly eliminate unconstitutional and unlawful regulations from the legal system. It appears as an indirect legislature, however, when it establishes the unconstitutionality and unlawfulness of individual regulations and their provisions and requires the competent bodies to remedy such incorrectness within a specified time-limit. In accordance with Art. 40(2) of the *Constitutional Court Act* (*Official Gazette RS*, Nos. 15/94, 51/07, 64/07 – official consolidated text, and 109/12), it also has the power to determine in its decision which body is to implement a decision and in what manner. This entails that in certain cases it may replace a statutory rule with its own legal rule, which could in a certain sense also mean that it acts as a positive legislature. However, the possibilities of such positive legislation are, in regulations that deal with the competencies of the Constitutional Court, restricted to the minimum extent possible, but they are nevertheless needed in order for the Constitutional Court to effectively perform its function.⁴⁴

Legal theory is aware of the fact that particularly due to the abstract character of constitutional provisions certain moderate activism by the Constitutional Court is necessary so that it can correctly perform its function.⁴⁵ In this sense it differentiates between allowed and unallowed activism.⁴⁶ Not every constitutional activism is also political activism.⁴⁷ In this sense theorists

44 The political and legal culture of any modern and democratic state governed by the rule of law, depends especially on the self-control and/or on the internal self-restraint of state bodies from all three branches of powers. Among others, such principle means an obligation for the parliament to respect decisions taken by the Constitutional Court consistently and correctly, exercising its normative role in accordance with the contents of the issued constitutional case-law; on the other hand, the Constitutional Court is requested to stay inside of its functional frames. However, the legal system, in its clear positivistic form, a little bit easier tolerates some periodic Constitutional Court's interferences in the sphere of the legislature; and in such manner it can play even the role of a positive legislator – than the legal system tolerates indirect interruptions of the legislature in the field of the constitutional judiciary especially by the disrespect and the unrealised decisions taken by the Constitutional Court. It seems that the negative consequences of the legislative self-will and arbitrariness are for the state governed by the rule of law (from the positivistic-legal point of view) heavier and worse than such consequences which may be caused by the Constitutional Court by its decisions, especially if such decisions are at least relatively founded and reasoned by series of professional illustrative arguments given by constitutional judges. It depends on the level of the political culture, the legal consciousness and the legal culture if the presented constitutional reflections will remain as a positivistic-extremistic speculation. See: Teršek, Andraž, *Ustavnopravna enigma* (1. del), *Pravna praksa*, Ljubljana, No. 425/99, p. 6.

45 P. Jambrek, *Ustavna demokracija* [Constitutional Democracy], *Državna založba Slovenije*, Ljubljana (1992), p. 341.

46 M. Novak, *Delitev oblasti: medigra prava in politike* [The Separation of Powers: an Interplay between Law and Politics], *Cankarjeva založba*, Ljubljana (2003), pp. 166–180.

47 M. Cerar, *(Ne)političnost ustavne sodstva* [The (Un-)Political Character of Constitutional

question Constitutional Court decisions also when the matter concerns unconstitutional gaps in the law. In connection with the above-mentioned provision of Art. 40(2) of the *Constitutional Court Act* (i.e. the determination of the manner of the implementation of a Constitutional Court decision), moderate activism would refer to the application of this provision in order to temporarily regulate a certain societal situation by a norm made by the Constitutional Court⁴⁸. The activism in such a case would, however, be considered as unallowed if the Constitutional Court permanently made such a statutory norm and prohibited the legislature from appropriately responding to such a decision⁴⁹.

Stemming from the principle that in relation to other state authorities the Constitutional Court is an autonomous and independent state authority, the Constitutional Court Act determines that funds for the work of the Constitutional Court are determined by the National Assembly of the Republic of Slovenia upon the proposal of the Constitutional Court, and that the Constitutional Court alone decides on the use of these funds. The *Constitutional Court Act* vested in the Constitutional Court the authority to regulate in more detail by its own acts its organisation and work, as well as the procedural rules determined by the *Constitutional Court Act*⁵⁰.

Judiciary]; in: M. Pavčnik, A. Mavčič (eds.), *Ustavno sodstvo* [Constitutional Judiciary], Cankarjeva založba, Ljubljana (2000), p. 370.

48 e.g. In the event of dealing with the temporary regulation of procedural rights of forcibly hospitalized mental patients – by determining an analogical application of appropriate provisions of the *Criminal Procedure Act* after an unconstitutional gap in the law was established – Decision No. U-I-60/03, dated 4/12-2003, *Official Gazette RS*, No. 131/03).

49 In 2011 one municipality were established even by the following Constitutional Court's decision:

The Constitutional Court of the Republic of Slovenia, Decision No. U-I-114/11 9 June 2011, *Official Gazette RS* No. 47/201: There shall be established the Commune of Ankaran that covers the settlement of Ankaran. The seat of the Commune of Ankaran is in Ankaran. The first Communal Council consists of thirteen members. One member of the first Communal Council is elected by the members of the Italian national community as their representative, on the basis of a special voting right. The territory of the settlement of Ankaran shall be excluded from the territory of the Municipality of Koper. The first elections into the Commune of Ankaran shall be carried out within the scope of regular local elections in 2014. In the Commune of Ankaran, the Italian national community and its members shall have all rights derived from international legal obligations of the Republic of Slovenia as well as all special rights stipulated in Art. 64 of the *Constitution*.

50 The *Rules of Procedure of the Constitutional Court*, which entered into force on 25 September 2007 (*Official Gazette RS*, Nos. 86/07, 54/10 and 56/11), regulate in more detail not only the organisation of work and the mode of operation of the Constitutional Court, but also the detailed procedural rules for matters falling within its jurisdiction. Additionally, the Court adopted the *Rules of Internal Organisation and Administration of the Constitutional Court* (*Official Gazette RS*, No. 93/03 and 56/11).

5.1 Powers

With the *Constitution* of 1991, the Slovenian system of constitutional review assumed almost all the standard powers⁵¹ of the Constitutional Court such as adopted by later systems following the European model⁵².

5.2 Judges

Slovenia adopted the so called election based systems - as a rule Parliaments exercise greater influence upon the election of constitutional court judges as compared to the election of judges of ordinary courts (e.g. Art. 163 (1), *Constitution*). The independent position of the Constitutional Court is further symbolized by the mode of appointment of the President of the Constitutional Court. Its independence is even greater if the President is appointed by his/her colleagues - constitutional court judges themselves (Art. 163 (3), *Constitution*).

51 Most powers of the Constitutional Court are explicitly determined by the *Constitution*. The *Constitution* determines that also other matters may be vested in the Constitutional Court by laws. In the past, the the constitutiongiver had a different relation to the regulation of the Slovenian Constitutional Court powers. Under the first constitutional regulation (the *Constitution* of 1963), the Constitutional Court was able to "attend some other duties as well which were in its jurisdiction under the law". The 1974 *Constitution* did not include such possibility and itemized - specified the Constitutional Court powers individually, however, any change or extension of powers would be possible only by the constitutional amendment and/or a constitutional change. The constitutional regulation in force reminds of the regulation of 1963 that the Constitutional Court could receive some other powers as well (Art. 160(1), *Constitution*); Art. 21(1)(13), *Constitutional Court Act*: for example, under Art. 5 and Art 21, *Referendum and Peoples Initiative Act*, (Official Gazette RS, No. 15/94 and amendments). Additionally, the Constitutional Court may decide on the request of the National Assembly for the review of constitutionality and legality of the request for call of referendum; under Arts 47.a and 90.c of the *Self Government Act*, (Official Gazette RS, No. 72/93 and amendments) the Constitutional Court decides on the "constitutional complaint" of the local self-government's body. Under Art. 50(3) of the *National Council Act* (Official Gazette RS, No. 44/92) the Constitutional Court decides on appeals against the decision of the National Council on confirmation of mandates of members of the National Council. Under Art. 23 of the *Election of Slovenian Members to the European Parliament Act* (Official Gazette RS, No. 98/02 and amendments) the Constitutional Court decides on the request against the decision of the National Assembly on the confirmation of the election of a deputy.

52 Jambreč, P., Prispevek k razpravi o načinih in tehnikah odločanja Ustavnega sodišča, *Pravna praksa*, No. 6/94, p. 2. Jambreč, P., Razvoj in izhodišča nove slovenske ustavnosti, *Nova ustavna ureditev Slovenije*, Zbornik razprav, Ljubljana, ČZP Uradni list RS, 1992, p. 7. Jerovšek, T., Zakon o Ustavnem sodišču, *Pravna praksa*, No. 5/94, p. 1. Jerovšek, T., Postopek pred Ustavnim sodiščem in pravne posledice njegovih odločitev, *Nova ustavna ureditev Slovenije*, Zbornik razprav, Ljubljana, ČZP Uradni list RS, 1992, p. 249. Kristan, I., Ustavno sodstvo, *Nova ustavna ureditev Slovenije*, Zbornik razprav, Ljubljana, ČZP Uradni list RS, 1992, p. 236. Kristan, I., Ustavno sodišče in parlament, *Zbornik znanstvenih razprav*, Ljubljana, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 1991. Krivic, M., Pravne posledice ustavnosodne razveljavitve in odprave predpisov, *Pravnik*, No. 910/92, p. 355. Rupnik, J., *Ustavnost, demokracija in politični sistem*, Maribor, Založba Obzorja, 1975. Šinkovec, J., Ustavno sodišče ob uveljavljanju ustavnosti in zakonitosti, *Podjetje in delo*, No. 56/93, p. 410. Šturm, L., Ustavno(sodna) presoja o pravni pravilnosti aktov državnih organov, *Zbornik znanstvenih razprav*, 1996, LVI, p. 261-283.

The Constitutional Court hears cases in camera or in public session (Art. 35(1), *Constitutional Court Act*). It has three three-member panels for the examination of constitutional complaints⁵³.

5.3 Forms of Constitutional Review

Beside the prevailing system of repressive constitutional review, the preventive constitutional review has been adopted by the Constitutional Court but only in the adoption process for international agreements. In this case the Slovenian Constitutional Court performs a consultative function, although its opinion is obligatory, which gives to such opinions the force of decision (Art. 160(2), *Constitution*; Art. 70, *Constitutional Court Act*).

As a rule, proceedings before the Constitutional Court require an “outside” petition, which means that the Constitutional Court cannot start constitutional review proceedings *ex officio*. This is characteristic for the majority of the modern constitutional review systems. Nevertheless, the *ex officio* proceedings have been partly preserved. The Constitutional Court, though, is not the primary initiator of proceedings, because the initiation of proceedings still depends on an outside petitioner. However, as soon as the application has been filed with the Constitutional Court, the latter is free to act with reference to its opinion on the integrity of the specific legal area, its involvement, and the reciprocal dependence of the respective legal measures⁵⁴.

A specific characteristic of the Slovenian regulation is the existence of the two forms of cassation: annulment (*ex tunc*) and abrogation (*ex nunc*) with the corresponding effect. Both forms of cassation are possible only with the review of constitutionality and legality of regulations or general acts issued for the exercise of public powers (Art. 45 of the *Constitutional Court Act*), whereas a statute can be abrogated either completely or partly (*ex nunc*) (Art.

⁵³ www.us-rs.si; Art. 10(2), Rules of Procedure

⁵⁴ According to Art. 30 of the *Constitutional Court Act*, when deciding on the constitutionality and legality of statutes or general acts, including those issued in view of exercising public powers, the Slovenian Constitutional Court is not *in merito* bound by the proposal in the request or petition. The Constitutional Court may also evaluate the constitutionality and legality of other provisions of this or some other general act whereof the constitutionality or legality have not been challenged, if such provisions are mutually related or if this is absolutely necessary to resolve the case. According to Art. 59(2) of the *Constitutional Court Act*, if the Constitutional Court in deciding a constitutional complaint, establishes that an individual act, thus retroactively abrogated, derived from an unconstitutional general act or general act issued for the exercise of public powers, it may abrogate such act with retroactive or prospective effect. When deciding a case relating to jurisdictional disputes, the Constitutional Court may issue a decision as to which body is empowered, and may also abrogate or annul, the general act, or the general act issued for the exercise of public powers, whereof unconstitutionality or illegality has been established (Art. 60(4), *Constitutional Court Act*).

43 of the *Constitutional Court Act*). The Act further specifies the measures for annulment (*ex tunc*) of unconstitutional and illegal regulations or general acts issued for the exercise of public powers: they are abrogated *ab initio* by the Constitutional Court if it determines that harmful consequences arising out of this unconstitutionality or illegality have to be eliminated; such abrogation shall be retroactive (Art. 45(2) of the *Constitutional Court Act*).

5.4 Separate Opinions

Dissenting/concurring opinions of constitutional judges are allowed. Before 1991, the federal, the republican constitutions and the constitutions of the Autonomus Provinces Vojvodina and Kosovo of 1974 provided that the constitutional court's member "shall have the right and duty" to give his/her separate opinion, to give written reasoning for such opinion and to (well) found it. The *Constitution of the Socialist Republic of Slovenia* of 1974 provided in Art. 420(2) that the Constitutional Court's member giving a separate opinion, has the right and duty to give such opinion in the written form and to present this opinion to the Court. Accordingly, the *Constitution* did not impose and obligation nor did not exclude any possibility to publish the separate opinion of the constitutional judge. The *Procedure Before the Constitutional Court SRS Act* (*Official Gazette SRS*, Nos 39/74 in 28/76) did not contain any provision on this issue. However, the *Constitutional Court SRS Act* (*Official Gazette SRS*, No. 39/63) which did not apply any longer by 8 January 1975, provided in Art. 67 that the Constitutional Court may decide to publish the separate opinion with the consent of judge who was its author. In accordance with the mentioned regulation of 1963, the separate opinion was published only once together with the publication of the decision taken by the Constitutional Court⁵⁵. In accordance with the then constitutional and legal regulation of the Republic of Slovenia, the request of the constitutional judges itself for publication of the separate opinion by the Constitutional Court did not bind the Court to publish the respective separate opinion together with the decision taken unanimously.⁵⁶ From 1974 to 1990 it was no case in the Slovenian practice that the constitutional judge who gave a separate opinion would neither request the publication of such opinion with the decision taken by the Constitutional Court nor that a separate opinion was published together with the anonymous decision itself.

The regulation in force says, that a judge who disagree a decision or with the reasoning of a decision may declare that he will write a separate opinion,

55 Decision No. U-I-31/69, *Official Gazette SRS*, No. 27/70.

56 The Statement taken by the Constitutional Court SRS of 24 November 1986.

which must be submitted within the period of time determined by the *Rules of Procedure of the Constitutional Court* (Art. 40(3), *Constitutional Court Act*)⁵⁷.

5.5 Applicants

Anyone (a natural person and/or a legal entity) who demonstrate legal interest may request the individual initiation of proceedings before the *Constitutional Court* (Art. 162(2), *Constitution*; Art. 24, *Constitutional Court Act*). Additionally, bodies, specified in Art. 23.a of the *Constitutional Court Act*, may request the abstract (National Assembly, one third of deputies, National Council, Government) or concrete constitutional review (Ombudsman, Information commissioner, Bank of Slovenia, Court of Audit, State attorney general, representative body of local community, representative association of local community, national representative trade union – in connection with the concrete case they are dealing with). These bodies do not need to demonstrate their legal interest for commencing constitutional review.

Concerning standing (legal interest) before the Constitutional Court, the Court issued many decisions confirming the Court's general restrictive method of treatment and acknowledgment of the mentioned procedural condition. However, a detailed overview of the constitutional case-law shows that the Constitutional Court did not always hold on consistently its earlier decision concerning legal interest. Some of such oscillations can be defined a unconsistence of the constitutional case-law, but other deviations may be results of special circumstances which justify a different treating of apparently similar cases⁵⁸.

From the definition of the legal interest which derives from Art. 24(2) of the *Constitutional Court Act* and from its concretization in practice as well, the following elements can be stressed: the interest shall be legal (an encroachment upon someone's rights, legal interests and/or legal position must arise), so only in such case we can speak about the legal interest; moreover, the interest shall belong to the petitioner itself, accordingly, we speak about his/her own and personal legal interest – the petitioner shall demonstrate his/her legal interest, consequently that the expected decision taken by the Constitutional Court

57 A Constitutional Court judge who does not agree with a decision adopted at a session of the Constitutional Court may submit a separate opinion, which may be either a dissenting opinion if he disagrees with the operative provisions or a concurring opinion if he disagrees with the statement of reasons. A separate opinion may be submitted by a group of judges, or a Constitutional Court judge may join the separate opinion of another Constitutional Court judge (Art. 71(1).

58 NERAD, Sebastian. *Pravni interes za ustavnosodno presojo zakonov in drugih predpisov*, *REVUIS-revija za evropsko ustavnost*, No. 4/2005, GV Založba Ljubljana, p. 42

would have influence on his/her legal position; and what is of the highest importance, the encroachment upon the petitioner's own and personal rights, legal interest and/or the legal position must be direct and concrete⁵⁹.

Regarding individual petitioners⁶⁰, the Constitutional Court examines at first, if the eventual decision in merito would may have any effect on the petitioner at all (Art. 24(1)(2), *Constitutional Court Act*). On the contrary, in rule state and other bodies disputing regulations before the Constitutional Court do not have to demonstrate any legal interest (Art. 23.a, *Constitutional Court Act*). However, state bodies and other similar bodies as applicants may not submit a request to initiate the procedure for the review of the constitutionality or legality of regulations and general acts issued for the exercise of public authority which they themselves adopted (Art. 23.a(2), *Constitutional Court Act*).

The stability of the constitutional case-law has been consequently accentuating the necessity of the restrictive interpretation of the legal interest, because of the basic role of the legal interest: to restrict the access to the Constitutional Court. Such restrictive aim has been in the own nature of the legal interest⁶¹. Bearing in mind the increasing overburdening of the Constitutional Court by (individual) petitions and paralelly by (individual) constitutional complaints, the restrictive interpretation of the legal interest could be founded. However, on the other hand, it is no permissible to prevent individual petitions (popular complaints) by such interpretation of the legal interest, that in a concrete situation nobody would be able to demonstrate it. It is an essential question where is the extreme point of such restrictive interpretation of the legal interest. Furthermore, it is a question, where is the extreme point of the gradual limitation of the access to the Constitutional

59 If at least one of the mentioned elements is not present, then the procedural presumption of the legal interest is not present in whole and the Constitutional Court would in principle reject such petition.

60 In proceedings before the Slovenian Constitutional Court each participant bears his own costs, unless the Court decides otherwise (Art. 34 (1), *Constitutional Court Act*). If a party fails to provide the necessary information for the Court due to unexcused absence, lack of preparedness or some other reason and, as a result, the hearing must be postponed, the Court may decide that the postponement of the hearing shall be at the expense of this party (Art. 34(2), *Constitutional Court Act*).

The Constitutional Court may punish a participant in proceedings or his authorised representative by a fine amounting from 100 to 2, 000 Euros if they abuse the rights enjoyed in accordance with this Act (Art. 34.a(1), *Constitutional Court Act*). Additionally, the Constitutional Court may punish the authorised representative of a participant in proceedings who is a lawyer by a fine referred to in the preceding paragraph if an application does not contain the essential components determined by law (Art. 34.a(2), *Constitutional Court Act*).

61 Therefore, the legal interest means a barrier due to which the petition can not be considered as a popular complaint (*actio popularis*) but as a quasi popular complaint.

Court⁶².

5.6 Ordinary Courts as Applicants – Decentralisation of Constitutional Review

5.6.1 Preliminary Issues - Plea of Unconstitutionality

The Constitutional Court provides concrete review of provisions when requested by the ordinary Courts if a question relating to constitutionality or legality arises during the proceedings they are conducting (Art. 156, *Constitution*, Art. 23, *Constitutional Court Act*)⁶³.

Since the Slovenian system is a system of concentrated constitutional review, the ordinary Courts cannot exercise constitutional review while deciding concrete (*incidenter*) proceedings. The ordinary Court must interrupt the proceedings and propose the review of the constitutionality of the statute before the Constitutional Court (Art. 156, *Constitution*, Art. 23, *Constitutional Court Act*). The ordinary Court may continue the proceedings only after the Constitutional Court has reviewed the constitutionality of the respective statute (hence the Slovenian regulation, too, adopted the principle that a statute can only be eliminated from the legal system by the Constitutional Court).

The parties before any ordinary court cannot affect such proceedings since the ordinary courts are obliged, as an official duty according to the Constitution, when they raise a question of the constitutionality of the regulations they are applying to stay the proceedings and refer the case to

62 NERAD, Sebastian. *Pravni interes za ustavnosodno presojo zakonov in drugih predpisov, REVUS-revija za evropsko ustavnost*, No. 4/2005, GV Založba Ljubljana, p. 42; See e.g. the Constitutional Court Ruling regarding the stricter interpretation of the legal interest in case of the abstract review (previously exhausted ordinary courts' protection and constitutional complaint) Nos. U-I-330/05, U-I-331/05, U-I-337/05 - 18-10-2007, *Official Gazette RS*, Not. 101/2007 and DecCC XVI, 79 (www.us-rs.si).

63 Additionally, the Constitution especially provides for the judicial review of the acts and decisions of all State administrative bodies (Art. 120 (3), *Constitution*). The Constitution determines as well that courts of competent jurisdiction are empowered to decide upon the legal validity of the decisions of State bodies, local government bodies and statutory authorities made in relation to administrative disputes and concerning the rights, obligations and legal entitlements of individuals or organizations (Art. 157, *Constitution*). This means that all final individual acts of administrative bodies (those which may not be charged by an appeal) are brought under judicial review. In cases where all legal remedies have been exhausted but the constitutional rights of an individual have allegedly been violated, it is possible to lodge a constitutional complaint before the Constitutional Court (Art. 160 (1) (6), *Constitution*, Arts. 50 to 60, *Constitutional Court Act*). This means that the constitutional review of general administrative acts may not be exercised by ordinary courts, but by the Constitutional Court, which may abrogate or annul unconstitutional or illegal general administrative acts (Art. 59 (1), *Constitutional Court Act*).

review by the Constitutional Court. It clearly follows from Art. 156 of the *Constitution* and Art. 23 of the *Constitutional Court Act* that the court (e.g. within civil proceedings) is not obliged to stay the proceedings and request the review of the constitutionality of statute when any of the parties to the proceedings requests so. Pursuant to the cited provisions of the *Constitution* and the *Constitutional Court Act*, it proceeds in such a manner only when it itself has doubts about the conformity with the Constitution of the statute it should apply⁶⁴.

5.6.2 Exception of Unconstitutionality

An interesting aspect of relations between the Constitutional Court and ordinary courts is established through the mentioned provision of Art. 156 of the *Constitution*, which reads: "In the event that a court, in deciding upon any matter, concludes that a statute which it must apply is unconstitutional, it must stay the proceeding and refer the issue of the constitutional validity of the statute to the Constitutional Court. The original proceeding in the court may only be continued after the Constitutional Court has handed down its decision." We shall hereafter call this proceeding a "concrete review".⁶⁵ This provision establishes relations between ordinary courts and the Constitutional Court in two aspects. To refer an issue of the constitutionality of the statute to the Constitutional Court, the ordinary court (*judex a quo*) has, first, to establish the meaning of the challenged (*suspicious*) provision, and, second, to substantiate its unconstitutionality. In both regards the ordinary court's motion is subject to revision by the Constitutional Court. Dealing in details with this subject would call for more time - let us, at this occasion, only mention that in several cases interpretation of the challenged provision made by the Constitutional Court differed from the one made by the referring court - which could suffice to remove the doubt about constitutionality and contribute to the solution of an individual dispute as well. It need not be mentioned that decisions in these procedures have the same *erga omnes* effects as any decision brought in the field of abstract review. The decision is published in the Official Gazette and its effects spread beyond the case that triggered the constitutional dispute. It is interesting that ordinary courts relatively infrequently use this possibility.⁶⁶

64 See ruling No. Up-70/96 of 22 May 1996, published on www.us-rs.si.

65 We find it necessary to mention that in Slovenian legal literature all procedures related to adjudication on the conformity of statutes (and regulations) are named *abstract review* (obviously because in these procedures *abstract acts* are checked) to be distinguished from constitutional complaint (which, on the other side, is never called *concrete review*, although the subject of scrutiny in these procedures are individual and, as a rule, concrete acts). A term *concrete review* is not used in Slovenian legal literature.

66 There is no clear answer as to what are the obligations of the ordinary court if a question of

5.7 The Nature and Effects of Decisions

The abstract review Court decisions have *erga omnes* effects, which means that they are binding on everybody regardless of their being parties to a particular constitutional controversy. Constitutional complaint decisions (Arts. 59 and 60, *Constitutional Court Act*) have, on the other hand, only *inter partes* effects, meaning that they are binding only on the parties of a constitutional dispute. However, they may have *erga omnes* effects provided that the requirements determined in Art. 59 (2) of the *Constitutional Court Act* are fulfilled (If the Constitutional Court establishes that an individual act so retroactively abrogated was based on an unconstitutional general act or general act issued by public authority, it may abrogate such act with retroactive or prospective effect by applying the provisions on the review of the constitutionality and legality of general acts).

Formally, decisions of the Constitutional Court are legally binding (Art. 1 (3), *Constitutional Court Act*)⁶⁷. In the practice, in some decisions the Constitutional Court declared the unconstitutionality of certain statutory provision(s) and, on the basis of Art. 48 of the *Constitutional Court Act*, determined a time limit for the legislature to eliminate the respective unconstitutional provision(s). In some cases the legislature responded to such decision, however not always before the respective time limit expired. There are some other cases which caused troubles when the time limit expired but the legislature had not fulfilled its obligation (in some cases even after many years). Concerning such situations, the Constitutional Court often declared that such omissions of the legislature signify actions against the principle of the Rule of Law (Art. 2, *Constitution*) and the principle of the separation of powers (Art. 3(2), *Constitution*). If the legislature does not respect a time-limit which the Constitutional Court determined on the basis of Art. 48 of the *Constitutional Court Act*, the Constitutional Court may in the event of the repeated review

unconstitutionality is raised by a party in a judicial procedure. Does the court have to give some formal *interim* answer or can it deal with the problem in the final decision. Do ordinary courts *at all* even in a negative form have the power to deal with constitutional issues? The question is of a small *practical* relevance, because any party may always challenge any statutory provision directly before the Constitutional Court - if only he or she demonstrates the provision to be applied in his or her case interferes with his or her rights, legal interest or legal position. An ordinary court would in such case stop, if not formally stay, the procedure until the final decision of the Constitutional Court. See e.g. the Constitutional Court Ruling regarding the stricter interpretation of the legal interest in case of the abstract review (previously exhausted ordinary courts' protection and constitutional complaint) Nos. U-I-330/05, U-I-331/05, U-I-337/05 - 18-10-2007, *Official Gazette RS*, No. 101/2007 and DecCC XVI, 79 (www.us-rs.si).

67 Furthermore, the Republic of Slovenia is constitutionally declared to be a State governed by the Rule of Law (Art. 2, *Constitution*), where the principle of the separation of legislative, executive and judicial powers has been established (Art. 3(2), *Constitution*) and where human rights and fundamental freedoms are respected as well (Art. 5(1), *Constitution*).

of such regulation establish that the legislature violates Arts. 2 and 3(2) of the *Constitution*. There is also a possibility of an “intensification of sanctions”⁶⁸.

68 The case in which the Constitutional Court in a repeated review intensified the sanction: The Constitutional Court decided by the Decision No. U-I-17/94, of 13/10-1994, *Official Gazette RS*, No. 74/94 and DecCC III, 113, that Art. 51 of the Compulsory Composition, Bankruptcy and Liquidation Act, which as a method of financial reorganisation of a company also determined the reduction of the number of employees employed with a debtor, is inconsistent with the Constitution because the legislature did not regulate the rights of employees whose employment is terminated on the basis of this provision with a special law in compliance with the second paragraph of Art. 8 of the same act. This decision required that the legislature adopt such a law within six months of its publication in the *Official Gazette RS*. In the reasoning of the decision it drew attention to the fact that the rights of redundant employees of insolvent companies must be regulated retroactively, from the day of the implementation of the *Compulsory Composition, Bankruptcy and Liquidation Act*. The time-limit for remedying the unconstitutionality expired on 31 May 1995.

The new petition of 28 June 1995 disputing the same legal provision alleged that the legislature did not respect the Constitutional Court decision. The applicant therefore again alleged the violation of the principle of a state governed by the rule of law (Art. 2 of the *Constitution*). In addition, he alleged that by not respecting the Constitutional Court decision the legislature undermined the authority of the Constitutional Court. He proposed that Art. 51 of the *Compulsory Composition, Bankruptcy, and Liquidation Act* be annulled.

Art. 161(3) of the *Constitution* determines that the legal consequences of Constitutional Court decisions be regulated by law. In addition, Art. 48(2) of the *Constitutional Court Act* determines that the legislature must remedy the established unconstitutionality within a period of time determined by the Constitutional Court. In the discussed case, the legislature did not respect the statutory provision based on the constitutional provision, although it is one of the fundamental rules of a state governed by the rule of law (Art. 2, *Constitution*) that legality must be respected first by the legislature itself.

Non respecting such obligation, the legislature thereby gravely violated the principle of a state governed by the rule of law, as well as the principle of the separation of power (Art. 3(2), *Constitution*).

Respecting the principle of the separation of powers, namely, entails not only that none of the branches of power interferes with the competencies of another branch, but also that none of them neglects activities which they are obliged to perform within their sphere of activities - especially when such an obligation has been imposed by a judicial decision. The Constitutional Court, in compliance with its constitutional function, is all the more obliged to draw attention to such, in view of the fact that the *Constitution*, understandably, does not envisage such violations of fundamental rules for exercising power in compliance with the principles of a state governed by the rule of law, and thus also no systemic measures against it.

The Constitutional Court, upon reviewing a new petition, decided that the disputed Art. 51 of the *Compulsory Composition, Bankruptcy and Liquidation Act* on the termination of employment as a measure for financial reorganisation cannot be applied until the statutory provisions on the special rights of employees enter into force, as determined in the second paragraph of Art. 8 of the same Act. Such decision was rendered on the basis of the *mutatis mutandis* interpretation of the first sentence of Art. 43 of the Constitutional Court Act by applying the interpretation *a maiori ad minus*: according to this provision the Constitutional Court may annul a law, it may, as this is a less grave interference than annulment, also suspend (temporarily excludes it from application) in cases – as in the present case – of endangered constitutional values that cannot be protected in a usual manner. In the present case, the Constitutional Court chose such exceptional manner of deciding because according to the constitutionally established unconstitutionality of a law, the legislature did not do anything to remedy the established unconstitutionality of a statutory regulation which interferes with important constitutional values (especially the principles of a state governed by the rule of law and a social state), and the annulment of a deficient statutory provision is not possible or does not make any sense. Also suspension of a disputable statutory provision

5.8 Rehearing

The rehearing of proceedings before the Constitutional Court is not allowed. The decisions of the Constitutional Court are binding (e.g. Art. 1 (3), *Constitutional Court Act*) and executable (Art. 40 (2), *Constitutional Court Act*). The rules concerning the proceedings before the Constitutional Court do not include any exceptional legal remedy against a Constitutional Court decision, which also includes any rehearing or, in general, repetition of proceedings concerning an already adjudicated constitutional dispute.

Properly speaking, the Constitutional Court is internally procedurally bound by the text of its decision and/or with the “irrevocability” of the decision⁶⁹. Such irrevocability means that the Constitutional Court may not abrogate or change a decision which has already been issued. “Any promulgated or issued decision is no longer in the disposition of the Constitutional Court”⁷⁰.

Consequently, the decisions of the Constitutional Court are indisputable for the parties. However, as an exception it is necessary to consider the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, which gives individuals the right to the so-called individual complaint against a national final (also Constitutional Court) decision.⁷¹ Because there is no (national) legal remedy against Constitutional Court decisions, they become formally final when issued.

5.9 The Publication of Constitutional Court Decisions

Decisions and certain resolutions (if the Constitutional Court so chooses) are published in the *Official State Gazette*, local official gazettes and/or official

will have certain negative consequences (temporary impossibility of the use of one of the methods of compulsory composition), however, respecting the principle of proportionality, the Constitutional Court nevertheless decided on it because in its judgement it is the mildest means by which it can be achieved that constitutional values are respected regarding the persons affected by the established unconstitutional statutory regulation, and at the same time respecting the principle of the separation of powers (Decision, No. U-I-114/95, of 7/12-1995, *Official Gazette RS*, No. 8/95 and DecCC IV, 20).

69 *Unwiderufflichkeit*, Jochen Abr. Frowein - Thilo Marauhn, *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und OstEuropa*, Cremer, *Die Wirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Springer, Band 130, 1998, p. 249.

70 Jochen Abr. Frowein, Thilo Marauhn, *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Springer, Band 130, 1998, p. 249.

71 The individual complaint under Art. 34 of the *Convention* is an extraordinary legal remedy similar to the constitutional complaint (Stackelberg, 87). The Court deals with the case only if all national legal remedies have already been exhausted in accordance with generally accepted principles of international law (Art. 35, *Convention*). Furthermore, the constitutional complaint before the Constitutional Court (if it is introduced in a particular national legal system), which is the sole subsidiary legal remedy, follows the exhaustion of legal remedies; this is confirmed also by permanent European constitutional case-law).

gazettes of territorial units and in the official journal in which the respective general act had been published (in Slovenian) (Art. 42, *Constitutional Court Act*; Arts. 69, 73 and 89, *Rules of Procedure*).

One day after the publication of decisions or on the expiry of the period specified by the Constitutional Court, abrogation decisions (*ex nunc*) come into effect (Art. 43, *Constitutional Court Act*). A general act abrogated (*ex nunc*) by the Constitutional Court does not apply to relationships that had arisen before the day such abrogation came into effect, if by that day such relationship had not been entered into (Art. 44, *Constitutional Court Act*).

Within three months from the day of the publication of the Constitutional Court decision, any affected person is entitled, based on a Constitutional Court decision, to request an amendment or retroactive abrogation (*ex tunc*) of an individual act or the elimination of detrimental consequences or even claim damages (Art. 46, *Constitutional Court Act*).

6. Limitation of Petitions in Favor of the Court's Capacity Around and After 2007: Reduction of Powers?

After adoption of the 1991 *Constitution* and the *Constitutional Court Act* of 1994, the number of cases before the Constitutional Court was on the increase year by year. Additionally, during this period the grounds of the constitutional review and basic standards of the human rights protection were established by the constitutional case-law. In the first part of the mentioned period individual petitions (popular complaints) prevailed, however, in the next part of the same period (after the regulation of the constitutional complaint by the *Constitutititutional Court Act* of 1994) the constitutional complaints absolutely prevailed. Consequently, procedures before the Constitutional Court were extended over the reasonable time which has been requested by Art. 23(1) of the *Constitution*⁷². The respect of the mentioned human right and the assurance

72 The number of unresolved cases and delays indicates that most Slovenian courts are overloaded. It is worth mentioning that the two thirds of appeals filed to the European Court for Human Rights refer to the violation of the right to the trial in the reasonable time.

Furthermore, the Constitutional Court decided on the constitutionality of the *Administrative Dispute Act* (CC (Constitutional Court), No.U-I-65/05, 22 September 2005, *Official Gazette* 2005, nr. 92). The Constitutional Court discussed the issue if the affected persons have an efficient judicial protection of their right to the trial in the reasonable time (based on Article 23 (1) of the *Constitution*) in the situation of already terminated proceedings where this right was presumably violated. The Constitutional Court decided that the *Administrative Dispute Act* is not in conformity with the Constitution.

Under the so far existing Constitutional Court's statement, taking into account the legislation in force, the affected person may file an appeal for compensation (based on Art. 26 of the *Constitution*) whenever the proceedings was finally terminated if the person's right to the trial in the reasonable time was presumably violated. It means that such appeal should be judged by the ordinary court in the civil proceedings applying general rules of the

of the quality of the constitutional review were presented by the authors of the amendments of the *Constitutional Court Act* of 2007 (*Official Gazette RS*, No. 64/07) as the principal reasons for draft law.

Following some theoretical standpoints and expectations, the Constitution of 1991 already purposely introduced the legal interest as a condition (review measure) for the filing of the individual petition (a popular complaint, abstract review) (Art. 162(2), Constitution). Later, the Constitutional Court Act of 1994 (*Official Gazette*, No. 15/94) continued by some more detailed starting point, that a direct encroachment upon the rights and/or the legal position of the petitioner must be demonstrated (Art. 24 Constitutional Court Act). However, the amendments of the Constitutional Court Act of 2007 determined more rigorous and precisely the elements of the expected demonstration of the legal interest especially in cases when the constitutional review of a by-law was requested. The previous decisions taken by the Constitutional Court in such cases concerned mainly individual examples⁷³ when the prior protection

compensation law established by the *Code of Obligation*. On these grounds, the competent court may award to the affected person only a compensation for the pecuniary and non-pecuniary damage, provided that the conditions for the liability for damages are fulfilled. Irrespective of the above position, the Constitutional Court decided that - taking into account the case law of the European Court for Human Rights - it is necessary (in the spirit of the *European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) to interpret Art. 15 (4) of the *Constitution of the Republic of Slovenia*, that guarantees the judicial protection of human rights and the right to eliminate consequences of their violation, in the way that this provision provides for the request to ensure (Within the scope of the judicial protection of the right to the trial in the reasonable time) the possibility of enforcement of equitable compensation even when the violation over. Accordingly, the criteria established by the European Court for Human Rights shall be applied for evaluation if the reasonable duration of the trial was exceeded.

Because the *Administrative Dispute Act*, referring to Arti. 157 (2) of the Constitution and providing for the judicial protection of the right to the trial in the reasonable time, does not contain any special provisions, adapted to the nature of the discussed right that would also provide for the claiming of a just compensation if the violation of the discussed right is over, the Constitutional Court decided that the Act is not in conformity with Art. 15 (4) of the *Constitution* (in connection with Art. 23 (1) of the *Constitution*).

The Constitutional Court decided only on the issue if the legislation in force provides for the efficient judicial protection of the right to the trial in the reasonable time if the violation is over. However, the Court calls the attention that - in reference to the case-law of the European Court for Human Rights - the reasonable question is also raised about the efficiency of the judicial protection of the discussed right if the proceeding is still in course. As the Constitutional Court stated, in the process of adoption of future legal regulation that will eliminate the unconstitutional provisions declared by the Court's decision, there is also necessary to provide for the appropriate protection of the discussed right if the proceedings is still in course. Additionally, it is necessary to harmonize these issues with the standards adopted by the European Court for Human Rights. Moreover, the basic concern of the State and/or of the all three branches of power is to provide for the efficient enforcement of the judiciary function.

73 See e.g. the Constitutional Court Ruling regarding the stricter interpretation of the legal interest in case of the abstract review (previously exhausted ordinary courts' protection and constitutional complaint) Nos. U-I-330/05, U-I-331/05, U-I-337/05 - 18-10-2007, *Official Gazette RS*, No. 101/2007 and DecCC XVI, 79 (www.us-rs.si).

of the rights and legal interests could be asserted in the (earlier) individual procedures before ordinary courts⁷⁴. Only if such protection could not be asserted, the procedure before the Constitutional Court might be relevant⁷⁵.

7. Constitutionalisation and Judicialisation of the Political and Judicial Decision-Making⁷⁶

It has been more and more accentuated that the technics of the constitutional review shall become an important method of argumentation and decision-making of all courts what is a logic (normative) consequence of a direct effect of the constitutional provisions regarding human rights and fundamental freedoms. Assuming the method of constitutional review by ordinary courts and the necessity of inclusion of considered deliberations about the possible constitutional review of laws drafted by the legislature, are the central point of the so-called process of judicialisation.

If in the national legal system the abstract constitutional review exists, the judicialisation (which is of direct character, from this point of view) will be greater. Beside the concrete constitutional review, the judicialisation is indirect, however it is simultaneously longer and politically less conflict. The Slovenian Constitutional Court is a powerful court, currently still with all three forms of the constitutional review (the abstract, the concrete review and the constitutional complaint proceedings), therefore a major constitutionalisation and judicialisation of the political and judicial decision-making would be logical.

Into the constitutional discourse as an element of the political process, all subjects within the sphere of the public political process should be included: the parliament, the government, courts, the constitutional court, legal experts and the interested public⁷⁷. (Only) a such discourse would open the

74 Accordingly, in the sixtieth of the last century the same statements were affirmed: the protection of the constitutionality and legality should not be conferred only on the constitutional judiciary? Before 1991 in its practice, the Constitutional Court rejected especially individual suits and directed the applicants to proceedings before ordinary courts. The jurisdiction of the Constitutional Court relating to the protection of fundamental rights upon the individual applications as well as relating to the review of constitutionality and legality of by-laws (especially in the field of urbanism) was repeatedly presented as a redundant burdening of the Constitutional Court even in the past (see Deset let dela Ustavnega sodišča Slovenije, *Dopisna delavska univerza Ljubljana* 1974, p. 55).

75 By such means, the constitutional review procedure has been acquiring a nature of a "real" subsidiary protection by the constitutional judiciary?

76 TERŠEK, Andraž. Za reformo ustavnosodne politike, *Pravna praksa*, No. 5/2007, GV Založba Ljubljana, p. 22.

77 It is interesting that similar standpoints were accentuated by treatises on the constitutional review from its early days, e.g. in the sixties of the last century: In any event, this diluted duty of safeguarding legality and constitutionality was not reserved to the constitutional courts but fell on all social actors: the courts, the authorities of so-called "socio-political com-

door to taking the best possible, genuine political wise and constitutional correct decisions. The constitutional dialog between the constitutional judiciary, ordinary judiciary and politics (the legislative) should be the most important mechanism for the defence of the supremacy of the constitution, the achievement of justice as well as for the protection of human rights and fundamental freedoms. Accordingly, from the point of view of the constitutionalisation and constitutional policy it is necessary to reinforce the dialog especially between the Constitutional court and ordinary courts as well as a direct pressure on the ordinary judiciary in case of implementation of constitutional provisions in the process of decision-making of ordinary courts (the so-called "vertical constitutionalisation and judicialisation").

Still more, some standpoints say that it would be constitutional admissible even a consideration of a legitimate authorization of the Constitutional Court - following an example of the European Court for Human Rights⁷⁸ - (although on its own initiative) to "afford just satisfaction to the injured party".

Accordingly, there is no possible to inforce changes of the legal regulation of the constitutional judiciary and its disburdening without any changes in the direction of (the vertical) constitutionalisation of the legal system and the development of constitutionality. Therefore it is necessary to change the traditional manner of thinking concerning the role and importance of case-law, concerning the precedens and/or the stabile case-law; additionally, it is necessary to change the understanding of the constitutional provision concerning "binding of judges by the constitution and laws" (Art. 125, Constitution).

However, several Slovenian therorists warn that the (as free as possible) access of individuals to the Constitutional Court is not meant only for the human rights protection, but it is an important assistance to the real constitutionality of a legal order. Therefore those theorists accentuate the connection between the individual access to the Constitutuonal Court and the respect of the principle of rule of law ⁷⁹.

The mentioned change of the Constitutional Court Act in 2007 rigorously

munities, the organizations of self-management and of local self-government and all those holding public office" (Acetto, Matej, *On Law and Politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia*, *Review of Central and East European Law* 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, p. 208).

78 (European) Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms – Art. 41. Just satisfaction: If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.

79 KRISTAN, Andrej, *Tri razsežnosti pravne države*, *Slabitev pravne države z omejevanjem dostopa do ustavnega sodišča*, *revus* (2009) 9, p. 65–89

limited the access of individuals to the Constitutional Court. The adopted changes introduced more strict criteria as though such additional limitations are a stringent necessity especially from the point of view of the right to a trial without undue delay (e.g. Art. 23(1), Constitution). Accordingly, the previous broad individual access to the Constitutional Court was deemed as a not very necessary; in any case, the human rights and fundamental freedoms protection has been provided by several (ordinar) court(s) during the earlier stages of procedure. Therefore, as the speakers in favour of the Constitutional Court Act changes of 2007 affirm, the limited access would be not to much disadvantageous. However, there are other Slovenian theorists who affirm that the absence of observation of all welcome effects of the ("full") access to the Constitutional Court on the other hand obviously illustrates the interpretation that the state bodies alone are of the greatest significance. Additionally, the serviceability of the state bodies (which are actually paid to be in service of people) has been repeatedly ignored⁸⁰. Furthermore, it is namely lost in obscurity, that the state bodies are "only tools". The state governed by the rule of law shall strengthen also the harmony and greater exactness of legal rules which shall be in service of people, united in the society. Therefore such proposals and warnings⁸¹ must not be overlooked that we shall move the focus of scare of the legal theory to the individual. Just a broad individual access to the constitutional review contributes to the protection of human rights and fundamental freedoms, accelerates the democratisation of any legal order and promotes the state governed by the rule of law at the same time⁸². Therefore, it would be necessary to realize how the limitation of the individual access to the Constitutional Court could reduce the democratic character of the legal order. The principle of the rule of law shall be not promoted by the understanding of the individual access in a such way that could be easily sacrificed (or replaced)⁸³.

80 MAVČIČ, Arne. The applicant before the constitutional court with a special reference to the individual application : comparative and Slovenian aspect. V: TAŞKIN, Ahmet (ur.). AİHM ve Türkiye-II = ECtHR and Turkey-II : anayasa Şikâyeti ve AİHM = constitutional complaint and ECtHR : uluslararası sempozyum = international symposium, 10 aralık, December 2010, Ankara, (Türkiye adalet akademisi yayinlari, no. 8). [Ankara: Türkiye adalet akademisi: = Turkish justice academy, 2010?], str. 125-167.

81 KRISTAN, Andrej, Tri razsežnosti pravne države, Slabitev pravne države z omejevanjem dostopa do ustavnega sodišča, revus (2009) 9, p. 65-89

82 Additionally, it is a matter of a democratic supervision over the commanding state bodies and the exclusion of contradictions from the legal order and by this means its gradual improvement (bringing in the accordance with the constitution) as well. Accordingly, a broader individual access to the Constitutional Court stimulates the democratisation of the legal order which citizens have an opportunity to initiate a direct and immediate control over the legislative, executive and judicial state power. In some cases such controle would certainly contradict the major will, however just such kind of tension is surely a basic element of the constitutional democracy. Furthermore, anyone's right to initiate the supervision is undoubtedly one of the basic elements of authority.

83 KRISTAN, Andrej, Tri razsežnosti pravne države, Slabitev pravne države z omejevanjem

8. References

ACCETTO, Matej, On Law and politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia, *Review of Central and East European Law* 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, p.191-231

CONSTITUTION of the Republic of Slovenia, Official Translation (Cerar Miro, Grad Franc, Mavčič Arne, Šinkovec Borut, Lidija Šega, Barlič Nina, Metcalfe Roger, De Vos Dean, *Uradni list Republike Slovenije*, Ljubljana 2001

DESET let dela Ustavnega sodišča Slovenije, izd. Ustavno sodišče Slovenije, Založba Dopisna delavska univerza, Ljubljana 1974, p. 23

HARUTYUNYAN, Gagik, MAVČIČ, Arne. Constitutional review and its development in the modern world : a comparative constitutional analysis. Ljubljana; Yerevan: Hayagitak, 1999. p. 444, graf. [COBISS.SI-ID 105830144]

JAMBREK, Peter. Prispevek k razpravi o načinih in tehnikah odločanja Ustavnega sodišča, *Pravna praksa*, No. 6/94, p. 2

JAMBREK, Peter. Razvoj in izhodišča nove slovenske ustavnosti, *Nova ustavna ureditev Slovenije*, Zbornik razprav, Ljubljana, ČZP Uradni list RS, 1992, p. 7

JAMBREK, Peter, *Ustavna demokracija*, Državna založba Slovenije Ljubljana 1992, p. 338-339.

JEROVŠEK, T. Postopek pred Ustavnim sodiščem in pravne posledice njegovih odločitev, *Nova ustavna ureditev Slovenije*, Zbornik razprav, Ljubljana, ČZP Uradni list RS, 1992, p. 249

JEROVŠEK, Tone. Zakon o Ustavnem sodišču, *Pravna praksa*, No. 5/94, p.1

KRBEC, Ivo, *Ustavno sudovanje*, Zagreb 1960, Izdavački zavod Jugoslavenske akademije znanosti I umjetnosti

KRIVIC, Matevž. Pravne posledice ustavnosodne razveljavitve in odprave predpisov, *Pravnik*, No. 9 10/92, p. 355

KRISTAN, Andrej, Tri razsežnosti pravne države, Slabitev pravne države z omejevanjem dostopa do ustavnega sodišča, *revus* (2009) 9, p. 65–89

KRISTAN, Ivan. Ustavno sodstvo, *Nova ustavna ureditev Slovenije*, Zbornik razprav, Ljubljana, ČZP Uradni list RS, 1992, p. 236

KRISTAN, IVAN. Ustavno sodišče in parlament, Zbornik znanstvenih razprav, Ljubljana, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 1991

dostopa do ustavnega sodišča, *revus* (2009) 9, p. 65–89. See also MAVČIČ, Arne, *The constitutional review*. The Netherlands: BookWorld Publications, cop. 2001. p. 74-75.

MAVČIČ, Arne. Slovenia. V: BLACKBURN, Robert (ur.), POLAKIEWICZ, Jörg (ur.). *Fundamental rights in Europe : the European Convention on Human Rights and its member states, 1950-2000*. New York: Oxford University Press, 2001, str. 781-808. [COBISS.SI-ID 154111]

MAVČIČ, Arne. Konstitucionnaja žalova v Slovenii : vystuplenie zavedujuščego otdela meždunarodnyh svjazej Konstitucionnogo suda Respubliki Slovenija Arne Mavčiča. *Azərbaycan Respublikası Konstitusiyası Məhkəməsinin məlumatı*, 2004, 1, p. 97-99. [COBISS.SI-ID 239103]

MAVČIČ, Arne. Konstitucionnyj kontrol v Respublike Slovenija. *Evropejskie pravovye kul'tury*, 2002, 1, No. 1, p. 441-463. [COBISS.SI-ID 197887]

MAVČIČ, Arne. La aceptación de un moderno sistema de protección de derechos humanos por la justicia constitucional en Eslovenia. *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, 2007, No. 7, p. 181-197. [COBISS.SI-ID 305663]

MAVČIČ, Arne. Slovenian constitutional review : its position in the world and its role in the transition to a new democratic system. Ljubljana: Nova revija, 1995. p. 235, [18] p. appendix. ISBN 961-6017-25-X. [COBISS.SI-ID 55585280]

MAVČIČ, Arne. Sloveniya Respublikası konstitusiyası məhkəməsinin analitik və beynəlxalq amakdaşlıq idarəsinin rəhbəri. *Azərbaycan Respublikası Konstitusiyası Məhkəməsinin məlumatı*, 2003, 1, p. 97-106. [COBISS.SI-ID 190207]

MAVČIČ, Arne. Sloveniyada konstitusiza şikayati : Sloveniya Respublikasının konstitusiyası məhkəməsində beynəlxalq aləqələr şöbəsinin müdiri Arne Mavčičin çıxış. *Azərbaycan Respublikası Konstitusiyası Məhkəməsinin məlumatı*, 2004, 1, p. 69-71. [COBISS.SI-ID 239359]

MAVČIČ, Arne. The adoption of the new of first constitutions in the countries in transition : the Slovenian example. *Pravni život*, 2002, 472, 51, 12, p. 1013-1036. [COBISS.SI-ID 513402488]

MAVČIČ, Arne. *The Constitutional Law of Slovenia* (International Encyclopaedia of Laws), The Hague, London, Boston, 1998.

MAVČIČ, Arne. *The constitutional review*. The Netherlands: BookWorld Publications, cop. 2001. p. 240, ilustr., zvd. ISBN 90-75228-18-X. [COBISS.SI-ID 152063]

MAVČIČ, Arne. *The Protection of Fundamental Rights by the Constitutional Court and the Practice of the Constitutional Court of the Republic of*

Slovenia, The Protection of Fundamental Rights by the Constitutional Courts. Proceedings of the UniDem Seminar, Brioni/Croatia, on 23-25 September 1995, European Commission for Democracy through Law, Collection Science and Technique of Democracy, No. 15, Council of Europe Publishing, 1996, p. 204-231

MAVČIČ, Arne. The Republic of Slovenia. V: KORTMANN, C. A. J. M. (ur.), FLEUREN, J. W. A. (ur.), VOERMANS, Wim (ur.), KINDLOVÁ, Miluše. Constitutional law of 10 EU member states : the 2004 enlargement. Deventer: Kluwer, 2006, p. X/1-X/60. [COBISS.SI-ID 300287], the second edition, 2014

MAVČIČ, Arne, The Slovenian Constitutional Review, MV d.o.o., Postojna, 125. p., www.concourts.net

MAVČIČ, Arne, Justicia constitucional en Eslovenia, Porrúa-IMDPC, Mexico City, 2011, 266 p. ISBN 978-607-09-0682-4

MAVČIČ, Arne, LETNAR ČERNIČ, Jernej, ZAGORIČNIK MARINIČ, Petra, MATIJAŠEVIČ, Nina, BOHINC, Erazem, ALEN, André (ur.), HALJAN, David (ur.). Slovenia, (Constitutional Law, 100). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, cop. 2012. 378 str. ISBN 978-90-654-4944-3. [COBISS.SI-ID 71986177]

MAVČIČ, Arne. Undsën huulijn hjanalt. Ulaanbaatar hot: Mongol Ulsyn Undsën, cop. 2014. 220 str., ilustr., zvd. ISBN 978-99962-68-19-9. [COBISS.SI-ID 78784257]

MAVČIČ, Arne. The Slovenian Constitutional Court and its activities during the period of transition. *Revue de justice constitutionnelle Est-Européenne*, 2001, 2, p. 229-251. [COBISS.SI-ID 155391]

MAVČIČ, Arne. The Slovenian constitutional review : an exception among systems and experiences in the new democracies. *Journal Constitutional Law Eastern Central Europe*, 1997, vol. 4, No. 2, p. 169-214. [COBISS.SI-ID 74751]

MAVČIČ, Arne. The specialities of Slovenian constitutional review as compared with the current systems of such review in the new democracies. V: DE VERGOTTINI, Giuseppe (ur.). *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei paesi dell'Europa centro-orientale*, (CISR, 21). Torino: G. Giappichelli, cop. 2001, p. 161-188. [COBISS.SI-ID 97791]

MAVČIČ, Arne. The applicant before the constitutional court with a special reference to the individual application : comparative and Slovenian aspect. V: TAŞKIN, Ahmet (ur.). *AİHM ve Türkiye-II = ECtHR and Turkey-II : anayasa şikâyeti ve AİHM = constitutional complaint and ECtHR : uluslararası sempozyum = international symposium*, 10 aralık, December 2010, Ankara,

Haşim Kılıç'a Armağan

(Türkiye adalet akademisi yayinlari, no. 8). [Ankara: Türkiye adalet akademisi: = Turkish justice academy, 2010?], str. 125-167.

http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/conf3/Mavcic_Tr_BireyselBasvurununTemelOzellikleri.pdf. [COBISS.SI-ID 397823]

MAVČIČ, Arne. Dostop posameznika do sodne presoje ustavnosti in zakonitosti. *Dignitas*, ISSN 1408-9653, 2010, [Št.] 45/46, str. 91-107. [COBISS.SI-ID 393215]; see also www.concourts.net-Lectures

MAVČIČ, Arne. Verfahrensarten, Entscheidungswirkungen und die einstweilige Anordnung in der slowenischen Verfassungsgerichtsbarkeit. V: FROWEIN, Jochen Abr. (ur.), MARAUHN, Thilo (ur.). *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 130). Berlin [etc.]: Springer, cop. 1998, p. 427-440. [COBISS.SI-ID 74495]

MAVČIČM, Arne: <http://www.concourts.net>

MAVČIČ, Arne. Zakon o ustavnem sodišču s pojasnili, (Zbirka Nomos). Ljubljana: Nova revija, 2000. p. 426 ISBN 961-6352-06-7. [COBISS.SI-ID 106511360]

NERAD, Sebastian. Pravni interes za ustavnosodno presojo zakonov in drugih predpisov, *REVUS*-revija za evropsko ustavnost, No. 4/2005, GV Založba Ljubljana, p. 42

NOVAK, Marko. Še o diskrecijski izbiri vlog za ustavnosodno presojo, *Pravna praksa*, No. 9/2007, GV Založba Ljubljana, p. 16

Official Website of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia: <http://www.us-rs.si>

PAVLIHA, Marko. O reformi ustavnega sodišča, *Pravna praksa*, No. 48/2006, GV Založba Ljubljana, p. 6

PROBLEMS OF LEGISLATIVE OMISSION IN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE, Questionnaire – The Constitutional Court of the Republic of Slovenia, National report, (XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts), Vilnius, 2-7 June 2008 (http://www.lrkt.lt/Conference_R.ht)

RIBIČIČ, Ciril. Razbremenjevanje ESČP in Ustavnega sodišča, *Podjetje in delo*, No. 7/2007, GV Založba Ljubljana, p. 993

STONE SWEET, Alec, *Constitutions and Judicial Power*, in Caramani Daniele, *Comparative Politics*, Oxford, Založnik Oxford University Press, 2008, ISBN 0199298416, 9780199298419, p. 217-239.

A. M. Mavčič: 50th Anniversary of The Slovenian Constitutional Review

ŠTURM, Lovro. Ustavno(sodna) presoja o pravni pravilnosti aktov državnih organov, Zbornik znanstvenih razprav, 1996, LVI, p. 261-283

TERŠEK, Andraž. Za reformo ustavnosodne politike, Pravna praksa, No. 5/2007, GV Založba Ljubljana, p. 22

TERŠEK, Andraž, Ustavnoppravna enigma (1. Del), Pravna praksa, Ljubljana, No. 425/99, p. 6

TESTEN, Franc. Tehnike odločanja Ustavnega sodišča v abstraktni presoji, Pravna praksa, No. 1/99, p. 5.

Ustavnosodno varstvo v Sloveniji, Dopisna delavska univerza, Ljubljana September 1972, p. 5

WITTLIN, Maggie, Memorandum from Maggie Wittlin to Prof. Dr. Arne Mavčič, Head of the Analysis and Internat'l Cooperation Dep't, Constitutional Court of the Republic of Slovenia (July 15, 2009)

Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o Ustavnem sodišču, EPA 1323-IV, druga obravnava – MDT, Poročevalec Državnega zbora, No. 35/07 of 14/5-2007

Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o Ustavnem sodišču, Predlog zakona, No. 700-03 / 93 - 0002 / 0033, EPA: 1323 – IV, Poročevalec

Državnega zbora, No. 35/2007 of 14.05.2007 - Poročilo MDT

10 godina rada Ustavnog suda Jugoslavije, izd. Ustavni sud Jugoslavije, Beograd, oktobra 1973, p. 16-17

SLOVENYA'DA ANAYASALLIK DENETİMİNİN 50. YILI

ÖZET

Slovenya'daki anayasal denetim modeli, kıtaya (Avrupa) özgü standart yoğun anayasa ya uygunluk l denetim i modelidir. Bu model Slovenya eski Yugoslav federasyonunun bir üye devletiyken 1963 Slovenya Anayasası ile uygulamaya konmuştur ve geniş yetkiler, çarpıcı ex offo usulü ve anayasa şikayeti kavramları getirilmiştir. Sosyalist doktrinin ardından, o zamanki anayasa mahkemesi “sosyal bir kuruluş ve o zamanki parlamento sisteminin bir parçası şeklinde” oluşturulmuştur. Uygulamada, eski Anayasa Mahkemesi bireysel davaları görevsizlik gerekçesiyle çoğunlukla reddetmiş ve davacıyı genel Mahkemeler önündeki yargılama usullerine yönlendirmiştir. Söz konusu durum Anayasa Mahkemesinde belirgin bir olumsuz tutum da oluşturmuştur. 1974 Anayasası ile Anayasa Mahkemesinin bireysel anayasal haklar ve özgürlükler üzerindeki yargı yetkisi kaldırılmış ve bu hakların (yalnızca) korunması görevi genel Mahkemelere verilmiştir. O tarihten 1991 tarihli Bağımsız Slovenya Anayasası ile tekrar uygulamaya koyulana kadar, anayasa şikayetinin Slovenya hukuk sisteminde herhangi bir yeri olmamıştır.

Ulusal sistem kapsamındaki daha güçlü konumuna ek olarak, Yeni Demokrasilerin diğer ilgili sistemleri ile kıyaslandığında Anayasa Mahkemesinin en önemli yeniliği kanunlara yönelik belirgin iptal işlevinin yanı sıra anayasa şikayetinin yeniden uygulamaya konmasıdır. Geçiş dönemi esnasında ve sonrasında, Anayasa Mahkemesi genişletilen yeni yetkilerine dayalı olarak daha önemli bir rol oynamıştır. Buna paralel olarak, Anayasa Mahkemesi önündeki dava sayısı yıldan yıla artış göstermiştir. Bu nedenle, Mahkemenin uygulaması sayesinde başvurunun duruşmaya katılma hakkının çok daha güçlü bir şekilde yorumlanması sağlanmış; ek olarak, 2007 tarihinde değiştirilen Anayasa Mahkemesi Kanunuyla bireysel erişimin Mahkemenin kapasitesi yararına sınırlandırılmasına yönelik olarak bireysel başvurularda ilişkin usul engelleri daha kesin bir şekilde tayin edilmiştir. Buna karşın, Anayasa Mahkemesine bireysel erişimin sınırlandırılmasının yasal düzenin demokratik niteliğini nasıl zayıflatabileceğinin farkına varılması gerekecektir.

1. Genel

Slovenya anayasa l ya uygunluk denetim i modeli kıtaya (Avrupa) özgü standart yoğun anayasal denetim modelidir ve bu modelde, teşkilat yapısı ve yetkiler temel olarak selefi konumundaki Avusturya sisteminden daha çağdaş olan Alman anayasa l denetim ya uygunluk denetimi sisteminden alınmıştır¹.

2. Eski Yugoslav Federasyonunun Bir Üye Devleti Olarak Slovenya - Anayasa’ya Uygunluk Denetiminin Oluşturulma Tarihi ve Bağlamı – Geniş Yetkilerin Kabul Edilmesi (1963-1974)

1963 yılından önce, “anayasaya uygunluk ve meşruiyetin korunması” sisteminde parlamenter sistem içerisindeki Öz Denetim İlkesi çerçevesinde kuralların Anayasa’ya uygunluğu ve meşruiyetinin uygun Parlamenter organ tarafından denetimine yer verilmiştir. Bu denetim - uygulandığı kadarıyla - temel olarak bazı kurallarda ifade edilen politikaya uygunluğa yönelik olarak uygulanırken, meşruiyet kendine daha az yer bulmuştur. Meşruiyet açısından irdelendiğinde, mahkeme çok hoşgörülü bir tutum sergilemiş ve bu nedenle verimsiz olmuştur. Bu nedenle, söz konusu sorunlara ilişkin yeni bir çözüm arayışına girilmiştir.

Yabancı deneyimlerde de aynı husus görülmüştür - söz konusu dönemde anayasal denetim açısından pek çok yeni sistem ortaya çıkmıştır. Bu gerekçelere dayalı olarak, kuralların Anayasa’ya uygunluğu ve meşruiyetinin değerlendirilmesinin yasama ve yürütme organlarından bağımsız özel özerk organlar yararına olacağı genel kanı durumuna gelmiştir. Bu süre zarfında, sayısı giderek artan ülke Anayasa Mahkemeleri başta olmak üzere anayasal denetime özgü organlar oluşturmuş ve söz konusu organların ana görevi hukuk kurallarının Anayasa’ya uygunluğunun değerlendirilmesinin yanı sıra Anayasa’ya aykırı ve hukuk dışı kuralların yürürlükten kaldırılması ve iptali olmuştur².

Yugoslavya’da, 1963 yılında “anayasal düzenin korunması göreviyle” özel bir yargı organı kurulmuş ve bu şekilde, Yugoslavya Avrupa’da Anayasa yargısı düzeni ve yargı denetiminin öncüsü olarak sosyalist devletler arasında istisnai bir yere sahip olmuştur³.

1963 tarihli Sosyalist Slovenya Cumhuriyeti Anayasası (Resmî Gazete’ SRS, No. 10/63); Slovenya’nın (o zaman Cumhuriyetin) ilk Anayasa Mahkemesi ön-

1 Anayasal ve yargı denetimi modelleri ile ilgili olarak, bkz. www.concourts.net

2 Bkz. Krbeć, Ivo, Ustavno sudovanje, Zagreb 1960, Izdavački zavod Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti.

3 Accetto, Matej, On Law and politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia, Review of Central and East European Law 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, s. 207.

görülmüştür. “Kendi kendini yöneten sosyalist demokrasinin derinleştirilmesi ve ek olarak, anayasallık ve meşrutiyyetin daha verimli şekilde korunmasına yönelik toplumsal ihtiyaçların” ortaya çıktığı bir zamanda bu Anayasa kabul edilmiştir. Her şeyden önce, idari kanunların meşruiyetine ilişkin yargı denetimi halihazırda uygulamaya konmuştu. Buna karşın, uygulama sonucunda yasama ve yürütme organlarının (ilk olarak nesnel sebeplerden ötürü) aynı zamanda düzenlemelerin yazarları olmaları sebebiyle söz konusu düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluğu ve meşruiyetini kendi başlarına yeterli ölçüde ve eleştirel bir bakış açısıyla denetleyemediği görülmüştür. Diğer ülkelerde de benzer bir durum ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, o zamanki hükümet düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluğu ve meşruiyetinin korunması hususunda yetkilendirilecek yasama ve yürütmeden bağımsız özel kamu kuruluşlarının oluşturulmasının daha iyi olacağına karar vermiştir - muhtemelen Avusturya Anayasa Mahkemesinin kurulmasından itibaren, sayısı giderek artan ülke söz konusu özel anayasa mahkemelerini kurmuştur⁴. İlgili mahkemeler, her şeyden önce anayasal gerekçelere dayalı olarak ve konunun en can alıcı noktasında söz konusu ihtilafların apolitikleşmesini sağlayan özel bir anayasal denetim usulü vasıtasıyla karar alan “üçüncü kişi niteliğindeki, tarafsız kamu kuruluşları” olarak kararlarıyla “kural koyucunun alanına” müdahale eder. Bu şekilde, o zamanki yorumcular tarafından da vurgulandığı üzere, meşruiyetin korunması daha yüksek bir seviyeye gelmiş ve anayasallığın korunmasına dönüşmüştür. O zamanki Yugoslav anayasa yapıcılar anayasa mahkemelerini (o zamanki mevcut yabancı sistemlerin aksine) ex officio resen yetkiye vurgu yaparak düzenlemiş, buna karşın, aynı zamanda anayasa mahkemelerinin faaliyetleri ile temel anayasal ilkeler (aslında o zamanki Yugoslav federal devlet ve üye devlet anayasaları ile belirlenmiş olan) arasında da bağlantı kurmuştur.⁵

Ancak, 1963 Anayasaları ile denetim getirildiğinde, söz konusu Mahkemenin kurulması görüşü kuvvetler birliği ilkesine ters düştüğü gerekçesiyle yoğun eleştirilere maruz kalmıştır⁶ Aynı şekilde, o zamanki önde gelen siyasi li-

4 Ustavnosodno varstvo v Sloveniji, Dopisna delavska univerza, Ljubljana September 1972, s. 5.

5 O zamanki 1963 tarihli federal ve cumhuriyetçi anayasaları (anayasanın “aşağı yukarı bir beyanname, belirli bir ortak yön, uzun vadeli bir hedef, ideal” olarak anlaşıldığı o zamana kadarki mevcut düşüncelerin aksine) “en yüksek yasama ve yürütme organları tarafından da saygı gösterilen temel bir toplumsal düzen kanununa” ilişkin görüşlerinden türetilen geçiş rolüne sahip belgeler olarak iyi karşılanmıştır. Yukarıda bahsedilen hususların sağlanması için, eski Yugoslav federasyonu federal düzeyde ve üye devletler düzeyinde de anayasa mahkemeleri kurmuştur (o zamanki komünist ve/veya sosyalist ülkeler arasındaki tek örnek olmuştur). Buna karşın, söz konusu dönüşüm problemsiz bir şekilde gerçekleşmemiştir. Söz konusu dönemden kalan bazı tarihi yazılı kayıtlarda “anayasal denetimin uygun bir çalışma yöntemi bulunmasına ilişkin güçlü bir temele oturması için biraz daha fazla zaman ve uygulamaya ihtiyaç duyulduğu” belirtilmektedir.

6 Diğer taraftan, anayasa mahkemesinin kurulması, daha çok Yugoslav toplumundaki ihtilaflar ve görüş ayrılıklarının siyasi olarak değil, daha ziyade “nesnel ve hukuki bir tahkim”

derler Anayasa Mahkemesinin “geleneksel bir yargı kurumu olmaktan ziyade parlamenter sistemin bir parçası” olduğunu vurgulamıştır⁷.

Anayasa mahkemeleri “sosyal kuruluşlar ve o zamanki parlamento sisteminin bir parçası şeklinde” oluşturulmuştur⁸. Anayasa hakimleri Anayasa'nın yorumlanmasından sorumludur; bunun yanında, anayasal hükümlerin ihlal edilmesinin önlenmesi bireysel bir davanın yanı sıra kamu yararı açısından veya devletteki herhangi bir kurumun yararı açısından da yetki alanlarına girmektedir⁹. Bu çerçevede, anayasal denetim konseptinin uygulamada teyit edildiği belirtilmiştir¹⁰. O zamanki yorumcuların görüşüne göre, uygulama Marksist kuvvetler birliği kuramının şekilci ve katı bir şekilde anlaşılmasına dayanan eski nazari ve ideal tereddütlerin” aksini ispat etmiştir. Anayasa mahkemesinin özerkliğinin sosyo-politik ve ekonomik sistemin birliğine zarar vermediği ve hatta bunun aksine söz konusu özerkliği güçlendirdiği ve öz yeterliliğe hizmet etmediği gösterilmiştir¹¹. Bunun yanında, “parlamenter sistemin özel bir özerk organı olarak Anayasa yargısı toplumsal organizmalar ve normatif faaliyetlerinin aşırı ölçüde gelişmesi nedeniyle kaçınılmaz bir faktör olarak kendini kanıtlamıştır”. O zamanki Sloven yorumcuların yalnızca cumhuriyetçi anayasa mahkemesinin cumhuriyetçi anayasacılığın uygulan-

vasıtasıyla çözüme kavuşturulması gerektiği görüşünü savunan o zamanki Devlet başkanı Josip Broz Tito'nun desteği sayesinde olmuştur. Anayasa Komisyonu, Anayasa Mahkemesinin “Meclisin düzenlemeleri de dahil olmak üzere bütün düzenlemelerin anayasa uygunluğu ve meşruiyetinin etkili bir şekilde korunmasına katkıda bulunacağı” ve bu şekilde yalnızca kuvvetler birliği ilkesini güçlendireceği yönündeki argümanla o zamanki eleştiriye yanıt vermiştir.

7 Örneğin, Edvard Kardelj in Accetto, Matej, On Law and Politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia, Review of Central and East European Law 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, s. 207-208.

8 Anayasa mahkemesi klasik bir yargı organı olmaktan ziyade parlamento sisteminin bir parçası ve/veya her şeyden önemlisi Anayasa'ya dayalı olarak ve anayasa kapsamında görev yapan özerk bir yargı kurumu (parlamento tarafından kurulmuş) olarak kurulmuştur. Toplumun o zamanki siyasi üst tabakasının görüşüne göre, Anayasa yargısı “anayasaya aykırı ve hukuk dışı durumlar ve olumsuz eğilimlerin daha hızlı ve verimli bir şekilde ortadan kaldırılmasına katkıda bulunur, ancak aynı zamanda Anayasa yargısı söz konusu sorunların ele alınması hususunda daha demokratik yöntemler ve canlılık ortaya koyar. Söz konusu işlevin kamu kuruluşları tarafından yerine getirilmesi durumunda, söz konusu kuruluşlar kendilerini meşruiyet sorunu ile meşgul etmekle kalmayıp konunun mahiyeti gereği kendilerini ilgili bir siyasi taraf olarak da empoze edecektir. Bazı durumlarda, bu öz yönetim görüşünün doğrudan sınırlandırılmasına yol açacaktır”. O zamanki fiili politikada anayasal hükümlerin açık bir şekilde oluşturulduğunun anlaşıldığı, ancak söz konusu hükümlerin varlığının sürdürülmesi için bunların günlük uygulamada kullanılması gerektiği vurgulanmıştır. “Hala toplumda mevcut birçok bozukluk vardır” ve söz konusu bozuklukların engellenmesi anayasa hakimlerinin görevlerinden biridir.

9 10 godina rada Ustavnog suda Jugoslavije, izd. Ustavni sud Jugoslavije, Beograd, oktobra 1973, s. 27.

10 Deset let dela Ustavnega sodišča Slovenije, Dopisna delavska univerza Ljubljana 1974, s. 23.

11 Ayrıca bkz. 10 godina rada Ustavnog suda Jugoslavije, izd. Ustavni sud Jugoslavije, Beograd, oktobra 1973, s. 16 ve 33.

masında da önemli bir faktör olduğunu ifade etmiş olması ilgi çekicidir¹²! O zaman öne çıkarılan ilke dikkate alındığında, anayasa uyarınca anayasallık ve meşruiyetin korunmasının kamu kuruluşlarında görev yapan tüm bireylerin görevlerinden biri olduğu öne sürülmüştür; bu nedenle, söz konusu korumanın yalnızca anayasa mahkemesine devredilmesi mümkün olmamıştır. Her halükarda, meşruiyet ve anayasallığın korunmasına yönelik etkisi azaltılmış bu görev anayasa mahkemelerine tahsis edilmekten ziyade bütün toplumsal aktörlere verilmiştir: mahkemeler, “sosyo-politik topluluklar” şeklinde ifade edilen yapıların yetkilileri, öz yönetim kuruluşları ve yerel öz yönetim kuruluşları ve kamu kuruluşlarında görev yapan herkes”¹³.

1963 Anayasası çerçevesinde, kanunlar ve diğer düzenlemelerin soyut ve somut anayasal denetime yönelik olarak, anayasa mahkemesine yargı yetkisine ilişkin ihtilaflar ve sosyo-politik topluluklar arasında haklar ve görevlere yönelik olarak diğer herhangi bir (genel) mahkemenin yetki alanına girmeyen diğer ihtilaflar hususunda karar verilmesi, (genel) mahkemeler ve diğer kamu kuruluşları arasında yargı yetkisine ilişkin ihtilaflar hususunda karar verilmesi, şirketlerin statüsüne ilişkin ihtilaflar hususunda karar verilmesi yetkisi verilmiştir; ve son olarak, sistem anayasa şikayeti sistemini de uygulamaya koymuştur: öz yönetim hakları ve anayasa ile belirlenmiş diğer temel haklar ve özgürlükler bir kamu kurumu tarafından çıkarılan münferit bir kanunla ihlal edildiğinde ve kanunen başka bir yargı koruması garanti altına alınmadığında, bunların korunması hususunda karar verilmesi. Son bahsedilen yetkiye rağmen, anayasa mahkemesi söz konusu yargılama usullerinde herhangi bir karar vermemiştir, çünkü diğer (genel) yargı organlarının sağladığı korumanın yürürlükteki mevzuat çerçevesinde garanti altına alındığına yönelik resmi bir görüş oluşmuştur.

Aslına bakılırsa, Anayasa Mahkemesi Kanununda Anayasa Mahkemesinin yetkisi ve Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama usullerine yer verilmiştir; Anayasa Mahkemesinin 15 Şubat 1964 tarihinde göreve başlaması gerektiği belirlenmiştir¹⁴.

O zamanki sistem dikkate alındığında, anayasa mahkemesi temel olarak herhangi bir normatif kanunun içeriğinin “eş yazarlarından” biri olarak hareket edememiştir¹⁵.

12 Deset let dela Ustavnega sodišča Slovenije, Dopisna delavska univerza Ljubljana 1974, s. 23.

13 Acetto, Matej, On Law and Politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia, Review of Central and East European Law 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, s. 208.

14 SRS Meclisi 5 Haziran 1963 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne ilk Başkan ve sekiz hakimi seçmiştir. (Bunların seçimine ilişkin Karar 22/63 sayılı SRS Resmî Gazete'sinde yayımlanmıştır) Başkan ve hakimler 15 Şubat 1964 tarihinde Meclis Başkanı huzurunda yemin etmiştir. Anayasa Mahkemesinin ilk Usul Kuralları 23 Şubat 1965 tarihinde kabul edilmiştir.

15 Buna karşın, 1963 Anayasası çerçevesinde, bir kanun veya diğer herhangi bir düzenlemenin

Federal Anayasa’nın yanı sıra Üye Devletlerin sonradan çıkarılan 1974 Anayasaları çerçevesinde, Anayasa Mahkemelerinin yetkisi Federasyon ve Üye Devletler ile Özerk Vilayetler arasında yargı ayırımına dayanmıştır; bu Anayasa Mahkemelerinin her biri uygun düzeydeki anayasada belirtilen yetkilere uygun biçimde usulüne uygun kurumsal bağımsızlık içerisinde hareket etmiştir ve bu şekilde, Anayasa Mahkemelerinin birbiriyle herhangi bir hiyerarşik ilişkisi olmamış ve ne Federal Anayasa Mahkemesi diğer Anayasa Mahkemelerinin üzerinde bir yer olmuş ne de Üye Devlet Anayasa Mahkemesi Vilayet Anayasa Mahkemeleri üzerinde bir yer haline gelmiştir. Buna karşın, o zamanki Federal Anayasa Mahkemesine Üye Devletlerin Anayasa Mahkemeleri ve/veya Özerk Vilayetler arasındaki yargı yetkisi ihtilafları hususunda karar alma yetkisi verilmiştir¹⁶.

Bu çerçevede, Anayasa Mahkemeleri kurulmuş ve yetkileri Anayasa uyarınca belirlenmiştir. Münferit Üye Devletler ve Özerk Vilayetlerin tutumları ve ilgili yargılama usulleri Anayasa Mahkemesi Kanunlarında ve hatta kural olarak yalnızca teşkilat ve iç işleyişin düzenlendiği iç tüzüklerde de ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Münferit Anayasa Mahkemelerinde farklı üye sayıları bulunmuştur¹⁷.

Bu ilk dönemde Anayasa Mahkemesine az sayıda başvuru yapıldığı görülmüş; bireysel başvuru dilekçelerinin sayısı yüksek çıkmıştır. Seçim konuları, meclis soruşturması, referanduma ilişkin anayasal denetim, uluslararası antlaşmalara ilişkin önleyici anayasal denetim ve hatta o zamanki vatandaş birlikleri anayasal denetim başta olmak üzere Anayasa Mahkemelerinin yetkilerinin genişletilmesi gerektiğine ilişkin seyrek görüşler bulunmasına karşın, resmi olarak anayasal yargının değerinin hukuk sistemi içerisinde yetkileri genişletilmeden korunmasının gerekli olduğu yönünde bir görüş ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemelerinin kendilerini Anayasa’ya uygunluk ve meşruiyetle sınırlandırmaları gerekmektedir; bireye ilişkin diğer bütün hususlar ise

Anayasa’ya uygun olduğunu beyan eden anayasa mahkemesi (bunun uygulanması açısından) kendi kararıyla söz konusu düzenlemenin anayasa veya kanuna tekabül eden uygun anlamını beyan edebilmiştir. Mahkemenin uygulamasında karar verilen yalnızca birkaç tane böyle dava bulunmuştur, çünkü o zamanki anayasa mahkemeleri söz konusu yetkiyi her zaman fer’i bir usulde ve anayasallık ve meşruiyet denetimi usulü kapsamında kullanmıştır.

16 Anayasa Mahkemeleri önündeki yargılama usullerinde Anayasa Mahkemelerinin çıkardığı usul kuralları izlenmiş, Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama usullerinde verimlilik ve hızlilik adına formalite ve bürokratik yaklaşımın ortadan kaldırılması gerektiği görüşü savunulmuştur. Bu nedenle, geleneksel ve çelişkili yargı usullerinin unsurları usul kurallarından çıkarılmıştır.

17 Anayasa hakimleri Parlamentolar tarafından seçilmiş, görev süreleri aynı Mahkemede yeniden seçilme olanağı bulunmaması ile birlikte sekiz yıl olmuştur. Anayasa Mahkemesi Başkanı hakimler arasından genellikle 4 yıllık bir süre olmak üzere daha kısa bir görev süresi için seçilmiş ve aynı göreve yeniden seçilme olanağı tanınmamıştır. Hakimler yasama dokunulmazlığından dokunulmazlık hakkından yararlanmıştır.

Anayasa Mahkemeleri dışındaki diğer organların yetki alanlarına girmektedir¹⁸.

O zamanki Slovenya düzenlemesi çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi'ne kendi inisiyatifıyla yargılamayı resmi olarak başlatma yetkisi de verilmiştir¹⁹.

Diğer geleneksel çağdaş anayasal denetim sistemlerinde bilinmeyen husus "anayasallık ve meşruiyetin uygulanması açısından önem arz eden olguların izlenmesi" şeklinde ifade edilen husus olmuştur. Bu işlev, Anayasa Mahkemesinin önüne gelen başvuru dilekçeleri ve önerilerine yönelik pasif bir gözlemci olmaması için Anayasa Mahkemesinin aktif bir rol üstlenme ihtiyacı ile gerekçelendirilmiştir. Aslında, yasama organının dikkate almadığı hususlarda (hukuki boşluklar), bu işlev Anayasa Mahkemesinin spesifik görevidir. Yetkilendirilen organın görevine rağmen Anayasa, tüzük veya diğer düzenlemelerin hükümlerinin uygulanması hususunda bir düzenleme çıkarmamış olduğunu keşfeden Anayasa Mahkemesi Parlamentoyu bilgilendirmiştir (Parlametoya Mektup şeklinde ifade edilen belge vasıtasıyla). Aynı şekilde, Anayasa Mahkemesi belirli bir düzenlemenin zararlı ve olumsuz sonuçları veya belirli bir düzenlemenin eksikliği ve muğlaklığı hususunda da Parlamentoyu bilgilendirmiştir (417. Madde, 1974 Anayasası, SRS Resmî Gazete'si, Sayı 6/74, 24/90 ve 35/90).

Bu anayasal denetim sisteminde halk şikayeti (actio popularis), bir başka deyişle, duruşmaya katılma hakları (hukuki çıkar) bulunmasa dahi herkesin şikayetçi olarak Anayasa Mahkemesi huzuruna çıkma hakkı gibi bir özellik özellikler de bulunmuştur.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesine anayasal haklar ve özgürlükleri koruma yetkisi de verilmiştir. Bu yetki anayasa şikayetinin fiili başlangıcı olmuştur. Buna karşın, Anayasa Mahkemesinin yalnızca diğer yargı korumasının kanunla güvence altına alınmadığı durumlarda münferit kanunlar veya eylemler dolayısıyla ortaya çıkan hak ihlalleri ile ilgili yargı yetkisi bulunmuştur. 1963 Ana-

18 Uygulamada, Anayasa Mahkemeleri arasındaki söz konusu ilişkiler Federasyon ve Üye Devletlerin yasama yetkileri arasındaki ayrımın yetersiz ve yanlış olmasından dolayı ve bilhassa, o zamanlarda Slovenya Anayasa Mahkemesi tarafından varsayıldığı üzere, Federal Anayasa Mahkemesinin yetkilerinin mantıklı bir şekilde belirlenmemesi nedeniyle, kolay bir şekilde kurulmamıştır. Her iki Özerk Vilayette (Vojvodina, Kosova) anayasal denetim 1972 yılında başlamış ve Sırp Anayasa Mahkemesinin yargı yetkisi Üye Devlet Sırbistan Cumhuriyeti'nin tüm alanına yayıldığı 1991 yılına kadar devam etmiştir.

19 Resen yetki işlevi Mahkemenin herhangi bir niteliğin veya herhangi bir masrafa ilişkin ödeme yapılmasının gerekli olmadığı kapsamlı ve bağımsız bir girişimi olarak ifade edilmiştir. Bu işlev çağdaş yabancı anayasal denetim sisteminden oldukça farklı olarak değerlendirilmiş ve anayasallık ve meşruiyete yönelik genel toplumsal çıkar şeklindeki ifadeye dayalı olarak uygulanmıştır. Bazı durumlarda, resen yetki işlevi Anayasa Mahkemesinin bir başvuru veya itiraz eden kişi tarafından başvuruda bulunulmasının kapsamını genişletmesi olarak da kendini göstermiş ve bu şekilde, Anayasa Mahkemesi aslında bu resen yetki işlevi vatandaşlar tarafından yapılan başvuru sayısının çok olmasına dayalı olarak uygulamıştır.

yasası ile Anayasa Mahkemesinin kurulmasıyla birlikte, o zamanki Slovenya Anayasa Mahkemesi temel haklar ve özgürlüklerin korunması hususunda da yargı yetkisine kavuşmuştur.

Öz yönetim hakları (söz konusu tarihte bu şekilde ifade edilmiştir) ve diğer temel haklar ve o zamanki Federal ve kurucu cumhuriyet Anayasaları ile belirlenmiş olan hakların bir kamu veya belediye kurumu veya şirket tarafından çıkarılan münferit bir kanun veya hukuki belge tarafından ihlal edilmiş olması durumunda ve bunun kanunen diğer yargı koruması ile garanti altına alınmamış olması kaydıyla, Mahkemeye söz konusu hakların korunması hususunda karar alma yetkisi verilmiştir (1963 SRS Anayasasının 228(3) Maddesi ve o zamanki Anayasa Mahkemesi Kanununun 36 ila 40 Maddeleri)²⁰. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin yargı yetkisi fer'i olmuştur. Ancak, belirli bir davada, öngörülen yargı koruması bulunmaması hâlinde veya diğer bütün hukuk yollarının tüketilmiş olması durumunda, söz konusu yargılama usullerinin başlatılması mümkün olmuştur²¹.

Anayasa mahkemelerinin yetkilerinin yürütme ve yargının münferit kanunlarının anayasal denetimi kapsayacak şekilde genişletilmesi - ki bu husus çeşitli mahkemeler tarafından önerilmiştir - o zamanki dönemde bir sebepten ötürü imkansız olacaktı: o zamanki anayasa mahkemelerinin temelde sayısı giderek artan daha kapsamlı özerk düzenlemelerin denetiminden sorumlu olmasının gerekmesi ve hızla değişen ve genelde uyumsuz ve belirsiz bir hukuk sisteminin bulunması sebebiyle imkansız olacaktı²². Anayasa Mahkemesinin menfi şekilde düzenlenen yargı yetkisi (diğer yargı koruması sağlanmadığında), bu faaliyetin tam olarak hakların korunmasına ilişkin bir şikayet nedeniyle başlatılmasına karşın, bu alandaki faaliyetlerinden herhangi bir sonuç alınamamasına neden olmuştur. Buna karşın, o zamanki anayasal denetim sisteminde bireye halk şikayeti - temyiz eden taraf bulunmaksızın başvuru (actio popularis) - hakkı temin edilmiş ve şikayette bulunan kişinin duruşmaya katılma

20 Anayasa Mahkemesinin söz konusu yargılama usullerindeki kararının belirlenmiş bir ihlal olması durumunda bir iptal etkisi ortaya çıkmıştır (münferit bir kanunun iptali veya geçersiz kılınması ya da değiştirilmesi ve muhtemel sonuçların ortadan kaldırılması veya bir faaliyetin sürekli uygulanmasına ilişkin bir yasaklama). Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin yargı yetkisi fer'i olmuştur. Ancak, belirli bir davada, öngörülen yargı koruması bulunmaması hâlinde veya diğer bütün hukuk yollarının tüketilmiş olması durumunda, söz konusu yargılama usullerinin başlatılması mümkün olmuştur.

21 Buna karşın, uygulamada eski Anayasa Mahkemesi söz konusu anayasa şikayetlerini görevsizlik gerekçesiyle reddetmiş ve davacıyı genel Mahkemeler önündeki yargılama usullerine yönlendirmiştir. Anayasa Mahkemesinin söz konusu davaları reddedeceğini ve bu nedenle, hiçbir zaman sona ermeyecek bir görev gerçekleştireceğini önceden bilmesi nedeniyle, söz konusu durum Anayasa Mahkemesinde de belirli bir olumsuz tutuma sebebiyet vermiştir. O zamanki Anayasa Mahkemesi münferit kanunlarla bağlantılı olarak en mantıklı çözümün kararların bir bütün olarak genel Mahkemelere aktarılması olacağı hususunda ikazda bulunmuştur.

22 Deset let dela Ustavnega sodišča Slovenije, Dopisna delavska univerza Ljubljana 1974, s. 55.

hakkı olması gerekmiştir²³.

Parlamento ile ilintili olarak, o zamanki Anayasa Mahkemesi Öz Kısıtlama İlkesine, bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesinin Anayasa ile hukuk arasındaki ilişkileri denetleme hakkı bulunduğu ve kanunlarda ifade edilen politikayı kontrol etme hakkının bulunmadığına vurgu yapmaktaydı. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin görevi ilgili hükümde kabul edilen çözümlerin yeterliliği ve maddi rasyonelliğini sorgulamayla sınırlanmıştı.

Yetkinin verildiği ilgili hüküm gerekçesiyle, ihtilaflı kanun hükmü hususunda hükmün yazarı ile anlaşmazlığın giderilmesi uygulaması oldukça yaygın bir şekilde görülmüştür. İlgili inisiyatif Anayasa Mahkemesi tarafından ihtilaflı hükmün (tasvif edici karar) yazarına bu aşamada Anayasa Mahkemesinin müdahalesi olmadan söz konusu hükmün nasıl düzeltileceğine ilişkin talimatlar şeklinde verilen özel bir hüküm vasıtasıyla verilmiştir. Buna karşın, ilgili sürenin sona ermesinden önce, Anayasa Mahkemesinin hükmüne uygun hareket etmemesi halinde, yazar Anayasa Mahkemesinin muhtemel müdahalesi (dolaylı temyiz) hususunda tehdit edilmiştir (1991 Anayasasından sonraki dönemde, Anayasa Mahkemesinin doğrudan müdahale ihtimali artmış ve Anayasa Mahkemesinin riayet ettiği Öz Kısıtlama İlkesi biraz gevşetilmiştir). Ayrıca, düzenlemede kuralın tanımlanması hususunda uygulamada nadiren uygulanmış olan ve hatta anayasallık ve meşruiyet değerlendirmesine ilişkin yargılama usulleri kapsamında fer'i bir usul şeklinde gerçekleştirilmiş olan Anayasa Mahkemesinin yorum işlevi de öngörülmüştür.

Federal anayasallığın korunmasından sorumlu Federal Anayasa Mahkemesine ek olarak, bir Üye Devlet Mahkemesi olarak kurucu cumhuriyet anayasallığının korunmasından sorumlu Sloven Anayasa Mahkemesi Federal Anayasa Mahkemesi ile ilgili olarak farklı bir örnek teşkil etmemiştir²⁴. Uygulamada,

23 Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin çalışmalarına başladığı ilk dönemde, 1963 Anayasasının ardından, insan hakları ve özgürlüklerinin Anayasa Mahkemesi tarafından korunması hususunda iyi bir ilerleme sağlanamamıştır. Muhtemelen, bu durum Anayasa Mahkemesine karar verme hususunda yeterli uygulama standartlarını sağlayacak spesifik anayasal ve hukuki dayanağın yetersiz olmasından kaynaklanmıştır. Bu durum Anayasa Mahkemesinin temel hakları korumasına destek verilmeyen sistem genelinden de kaynaklanmış olabilir.

24 Federal Anayasa Mahkemesi ve cumhuriyetlerdeki muadilleri arasında herhangi bir hiyerarşik ilişki görülmemiştir; daha ziyade, mukayeseli yetkileri bulunan iki paralel anayasal denetim sistemi var olmuştur. Hiç şüphe yok ki, bu durum Kompetenz-Kompetenz hususundaki kayma ile bağlantılı olarak ortaya çıkmıştır: federasyonun başlangıçta yeni esas alanlarına yönelik "rüçhan hakkını" kullanabilmesi ve bunları kendi yetki alanı çerçevesinde devredebilmesine rağmen, 1974 Anayasasının kabulüyle birlikte bu durum ortadan kalkmıştır. Hiç kuşku yok ki, söz konusu yetki ayrımı yasama organı ile sınırlı kalmamıştır: bu ayrım yürütme organında daha derinden hissedilmiş ve federal kanunların büyük bölümü cumhuriyetlerin yetkili makamları vasıtasıyla uygulanmak zorunda kalırken, bu durum genel yargıya kadar ulaşmıştır. Bireylere karşı yürütülen bütün yargılama usullerinin bir cumhuriyet içerisinde tamamlanması gerekmiş ve ancak idam cezası durumunda bir federal mahkemeye temyiz başvurusu yapılması mümkün olmuştur - anayasal denetim çerçevesin-

Anayasa Mahkemeleri arasındaki söz konusu ilişkiler Federasyonun yasama organı ve kurucu cumhuriyetler arasındaki ayrımın yetersiz ve yanlış olmasından dolayı ve bilhassa, o zamanlarda Slovenya Anayasa Mahkemesi tarafından varsayıldığı üzere, Federal Anayasa Mahkemesinin yetkilerinin mantıklı bir şekilde belirlenmemesi nedeniyle, kolay bir şekilde kurulmamıştır.

3. Eski Yugoslav Federasyonunun bir Üye Devleti olarak Slovenya - Dilekçelerin Sınırlandırılması ve Yetkilerin Azaltılması - 1974-1991

1974 Anayasasında Slovenya Anayasa Mahkemesinin soyut denetime ilişkin birçok yetkisi değiştirilmemiştir; Slovenya Sosyalist Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Önündeki Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda yetkiler ve yargılama usullerine ilişkin daha ayrıntılı hükümler tanımlanmıştır; Anayasa Mahkemesinin Yeni Usul Kuralları da kabul edilmiştir. Sonraki dönemde, 1974 Anayasası ile Cumhuriyet Yürütme Konseyine (Cumhuriyet Hükümeti) gerektiğinde Mahkeme kararlarının uygulanmasının sağlama görevi verilerek siyasi bir alternatif getirilmiştir (1974 Anayasasının 432. Maddesi)²⁵. Buna karşın, 1974 Anayasası ile Anayasa Mahkemesinin bireysel anayasal haklar ve özgürlükler üzerindeki yargı yetkisi kaldırılmış ve bu hakların (yalnızca) korunması görevi genel Mahkemelere verilmiştir²⁶. Bu çerçevede, bir birey, doğrudan mağdur olması halinde, bir anayasa veya halk şikayetinde (*actio popularis*) bulunarak bütün (genel) kanun kategorilerine itiraz edebilmektedir²⁷.

den çıkarılan temel hakların dahi cumhuriyetler düzeyinde korunması gerekmiştir. Bkz. Accetto, Matej, On Law and Politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia, review of Central and East European Law 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, s. 210.

- 25 Accetto, Matej, On Law and Politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia, review of Central and East European Law 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, s. 209.

- 26 O tarihten itibaren, 1991 Anayasası ile tekrar uygulamaya koyulana kadar, anayasa şikayetinin sistemde herhangi bir yeri olmamıştır. Bu spesifik hukuk yolu önceki sistemde kendine yer bulmaya devam etmiştir, Anayasa Mahkemesine bir halk şikayeti (*actio popularis*) yapma olanağı sağlanmıştır (1991 Anayasasının 162(2) Maddesi; 1994 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanununun 24. Maddesi) - bireyin itiraz eden kişi olarak hukuki çıkarını (duruşmaya katılma hakkını) kanıtlaması gerekmiştir ve aslına bakılırsa, bu durum usul karinesini kısıtlamaktadır.

- 27 MAVČIČ, Arne. The applicant before the constitutional court with a special reference to the individual application : comparative and Slovenian aspect. V: TAŞKIN, Ahmet (Hukuk Doktoru).

AİHM ve Türkiye-II: anayasa Şikâyeti ve AİHM : uluslararası sempozyum, 10 Aralık 2010, Ankara, (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, no. 8). [Ankara: Türkiye Adalet Akademisi: 2010?], s. 125-167.

http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/conf3/Mavcic_Tr_BireyselBasvurununTemelOzellikleri.pdf . [COBISS.SI-ID 397823]

http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/conf3/Mavcic_Tr_BireyselBasvurununTemelOzellikleri.pdf

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lan=en&base=COBIB&RID=397823>

Esasen, o zamanki Slovenya Anayasa Mahkemesi'nin tam yetkili anayasal denetim açısından herhangi bir işlevi olmamıştır²⁸. Mahkeme bir kanunun Anayasa'ya aykırı olduğunu doğrudan beyan edememiştir. Bunun yanında, yalnızca dolaylı temyiz uygulaması yapılmıştır; bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesinin tespit kararının ardından Yasama Organının ihtilafı kanun hükmünü düzenlememesi durumunda, kanun hükümsüz kalmıştır.

Buna karşın, söz konusu yapı Anayasa Mahkemesinin Parlamentonun en üst makam konumunda bulunduğu (Parlamentonun En Üstün Güç Olduğu Üstünlüğü İlkesi) parlamenter sistem içerisinde bağımsız bir kuruluş olarak görev yapmasını sağlamıştır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi yorumlayıcı²⁹ veya tasvif edici kararı şeklinde ifade edilen husus açısından Yasama Organını doğrudan etkileyememiş, ancak Yasama Organına yönelik özel mektuplar hâlinde Yasama Organının dikkatini yasama faaliyetindeki münferit eksikliklere çekme fırsatını yakalamıştır³⁰. Aslında, bu durum bir temyiz Mahkemesinin

28 Buna karşın, ilgi çekici bir husus olarak, hukuk kuramının Yugoslav anayasal denetimin uygun rolü ve işleyişi sorusuna açık bir yanıt vermediği görülmüştür. Bkz. Accetto, Matej, On Law and Politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia, Review of Central and East European Law 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, s. 212.

29 Slovenya Anayasa Mahkemesi yorum tekniğini 1993 gibi erken bir tarihte uygulamaya koymuştur. Buna karşın, bu amaca yönelik sarıh bir hukuki dayanak bulunmadığında, söz konusu kararlar 1955 yılında Alman Federal Anayasa Mahkemesinde yargı denetimi içtihadı ile sisteme dahil edilmiş ve bunu ilk kez uygulamaya koyan Sloven Mahkemesi de mukayeseli argüman yoluna başvurmuştur. 1963 yılında çıkarılan Slovenya Sosyalist Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kanununda (SRS Resmî Gazete'si, Sayı 39/63) Anayasa Mahkemesinin yorumlayıcı kararlar vermesini sağlayan ayrıntılı hükümlere yer verildiğinden bahsedilmesi enteresandır (29. Madde, 1963 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu). İlgili hüküm Alman içtihadında geliştirilen yorumlayıcı kararların temel nitelikleri uyarınca yapılandırılmıştır. O tarihlerde Mahkeme söz konusu olanağı birkaç kez kullanmış, ancak o zamanki kuramdan yola çıkılarak yoğun eleştirilere maruz kalmıştır. Bu tekniğin sonuçları kanunun muteber yorumu ile mukayese edilmiştir: kanun uygulaması anayasal olarak münhasıran yasa koyucuya bırakılmıştır. 1974 Anayasasında, ilgili hükümler yürürlükten kaldırılmış ve 1993 yılına kadar, herhangi bir yorumlayıcı karar verilmemiştir.

30 Anayasa Mahkemesinin söz konusu yetkisine ilişkin dolaylı bir uygulama 1974 Anayasasının 410 ve 417 sayılı Maddelerinde tanımlanmıştır. Buna karşın, Yasama Organı ile bağlantılı olarak, önceki sistemde kanunların yürürlükten kaldırılmasına veya Anayasa Mahkemesi ile yasama organı arasında daha katı bir ilişkiye olanak tanınmamıştır. Buna karşın, 1974 Anayasasının 410. Maddesi çerçevesinde, Anayasa Mahkemesinin mevcut eşgüdüm süreçlerinin birleştirilmesi, hukuk sisteminin geliştirilmesi açısından tamamlayıcılığın sağlanması (Anayasa Mahkemesinin öz kısıtlama ilkesi de göz önünde bulundurularak) hususunda belirli bir "önleyici işlevi" ve bu hususta anayasallık ve meşruiyetin korunması açısından önem arz eden olguları takip etmenin yanı sıra Parlamentoyu ilgili alandaki durum ve sorunlar hususunda bilgilendirme ve Parlamente'ye anayasallık ve meşruiyet sağlayan kanunların yanı sıra diğer tedbirlerin çıkarılması, düzenlenmesi veya değiştirilmesine yönelik görüşler ve teklifler sağlama hakkı ve yükümlülüğü bulunmuştur. Anayasa Mahkemesinin halihazırda belirli bir karar almış olduğu davalarda mahkeme tarafından karşılaşılan olgulara atıfta bulunulması, ancak bu vesileyle uygulamada Anayasa, mevcut yasal düzenlemelerin yorumlanması veya Anayasa ya da kanunun uygulanması hususunda belirli muğlaklıklar veya boşluklar olduğunun tespit edilmesi halinde, söz konusu kanun ya da diğer hukuki tedbirlerin düzenlenmesi veya değiştirilmesi ya da uygun bir tedbirle değiştirilmesini gerekmiştir. 1974 Anayasasının 417. Maddesi çerçevesinde, bu durum Anayasa Mahkemesinin yetkili

bariz örneklerinden biri olmuştur, çünkü Parlamento gücün asıl toplandığı yer olarak kalmış ve Anayasa Mahkemesine kanunları yürürlükten kaldırma yetkisi verilmemiştir³¹. Buna karşın, anayasal denetim alanında belirli bir geleneğin olduğuna vurgu yapılması gereklidir. Slovenya'da, anayasal denetim müessesesinin sürekli olarak varlığı olması 1963 yılına kadar uzanmaktadır. Bu husus, diğer yeni demokrasilerin sistemleri ile kıyaslandığında önemli bir farklılık olarak görülmektedir.

4. Bağımsız bir Devlet olarak Slovenya - Geçiş Dönemi Esnasında Anayasal Denetimin Özellikleri

Ulusal sistem kapsamındaki daha güçlü konumunun yanı sıra insan haklarına ilişkin ihlallere yönelik anayasa şikayetleri hususunda karar verme yetkisine ek olarak, Yeni Demokrasilerin diğer ilgili sistemleri ile kıyaslandığında Slovenya Anayasa Mahkemesinin en önemli yeniliği kanunlara yönelik belirgin iptal işlevidir. 1991 Anayasası çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi bir kanunu yürürlükten kaldırabilmektedir (161. Madde, Anayasa)³².

1991 yılından sonraki dönemde, Anayasa Mahkemesi genişletilen yeni yetkilerine dayalı olarak daha önemli bir rol oynamıştır³³. Çağdaş eğilimler açı-

organın bu yönde bir zorunluluğu olmasına karşın Anayasa, kanun veya diğer düzenlemenin uygulanmasına ilişkin bir düzenleme çıkarmamış olduğunu tespit ettiği durumlara da uygulanmıştır.

Tavsif edici ve yorumlayıcı unsurlar aynı Anayasa Mahkemesinin kararında yer alabilmektedir. Örneğin: 18 Ekim 1995 tarihli ve U-I-78/93 sayılı Karar, RS Resmî Gazete'si, Sayı 18/93.

31 Kısmi olarak, bu husus kuvvetler birliği doktrininin kaçınılmaz sonucu olarak ortaya çıkmıştır: federal parlamenter mecliste kendini gösteren millet egemenliğini koz olarak kullandığı algılanacak olan yargı organı üyeleri yargısal ve kişisel yetkilerinin kısıtlandığını hızlı bir şekilde görebilecektir. Ek olarak, dünyanın en uzun soluklu ve en ayrıntılı anayasası olma hususunda mücadele veren 1974 Anayasasının karmaşık programatik mahiyeti, büyük çaplı dokunuşların Anayasa'yı hazırlayanlar tarafından halihazırda yapılmış olduğu ve bırakılmış birkaç boşluğun (varsa) gerekçeli anayasal denetim ile doldurulacağı bir anayasal resim çizmiştir. Bkz. Accetto, Matej, On Law and Politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia, Review of Central and East European Law 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, s. 211.

32 Slovenya Anayasa Mahkemesi Yasama Organı tarafından çıkarılan kanunların yürürlükten kaldırılmasına ilişkin sarıh yetkisi çerçevesinde Yasama Organı ile ilgili anayasal denetim gerçekleştiren bağımsız bir kurum statüsü kazanmıştır. Anayasa Mahkemesinin 1991'den önceki eski işlevinde, Kuvvetler Birliği ve Parlamentonun Üstünlüğü İlkesi nedeniyle, bir kanunun Anayasa'ya aykırı olup olmadığının değerlendirilmesine odaklanılmıştır; 1991 yılından sonra, söz konusu işlev kanunların iptalinin yanı sıra yasama faaliyetinde Yasama Organına kılavuzluk edilmesine ilişkin aktif bir ilişkiye dönüşmüştür. Buna karşın, Anayasa Mahkemesinin Yasama Organına bir taviz vermesi hâlâ mümkündür: Mahkeme tartışmaya açık bir kanun hükmünü yürürlükten kaldıramamaktadır, ancak Yasama Organının Anayasa Mahkemesinin belirli bir kararına yönelik kılavuz ilkelere uygun olarak tartışmaya açık kanun düzenlemesini süresi içerisinde Anayasa'ya uygun hâle getirmesini sağlamaktadır (Bkz. Anayasa Mahkemesi Kanununun 48. Maddesi).

33 Örneğin, Slovenya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi tarafından bir hakimin seçimine yönelik menfi gerekçeler açıklamak gibi hükme dayalı insan hakları ihlallerini kapsayan yargı-

sından bakıldığında, Slovenya Anayasa Mahkemesi menfi bir Yasama Organı rolü üstlenmiştir³⁴. Bu geçiş döneminde, Yasama Organı ne her zaman gelişmeleri takip edebilmektedir ne de hukuk sisteminin bütün tarafları ve kurumlarına yönelik standartlar koyabilmektedir. Bunun sonucunda Mahkeme tarafından verilen yorumlayıcı kararlar³⁵ veya Anayasa Mahkemesinin belirli bir sorunun veya spesifik bir meselenin nasıl çözülmesi gerektiği hususunda Yasama Organına verdiği belirli talimatları içeren tasvif edici kararlar³⁶ ya da belirli tespit kararları ortaya çıkmıştır (Anayasa Mahkemesi Kanununun 48. Maddesi). Buna karşın, Öz Kısıtlama İlkesi uyarınca, Slovenya Anayasa Mahkemesinin gerek menfi (örneğin, iptal yoluyla) gerekse müspet (tasvif edici, yorumlayıcı³⁷ kararlar ve tespit kararları yoluyla) aktif olarak hukuki karar yaratma sürecinde - ki bu işlev nazari olarak Yasama Organına bırakılmış bir işlevdir - yer alması nedeniyle Mahkemeye açık bir sınır uygulanmaktadır. Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesinin yasama faaliyetine ilişkin bir denetim gerçekleştirmesi hasebiyle belirli bir hükmün var olup olmadığına karar verirken aslında kanun oluşturup oluşturmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Her halükarda, Yasama Organı faaliyetlerinde anayasa içtihadının varlığının önüne geçememektedir.

lama usullerinde hakimliğin bir yükümlülüğünü yerine getirmesine ilişkin olarak sunulan enteresan bir görüş olmuştur (Karar Sayısı: U-I-83/94, 14 Temmuz 1994, RS Resmi Gazete'si, Sayı: 48/94; DecCC III, 89).

34 Anayasa Mahkemesinin Yasama Organına ait alana müdahalesi olarak adlandırılan durum ile Anayasa Mahkemesinin yetkisini aştığı ve bazı durumlarda yedek bir Yasama Organına dönüştüğü diğer müdahale biçimleri arasındaki temel farklılık aslında bir kanunu yürürlükten kaldıran Anayasa Mahkemesinin yalnızca "çıkarma" yapabilmesine karşın Yasama Organının ekleme de yapabilmesidir. Diğer taraftan, bir Anayasa Mahkemesi kararı ile kanunun yürürlükten kaldırılması yeni yasal hükümler yazılması ile kıyaslandığında daha düşük seviyede bir hukuk yaratmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin varsayılan tartışmaya açık menfi Yasama Organı işlevini gerçekten uygulamaya koyması veya yeni bir hükmün oluşturulmasına katılmasına yürürlükten kaldırılan yasa hükmünün bulunduğu bağlam, hüküm türüne dayalı olarak ve bazen de yalnızca Yasama Organı tarafından kullanılan yasama tekniğine ilişkin tesadüfî bir şekilde farklılık gösterebilmektedir. Belirlenen Anayasa'ya aykırı hususların yasa metninden çıkarılmasına ilişkin olarak ne kadar alanın Yasama Organına ait olacağı ve ne kadar alanın Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılması gerektiği, çok önemli durumlarda, kısmen Yasama Organının faaliyetlerinin yoğunluğuna bağlı olarak da değişiklik gösterebilmektedir. (Testen, F., Techniques of the Decision-Making Process of the Constitutional Court in the Abstract Constitutional Review, Legal Journal (Pravna praksa), No. 1/99, s. 5).

35 Anayasa Mahkemesinin normalde Yasama Organına ayrılan bir alana girmesi hususunda, bir karar verme tekniği olarak "yorumlama" kullanılmaktadır. Bu yorumlamanın yapılması için Anayasa Mahkemesi hükümlerinde kullanılan ve bir yasal normun belirli unsurlarının müspet bir şekilde açıklandığı bir teknik gereklidir. (Testen, F., The Techniques of Constitutional Court Decision-Making Process in the Abstract Constitutional Review, Legal Journal (Pravna praksa), No. 1/99, s. 5).

36 Tartışmaya açık yasal düzenlemenin Anayasa'ya uygun hâle getirilmesi için Yasama Organına başvurulması.

37 örneğin, 13/93, DecCC II sayılı RS Resmi Gazete'sinde yayımlanan 4 Mart 1993 tarihli ve U-I-125/92 sayılı Karar; 28/91, 52/92 ve 42/93, DecCC II, 67 sayılı RS Resmi Gazete'sinde yayımlanan 13 Temmuz 1993 tarihli ve U-I-108/91 sayılı Karar.

Anayasanın koruyucusu olan Anayasa Mahkemesi yasama organının yanında yer almaktadır. Belirli bir açıdan, Anayasa Mahkemesinin yasama organından üstün olduğunu söyleyebilir, çünkü Anayasa Mahkemesi yasama organının çalışmalarını denetlemektedir (denetleyebilmektedir) ve yasama organı tarafından çıkarılan düzenlemelerin fiili uygulamanın parçası haline gelmesini ve doğrudan hukuki sonuçların doğmasını engellemektedir (engelleyebilmektedir). Buna karşın, Anayasa Mahkemesinin kurumsal konumuna ilişkin daha kapsamlı bir perspektifte mahkemenin (dolaylı sınırlı) daha alt seviyede yer aldığına işaret edilmektedir, çünkü sonuçta olağanüstü bir durumda Anayasa Mahkemesinin koruduğu ve kendisine yetki ve faaliyetlerine yönelik dayanak sağlayan Anayasa’yı değiştirebilecek olan yasama organıdır³⁸.

Anayasa Mahkemesinin kararları bağlayıcıdır. Bu kararların geçerliliği ile ilgili olarak, uygulamada “bir kanun niteliği” taşıdıkları söylenebilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarına saygı belirli bir toplumun hukuk kültürünün seviyesi ve sağlığı açısından bir göstergedir. Kuşkusuz, Anayasa Mahkemesi yasama organının rolünü üstlenemez ki bu kuvvetler ayrılığı açısından kabul edilemeyecek bir husustur. Anayasa Mahkemesi, daha ziyade, menfi yasama organı şeklinde görünmektedir, çünkü mahkeme kararlarının kanun hükmünde olduğu göz önüne alındığında, mahkeme kararları vasıtasıyla kanunları veya genelde münferit hükümlerini iptal etmektedir. Esasen, Anayasa Mahkemesi esasla ilgili müspet kararlara varmamaktadır, kanunların esasını belirlememektedir, kanundaki boşlukları doldurmamaktadır, ancak yalnızca anayasal temellere uygun olmayan içeriği düzeltmekte veya iptal etmektedir ve Anayasa’ya aykırı hükümlerin toplumda hukuki sonuç doğurmasını engellemektedir.

Buna karşın, Anayasa Mahkemesinin yalnızca Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle hukuki uygulamadan çıkarılması gereken hususlara karar verdiği iddiası çerçevesinde, Mahkemenin bir şekilde hukuki normların somut esasını dolaylı olarak belirlememesi gerekmemektedir. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesinin “müspet yasama faaliyetleri” ve esasa ilişkin kararların çerçevesini aktif bir şekilde belirleyen bir taraf olarak rolü gerek kanunların ve münferit hükümlerinin Anayasa’ya uygunluğunun denetlenmesi gerekse Anayasa Mahkemesinin faaliyetlerinin genel çerçevesinin değerlendirmeye alınması ile ilgili olarak ön plana çıkmaktadır.

38 Yasama Organının ihmallerinin anayasa yargısı nda yarattığı sorunlar, Anket – Slovenya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, (XIV. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Kongresi), Vilnius, 2-7 Haziran 2008 (http://www.lrkt.lt/Conference_R.html)

5. Yetkilerin Genişletilmesi – 1991 - 1991'den Sonra Anayasa Mahkemesinin Konumu – Geniş Yetkiler

Anayasa Mahkemesi Kanununun 1(1) Maddesinde Anayasa Mahkemesinin yasama, yürütme ve yargı kuvvetine ilişkin kuvvetler ayrılığı ilkesine ilişkin konumu belirlenmektedir³⁹. Anayasallık ve meşruiyetin korunmasının yanı sıra insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi en yüksek organ şeklinde hareket etmektedir; bu Mahkemenin konumu Anayasa Mahkemesi kararlarının genel bağlayıcılık etkisinin bulunması ilkesiyle (Anayasa Mahkemesi Kanununun 51(1) Maddesi) ve bilhassa Anayasa Mahkemesi kararının genel bir mahkeme tarafından anayasa şikayeti usulünde dikkate alınmasına yönelik olarak vurgulanan ilkeyle (genel mahkeme hükmünün Anayasa Mahkemesi kararı ile yürürlükten kaldırılma olasılığı – Anayasa Mahkemesi Kanununun 59. Maddesi ve ek olarak genel mahkemenin Anayasa Mahkemesinin kararını uygulama yükümlülüğüyle – Anayasa Mahkemesi Kanununun 60(2) Maddesi) belirlenmiştir⁴⁰.

Standartların ortaya konduğu ve bu çerçevede işlevsel özellik taşıyan Anayasa Mahkemesi Kanununda “yüksek” yargı gücünün en üst kısmını oluşturmuştur⁴¹. Halihazırda bahsedildiği üzere, Anayasa Mahkemesinin (en üstte yer alan) konumu Anayasa Mahkemesi Kanunu ile belirlenmiştir⁴².

39 Mevcut Anayasa Mahkemesinin anayasal denetim gerçekleştiren bağımsız ve özerk bir organ olarak anayasal konumu 2 Nisan 1994 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Anayasa Mahkemesi Kanunu ile daha ayrıntılı şekilde düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesi Kanununa ilişkin değişiklikler (51/07 – ZUstS-A sayılı RS Resmî Gazete'si) 15 Temmuz 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Daha sonra, şu değişiklik yapılmıştır: 109/12 - ZUstS-B sayılı RS Resmî Gazete'si). Anayasa Mahkemesi Kanununun ilk resmi konsolide metni 64/07 sayılı Slovenya Cumhuriyeti Resmî Gazete'sinde yayımlanmıştır. 1991 Anayasasının kabulü ile 1994 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanununun kabulü (15/94 sayılı RS Resmî Gazete'si) arasında geçen dönemde, Anayasa Mahkemesi Slovenya Cumhuriyeti Anayasasının Uygulanması Hakkında Anayasa Kanununun (33/91 sayılı RS Resmî Gazete'si) hükümleri dikkate alınarak eski Anayasa Mahkemesi Önündeki Yargılama Usullerine (39/74 ve 28/76 sayılı SRS Resmî Gazete'si) dayalı olarak çalışmalarını yürütmüştür.

40 Ayrıca bkz.: 23/05 sayılı RS Resmî Gazete'sinde yayımlanan Mahkemeler Kanununun 112. Maddesi: Genel mahkemenin nihai kararı veya diğer herhangi bir yargı kararı anayasa şikayeti üzerine verilen bir Anayasa Mahkemesi kararı ile değiştirildiğinde, mahkeme söz konusu kararı Anayasa Mahkemesinin kararı uyarınca uygular.

41 Anayasa Mahkemesinin gerçek anlamda özerkliği ve bağımsızlığının maddi dayanağı bütçe fonlarının yönetilmesine ilişkin özerkliği de dayanmaktadır. Bu nedenle, kanunda Anayasa Mahkemesinin çalışmalarına ilişkin fonların Anayasa Mahkemesinin önerisi üzerine Ulusal Meclis tarafından belirlendiği ve Slovenya Cumhuriyeti bütçesinin bir kısmını teşkil ettiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi Kanununun 8(1) Maddesi). Anayasa Mahkemesi bütçe teklifi yapılması hususunda normalde Devlet bütçesi konusunda teklif yapan Hükûmete bağımlı değildir. Anayasa Mahkemesi bahsedilen fonların kullanımına karar vermektedir (Anayasa Mahkemesi Kanununun 8(2) Maddesi). Bu fonların kullanımına ilişkin kontrol kamu finansmanı, Devlet bütçesi ve kamuya yönelik amaçlarla harcanan paraların denetlenmesi hususunda nihai sorumluluğu bulunan organ konumundaki Sayıştay (Anayasa Mahkemesi Kanununun 8(3) Maddesi) tarafından gerçekleştirilmektedir (Anayasa'nın 150(1) Maddesi).

42 Buna karşın, Yargıtay'ın genel yargı (elbette) kapsamında Devletteki en yüksek Mahkeme

Anayasa Mahkemesi Kanununun söz konusu hükmüyle (Madde 1(1)) ilişkili olarak, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karara yanıt vermeyen yasama organı ve/veya kural koyucuya nasıl yaptırım uygulanabileceği sorusu gündeme getirilebilir⁴³.

Anayasa Mahkemesi anayasallık ve meşruiyetin denetimi ve insan haklarının korunması açısından yetkilendirilmiş en yüksek organdır. Bilhassa düzenlemeleri iptal etme yetkisine sahip olması suretiyle Mahkemenin Anayasa’ya aykırı ve hukuk dışı düzenlemeleri doğrudan hukuk sistemi dışına çıkarma yetkisine sahip olması nedeniyle Mahkeme menfi bir yasama organıdır. Buna karşın, münferit düzenlemeler ve hükümlerinin Anayasa’ya aykırı ve hukuk dışı olduğunu tespit ettiğinde ve yetkili organlardan söz konusu yanlıştan belirli bir süre sınırı içerisinde düzeltmesini istediğinde, Mahkeme dolaylı bir yasama organı olarak görünmektedir. Anayasa Mahkemesi Kanununun 40(2) Maddesi (15/94, 51/07, 64/07 sayılı - resmi konsolide metin - ve 109/12 sayılı RS Resmî Gazete’si) uyarınca, Mahkemenin kararında bir kararı hangi organın ve ne şekilde uygulayacağını belirleme yetkisi de bulunmaktadır. Belirli durumlarda, bu yetki çerçevesinde, Mahkemenin kanundaki bir kuralı kendi hukuk i kuralıyla değiştirebilmesi gerekmektedir ve bu durum belirli bir açıdan da Mahkemenin müspet bir yasama organı şeklinde hareket etmesi anlamına gelebilmektedir. Buna karşın, söz konusu müspet yasa koyma olanakları, Anayasa Mahkemesinin yetkileriyle ilgili düzenlemelerde, mümkün olan en alt düzeyle sınırlandırılmıştır, ancak Anayasa Mahkemesinin işlevini etkili bir şekilde yerine getirmesi için bunlara ihtiyaç vardır⁴⁴.

-
- olduğunun belirtildiği anayasa hükmünün (Anayasa’nın 127(1) Maddesi) yanında, 1991 Anayasasında düzenlemelere ilişkin anayasal denetim işlevi, yargı yetkisine ilişkin ihtilaf-lara karar verme yetkisi ve 1963’ten bu yana eski Anayasa Mahkemesi (Mahkemeleri) tarafından yürütülmüş bulunan diğer yetkiler anayasa şikayeti ve meclis soruşturması başta olmak üzere birtakım yeni yetkilerle genişletilmiştir. Anayasa şikayeti ile birlikte, Anayasa Mahkemesinin konumu insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasına yönelik en yüksek yargı kurumu şeklinde güncellenmiştir. Anayasa Mahkemesi Kanununun 1(1) Maddesiyle, söz konusu konum yalnızca teyit edilmiştir. Bu, Anayasa Mahkemesinin kararlarında genel mahkemelerin içtihatlarının yalnızca insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması açısından “kontrol edildiği” anlamına gelmektedir. Söz konusu genel eğilim açısından ve kuvvetler ayrılığına ilişkin anayasal konsept (Anayasa’nın 3. Maddesi) ve bu çerçevede Anayasa Mahkemesinin özel bağımsız konumu dikkate alınarak, söz konusu ilkeler Anayasa Mahkemesi Kanununun giriş bölümündeki hükümlerde sarıh bir şekilde belirtilmiştir
- 43 Genelde, söz konusu “yaptırım” yalnızca ahlaki bir niteliğe sahip olabilmektedir. Herhangi bir yanıt alınmayan bazı kararlar açısından bakıldığında veya söz konusu yanıtın geciktirilmesi durumunda, Anayasa Mahkemesi hukuki anayasal ve/veya yasal yükümlülüğünü yerine getirmesi için yasa koyucuya (veya herhangi bir hukuki düzenlemenin diğer herhangi bir yazarı) başvurabilmektedir (Slovenya açısından, söz konusu itirazlara “yaptırımların yoğunlaştırılması” denmektedir).
- 44 Hukukun üstünlüğü ile yönetilen herhangi bir çağdaş ve demokratik devletin siyasi ve hukuki kültürü bilhassa üç kuvvetin tamamının devlet organlarının öz kontrol ve/veya iç öz kısıtlamasına dayanmaktadır. Diğerleri arasında, söz konusu ilke parlamentonun Anayasa Mahkemesi tarafından alınan kararlara tutarlı ve doğru bir şekilde saygı gösterme yükümlülüğü ve normatif rolünü yayımlanan anayasa içtihadı uyarınca gerçekleştirmesi anlamına

Hukuk kuramı, bilhassa anayasa hükümlerinin soyut niteliğinden dolayı işlevini doğru bir şekilde gerçekleştirebilmesi için Anayasa Mahkemesinin belirli düzeyde ılımlı ölçülü bir aktivizm göstermesinin gerekli olduğunun farkındadır⁴⁵. Bu açıdan, aktivizme izin verilmesi ve verilmemesi arasında bir fark bulunmaktadır⁴⁶. Her anayasal aktivizm de siyasi aktivizm değildir⁴⁷. Bu açıdan, kuramcılar konu hukuktaki Anayasa'ya aykırı boşluklar olduğunda da Anayasa Mahkemesi kararlarını sorgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi Kanununun 40(2) Maddesinin yukarıda bahsedilen hükmüyle (bir Anayasa Mahkemesi kararının uygulanma şeklinin belirlenmesi) bağlantılı olarak, ılımlı ölçülü aktivizm ile belirli bir toplumsal durumun Anayasa Mahkemesi tarafından konan bir norm ile geçici olarak düzenlenmesi için söz konusu hükmün uygulanması ifade edilmektedir⁴⁸. Buna karşın, Anayasa Mahkemesinin söz konusu kanun hükmünü daimi olarak uygulamaya koyması ve yasama organının söz konusu karara uygun bir şekilde karşılık vermesini yasaklaması durumunda, bu aktivizm müsaade edilemeyecek bir aktivizm şeklinde nitelendirilecektir⁴⁹.

gelmektedir; diğer taraftan, Anayasa Mahkemesinden işlevsel sınırları içerisinde kalması istenmektedir. Buna karşın, hukuk sisteminin yasama organının Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlara saygı göstermemesi ve bunları tanımaması suretiyle anayasa yargısı alanındaki dolaylı müdahalelerini tolere etmesi ile kıyaslandığında, hukuk sistemi, kendi belirgin pozitivist halinde, Anayasa Mahkemesinin yasama organının yetki alanına ilişkin belirli aralıklarla gerçekleşen müdahalelerini biraz daha kolay bir şekilde tolere etmektedir; ve bu şekilde, Mahkeme müspet bir yasa koyucu rolü bile oynayabilmektedir. Yasama konusundaki inatçılık ve keyfiyetin olumsuz sonuçlarının hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devlet açısından, bilhassa Anayasa Mahkemesinin kararlarının en azından göreceli olarak anayasa hakimleri tarafından öne sürülen bir dizi profesyonel açıklayıcı argüman ile oluşturulması ve gerekçelendirilmesi halinde, bu kararların doğurabileceği sonuçlardan daha ağır ve kötü olduğu görülmektedir.

Ortaya konan anayasal düşüncelerin pozitivist - aşırı bir spekülasyon olarak kalıp kalmaması siyasi kültür düzeyi, hukuki bilinç ve hukuk kültürüne bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Bkz.: Teršek, Andraž, Ustavnopravna enigma (1. del), Pravna praksa, Ljubljana, No. 425/99, p. 6.

- 45 P. Jambreč, Ustavna demokracija [Constitutional Democracy], Državna založba Slovenije, Ljubljana (1992), s. 341.
- 46 M. Novak, Delitev oblasti: medigra prava in politike [The Separation of Powers: an Interplay between Law and Politics], Cankarjeva založba, Ljubljana (2003), s. 166–180.
- 47 M. Cerar, (Ne)političnost ustavnega sodstva [The (Un-)Political Character of Constitutional Judiciary]; in: M. Pavčnik, A. Mavčič (eds.), Ustavno sodstvo [Constitutional Judiciary], Cankarjeva založba, Ljubljana (2000), s. 370.
- 48 Örneğin, zorla hastaneye yatırılan akıl hastalarının usul haklarının geçici olarak düzenlenmesi hususunda - kanunda Anayasa'ya aykırı bir boşluk tespit edildikten sonra Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun uygun hükümlerinin benzer şekilde uygulanmasına başvurulması suretiyle - 4/12/2003 tarihli ve U-I-60/03 sayılı Karar, 131/03 sayılı RS Resmî Gazete'si.
- 49 2011 yılında, Anayasa Mahkemesinin aşağıdaki kararı ile bir belediyenin kurulduğu dahi görülmüştür:
Slovenya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 9 Haziran 2011 tarihli ve U-I-114/11 sayılı Karar, 47/201 sayılı RS Resmî Gazete'si : Ankarın yerleşim birimini kapsayan Ankarın İlçesi kurulur. Ankarın İlçesinin merkezi Ankarın'dır. İlk İlçe Konseyi on üç üyeden meydana gelir. İlk İlçe Konseyinin bir üyesi özel oy verme hakkına dayalı olarak temsilcileri olmak

Diğer kamu kurumları ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin özerk ve bağımsız bir kamu kuruluşu olduğu ilkesinden hareketle, Anayasa Mahkemesi Kanununda Anayasa Mahkemesinin çalışmalarına yönelik fonların Anayasa Mahkemesinin teklifi üzerine Slovenya Cumhuriyeti Ulusal Meclisi tarafından belirlendiği ve Anayasa Mahkemesinin bu fonların kullanımına tek başına karar verdiği ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi Kanunu çerçevesinde, Anayasa Mahkemesine kendi düzenlemeleri vasıtasıyla teşkilatı ve çalışmalarının yanı sıra Anayasa Mahkemesi Kanunu ile belirlenmiş usul kurallarını daha ayrıntılı olarak düzenleme yetkisi verilmiştir⁵⁰.

5.1 Yetkiler

1991 Anayasası ile birlikte, Slovenya'daki anayasal denetim sistemine Avrupa modelini izleyen sonraki sistemlerde kabul edilen Anayasa Mahkemesinin bütün standart yetkileri getirilmiştir⁵¹⁻⁵².

- üzere İtalyan milli topluluğu üyeleri tarafından seçilir. Ankarın yerleşim biriminin toprakları Koper Belediyesi topraklarından çıkarılır. Ankarın İlçesindeki ilk seçimler 2014 olağan yerel seçimleri kapsamında gerçekleştirilir. Ankarn İlçesinde, İtalyan milli topluluğu ve üyeleri Slovenya Cumhuriyeti'nin uluslararası hukuki yükümlülüklerinden kaynaklanan bütün hakların yanı sıra Anayasa'nın 64. Maddesinde belirtilen bütün özel haklara sahiptir.
- 50 25 Eylül 2007 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan Anayasa Mahkemesinin Usul Kurallarında (86/07, 54/10 ve 56/11 sayılı RS Resmî Gazete'si) Anayasa Mahkemesinin çalışmalarının düzenlenmesi ve çalışma yönteminin yanı sıra yetki alanına giren konulara ilişkin usul kuralları da daha ayrıntılı şekilde düzenlenmektedir. Ek olarak, Mahkeme Anayasa Mahkemesinin İç İşleyiş ve İdare Kurallarını çıkarmıştır (93/03 ve 56/11 sayılı RS Resmî Gazete'si) .
- 51 Anayasa Mahkemesinin yetkilerinin büyük bir bölümü Anayasa ile sarıh bir şekilde belirlenmiştir. Anayasada kanunlar vasıtasıyla Anayasa Mahkemesine başka yetkilerin de verilebileceği ifade edilmektedir. Geçmişte, anayasa yapıcının Slovenya Anayasa Mahkemesinin yetkilerinin düzenlenmesi hususunda farklı bir ilişkisi olmuştur. İlk anayasal düzenleme (1963 Anayasası) çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi “kanunlar çerçevesinde yetki alanına giren başka görevleri de üstlenebilmiştir”. 1974 Anayasasında söz konusu olanağa yer verilmemiş ve Anayasa Mahkemesi yetkileri münferit olarak belirlenmiştir; ancak yetkilerin değiştirilmesi veya genişletilmesinin yalnızca anayasa değişikliği ve/veya bir anayasa düzenlemesi ile mümkün olacağı vurgulanmıştır. Yürürlükteki anayasa düzenlemesi Anayasa Mahkemesinin diğer bazı yetkiler de üstlenebileceğine ilişkin 1963 düzenlemesini hatırlatmaktadır (Anayasanın 160(1) Maddesi; Anayasa Mahkemesi Kanununun 21(1)(13) Maddesi: örneğin, 5. Madde ve 21. Madde kapsamında, Referandum ve Kamu İnisiyatifi Kanunu, (15/94 sayılı RS Resmî Gazete'si ve değişiklikler). Ek olarak, Anayasa Mahkemesi Ulusal Meclisin referandum çağrısını talebinin anayasallık ve meşruiyetinin denetimine ilişkin talebi konusunda karar verebilmektedir; Özerk Yönetim Kanununun (72/93 sayılı RS Resmî Gazete'si ve değişiklikler) 47.a ve 90.c Maddeleri çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi yerel özerk yönetim organının “anayasa şikayeti” ile ilgili karar vermektedir. Ulusal Konsey Kanununun (44/92 sayılı RS Resmî Gazete'si) 50(3) Maddesi çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi Ulusal Konseyin Ulusal Konsey üyelerinin yetkilerinin onaylanmasına ilişkin kararına yönelik itirazlar hususunda karar vermektedir. Avrupa Parlamentosuna Sloven Üyelerin Seçimi Hakkında Kanunun (98/02 sayılı RS Resmî Gazete'si ve değişiklikler) 23. Maddesi çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi Ulusal Meclisin bir milletvekilinin seçiminin onaylanmasına ilişkin kararına yönelik talep hususunda karar vermektedir.
- 52 Jambreč, P., Prispevek k razpravi o načinih in tehnikah odločanja Ustavnega sodišča, Pravna praksa, No. 6/94, s. 2. Jambreč, P., Razvoj in izhodišča nove slovenske ustavnosti, Nova ustavna ureditev Slovenije, Zbornik razprav, Ljubljana, ČZP Uradni list RS, 1992, s. 7. Je-

5.2 Hakimler

Slovenya - kural olarak - seçim temelli sistemleri kabul etmiştir. Parlamentolar, genel mahkeme hakimlerinin seçimi ile kıyaslandığında, anayasa mahkemesi hakimlerinin seçimi hususunda daha fazla etkiye sahiptir (Anayasanın 163 (1) Maddesi). Anayasa Mahkemesinin bağımsız konumu Anayasa Mahkemesi Başkanının atanma şekliyle daha iyi sembolize edilmektedir. Başkanın meslektaşları - anayasa mahkemesi hakimleri - tarafından atanması durumunda, Mahkemenin bağımsızlığı daha üst bir düzeye gelmektedir (Anayasanın 163 (3) Maddesi).

Anayasa Mahkemesi duruşmaları kamera çekimi eşliğinde veya açık oturum hâlinde gerçekleştirmektedir (Anayasa Mahkemesi Kanununun 35(1) Maddesi). Mahkemenin anayasa şikayetlerinin incelenmesi için üç üyeden meydana gelen panelleri bulunmaktadır⁵³.

5.3 Anayasal Denetim Şekilleri

Hüküm süren baskıcı anayasal denetim sisteminin yanı sıra Anayasa Mahkemesi tarafından önleyici anayasal denetim de yalnızca uluslararası anlaşmaların kabul sürecine yönelik olarak kullanılmaktadır. Bu durumda, Slovenya Anayasa Mahkemesi bir danışma işlevini yerine getirmektedir, ancak mahkemenin görüşü zorunludur ve söz konusu görüşlere karar hükmü verilmektedir (Anayasanın 160(2) Maddesi; Anayasa Mahkemesi Kanununun 70. Maddesi).

Bir kural olarak, Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama usulleri çerçevesinde “dıştan gelen” bir itiraz gereklidir; bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi anayasal denetime ilişkin usulleri resen başlatamaz. Bu husus, çağdaş anayasal denetim sistemlerinin çoğunluğunda görülmektedir. Buna karşın, resen usuller kısmen korunmaktadır. Ancak, Anayasa Mahkemesi usulleri başlatan birincil taraf değildir, çünkü usullerin başlatılması kurum dışındaki itiraz eden taraflara dayanmaktadır. Ancak, Anayasa Mahkemesine başvuru yapılır yapılmaz, Anayasa Mahkemesi spesifik hukuk alanının bütünlüğü,

rovšek, T., Zakon o Ustavnem sodišču, Pravna praksa, No. 5/94, s. 1. Jerovšek, T., Postopek pred Ustavnim sodiščem in pravne posledice njegovih odločitev, Nova ustavna ureditev Slovenije, Zbornik razprav, Ljubljana, ČZP Uradni list RS, 1992, s. 249. Kristan, I., Ustavno sodstvo, Nova ustavna ureditev Slovenije, Zbornik razprav, Ljubljana, ČZP Uradni list RS, 1992, s. 236. Kristan, I., Ustavno sodišče in parlament, Zbornik znanstvenih razprav, Ljubljana, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 1991. Krivic, M., Pravne posledice ustavnosodne razveljavitve in odprave predpisov, Pravnik, No. 910/92, p. 355. Rupnik, J., Ustavnost, demokracija in politični sistem, Maribor, Založba Obzorja, 1975. Šinkovec, J., Ustavno sodišče ob uveljavljanju ustavnosti in zakonitosti, Podjetje in delo, No. 56/93, s. 410. Šturm, L., Ustavno(sodna) presoja o pravni pravilnosti aktov državnih organov, Zbornik znanstvenih razprav, 1996, LVI, s. 261-283.

53 www.us-rs.si ; Usul Kurallarının 10(2) Maddesi

müdahilliği ve ilgili hukuki tedbirlerin birbirine bağımlılığına ilişkin görüşü ile bağlantılı olarak hareket etmekte serbesttir⁵⁴.

Slovenya’daki düzenlemenin spesifik özelliklerinden biri iki iptal şeklinin olmasıdır: ilgili hükme sahip iptal etme (*ex tunc*) ve yürürlükten kaldırma (*ex nunc*). Her iki iptal şekli yalnızca kamuya ait yetkilerin kullanımı için çıkarılan düzenlemeler veya genel düzenlemelerin anayasallığı ve meşruiyetinin denetimi ile alakalı olarak mümkündür (Anayasa Mahkemesi Kanununun 45. Maddesi), ancak bir kanun ya tamamen ya da kısmen yürürlükten kaldırılabilir (*ex nunc*) (Anayasa Mahkemesi Kanununun 43. Maddesi). Kanunda Anayasa’ya aykırı ve hukuk dışı düzenlemeler veya kamuya ait yetkilerin kullanımı için çıkarılan genel düzenlemelerin iptal edilmesine (*ex tunc*) ilişkin tedbirler de belirtilmektedir: Anayasa Mahkemesinin söz konusu Anayasa’ya aykırılık veya hukuk dışılıktan kaynaklanan zararlı sonuçların ortadan kaldırılması gerektiğini belirlemesi halinde, söz konusu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından en başından geçerli olacak şekilde yürürlükten kaldırılmaktadır; söz konusu yürürlükten kaldırma işlemi geriye dönüktür (Anayasa Mahkemesi Kanununun 45(2) Maddesi).

5.4 Farklı Görüşler

Anayasa mahkemesi hakimlerinin karşı oy gerekçeleri/müşterek görüşlerine izin verilmektedir. 1991 yılından önce, federal, cumhuriyet anayasaları ve Özerk Vilayetler olan Vojvodina ve Kosova’nın 1974 anayasalarında anayasa mahkemesi üyesinin farklı görüşünü belirtme, söz konusu görüşe ilişkin yazılı gerekçe bildirme ve bunun dayanağını tayin etme “hakı ve görevi” bulunduğu hükme bağlanmıştır. 1974 tarihli Slovenya Sosyalist Cumhuriyeti Anayasasında 420(2) Maddesinde farklı bir görüş bildiren Anayasa Mahkemesi

54 Anayasa Mahkemesi Kanununun 30. Maddesine göre, Slovenya Anayasa Mahkemesi, kamuya ait yetkilerin kullanılması açısından çıkarılanlar da dahil olmak üzere kanunlar veya genel düzenlemelerin anayasallığı ve meşruiyeti konusunda karar verirken, esas açısından talep veya dilekçedeki öneriye bağlı değildir.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi anayasallık veya meşruiyet açısından itirazın bulunmadığı bu veya diğer bazı genel düzenlemelerin diğer hükümlerinin anayasallığı veya meşruiyetini de değerlendirebilmektedir; ancak söz konusu hükümlerin birbiriyle alakalı olması veya bu işlemin davanın çözümü kavuşturulması açısından kesinlikle gerekli olması lazımdır. Anayasa Mahkemesi Kanununun 59(2) Maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin bir anayasa şikayeti hususunda karar verirken geçmişe dönük olarak yürürlükten kaldırılmış münferit bir kanunun dayanağının Anayasa’ya aykırı bir genel düzenleme veya kamuya ait yetkilerin kullanılması için çıkarılan bir genel düzenleme olduğunu tespit etmesi durumunda, Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeyi geriye dönük veya ileriye dönük hüküm doğuracak şekilde yürürlükten kaldırabilmektedir. Anayasa Mahkemesi, yargı yetkisine ilişkin bir dava ile ilgili karar verirken, hangi organın yetkili olduğuna ilişkin bir karar verebilmektedir ve Anayasa’ya aykırı olduğu veya meşru olmadığı ortaya konan genel bir kanun ya da kamuya ait yetkilerin kullanımı için çıkarılan genel bir kanunu da yürürlükten kaldırabilmektedir veya iptal edebilmektedir (Anayasa Mahkemesi Kanununun 60(4) Maddesi).

üyesinin söz konusu görüşü yazılı şekilde bildirme ve söz konusu görüşü Mahkemeye sunma hakkı ve görevi bulunduğu hükmüne yer verilmiştir. Bu çerçevede, Anayasada herhangi bir yükümlülük getirilmemiş ya da anayasa mahkemesi hakiminin farklı görüş sunma olanağı ortadan kaldırılmamıştır. SRS Anayasa Mahkemesi Önündeki Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda (39/74 ve 28/76 sayılı SRS Resmî Gazete'si) bu hususta herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Buna karşın, 8 Ocak 1975 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılan SRS Anayasa Mahkemesi Kanununda (39/63 sayılı SRS Resmî Gazete'si) 67. Madde çerçevesine Anayasa Mahkemesinin farklı görüşün yazarı olan hakimin rızasıyla söz konusu görüşü yayımlamaya karar verebileceği hükme bağlanmıştır. Yukarıda bahsedilen 1963 tarihli düzenleme uyarınca, farklı görüş Anayasa Mahkemesi tarafından alınan kararın yayımlanması ile birlikte yalnızca bir kez yayımlanmıştır⁵⁵. Slovenya Cumhuriyeti'nin o zamanki anayasal ve yasal düzenlemesi uyarınca, anayasa mahkemesi hakimlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından farklı görüşün yayımlanmasına ilişkin talebi oy birliği ile alınan kararla birlikte ilgili farklı görüşün yayımlanması hususunda Mahkeme açısından bağlayıcılık taşımamıştır⁵⁶. 1974'ten 1990'a kadar, farklı bir görüş bildiren anayasa mahkemesi hakiminin söz konusu görüşün Anayasa Mahkemesi tarafından alınan kararla birlikte yayımlanmasını talep etmemesi ya da farklı bir görüşün oy birliği ile alınan kararla birlikte yayımlanması Slovenya'daki uygulamada görülen bir durum olmamıştır.

Yürürlükteki düzenlemede, bir karara ya da bir karar gerekçesine karşı çıkan bir hakimin Anayasa Mahkemesi Kanununun Usul Kuralları ile belirlenen süre sınırı içerisinde sunulması gereken farklı bir görüş kaleme alacağını beyan edebileceği hususuna yer verilmektedir (Anayasa Mahkemesi Kanununun 40(3) Maddesi)⁵⁷.

5.5 Başvurucular

Hukuki çıkarı bulunduğunu gösteren herhangi bir kişi (gerçek bir kişi ve/veya tüzel bir kişi) Anayasa Mahkemesi önünde yargılama usullerinin münferiden başlatılması talebinde bulunabilmektedir (Anayasanın 162(2) Maddesi; Anayasa Mahkemesi Kanununun 24. Maddesi). Ek olarak, Anayasa Mahkemesi Kanununun 23.a Maddesinde belirtilen organlar soyut (Ulusal Meclis,

55 U-I-31/69 sayılı Karar, SRS Resmî Gazete'si, Sayı 27/70.

56 SRS Anayasa Mahkemesi tarafından 24 Kasım 1986 tarihine tutulan tutanak.

57 Anayasa Mahkemesinin bir oturumunda alınan bir karara karşı çıkan bir Anayasa Mahkemesi hakimi uygulamaya dönük hükümlere karşı çıkması durumunda bir karşı oy gerekçesi veya gerekçelerin ifade edilmesine karşı çıkması durumunda bir müşterek görüş şeklinde olabilen farklı bir görüş sunabilmektedir. Farklı bir görüş bir hakim grubu tarafından sunulabilmektedir ya da bir Anayasa Mahkemesi hakimi diğer bir Anayasa Mahkemesi hakiminin farklı görüşüne katılabilmektedir (71(1) Maddesi).

milletvekillerinin üçte biri, Ulusal Konsey, Hükümet) veya somut anayasal denetim (Ombudsman, Enformasyon görevlisi, Slovenya Bankası, Sayıştay, Cumhuriyet Başsavcısı, yerel idareyi temsil eden organ, yerel idareyi temsil eden birlik, ulusal temsili sendika - ele alınan somut olay ile bağlantılı olarak) talebinde bulunabilmektedir. Söz konusu organların anayasal denetim başlatılmasına ilişkin hukuki çıkarlarını göstermelerine gerek yoktur.

Anayasa Mahkemesi huzurunda davaya katılma hakkı (hukuki çıkar) ile ilgili olarak, Mahkeme kendisinin bahsedilen usul durumunun ele alınması ve kabul edilmesine ilişkin genel sınırlayıcı yönteminin teyit edildiği birçok karar almıştır. Buna karşın, anayasa içtihadı ayrıntılı olarak değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesinin hukuki çıkara ilişkin önceki kararına her zaman tutarlı bir biçimde bağlı kalmadığı görülmektedir. Söz konusu tereddütlerin bir bölümü anayasa içtihadının tutarsızlıklarından biri olarak tanımlanabilmektedir, ancak diğer sapmalar benzer görünen davaların farklı bir şekilde ele alınmasına temel teşkil eden özel durumların sonuçları olarak karşımıza çıkabilmektedir⁵⁸.

Anayasa Mahkemesi Kanununun 24(2) Maddesinden ve uygulamada somut hâle gelmesinden kaynaklanan hukuki çıkar tanımından yola çıkılarak, aşağıdaki unsurlar vurgulanabilmektedir: çıkarın hukuki olması gerekir (bir kişinin hakları, hukuki çıkarları ve/veya hukuki konumuna ilişkin bir ihlalin ortaya çıkması gerekir), ancak böyle bir durumda hukuki çıkardan bahsedebiliriz; bunun yanında, çıkarın şikayette bulunan kişinin kendine ait olması gerekir, bu bağlamda, kişinin kendi ve kişisel hukuki çıkarından bahsetmek-teyiz - itirazda bulunan kişinin kendi hukuki çıkarını göstermesi ve sonuç olarak, Anayasa Mahkemesinin alması beklenen kararın kendi hukuki konumu üzerinde etkisi olacağını göstermesi gerekir ve en önemlisi, şikayette bulunan kişinin kendi ve kişisel hakları, hukuki çıkarı ve/veya hukuki konumuna ilişkin ihlalin doğrudan ve somut olması gerekir⁵⁹.

Bireysel başvuruda bulunanlar⁶⁰ açısından bakıldığında, Anayasa Mahkemesi

58 NERAD, Sebastian. Pravni interes za ustavnosodno presojo zakonov in drugih predpisov, REVUS-revija za evropsko ustavnost, No. 4/2005, GV Založba Ljubljana, s. 42

59 Bahsedilen unsurlardan en az birinin mevcut olmaması halinde, usul açısından hukuki çıkar karinesi bütünüyle mevcut değildir ve Anayasa Mahkemesi esasen söz konusu dilekçeyi reddedecektir.

60 Slovenya Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama usullerinde, Mahkeme aksi yönde karar almadıkça, her katılımcı kendi masraflarını üstlenmektedir (Anayasa Mahkemesi Kanununun 34 (1) Maddesi). Taraflardan birinin davaya mazeretsiz olarak katılmama, gerekli hazırlığın yapılmamış olması veya diğer başka gerekçelerle Mahkemeye gerekli bilgileri sağlamaması ve, bunun sonucu olarak, duruşmanın ertelenmesinin gerekmesi halinde, Mahkeme duruşmanın ertelenmesine ilişkin masrafların söz konusu tarafça ödenmesine karar verebilmektedir (Anayasa Mahkemesi Kanununun 34(2) Maddesi).

Anayasa Mahkemesi, bu Kanun çerçevesinde kullanılan hakları kötüye kullanmaları durumunda, yargılama usullerindeki bir katılımcı veya yetkili temsilcisine 100 ila 2000 Avro ara-

ilk olarak esas açısından verilecek nihai kararın şikayette bulunan kişi üzerinde herhangi bir etkisi bulunup bulunmayacağını incelemektedir (Anayasa Mahkemesi Kanununun 24(1)(2) Maddesi). Bunun aksine, kural olarak, Anayasa Mahkemesi önünde düzenlemelere ilişkin itirazda bulunan kamu kuruluşları ve diğer kuruluşların herhangi bir hukuki çıkar göstermesine gerek yoktur (Anayasa Mahkemesi Kanununun 23.a Maddesi).

Buna karşın, başvuruçular olarak hareket eden kamu kuruluşları ve diğer benzer organlar kamu yetkisinin kullanımına yönelik olarak kendi çıkardıkları düzenlemeler ve genel kanunların anayasallığı veya meşruiyetine ilişkin denetim usulünün başlatılması amacıyla bir talepte bulunamamaktadır (Anayasa Mahkemesi Kanununun 23.a(2) Maddesi).

Anayasa içtihadının istikrarının bir sonucu olarak, hukuki çıkarın temel rolü nedeniyle hukuki çıkar açısından kısıtlayıcı bir yorum getirilmesi gerekmektedir: Anayasa Mahkemesine erişimin kısıtlanması gerekir. Söz konusu kısıtlama hedefi hukuki çıkarın kendi doğasında bulunmaktadır⁶¹. Anayasa Mahkemesinin (bireysel) başvurular ve bununla paralel olarak (bireysel) anayasa şikayetleri nedeniyle aşırı yük altında kalması göz önüne alındığında, hukuki çıkarın kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmasına dayanak sağlanabilmektedir. Buna karşın, diğer taraftan, somut bir olayda kimsenin hukuki çıkarı gösteremeyeceği gerekçesiyle hukuki çıkarın bu şekilde yorumlanması suretiyle bireysel başvuruların (halk şikayetleri) engellenmesine izin verilemez. Hukuki çıkarın bu şekilde kısıtlayıcı bir biçimde yorumlanmasının en uç noktasının nerede olduğu önemli bir sorudur. Bunun yanı sıra, Anayasa Mahkemesine erişimin kademeli olarak sınırlandırılmasının en uç noktasının nerede olduğu da yanıtlanması gereken bir sorudur⁶².

sında değişen bir ceza kesebilmektedir (Anayasa Mahkemesi Kanununun 34.a(1) Maddesi). Ek olarak, Anayasa Mahkemesi, bir başvurunun kanunen belirlenmiş temel bileşenleri içermemesi durumunda, yargılama usullerindeki bir katılımcının avukat olan yetkili temsilcisine önceki fıkrada belirtilen bir ceza kesebilmektedir (Anayasa Mahkemesi Kanununun 34.a(2) Maddesi).

61 Bu nedenle, hukuki çıkar başvurunun bir halk şikayeti (actio popularis) değil, sözde halk şikayeti olarak nitelendirilmesinin önündeki bir engel anlamına gelmektedir.

62 NERAD, Sebastian. Pravni interes za ustavnosodno presojo zakonov in drugih predpisov, REVUS-revija za evropsko ustavnost, No. 4/2005, GV Založba Ljubljana, s. 42; Örneğin bkz. Soyut denetim açısından hukuki çıkarın daha katı yorumlanmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi Kararı (genel mahkemelerin korunması ve anayasa şikayeti önceden tüketilmiştir); Sayı U-1-330/05, U-1-331/05, U-1-337/05 - 18-10-2007, 101/2007 ve DecCC XVI, 79 sayılı RS Resmî Gazete'si (www.us-rs.si).

5.6 Başvurucular olarak Genel Mahkemeler –Anayasal Denetimin Ademi merkezietçi hâle Getirilmesi

5.6.1 Başlıca Sorunlar - Anayasa’ya Aykırılık İtirazı

Anayasa Mahkemesi, uygulamakta oldukları yargılama usulleri esnasında anayasallık veya meşruiyet ile ilgili bir sorunun ortaya çıkması durumunda genel Mahkemelerden talep geldiğinde, hükümlerin somut denetimini sağlamaktadır (Anayasanın 156. Maddesi, Anayasa Mahkemesi Kanununun 23. Maddesi)⁶³.

Slovenya’daki sistemin yoğunlaştırılmış anayasal denetim sistemine dayalı bir sistem olması nedeniyle, genel Mahkemeler somut (incidenter) yargılama usullerine karar verirken anayasal denetim gerçekleştirememektedir. Genel mahkemenin yargılama usullerine ara vermesi ve düzenlemenin anayasal denetimin Anayasa Mahkemesi önünde yapılmasını önermesi gerekir (Anayasanın 156. Maddesi; Anayasa Mahkemesi Kanununun 23. Maddesi). Genel Mahkeme yargılama usullerine ancak Anayasa Mahkemesinin ilgili düzenlemenin Anayasa’ya uygunluğunu denetlemesinden sonra yargılama usullerine devam edebilmektedir (Bundan dolayı, Slovenya’daki uygulamada da bir düzenlemenin yalnızca Anayasa Mahkemesi tarafından hukuk sisteminden çıkarılabileceği ilkesi kabul edilmiştir).

Herhangi bir genel mahkeme önündeki taraflar söz konusu yargılama usullerini etkileyememektedir, çünkü genel mahkemeler, Anayasa’ya uyarınca resmi bir görev olarak, uyguladıkları düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluğuna ilişkin bir sorun ortaya çıktığında yargılama usullerini durdurmak ve davayı denetlenmek üzere Anayasa Mahkemesine havale etmek zorundadır. Anayasa’nın 156. Maddesi ve Anayasa Mahkemesi Kanununun 23. Maddesi uyarınca yargılama usullerindeki taraflardan herhangi birinin bu yönde bir talebi bulunması halinde, mahkemenin (örneğin, genel yargılama usulleri dahilinde) yargılama usullerini durdurmak ve düzenlemenin anayasal denetim talebinde bulunmak zorunda değildir. Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Ka-

63 Ek olarak, bütün idari kamu kuruluşlarının kanunları ve kararlarının yargı denetimi Anayasada özel olarak hükme bağlanmıştır (Anayasanın 120 (3) Maddesi). Ayrıca, Mahkeme görevli ve yetkili mahkemelerin kamu kuruluşları, yerel idare organları ve kamu tüzel kişilerinin idari ihtilaflara ilişkin ve bireyler veya kuruluşların hakları, yükümlülükleri ve hukuki yetkileri ile ilgili olarak verdiği kararların hukuki geçerliliği hususunda karar vermeye yetkili olduğunu tayin etmektedir (Anayasanın 157. Maddesi). Bu, idari organların bütün kesin münferit kanunların (temyize götürülemeyecek olanlar) yargı denetimine tabi tutulması anlamına gelmektedir. Bütün hukuk yollarının tüketilmiş olduğu, ancak bir bireyin anayasal haklarının ihlal edildiğinin iddia edildiği durumlarda, Anayasa Mahkemesi önünde bir anayasa şikayetinde bulunulması mümkündür (Anayasanın 160 (1) (6) Maddesi, Anayasa Mahkemesi Kanununun 50 ila 60. Maddeleri). Bu, genel idari kanunların anayasal denetimin genel mahkemeler değil, Anayasa’ya aykırı veya hukuk dışı genel idari kanunları yürürlükten kaldıracabilecek veya iptal edebilecek olan Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilebilmektedir (Anayasa Mahkemesi Kanununun 59 (1) Maddesi).

nununun atıfta bulunulan hükümleri uyarınca, mahkeme ancak uygulaması gereken düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğu hususunda şüpheleri olduğunda bu şekilde hareket etmektedir⁶⁴.

5.6.2 Anayasa'ya Uygunluk Def'ileri

Anayasa Mahkemesi ve genel mahkemeler arasındaki ilişkilerin enteresan yönlerinden biri Anayasa'nın 156. Maddesinin aşağıda metni verilen hükmü vasıtasıyla ortaya konmaktadır: "Bir mahkemenin herhangi bir husus ile ilgili karar verirken uygulamak zoruna olduğu bir düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varması halinde, söz konusu mahkemenin yargılama usulünü durdurması ve düzenlemenin anayasal geçerliliği hususunu Anayasa Mahkemesine havale etmesi gerekir". Mahkemedeki asıl yargılama usulü ancak Anayasa Mahkemesi kararını verdiğinde devam edebilir. Bundan böyle söz konusu yargılama usulüne "somut denetim" diyeceğiz⁶⁵. Bu hüküm çerçevesinde genel mahkemeler ve Anayasa Mahkemesi arasındaki ilişkiler iki yönden belirlenmektedir. Bir düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin bir hususun Anayasa Mahkemesine havale edilmesi için, genel mahkeme (mahkeme hakimi) ilk olarak tartışmaya açılan (şüpheli) hükmün anlamını tayin etmek ve ikinci olarak söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırılığını kanıtlamak zorundadır. Her iki açıdan da, genel mahkemenin talebi Anayasa Mahkemesinin revizyonuna tabidir. Bu konunun ayrıntılı olarak ele alınması daha fazla zaman alacaktır - bu bağlamda, yalnızca birkaç durumda tartışmaya açık hükmün Anayasa Mahkemesince yapılan yorumunun talepte bulunan mahkemenin yaptığı yorumdan farklılık arz ettiği ve bu durumun anayasallık ile ilgili şüphelerin ortadan kaldırılması ve münferit bir ihlalin çözümüne katkıda bulunması açısından yeterli olabileceğinden bahsedebiliriz. Bu usullerdeki kararların soyut denetim alanında alınan herhangi bir kararla aynı ve herkes açısından geçerli etkilere sahip olduğundan bahsedilmesine gerek yoktur. Karar Resmî Gazete'de yayımlanmaktadır ve kararın etkileri anayasa ihtilafına zemin hazırlayan davanın ötesine geçmektedir. Genel mahkemelelerin bu olanaktan oldukça seyrek bir şekilde yararlanması enteresandır⁶⁶.

64 www.us-rs.si sitesinde yayımlanan 22 Mayıs 1996 tarihli ve Up-70/96 sayılı karara bakınız.

65 Sloven hukuk literatüründe kanunların (ve düzenlemeler) teyit edilmesine ilişkin hükümle ilgili bütün usullere anayasa şikayetinden (bu usullerdeki inceleme konusunun münferit ve, kural olarak, somut düzenlemeler olmasına karşın, hiçbir zaman somut denetim şeklinde ifade edilmeyen) farklı olarak soyut denetim (hiç kuşkusuz bu usullerde soyut düzenlemelerin kontrol edilmesi nedeniyle) denildiğinden bahsetmeyi gerekli görmekteyiz. Somut denetim tabiri Sloven hukuk literatüründe kullanılmamaktadır.

66 Bir yargılama usulünde bir tarafça Anayasa'ya aykırılık açısından bir hususun öne sürülmesi durumunda, genel mahkemenin yükümlülüklerinin ne olduğuna ilişkin açık bir yanıt bulunmamaktadır. Mahkeme resmi bir ara yanıt vermek zorunda mıdır veya mahkeme sorunu kesin kararında ele alabilir mi? Genel mahkemelerin menfi bir biçimde anayasa ile ilgili sorunları ele alma yetkisi bulunmakta mıdır?

5.7 Kararların Mahiyeti ve Etkileri

Mahkeme kararlarına ilişkin soyut denetimin herkese yönelik etkileri bulunmaktadır ve bu, söz konusu kararların belirli bir anayasa ihtilafına taraf olup olmadıklarına bakılmaksızın herkes üzerinde bağlayıcılığı bulunduğu anlamına gelmektedir. Diğer taraftan, anayasa şikayeti kararlarının (Anayasa Mahkemesi Kanununun 59 ve 60. Maddeleri) yalnızca taraflar arasında bağlayıcı etkileri bulunmaktadır; bir başka deyişle, söz konusu kararlar yalnızca bir anayasa ihtilafının tarafları üzerinde bağlayıcıdır. Buna karşın, Anayasa Mahkemesi Kanununun 59(2) Maddesinde belirtilen gereksinimlerin yerine getirilmesi durumunda, bu kararların herkese yönelik etkileri bulunmaktadır (Anayasa Mahkemesinin geçmişe dönük olarak yürürlükten kaldırılmış münferit bir kanunun Anayasa’ya aykırı bir genel düzenleme veya kamuya ait yetkilerin kullanılması için çıkarılan bir genel düzenlemeye dayandığını tespit etmesi durumunda, Anayasa Mahkemesi genel kanunların anayasallığı ve meşruiyetinin denetimine ilişkin hükümleri uygulayarak söz konusu düzenlemeyi geriye dönük veya ileriye dönük hüküm doğuracak şekilde yürürlükten kaldırabilmektedir).

Resmi olarak, Anayasa Mahkemesinin kararlarının yasal bağlayıcılığı bulunmaktadır (Anayasa Mahkemesi Kanununun 1(3) Maddesi)⁶⁷. Uygulamada, bazı kararlarda Anayasa Mahkemesi belirli bir kanun hükmünün (hükümlerinin) Anayasa’ya aykırı olduğunu beyan etmiş ve, Anayasa Mahkemesi Kanununun 48. Maddesine dayalı olarak, yasama organının ilgili Anayasa’ya aykırı hükmün (hükümlerin) ortadan kaldırması için bir süre sınırı belirlemiştir. Bazı durumlarda, yasama organı söz konusu karara karşılık vermiş, ancak, her zaman ilgili süre sınırının olmasından önce bu karşılığı vermemiştir. Süre sınırı sona erip yasama organı yükümlülüğünü yerine getirmediğinde soruna neden olmuş diğer bazı durumlar bulunmaktadır (bazı durumlarda uzun yıllar sonra dahi) Söz konusu durumlar ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi çoğunlukla yasama organının söz konusu ihmallerinin Hukukun Üstünlüğü ilkesi (Anayasanın 2. Maddesi) ve kuvvetler ayrılığı ilkesine (Anayasanın 3(2)

Sorunun uygulama ile biraz ilgisi vardır, çünkü ancak davasında uygulanacak hükmün hakları, hukuki çıkarı veya hukuki konumuna zarar verdiğini göstermesi durumunda, herhangi bir taraf herhangi bir kanun hükmüne yönelik olarak her zaman doğrudan Anayasa Mahkemesi önünde şikayette bulunabilmektedir. Böyle bir durumda, Anayasa Mahkemesinin kesin kararına kadar, umum genel i bir mahkeme usulü resmi olarak durdurmasa da yarıda kesecektir. Örneğin bkz. Soyut denetim açısından hukuki çıkarın daha katı yorumlanmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi Kararı (genel mahkemelerin koruması ve anayasa şikayeti önceden tüketilmiştir); Sayı U-I-330/05, U-I-331/05, U-I-337/05 - 18-10-2007, 101/2007 ve and DecCC XVI, 79 sayılı RS Resmî Gazete’si (www.us-rs.si).

67 Bunun yanında, Slovenya Cumhuriyeti’nin Hukukun Üstünlüğü (Anayasanın 2. Maddesi) ile yönetilen, yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin ayrılığı ilkesinin ortaya konduğu (Anayasanın 3(2) Maddesi) ve insan hakları ile temel özgürlüklere de saygı gösterildiği (Anayasanın 5(1) Maddesi) bir Devlet olduğu anayasa çerçevesinde beyan edilmektedir

Maddesi) aykırı eylemler olduğunu beyan etmiştir. Yasama organının Anayasa Mahkemesinin Anayasa Mahkemesi Kanununun 48. Maddesine dayalı olarak belirlediği bir süre sınırına saygı göstermemesi halinde, Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemenin denetiminin tekrar edilmesi durumunda, yasama organının Anayasa'nın 2 ve 3(2) Maddelerini ihlal ettiğini ortaya koyabilmektedir. Aynı zamanda, "yaptırımların yoğunlaştırılmasına" ilişkin bir olanak da bulunmaktadır⁶⁸.

68 Anayasa Mahkemesinin denetimin tekrar edilmesi hâlinde yaptırımı yoğunlaştırdığı dava: Anayasa Mahkemesi, 74/94 ve DecCC III, 113 sayılı RS Resmî Gazete'sinde yayımlanan U-I-17/94 sayılı ve 13/10/1994 tarihli Kararıyla, bir şirketin mali açıdan yeniden yapılandırılmasına ilişkin bir yöntem olarak bir borçlunun istihdam ettiği çalışan sayısının azaltılmasının da ifade edildiği Konkordato, İflas ve Tasfiye Kanununun 51. Maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna, çünkü yasama organının aynı kanunun 8. Maddesinin ikinci fıkrası uyarınca özel bir kanun hükmüne dayalı olarak işlerine son verilen çalışanların haklarını düzenlemediğine karar vermiştir. Bu karar çerçevesinde, yasama organının kararın RS Resmî Gazete'sinde yayımlanmasından itibaren altı ay içerisinde söz konusu kanunu çıkarması gerekmiştir. Kararın gerekçesinde, mahkeme iflas etmiş şirketlerin işten çıkarılan çalışanlarının haklarının Konkordato, İflas ve Tasfiye Kanununun uygulamaya başlandığı günden itibaren geriye dönük olarak düzenlenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Anayasa'ya aykırılığın düzeltilmesine ilişkin süre sınırı 31 Mayıs 1995 tarihinde sona ermiştir.

Aynı kanun hükmüne karşı çıkılan 28 Haziran 1995 tarihli yeni başvuruda yasama organının Anayasa Mahkemesi kararına saygı göstermediği öne sürülmüştür. Bu nedenle, başvuru devletin hukukun üstünlüğü ile yönetilmesi ilkesinin (Anayasanın 2. Maddesi) ihlal edildiğini öne sürmüştür. Ek olarak, başvuru yasama organının Anayasa Mahkemesi kararına uygun hareket etmeyerek Anayasa Mahkemesinin otoritesini sarstığını iddia etmiştir. Başvurucu Konkordato, İflas ve Tasfiye Kanununun 51. Maddesinin iptalini talep etmiştir.

Anayasanın 161(3) Maddesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının hukuki sonuçlarının kanunla düzenlendiği belirtilmektedir. Ek olarak, Anayasa Mahkemesi Kanununun 48(2) Maddesinde yasama organının ortaya konan Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenen bir süre zarfında düzeltilmesi gerektiği belirtilmektedir. Ele alınan davada, meşruiyete ilk olarak yasama organı tarafından saygı gösterilmesi gerektiğinin hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devletin (Anayasanın 2. Maddesi) temel kurallarından biri olmasına karşın, yasama organı anayasa hükmüne dayalı bir kanun hükmüne uygun hareket etmemiştir.

Söz konusu yükümlülüğe uygun hareket etmeyen yasama organı devletin hukukun üstünlüğü ile yönetilmesi ilkesinin yanı sıra kuvvetler ayrılığı ilkesini (Anayasanın 3(2) Maddesi) ciddi bir biçimde ihlal etmiştir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesine saygı gösterilmesi için kuvvetlerden hiçbirinin diğer kuvvetin yetki alanlarına müdahale etmemesinin yanı sıra bunların hiçbirinin faaliyet alanları dahilinde yerine getirmek zorunda oldukları faaliyetleri - bilhassa söz konusu zorunluluk bir yargı kararı ile getirildiğinde - ihmal etmemesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, anayasal işlevi doğrultusunda, anlaşılır bir biçimde Anayasada hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devletin ilkelerine uygun olarak yetki kullanımına ilişkin temel kuralların söz konusu ihlallerinin ve bu suretle bunlara karşı sistematik tedbirlerin öngörülmediğine daha fazla dikkat çekmek zorundadır.

Anayasa Mahkemesi, yeni bir başvuruyu değerlendirmesi üzerine, Konkordato, İflas ve Tasfiye Kanununun mali yapılandırmaya yönelik bir tedbir olarak istihdamın sona erdirilmesine ilişkin ihtilaflı 51. Maddenin aynı kanunun 8. Maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere çalışanların özel haklarına yönelik kanun hükümleri yürürlüğe girene kadar uygulanmayacağına karar vermiştir. Söz konusu karar, tümünden gelim yorumu uygulanarak Anayasa Mahkemesi Kanununun 43. Maddesinin ilk cümlesinin kıyas yoluyla yorumlanmasına dayalı olarak verilmiştir: bu hükme göre, Anayasa Mahkemesi bir kanunu iptal edebilmektedir, ancak iptalden daha hafif bir müdahale olması sebebiyle, mevcut durumda olduğu

5.8 Yeniden Yargılama

Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama usullerinde yeniden yargılamaya izin verilmemektedir. Anayasa Mahkemesinin kararları bağlayıcıdır (örneğin, Anayasa Mahkemesi Kanununun 1(3) Maddesi) ve aynen uygulanmaktadır (Anayasa Mahkemesi Kanununun 40 (2) Maddesi).

Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama usullerine ilişkin kurallarda herhangi bir yeniden yargılama veya genel olarak halihazırda karara bağlanmış bir anayasa ihtilafına ilişkin yargılamanın tekrar edilmesi de dahil olmak üzere bir Anayasa Mahkemesi kararına karşı herhangi bir istisnai hukuk yoluna yer verilmemektedir.

Uygun bir şekilde ifade etmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi usulen kararının metnine ve/veya karardan “geri dönüş olmaması” hususuna bağlı hareket etmektedir⁶⁹. Karardan geri dönüş olmaması Anayasa Mahkemesinin halihazırda verilmiş bir kararı yürürlükten kaldıramayacağı veya değiştiremeyeceği anlamına gelmektedir. “Yayımlanan veya verilen herhangi bir karar artık Anayasa Mahkemesinin tasarrufunda değildir”⁷⁰.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesinin kararları taraflarca tartışma konusu edilemez. Buna karşın, istisnai bir durum olarak, bireylere kesinleşmiş ulusal kesin bir karara (Anayasa Mahkemesi kararı da dahil olmak üzere) karşı bireysel şikayette bulunma hakkının tanındığı Avrupa İnsan Hakları ve Temel Hakların Korunması Sözleşmesinin dikkate alınması gereklidir⁷¹. Anayasa

gibi olağan bir usulle korunamayacak anayasal değerlerin tehlikeye atıldığı durumlarda söz konusu kanunu askıya da alabilmektedir (geçici olarak uygulamasını durdurabilmektedir). Mevcut davada, Anayasa Mahkemesi söz konusu istisnai karar yolunu seçmiştir, çünkü bir kanunun Anayasa’ya uygun olmadığı Anayasa’ya göre ortaya konmasına göre, yasama organı önemli anayasal değerleri (devletin hukukun üstünlüğü ile yönetilmesi ve sosyal devlet ilkeleri başta olmak üzere) ihlal eden bir kanun düzenlemesinin ortaya konan Anayasa’ya aykırılığını düzeltmek için herhangi bir şey yapmamıştır ve eksik bir kanun hükmünün iptali mümkün değildir veya mantıklı gelmemektedir. İhtilafı bir kanun hükmünün askıya alınmasının da belirli olumsuz sonuçları (konkordato yöntemlerinden birinin kullanımının geçici olarak imkansız hâle gelmesi) olacaktır, ancak, orantılılık ilkesine uygun hareket eden Anayasa Mahkemesi böyle bir karar almıştır, çünkü karara göre söz konusu yöntem ortaya konan Anayasa’ya aykırı kanun düzenlemesinden etkilenen kişilerle alakalı olarak anayasal değerlere uygun hareket edilmesinin sağlanması ve aynı zamanda kuvvetler ayrılığı ilkesine saygı gösterilmesinin en hafif yoludur (U-I-114/95 sayılı ve 7/12/1995 tarihli Karar, 8/95 ve DecCC IV, 20 Sayılı RS Resmi Gazete’si).

69 Unwideraufflichkeit, Jochen Abr. Frowein - Thilo Marauhn, Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und OstEuropa, Cremer, Die Wirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Springer, Band 130, 1998, s. 249.

70 Jochen Abr. Frowein, Thilo Marauhn, Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Springer, Band 130, 1998, s. 249.

71 Sözleşme’nin 34. Maddesi çerçevesindeki bireysel şikayet anayasa şikayetine benzer olağanüstü bir hukuk yoludur (Stackelberg, 87). Ancak genel kabul görmüş uluslararası hukuk ilkeleri uyarınca bütün ulusal hukuk yollarının halihazırda tüketilmiş olması durumunda, Mahkeme davayı ele almaktadır (Anayasanın 35. Maddesi). Bunun yanı sıra, Anayasa

Mahkemesi kararlarına karşı (ulusal) herhangi bir hukuk yolu bulunmaması sebebiyle, söz konusu kararlar verildikleri anda resmi olarak kesinleşmektedir.

5.9 Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yayınlanması

Kararlar ve belirli tavsiye kararları (Anayasa Mahkemesinin böyle bir tercihinin olması durumunda) Resmi Devlet Gazetesi, yerel Resmî Gazete'ler ve/veya yerleşim birimlerinin Resmî Gazete'lerinde ve ilgili genel kanunun yayımlanmış olduğu Resmî Gazete'de yayımlanmaktadır (Slovenca olarak) (Anayasa Mahkemesi Kanununun 42. Maddesi; Usul Kurallarının 69, 73 ve 89 sayılı Maddeleri).

Kararların yayımlanmasından bir gün sonra veya Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenen süre sona erdiğinde, yürürlükten kaldırma kararları (ex nunc) yürürlüğe girmektedir (Anayasa Mahkemesi Kanununun 43. Maddesi). Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlükten kaldırılan bir genel kanun (ex nunc) söz konusu yürürlükten kaldırma işleminin yürürlüğe girdiği günden önce ortaya çıkan ilişkilerin yürürlüğe girmemiş olması halinde, bu ilişkiler açısından uygulanmamaktadır (Anayasa Mahkemesi Kanununun 44. Maddesi).

Anayasa Mahkemesi kararının yayımlandığı günden itibaren üç gün içerisinde, etkilenen herhangi bir kişinin bir Anayasa Mahkemesi kararına dayalı olarak münferit bir kanunun değiştirilmesi veya geriye dönük yürürlükten kaldırılması (ex tunc) veya zararlı sonuçların ortadan kaldırılması talebinde bulunma ve hatta tazminat talebinde bulunma hakkı vardır (Anayasa Mahkemesi Kanununun 46. Maddesi).

6. 2007 ve Sonrasında Dilekçelerin Mahkemenin Kapasitesi Yararına Sınırlandırılması: Yetkilerin Azaltılması?

1991 Anayasası ve 1994 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanununun kabulünden sonra, Anayasa Mahkemesi önündeki dava sayısı yıldan yıla artış göstermiştir. Ek olarak, bu dönemde, anayasal denetim gerekçeleri ve insan haklarının korunmasına yönelik temel standartlar anayasa içtihadı ile ortaya konmuştur. Bahsedilen dönemin ilk bölümünde, bireysel başvurular (halk şikayetleri) öne çıkmıştır, ancak aynı dönemin diğer bölümünde (anayasa şikayetinin 1994 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu ile düzenlenmesinden sonra), anayasa şik-

Mahkemesi önünde bulunan ve tek ferî hukuk yolu konumunda olan anayasa şikayeti (belirli bir ulusal hukuk sisteminde uygulamaya konması durumunda) hukuk yollarının tükeltilmesinin ardından uygulanmaktadır; bu husus yerleşik Avrupa anayasa içtihadı ile de teyit edilmektedir).

kayetleri birinci sırayı almıştır. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama usulleri Anayasa’nın 23(1) Maddesi ile talep edildiği şekilde makul süre boyunca genişletilmiştir⁷².

Bahsedilen insan hakkına saygı gösterilmesi ve anayasal denetim kalitesinin güvence altına alınması 2007 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu değişiklik-

72 Karar verilmemiş dava sayısı ve gecikmeler Slovenya’daki mahkemelerin büyük bölümünde aşırı dava yükü bulunduğunu göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruların üçte ikisinin makul süre içinde yargılanma hakkının ihlali ile ilgili olduğunun belirtilmesi gerekir.

Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi İdari İhtilaf Kanununun Anayasa’ya uygunluğu ile ilgili karar vermiştir (AM (Anayasa Mahkemesi), Sayı U-I-65/05, 22 Eylül 2005, 92 sayılı Resmî Gazete’ 2005). Anayasa Mahkemesi makul süre içinde yargılanma hakkının (Anayasanın 23 (1) Maddesine dayalı olarak) ihlal edildiğinin varsayıldığı halihazırda tamamlanmış yargılamalar olması durumunda etkilenen kişilerin bu hakkının etkili bir yargı koruması olup olmadığı hususunu ele almıştır. Anayasa Mahkemesi İdari İhtilaf Kanununun Anayasa’ya uygun olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin şu ana kadarki mevcut düşüncesi çerçevesinde, yürürlükteki mevzuat dikkate alınarak, yargılanmaya son verildiğinde etkilenen kişinin makul süre içinde yargılanma hakkının ihlal edildiğinin varsayılması durumunda, söz konusu kişi bir tazminat başvurusu yapabilmektedir (Anayasanın 26. Maddesine dayalı olarak). Bir başka ifadeyle, söz konusu başvurunun genel hukukta Borçlar Kanunu ile ortaya konan genel tazminat hukuku kurallarını uygulayan genel mahkeme tarafından gerekçelendirilmesi gerekir. Bu gerekçelerden hareketle, zarar sorumluluğu koşullarının yerine getirilmesi koşuluyla, görevli mahkeme etkilenen kişiye yalnızca maddi ve manevi zarara yönelik olarak bir tazminat ödenmesine karar verebilmektedir. Yukarıdaki husustan bağımsız olarak, Anayasa Mahkemesi - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını dikkate alarak - Slovenya Cumhuriyeti Anayasasının insan haklarının yargı koruması ve bunların ihlaline ilişkin sonuçların ortadan kaldırılması hakkının güvence altına alındığı 15 (4) Maddesinin söz konusu hükümde ihlal sona erdiğinde dahi hakkaniyetli bir tazminatın uygulanma ihtimalini sağlama talebinin (Makul süre içinde yargılanma hakkının yargı koruması kapsamında) hükme bağlandığı şeklinde yorumlanması (Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi ruhuyla) gerektiğine karar vermiştir. Bu çerçevede, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ortaya konan ölçütlerin yargılamanın makul süresinin aşılp aşılmadığına ilişkin değerlendirmeye yönelik olarak uygulanması gerekmektedir.

Anayasanın 157 (2) Maddesine atıfta bulunulduğunda ve makul süre içinde yargılanma hakkına ilişkin yargı korumasına yönelik hüküm bulunduğu dikkate alındığında, İdari İhtilaf Kanununda ele alınan hakkın mahiyetine uygun olan ve ihlalinin sona ermesi durumunda hakkaniyetli bir tazminat talep edilmesine yönelik bir hüküm sağlayacak herhangi bir özel hükme yer verilmemesi sebebiyle, Anayasa Mahkemesi kanunun Anayasa’nın 15 (4) Maddesine uygun olmadığına karar vermiştir (Anayasanın 23 (1) Maddesi ile bağlantılı olarak). Anayasa Mahkemesi yalnızca yürürlükteki mevzuat çerçevesinde ihlalin sona ermesi durumunda makul süre içinde yargılanma hakkına ilişkin etkili yargı koruması hususunda hüküm sağlanıp sağlanmadığı hususuna karar vermiştir. Buna karşın, Mahkeme - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına atıfta bulunarak - yargılamanın hâlâ devam ediyor olması durumunda ele alınan hakka ilişkin yargı korumasının etkinliğine yönelik makul bir sorunun da gündeme geldiğine dikkat çekmektedir. Anayasa Mahkemesinin belirttiği üzere, Mahkemenin kararıyla belirlenen Anayasa’ya aykırı hükümleri ortadan kaldıracak gelecekteki hukuk düzenlemesinin kabul sürecinde, yargılamanın hâlâ devam ediyor olması durumunda ele alınan hakka ilişkin uygun korumaya yönelik uygun koruma hususuna hüküm sağlanması da gereklidir. Ek olarak, bu hususların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul edilen standartlarla uyumlaştırılması gereklidir. Bunun yanı sıra, Devletin ve/veya üç kuvvetin tamamının temel kaygısı yargı işlevinin etkili bir şekilde uygulanmasının hükme bağlanmasıdır.

lerinin (64/07 sayılı RS Resmî Gazete'si) yazarları tarafından kanun taslağının temel sebepleri olarak sunulmuştur.

Bazı nazari görüşler ve beklentilerin ardından, 1991 Anayasasında hukuki çıkar bireysel başvurunun (bir halk şikayeti, soyut denetim) yapılmasına yönelik bir koşul (denetim tedbiri) olarak uygulamaya konmuştur (Anayasanın 162(2) Maddesi). Daha sonra, 1994 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunuyla (15/94 sayılı Resmî Gazete') daha ayrıntılı bir çıkış noktası getirilmiş ve başvurunun haklarının doğrudan ihlali ve/veya hukuki konumunun gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir (Anayasa Mahkemesi Kanununun 24. Maddesi). Ancak, 2007 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanunu değişiklikleriyle birlikte bilhassa bir tüzüğün anayasal denetimin talep edilmiş olduğu durumlarda hukuki çıkarın beklenen şekilde gösterilmesine yönelik unsurlar daha güçlü ve kati bir şekilde belirlenmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu gibi durumlarda aldığı önceki kararlar temel olarak haklar ve hukuki çıkarların genel mahkemeler önündeki münferit (önceki) usullerde öne sürülebildiği münferit örnekler⁷³ ile ilgili olmuştur⁷⁴. Ancak söz konusu korumanın öne sürülemeyeceği durumlarda, Anayasa Mahkemesi önündeki usul geçerli olabilmektedir⁷⁵.

7. Siyasi ve Yargısal Karar Vermenin Anayasal hâle Gelmesi ve Yargısallaşması⁷⁶

Anayasal denetim tekniklerinin insan hakları ve temel özgürlüklere ilişkin anayasa hükümlerinin doğrudan bir etkisinin mantıklı (normatif) bir sonucu olarak bütün mahkemelere yönelik önemli bir yargılama ve karar verme yöntemi haline gelmesi gerektiği daha fazla vurgulanmıştır. Anayasal ve uygunluk denetimi yönteminin genel mahkemelerce uygulanması ve yasama organı tarafından hazırlanan kanunların muhtemel anayasal denetim hususunda

73 Örneğin bkz. Soyut denetim açısından hukuki çıkarın daha katı yorumlanmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi Kararı (genel mahkemelerin koruması ve anayasa şikayeti önceden tüketilmiştir); Sayı U-I-330/05, U-I-331/05, U-I-337/05 - 18-10-2007, 101/2007 ve and DecCC XVI, 79 sayılı RS Resmî Gazete'si (www.us-rs.si).

74 Bu çerçevede, 1960'larda aynı ifadeler teyit edilmiştir: anayasallık ve meşruiyetin korunmasının yalnızca anayasal yargıya devredilmemesi gerekir. 1991 yılından önce uygulamada, Anayasa Mahkemesi bilhassa bireysel davaları reddetmiş ve başvuru sahipleri genel mahkemeler önündeki yargılama usullerine yönlendirmiştir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurular hususundaki temel hakların korunmasının yanı sıra anayasallık ve meşruiyetin tüzüklerle denetimine (bilhassa şehircilik alanında) ilişkin yargı yetkisi geçmişte dahi Anayasa Mahkemesinin gereksiz yere yük altında bırakılması olarak sunulmuştur (bkz. Deset let dela Ustavnega sodišča Slovenije, Dopisna delavska univerza Ljubljana 1974, s. 55).

75 Bu şekilde, anayasal denetim usulü Anayasa yargısı ile "gerçek" bir fer'i koruma mahiyeti kazanmaktadır.

76 TERŠEK, Andraž. Za reformo ustavnosodne politike, Pravna praksa, No. 5/2007, GV Založba Ljubljana, s. 22.

önemli düşüncelerin dikkate alınması gereksinimi yargısallaşma sürecinin temel noktasıdır.

Ulusal hukuk sisteminde soyut anayasal denetimin var olması halinde, yargısallaşma (bu bakış açısından doğrudan uygulanacaktır) daha üst düzeyde olacaktır. Somut anayasal denetimin yanında, yargısallaşma dolaylıdır, ancak aynı zamanda daha uzun sürmektedir ve siyasi açıdan daha az ihtilafa neden olmaktadır. Bu nedenle, Slovenya Anayasa Mahkemesi, halihazırda üç anayasal denetim sisteminin (soyut, somut denetim ve anayasa şikayeti usulleri) de bulunduğu güçlü bir mahkemedir, bu nedenle, siyasi ve yargısal karar verme sürecinin büyük ölçüde anayasal hâle gelmesi ve yargısallaşması mantıklı olacaktır.

Siyasi sürecin bir unsuru olarak anayasal söylemde, kamu siyasi süreci alanındaki bütün tarafların yer alması gerekir: parlamento, hükümet, mahkemeler, anayasa mahkemesi, hukuk uzmanları ve ilgili halk⁷⁷. (Ancak) böyle bir söylem mümkün olan en iyi, siyasi açıdan gerçekten mantıklı ve Anayasa’ya uygun kararlar alınmasının kapısını açacaktır. Anayasal yargı, genel yargı ve siyaset (yasama organı) arasındaki anayasal diyalogun Anayasa’nın üstünlüğünün savunulması, adaletin geliştirilmesinin yanı sıra insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasına ilişkin en önemli mekanizma olması gerekmektedir. Bu bağlamda, anayasacılık ve anayasal politika açısından değerlendirildiğinde, bilhassa Anayasa mahkemesi ve genel mahkemeler arasındaki diyalogun güçlendirilmesinin yanı sıra genel mahkemelerin karar verme sürecinde anayasa hükümlerinin uygulanması hususunda genel yargı üzerinde doğrudan bir baskı oluşturulması (“dikey anayasacılık ve yargısallaşma”) gereklidir.

Ayrıca, birtakım görüşlere göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin⁷⁸ (kendi inisiyatifine dayanmasına karşın) “zarar gören tarafa adilane tazmin sağlanmasına” ilişkin bir örneğinden hareketle, Anayasa Mahkemesinin meşru bir şekilde yetkilendirilip yetkilendirilmediğinin değerlendirilmesinin de

77 İlk andan (1960lardan) bu yana anayasal denetime ilişkin bilimsel makalelerde benzer görüşlerin belirtilmiş olması enteresandır: Her halükarda, meşruiyet ve anayasallığın korunmasına yönelik etkisi azaltılmış bu görev anayasa mahkemelerine tahsis edilmekten ziyade bütün toplumsal aktörlere verilmiştir: mahkemeler, “sosyo-politik topluluklar” şeklinde ifade edilen yapıların yetkilileri, öz yönetim kuruluşları ve yerel öz yönetim kuruluşları ve kamu kuruluşlarında görev yapan herkes”. (Acetto, Matej, On Law and Politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia, Review of Central and East European Law 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, s. 208).

78 (Avrupa) İnsan Hakları ve Temel Hakların Korunması Sözleşmesi - 41. Madde. Adilane tazmin: Mahkemenin Sözleşme veya ek protokollerine ilişkin bir ihlal olduğunu tespit etmesi durumunda ve ilgili Yüksek Sözleşme Tarafının iç hukukunda yalnızca kısmen tazminata olanak tanınması halinde, Mahkeme, gerekmesi halinde, zarar gören tarafa adilane tazmin sağlar.

anayasal açıdan kabul edilebilirliği olduğu ifade edilmektedir.

Bu çerçevede, anayasal yargının hukuki düzenlemesine ilişkin değişikliklerin uygulanması ve hukuk sisteminin anayasallaşması ve anayasallığın geliştirilmesi (dikey) yönünde herhangi bir değişiklik olmaksızın anayasal yargının aşırı yük altında bırakılması mümkün değildir. Bu nedenle, içtihadın rolü ve önemine ilişkin, emsaller ve/veya stabil içtihadla ilişkin geleneksel düşünce biçiminin değiştirilmesi gereklidir; ek olarak, “anayasa ve kanunların hakimler açısından bağlayıcı olmasına” ilişkin anayasa hükmünün (Anayasanın 125. Maddesi) anlaşılması gerekir.

Buna karşın, çeşitli Sloven kuramcılar bireylerin Anayasa Mahkemesine (mümkün olduğunca serbest şekilde) erişimi ile yalnızca insan haklarının korunmasının ifade edilmediği, aynı zamanda söz konusu hususun bir hukuk düzeninin gerçek anayasallığına yönelik önemli bir destek sağladığı hususunda uyarıda bulunmaktadır. Bu nedenle, söz konusu kuramcılar Anayasa Mahkemesine bireysel erişim ve hukukun üstünlüğü ilkesine saygı gösterilmesi arasındaki bağlantıya vurgu yapmaktadır⁷⁹.

Anayasa Mahkemesi Kanununa 2007 yılında yapılan söz konusu değişikliklerle bireylerin Anayasa Mahkemesine erişimi kayda değer biçimde sınırlandırılmıştır. Kabul edilen değişikliklerle söz konusu ek sınırlamaların bilhassa gereksiz gecikme olmaksızın yargılanma hakkı açısından yapılması gereken bir değişiklik olduğu düşüncesiyle daha katı ölçütler getirilmiştir (örneğin, Anayasa'nın 23(1) Maddesi). Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesine eskiden kapsamlı bir şekilde sağlanan bireysel erişim çok gerekli görülmemiştir; her halükarda, insan hakları ve temel özgürlüklere ilişkin koruma yargılamanın önceki aşamaları esnasında bir genel mahkeme (çeşitli genel mahkemeler) tarafından sağlanmaktadır. Bu sebeple, 2007 yılındaki Anayasa Mahkemesi Kanunu değişikliklerini destekleyen parlamento temsilcilerinin teyit ettiği üzere, sınırlı erişim çok da dezavantajlı olmayacaktır. Buna karşın, diğer taraftan, Anayasa Mahkemesine (“tam”) erişimin tüm olumlu etkilerinin gözlemlenmeyecek olmasının kamu kuruluşlarının kendi başlarına en büyük öneme sahip olduğuna ilişkin yorumu açık bir şekilde gösterdiğini öne süren diğer Sloven kuramcılar da bulunmaktadır. Ek olarak, kamu kuruluşlarının (fiilen halka hizmet vermek için ödeme yapılan) hizmet verebilme düzeyi devamlı olarak göz ardı edilmektedir⁸⁰. Bunun yanı sıra, kamu kuruluşlarının “yalnız-

79 KRISTAN, Andrej, Tri razsežnosti pravne države, Slabitev pravne države z omejevanjem dostopa do ustavnega sodišča, revus (2009) 9, s. 65–89

80 MAVČIČ, Arne. The applicant before the constitutional court with a special reference to the individual application : comparative and Slovenian aspect. V: TAŞKIN, Ahmet (Hukuk Doktoru). AİHM ve Türkiye-II: anayasa Şikâyeti ve AİHM : uluslararası sempozyum, 10 Aralık 2010, Ankara, (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, no. 8). [Ankara: Türkiye Adalet Akademisi: 2010?], s. 125-167.

ca araç” olduğu anlaşılamamaktadır. Hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devletin toplumda bir arada yaşayan insanların hizmetine sunulacak hukuk kurallarının uyumunu ve daha eksiksiz olmasını da güçlendirmesi gerekmektedir. Bu nedenle, odak noktasının hukuk kuramından bireye kaydırılmasının gerekli olduğuna ilişkin bu öneriler ve uyarıların⁸¹ göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Anayasal denetime ya uygunluk denetimine kapsamlı bir bireysel erişim sağlanması insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasına katkıda bulunmaktadır, herhangi bir hukuk düzeninin demokratikleştirilmesini hızlandırmaktadır ve aynı zamanda devletin hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde yönetilmesini geliştirmektedir⁸².

Bu sebeple, Anayasa Mahkemesine bireysel erişimin sınırlandırılmasının yasal düzenin demokratik niteliğini nasıl zayıflatabileceğinin farkına varılması gerekecektir. Hukukun üstünlüğü ilkesinin bireysel erişimin kolay bir şekilde feda edilebilecek (ya da değiştirilebilecek) bir husus olduğuna ilişkin anlayışla geliştirilmemesi gerekmektedir⁸³.

81 KRISTAN, Andrej, Tri razsežnosti pravne države, Slabitev pravne države z omejevanjem dostopa do ustavnega sodišča, revus (2009) 9, s. 65–89

82 Ek olarak, bireysel erişimin kapsamlı olması yönetimdeki kamu kuruluşları üzerinde doğrudan bir denetim ve ihtilafların hukuk düzeni dışına çıkarılması ve bu şekilde, hukuk düzeninin kademeli olarak gelişimini (anayasaya uygunluğun getirilmesi) de sağlamaktadır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesine daha kapsamlı bir bireysel erişim vatandaşların yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri üzerinde doğrudan ve çabuk bir kontrol başlatma olanağına sahip olduğu bir hukuk düzeninin demokratikleştirilmesini teşvik etmektedir. Bazı durumlarda, söz konusu kontrolün çoğunluğun iradesi ile ters düşeceği açıktır; ancak söz konusu gerilim de anayasal demokrasinin temel unsurlarından biridir. Bunun yanında, herkesin denetim başlatma hakkı hiç kuşkusuz temsil gücünün temel unsurlarından biridir.

83 KRISTAN, Andrej, Tri razsežnosti pravne države, Slabitev pravne države z omejevanjem dostopa do ustavnega sodišča, revus (2009) 9, s. 65–89. Ayrıca, bkz. MAVČIČ, Arne, The constitutional review . The Netherlands: BookWorld Publications, cop. 2001. s. 74-75.

8. KAYNAKÇA

ACCETTO, Matej, On Law and politics in the Federal Balance: Lessons from Yugoslavia, Review of Central and East European Law 32(2007), Martinus Nijhoff Publishers, s.191-231

CONSTITUTION of the Republic of Slovenia, Official Translation (Cerar Miro, Grad Franc, Mavčič Arne, Šinkovec Borut, Lidiya Šega, Barlič Nina, Metcalfe Roger, De Vos Dean, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2001

DESET let dela Ustavnega sodišča Slovenije, izd. Ustavno sodišče Slovenije, Založba Dopisna delavska univerza, Ljubljana 1974, s. 23

HARUTYUNYAN, Gagik, MAVČIČ, Arne . Constitutional review and its development in the modern world : a comparative constitutional analysis . Ljubljana; Yerevan: Hayagitak, 1999. s. 444, graf. [COBISS.SI-ID 105830144]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lani=en&base=COBIB&RID=105830144>

JAMBREK, Peter. Prispevek k razpravi o načinih in tehnikah odločanja Ustavnega sodišča, Pravna praksa, No. 6/94, s. 2

JAMBREK, Peter. Razvoj in izhodišča nove slovenske ustavnosti, Nova ustavna ureditev Slovenije, Zbornik razprav, Ljubljana, ČZP Uradni list RS, 1992, s. 7

JAMBREK, Peter, Ustavna demokracija, Državna založba Slovenije Ljubljana 1992, s. 338-339.

JEROVŠEK, T. Postopek pred Ustavnim sodiščem in pravne posledice njegovih odločitev, Nova ustavna ureditev Slovenije, Zbornik razprav, Ljubljana, ČZP Uradni list RS, 1992, s. 249

JEROVŠEK, Tone. Zakon o Ustavnem sodišču, Pravna praksa, No. 5/94, s.1

KRBK, Ivo, Ustavno sudovanje, Zagreb 1960, Izdavački zavod Jugoslavenske akademije znanosti I umjetnosti

KRIVIC, Matevž. Pravne posledice ustavnosodne razveljavitve in odprave predpisov, Pravnik, No. 910/92, s. 355

KRISTAN, Andrej, Tri razsežnosti pravne države, Slabitev pravne države z omejevanjem dostopa do ustavnega sodišča, revus (2009) 9, s. 65–89

KRISTAN, Ivan. Ustavno sodstvo, Nova ustavna ureditev Slovenije, Zbornik razprav, Ljubljana, _ZP Uradni list RS, 1992, s. 236

KRISTAN, IVAN. Ustavno sodišče in parlament, Zbornik znanstvenih

razprav, Ljubljana, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 1991

MAVČIČ, Arne. Slovenia. V: BLACKBURN, Robert (ur.), POLAKIEWICZ, Jörg (ur.). Fundamental rights in Europe : the European Convention on Human Rights and its member states, 1950-2000 . New York: Oxford University Press, 2001, s. 781-808. [COBISS.SI-ID 154111]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lani=en&base=COBIB&RID=154111>

MAVČIČ, Arne. Konstitucionnaja žalova v Slovenii : vystuplenie zaveduščego otdela meždunarodnyh svjazej Konstitucionnogo suda Respubliki Slovenija Arne Mavčiča . Azarbaycan Respublikasi Konstitusiya Mahkamasi-nin melumati, 2004, 1, s. 97-99. [COBISS.SI-ID 239103]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lani=en&base=COBIB&RID=239103>

MAVČIČ, Arne. Konstitucionnyj kontrol v Respublike Slovenija . Evropejskie pravovye kul'tury, 2002, 1, No. 1, s. 441-463. [COBISS.SI-ID 197887]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lani=en&base=COBIB&RID=197887>

MAVČIČ, Arne. La aceptación de un moderno sistema de protección de derechos humanos por la justicia constitucional en Eslovenia . Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional, 2007, No. 7, s. 181-197. [COBISS.SI-ID 305663]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lani=en&base=COBIB&RID=305663>

MAVČIČ, Arne. Slovenian constitutional review : its position in the world and its role in the transition to a new democratic system . Ljubljana: Nova revija, 1995. s. 235, [18] s. ek. ISBN 961-6017-25-X. [COBISS.SI-ID 55585280]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lani=en&base=COBIB&RID=55585280>

MAVČIČ, Arne. Sloveniya Respublikasi konstitusiya mahkamasinin analitik va beynalxalq amakdaşliq idarasinin rahbari. Azarbaycan Respublikasi Konstitusiya Mahkamasinin melumati, 2003, 1, s. 97-106. [COBISS.SI-ID 190207]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lani=en&base=COBIB&RID=190207>

MAVČIČ, Arne. Sloveniyada konstitusiza şikayati : Sloveniya Respubli-

Haşim Kılıç'a Armağan

kasinin konstitusija mahkamasinda beynalxalq alaqalar şöbasinin müdiri Arne Mavčičin çıxış . Azarbaycan Respublikasi Konstitusija Mahkamasinin melumati, 2004, 1, s. 69-71. [COBISS.SI-ID 239359]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lani=en&base=COBIB&RID=239359>

MAVČIČ, Arne. The adoption of the new of first constitutions in the countries in transition : the Slovenian example . Pravni život, 2002, 472, 51, 12, s. 1013-1036. [COBISS.SI-ID 513402488]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lani=en&base=COBIB&RID=513402488>

MAVČIČ, Arne. The Constitutional Law of Slovenia (International Encyclopedia of Laws), The Hague, London, Boston, 1998.

MAVČIČ, Arne. The constitutional review . The Netherlands: BookWorld Publications, cop. 2001. s. 240, ilustr., zvd. ISBN 90-75228-18-X. [COBISS.SI-ID 152063]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lani=en&base=COBIB&RID=152063>

MAVČIČ, Arne. The Protection of Fundamental Rights by the Constitutional Court and the Practice of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia, The Protection of Fundamental Rights by the Constitutional Courts. Proceedings of the UniDem Seminar, Brioni/Croatia, on 23-25 September 1995, European Commission for Democracy through Law, Collection Science and Technique of Democracy, No. 15, Council of Europe Publishing, 1996, s. 204-231

MAVČIČ, Arne. The Republic of Slovenia . V: KORTMANN, C. A. J. M. (ur.), FLEUREN, J. W. A. (ur.), VOERMANS, Wim (ur.), KINDLOVÁ, Miluše. Constitutional law of 10 EU member states : the 2004 enlargement. Deventer: Kluwer, 2006, s. X/1-X/60. [COBISS.SI-ID 300287], the second edition, 2014

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lani=en&base=COBIB&RID=300287>

MAVČIČ, Arne, The Slovenian Constitutional Review, MV d.o.o., Postojna, 125. s., www.concourts.net

MAVČIČ, Arne, Justicia constitucional en Eslovenia, Porrúa-IMDPC, Mexico City, 2011, 266 s. ISBN 978-607-09-0682-4

MAVČIČ, Arne, LETNAR ČERNIČ, Jernej, ZAGORIČNIK MARINIČ, Petra, MATIJAŠEVIĆ, Nina, BOHINC, Erazem, ALEN, André (ur.), HALJAN, Da-

vid (ur.) . Slovenia, (Constitutional Law, 100). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, cop. 2012. 378 s. ISBN 978-90-654-4944-3. [COBISS.SI-ID 71986177]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lan=en&base=COBIB&RID=71986177>

MAVČIČ, Arne. Undsën huulijn hjanalt . Ulaanbaatar hot: Mongol Ulsyn Undsën, cop. 2014. 220 s., ilustr., zvd. ISBN 978-99962-68-19-9. [COBISS.SI-ID 78784257]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lan=en&base=COBIB&RID=78784257>

MAVČIČ, Arne. The Slovenian Constitutional Court and its activities during the period of transition . Revue de justice constitutionnelle Est-Européenne, 2001, 2, s. 229-251. [COBISS.SI-ID 155391]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lan=en&base=COBIB&RID=155391>

MAVČIČ, Arne. The Slovenian constitutional review : an exception among systems and experiences in the new democracies . Journal Constitutional Law Eastern Central Europe, 1997, vol. 4, No. 2, s. 169-214. [COBISS.SI-ID 74751]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lan=en&base=COBIB&RID=74751>

MAVČIČ, Arne. The specialities of Slovenian constitutional review as compared with the current systems of souch review in the new democracies . V: DE VERGOTTINI, Giuseppe (ur.). Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei paesi dell'Europa centro-orientale, (CISR, 21). Torino: G. Giapichelli, cop. 2001, s. 161-188. [COBISS.SI-ID 97791]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lan=en&base=COBIB&RID=97791>

MAVČIČ, Arne. The applicant before the constitutional court with a special reference to the individual application : comparative and Slovenian aspect. V: TAŞKIN, Ahmet (Hukuk Doktoru). AİHM ve Türkiye-II: anayasa Şikâyeti ve AİHM : uluslararası sempozyum, 10 Aralık 2010, Ankara, (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, no. 8). [Ankara: Türkiye Adalet Akademisi: 2010?], s. 125-167.

http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/conf3/Mavcic_Tr_BireyselBasvurununTemelOzellikleri.pdf . [COBISS.SI-ID 397823]

http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/conf3/Mavcic_Tr_BireyselBasvurununTemelOzellikleri.pdf

selBasvurununTemelOzellikleri.pdf

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lani=en&base=-COBIB&RID=397823>

MAVČIČ, Arne. Dostop posameznika do sodne presoje ustavnosti in zakonitosti . Dignitas, ISSN 1408-9653, 2010, [Št.] 45/46, s. 91-107. [COBISS.SI-ID 393215]; ayrıca bkz. www.concourts.net-Lectures

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lani=en&base=-COBIB&RID=393215>

<http://www.concourts.net-Lectures>

MAVČIČ, Arne. Verfahrensarten, Entscheidungswirkungen und die einstweilige Anordnung in der slowenischen Verfassungsgerichtsbarkeit . V: FROWEIN, Jochen Abr. (ur.), MARAUHN, Thilo (ur.). Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 130). Berlin [etc.]: Springer, cop. 1998, s. 427-440. [COBISS.SI-ID 74495]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lani=en&base=-COBIB&RID=74495>

MAVČIČM, Arne: [http:// www.concourts.net](http://www.concourts.net)

<http://www.concourts.net>

MAVČIČ, Arne. Zakon o ustavnem sodišču s pojasnili, (Zbirka Nomos). Ljubljana: Nova revija, 2000. s. 426 ISBN 961-6352-06-7. [COBISS.SI-ID 106511360]

<http://cobiss.izum.si/scripts/cobiss?command=DISPLAY&lani=en&base=-COBIB&RID=106511360>

NERAD, Sebastian. Pravni interes za ustavnosodno presojo zakonov in drugih predpisov, REVUS-revija za evropsko ustavnost, No. 4/2005, GV Založba Ljubljana, s. 42

NOVAK, Marko. Še o diskrecijski izbiri vlog za ustavnosodno presojo, Pravna praksa, No. 9/2007, GV Založba Ljubljana, s. 16

Slovenya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesini Resmi Web Sitesi : <http://www.us-rs.si>

<http://www.us-rs.si>

PAVLIHA, Marko. O reformi ustavnega sodišča, Pravna praksa, No. 48/2006, GV Založba Ljubljana, s. 6

A. M. Mavčič: Slovenya'da Anayasallık Denetiminin 50. Yılı

YASAMA ORGANININ İHMALLERİNİN ANAYASA YARGISINDA YARATTIĞI SORUNLAR, Anket – Slovenya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Ulusal rapor, (XIV. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Kongresi), Vilnius, 2-7 Haziran 2008 (http://www.lrkt.lt/Conference_R.ht)

http://www.lrkt.lt/Conference_R.ht

RIBIČIČ, Ciril. Razbremenjevanje ESČP in Ustavnega sodišča, Podjetje in delo, No. 7/2007, GV Založba Ljubljana, s. 993

STONE SWEET, Alec, Constitutions and Judicial Power, in Caramani Daniele, Comparative Politics, Oxford, Založnik Oxford University Press, 2008, ISBN 0199298416, 9780199298419, s. 217-239.

ŠTURM, Lovro. Ustavno(sodna) presoja o pravni pravilnosti aktov državnih organov, Zbornik znanstvenih razprav, 1996, LVI, s. 261-283

TERŠEK, Andraž. Za reformo ustavnosodne politike, Pravna praksa, No. 5/2007, GV Založba Ljubljana, s. 22

TERŠEK, Andraž, Ustavnopravna enigma (1. Del), Pravna praksa, Ljubljana, No. 425/99, s. 6

TESTEN, Franc. Tehnike odločanja Ustavnega sodišča v abstraktni presoji, Pravna praksa, No. 1/99, s. 5.

Ustavnosodno varstvo v Sloveniji, Dopisna delavska univerza, Ljubljana September 1972, s. 5

WITTLIN, Maggie, Memorandum from Maggie Wittlin to Prof. Dr. Arne Mavčič, Head of the Analysis and Internat'l Cooperation Dep't, Constitutional Court of the Republic of Slovenia (July 15, 2009)

Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o Ustavnem sodišču, EPA 1323-IV, druga obravnava – MDT, Poročevalec Državnega zbora, No. 35/07 of 14/5-2007

Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o Ustavnem sodišču, Predlog zakona, No. 700-03 / 93 - 0002 / 0033, EPA: 1323 – IV, Poročevalec

Državnega zbora, No. 35/2007 of 14.05.2007 - Poročilo MDT

10 godina rada Ustavnog suda Jugoslavije, izd. Ustavni sud Jugoslavije, Beograd, oktobra 1973, s. 16-17

Hasan Tahsin GÖKCAN
(*Anayasa Mahkemesi Üyesi*)

TÜRK ANAYASA YARGISINDA BİREYSEL BAŞVURU KAPSAMINDA MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

I. GİRİŞ

Adil yargılanma hakkı söz konusu olduğunda hak arama hürriyetinin varlığı kadar, bu hakkın etkili bir biçimde kullanılabilmesi için, uyuşmazlıkların makul bir süre içerisinde sonuçlandırılması da büyük önem taşımaktadır. Gerçekten, uzun yargılama süreçleri, kişilerin gelecek tasavvurları yönünden belirsizlik ve huzursuzluğa yol açmakta ve yargı sisteminden beklentilerini yitirmelerine de neden olmaktadır.¹ Bu önemi dolayısıyla, geniş bir haklar manzumesi niteliğinde bulunan adil yargılanma hakkı içerisinde '*makul sürede yargılanma hakkı*' da yer almıştır.

Adil yargılanma hakkının bir gereği olarak devletin, uyuşmazlıkları makul bir sürede sonlandıracak yargı sistemini oluşturma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, hakkın ihlali kapsamında değerlendirilmektedir.

Adil yargılanma hakkı, esasında hukuk devleti ilkesiyle bağlantılı olduğundan, bütün demokratik hukuk devletlerinde güvence altına alınması zorunlu görülmektedir. Bu güvence kimi zaman hukuk devleti kavramının yorumlanmasına dayandırılmakta, kiminde ise özel bir hüküm olarak yer almaktadır. 1982 Anayasası'nda hak arama hürriyeti düzenlenirken 36. maddenin ilk fıkrasında yapılan değişiklikle (3.10.2001 – 4709 / m.14) kişilerin '*adil yargılanma hakkına sahip*' oldukları ifade edilmiştir. Böylece Anayasa'nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkına özel olarak yer verilmiştir.

Diğer taraftan, adil yargılanma hakkı ve dolayısıyla onun kapsamında kalan makul sürede yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS / Sözleşme) 6. maddesi ile de güvence altına alınmıştır.² Üye ülkeler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzaladıklarında, Sözleşmede yer alan

1 Davaların makul sürede bitirilememesinin, yargı önünde hak aranmaktan kaçışa ve toplumda hukuk dışı eylemlere eğilimi artıracağına ilişkin görüşler için bkz. **Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, 12. B. Ankara 2011, s. 266.

2 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 4 Kasım 1950 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından, Roma'da imzalanmıştır. Sözleşme, 10 üye ülkenin kabulü ile 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi, 10 Mart 1954 tarihinde 6366 sayılı Kanunla uygun bulmuş, 18 Mayıs 1954 tarihinde de Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne vermesiyle birlikte, Sözleşme yürürlüğe girmiştir.

bütün hak ve özgürlükleri, hem kendi vatandaşları, hem de ülkede bulunan tüm yabancılara tanımış olmaktadırlar. Sözleşme, taraf devletlere insan haklarını güvenceye alıcı birtakım yükümlülükler getiren *ortak hukuk belgesi* niteliğindedir.³

Sözleşmenin 46. maddesi uyarınca, akit taraflar, tarafı oldukları davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AHM / Mahkeme) kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. Sözleşme'nin 44. maddesi uyarınca, Mahkemenin kesinleşen kararları aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz. Mahkemenin kesinleşmiş kararları, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir. Sözleşmeyi diğer uluslararası sözleşmelerden ayıran en önemli yönü de, taraf devletlerin Sözleşmeye uyumlarını denetleyecek yargı ve siyasal organların bulunmasıdır.

Sözleşmenin yargısal denetimi 1954 yılında oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı'na verilmiştir. Bu iki organın yerini, 1 Kasım 1998 yılında yürürlüğe giren 11 No.lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi almış ve Bakanlar Komitesinin yargı yetkisi kaldırılmıştır.

Anayasanın 90/5. maddesi uyarınca, usulünce yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir ve bunlar aleyhine Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamaz. Ayrıca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanun hükümleri çatıştığında andlaşmalar üstün tutulmaktadır.

Türk hukukunda Sözleşme kapsamında, iç hukuktaki hak ihlallerine karşı bireysel başvuru yolunun kabulü, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 18. maddesiyle ve halkoylamasıyla tahakkuk eden Anayasa değişikliği sonucunda gerçekleşmiştir. 5982 sayılı Kanunun 18. maddesiyle, Anayasa'nın 148. maddesine 3, 4 ve 5. fıkralar eklenmiş ve Anayasa ve AİHS'de güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlükleri ihlal edildiğini iddia eden herkese Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı tanınmıştır.

Bu incelemenin amacı, Anayasa'nın değişik 148/3-5. maddesine dayalı olarak 2011 yılında 6216 sayılı Kanunla kabul edilen ve 23.9.2012 tarihinden itibaren uygulaması başlayan, Türk Anayasa yargısında bireysel başvuru yolu bakımından makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesidir.

3 **Tunç**, Hasan, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2000, C. 17, s. 184.

II. HAKKIN ANAYASAL TEMELİ

Anayasanın ‘hak arama hürriyeti’ başlıklı 36. maddesinde, “herkesin ...adil yargılanma hakkına sahip” olduğu ifade edilirken, içerdiği diğer alt haklarla birlikte bir bütün olarak ‘adil yargılanma hakkı’ düzenlenmektedir. Makul sürede yargılanma hakkı ayrıca düzenlenmese dahi, Anayasa’nın 36. maddesinin kapsamı içerisinde olmakla, Anayasal güvenceyi haizdir. Buna karşın, önemi dolayısıyla makul sürede yargılanma hakkı Anayasada ayrıca güvence altına alınmıştır. Esasında Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesinin de makul sürede yargılanma hakkına dayanak gösterilebileceği ileri sürülebilir.⁴ Ancak konu özel olarak düzenlendiği için genel düzenlemeye gitmeye gerek bulunmamaktadır. Diğer taraftan *makul sürede yargılanma hakkı* kavramına Anayasa’nın 19/7. maddesinde tutuklular yönünden yer verilmiştir. Bu konu aşağıda ayrıca değerlendirilecektir.

Anayasanın, mahkemelerdeki temel yargılama usullerinden söz eden 141/4. maddesinde; “*davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir*” hükmü yer almaktadır.

Anayasanın bu hükmünde, önce usul ekonomisiyle ilgili temel ilke, daha sonra da adalete mümkün olan en kısa sürede ulaşılması hedefini belirleyen ‘makul sürede yargılanma hakkı’ düzenlenmiştir. Doktrinde de 141/4. maddenin, makul sürede yargılanma hakkının güvencesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.⁵ Düşüncemize göre, Anayasadaki ‘mümkün olan sürat’ ibaresiyle, yargılamanın, adalete ulaşmak için gerekli olandan daha fazla uzun sürmemesi hedefi ortaya konulmuştur.⁶ Başka bir anlatımla, adalete ulaşmak yargılamanın temel idesi olmakla birlikte, yargılamanın uzun sürmesinin taraflar üzerindeki olumsuz etkisi nedeniyle, haklar ve menfaatler arasında denge kurulmak istenilmektedir.

Makul sürede yargılanma hakkı esasında adil yargılanma hakkının unsuru niteliğindedir. Ancak, düşüncemize göre Anayasada özel olarak düzenlenmiş olduğundan, makul süre ile ilgili davalarda 36. maddeyle birlikte 141/4.

4 Bkz.; Özbek / Kanbur / Doğan / Bacaksız / Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.B. Ankara 2013, s. 61.

5 İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Ankara 2013, s. 283; İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3.B. İstanbul, 2008, s. 370; Pekcanitez, /Atalay/Özekes,, Medeni Usul Hukuku, 12. B. s. 266 ; Öztürk, Bahri ve Diğ., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. B. Ankara 2014, s. 158. Doktrinde Anayasa’nın 141/4. maddesinin makul süre bakımından destek hüküm olduğu görüşü de savunulmaktadır; Başar, Mükerrrem Onur, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı, 12 Levha Yy. İstanbul 2011, s. 16.

6 Nitekim bazı yazarlar, Anayasa’nın 141/4. maddesinden söz etmemekle birlikte makul sürede yargılanma hakkının, “hızlılık ilkesi” olarak adlandırılabilceğini belirtmektedirler; Özbek / Kanbur / Doğan / Bacaksız / Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.B. Ankara 2013, s. 61.

maddenin de temel dayanak madde olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna karşın AYM kararlarında temel dayanak madde olarak 36. madde gösterilmekte, 141/4. maddeye ise neredeyse yardımcı hüküm gibi yer verilmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir: *“Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümüleri olan alt ilke ve haklar, Anayasa’nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı bir çok kararında, ilgili hükmü Sözleşme’nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşme’nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir.*

Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olup, ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa’nın 141. maddesinin de, Anayasa’nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.”⁷

Hatta AYM başvuru hakkındaki sonuç değerlendirme sırasında Anayasa’nın 141/4. maddesiyle bir ilişki kurmadan, başvuru hakkında 36. madde yoluyla cevap vermektedir ;

*“Başvuruya konu kamulaştırma bedelinin tespiti davasında; yargılamanın iki derece mahkeme önünde toplam 28 ay sürdüğü, ilk derece mahkemesinin bu süre zarfında, başvuruçunun ve davacı idarenin iddialarına ilişkin karar vermek için davanın esasını incelediği, bedel tespitine esas verileri topladığı, bilirkişi raporuna başvurduğu, taraflara itiraz için süre verdiği, tarafların itirazlarını dikkate aldığı, bu itirazlara istinaden ek bilirkişi raporu aldığı ve bir yıl 18 günde karar vererek bedelin başvuruçuya ödenmesini sağladığı; davanın temyiz incelemesinin 9 ayda tamamlandığı görülmüş ve yargılama süresinin bütünü dikkate alındığında mahkemeler nezdinde başvuruçunun haklarını ihlal edecek şekilde gecikme olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Açıklanan nedenlerle, başvuruçunun **Anayasa’nın 36. maddesinde** güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmediği açık olduğundan, başvurunun bu bölümünün diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *“açıkça dayanaktan yoksun olması”* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”⁸*

Anayasa kuralının ve makul sürede yargılanma ilkesinin amacı; davaların uzun yıllar içerisinde sürüncemede kalmasını ve böylece adaletin gecikerek,

7 AYM B. No: 2012/13, 2/7/2013, prg. 38; B. No : 2013/5390, 30.6.2014, prg. 56, 57.

8 AYM B. No: 2013/252, 26.6.2014, prg. 34, 35.

H. T. Gökcan: Makul Sürede Yargılanma Hakkı

tarafların davanın ne şekilde sonuçlanacağı konusunda uzun süre endişe içerisinde yaşamalarını önlemektir.⁹

Anayasa Mahkemesi, makul sürede yargılanma hakkının amacını çeşitli kararlarında şu şekilde açıklamaktadır:

“Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunması ile adaletin gerektiği şekilde temini ve hukuka olan inancın muhafazası olup, hukuki uyumsuzluğun çözümünde gerekli özenin gösterilmesi gereği de yargılama faaliyetinde göz ardı edilemeyeceğinden, yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir.”¹⁰

Makul sürede yargılanma hakkı her ne kadar davaların mümkün olan süratle sonuçlanmasını gerektirmekteyse de, bu hakkın kullanımı, adil yargılanma hakkının diğer unsurlarının varlığını ortadan kaldıracak biçimde yorumlanmamalıdır. Sözelimi, yargılanmaya ilişkin tarafsız ve bağımsız mahkemede yargılanma, yargılanmanın usuli güvencelerin temin edildiği bir yargılama süreci içerisinde makul sürede yargılama yapılmasından söz edilmelidir. Diğer adil yargılanma hakları ile makul sürede yargılanma hakkının çatıştığı hallerde, çatışan diğer hakkın adil yargılanma hakkı bakımından vazgeçilmez nitelikte olup olmadığı gözetilerek sonuca gidilmelidir.

Doktrinde belirtildiği üzere, tarafsız ve bağımsız bir mahkemeye başvurma hakkı ile makul sürede yargılanma hakkının çatışması durumunda iki anayasal hak arasında ölçülülük testi yapılması gerekebilir.¹¹ Bu testin amacı, yargılamada sürati sağlamaya yönelik düzenlemelerin, adil yargılanma hakkının diğer öğelerini ölçüsüzce engellemesine yol açıp açmadığını denetlemektir.

Örneğin Anayasa Mahkemesi, Danıştay’ın dava dairelerinin nihai kararlarına karşı Danıştay’a temyiz yoluyla başvurma imkanı getiren düzenlemenin, yargının davaları süratle bitirme göreviyle bağdaşmadığı iddiasına dayalı iptal istemini kabul etmemiştir.¹² Yine, asliye ceza mahkemelerinin duruşmalarında C. Savcısının bulunmayacağına ilişkin hükmü incelerken, Anayasa’nın 36 ve 141/4. maddesini birlikte değerlendirmiş ve iptal istemini reddetmiştir.¹³ Ayrıca AYM’nin diğer bir kararında, belli bir miktarı geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarında hukuk mahkemelerinden verilen nihai kararlara

9 Krş.;**Gölcüklü**, Feyyaz, Yargılama Makamları Önünde Makul Süre, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yy. Nisan 1995, cilt.3, sayı 2, s. 10; Şentürk, Candide/**Bayzit**, Tuğba, Makul Sürede Yargılanma Hakkı, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2011, S. 17, s. 183.

10 AYM B. No:2012/13, 2.7.2013, prg. 40; B. No. 2013/4424, 6.3.2014, prg. 39.

11 İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s. 284.

12 AYM 21.6.1991, 1991/1 E. – 1991/16 K.; İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s. 284.

13 AYM 19.1.2012, 2011/43 E. – 2012/10 K.

karşı temyiz yolunun kapatılması, davaların uygun sürelerde bitirilmesini sağlayacağı görüşüyle Anayasa'ya aykırı görülmemiştir.¹⁴Buna karşın, hukuk davalarında dava konusunun ıslah yoluyla artırılmasına imkan tanımayan düzenleme, davacının hakkını almak için yeni bir dava açmaya zorlanması karşısında, mahkemelerin, Anayasa'nın 141. maddesinde yer alan, *"davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması"* görevine engel olacağı görüşüyle iptal edilmiştir.¹⁵

III. USUL HUKUKUMUZDAKİ DÜZENLEMELER

Hukuki ve cezai uyuşmazlıklarla ilgili usul hukukumuzda da davaların süratle sonuçlandırılmasını amaçlayan hükümler yer almaktadır.

Hukuk davalarında uygulanacak usul kurallarını düzenleyen 6100 sayılı HMK'nın 30. maddesi uyarınca; *"hakim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür."* Ayrıca HMK içerisinde yargılamanın gecikmeden bitirilmesi için öngörülmüş diğer usul kuralları yer almaktadır.

Ceza yargılamaları bakımından da 5271 sayılı CMK'nın 190/1. maddesinde; *"Duruşmaya, ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir. Ancak, zorunlu hallerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verebilir."* denilmektedir. CMK'nın 190/1. maddesinde de, duruşmaya ara verilmeksizin yargılamaya devam edilerek hükmün verileceği, ancak zorunlu hallerde ise, *"davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebileceği"* belirtilmektedir. Ceza hukuku doktrininde, ceza yargılamasında *"çabukluk ilkesi"* nin geçerli olduğu ve bu ilke uyarınca zorunluluktan kaynaklanan istisnalar dışında yargılamanın aralıksız olarak devam ederek sonuçlandırılması gerektiği belirtilmektedir.¹⁶

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

A. Genel Olarak Makul Sürede Yargılanma Hakkı

"Herkes, gerek medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar, gerek cezaî 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 isteme hakkına sahiptir." (AİHS m.

14 AYM 20.1.1986, 1985/23 E. – 1986/2 K.; mahkemenin benzer kararları için bkz. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s. 283.

15 AYM 20.7.1999, 1999/1 E. – 1999/33 K.

16 Ünver, Yener/ **Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.B. Ankara 2010, s. 54.

6/1-1.cümle.)

Mahkemeler, yargılama süreçleri sonunda verdikleri kararlarla adaleti temin etmektedirler. Ancak, yargılamanın gereğinden çok uzaması durumunda, verilen karar adaletli olsa dahi, süreç içerisinde taraflar bundan olumsuz etkilendikleri gibi, kararın etkililiği de azalmaktadır. Ceza davaları bakımından uzun yargılama süreçleri, akıbetinin ne olacağına ilişkin belirsizlik nedeniyle kişileri etkilemektedir. Bilindiği üzere suç isnadı altında kalmak kişilerin toplum nazarındaki itibarlarını eksiltmektedir. Adaletin geciktirilmesinin toplum için önemli bir sorun oluşu, tarihte bazı hukuk metinlerine de geçmiştir. 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'da, *"kimseye hakkı ve adâleti satmayacağız, menetmeyeceğiz ve geciktirmeyeceğiz"* ifadesiyle, adaletin geciktirilmeyeceği sözü verilmiştir¹⁷. Gerçekten, adaletin gecikmesi, gerek ülkemiz¹⁸ ve gerekse tüm toplumlar¹⁹ için önemli bir sorun olagelmıştır. Günümüzde de geciken adaletin etkili olmayışı, *"geciken adalet adalet değildir"* (justicedelayed, jisticedenied)²⁰ özdeyişi ile ifade edilmektedir. Doktrinde değinildiği üzere, davaların makul süre içerisinde bitirilememesi, tarafların yargıya olan güvenini sarsmakta ve özellikle de davanın gecikmesinde yararı olana *cesaret* vermektedir.²¹ Hukuk devleti ilkesi açısından da devletin bu konudaki görevi, yargıya olan güveni sağlamak ve bu güveni devam ettirmek için etkili bir yargı sistemini kurmaktır.²² Bu nedenlerle, yargılamaların hakkaniyeti uygun bir süre içerisinde bitirilmesi hususu, adil yargılanma hakkı kapsamı içerisinde ayrı bir hak başlığı olarak ortaya çıkmıştır.

Doktrinde "makul sürede yargılanma hakkı" adıyla kabul gören²³ bu hak ile, yargılamanın hakkaniyete aykırı bir süreye yayılması önlenmek istenilmektedir. Böylece mahkeme kararları daha etkili olabilecek, yargılama süreçleri taraflar için psikolojik olarak çöküş dönemi olarak algılanmayacaktır. Yine bu hakkın diğer bir yansıması, uzun yargılamalar dolayısıyla hakkı ihlal

17 **Kaşıkkara**, M. Serhat, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı, TBB Dergisi, Sayı 84, 2009 s. 243.

18 Ülkemizdeki uzun yargılama örnekleri ve bunların bireysel ve toplumsal etkileri konusunda bkz. **Kuntman**, Osman, Makul Bir Süre İçinde Bitmeyen ve Adil Yargılanma Hakkını Ortadan Kaldıran Uzun Süren Davalarla İlgili Bir İnceleme, İstanbul Barosu Dergisi, 86 (3), 2011, s. 40 vd.

19 Bir örnek verirse; Fransa'da işten çıkartılan 17 madencinin, işten çıkartılmalarının hukuksuz olduğu iddialarına yönelik olarak açtıkları dava 63 yıl sonra 2011 yılında sonuçlanmıştır; Hürriyet Gazetesi, 27 Mart 2011, nakleden **Kuntman**, agm. s. 49.

20 Ünal, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Yayınları, Ankara 2001, s. 183; İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, s. 356; **Doğru**, Osman/**Nalbant**, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, 2012, s. 634.

21 **Kaşıkkara**, agm. s. 244.

22 **Gölcüklü / Gözübüyük**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 10. B. Ankara 2013, s. 284.; **Gözlügöl**, Said Vakkas, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Hukukumuzda Etkisi*, Ankara 1999, s. 133.

23 Bkz., **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Medeni Usul Hukuku, 12.B. s. 266.

edilen kimseye tazminat hakkı tanınarak, bir ölçüde ihlalin telafi edilmesidir.

AİHS taraf devletlere, Sözleşme kapsamındaki hakları güvenceye alacak hukuk düzenini kurma yükümlülüğü getirmiştir. Bu nedenle akit devletler, adil yargılanma hakkı²⁴ ve bu hak kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkını tesis etmeyi temin edebilecek bir hukuk düzeni ve yargı sistemini kurmakla mükelleftirler.²⁵ Bu mükellefiyet, her bir dava dosyası bakımından geçerlidir. Başka bir anlatımla, mahkemeler düzeni genel olarak makul sürede karara ulaşıyor olsa dahi, belirli bir veya birkaç davanın zamanında bitirilememesi hâlinde hak ihlali bulunduğu kabul edilmektedir. Yine, belirli bir dönemde davaların yığılması karşısında kaynakları artırmayıp, yapısal sorunu çözmemesi nedeniyle de devletler hak ihlali nedeniyle sorumlu tutulmaktadır.²⁶ Ancak davaların ani bir nedenle teraküm etmesiyle ilgili değerlendirme farkına aşağıda işaret edilecektir.

AİHM, Sözleşme ile devletlere yüklenen hükmün amacını bir kararında şöyle açıklamıştır :

*“Bütün hak arayanlar için geçerli olan bu hükmün amacı, kişileri yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak; özellikle ceza davalarında suçlanan kişinin, uzun süre davasının nasıl sonuçlanacağı endişesi yaşamasını önlemektir.”*²⁷

Uzun yargılamalar nedeniyle hak ihlali iddiaları Strazburg Mahkemesinin meşgul olduğu konuların başında gelmiştir. Uzun yargılama iddiaları sadece Türkiye için değil, Kıta Avrupası ve Anglosakson hukuk sistemleri bakımından da söz konusu olmuştur.²⁸ Ancak bu konuda Türkiye'nin yargı sisteminin de ciddi derecede sorunlu olduğuna işaret etmek gerekmektedir.

B. Hakkın Kapsamı

1. Tutuklulukta Makul Süre Kavramıyla Karşılaştırılması

Anayasanın 19/7. maddesi uyarınca; “tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yar-

24 Adil yargılanma hakkı AİHM içtihatlarına göre demokratik bir toplumda öyle önemli bir yer tutar ki, Sözleşme'nin 6. maddesinin dar bir yoruma tabi tutulması için hiçbir gerekçeyle meşru kabul edilemez; AİHM Perez v Fransa, 2004-I; 40 EHRR 909 prg. 64, (Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara 2013, s. 203).

25 Susmann v Almanya 1996 – IV ; 25 EHRR 64 prg. 55; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 285.

26 Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 285.

27 Stogmüller v Avusturya, 10.11.1969, A/9, prg. 5; ; İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3.B. İstanbul 2008, s.372.

28 Söz gelimi İtalya hakkındaki yüzlerce makul süre başvurusu, AİHM tarafından, İtalya'da Sözleşmeye aykırı bir uygulama olduğu kanısını uyandırmıştır; Bottazzi v İtalya davası, 1999-V, prg. 22; Harris / O'Boyle / Bates / Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 287.

H. T. Gökcan: Makul Sürede Yargılanma Hakkı

gılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır.” Bu düzenleme, Sözleşme hükümleriyle uyumludur.

Nitekim, tutuklulukta makul süre, kişi özgürlük ve güvenliği ile ilgili olarak AİHS'nin 5/3. maddesinde de güvenceye alınmıştır. Bu hüküm uyarınca, *“tutuklanan kişinin, makul bir sürede yargılanmaya veya yargısal kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır.”*

Anayasa ve Sözleşme hükümlerinde tutuklulukta makul süreyle ilgili hükümlerin amacı, kişinin makul bir süreyi aşar biçimde tutuklu kalmasının önüne geçilmesidir. Tutuklu kişiler, makul süre içerisinde hakim önüne çıkma ve makul süre içinde yargılanma hakkına sahiptirler. Buna karşın makul sürede yargılanma hakkı ile, kişilerin akıbetleri belirsiz bir şekilde uzun yargılama süreçlerine maruz kalmaları önlenmek istenilmektedir. Fakat belirtmek gerekir ki, tutuklu kişilerin yargılanmaları sürecinde 5. ve 6. maddelerdeki bu iki güvencenin birlikte var olduğu açıktır. Dolayısıyla, tutuklu kişilerin davalarının, diğer davalara nazaran daha bir süratle sonuçlandırılması için gereken tedbirlerin alınması da devletler için bir yükümlülüktür. Nitekim AİHM Wemhoff – Almanya kararında, *“tutuklu sanığın, davasına öncelik verilme ve özel bir hızla hareket edilmesini isteme hakkı vardır”*²⁹ derken, bu hususa işaret etmiş olmaktadır. Diğer taraftan, tutuklu sanıkların yargılanmalarında, mahkumiyet kararı verilmesiyle, ‘suç isnadı ile tutulma’ statüsü sona erdiğinden, temyiz aşamasında yalnızca 6/1. maddedeki *makul sürede yargılanma hakkı* söz konusu olmaktadır.³⁰

2. Hakkın Uygulanacağı Uyuşmazlıklar

Sözleşmenin 6. maddesi yalnızca medeni hak ve uyuşmazlıklar bakımından değil, bir suç isnadına dayalı (cezai) uyuşmazlıklar için de güvence sağlamaktadır. Bu nedenle, AİHM tarafından, makul sürede yargılanma hakkının her iki tür uyuşmazlıklar için de geçerli olduğu kabul edilmektedir.

Medeni hak ve yükümlülükler kavramı kural olarak özel hukuk uyuşmazlıklarını içermektedir. Bu anlamda, miras, aile hukuku, iş hukuku, ticaret hukuku, sözleşme hukuku, haksız fiiller, sigorta hukuku ve mülkiyet hukuku 6. madde kapsamındadır. Ancak AİHM’si bu kavramı otonom bir yaklaşımla yorumladığından, bazı kamusal nitelikli uyuşmazlıkları da medeni haklar içerisinde görebilmiştir. Uyuşmazlığın kişiler arasında veya kişilerle devlet arasında gerçekleşmesi ve uyuşmazlığın sonuçlarının, başvurucunun medeni

29 Wemhoff – Almanya kararı, prg.26; İncoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3.B. s. 371.

30 Harris/O’Boyle/Bates/Bates/Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 284.

hak ve yükümlülükleri üzerinde etki doğurması yeterli görülmektedir.³¹ Örneğin, devletin bir hukuki işlemi veya eylemi ile müdahale ettiği bir hak veya yükümlülük mali veya mal varlığına ilişkin ise, bu davada 6. madde uygulanmalıdır.³² Ticari veya mesleki faaliyette bulunma hakları ve devletin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden (polisin kötü muamelesi, mal varlığına haksız el koyma, uzun yargılama, hatalı tutuklama ve mahkumiyet vb.) doğan tazminat davaları da 6. madde kapsamında görülmektedir.

Mali nitelikte bulunmadığı halde, aile hayatına saygı, çocukların devlet korunmasına alınması, mahpusların aile ilişkileri, yaşam hakkı, vücut bütünlüğü üzerindeki hak, özgürlük hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı, isim hakkı, örgütlenme özgürlüğü, ifade ve toplanma özgürlüğü, idari belgelere erişim hakkı gibi hakların da 6. madde kapsamında bulunduğu kabul edilmiştir.³³

AİHM, istisnaları olmakla birlikte vergi yükümlülüğüyle ilgili uyuşmazlıklarda kamusal niteliğin ağır bastığını ve 6. maddenin uygulanamayacağını benimsemiş, sosyal güvenlik primlerinin ödenmesinde ise özel hukuk niteliğini öne çıkararak, adil yargılanma güvencelerinden yararlanacağını kabul etmiştir. Siyasal nitelikli haklardan olan parlamento seçimlerinde aday olma ve oy verme hakları ve siyasi partinin kapatılması hakkı veya işçi konseyi temsilcisi olarak seçilmeye ilişkin uyuşmazlıklar da 6. madde kapsamı dışında tutulmuştur. Yine, yabancıların ülkeye girişi, ülkede kalma ve sınır dışı işlemleri, asker ve kolluk personelinin istihdam uyuşmazlıkları, askerlik yapma zorunluluğu, vatandaşlık hakkı, eğitim hakkı, sosyal konut hakkı gibi konular da kamu hukuku alanında ve dolayısıyla kapsam dışında görülmüştür.³⁴

Cezai alanda suç isnadı kavramı; ilgili devletin iç hukukundaki düzenleme, suçun gerçek niteliği ve öngörülen yaptırımın vasfı ve ağırlığı gibi kriterler aracılığıyla açıklanmaktadır.³⁵ İlk olarak, iç hukukta bir husus ceza hukuku anlamında suç olarak nitelenmişse, bu uyuşmazlık 6. madde kapsamına

31 **Mole**, Nuala/**Harby**, Catharina, Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa Konseyi, 2001, s. 21.

AİHM bir kararında medeni hak ve yükümlülükler kavramını şöyle açıklamıştır: “Medeni hak ve yükümlülükler” kavramı sadece davalı Devlet’in iç hukukuyla bağlantılı olarak yorumlanamaz [...] Mahkeme, “medeni hak ve yükümlülükler” kavramının özerk bir kavram olduğu sonucuna varmakla birlikte, ilgili Devlet’in mevzuatının bu bağlamda önem taşımadığını da düşünmemektedir. Bir hakkın Sözleşme kapsamındaki anlamıyla medeni olarak algılanıp algılanmayacağı, ilgili Devlet’in iç hukukundaki yasal sınıflandırılmasına değil, maddi içeriğine ve ilgili hakkın etkilerine dayanılarak kararlaştırılmalıdır.” König – Almanya, 28 Haziran 1978, Seri A No. 27, prg. 88, 89; **Dutertre**, Gillers, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayını, 2013, s. 145.

32 **EditionsPeriscope v Fransa** A 234-B (1992); **Harris/O’Boyle/Bates/Bates/Buckley**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 216.

33 **Harris/O’Boyle/Bates/Bates/Buckley**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 221.

34 **Harris/O’Boyle/Bates/Bates/Buckley**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 221- 224.

35 Bu kriterlerin uygulandığı önemli bir karar, AİHM **Engel v Hollanda** kararıdır (A-22 1976). Ayrıca, bkz. **Ezeh ve Connors v Birleşik Krallık** 2003; **Harris/O’Boyle/Bates/Bates/Buckley**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 207.

girecektir. Konu iç hukukta suç olarak nitelenmemişse, bu takdirde diğer iki kriter öne çıkmaktadır. Bu kriterlerden birinin geçerli olduğu durumda uyuşmazlık kapsam içerisinde görülmelidir. Hapis cezası öngörülen isnatlar kural olarak cezai suç isnadı içerisinde görülmektedir. Öztürk - F. Almanya (A 73 1984) davasında, iç hukukta ceza hukuku alanından çıkartılan, hafif para cezası öngörülen basit trafik kabahatleriyle ilgili uyuşmazlık, 6. madde kapsamında görülmüştür. Mahkeme, ticari suçlar, çalışma saatleri ve gösteri yürüyüşlerini ilgilendiren suçlar ile gümrük ve vergi kaçakçılığı suçlarını da suç isnadı kavramı içerisinde değerlendirmiştir. Fakat, şehir planına aykırılık nedeniyle verilen idari para cezası ve şirket müdürlüğünden azil cezasının cezai suç isnadı vasfında olmadığı kabul edilmiştir.³⁶ Cezai uyuşmazlıklarda Sözleşme'nin 6. maddesinin güvencesi, soruşturma evresini de kapsamaktadır.³⁷

Bir uyuşmazlığa konu davanın 6. madde kapsamına girebilmesi için, medeni hak ve yükümlülüklerden birine ilişkin olması veya suç isnadını içermesi yeterlidir. Başka bir anlatımla, başvurunun iddiasının buna yönelik olması ve iç hukukta savunulabilir olması zorunludur. Fakat, başvurunun iddiasının özünde doğru olması, iddiasında haklı bulunması gerekli değildir.

3. Etkili Başvuru Hakkı İle İlgisi

AİHS'nin 13. maddesi uyarınca akit devletlerin iç hukukta, Sözleşmede tanınan hak ihlallerine karşı etkili bir başvuru yolu kurma yükümlülükleri bulunmaktadır. Etkili başvuru yolu, kişiler bakımından da Sözleşme ile güvence altına alınmış bir hak niteliğindedir. Daha önce açıklandığı üzere, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması, yargı kararlarının etkinliğini azaltmaktadır. Bu nedenle, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesi hâlinde etkili başvuru hakkının da ihlal edilip edilmediğinin tespit edilmesi gerektiği ileri sürülebilir.

AİHM, bazı kararlarında makul sürenin aşılması nedeniyle Sözleşme'nin makul sürede yargılanma hakkına ilişkin 6/1. maddesinin ihlal edildiğinin tespit edildiği durumda, ayrıca genel nitelikli güvence olan 13. madde ihlalinin araştırılmasına gerek görmemiştir.³⁸ Fakat AİHM, başvurunun iç hukukta uzun yargılama iddialarını dile getirebileceği bir başvuru yolunun bulunmaması durumunda, 13. maddenin ihlal edilmiş olacağına işaret etmektedir. Nitekim Türkiye hakkındaki bir kararda bu yönden ihlal bulmuş-

36 Harris/O'Boyle/Bates/Bates/Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 207-210.

37 Imbroscia v İsviçre, 24 Kasım 1993, prg. 36; Mole, Nuala/ Harby, Catharina, Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa Konseyi, 2001, s. 16.

38 Kudla v Polonya, 2000, § 146 vd.; Akkurt, Kemal, AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkında Makul Süre, AÜSBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s. 108.

tur.³⁹ Türkiye ile ilgili diğer bir kararda, etkili başvuru yolu açıklanırken şu ifade kullanılmıştır; “bir hukuk yolu, bir davayı gören mahkemeler tarafından bir karar verilmesini hızlandırmak veya meydana gelmiş bir gecikme için davanın taraflarına yeterli giderim sağlamak için kullanılabilirse ‘etkili’dir.”⁴⁰ Diğer taraftan, makul süreye ilişkin olarak 13. maddede güvence altına alınan etkili başvuru hakkının varlığı bakımından iç hukukta tanınan yolun, önleyici ve onarıcı/tamir edici etkisi bulunmalıdır.⁴¹ Başka bir anlatımla, iç hukukta tanınan yol, davaların makul süreyi aşmasını önlemede katkısı olmalı ve mağduriyetin giderilmesini temin etmelidir. Bu arada, bireysel başvurularda mali durumu uygun bulunmayanlara adli yardımdan yararlanma imkanı tanınmasının da mahkemeye erişim hakkının gereği olduğuna⁴² işaret etmek gerekmektedir. 6219 sayılı Kanunun 49/7. maddesinin göndermesi sonucunda 6100 sayılı HMK 334 vd. maddelerindeki adli yardım hükümleri bireysel başvuruda da uygulanmaktadır. Adli yardım talebinin kural olarak başvuru formunda dile getirilmesi ve ilgili belgenin ibrazı gerekmektedir. Ancak harç yatırılmamışsa, Mahkemenin eksik ikmalî amacıyla gönderdiği yazı üzerine de adli yardım isteminde bulunularak belge ibrazı mümkündür.⁴³

Anayasa’nın 40/1. maddesinde yer alan; “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir” hükmü ile, etkili başvuru yolu hakkı düzenlenmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında haksız resmi işlemler nedeniyle doğan zararların Devletçe tazmin edileceği hükme bağlanmıştır. Yine, Anayasa’nın 129/5. maddesinde ise memur ve diğer kamu görevlilerinin kusurlarından doğan zararların tazmini için idare aleyhine dava açılabileceği kabul edilmiştir. Mağduriyeti gidermeyi amaçlayan bu kurallar, etkili başvuru yoluna ilişkin tamamlayıcı hükümler niteliğindedir.

Anayasada 2010 yılında yapılan değişiklik sonrasında, makul sürede yargılanma hakkını da kapsayan bireysel başvuru yolunun tanınmış olması, Türk hukuku bakımından bu eksikliği gidermiştir.⁴⁴Fakat, bu konudaki sorunlara aşağıda değinilecektir. Makul süre ihlalleri bakımından iç hukukta ayrıca bir yol öngörülmesine olan ihtiyaç doktrinde de dile getirilmektedir.⁴⁵

39 *Ebru ve Tayfun Engin Çolak v Türkiye*, 2006, § 159. Aynı yönde, *Selva/İtalya*, 2001 § 55 vd.;**Akkurt**, agt. s. 108.

40 *Bahçekaya v Türkiye*, 2006, § 23 vd.;**Akkurt**, agt. s. 110.

41 **Başar**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı, s. 79, 90.

42 Çelik, Abdullah, Bireysel Başvuru Kapsamında Adli Yardım, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru İncelemeleri 1, Ankara 2013, s. 87.

43 Adli yardım talebi ve şartları için bkz: Çelik, agm. s. 92 vd.

44 Bkz. **Tunç**, Hasan/**Bilir**, Faruk/**Yavuz**, Bülent, Türk Anayasa Hukuku, 5.B. Ankara 2014, s. 360; **Gözlügöl**, Sait Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2014, s. 553.

45 **Ratip**, Mehmet, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı, Uzun Yargılama Sürelerine Çare Olur Mu?, www.tepav.org.tr (erişim tr. 12.10.2014)

C. AİHM Uygulamasında Makul Süre

1. Genel Olarak

Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğinin incelenmesinde temel sorun, makul sürenin tespitidir. Her tür uyuşmazlık için ortak bir sürenin belirlenmesindeki güçlük karşısında AİHM makul süreyi vaka özelinde ve birtakım kriterleri uygulayarak belirlemektedir.

AİHM makul sürenin belirlenmesinde; davanın karmaşıklığı, başvuru-
nun yargı sürecindeki tutumu, yetkili mercilerin tutumu ve dava konusu-
nun başvuru bakımından önemi, şeklindeki dört kriteri dikkate almaktadır.⁴⁶
AİHM medeni haklarla ilgili uyuşmazlıklarda belirtilen ölçütlere göre yaptığı
değerlendirme çerçevesinde sonuca ulaşmaktadır. Dava özelinde yapılan de-
ğerlendirmelere göre kiminde 7 yıl makul bulunurken, kimi zaman 3 veya
4 yıllık yargılama sürecinin makul süreyi aştığına karar verilebilmektedir.
AİHM, bazı davalar için ulusal kanunlarda öngörülen sürelerin düzenleyi-
ci nitelikte olduğunu, bu süreler aşılsa dahi, makul süre değerlendirmesinin
Sözleşme'nin 6/1. maddesi yönünden ve yargılamanın bütünü gözetilerek ya-
pılması gerektiğini kabul etmektedir.⁴⁷

AİHM makul sürenin değerlendirilmesinde, yargılamanın bütünü gözet-
mektedir. Bu anlamda, yargılamanın bütünü incelendiğinde, taraf veya yargı
merci kusuru nedeniyle salt birkaç aylık gecikme dolayısıyla makul sürenin
aşıldığı iddiaları kabul edilmemektedir. Örneğin Pretto v. İtalya davasında,
hukuk davasına ilişkin temyiz başvurusunun yazı işleri müdürlüğüne gön-
derilmesinde birkaç aylık gecikme bulunmasına rağmen, 3 yıl 6 aylık toplam
yargılama süresi dikkate alındığında makul sürenin aşılmadığı sonucuna ula-
şılmıştır.⁴⁸ Buna karşın, toplamda iki yıl on ay süren bir ceza davasında, haklı
bir nedeni olmaksızın dava dosyasının temyiz mahkemesine gidişinin onbeş
ay gecikmesi, makul sürenin ihlali olarak kabul edilmiştir.⁴⁹

AİHM'ne başvuru yolu bakımından *mağduriyet* şartı gerekmektedir. Baş-
vurucunun mağdurluk statüsünün kabulü için, kamu erki tarafından bir
hakkının ihlal edildiği iddiasına dayanılması yeterlidir. İç hukukta başvuru-
cunun haklı olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin, baş-
vurucunun iç hukukta açtığı davanın zamanaşımı nedeniyle düşürülmesi ya
da dava makul sürede bitirilseydi davada haksız olduğunun ortaya çıkacak

46 **Doğru/Nalbant**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, s. 634.

47 AİHM Çalık v Türkiye, B.no 3675/07, 31.8.2010; Dirim ve diğ.v Türkiye, B. no 42927/10, 12.3.2013.

48 AİHM, Pretto v. İtalya, (1983) A 71, prg. 182; **Harris/O'Boyle/Bates/Bates/Buckley**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 284.

49 BunateBunkate v. Hollanda, A 248-B (1993); 19 EHRR 477; İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3.B. s. 285.

olması, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin başvurunun incelenmesini önlemez.⁵⁰ Çünkü makul sürede yargılanma hakkının dayanaklarından biri, başvurunun hakkına bir an önce kavuşması ve yargı kararlarının etkililiği ise de, diğer dayanağı, uzun yargılama sürecinin kişilerin maddi ve manevi varlıklarını olumsuz olarak etkilemesidir.

AİHM açısından mağduriyet statüsünü ortadan kaldıracabilecek olan bir husus, iç hukukta uzun yargılama dolayısıyla ortaya çıkan hak ihlalinin giderilmiş olmasıdır. Örneğin, iç hukukta uzun yargılama dolayısıyla başvurucuya tazminat verilmişse, başvurunun mağduriyetinin giderildiği kabul edilir. Nitekim AİHM bir kararında, iç hukukta Sözleşme'nin ihlal edildiği açıkça kabul edilir ve mağduriyet giderilirse, konunun artık AİHM önüne getirilemeyeceğine işaret etmiştir.⁵¹ Bu durumda AİHM'ne başvurulamaz. Ceza yargılamalarında ise, makul sürenin aşılmış olması nedeniyle (Sözleşmenin ihlal edilmiş olduğu tespitine dayalı olarak) başvurunun cezasında indirim yapılması veya sanık lehine sonuç yaratan diğer kararlar, mağduriyeti gideren bir neden olarak kabul edilebilmektedir.⁵²

AİHM, Türkiye'de etkili bir yol olmadığından, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası ile yapılan başvurularda, başvuru yollarının tüketilmesi şartı aramamaktaydı. Bu nedenle, görülmekte olan bir davaya karşı da uzun yargılama dolayısıyla hak ihlali iddiasına dayalı olarak AİHM'ne başvurulabileceği kabul edilmekteydi. Ancak, Türkiye'de bireysel başvurunun tanınmış olması nedeniyle, artık iç hukuk yollarının tüketilmesi, başka deyişle bireysel başvuru yoluna gidilmiş olması aranacaktır.

2. Medeni Haklara İlişkin Uyuşmazlıklarda Makul Süre

Medeni haklara ilişkin uyuşmazlıklarda makul sürenin başlangıcı için, iç hukukta yetkili mercie başvurulduğu (davanın açıldığı veya idareye ya da itiraz kuruluna başvurulduğu) tarih esas alınmaktadır.⁵³ Sürenin sonu bakımından ise, kanunyolu için öngörülen sürenin bitimi veya başvurulmuşsa kanunyolu

50 İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3.B. s. 375.

51 AİHM *Eckle v. Germany*, prg. 66; İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3.B. s. 376.

Yine diğer bazı kararlarda, milli makamlarca Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edilmiş olduğunun belirgin biçimde kabul edilmesi ve eğer ceza davası ise cezanın ölçülebilecek bir şekilde hafifletilmesi ve medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili davalarda da başka yollarla (tazminat vb.) ihlalin giderilmiş olması hâlinde mağduriyet statüsünün kalkmış olacağı ifade edilmiştir; AİHM *Neubeck v Germany*, 12.12.1983, 41 DR 13, s.35; *Pitkanen v Finland*, 9.3.2004, prg. 45-48; İnceoğlu, age. s. 376.

52 *Eckle v Federal Almanya A 51* (1982), 5 EHRR 1; *Harris/O'Boyle/Bates/Bates/Buckley*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 284.

53 Anayasa Mahkemesinin uygulaması da bu yönde olmuştur; AYM B. No : 2012/13, 2.7.2013, prg. 50; AYM B. No : 2012/1198, 7.11.2013, prg. 45.

sonucunda verilen son karar tarihi esas alınır. Davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasında bulunulduğunda, Anayasa Mahkemesi kararı davanın esasını doğrudan etkileyecek nitelikte değilse, Anayasa Mahkemesinde geçen süre, makul süre hesabında dikkate alınmaz, esas doğrudan etkileyecek vasıfta ise dikkate alınır.⁵⁴ Bazı uyuşmazlıklar için, esasa ilişkin kararın icra süreci de yargılamanın parçası olarak görülebilmektedir. Örneğin üniversite ile sözleşmesi yenilenmeyen asistanın açtığı davada, üniversitenin karar düzeltme başvurusunun Danıştay tarafından reddedildiği tarih değil, davacının eski görevine iade edildiğinin resmen tebliğ edildiği tarih süre sonu olarak kabul edilmiştir.⁵⁵

Yukarıda belirtilen ölçütler uyarınca AİHM, yaptığı değerlendirmelerde olaya özgü sonuçlara ulaşmaktadır. Örneğin çocuk üzerindeki velayet hakkı davasında iki yılın makul olmadığını belirlemişken, olaya özgü şartlar nedeniyle 6 veya 7 yıllık süreleri⁵⁶ ve yine karmaşık bir kadastro davasında on yılı⁵⁷ makul olarak kabul edebilmektedir. Mahkeme medeni haklara ilişkin olarak, çalışma hayatı ve sosyal güvenlikle ilgili davaların, çocukların evlatlık verilmesi veya velayet hakları ile ilgili davaların, kişinin akıl hastası olduğu iddiasına dayanan davanın, trafik kazası mağdurlarıyla ilgili tazminat davalarının, makul süre bakımından daha süratli yargılamayı gerektirdiği görüşündedir.⁵⁸ AİHM, trafik kazası nedeniyle tazminat davasında toplam 3 yıl 10 aylık süre nedeniyle⁵⁹ ve gürültü kirliliğine karşı açılan hukuk davasında 3 yıl 6 aylık süre dolayısıyla⁶⁰ makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine, buna karşılık önalım hakkıyla ilgili hukuk davasında 3 yıl 6 ay süren yargılamada sürenin makul olduğuna⁶¹ ve iş akdinin feshi nedeniyle açılan davada ise toplamda 4 yıl 4 ayı geçen süre uzun olmakla birlikte, başvurusunun ilk derece mahkemesinde iki kez duruşmanın ertelenmesini talep etmesi ve gerçek olmadığı halde işe son verme tebligatını almadığını ileri sürmesi nedeniyle meydana gelen 9 aylık uzamalar (başvurusunun kusurlu tutumu) dolayısıyla makul süre ihlali bulunmadığına karar vermiştir.⁶²

54 AİHM Zumbotell v. Avusturya, 29.9.1993, A. 268/a, prg. 30; Ruiz Mateos v. İspanya, 23.6.1993, A 262-a, prg. 35 vd.; Giancarlo Lombardo v. İtalya, 26.11.1992, A 249-c, prg.18; **Gölcüklü / Gözübüyük**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2013, s. 285.

55 AİHM Büker v. Türkiye, prg. 34; İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s. 279.

56 İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3.B. s. 374.

57 AİHM, *Dağalaş ve Diğerleri v.Türkiye* kararı, B. No: 51326/99, 29/9/2005.

58 İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3.B. s. 372-374; **Harris/O'Boyle/Bates/Bates/Buckley**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 284.

59 Guincho v. Portekiz, B. no: 8990/80, 10.7.1984; **Doğru**, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C. I, İstanbul 2004, s. 763.

60 AİHM Zimmermann ve Steiner v. İsviçre, B. no :8737/79, 13. 7. 1983; **Doğru**, C. I, s. 617.

61 AİHM Pretto ve Diğ. v. İtalya, B. no : 7984/77, 8.12.1983; **Doğru**, C. I, s. 655.

62 Buchholz v. Almanya, B. no : 7759/77, 6.5.1981, prg. 54-56; **Doğru**, C. I, s. 413.

AIHM'e göre, kesinleşen bir yargı kararı icra edilemezse, mahkemeye erişim hakkı kağıt üzerinde kalır ve bu anlamda kararın icrası da 6. maddenin ayrılmaz bir parçasıdır.⁶³ Anayasa Mahkemesi de icra sürecini mahkemeye erişim hakkı bakımından değerlendirmektedir.⁶⁴ Bundan ayrıca AIHM, icra evresinin makul süreden sayılması konusunda uyuşmazlığın kişiler arası veya devlete karşı olması arasında bir ayırım yapmaktadır. Başka bir anlatımla, uyuşmazlık kişiler arasındaysa kararın icra süreci makul süre yönünden değil, mahkemeye erişim hakkı kapsamı içerisinde ele alınmakta, buna karşın devlete karşı davalarda ise icra süreci de makul sürede yargılanma hakkı yönünden değerlendirilmektedir. Örneğin, Bulgaristan'a karşı Pashov davasında devlete karşı açılan davada verilen kararın uygulanmasının gecikmesi dolayısıyla, davanın açılması ile birlikte icra evresi de makul süre yönünden değerlendirilmiş ve makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁶⁵ Mahkeme, Pontes kararında da aynı yönde değerlendirme yapmıştır.⁶⁶ Türkiye'ye karşı Uslu davasında da Pontes kararına atıfla, ilk kararın yerine getirilmemesi nedeniyle idare mahkemesinde açılan ikinci dava süreleri bir bütün olarak değerlendirilmiş ve makul süreden ihlal kararı verilmiştir.⁶⁷ Azerbaycan hakkındaki bir davada ise Mahkeme, uyuşmazlık kişiler arasında olduğundan, konuyu mahkemeye erişim hakkı açısından incelemiştir.⁶⁸

63 Hornsby v. Greece, 19.3.1997, prg. 40; ; **Doğru, /Nalbant**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, s. 635.

64 Bkz. AYM B. No: 2012/144, 2/10/2013, § 28 ve 29. AYM diğer bir kararında, kamulaştırmazlık el atma nedeniyle mahkemece hükmedilen tazminatın kesinleşmesinden itibaren 14 ay geçmesine karşın bedelin ödenmemesi nedeniyle başvurunun yargı kararının icrası hakkının ihlal edildiği kabul edilmiş ve konu mahkemeye erişim hakkı yönünden ele alınmıştır; AYM B. no : 2013/2002, 30.12.2014.

65 AIHM Pashov ve Diğ. v. Bulgaria, 5.2.2013, B. no. 20875/07, prg.54, 55.

66 Mahkeme, bu kararda da icra sürecini makul süre değerlendirmesi içerisinde ele almıştır; AIHM Silva Pontes v. Portekiz, B. no 14940/89, 23.3.1994, prg. 38; **Doğru, /Nalbant**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, s. 635.

67 "AIHM, bir hakkın belirlenmesinin, yalnızca hakkın mevcudiyeti hakkında değil aynı zamanda kapsamı ve alacağın miktarının açıkça belirlenmesini de içeren uygulama şekli hakkında da karar vermeyi kapsadığını hatırlatmaktadır (*Silva Pontes-Portekiz*, 23 Mart 1994). Mevcut davada, 30 Mayıs 2002 tarihli kararın yerine getirilmesine ilişkin ikinci dava, ilk idare davasının devamı olarak değerlendirilebilir. Bu itibarla dikkate alınacak dönem, idare mahkemesi önünde dava açılmasıyla 22 Eylül 1997 tarihinde başlamıştır ve Danıştay önünde halen derdestir. Dolayısıyla sözkonusu dönem, yaklaşık on üç yıldır devam etmektedir. ... AIHM, mevcut davada, ihtilaflı yargılama süresinin çok uzun olduğu ve "makul süre" gerekliliğini karşılamadığı kanaatindedir."; AIHM Hakan Uslu v. Türkiye, B. no 21175/06, 23.11.2010.

68 AIHM Hasanov v. Azerbaycan, 22.4.2010, B. no. 50757/07, prg. 36.

Türkiye'ye karşı Tunç davasında AIHM, kesinleşen kamulaştırma tutarının 5 yıl süreyle ödenmemesi dolayısıyla konuyu sadece mülkiyet hakkı yönünden değil, mahkemeye erişim hakkı bakımından da incelemiş ve Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiş, makul süre değerlendirmesi yapmamıştır. Ancak bu davada zaten başvurunun makul süre yönünden bir talebi olmamıştır.

3. Suç İsnadına Dayalı Uyuşmazlıklarda Makul Süre

Cezai uyumazlıklar bakımından makul süre, suç isnadı altındaki kişinin akıbetini bir an önce öğrenme ve belirsizlikten kurtulma hakkını güvenceye almaktadır.⁶⁹ Ceza muhakemesinde yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken sürenin başlangıcı, bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesi veya isnattan ilk olarak etkilendiği arama ve gözaltı gibi bir takım tedbirlerin uygulanması anıdır.⁷⁰ Süre sonu ise, yargılamanın sona erdiği tarihtir. Karar temyiz edilmişse, Yargıtay'ın kararı onadığı tarih esas alınır.

Makul süre başlangıcı suç isnadıyla başladığından, soruşturma evresinin de makul süre yönünden değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, C. Savcısının, haklı bir nedeni bulunmadığı halde soruşturmayı uzatması veya iddianame düzenlememesi hâlinde makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği ileri sürülebilecektir. Nitekim bir olayda, toplamda 9 yıl süren yargılama nedeniyle ihlal kararı verilirken, kollukta yürütülen soruşturmanın sonuçlanması ile kamu davasının açılması arasında geçen onbeş aylık süre 'özellikle çok aşırı bir gecikme' olarak değerlendirilmiştir.⁷¹

Hürriyeti kısıtlayıcı tedbirleri içermesi ve yargılama süreci boyunca kişiyi toplum nazarında suçlu olarak ilan ederek hürriyetten yoksun kılma tehdidini sürdürmesi nedeniyle ceza davalarının daha hızlı sonuçlandırılması beklenmektedir.⁷² Ayrıca, sanığın tutuklu olduğu davalarda süre yönünden daha sıkı standartlar uygulanmalı,⁷³ milli makamlar davanın makul sürede sonuçlandırılması için 'özel bir gayret'⁷⁴ göstermelidirler. Sözleşme'nin 5/3. maddesindeki güvence, tutukluluğun makul süreyi aşmamasını güvence altına alırken, 6/1. madde, yargılamanın makul süreyi aşmaması için güvence teşkil etmektedir. Ayrıca, mahkumiyet kararı sonrası ve temyiz sürecinde de makul süre güvencesi olarak yalnızca 6/1. madde söz konusudur. Nitekim B - Avusturya kararında, cezaevinde iken temyize başvuran hükümlü hakkındaki temyiz duruşması sonrasında, kararın 2 yıl 9 ay yazılmış olması nedeniyle makul sürenin (m.6/1) ihlal edildiği kabul edilmiştir.⁷⁵

69 **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2010, 7.B. s. 145.

70 Bkz: AİHM *Eckle v Almanya*, B. No: 8130/78, 15/07/1982, §§ 73-75. Aynı yönde AYM kararları için bkz. B. No: 2012/142, 9/1/2014, § 44; B. No: 2013/695, 9/1/2014, § 30, 35; B. No: 2012/152, 20/2/2014, § 90.

71 AİHM *Metzger/Almanya*, 31.5.2001; **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.B. s. 145.

72 *Baggetta v İtalya* A 119 (1987); 10 EHRR 325; **Harris/O'Boyle/Bates/Bates/Buckley**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 284.

73 Bu yöndeki bir değerlendirme için bkz; AİHM *Abdoella v. Hollanda*, A 248-A (1992); 20 EHRR 585; AİHM *Kalashnikov v Rusya* 2002, VI; 36 EHRR 587; **Harris/O'Boyle/Bates/Bates/Buckley**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 284.

74 *Matznetter v. Avusturya*, 10.11.1969, prg. 34; B. V. Avusturya, 28.3.1990, prg. 45; İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s. 278.

75 AİHM B v Avusturya A 175 (1990); 13 EHRR 87; **Harris/O'Boyle/Bates/Bates/Buckley**, Avru-

AİHM ceza davalarındaki uzun yargılama iddialarını, aynı kriterleri uygulayarak somut olayın özel koşulları çerçevesinde incelemiştir. Örneğin, Fransa'da görülen dolandırıcılık suçuyla ilgili bir yargılamanın 8 yıl 6 ay sürmesi ve Hollanda mahkemelerinde yürütülen cinayete azmettirmeye ilişkin ceza davasının 4 yıl 4 ay sürmesinde, yetkili mercilerin makul süreyi gözetmeyen özensiz tutumları nedeniyle hak ihlali sonucuna ulaşılmıştır.⁷⁶ Buna karşılık AİHM, güveni kötüye kullanma suçu nedeniyle başvurunun gözaltına alındığı tarihten, temyiz incelemesi sonucuna kadar 4 yıl 1 ay 8 gün süren yargılamada adli makamların süreyi uzatan bir kusuru bulunmadığına dikkat çekmiş ve süreyi makul olarak kabul etmiş⁷⁷, yine dolandırıcılık suçu nedeniyle yürütülen soruşturma ve kovuşturmada geçen 5 yıl makul olarak değerlendirilmiş⁷⁸ ve diğer bir olayda vergi kaçakçılığı suçuyla ilgili 6 sanıklı davada soruşturmadan itibaren geçen 7 yılın makul görülemeyecek bir süre olduğu belirtilmekle birlikte, yurtdışına yapılan yazışmaların beklenmesi zorunluluğu ve olayın karmaşıklığı, incelenmesi gereken delillerin fazlalığı gibi nedenlerle Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁷⁹. Mahkeme, polise direnme ve hakaret nedeniyle aynı olaya bağlı altı kişi hakkındaki ceza davasında toplam 6 ila 7 yıl süren yargılamalarda makul sürenin aşıldığına⁸⁰, yine diğer bir olayda hakaret suçu nedeniyle yürütülen ve 8 yıl sonra beraatle sonuçlanan davada, 4 yıl 7 ay süren soruşturma evresinin uzunluğuna dikkat çekilmek suretiyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁸¹

III. TÜRK ANAYASA YARGISINDA BİREYSEL BAŞVURU YOLU VE MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

A. Kabul Edilebilirlik Şartları Açısından

1. Başvurucunun Mağduriyet Statüsü ve Başvuruya İlişkin Şartlar

30.3.2011 tarihli ve 6216 sayılı Kanunun 46/1. maddesi uyarınca; *“bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle güncel*

pa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 284.

76 AİHM Kemache/Fransa, 1992; Abdoella/Hollanda, 1992; Ünal, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 181

77 AİHM, Wemhoff v. Almanya, B. no. 2122/64, 27.6.1968, prg. 65. Kararda ayrıca, 3 yıl 5 ay süren tutuklulukta, olayın karmaşıklığı ve adli makamların özensiz davranışlarının bulunmaması nedenleriyle uzun tutukluluk ihlalinin (S. 5/3) bulunmadığına (prg. 62) da karar verilmiştir; **Doğru**, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C. I, İstanbul 2004, s. 35-51.

78 Ringeisen v. Avusturya, 16.7.1971, B. no : 2614/65; **Kaya**, Köroğlu, Cezai Konularda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Ankara 2014, s. 149.

79 AİHM Neumeister v. Avusturya, B. no : 1936/63, 27.6.1968 **Doğru**, C. I, s. 33, 34.

80 AİHM Foti ve Diğ. İtalya, B. no: 7604/76, 10.12.1982, prg.62-76; **Doğru**, C. I, s. 533- 535.

81 AİHM Corighano v. İtalya, 10.12.1982, B. no. 8304/78, prg.45-50; **Doğru**, C. I, s. 522.

H. T. Gökcan: Makul Sürede Yargılanma Hakkı

ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.” Bu hüküm gereği, bir kamu gücü işlemi veya eylemi nedeniyle başvurucunun mağduriyeti bulunuyorsa, bireysel başvuruda bulunabilir. Türk yargı yerlerince makul sürede yargılanma hakkı ihlal edilen herkes, bu konuda bireysel başvuruda bulunabilir. İç hukukta, uzun yargılamadan doğan mağduriyeti giderici yol ve yöntemler öngörülmediği sürece, makul sürede yargılanma hakkı ihlal edilen kişilerin mağdur statüsünün var olduğu kabul edilmelidir.

Mağduriyet ögesinin varlığı için, başvurucunun davasında haklı olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin, başvurucunun iç hukukta açtığı davanın zamanaşımı nedeniyle düşürülmesi ya da dava makul sürede bitirilseydi davada haksız olduğunun ortaya çıkacak olması, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin başvurunun incelenmesini önlemez.

Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru incelemesinde gözettiği diğer başvuru şartları; başvurunun konu, kişi ve zaman bakımından yetkisi içerisinde olup olmadığı hususlarıdır.

Bireysel başvuru için milat; 23.9.2012 tarihidir. Bu tarihten önce kesinleşen işlemler hakkında bireysel başvuruda bulunulamaz. Önceki tarihli işlemlere yönelik başvurular, ‘zaman bakımından yetkisizlik’ nedeniyle reddedilir. Bu husus AYM’nin bir kararında şöyle açıklanmıştır:

“51. ...Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıç tarihi 23/9/2012 olup, 6216 sayılı Kanun’un 76. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile aynı Kanunun geçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceleme yetkisine sahiptir. Belirtilen hükümlerin Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisini belirlerken, olay ve olguların meydana geldiği tarihi değil, hak ihlali oluşturan işlem ve eylemlere karşı başvurulabilecek kanun yollarının tüketildiği, yani işlem veya kararın kesinleştiği tarihi esas aldığı görülmektedir. Dolayısıyla, bir hak ihlali iddiasının Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi kapsamına girip girmediği noktasında dikkat edilecek husus, başvuruya konu işlem veya eylemin meydana geliş tarihi değil, bu işlem veya eyleme karşı müracaat edilen kanun yollarından sonra verilen kararın kesinleşme tarihidir. Bu çerçevede 23/9/2012 tarihinden önce açılmış ve bu tarih itibarıyla derdest olan davalarla ilgili olarak yapılan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasını konu alan şikayetlerde dikkate alınacak süre, belirtilen tarihten sonra geçen süre değil, uyuşmazlığın başlangıç tarihinden itibaren geçen süredir. Dolayısıyla, 23/9/2012 tarihinde derdest olmak şartıyla uyuşmazlığın başladığı tarihten, sona erdiği veya halen devam ediyorsa Anayasa Mahkemesi’nin başvuruyu karara bağladığı tarihe kadar geçen süre dikkate alınacaktır. Başvuru konusu yargılamanın, Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıcını teşkil eden 23/9/2012 tarihinden önce başlamış

olduğu, başvuru tarihi itibarıyla yaklaşık on bir yıllık bir süredir devam ettiği ve belirtilen tarih itibarıyla halen derdest olduğu anlaşılmakla, somut başvuruya ilişkin olarak yapılacak makul süre değerlendirmesinde dikkate alınacak sürenin başlangıcı, davanın ikame edildiği tarihtir.”⁸²

Bireysel başvuru, kamu erkinin eylem veya işlemlerine karşı tanınmış bir kanun yoludur. Bu nedenle yalnızca, gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından müracaat edilebilir. Diğer bir anlatımla, kamu tüzel kişileri bireysel başvuruda bulunamazlar. Yetkisi olmayanların başvurusu, ‘kişi yönünden yetkisizlik’ nedeniyle reddedilir.

Bireysel başvurunun konu bakımından kapsamı; Anayasada ve AİHS ve (Türkiye’ce onaylanan) ek protokollerde güvence altına alınan haklarla sınırlıdır. Başvuruya konu hakkın, Sözleşme ve Anayasa tarafından birlikte korunmuş olması gerekir. Bir hak yalnızca Anayasada güvence altına alınmış, fakat AİHS veya ek protokollerin kapsamında bulunmuyorsa, bireysel başvuruya konu olamaz. Ayrıca, adil yargılanma hakkının bir unsuru olması nedeniyle, makul sürede yargılanma hakkına konu başvurunun, medeni hak veya uyuşmazlıklara ya da bir suç isnadına dayalı bir uyuşmazlığa ilişkin bulunması zorunludur. Bu iki tür uyuşmazlık kapsamında olmayan başvurular, ‘konu bakımından yetkisizlik’ nedeniyle reddedilir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi, makul sürede yargılanma hakkıyla ilgili başvurularda da öncelikle konu yönünden değerlendirme yapmaktadır.

2. Başvuru Yollarının Tüketilmesi ve Başvuru Süresi

Bireysel başvuruda bulunulabilmesi için kural olarak, iç hukuktaki yasal başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir (6216 - m.45/2). Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir (6216 - m.47/5). Ancak, yukarıda değinildiği üzere AİHM içtihatları ile, ne zaman biteceği belirlenemeyen ve ihlal durumu devam eden uzun yargılamalar dolayısıyla başvurulacak bir yol bulunmadığından bu kurala bir istisna getirilmiştir.

Makul sürede bitirilememiş ve halen sürmekte olan davalar hakkında da bireysel başvuruda bulunulabileceği kabul edilmektedir. Devam eden davalar bakımından başvuru yollarının tüketilmesi ve bir aylık süreler aranmamaktadır. Ayrıca, devam eden davalar hakkındaki başvurular bakımından sürenin bitişi, başvurunun karara bağlandığı tarih olarak kabul edilmektedir.

“Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin makul süre değerlendirmesinde, sürenin başlangıcı kural olarak, uyuşmazlığı karara bağlayacak yargıla-

82 B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 51.

H. T. Gökcan: Makul Sürede Yargılanma Hakkı

ma sürecinin işletilmeye başlandığı, başka bir deyişle davanın ikame edildiği tarihtir. Davanın ikame edildiği tarih ile Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruların incelenmesi hususundaki zaman bakımından yetkisinin başladığı tarihin farklı olması hâlinde dikkate alınacak süre, 23/9/2012 tarihinden sonra geçen süre değil, uyuşmazlığın başlangıç tarihinden itibaren geçen süredir. Sürenin bitiş tarihi ise, çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde yargılamanın sona erme tarihidir. Ancak devam eden yargılamalara ilişkin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasını içeren başvuruların yargılama faaliyetinin devamı sırasında da yapılabilmesi olanağı bulunduğundan, değerlendirmeye esas alınacak sürenin bitiş anı başvurunun karara bağlandığı tarihtir.”⁸³

B. Makul Süre İncelemesinde Anayasa Mahkemesince Gözetilen Ölçütler

1. Genel Olarak

Yukarıda, AİHM tarafından makul sürenin belirlenmesinde gözetildiği ifade edilen ölçütler, Türk Anayasa yargısında bireysel başvuru sırasında da esas alınmaktadır. Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesinin; uyuşmazlığın karmaşık oluşu, başvuruçunun tutumu, yetkili mercilerin tutumları, yargı sisteminin yapısı gibi ölçütleri değerlendirerek makul sürenin aşılmış olup olmadığını denetlediğini görmekteyiz. Ayrıca Mahkeme, davaya konu hakkın başvuruçunun bakımından önemini (başvuruya konu menfaatin değeri) de gözetmektedir.

Anayasa Mahkemesi, makul süreyi belirlerken gözettiği kriterleri şu şekilde açıklamaktadır:

“Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvuruçunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar, bir davanın süresinin makul olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken kriterlerdir. Ancak, belirtilen kriterlerden hiçbirisi makul süre değerlendirmesinde tek başına belirleyici değildir. Yargılama sürecindeki tüm gecikmelerin ayrı ayrı tespiti ile bu kriterlerin toplam etkisi değerlendirilmek suretiyle, hangi unsurun yargılamanın gecikmesi açısından daha etkili olduğu saptanmalıdır.”⁸⁴

Makul sürenin başlangıcı için esas alınacak tarih konusunda AYM’de, yukarıda AİHM’nin uygulamasında açıklanan şekilde karar vermektedir. Bireysel başvuru incelemesi sürecinde devam eden davalar bakımından ise makul süre hesabında son tarih olarak AYM’nin karar tarihi esas alınmaktadır.⁸⁵

83 AYM B.no. 2014/2229, 18.6.2014, prg. 28, 29, 30; B.No: 2012/13, 2/7/2013, prg. 51, 52.

84 AYM B.no. 2014/2229, 18.6.2014, prg. 25, 26 ; B. No: 2012/13, 2/7/2013, prg. 46. AYM’nin bu kriterleri genel olarak açıkladığı diğer kararlar için bkz; Çelik, Abdullah, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014, s. 85.

85 AYM B. No : 2012/13, 2.7.2013, prg. 52.

2. Makul Sürenin Belirlenmesinde Gözetilen Ölçütler

a. Uyuşmazlığın Karmaşıklığı

Uyuşmazlığın çözülmesi için gereken süre, gerek davaya konu vakanın karmaşık oluşu ve gerekse hukuki niteliğinin karmaşıklığına bağlı olarak daha uzun veya kısa olabilmektedir. Karmaşıklık kavramı içerisine; tarafların sayısı, tanık ve diğer delillerin elde edilmesindeki güçlük ve engeller, bilirkişi incelemesinin gerekli olması, davanın uluslararası yazışmaları icap ettirmesi, yazılı veya görsel delillerin çok fazla olup tasnifi ve ikame edilmelerinin uzun zaman gerektirmesi, vb. süreyi uzatan özel nedenlerin varlığı girebilir.⁸⁶

Davanın karmaşık oluşu, yargılamanın uzun sürmesinin haklı gerekçesini teşkil edebilir. Bu takdirde makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılabilir. Ancak her davanın özelliği ve karmaşıklık derecesi farklı olduğundan, uzun yargılamanın bu nedene bağlı olup olmadığının ayrıca incelenmesi gerekir. Başka bir anlatımla, uzun yargılamaya başka nedenler yol açmışsa, artık davanın karmaşıklığının haklı neden olduğu ileri sürülemez.

AİHM Türkiye hakkındaki bir davada, ceza yargılamasında sanık sayısının 703 gibi oldukça fazla oluşu ve dosyadaki bilgi ve belgelerin kapsamını gözeterek 8 yıllık yargılama süresinin makul olabileceğine değinmiş, fakat gerekçeli karar yazılması için 3 yıl beklenmesi ve iki kez kanunyolu incelemesi için 6 yıl geçirilmiş olması nedeniyle makul sürenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁷

b. Başvurucunun Süreç İçindeki Tutumu

Yargılamanın uzun sürmesinde kimi zaman başvurucunun davranışları da rol oynamaktadır. Başvurucu veya avukatının davayı uzatacak biçimde defalarca mahkemeye mazeret beyan edip duruşmalara gelmemeleri, uygulamada yargılamayı uzatan nedenlerden biridir.⁸⁸ Uzun yargılamanın hak ihlali sayılabilmesi için, bu sonucun kamu erkinin eylem veya işlemine dayanması gerekmektedir. Başvurucunun neden olduğu uzun yargılamaların devlete yüklenmesi mümkün bulunmamaktadır. Buna karşın, davanın türü ve uygulanan usul kuralları çerçevesinde, yetkili merciin alabileceği tedbirleri ihmal etmesinin de yargılamanın uzamasında katkısı varsa, yine de hak ihlalinin söz edilebilir. AİHM, davayı geciktirici taktikler kullanan veya bu konuda

86 Roagna, İvana/Marcel, Lemonde/**Zafer**, Hamide/**Karakehya**, Hakan/**Maden**, Mehmet, Adil Yargılanma Eğitim Modülü, Avrupa Konseyi-Avrupa Birliği Projesi, 2014, s. 211.

87 Mitap ve Müftüoğlu/Türkiye kararı, 1996; **Turan**, Hüseyin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı, TAAD Yıl 3, S.11, Ekim 2012, s. 61.

88 **Turan**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı, s. 71.

H. T. Gökcan: Makul Sürede Yargılanma Hakkı

özenli olmayan başvuruçunun davranışlarından kaynaklanan süre aşımalarında devletin sorumlu tutulamayacağına işaret etmektedir.⁸⁹

“Hukuk sistemimiz açısından taraflarca hazırlanma ilkesi ve resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılamalar arasında tarafların etkinliği noktasında farklılıklar bulunmakla beraber, genel olarak tarafların tutumunun yargılama sürecinin uzamasındaki etkisi, yargılama süresinin makul olma niteliğinin değerlendirilmesinde nazara alınması gereken önemli bir unsurdur. Zira tarafların yargılamayı uzatmaya yönelik davranışlardan kaçınması ve kendisine tanınmış olan usuli hakları kullanırken dikkat ve özen göstermesi gereklidir....

Her ne kadar belirtilen usul hükümlerine tabi olan somut yargılama açısından dava malzemesinin taraflarca hazırlanması ilkesinin geçerli olması yargılama faaliyetinin makul sürede neticelendirilmemesinin sonuçlarına tarafların katlanması düşüncesini destekler nitelikte olsa da, bu ilkeler yargılama makamlarını davayı gerekli süratle yürütme yükümlülüğünden kurtarmaz.

Yargılama sürecinde başvuruçular dışındaki tarafların yargılamayı geciktirici yönlerdeki işlem ve davranışları kural olarak, yargılamanın uzamasında taraf kusuru olarak kabul edilmekte ise de, yargılama makamlarının ilgili usuli imkânları kullanmak suretiyle bu girişimleri engelleme sorumluluğu bulunmaktadır.”⁹⁰

Cezai uyuşmazlıklarda, soruşturma veya kovuşturmanın belirli bir döneminde başvuruçunun kaçmasının yargılamayı uzatması durumunda, saklandığı süre yargılama süresinin hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır.⁹¹ Bu husus AYM’nin bir kararında şöyle ifade edilmiştir:

“Somut olayda, başvuruya konu uyuşturucu madde ticareti suçundan yapılan ceza yargılamasında ilk derece mahkemesi ve temyiz mahkemesinin tutumlarının özel bir karmaşıklık göstermediği, yargılamanın iki dereceli mahkeme önünde toplam 7 yıl sürdüğü tespit edilmiştir. Buna karşın başvuruçunun yakalanmasından sonra derece mahkemesi önündeki yargılamanın yaklaşık 6 ayda, temyiz sürecinin yaklaşık 2 yıl 4 ayda tamamlandığı, bu durumda yargılamanın uzamasında duruşmalara gelmeyen başvuruçunun yakalanmasının beklenmesinin en önemli etken olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Yargılama süresinin bütünü dikkate alındığında ilk derece ve Yargıtay’daki yargılama sürecinde başvuruçunun haklarını ihlal edecek şekilde gecikme olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, başvuruçunun makul süreyi aştığını ileri sürdüğü yargıla-

89 Deumeland v. Germany, prg. 80; İncoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s. 281.

90 AYM. B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 43, 58, 59.

91 AİHM Girolami v. Italy, no 13324/87, 19.2.1991, prg. 13; Zana – Türkiye, prg. 80-82; Yağcı, Sargın-Türkiye, prg.69 ; İncoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s. 281; Harris/O’Boyle/Bates/Bates/Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 282.

Haşim Kılıç'a Armağan

masının uzunluğu konusunda açık ve görünür bir ihlal saptanmadığından, başvurunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”⁹²

c. Yetkili Makamların Tutumu

aa. Yetkili makamların yargılama sürecindeki tutumları

Yargılamanın adalete erişmek için gerekli olan makul süre içerisinde tamamlanması devletin yükümlülüğü olduğu için, yetkili mercilerin de bu konuda özenli davranmaları gerekmektedir. Devlet, davaların uzun sürmemesi için gereken tedbirleri almak ve yargı sistemini buna uygun olarak kurmakla yükümlüdür.⁹³ Adalete erişmek için bazı usul işlemlerinin zaman alması makul olabilir ise de, bunun da haksızlık oluşturacak bir süreye yayılmaması için gereken tedbirin alınması gerekmektedir. AYM de kararlarında bu konuya işaret etmektedir:

“Anayasa’nın 36. maddesi ile Sözleşme’nin 6. maddesi gereğince, yargılama sisteminin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesini zorunlu kıldığından, hukuk sisteminde var olan yapısal ve organizasyona ilişkin eksikliklerin yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilmesine mazeret sayılamaz.”⁹⁴

Yargı mercilerinin süreç içerisindeki kasıt veya ihmalleri nedeniyle yargılama süresinin uzamış olması, devletin sorumluluğuna yol açabilmektedir. Bu anlamda AİHM içtihatlarında; iddianame düzenlenmesinin geciktirilmesi, mahkemeler arasında görevsizlik kararları ile uzun sürelerin geçmesi, bilirkişi raporunun yazılmasının gecikmesi, duruşmaların haklı neden olmaksızın defalarca ertelenmesi, kararın geç yazılması, hukuk davalarında gerekmediği halde ceza davası sonucunun beklenmesi veya temyiz merciine dosyanın gönderilmesindeki gecikmeler nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ve devletin sorumluluğuna karar verilmiştir.⁹⁵ AYM kararları

92 AYM. B. No: 2013/5278, 15/4/2014, § 26 ve 27.

93 UnionAlimentariaSanders v. İspanya A 157 (1989), prg. 35; Harris/O’Boyle/Bates/Bates/Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 282.

94 AYM B. No: 2013/5718, 20/3/2014, 62.

95 Bkz. ; İncoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s. 282; Harris/O’Boyle/Bates/Bates/Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 283.

Bkz; bekletici sorun yapılmasından kaynaklanan gecikme. B. No: 2013/4701, 23/1/2014, prg. 58 ve 59; hâkim değişikliğinden kaynaklanan gecikme, B. No: 2013/4701, 23/1/2014, § 65; davaları birleştirilmesinden kaynaklanan gecikme, B. No: 2013/3282, 23/1/2014, § 44; tanığa ulaşılamamasından kaynaklanan gecikmeler (B. No: 2013/2364, 7/3/2014, § 65, nedeniyle makul sürenin aşılmasında Devletin sorumluluğu tespit edilmiştir.

rında da bu konulara değinilmiştir.⁹⁶

AYM de hükmün yazılması, bir belge veya dosyanın diğer bir mahkemeye gönderilmesi, dosyanın incelemeye alınmasındaki gecikmeler gibi konularda personelin vasıf veya sayı bakımından yetersizliği, iş yoğunluğu gibi nedenlerle mahkeme yazı işleri (kalem) hizmetlerindeki aksamaların⁹⁷ veya hakimlerin benzer nedenlerle süreyi uzatan kusurlu tutumlarının⁹⁸, makul sürenin belirlenmesinde gözönüne alınacağını kabul etmektedir.

Anayasa Mahkemesi, ticaret mahkemesinde yürütülen bir dava hakkındaki bireysel başvuruda resmi mercilerin yargılama sürecini uzatan ve hak ihlaline yol açan tutumlarını şu şekilde tespit etmiştir:

*“... tensip duruşmasını takiben yaklaşık yedi ay sonra görevsizlik kararı verildiği, ... yaklaşık sekiz aylık bir sürenin birliktesi tespit edilmesi amacıyla geçirildiği, başvuru vekiline sunulan ve hakim havalesi taşıyan mazeret evrakının ilgili celseden önce dosya arasına alınmaması nedeniyle davanın takipsiz bırakıldığından bahisle açılmamış sayılmasına hükmedildiği, bu hükmeye ilişkin temyiz süreci de nazara alındığında, belirtilen ihmale istinaden iki yıl yedi ayı aşkın bir yargılama süresinin geçtiği, ayrıca bozma sonrasında başvuru vekili için çıkarılan ve tebliğ edilerek 5/5/2009 tarihinde mahkeme kalemine teslim edildiği anlaşılan **tebligat evrakının dokuz ayı aşkın süreçte dosya arasına alınmaması nedeniyle 2/3/2009 tarihli bozma kararı sonrası ancak 8/2/2010 tarihinde tensip duruşmasının yapılabilirdiği, ...**”⁹⁹*

bb. Yargı sistemine ilişkin yapısal sorunlar

Yargı mercilerinin yargılama sürecinde ihmal veya kusurları bulunmamakla birlikte, yargı sisteminin genel veya o yere özgü sorunları nedeniyle yargılama gereğinden çok uzayabilmektedir. Bunlar ‘yapısal sorunlar’ olarak adlandırılmaktadır. Yapısal sorunların içerisine, iç hukuktaki boşluklar, iş sayısının aşırı derecede artması, hakim ve savcı sayısının yetersizliği gibi nedenler

96 Örneğin, zorunlu olmadığı halde *bekletici sorun* yapılmasından kaynaklanan gecikme; B. No: 2013/4701, 23/1/2014, prg. 58 ve 59; hâkim değişikliğinden kaynaklanan gecikme, B. No: 2013/4701, 23/1/2014, § 65; davaların birleştirilmesinden kaynaklanan gecikme, B. No: 2013/3282, 23/1/2014, prg. 44; yazışmalardaki kusur veya diğer bir sebeple tanığa ulaşılmasından kaynaklanan gecikmeler (B. No: 2013/2364, 7/3/2014, prg. 65; B. no : 2013/3442, 20.3.2014, prg. 45), nedenleriyle makul sürenin aşılmasında Devletin sorumluluğu tespit edilmiş ve ihlal sonucuna ulaşılmıştır.

97 AYM B. no : 2012/625, 9.1.2014, prg. 38-41.

98 Örneğin Mahkeme, ilk derece mahkemesinin usul kurallarını veya hukuki nitelemeye ilişkin kanunun uygulanmasında hataya düşmesi nedeniyle sürenin uzamasını makul olarak görmemektedir; “Derece mahkemesince verilen karar dört defa temyiz edilmiş ve üç kez bozulmuş ... hukuk sisteminde var olan yapısal ve organizasyona ilişkin eksikliklerin, yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilmesini izah edemeyeceği açıktır.” AYM B. no: 2013/695, 9.1.2014, prg. 39-42; Çelik, Abdullah, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, s. 107, 108.

99 AYM B. No : 2013/1562, 26.6.2014, prg. 48.

girebilmektedir. AİHM bu tür yapısal sorunların varlığı hâlinde de devletin sorumlu olduğunu kabul etmektedir.¹⁰⁰ Uzun yargılamanın nedeni kimi zaman mevzuattaki başvuru yollarının fazlalığı olabilmektedir. AİHM, hukuk sistemini basitleştirmenin de devletin görevi olduğu görüşündedir.¹⁰¹ Makul süre güvencesinin gereği olarak devlet, masrafı ne olursa olsun, yargı sistemini adil yargılanma hakkının gereklerini yerine getirebilecek bir biçimde düzenlemekle yükümlüdür.¹⁰²

AYM mahkemeler önündeki aşırı iş yükünün yargılama süresini uzatabileceğini kabul etmekte, ancak bu sorunun mahkemeler sisteminin yargılamayı makul süre içinde bitirecek şekilde organize edilmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağına işaret etmektedir.¹⁰³ AYM, hakimlerin görev yerlerinin sıkça değiştirilmesinin davaların uzamasına ve dolayısıyla ihlale yol açtığını kabul etmektedir.¹⁰⁴

Strazburg kararlarında uzun yargılamaya neden olan iş yoğunluğunun, birdenbire ortaya çıkan ekonomik kriz gibi öngörülemeyen bir sebebe bağlı olması durumunda, önlem alma imkanı bulunmaması nedeniyle devletin sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir.¹⁰⁵

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de, terör olayları nedeniyle mağdur olanlara tazminat verilmesine ilişkin 5233 sayılı Kanun uyarınca idari kurullara yapılan başvurular hakkındaki kararlarında, ani nedenlere bağlı iş yoğunluğu durumunda devletin sorumlu tutulamayacağını kabul etmiştir :

“Anayasa Mahkemesinin bu başvuruya benzer başka başvurularla ilgili daha önce verdiği kararlarda (B. No: 2013/3007, 2013/3008, 2013/3202 ve 2013/3309,

100 AİHM Zimmermann – Steiner v. Switzerland, no. 8737/79, 13.7.1983, prg. 29-32; Martins-Moreira/Portugal, prg. 53; Salesi v. İtaly, prg. 24; ; İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s. 282.

101 AİHM Büker-Türkiye, prg. 36; Königv.Germany, prg.100; ; İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s. 282.

102 Airey v. İrlanda, A 32 (1979); Susmann v. Almanya, 1996, prg. 55; **Harris/O’Boyle/Bates/Bates/Buckley**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 285.

103 “İş yükü ve organizasyon eksikliğinin yargılama süresinin uzaması üzerinde baskın bir etkiye sahip olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, Anayasa 36 ve Sözleşme’nin 6. maddesi gereğince ... sistemde var olan yapısal ve organizasyona ilişkin eksikliklerin, yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilmesini izah edemeyeceği açıktır; AYM B. no : 2013/700, 15.4.2014, prg. 51; aynı yönde B. no : 2013/2253, 15.4.2014, prg. 35; Çelik, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, s. 108.

104 “İlk derece mahkemesi önünde, bozmaya uyularak görülen davaya beş farklı hakim in nezalet ettiği görülmüştür. Hakimlerin görevlerinin sık aralıklarla değiştirilmesi nedeniyle farklı hakimlerin aynı dosyayı tekrar ele alarak incelemek zorunda kalmalarının davaların uzamasının yanı sıra yargının iş yükünün artması üzerindeki olumsuz etkileri de göz önünde tutulmalıdır.” AYM B. no : 2013/3442, 20.3.2014, prg. 4. Ayrıca bkz. AYM B. no: 2013, 4701, 23.1.2014, prg. 65; Çelik, Abdullah, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, s. 99.

105 Buchholz v. Germany, pr. 62; Foti ve diğerleri v. İtalya, A 56 (1982) ; **Harris/O’Boyle/Bates/Bates/Buckley**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 284; **Doğru/Nalbant**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, s. 635.

6/2/2014), bu konuda gereken çabanın gösterilmesi ve zamanında yeterli önlemlerin alınması koşuluyla, geçici olarak iş yükünde meydana gelen olağanüstü artıştan kaynaklanan belli bir süreye kadar yaşanan gecikmelerden devletin sorumluluğunun ortaya çıkmayacağı, ancak bu tarz gecikmelerin yapısal bir soruna dönüşmesi ve hali-hazırda uygulanan yöntemlerin yetersiz hâle gelmesi durumunda devletin, yaşanan gecikmelerden sorumlu hâle geleceği kabul edilmiştir.”¹⁰⁶

d. Dava Konusunun Başvurucu Bakımından Önemi

Mahkeme makul süreyi belirlerken AİHM içtihatlarında olduğu gibi¹⁰⁷ dördüncü kriter olarak, başvurunun ne tür bir menfaatinin tehlikede olduğunu, başka deyişle dava konusunun başvuru için önemini de gözetmektedir. Bu anlamda AİHM, tutuklulara ilişkin ceza davalarının, çalışma hayatı ve sosyal güvenlikle ilgili davaların, çocukların evlatlık verilmesi veya velayet hakları ile ilgili davaların, kişinin akıl hastası olduğu iddiasına dayanan davanın, AIDS hastası olan kişi hakkındaki davanın, bedensel zarara uğrayanlarla ilgili tazminat davalarının, makul süre bakımından daha süratli yargılama gerektirdiğini kabul etmektedir.¹⁰⁸ AİHM’nin bu konudaki tutumuna örnek vermek gerekirse; kan nakli sırasında HIV virüsü bulaşan başvurunun idareye karşı açtığı tazminat davasında iki yıl süren yargılamanın makul süreyi aştığı kabul edilmiştir.¹⁰⁹

Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında, dava konusunun başvuru için önemini de bir kriter olarak gözettiğini açıklamaktadır:

“Yargılama süresinin makul olup olmadığı incelenirken davanın karmaşıklığı, baş-

106 AYM B. No: 2013/2625, 8.5.2014, prg. 67 ; B. No: 2013/3007, 6/2/2014, prg. 65-67. Diğer bir karar; “...Yargılama faaliyetinin süresine ilişkin değerlendirmede göz önünde bulundurulması gereken ilgili makamların tutumu kapsamında sadece yargı makamlarının tutumu dikkate alınmayıp, Devletin kamu gücü kullanan tüm organlarına atfedilebilir bir gecikme olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Yetkili makamlara atfedilecek gecikmeler, yargılamanın süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanabileceği gibi, yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliğinden de ileri gelebilir. Zira Anayasa’nın 36. maddesi ile Sözleşme’nin 6. maddesi, hukuk sisteminin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunu yüklemektedir. ...ceza dosyası sonucunun beklenilmesi noktasındaki takdir ilgili usul hükümleri uyarınca derece Mahkemelerine ait olmakla beraber, belirtilen ceza davası akibetinin yedi yıl altı ay boyunca beklenilmesinin somut yargılamanın süresi üzerinde etkili olduğu anlaşılmaktadır.” AYM B. no 2012/650, 5.12.2013, prg. 49.

107 Bu konuda bkz; **Harris/O’Boyle/Bates/Bates/Buckley**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 282.

108 İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3.B. s. 372-374; **Harris/O’Boyle/Bates/Bates/Buckley**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s. 284; **Doğru, /Nalbant**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, s. 635.

109 AİHM X-Fransa kararı; ; **Doğru, /Nalbant**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, s. 635.

Haşim Kılıç'a Armağan

vurucunun yargılama süresince gösterdiği tavır ve davranışlar, kamu otoritelerinin ve özellikle de yargılama makamlarının tutumları, davanın başvuru açısından taşıdığı önem ve söz konusu yargılama bir ceza yargılaması ise başvuruçunun tutuklu olup olmadığı gibi hususların dikkate alınması gerekir”¹¹⁰

AYM örneğin, işçi hak ve alacaklarıyla ilgili uyuşmazlıklarda davanın süratle sonuçlandırılmasında işçinin önemli bir menfaati olduğunu kabul etmektedir:

“Adil yargılanma hakkı Devlete, uyuşmazlıkların makul süre içinde nihai olarak sonuçlandırılmasını garanti edecek bir yargı sistemi kurma ödevi yükler. İş kazası sonucu yaralanan bir çalışanın, bu fiil sonucu ortaya çıkan zararının karşılanması için derhal bir yargı kararı verilmesinde önemli bir kişisel yararı bulunmaktadır. Zira çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybeden bir bireyin hukuki durumunun ivedilikle açıklığa kavuşturulması gerekir. Çalışanın, geçim kaynağı olmaksızın hukuki durumunun uzun süre belirsiz bırakılması halinde, çalışan bu durumdan olumsuz etkilenecektir. Bu nedenle iş uyuşmazlıklarının ivedilikle çözülmesi hususunda yargı organlarının özel bir itina göstermesi gerekir.”¹¹¹

AYM kaza sonucu yaralanan kişilerin açtığı tazminat davalarının da özel bir itina gösterilerek süratle çözümlenmesi gerektiği görüşündedir:

“Trene yolcu olarak bindiği sırada, trenin aniden hareket etmesi sonucu meydana gelen kaza sonucu yaralanan kişinin, bu fiil sonucu ortaya çıkan zararının karşılanması için makul sürede yargı kararı verilmesinde önemli bir kişisel yararı bulunmaktadır. Zira çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybeden bir bireyin hukuki durumunun ivedilikle açıklığa kavuşturulması gerekir. Kişinin, geçim kaynağı olmaksızın hukuki durumunun uzun süre belirsiz bırakılması halinde, kişi bu durumdan olumsuz etkilenecektir. Bu nedenle kaza sonucu meydana gelen zararların derhal tazmin edilmesinde ve bu uyuşmazlıkların ivedilikle çözülmesi hususunda yargı organlarının özel bir itina göstermesi gerekir.”¹¹²

C. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı

1. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi, makul sürede yargılanma hakkının, adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğundan hareket ederek, bu hak için Anayasa'nın 36. maddesini temel almakta, yardımcı hüküm olarak 141/4. maddeyi gözetmektedir. Ayrıca, hakkın içeriğiyle ilgili olarak AİHS'nin 6/1. maddesiyle ilgili

110 AYM B. no. : 2013/8870, 18.6.2014, prg. 28; B. no: 2012/13, 2/7/2013, prg. 41.

111 AYMB. no: 2013/4701, 23/1/2014, prg. 48. Aynı yönde, AYM B. no: 2013/2364, 7/3/2014, prg. 51.

112 AYM B. no : 2013/5733, 20/3/2014, prg. 41.

AİHM içtihatlarını dikkate almaktadır. Mahkeme, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini kabul ettiği durumda, talep varsa, ihlalin yarattığı mağduriyetin giderilebilmesi için manevi tazminata da hükmetmektedir.

Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına dayalı bireysel başvuruda, başvuranın davasında haklı olup olmadığı önem taşımamaktadır. Başvuran davasında haksız bulunup davası reddedilmiş olsa veya dava zamanaşımı nedeniyle düşme kararı ile neticelense dahi, yargılamada makul süre aşılmışsa, Anayasal hakkının ihlal edildiği iddiasıyla başvuru hakkına sahiptir.

Örneğin; asliye hukuk mahkemesinde görülen, haricen satın alınan taşınmazın devrinin yapılmaması nedeniyle satış bedelinin tahsilinin istendiği ve neticesinde zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verildiği davanın temyiz ve karar düzeltme süreci sonuna kadar beş yılı aşan toplam yargılama süresinde, başvurucunun süreyi uzatıcı bir tutumunun bulunmaması karşısında makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmış ve 3.350 TL manevi tazminat ile 198, 35 TL harç ve 1.500, 00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698, 35 TL yargılama giderinin de başvurucuya ödenmesine hükmedilmiştir.¹¹³ Bunun gibi, aşağıda örneği görüleceği üzere, yargılandığı ceza davasında hapis cezasına mahkum edilen sanığın uzun yargılamaya dayalı başvurusu kabul edilip lehine manevi tazminata hükmedilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin örnekleri aşağıda görülecek kararlarından, yargılamaya konu uyuşmazlığın başvuru bakımından önemi, uyuşmazlığın karmaşıklığı, yargılama sürecindeki tutumlar gibi ölçütler uyarınca, somut olaya bağlı olarak değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu anlamda, uygulanan ölçütlere göre, 3 yıl 6 ay süren bir yargılama makul sürenin ihlali olarak görülebileceği gibi, 5 veya 7 yılı aşkın süre devam etmiş bir yargılama ise makul süre içerisinde kabul edilebilmektedir. Yine bu güne kadar verilen kararlardan 8 yılı aşan yargılamalar bakımından genellikle hak ihlali sonucuna ulaşıldığı gözlemlenebilmektedir. Ancak her başvurunun kendi şartları içerisinde değerlendirildiği tekrar hatırlatılmalıdır.

Mahkeme, sosyal güvenlik ve iş davaları gibi, başvuranın menfaati bakımından daha süratli davranılması gereken dava türleri bakımından süreyle ilgili ölçütlerini daha sıkı uygulamaktadır. Başvuranın menfaati gereği hızla karar verilmesi gereken işe iade gibi davalar bakımından ise daha da az sürelerin ihlale yol açabileceğine karar verebilmektedir.

Mahkeme, ceza yargılamasında tutuklulara ilişkin davaların daha hızlı görülmesi gerektiğini kabul etmektedir. Fakat dava özelinde yetkili merciin ve başvurucunun tutumunu, davanın karmaşık olup olmadığını irdeleyerek bir

113 AYM B. No : 2013/6816, 18.6.2014.

sonuca ulaşmaktadır.

Anayasa Mahkemesince 26 Aralık 2014 tarihi itibarıyla verilen toplam ihlal kararı sayısı 392'dir. Bu kararların haklara göre dağılımı şöyledir:

HAKLAR	KARAR SAYISI
Adil yargılanma hakkı (Makul sürede yargılanma hakkı)	312 (281)
Kişî hürriyeti ve güvenliği (Tutuklulukta makul süre) (Azami tutukluluk)	38 (14) (24)
Mülkiyet hakkı	10
Seçilme hakkı	6
Yaşama hakkı	6
İfade özgürlüğü	8
İşkence ve eziyet yasağı	3
Maddi ve manevi varlığın bütünlüğü hk.	2
Özel hayata ve aile hayatına saygı hk.	2
Suç ve cezalara ilişkin ilkeler	2
Din ve vicdan özgürlüğü	1
Ayrımcılık yasağı	1
Sendika hakkı	1

Görüldüğü üzere, ihlal kararları içerisinde makul sürede yargılanma hakkının oranı yüzde 71 olarak ortaya çıkmaktadır. Esasen, uzun yargılama nedeniyle başvuru sayısı aynı oranda değildir, hatta bu orana nazaran çok daha düşüktür. Fakat bu sonuç, uzun yargılama şikayetlerinin kabul edilme oranlarının oldukça yüksek olduğunu göstermektedir.

1. Medeni Uyuşmazlıklarda Makul Süre Değerlendirilmesi

a. İşçi hak ve alacaklarıyla ilgili davalar

Anayasa Mahkemesine göre işçi hak ve alacaklarıyla ilgili uyuşmazlıklar ivedi görülmesi gereken davalardır. Bu tür davalar, AİHM yönünden de kısa bir süre içinde çözümü için özel gayret gerektirir niteliktedir.¹¹⁴ Anayasa Mahkemesine göre, “iş uyuşmazlıklarının ivedilikle çözülmesi hususunda yargı organlarının özel bir itina göstermesi gerekir.”¹¹⁵

114 AİHM 27.2.1992, B. no 12460/80; Er, Selami/Dursun Halil İ., İşe İade Davalarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı, TBBD 2014/115, s. 424.

115 AYM B.No: 2013/4701, 23/1/2014, prg. 48.

Anayasa Mahkemesince, iki dereceli olarak (ilk derece ve Yargıtay) toplam 4 yıl 6 ay süren kıdem ve ihbar tazminatı alacağına ilişkin davada makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği kabul edilip, 4.400 TL manevi tazminata hükmedilmiştir.¹¹⁶ Bundan başka, işçi alacağının ödenmesiyle ilgili davada toplam 5 yılı bulan¹¹⁷ ve yine 6 yıla yaklaşan¹¹⁸ yargılama süresi nedeniyle hak ihlali bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Buna karşılık, ilk derece ve Yargıtay'da toplam 3 yıl 10 ay 7 gün süren işçi alacağı davasında süre makul olarak değerlendirilmiş ve başvuru kabul edilmez bulunmuştur.¹¹⁹

Uygulamada *işe iade davası* olarak bilinen iş akdinin feshine karşı açılan davalar, geçim kaynağını yitiren işçinin güncel menfaati nedeniyle (davanın kısa sürede bitirilmesini sağlayacak şekilde) basit usulle görülmesi ve üç ay içerisinde sonuçlandırılması gereken davalardandır.¹²⁰ Bu dava, iş güvencesinden doğan hak ve alacaklara ilişkindir. Belirtelim ki Kanunda davanın görülmesi için belirlenen süreler, işin önemi nedeniyle kısa sürede bitirilmesi yönünde mahkemelere verilmiş direktif mahiyetindeki düzenlemelerdir. Bu sürelerin geçmiş olması, mahkemenin verdiği hükmün geçerliğini etkilememektedir.¹²¹ Ayrıca kanunlardaki bu tür düzenleyici süreler makul süre için de mutlak anlamda bir ölçü olarak esas alınmamaktadır.¹²² Nitekim AİHM'nin

116 AYM B. no : 2014/2803, 8.9.2014.

117 AYM B. no : 2013/1021, 17.11.2014.

118 AYM B. No: 2014/2234, 18.6.2014. Yine, kanundan ve toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan alacakların ödenmediği iddiasıyla açılan davanın yargılanmasının 6 yıl sürmesi nedeniyle başvuruçunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir; AYM B. No : 2014/1007, 18.6.2014, prg. 44, 45.

119 AYM B. no : 2013/4454, 15.10.2014.

120 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesi uyarınca iş akdinin işverence feshedilmesi durumunda işçi, Kanunun 20/1. maddesi uyarınca feshin geçerli bir nedene dayanmadığı iddiasıyla, fesih bildirimimin tebliğinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesine dava açabilir veya taraflar anlaşırса uyusmazlık aynı sürede özel bir hakeme de götürülür. Kanunun 20/3. maddesi gereği bu davalar seri muhakeme usulüne göre iki ayda sonuçlandırılır ve temyiz hâlinde Yargıtay da bir ay içinde kesin olarak karar verir. Mahkeme, feshin geçersizliğini tespit ederse dava işe iade kararı ile sonuçlanmaktadır. Kanunda seri usul denilmiş ise de 6100 sayılı yeni HMK ile seri usul kaldırılmış, yerine basit usul getirilmiş olup, HMK'nın 447. maddesindeki atfı sonucunda iş davalarında da *basit usul* uygulanmaktadır. Basit usule göre taraflar dilekçelerinde dayandıkları vakıaları ve bunlara ilişkin delilleri göstermeli, kendisine dava dilekçesi tebliğ edilen davalı taraf cevabını 15 gün içerisinde vermelidir. Bu usulde cevaba cevap imkanı tanınmamıştır. Dava dilekçesinin kaydından itibaren karşı tarafa tebliği ve cevap dilekçesinin verilmesi dahi yaklaşık 2 ayı bulacağından, kanundaki iki aylık sürenin gerçekçi olmadığı anlaşılmaktadır. Mahkeme dosya üzerinden karar verebileceği gibi, gerekli görürse duruşma açabilir ve duruşmaları bir ayı geçmemek üzere erteleyebilir; Özcan, Durmuş İş Hukukunda İşçilik Alacakları, 3.B. Ankara 2015, s. 234, 236. HMK ile sözlü yargılama usulü kaldırılıp basit usul benimsendiğinden, doktrinde basit usul hükümleriyle davanın kanunda belirtilen 2 aylık sürede bitirilmesinin mümkün olamayacağı ifade edilmekte ve bu konunun yeniden düzenlenmesi ihtiyacı dile getirilmektedir; bkz. Özcan, İş Hukukunda İşçilik Alacakları, s. 234.

121 Günay, C. İlhan, İş Kanunu Şerhi, 3.B. Ankara 2009, s. 932, nakleden Er/Dursun, İşe İade Davalarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı, s. 410.

122 Doktrinde bu sürenin makul süre için de esas alınması fikri ileri sürülmüş ise (Aktepe, Sezin, İşe İade Davalarının MUH İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi, DEÜHFD C.11, özel

yaklaşımı da böyle olmuş, davanın görülmesi için belirlenen üç aylık süre, makul süre güvencesi olarak değerlendirilmemiş ve 1 yıl 5 ay süren işe iade davasında bu süre makul olarak kabul edilmiş, başvuru kabul edilmez bulunmuştur.¹²³ Anayasa Mahkemesi de Kanundaki üç aylık süreyi, mahkemelere hitabeden düzenleyici süre olarak değerlendirmiş ve bu süreyi makul süre için esas olarak almamıştır. Mahkeme, iş akdinin feshi nedeniyle başvuran tarafından açılan feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davasının, davaya konu hakkın niteliği gereği daha süratle sonuçlandırılması gerektiğini gözönünde tutarak, ilk derece ve temyiz aşamalarında toplam 3 yıl 5 ay süren yargılama nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²⁴

AYM diğer bir olayda, toplam 3 yıl 4 ay süren işe iade davasında, yargılama merciinin süreyi uzatan kusurlu tutumu nedeniyle makul sürenin aşıldığını kabul etmiş ve başvuran lehine 3000 TL manevi tazminata hükmetmiştir:

“İlk derece mahkemesi yargılamasında tanıkların mahkemeye getirilmesi ve beyanlarının alınması sorunları yaşanmış, bir tanığın adresine ulaşılmadığından talimatla beyanının alınabilmesi yirmi sekiz buçuk ay sonunda mümkün olmuştur. Başvuruya konu dava açısından tanık delilinin önemi de düşünüldüğünde, bir kamu görevlisi olan tanığa ulaşma ve tanığı mahkeme önünde hazır etme konusunda idari ve yargısal sorunlar olduğu ve bu sorunlar nedeniyle devlete atfedilmesi gereken kusur sorumluluğunun artacağı konusunda şüphe yoktur.

Söz konusu başvurunun konusu olan işe iade davasında yargılama sürecindeki gecikme dönemleri ayrı ayrı değerlendirildiğinde, ilk derece mahkemesince bir tanığın makul sürede duruşmada hazır edilemediği, yazılan müzakerelere zamanında cevap verilemediği veya yerine getirilemediği, sonuç olarak haklı görülemeyecek derecede uzun bir süre olan yaklaşık 40 ayda yargılamanın tamamlandığı görülmektedir. İş ilişkisinden kaynaklanan uyumsuzlukların özellikle de işe iade talebini içeren feshe itiraz davalarının niteliği, başvuru açısından taşıdığı değer ve başvurucunun davadaki menfaati dikkate alındığında, 3 yıl 4 ay gibi bir sürenin makul olduğu söyle-

sayı 2009, s. 89, nakleden **Er/Dursun**, s. 418) AİHM'nin bu tür davalardaki yaklaşımı da, toplam yargılama sürecinin Sözleşme'nin 6/1. Maddesi uyarınca makul süre kriterlerinin uygulanması şeklinde olmuştur (bkz. Çalık/Türkiye ve Dildirim Türkiye kararları, nakleden **Er/Dursun**, s. 419). Ancak Kanundaki üç aylık süre mutlak olarak makul sürenin belirlenmesinde esas olmaz ise de en azından bu sürele oranla makul olmayan gecikmelerin tespiti durumunda ihlalin varlığı kabul edilmelidir; **Er/Dursun**, s. 420.

123 AİHM Çalık/Türkiye, B. no 3675/7, 31.8.2010. Diğer bir işe iade davasında geçen 1 yıl aylık süre de makul olarak kabul edilmiştir; AİHM Dildirim/Türkiye, B. no 42927/10, 12.3.2013; **Er/Dursun**, s. 423.

124 AYM B. No: 2013/772, 7.1.2013.

Benzer biçimde, 4 iki dereceli olarak toplam 4 yıl süren işe iade davası nedeniyle ihlal ve 2.750 TL manevi tazminat kararı verilmiştir; AYM B. no : 2013/342, 17.11.2014.

nemez.”¹²⁵

b. Eser sözleşmesine dayalı uyuşmazlıklar

Eser sözleşmesi kapsamında, kat karşılığı inşaat yapım ve satış vaadi sözleşmesiyle iş yapan yüklenici firmanın edimlerini yerine getirmedeği iddiasıyla açılan dava hakkındaki makul sürenin aşıldığı iddiası AYM tarafından şöyle değerlendirilmiştir:

“Başvurunun değerlendirilmesi neticesinde, başvuruya konu yargılamanın bir taşınmazın mülkiyetine ilişkin bir uyuşmazlık olduğu, uyuşmazlığın niteliği itibarıyla, yazılı yargılama usulünün geçerli olduğu asliye hukuk mahkemesinde karara bağlandığı ve iki dereceli bir yargılama prosedüründen geçerek kesinleştiği anlaşılmaktadır. Başvuru konusu dava 16/6/2009 tarihinde açılmış olup, ilk derece mahkemesince 29/4/2010 tarihinde davanın kabulüne hükmedildiği, temyiz talebinin reddine dair 24/10/2011 tarihli Yargıtay ilamı sonrasında başvurulanan karar düzeltme neticesinde, 7/2/2013 tarihli Yargıtay ilamı ile kesin hükme bağlandığı anlaşılmaktadır.

Başvuruya konu yargılamanın tabi olduğu yargılama usulü, bu usule bağlı olarak uygulanması gereken usul hükümleri ve yargılama aşamaları nazara alındığında, yaklaşık üç yıl sekiz aylık yargılama süresinin somut davada ve iki dereceli yargılama prosedüründe makul süreyi aşmadığı ve başvuruya konu uyuşmazlığın karara bağlanmasının yargılama makamlarının tutumu nedeniyle geciktirildiğine dair bir bulgu saptanmadığı anlaşılmaktadır.”¹²⁶

c. Alacak ve tazminat davaları

Hukuk mahkemesinde açılan alacak ve tazminat davasında AYM yaklaşık 4 yıl devam eden yargılamanın makul sürede tamamlandığını kabul etmiştir:

“Davada yer alan kişi sayısı ve davanın mahiyeti nedeniyle icrası gereken usul işlemlerinin niteliği başvuruya konu yargılamanın karmaşık bir niteliğe sahip olduğunu gösterdiği, davaya bütün olarak bakıldığında, ilk açılış tarihi olan 1/6/2009 tarihinden itibaren hükmün kesinleştiği 8/5/2013 tarihine kadar 3 yıl 11 ay 7 gün yargılamanın devam ettiği anlaşılmıştır.

Başvurunun konusu olan tazminat ve alacak davasında yargılama sürecindeki gecikmeler ayrı ayrı değerlendirildiğinde, davanın niteliği gereği bilirkişi incelemesini gerektirdiği, iki dereceli yargılama yapıldığı ve başvurucu vekilinin yargılama sürecindeki tutum ve davranışları dikkate alındığında 3 yıl 11 ay 7 gün süren yargıla-

¹²⁵ AYM B. No : 2013/2364, 7.3.2014, prg. 67, 68.

¹²⁶ AYM B.no.2013/2263, 26.6.2014, prg. 29, 30.

ma sürecinin makul olduğu sonucuna varılmıştır.”¹²⁷

Sözleşmeye dayalı *alacak davasında* AYM; uyuşmazlığın karmaşık nitelikte olmayışı ve mahkemenin sürati temin etmeye hizmet eden özel usul hükümlerini nazara almadığını gözönünde bulundurarak, 5 yılı geçen yargılama süresinin makul olmadığına ve hak ihlali bulunduğu karar vermiştir.¹²⁸

Harici satış sözleşmesiyle satılan arsanın teslim edilmemesi nedeniyle *bedelin iadesi (alacak) davasında*, uyuşmazlığın karmaşık nitelikte olmayışı ve mahkemenin sürati temin etmeye hizmet eden özel usul hükümlerini nazara almadığı gözönünde bulundurularak, 5 yılı geçen yargılama süresinin makul olmadığı ve hak ihlalinin bulunduğu kabul edilmiş ve başvuru lehine 3350 TL manevi tazminata hükmedilmiştir.¹²⁹

Anayasa Mahkemesi, karmaşık nitelikte olmayan alacak davasında 8 yılı aşan yargılama süresinin hak ihlaline yol açtığını kabul etmiştir:

“Başvurunun değerlendirilmesi neticesinde, başvuruya konu yargılamanın konusu ve taraf sayısı dikkate alındığında karmaşık bir niteliğe sahip olmadığı, ancak yargılama sürecindeki gecikmeler ayrı ayrı değerlendirildiğinde, yazılı yargılama usulünde tatbiki gereken yargılamayı hızlandırıcı niteliğe sahip özel usul hükümlerine riayet edilmediği ve verilen ara kararların birçoğunda yapılması gereken işlemlerin uzun sürelerle yerine getirilmediği anlaşılmaktadır.

*Başvuruya konu yargılama sürecine bütün olarak bakıldığında, davanın açıldığı 22.32005 tarihinden itibaren, Yargıtay 13. Hukuk Dairesince onama tarihi olan 16.4.2013 tarihine kadar 8 yıl 1 ay 4 gün devam eden yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır.... Dolayısıyla uyuşmazlığın niteliği ve başvurunun kişisel yararı göz önünde bulundurulduğunda başvuruca yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararı karşılığında takdiren 5.850, 00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.”*¹³⁰

Diğer bir tazminat davasında, davanın karmaşık nitelikte olduğu tespiti yapılmış, fakat 9 yıllık yargılama süresinin makul görülemeyeceği belirtilmiştir.¹³¹

İtirazın iptali davasının iki dereceli olarak toplam 5 yıl sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ve başvuruca 4.150 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir.¹³²

127 AYM B. No. 2013/5390, 30.6.2014, prg. 81, 82.

128 AYM B. no : 2013/5459, 16.10.2014, prg. 37, 38.

129 AYM B. no : 2013/6816, 18.6.2014, prg. 60, 61.

130 AYM B. no : 2013/4785, 15.4.2014, prg. 60, 61, 66.

131 AYM. B. no : 2013/2508, 30.12.2014, prg. 54. (hak ihlaline ve 6650 TL manevi tazminata hükmedildi)

132 AYM B. no : 2014/579, 8.9.2014.

H. T. Gökcan: Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Borçlar Kanunu uyarınca¹³³ ceza mahkemesinin kusur değerlendirmesi ve beraat kararı hukuk hakimini bağlamadığı gibi, mahkumiyet kararı da yalnızca maddi olayın tespiti ve failin kimliği konularında bağlayıcıdır.¹³⁴ Buna rağmen tazminat ve alacak davalarında ceza mahkemesi kararlarının bekle-nilmesi, yargılama süresinin uzamasına ve makul sürede yargılanma hakkı-nın ihlaline yol açabilmektedir. Nitekim AYM kimi kararlarında bu hususa işaret etmektedir:

“61.Hukuk ve ceza davalarının konuları, tarafları ve amaçları farklı olduğundan, ceza mahkemesi kararları, hukuk davaları için kural olarak kesin hüküm oluşturmaz. Haksız fiil nedeniyle açılan tazminat davalarını çözmek bütünüyle hukuk hâkiminin görevi içindedir. Bir “bekletici sorun” iddiası karşısında kalan hâkimin, görevi dışındaki bu iddianın mutlaka görevli mahkemede çözülmesini bekleme yükümlülüğü yoktur. Kendisi de birçok durumda ileri sürülen hususu karara bağlayabilir. Kaldı ki, mülga 818 sayılı Kanun’un 53. maddesi gereğince hukuk hâkimi, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararıyla bağlı ise de, maddi olayı tespit etmeyen beraat kararı hukuk hâkimini bağlamaz. Onun için hukuk hâkimi, topladığı deliller doğrultusunda karar verebilir. Ceza mahkemesinin delilleri tespit ve takdiri ile hukuk mahkemesinin delil-leri tespit ve takdirinin farklı olmasının bir sonucu olarak, bir olayda sebep sonuç bağı bulunmadığına dair ceza mahkemesi kararı dahi (B. No: 2013/7123, 6/2/2013, § 62) hukuk hâkimini bağlamayabilir.

62. Somut davada Mahkemece, İskenderun Ağır Ceza Mahkemesi dava dosyasının akıbetinin uzun süre beklenildiği anlaşılmıştır. Yargılama faaliyetinin süresine ilişkin değerlendirmede ilgili makamların tutumu kapsamında sadece yargı makamlarının tutumu dikkate alınmayıp, Devletin kamu gücü kullanan tüm organlarına atfedilebilir bir gecikme olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Yetkili makamlara atfedilecek gecikmeler, yargılamanın süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gös-terilmemesinden kaynaklanabileceği gibi, yapısal sorunlar ve organizasyon eksikli-ğinden de ileri gelebilir. Zira Anayasa’nın 36. maddesi ile Sözleşme’nin 6. maddesi, hukuk sisteminin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yü-kümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek bi-çimde düzenlenmesi sorumluluğunu yüklemektedir (B. No: 2013/7123, 6/2/2013, § 63). Belirtilen ceza davası sonucunun beklenilmesi noktasındaki takdir ilgili usul hükümleri uyarınca derece Mahkemelerine ait olmakla beraber, belirtilen ceza davası

133 6098 sayılı BK Madde 74- “Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belir-lenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.” (Mülga 818 sayılı BK m. 53’de aynı içeriktedir)

134 Ceza mahkemesi kararlarının hukuk hakimii üzerindeki etkisiyle ilgili uygulama ve kararlar konusunda bkz; Gökcan, H. Tahsin, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, 3. B. Ankara 2010, s. 95 vd.

akıbetinin uzun süre beklenilmesinin somut yargılamaların süresi üzerinde etkili olduğu anlaşılmaktadır."¹³⁵

d. Kamulaştırma uyumsuzlukları

*Kamulaştırma bedelinin tespiti davasında ilk derece mahkemesi ve temyiz sürecinde geçen toplam 2 yıl 4 aylık sürenin*¹³⁶ *ve diğer bir başvuruda 3 yıl 7 ayın*¹³⁷ *makul olduğu kabul edilmiştir.*

Kamulaştırmaz elatma nedeniyle tazminat davasında AYM, inceleme tarihine göre 4 yıl 10 ay süren ve halen temyiz süreci devam davanın karmaşık olmayışı, mahkemenin davanın süratle sonuçlandırılmasına hizmet eden usul hükümlerini dikkate almayı gibi hususları gözeterek, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir:

"Başvurunun değerlendirilmesi neticesinde, başvuruya konu kamulaştırmaz el atma bedelinin ödenmesi davası; hukuki meselenin çözümündeki güçlük, maddi olayların karmaşıklığı, delillerin toplanmasında karşılaşılan engeller, taraf sayısı gibi kriterler dikkate alındığında karmaşık olmaktan uzaktır. Başvurucuların tutum ve davranışlarıyla ve usuli haklarını kullanırken özensiz davranışlarıyla yargılamanın uzamasına önemli ölçüde sebep oldukları da söylenemez.

6100 sayılı Kanun'un öngördüğü yargılama usullerine tabi mahkemeler nezdindeki yargılamaların makul sürede tamamlanmadığı yönündeki iddialar daha önce bireysel başvuru konusu yapılmış ve Anayasa Mahkemesi tarafından, özellikle yargılama süratini temin etmeye hizmet eden özel usul hükümlerinin nazara alınmadığı göz önünde bulundurularak makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde karar verilmiş olup (B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 54-64), davaya bütün olarak bakıldığında, somut başvuru açısından farklı bir karar verilmesini gerektirecek bir yön bulunmadığı ve söz konusu yaklaşık beş yıllık yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır.

*Belirtilen nedenlerle, başvuru sahiplerinin Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."*¹³⁸

Haksız elatma nedeniyle *tazminat davasının* karmaşık olmayışı, bilirkişi raporu ve ek raporların uzun sürelerde mahkemeye sunulması, davanın süratle sonuçlandırılmasını temin eden usul kurallarına riayet edilmemesi ve başvuru sahibinin süreyi uzatıcı bir kusurunun bulunmayışı gibi hususları gözetilen AYM halen derdest olan ve (davanın açıldığı 18.12.2009 tarihinden, incele-

135 AYM B. no : 2013/7740, 8.5.2014, prg. 61, 62.

136 AYM B. no : 2013/252, 26.6.2014, prg. 34, 35.

137 AYM B. no : 2014/2065, 1.Böl.2.Kom. 30.11.2014, prg.20, 21.

138 AYM B. No : 2014/2229, 18.6.2014, prg. 34, 35, 36.

me tarihine kadar) 4 yıl 7 ay süren yargılama süresinin makul bulunmadığına karar vermiştir.¹³⁹

e. Tüketici uyuşmazlıkları

Tüketici mahkemesi sıfatıyla görülen, cep telefonu faturasında bildirilen miktarda borç bulunmadığının tespiti ile ilişkin davanın, toplam 5 yıl 9 aylık yargılama süresi nedeniyle hak ihlali bulunduğu kabul edilmiştir:

“Başvuruya konu borçlu olunmadığının tespiti davası; hukuki meselenin çözümündeki güçlük, maddi olayların karmaşıklığı, delillerin toplanmasında karşılaşılan engeller, taraf sayısı gibi kriterler dikkate alındığında karmaşık olmaktan uzaktır. Başvurucunun tutum ve davranışlarıyla ve usuli haklarını kullanırken özensiz davranmasıyla yargılamanın uzamasına önemli ölçüde sebep olduğu da söylenemez. Bu süre içinde başvurucunun katılmaması nedeniyle duruşmaların ertelendiği anlaşılmışsa da Mahkemece ertelemelerin uzun aralıklarla gerçekleştirildiği ve aynı duruşmalarda davalı tarafın bildirdiği mazeretlerin de kabul edildiği belirlenmiş olup, başvurucunun fiilinin yargılama sürecinin uzamasına önemli bir etkisinin olmadığı görülmüş, davaya bütün olarak bakıldığında, Mahkemece uzun aralıklarla duruşmalar yapıldığı, birçok defa bilirkişi raporu alındığı ve bu kapsamda söz konusu yaklaşık altı yıllık yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır.”¹⁴⁰

f. Boşanma ve nafaka davaları

Boşanma ve nafaka talebiyle ilgili dava hakkında Anayasa Mahkemesince yapılan değerlendirmede; ilk derece mahkemesinde yürütülen usuli işlemlerin kanuna uygun olduğunu, duruşmaların bir aylık sürelerle ertelendiğini, gereksiz ertelemelere yol açılmadığını, birleşen nafaka davasıyla ilgili bilirkişi raporlarının ve ek raporların alınması için gereken zamanlar, tarafların raporları inceleme ve itirazlarının değerlendirilmesi, tanıkların dinlenmesi vb. işlemler dolayısıyla karmaşık bir uyuşmazlık oluşu, yargılama makamlarının süreci uzatan kusurlarının olmayışı ve ilk derece ve temyiz olarak iki derecede gerçekleşen 4 yıl 1 aylık yargılama süresinin makul olarak kabul edilmesi gerektiği kabul edilmiştir.¹⁴¹

g. İdari yargı alanındaki uyuşmazlıklar

İdari yargıyla ilgili davalarda da benzer bir yaklaşım izlenmektedir. Bir olayda, kamulaştırma işleminin iptali davasında Danıştay'da karar düzeltme da-

139 AYM B. no : 2014/2243, 18.6.2014, prg. 35, 36.

140 AYM B. No : 2013/7070, 18.6.2014, prg. 40.

141 AYM B. no : 2013/1401, 16.10.2014, prg. 32, 33.

hil toplam 5 yıl 4 ay yargılama süresinin makul olmadığı kabul edilmiş ve Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edilmesi nedeniyle başvuru lehine 3.350 TL manevi tazminata hükmedilmiştir.¹⁴² Yine, döner sermaye payından yararlandırılmaması nedeniyle idare aleyhine açılan alacak davasının 6 yıl içinde sonuçlandırılmaması dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ve başvuru lehine 4150 TL manevi tazminata karar verilmiştir.¹⁴³ Diğer bir olayda, hususi pasaport verilmemesi işleminin iptali ve uğradığı zararın tazminiyle ilgili tam yargı davasının 5 yıl devam etmesi ve halen Danıştay'da derdest olması nedeniyle hak ihlaline ve 3.350TL manevi tazminata hükmedilmiştir.¹⁴⁴

Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanma kararının iptaliyle ilgili davanın Danıştay temyiz ve karar düzeltme süreçleri dahil 2 yıl 4 aylık yargılama süresinin, başvuru lehine haklarını ihlal edecek derecede olmadığı ve hak ihlalinin bulunmadığı kabul edilmiştir.¹⁴⁵

İdari komisyon kararlarının yargılama sürecine dahil olduğu hallerde AYM sürecin Komisyon, ilk derece ve Danıştay şeklinde üç aşamalı oluşunu gözeterek daha uzun bir sürenin gerekebileceğini kabul etmektedir. Köyünü terör olayları nedeniyle terk eden kişinin 5233 sayılı Kanuna dayalı olarak idari komisyona başvurusu üzerine geçen 5 yıl ve idare mahkemesi ile Danıştay dahil toplamda 7 yıl 7 aylık sürenin makul süreyi aşmadığı, bu nedenle başvurunun açıkça dayanakten yoksun bulunduğu karar verilmiştir :

*"Sonuç olarak, idari başvuru sürecinde komisyonlarda incelenen toplam başvuru sayısı, komisyonda her bir başvuru kapsamında yürütülen keşif, bilirkişi raporları alınması vb. faaliyetlerin bütünü düşünüldüğünde detaylı hesaplamalar yapılmasının gerekmesi ve işlemlerin karmaşık olması, söz konusu başvuru öncesi çok sayıda başvuru yapılması ve bunların karara bağlanması ve bunların yanı sıra yargılama sürecinin (dosyanın Diyarbakır İdare Mahkemesinden yeni açılan Batman İdare Mahkemesine devri söz konusu olmasına rağmen) 2 yıl 4 ay 9 gün içerisinde ilk derece ve temyiz aşamalarından geçerek kesinleşmesi gibi davanın tüm koşulları dikkate alındığında, her ne kadar komisyon incelemesinin sonuçlanmasının 5 yılı aşması görevli olarak oldukça uzun bir süre olmakla birlikte toplamda 7 yıl 7 ay 21 günde (15/4/2005-6/12/2012 tarihleri arasında) başvurunun karara bağlanmasının makul sürede yargılanma hakkının ihlalini doğuracağından söz edilemez."*¹⁴⁶

142 AYM B. No : 5.11.2014, 2013/6986.

143 AYM B. no : 2013/7527, 17.11.2014.

144 AYM B. no : 2014/1478, 17.11.2014.

145 AYM B. no : 17.11.2014, 2014/1374, prg. 22-25.

146 AYM B. No : 2013/2625, 8.5.2014, prg. 81.

Diğer bir olayda da, 5 yılı idari kurulda ve 2 yıl 3 ay 19 günü idari yargı mercilerinde geçen 7 yıl 4 aylık toplam yargılama süre nedeniyle makul sürenin aşılmadığına karar verilmiştir; AYM B. No: 2013/3054, 8.5.2014.

H. T. Gökcan: Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Benzer bir davada ise idari komisyon ve yargılama süreci dahil toplam 8 yıl 2 aylık sürenin makul sürede yargılanma hakkını ihlal ettiği kabul edilmiştir.¹⁴⁷ Bu tür davalarda 8 yılın aşılması hâlinde ihlalin bulunduğu kabul edilmekte, bu süreyi geçmeyenler yönünden ise, dava özelinde değerlendirme yapılmaktadır.

2. Cezai Uyuşmazlıklarda Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Ceza yargılamasında, tutuklularla ilgili davaların daha hızlı yürütülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi, incelediği her olayda yargılama sürecini özel olarak değerlendirmekte ve bu süre içerisinde davacıya veya yetkili mercilere yüklenebilecek bir kusur nedeniyle sürenin uzamış olup olmadığını incelemektedir. Anayasa Mahkemesi, kasten yaralama suçu nedeniyle 2 yıl bir ay hapis cezası mahkumiyetiyle sonuçlanan yargılamada, olayın karmaşıklığı ve diğer ölçütlere göre ilk derece ve temyiz sürecinde toplam 4 yıl 10 ayı bulan yargılama süresini makul olarak kabul etmiştir.¹⁴⁸

Anayasa Mahkemesi incelediği bir başvuruda, örgüt kurma ve hürriyetten yoksun kılma suçlarından 24 sanığın yargılandığı davada, uyuşmazlığın ilk derece ve Yargıtay süreci olarak toplam 6 yıl 3 aylık sürede sonuçlandırılması nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁴⁹

Başvurucunun gözaltına alındığı tarihten itibaren (temyiz incelemesi devam eden ve AYM inceleme tarihine göre) 7 yıl 3 ay süren iki dereceli yargılama değerlendirilirken AYM¹⁵⁰; 53 şüpheli hakkında toplam on ayrı suçtan yapılan soruşturma ve kovuşturmada, sanık ve müştekilerinin sayısı, tanıkların dinlenmesi, bağlantılı dosyaların birleştirilmesi, bini aşkın telefon tape kayıtlarının incelenmesi, vb. usuli işlemlerin çokluğu karşısında davanın karmaşık oluşu, mahkemenin gereksiz olarak süre uzatımına yol açmaması gibi öğeleri dikkate alarak, yargılamanın makul süreyi aşmadığına ve hak ihlali bulunmadığına karar vermiştir. Mahkeme, 14 sanıklı yağma, insan öldürmeye teşebbüs ve örgüt üyeliği suçları nedeniyle yapılan ceza yargılamasında duruşmaların ortalama 4 aylık aralarla yapılmış olması nedeniyle davanın süratle bitirilmesi için gereken tedbirin alınmadığına işaretleyerek, 6 yıl 10 ay süren yargılama dolayısıyla makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁵¹ Anayasa Mahkemesi, ilk derece ve Yargıtay'da toplam 8 yıl süren tek sanıklı uyuşturucu ticareti suçuyla ilgili (karmaşık nitelikte bulunmayan) yargılama-

147 AYM B. No : 2013/2294, 8.5.2014.

148 AYM B. no : 2013/1764, 19.11.2014.

149 AYM B. no : 2014/7204, 15.10.2014.

150 AYM B. no : 2014/2454, 4.11.2014, prg. 54, 55.

151 AYM B. no : 2014/1082, 30.12.2014.

da, temyiz sürecinin yaklaşık 6 yıl devam ettiğine dikkati çekmiş ve hak ihlali bulunduğu ve 5.850 TL. manevi tazminata karar vermiştir.¹⁵²

Mahkeme, makul süreyi değerlendirirken, yargılama makamı veya ilgilinin süreyi uzatan kusurlarını da tahlil etmektedir. Yargılama süresi toplam 9 yılı bulan bir ceza uyuşmazlığıyla ilgili başvuru incelenirken, sanığın savunması alınmadan önce de delillerin toplanabileceği gözetilmeden 1 yıl 8 ay hiçbir delil toplanmadan beklenmesini ve temyiz sürecinin aşırı uzunluğu kusur olarak değerlendirmiştir :

“İlk derece mahkemesi savunmasını almak için gerekmediği halde 1 yıl 8 ay başvurucunun yakalanmasını beklemiş sonraki 2 yıl 2 ay boyunca delil toplamıştır. Temyiz üzerine Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 15/2/2013 tarihli ilamı ile zamanaşımı nedeniyle davanın düşürülmesine karar verilmiştir. Dosyanın Yargıtay süreci yaklaşık 4 yıl 7 ay sürmüştür.”¹⁵³

Diğer bir dosyada, yaklaşık on yılı bulan ve hak ihlali kararı verilen ceza yargılaması sırasında yargılama makamının süreyi uzatan tutumu şöyle tahlil edilmiştir:

“Başvurucuların gözaltına alındığı 25/9/2003 tarihinden her iki davanın birleştirilerek görülmeye başlandığı 10/3/2005 tarihi arasında yaklaşık 1 yıl 6 ay; birleştirilmiş davanın başladığı tarihten başvurucuların savunmalarının tamamlandığı 21/2/2006 tarihine kadar yaklaşık 9 ay geçmiştir. Bu tarihten sonra savunması alınmayan bir sanığın savunmasının alınması için beklenilmiş ve bu kişinin savunması ancak hakkında verilen yakalama emrinin 3/5/2013 tarihinde infaz edilmesiyle alınabilmektedir. Yalnızca bir sanığın savunmasının alınması için yaklaşık 7 yıl 3 ay beklenilmiştir. Dosyanın tekemmül etmesinden yaklaşık 6 ay sonra esas hakkında karar verilebilmiştir.”¹⁵⁴

Silahlı örgüt üyesi olma, propaganda yapma, direnme ve patlayıcı madde bulundurma suçlarından yapılan ve toplam 7 yıl süren yargılamanın makul süreyi aştığına karar verilmiştir:

“Başvurucunun gözaltına alındığı 2/4/2006 tarihinden İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 16/4/2013 tarihli kararı arasında 7 yıl 14 günlük bir sürenin geçtiği görülmektedir. Bozma kararından önce İlk Derece Mahkemesince iki kez dosya incelemeye alınmış ve dosya toplam 5 ay dosya sürüncemede kalmıştır. Bozma sonrası yapılan yargılamada ilk celse 5/2/2009 tarihinde yapılmış, sanıkların savunmalarının alınması 10 celse sonra tamamlanabilmektedir. 8/9/2011 tarihinde Yargıtay kararında belirtilen eksikliklerin giderilmesine başlanmış ve 16/4/2013 tarihinde Mahkeme kararını açıklamıştır.

152 AYM B. no : 2014/10531, 30.12.2014.

153 AYM B. No : 2013/7057, 18.6.2014, prg. 30.

154 AYM B. No : 2013/8870, 18.6.2014, prg. 33.

H. T. Gökcan: Makul Sürede Yargılanma Hakkı

*Dosyanın sürüncemede bırakılmasında ve yargılamanın 7 yıl 14 gün sürmesinde tutuklu olarak yargılanan başvurucuya veya müdafisine yüklenebilecek bir kusur bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yargılamanın yürütülmesindeki izlenen yöntem dikkate alındığında, 2/4/2006 tarihinde gözaltına alınmakla başlayıp 16/4/2013 tarihli Yargıtay ilamı ile sonuçlanan davadaki yargılama süresi makul olarak değerlendirilemez.*¹⁵⁵

Anayasa Mahkemesi ceza yargılamasıyla ilgili olarak ayrıca; örgüte yardım etmek suçu nedeniyle 7 yıldır devam eden ve temyiz sürecinde olan davada¹⁵⁶; silahlı terör örgütüne üye olma suçu nedeniyle 5 yıldır devam eden ve temyiz sürecinde olan davada¹⁵⁷; 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa aykırılık suçu nedeniyle yürütülen ve ilk derece ile temyiz olarak toplam 9 yıl süren ceza davasında¹⁵⁸; parada sahtecilik suçu nedeniyle yürütülen toplam 7 yıl süren ceza davasında¹⁵⁹; uyuşturucu ticareti suçu nedeniyle yürütülen toplam 8 yıl süren ceza davasında¹⁶⁰; patlayıcı madde kullanma, silahlı terör örgütü üyesi olma, 2911 ve 3713 sayılı Kanunlara muhalefet suçları nedeniyle 6 yıldır devam eden ve temyiz sürecinde olan davada¹⁶¹, başvuruçuların makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Haksız tutuklama nedeniyle CMK'nın 141 vd. maddeleri uyarınca Hazine aleyhine açılan *tazminat davasının* temyiz süreçleri dahil 6 yıl sürmesi nedeniyle 36. maddenin ihlal edildiğine ve başvuruçu lehine 4.150TL manevi tazminata hükmedilmesine karar verilmiştir.¹⁶²

3. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali Nedeniyle Tazminat Hakkı

Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğinin iç hukukta tespit edilmesi, AİHS'nin uygulanması bakımından zorunlu ve fakat yeterli değildir. Hak ihlalinin tespitinden daha önemlisi, hakkı ihlal edilen kişinin mağduriyetine son verilmesidir.¹⁶³ Bu ne-

¹⁵⁵ Ceza yargılaması sonunda başvuran hakkında 6 yıl üç ay ve 3 yıl 9 ay hapis cezaları kesinleşmiş, diğer bir suç nedeniyle HAGB kararı verilmiştir. Fakat, makul sürede yargılanma hakkı ihlal edilmesi nedeniyle başvurana AYM'ce 5000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir; AYM B. No : 2013/5428, 28.5.2014, prg. 29, 30.

¹⁵⁶ AYM B. no : 2013, 8452, 17.11.2014, ihlal ve 6.650 TL manevi tazminat.

¹⁵⁷ AYM B. no : 2014/1202, 17.11.2014, ihlal ve 3.350 TL manevi tazminat.

¹⁵⁸ AYM B. no : 2014/2206, 17.11.2014, ihlal ve 6.650 TL manevi tazminat.

¹⁵⁹ AYM B. no : 2014/2622, 17.11.2014, ihlal ve 3.350 TL manevi tazminat.

¹⁶⁰ AYM B. no : 2014/5426, 17.11.2014, ihlal ve 5.850 TL manevi tazminat.

¹⁶¹ AYM B. no : 2014/6779, 17.11.2014, ihlal ve 5.0000 TL manevi tazminat.

¹⁶² AYM B. no : 2013/8490, 17.11.2014.

¹⁶³ "...söz konusu (ceza davasında) altı yılı aşkın süredir devam eden yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır. ... Başvurucunun tarafı olduğu uyuşmazlığa ilişkin altı yılı aşkın süredir devam eden yargılama süresi nazara alındığında, yargılama faaliyetinin uzunluğu sebebiyle, yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 4.150, 00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir." AYM B. no : 2014/5898, 17.11.2014, prg. 23, 27.

denle, iç hukukta uzun yargılama iddiaları karşısında mağduriyeti giderebilecek bir başvuru yolunun bulunması gerekmektedir. Nitekim AİHS'nin 41. maddesinde temel amacın mağduriyete neden olan ihlal sonuçlarının ortadan kaldırılması olduğu, fakat sonuçların tam olarak ortadan kaldırılamaması durumunda zarar gören lehine adil bir tazmin kararı verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Başka bir deyişle, iç hukuk ihlalin sonuçlarını tam olarak gidebiliyorsa, ihlalin tespiti de hakkaniyete uygun bir tatmin sağlayabilecektir.

30.3.2011 tarihli ve 6216 tarihli Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50/2. maddesinde, tespit edilen ihlalin bir mahkeme kararından kaynaklanması durumunda, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için, yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verileceği, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yararın bulunmaması durumunda ise başvuru lehine tazminata hükmedilmesine veya genel mahkemelerde dava açılması yolunun gösterilmesine karar verilebileceği belirtilmektedir.

Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararlarda Anayasa Mahkemesi genellikle başvuru lehine manevi tazminata hükmetmektedir. Başvurunun devam eden davalara ilişkin bulunması durumunda ise, manevi tazminata hükmedilmesinden ayrıca, ihlalin sonuçlarının (uzun yargılama durumunun) ortadan kaldırılması için kararın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermektedir.

Manevi tazminatın belirlenmesinde AİHM uygulamaları emsal olarak kabul edilmektedir. Tazminatın hesaplanmasında dava konusunun önemi, toplam dava süresi, yargılamanın kaç dereceli olduğu gibi hususlar gözetilmektedir. İşçi hak ve alacaklarına, emekli aylığına, destekten yoksunluk tazminatına ilişkin davalar yönünden tazminatta belirli bir oranda artırım yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Dava konusu nispeten daha az önemli ise, tazminatta nisbi bir indirim yapılmaktadır. Davacı sayısının çok fazla oluşu da tazminatta indirim nedeni olarak kabul edilmektedir. Davacıların mirasçı olması durumunda tazminat, miras paylarına göre hesaplanmaktadır. Mirasçılar yönünden toplam sürenin belirlenmesinde muris açısından esas alınacak süre dikkate alınmaktadır. Bir hukuk davasına asli müdahil olarak katılanlar yönünden yargılama süresinin hesabında davaya katıldıkları tarih esas alınmaktadır.

Anayasa Mahkemesince, makul süre ihlali nedeniyle maddi tazminat ise, ihlal ile oluştuğu iddia edilen zarar arasında illiyet bağının bulunduğu hallerde kabul edilmektedir.¹⁶⁴ Maddi tazminatın kabul edildiği başvurular olduk-

164 Özbey, Özcan, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, 2. B. Ankara 2013, s. 430.

ça azdır. Nitekim AİHM’de maddi tazminat için illiyet bağının varlığını ara-
maktadır. Yine, doktrinde AİHM’in de maddi tazminata hükmettiği başvuru
sayısının az olduğuna işaret edilmektedir.¹⁶⁵

SONUÇ

Bireysel başvurunun iki yılı aşan uygulaması ve verilen ihlal kararları sonu-
cunda, uzun yargılama şikayetlerinin Türk yargı sisteminin yapısal sorunu
haline geldiği ortaya çıkmıştır. Bu yöndeki başvuruların gelecekte giderek
artacağı ve Anayasa Mahkemesinin iş yükü içerisinde önemli bir sayı teşkil
edeceği tespitinin yapılması, bazı çözüm önerilerine değinebilmesi bakımın-
dan önemlidir.

Uzun yargılama iddiaları AİHM’i de fazlasıyla meşgul etmiştir. Geçmiş ta-
rihli bir araştırmada, 1968 - 1995 yılları arasında AİHM’in verdiği kararların
%30’unun makul süreye ilişkin olduğu belirtilmektedir.¹⁶⁶

Türk hukuku açısından yapılabilecek tespitleri şöyle özetleyebiliriz:

- Yargı sisteminin yapısal sorunlarının varlığı,
- Uzun yargılama nedeniyle adaletin etkinliğinin azalması,
- Vatandaşların adalete olan güvenlerinin azalması,
- İhlal kararları nedeniyle devletin mali yük altına girmesi.

Uzun yargılamalarla ilgili olarak yargılama süreleri ve hükmedilen mane-
vi tazminat miktarları konusunda Anayasa Mahkemesinin içtihatları ortaya
çıkıştır. Oluşan içtihatlar çerçevesinde, uzun yargılamadan kaynaklanan
sorunların çözümlenebilmesi için bazı tedbirlerin alınması gerekmektedir :

a- Yapısal sorunların çözümlenmesi amacıyla, dosya yönetimi konusunda
adli personel ve adli hizmet bileşenleri eğitilmelidir.

b- Hakim ve C. Savcılarının, makul süre nedeniyle hak ihlaline yol açılmama-
sı için hangi tedbirleri alabilecekleri konusunda farkındalıkları artırılmalıdır.

c- Adli personel ve hakim-savcı sayısı yeterli hâle getirilmeli, belirli yöreler-
deki ani iş birikimlerine veya önemli davaların açılmasına karşı, gecikmeksiz-
zin idari tedbirler (mahkeme kurulması, hakim sayısının artırılması, mahke-
melerin iş miktarlarının gözden geçirilmesi vb.) geliştirilmelidir.

d- AİHM kararlarında görüldüğü üzere, makul sürede yargılanma hakkının

165 **Başar**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma
Hakkı, s. 98.

166 **Ergil**, Ergün, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Ankara 2003, s. 158.

ihlal edildiği halde iç hukukta mağduriyeti gideren yol ve yöntemlerin bulunması durumunda, başvuru için zorunlu olan mağduriyet ögesi gerçekleşmeyeceğinden, AİHM'ne veya Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunamayacaktır. Bu nedenle, hak sahiplerinin mağduriyetlerinin, ilk derece mahkemelerinde giderilmesi suretiyle, bu yolun fiilen kapatılması için gereken tedbirler araştırılmalıdır. Bu anlamda, ceza davalarında uzun yargılama dolayısıyla sanıkların cezalarında hafifletme¹⁶⁷ gibi hukuki sonuçlar öngörülmesi ve ceza davası görülmekteyken uzun yargılama nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesi imkanı tanınması gibi yol ve yöntemler belirlenebilir.

e- Alacak ve tazminat davalarında, uzun yargılamalar dolayısıyla davacının faizle karşılanamayan (temerrüt faizini aşan) zararının görülen davada karara bağlanabilmesini öngören 6098 sayılı BK'nın 122. maddesinin uygulanması, yargılamanın uzaması dolayısıyla doğan maddi zararın giderilmesini temin edecektir.¹⁶⁸ Anılan hükmün uygulanmasına özen gösterilmesi, makul süre aşımıyla ilgili mağduriyetlerin giderilmesi bakımından önem taşımaktadır.

f- Hukuk davalarında uzun yargılama nedeniyle ortaya çıkan mağduriyeti giderecek tazminat yolunun öngörülmesi ve belki bu yolun, görülmekte olan dava içerisinde çözüme kavuşturulması veya kesinleşen davalar sonucunda idari başvuru yolunun açılması sağlanabilir.

167 Örneğin Alman Yargıtay'ı, makul süre ihlali hâlinde bu durumun cezanın tayininde hafifletici neden olarak gözetilebileceğine karar vermiştir; BGHSt 35, 137; BGH NJW 1995, 1001; Özbek / **Kanbur / Doğan / Bacaksız / Tepe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.B. Ankara 2013, s. 61, dpn. 64.

168 818 sayılı mülga Borçlar Kanununun 105. maddesinde de benzer düzenleme bulunmasına karşın, uygulamada bu hüküm daraltılmış, neredeyse hiç uygulanamaz hâle getirilmişti. Bu nedenle doktrinde, Anayasa'nın 141. maddesinde yer alan ve davaların süratle bitirilmesine ilişkin kuralla bağlantılı bu hükmün gereğinin yerine getirilmemesi eleştirilmişti; bkz. Domaniç, Hayri, Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler, İstanbul 1990 (Türk Ticaret Kanunu C.IV'ten ayrı Bası), s. 1098 vd.

KAYNAKLAR

Akkurt, Kemal, AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkında Makul Süre, AÜSBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012.

Başar, Mükerrerem Onur, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı, 12 Levha Yy. İstanbul, 2011.

Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.B. İstanbul 2010.

Çelik, Abdullah, Bireysel Başvuru Kapsamında Adli Yardım, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru İncelemeleri 1, (Editörler: Musa Sağlam/Serdar Gülenner/Recep Kaplan), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013.

Çelik, Abdullah, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014.

Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C. I, İstanbul 2004.

Doğru, Osman/Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, C. I, Avrupa Konseyi, 2012.

Domaniç, Hayri, Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler, (Türk Ticaret Kanunu C.IV'ten ayrı Bası), İstanbul 1990.

Dutertre, Gillers, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayını, 2013

Er, Selami/Dursun H. İbrahim, İşe İade Davalarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı, TBBD 2014, Sayı 115

Ergil, Ergün, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Ankara 2003.

Gökcan, H. Tahsin, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

Gölcüklü, Feyyaz / Gözübüyük, A.Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Ankara 2002

Gölcüklü, Feyyaz, Yargılama Makamları Önünde Makul Süre, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yay. Nisan 1995, cilt.3, S. 2.

Gözlügöl, Said Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Hukukumuz Etkisi, Ankara 1999.

Gözlügöl, Sait Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2014.

Haşim Kılıç'a Armağan

Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara 2013.

İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Ankara 2013, İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3.B. İstanbul 2005.

Kaşıkkara, M. Serhat, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı, TBB Dergisi, S. 84, 2009.

Kaya, Köroğlu, Cezai Konularda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Ankara 2014.

Kuntman, Osman, Makul Bir Süre İçinde Bitmeyen ve Adil Yargılanma Hakkını Ortadan Kaldıran Uzun Süren Davalarla İlgili Bir İnceleme, İstanbul Barosu Dergisi, 86 (3), 2011.

Mole, Nuala/ Harby, Catharina, Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa Konseyi, 2001.

Özbek, V. Özer / Kanbur, M. Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.B. Ankara 2013

Özbey, Özcan, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, 2. B. Ankara 2013

Özcan, Durmuş İş Hukukunda İşçilik Alacakları, 3. Bası, Ankara 2015.

Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, M.Ruhan/Sırma, Özge/Kırıt, Yase-min F./Özaydın, Özlem/Akcan, Esra A./Erden, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. B. Ankara 2014.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 12. B. Ankara 2011.

Ratip, Mehmet, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı, Uzun Yargılama Sürelerine Çare Olur Mu?, www.tepav.org.tr (erişim. 12.10.2014)

Roagna, İvana/Marcel, Lemonde/Zafer, Hamide/Karakehya, Hakan/Maden, Mehmet, Adil Yargılanma Eğitim Modülü, Avrupa Konseyi-Avrupa Birliği Projesi, 2014.

Şentürk, Candide/Bayzit, Tuğba, Makul Sürede Yargılanma Hakkı, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2011, S. 17.

Tunç, Hasan/Bilir, Faruk/Yavuz, Bülent, Türk Anayasa Hukuku, 5.B. Ankara 2014.

Tunç, Hasan, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Av-

H. T. Gökcan: Makul Sürede Yargılanma Hakkı

rupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", *Anayasa Yargısı* D. Yıl 2000, C. 17, S.2.

Turan, Hüseyin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı, TAAD Yıl 3, S.11, Ekim 2012.

Ünal, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Yayınları, Ankara (Tarihsiz).

Ünver, Yener/ *Hakeri*, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.B. Ankara 2010.

Prof. Dr. Miodrag N. SIMOVIĆ
*(Vice President of the Constitutional Court of Bosnia and
Herzegovina)*

PLACE OF DETENTION IN THE SYSTEM OF MEASURES FOR ENSURING THE PRESENCE OF A SUSPECT OR AN ACCUSED AND SUCCESSFUL CONDUCT OF CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

Detention is a measure that serves the purpose of successful conduct of criminal proceedings and, at the same time, it is one of the hardest measures for ensuring the presence of a suspect or an accused. It differs from the other measures of coercion by its content which makes it the most severe measure and by the aims achieved by this measure. Thus, pursuant to its content, this measure involves a greater degree of restriction of the suspect's or the accused's liberty, manifested in deprivation of liberty for a specific period of time, whereas the other measures of coercion are reflected in restrictions of freedom of movement or communication and restrictions in performing of specific business activities.

If one takes view from the aspect of conditions for imposing this measure, it follows that this measure goes beyond the framework of the common goal of these measures defined as ensuring the presence of a suspect or an accused and the successful conduct of proceedings. Imposing of detention is also motivated by preventive effect in respect of the suspects or the accused not to commit a new criminal offence or complete the attempted offence and the protection of the safety of citizens and property.

There are two rules that are mandatorily applied when imposing these measures. The first rule, pursuant to which in deciding which measure to use, the court, as a rule, is under obligation to use primarily a less severe measure, i.e. it is not allowed to use a more severe measure if the aim can be achieved by a lighter measure. The second rule implies an obligation of the court to immediately repeal the measure, *ex officio*, as soon as the reasons for imposing the specific measure cease to exist or to replace the impose measure by a possibly less severe one, if appropriate conditions for such replacement have met.

Key words: detention, suspect, accused, court, prosecutor, defense counsel.

1. General consideration of the measures for ensuring the presence of a suspect or an accused and the successful conduct of criminal proceedings

For the successful conduct and conclusion of criminal proceedings the presence of specific persons is necessary, as well as the possibility of availability of specific things which can serve as the source of physical evidence. Those measures ensuring the presence of persons and things are, by their nature, the measures of procedural coercion, primarily aimed at restricting the liberty of person or availability of things for procedural purposes, while their exclusive aim is to prevent non-compliance with procedural obligations. Measures of procedural coercion are most frequently classified into two groups: measures of procedural coercion against persons and measures of procedural coercion against things.¹

Which of the measures provided by law is to be applied in a specific case depends upon the function performed by the subject and, thereby, his or her position in the criminal proceedings. The presence of witnesses and experts is ensured by subpoena and possible bringing to court. In the same manner, as a rule, the presence of citizens is also ensured from whom pieces of information are gathered in the investigation.

The acts of procedural coercion against persons consist, to a higher or lower degree, of restriction of personal liberty of a suspect or an accused², which does not always imply deprivation of liberty. These measures consist of various forms of restriction imposed upon the personal liberty of a suspect, of which deprivation of liberty without detention (bringing in) and with detention (custody) are the most severe. However, these measures also affect the other participants in the proceedings (witnesses, experts and interpreters).

Custody stands apart from the other measures of coercion by its contents which make it the most severe measure and by its objectives which are achieved by this measure. By its contents, this measure implies a greater degree of the restriction of the liberty of a suspect, which is manifested in deprivation of liberty for a specific time period, while then other measures of coercion are reflected in the restriction of the freedom of movement or communication or involvement in specified business activities. Imposition of custody is also motivated by preventive effect in respect of the suspects not to commit a new criminal offence or complete the attempted offence and the protection of the safety of citizens and property.

The difference between deprivation of liberty and restriction thereof is only

1 Stevanović, Đurđić, 326.

2 Hereinafter: instead of the phrase "a suspect or an accused", the phrase "a suspect" will be used.

M. N. Simović: Detention as a Measure for Ensuring The Presence of Suspect in the degree or intensity, not in the nature of essence. Essentially, custody consists in physical restriction of the freedom of movement for a specific period of time, i.e. it is the suspect's deprivation of liberty with detention.

Custody may only be imposed under the conditions determined by law and if the same purpose cannot be achieved by any other measure. It is the obligation of the court to consider in every individual case the possibility of using milder measures, if the same goal could be reached in that way. For the same purpose, i.e. ensuring the suspect's presence, to be facilitated in an easier manner, there are stipulated many other measures which could replace custody. Custody may only last while necessary, while necessity determines specific circumstances under which the reasons for detention are met. As soon as those circumstances change and the reasons for detention cease to exist, custody should be revoked and the suspect released.

2. The notion, legal nature and kinds of custody

Custody is preventive deprivation of liberty of persons for whom there exists reasonable doubt that they have committed a criminal offence and it is imposed by court, for a specific period of time, when reasons stipulated by law are met in order to achieve specific procedural and non-procedural aims. Custody is the most severe measure for ensuring the presence of a suspect in the criminal proceedings, which consists by its contents in preventive restriction of the suspect's freedom of movement and imposing upon him specific conditions of conduct for a specific period of time.

Speaking about the legal nature of custody, the most expressed view in literature is the one, pursuant to which custody is a preventive deprivation of liberty or a coercive measure with a purely procedural aim, not a sanction aiming at retribution.³ In that sense, custody as preventive deprivation of liberty does not commence *ipso iure* as a consequence of the initiation of criminal proceedings, but its imposition is related to specific presumptions and specific procedure.⁴ In addition, there are also different opinions about the legal nature of custody. Thus already *Cesare Beccaria* as far back as 1764 was advocating the position that detention was punishment, even punishment applied prior to guilt.⁵

When one takes into account the definition of detention as one of the

3 See Ogorelica, 292; Bayer, (1950), 214 and Vasiljević, (1981), 381.

4 Radulović, D. (2012). *Detention and the Penal Politics of Courts*, Collection of Works "Penal Politics (Schism Between Law and its Application)", Istočno Sarajevo: Serb Association for Criminal Law Theory and Practice, 81.

5 Bekarija, 109.

measures to ensure the presence of a suspect, it is clear that it does not amount to a punitive deprivation of liberty imposable only pursuant to a final court decision after conducting criminal proceedings, but it is a preventive measure which guarantees that criminal proceedings will be conducted in a faster and more rational manner. In theory though, one encounters opinions pursuant to which detention is "preconception of guilt".⁶ However, from the aspect of a suspect, upon whom custody is imposed, this in essence involves deprivation of the freedom of movement and detention which the suspect essentially sees as punishment, although his guilt has not been established by a final verdict for the committed criminal offence and neither has he been sentenced to a criminal sanction. It is exactly due to this effect and the intensity of restricting one of the fundamental human rights and freedoms that belongs to every citizen, including suspects that after the conducted proceedings a final court decision is pronounced imposing imprisonment sentence - the time which a suspect spent in detention shall be credited against his sentence.

When considering the issue of the legal nature of detention and its relation to punishment (primarily sentence of imprisonment), in spite of a number of similarities, these two measures also have a number of differences. Thus the characteristics that make detention different from imprisonment sentence may be determined as follows: (1) detention is a criminal procedural measure, while sentence is always a measure of criminal law character (stipulated under the substantive criminal law); (2) detention is imposed upon a suspect, therefore upon a person for whom there exists reasonable doubt of having committed a specific criminal offence. Sentence may only be imposed upon the person convicted of having committed a criminal offence, who is mentally sound and guilty, therefore criminally responsible; (3) detention may be imposed in any phase of criminal proceedings, while a sentence is imposed only after the conduct of evidentiary proceedings when the criminal matter has been illuminated to a sufficient degree and resolved by establishing that a specific criminal offence has been committed, that there exists evidence that a specific person has committed that offence and that this person is guilty; (4) detention is imposed with a view to securing the suspect's presence in criminal proceedings and ensuring the efficient completion of criminal proceedings. Sentence is imposed in order to protect society from criminality, but the purpose of punishment is manifold, more specifically: re-socialization of the perpetrator of the criminal offence, preventing him to commit again the criminal offence as well as correcting and reforming his character, educational influence on others not to commit any criminal offences and influencing the development of social discipline and responsibility of citizens, i.e. social

6 Fayard, M.C. (1966). *Detention preventive et garde a vue en droit Francais*. Paris:Revue de droit penal et de criminologie, (2), 117.

M. N. Simović: Detention as a Measure for Ensuring The Presence of Suspect morality; (5) detention may be imposed by various authorities as stipulated by law, whereas imposing of a sentence is always done by court in strict compliance with the principle of legality; (6) detention may be, but does not always have to be imposed even when there exist reasons provided by law for its imposition. In contrast to that, a sentence has to be imposed in accordance with law in the sentencing procedure by the court of competent jurisdiction.

Pursuant to the reasons on the basis of which the competent authority is imposing detention, there exist mandatory and optional custody. Obligatory or mandatory custody (detention *ex lege*) has to be imposed in every individual case where the reasons provided by law are met. Procedural legislation of Bosnia and Herzegovina is not familiar with mandatory custody. As for optional custody, the law has specified the reasons or grounds entailing the imposition or extension of custody for a suspect, but in every individual case court is authorized to evaluate whether the imposition of the measure of detention is justified.

3. Detention in accusatorial criminal proceedings

The type of accusatorial criminal proceedings implies those contemporary and past criminal proceedings which have the character of dispute of equal parties before and objective Court deciding on the dispute.⁷ That procedural equality has been disturbed in a certain sense by a circumstance that in some procedural situations it was also possible to apply some compulsory measures against the suspects which would correspond to the current detention measure although the opinion prevails in the that a preventive detaining is contrary to the accusatorial system of criminal procedure and that the given type of criminal proceedings did not know it including especially the accusatorial form of criminal procedure of Athens and Rome.⁸

The opinions that the accusatorial type of criminal procedure did not recognize the measure of detention with certain procedural goals cannot be accepted unconditionally although it is indisputable that the application thereof represented an exception. Different sources of Roman Law state that even in the Roman criminal procedure, after the indictment was lodged, the accused could have been placed in detention (*in carcerem*) or under the surveillance (*traditio militi*).⁹ The application of this detention measure

7 Bayer, V. (1954). *Akuzatorski i inkvizitorni elementi u našem novom krivičnom postupku*. Zagreb: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, (1@2), 21. Compare, Grubač, M. (2009), 70.

8 Garraud, R. (1912). *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*. Tome 3. Paris: Sirey, 125.

9 Resulović, S. (1962). *Utvrđivanje i ocjena neophodnosti primjene preventivnog zatvora u krivičnom postupku*. Sarajevo: Law School Yearbook, 83.

depended on a number of circumstances starting with the seriousness of the criminal offence, the social status of the accused as well as the assessment of the court of whether some other measure could secure the presence of accused person in the criminal proceedings.¹⁰ The buildings under the name “*Tullianum*” are dating from the period of the Roman king Servius Tullius similar to the present time court’s detention units which, it may be presumed, served for keeping of the accused until the trial stated.¹¹

Moreover, “Order of the criminal courts of the emperor Carlos V and the Holy Roman Empire” for 1532, known widely under the title *Constitutio Criminalis Carolina*, which also had the characteristic of both the accusatorial and inquisitorial procedure in the beginning, was familiar with the detention of the plaintiff as well. Thus, Articles 12 to 15 of this Law were providing the obligation of courts to detain a plaintiff (prosecutor) and keep him detained until he laid down a pecuniary guarantee whit which he would compensate an accused for the damages if he was acquitted by the Court.

In the accusatorial system of criminal procedure the detention with certain procedural goals was an exemption and the “main political characteristic of this system of criminal procedures was the maximally favorable position of accused”.¹² Furthermore, it could be noted that this system of criminal procedure was built on the postulate where the tendency of protecting personal freedoms and rights of citizens was prevailing over the tendency of the efficiency of prosecution, which influenced its efficiency.

4. Detention in the investigative (inquisition) criminal procedure

This procedure was firstly incorporated into the canon law and because of the dominant influence of church it was subsequently widely accepted and was in force until the end of XVIII century, and even longer in some countries. While in the accusatorial system the placement in the detention was rare practice, in the inquisitorial system the detention was a rule as it was a manner in which the confession of accused, as the most important evidence, was obtained in the easier way. With the aim of obtaining the declaration of guilt, the inquisitor had different means at his disposal, often undignified, and the decrees of the Pope Innocent III already mention placing the accused (inquisit) into the dungeon for even several years in order to extort his confession. The dungeon mentioned here did not represent the detention in the present meaning, but it could be called a forerunner of the current detention, and it served for the

10 Radulović, (1990), 28 i 29.

11 Resulović, op. cit., 83.

12 Bayer, V. (1980), 15.

M. N. Simović: Detention as a Measure for Ensuring The Presence of Suspect acquisition of confession as the supreme piece of evidence.

Bayer points out that German criminal procedure, at the very beginning, had the characteristics of both the accusatorial and inquisitorial procedure but it evolved in time so that at the time of Benedict Karpkov it had already become the inquisitorial. If the general investigation gave rise to a sufficient doubt that a person had committed a criminal act, the special investigation would start within the scope of which the suspect would be placed into the investigation prison, which was mandatory in all offences where the death penalty or severe bodily penalty was prescribed. In case of dilemma of whether the offence represented such act for which the above punishment had been stipulated or less severe offence, the suspect had to be placed in detention as well.

Inquisition procedure of Benedict Karpkov recognized also some substitutes of the investigation prison including the possibility of a suspect to request the court to permit him free appearance before the court and free departure – so called, *salvus conductus*. There were two forms of *salvus conductus* – *salvus conductus generalis* and *salvus conductus specialis*.¹³ An accused that was granted a *salvus conductus generalis*, might freely come and leave the court but only on days when the court worked. Such *salvus conductus*, as a rule, could be awarded to any suspect who requested it, personally or through the defense council, after receiving his summons and before he responded to it and who did not revoke his obligation of a guarantee (bail). *Salvus conductus specialis*, besides what was given by the *salvus conductus generalis*, also gave the right to the suspect to “stay in the place where the court is for all the time the proceedings were conducted and to consult his friends, unobstructed, on his defense”.

During the further development of the inquisitor system of the criminal procedure, basis for a preventive detention were reduced so that the legal framework of the application of mandatory detention has been gradually decreased, so that the legal framework of mandatory investigation prison has been progressively constricted. On the basis of the above stated, it is obvious that in this system of criminal procedure the tendency of efficiency thereof had prevalence over the tendency of prevention of personal freedoms and rights of citizens.

5. Detention in Modern System of Criminal Procedure

The time when the system of a modern criminal procedure arises in the legislation has been marked as the period of greatest reforms. In the

13 Radulović, (1990), 30.

German literature such a criminal procedure is called a reformed criminal procedure indicating that such procedure has ensued through the reform of the old inquisition criminal procedure. However, modifications in the criminal procedure did not keep up with the changes in the society, which especially relates to the mechanism of the prevention detention which has been considered for a long time as the *conditio sine qua non* of a successful conduct of proceedings. Such position towards the prevention detention in the criminal procedure had not only been present before the judicial bodies and before some conservative theorists as well, but also such position had been prevailing in a part of public which looked upon those that were under suspicion of committing some criminal offence and remained at large with special suspiciousness. Furthermore, the fact that the development of the mechanism of detention in the criminal procedure is closely related to the problem of liberty of person protection is not negligible.

Through the development of this system, gradually, the decrease of the number of cases where the detention is mandatory, i.e. the constriction of the scope of the mandatory detention application and in some countries it became facultative. The grounds for determination of detention, the period of detention and subjects that are to determine it – are précised by the law. Besides, in some cases, because of a small significance of the perpetrated criminal offence and the decreased danger that leaving the suspect free would harm a conduct of criminal proceedings, the legislator prohibits the determination of prevention detention.¹⁴ Finally, modern law recognizes a broad register of measures with a similar procedural task as a substitute for those harsh procedural measures.

6. Major International Mechanisms and Principles Regarding the Detention

Basic international standards regarding detention are provided for in two capital instruments of the United Nations, namely: Universal Declaration of Human Rights¹⁵ and International Covenant on Civil and Political Rights¹⁶. If we take into account detention only from the aspect of its regulation in the aforementioned instrument, then the conclusion follows that arbitrary arrest, just like torture are prohibited, that the rights to a fair trial and appeal against a convicting judgment are guaranteed and that the presumption of innocence

14 Vasiljević, (1981), 381.

15 Adopted and proclaimed by UN General Assembly Resolution 217 (III) of 10 December 1948.

16 Adopted and opened for signature, ratification and accession by UN General Assembly Resolution 2200 (XXI) of 16 December 1966, and was entered into force on 23 March 1976. It has been applied in Bosnia and Herzegovina as of 14 December 1995, as prescribed by Annex I to the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

M. N. Simović: Detention as a Measure for Ensuring The Presence of Suspect is guaranteed to the persons accused of a criminal offence.

In addition to those two instruments, the General Assembly and other bodies of the United Nations proclaimed and adopted more than 30 other documents relating to the prevention of crime and, notably, establishment and regulation of human rights and freedoms of persons put in detention or those on whom other measures of police and judicial authorities are imposed. Important international instruments regulating detention, position of persons put in detention and prohibition of torture and other forms of abuse of powers by official persons during the period of detention are: Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment¹⁷, Convention on the Rights of the Child,¹⁸ Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners¹⁹, Basic Principles for the Treatment of Prisoners,²⁰ Code of Conduct for Law Enforcement Officers²¹, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms²², European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment²³, Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (the so-called Beijing Rules)²⁴, Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures (the so-called Tokyo Rules)²⁵, Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment²⁶, Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power²⁷, Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement

17 Adopted, opened for signature, ratification and accession by UN General Assembly Resolution 39/46 of 10 December 1984 and was entered into force on 26 June 1987. It has been applied in Bosnia and Herzegovina as of 14 December 1995, as prescribed by Annex I to the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

18 Adopted, opened for signature, ratification and accession by UN General Assembly Resolution 44/25 of 20 November 1989, and was entered into force on 2 September 1990. It has been applied in Bosnia and Herzegovina as of 14 December 1995, as prescribed by Annex I to the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

19 Adopted at First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Geneva, 1955, confirmed by UN Economic and Social Council Resolutions 663 (XXIV) of 31 July 1957 and 2076 (LXII) of 13 May 1977. It is not subject to ratification as it is not an international treaty.

20 Adopted and proclaimed by UN General Assembly Resolution 45/111 of 14 December 1990.

21 Adopted and proclaimed by UN General Assembly Resolution 34/169 of 17 December 1979. It is not subject to ratification as it is not an international treaty.

22 Hereinafter referred to as the European Convention. Signed on 4 November 1950 and was entered into force on 3 September 1953. It has been applied in Bosnia and Herzegovina as of 14 December 1995.

23 Council of Europe, H (87) 4, signed on 7 July 1987. It has been applied in Bosnia and Herzegovina as of 14 December 1995, as prescribed by Annex I to the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

24 Adopted and proclaimed by UN General Assembly Resolution 40/33 of 29 November 1985.

25 Adopted and proclaimed by UN General Assembly Resolution 45/110 of 14 December 1990.

26 Adopted and proclaimed by UN General Assembly Resolution 43/173 of 9 December 1988.

27 Adopted and proclaimed by UN General Assembly Resolution 40/34 of 29 September 1985. It is not subject to ratification as it is not an international treaty.

Officials²⁸, Guidelines to EU Policy towards Third Countries on Torture and Other Forms of Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment²⁹, Declaration on the Police of the Council of Europe³⁰, Concluding Document of the Vienna Meeting of the CSCE³¹, Charter of Paris for a New Europe³², Decision taken at the CSCE Summit, Budapest³³, Vienna Convention on Consular Relations³⁴ etc.

Provisions on detention in the mentioned international instruments are mainly of general nature, i.e. they apply to both detention imposed by a court and to imprisonment and the conduct of official persons in prison and detention. Those principles are as follows:

(1) Presumption of innocence as a basis for differentiating between the position of detainees and the position of the persons serving the sentence. One of the basic principles of a democratic judicature is for the persons to be deemed innocent until their guilt has been proven in accordance with law. Hence official persons may apply to the detainees only such restrictions which are in the function of securing the presence of a detainee at trial, preventing his/her influence on witnesses and continued perpetration of criminal offences.

(2) Arrest regulated by law. An arrest is an initial stage in the process of detention. It is necessary for it to be regulated in accordance with law, for the purpose of avoiding various forms of illegitimate behavior. Arrest should be under the control of a court, as a guarantor of legitimate conduct.

(3) Prohibition of police custody. Police custody is prohibited by the provisions of the European Convention, and only arrest and detention are allowed.

(4) Notification of the reasons of arrest and the right to defense counsel. This principle obligates the state authorities to notify, immediately during the arrest or within the shortest period possible following the arrest, the arrested person of the reasons for arrest. On the basis of such notification, the arrested person may in due time present his/her objections to the reasons for arrest and to the lawfulness of the procedure of arrest, as well as to commence the preparations for his/her defense and to request to be released if the reasons for arrest do not exist under law.

28 Adopted at the IX Congress on the Treatment of Offenders Prevention of Crimes, of 7 September 1990.

29 European Union, no. 2341 of 9 April 2001.

30 Council of Europe, 1979.

31 CSCE, Vienna, of 4 November 1986 of 17 January 1989.

32 CSCE Summit, Paris, from 19 to 21 November 1990.

33 CSCE Summit, Budapest, 5 and 6 December 1994.

34 Adopted in Vienna on 24 April 1963 and was entered into force 1963, and was entered into force on 19 March 1967.

(5) Bringing a person before a judicial or other competent authority within the shortest period possible. First, the arrested person ought to be brought before a court or other competent authority within the shortest period possible as from the moment of arrest. Second, a court or other competent authority ought to estimate whether all legal requirements for arrest have been met. Third, these authorities ought to establish whether it is necessary to impose a detention measure on the arrested person, and to establish its maximum duration on that occasion.

(6) Finding a suitable substitute for detention. Detention of persons must not be a general rule, but a final measure in a criminal procedure, whereby it is necessary to be mindful of the needs for an investigation of a criminal offense and the protection of a person to be detained and the society in general. That practically means that detention before and during trial ought to be determined only if there is a reasonable suspicion that the accused had committed a criminal offence and that he would flee, influence witnesses, obstruct the investigation or commit some criminal offence. If the mentioned requirements have not been met, the detained person ought to be released, with the necessary minimum control, or supervision securing his/her appearance at trial and not obstructing the procedure.

(7) Minimum duration of detention. States ought to determine clearly in their respective regulations the maximum possible duration of detention. This principle serves the fair trial and respect for the dignity of detainees. If the determination of detention is necessary, then this measure ought to last as short as possible.

(8) Equality in the treatment of detainees. The principle of equality, which does not apply directly to detention solely, constitutes the principle of universal character and significance.

(9) Separation of detainees by categories. This principle particularly applies to the separation of detainees from the convicted persons, as well as to the separation of persons by sex and age. This ensures a special treatment for detained persons and for women, minors and sick persons. Separation by sex should be carried out not only in separate buildings and parts of buildings, but also by special personnel. Persons who are in a particularly serious condition at the time of detention (under the influence of drugs or alcohol, experiencing severe trauma and such like), must be under a constant supervision.

(10) The right to defense lawyer. A detainee has the right to contact a lawyer within the shortest time possible following the detention. In the legislation of a large number of countries the term "the shortest time possible" implies a period of up to 48 hours. Detention facility should enable the contact between

a detainee and a lawyer at any reasonable time during daytime. This right implies at the same time that a detainee, who has no lawyer of his/her choice, has the right to be assigned a lawyer *ex officio* free of charge, if he/she has no means to pay him/her.

(11) The right of a detainee to have contact with the outside world. This right implies that contact with the family members and friends, that is to say with the persons of trust, both in terms of receiving visits and correspondence, everything with a minimum necessary supervision. Foreign detainees have additional right to have contact with the consular representatives of their respective country.

(12) Prohibition of torture and inhuman treatment. This is one of the crucial principles. The prohibition of torture is contained in numerous international treaties on human rights and humanitarian issues and is interpreted as the principle of universal international law. Also it is considered that the prohibition of torture has a special status in the universal international law, thus it is treated as *ius cogens*, i.e. "imperative norm" of the universal international law. Absolute prohibition of torture and maltreatment of people is particularly emphasized by the fact that its status in the laws relating to human rights is such that it cannot be departed from in any case whatsoever. There are no circumstances in which states could turn a deaf ear to that obligation or to limit it, not even in the time of war, or in other extraordinary situations posing a threat to the life of the nation and can justify suspension or restrictions on some other rights³⁵. In establishing whether torture or other forms of maltreatment under Article 3 of the European Convention occurred, special circumstances in which a victim was exposed to torture or other form of maltreatment may be of exceptional importance. When depriving a person of liberty, resorting to physical duress, which was not absolutely necessary due to the behavior of a person, violates a human dignity and, in principle, it constitutes a violation of the right defined by Article 3 of the European Convention. As with the right to life, the prohibition of torture and other forms of maltreatment under Article 3 of the European Convention requires from the state to engage in efficient investigations where persons claim to be maltreated by a members of the state authorities.³⁶

(13) Appropriate physical conditions in detention. Appropriate physical conditions in detention imply the provision of adequate space, food and water, clothing, hygiene, lighting and other conditions for stay, as well as a

35 Konor, F. (2004). *Borba protiv mučenja – priručnik za sudije i tužioce*. Novi Sad: Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju, 9.

36 See judgments of the European Court of Human Rights *Veznedaroglu vs. Turkey* (18 October 2000), Application no. 32357/96, paragraphs 3 and 35, and *Salman vs. Turkey* (27 June 2000), Application no. 21986-93, paragraph 110.

M. N. Simović: Detention as a Measure for Ensuring The Presence of Suspect possibility to stay outside the indoor premises, the right to daily and night-time rest and such like. In broader terms, appropriate physical conditions in detention imply also the rights to personal property and appropriate health care and medical care, procurement of medicines, receiving visits, leisure time and such like.³⁷

(14) Use of disciplinary measures and means of coercion regulated by law. This principle, as many before it, has been introduced with a view to avoiding all kinds of abuses. The use of disciplinary measures and means of coercion ought to rely on the principles of prohibition of torture and all arbitrary actions, mandatory humane treatment and the resumption of innocence of a detainee.

(15) The right to intellectual development and to practice religion. The observation of this principle is as important as are the principles on appropriate physical conditions. These rights are also basic human rights, and must not be denied to detainees.

(16) Mandatory and efficient supervision of detention facilities. Mandatory and efficient supervision of detention facilities may be carried out by independent experts. The basic condition for carrying out such supervision is for locations of all detention facilities to be known, that is to say that no secret detention facilities and prisons exist, wherein, by the very fact that they are secret, some illicit activities are being carried out. The role of experts is particularly important in excess situations, such as, for instance, the death of persons in detention, rebellion of detainees, epidemics, continuous problems with failure to observe universally accepted standards of conduct and such like.

(17) Fair trial. When it comes to the application of this principle in relation to detainees, the most important thing is to secure to a detainee a quick and effective contact with a lawyer, as well as to provide other conditions for him/her to prepare their defense. At the same time, during detention, a detainee must not in any way be subjected to extortion of confessions and information or be denied rights and have their rights restricted in relation to the instituted criminal procedure.

(18) Mandatory revision of detention by a court. One of the basic principles is the right of a detainee to address a court in order to challenge the legality of detention and to request to be released. The implementation of this principle, as well as the principle of a fair trial, greatly depends on efficient availability of a lawyer to a detainee.

37 Resanović, Jovašević, 46.

(19) Special rules for minors. All provisions on detention in international instruments require that detention and imprisonment of minors be undertaken solely as the measures of last resort, that they last as short as possible and that they be implemented under the best possible conditions. International instruments, as a rule, require from the states to establish the lower age limit below which children must not be deprived of liberty, or arrested.

(20) Implementation of international standards in the national legislation. This is a general principle, applicable also to detention. States also have to establish a system of sanctions for official persons who violate the mentioned principles.

(21) Safeguard clauses. Standards enshrined in international instruments must not be applied restrictively in terms of restricting human rights and freedoms. In case where one or more international instruments contain two or more standards applicable to one situation, or a stage of a procedure, such standard that offers to an individual more efficient protection ought to be applied to detention.

7. European standards which characterize detention

The European Convention and authentic interpretations of legislation on detention by the European Court of Human Rights³⁸ have a remarkable effect on national legal systems and regulations governing detention. The importance of the right to liberty and security (Article 5 of the European Convention and Article 1 of Protocol No. 4 to the European Convention) has also been confirmed by decisions in numerous cases.

The mandate of a state to deprive a person of liberty relates to the law, *i.e.* it implies the existence of an adequate substantive condition or justified reasons in each individual case prescribed in law, which exclude arbitrariness of a competent authority. A person may be deprived of liberty only by a procedure prescribed in law, so that arbitrariness is excluded. The provisions of Article 5 of the European Convention ensure the protection of the right to liberty in its traditional sense, that is to say the right to physical liberty of the person³⁹.

The European Court's authentic interpretations of the provisions of the European Convention have created a corpus of convention rights relating to detention, which, given its scope and mandatory legal effect on national systems, have considerably shaped legislation on detention of the member

³⁸ Hereinafter referred to as the European Court.

³⁹ Gomien, 35. See, Judgments of the European Court, *Guzzardi v. Italia* from 1980, paragraph 93, *Engel and others v. the Netherlands*, from 1976, paragraph 58, *Ashindgdane v. UK* from 1985, paragraph 41.

M. N. Simović: Detention as a Measure for Ensuring The Presence of Suspect States of the Council of Europe. The protection of the right to liberty is regulated by Article 5 of the European Convention, protecting individuals against unlawful or arbitrary arrests, detention, custody or other measures amounting to a deprivation of liberty by state authorities.

First, the provision of Article 5 of the European Convention enumerates the cases allowing deprivation of liberty. The European Court pointed out that the list of cases allowing deprivation of liberty was final and that their narrow interpretation was consistent with the objective and purpose of the said provision.⁴⁰ The imperative of Article 5(1)(c) of the European Convention permits arrests and detentions only in connection with criminal proceedings conducted with regards to criminal acts committed in the past: No one shall be deprived of his/her liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: ... the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so.⁴¹ A detention to prevent a person from committing criminal acts in future, i.e. a preventive detention is in violation of Article 5(1) of the European Convention.

Second, deprivation of liberty in the mentioned cases must be “lawful”, meaning that there must be substantive grounds prescribed in law, *i.e.* there must be justifiable reasons in the relevant case, which exclude arbitrariness by competent authorities. Based on the provision of Article 5(1)(c) of the European Convention, the European Convention contains three substantive requirements for detention, as follows: reasonable suspicion that the person has committed an offence, when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so. However, the European Court has included additional grounds which can lawfully justify a deprivation of liberty. Thus, the legitimate grounds for depriving a person of his/her liberty entail the substantive facts that must be established by competent authorities before deciding on detention and it depends upon those facts whether or not the person will be deprived of liberty. The notion “lawful” referred to in Article 5(1) of the European Convention entails an obligation to prescribe such grounds in national laws.

Law of the Convention has thoroughly elaborated the general requirement for detention. A reasonable suspicion presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the person

40 See, Judgment of the European Court, *Letellier v France*, of 26 June 1991, paragraph 35.

41 Gomien, 35.

concerned may have committed the offence.⁴² A degree of probability of guilt of a person for a crime, which justifies detention, may be lower than the one justifying the act of submitting the indictment against that person.⁴³ However, the determination of reasonable suspicion does not provide, after a certain lapse of time, sufficient grounds for detention, but the judicial authorities must refer to other grounds to continue the deprivation of liberty.⁴⁴ As to the other grounds, Article 5(3) of the European Convention explicitly enumerates a risk of absconding⁴⁵ and a risk of reoffending,⁴⁶ whereas a risk of collusion is recognised in the case-law of the European Court.⁴⁷ In addition to those classical *causae arresti*, the European Court, in exceptional cases, recognises the need to protect public order⁴⁸, including the intention to protect an accused person, as a special ground to continue the deprivation of liberty.⁴⁹

Third, a person may be deprived of liberty only by a procedure prescribed in law, meaning that a state must prescribe the procedure for depriving a person of his/her liberty and must comply with that procedure in each individual case. Therefore, although the European Court pointed out that whilst it was not normally its task to review the observance of domestic law by the national authorities, it was otherwise in relation to matters where the European Convention, as in Article 5, referred directly back to that law; for, in such matters, disregard of the domestic law entailed breach of the European Convention.⁵⁰ However, a deprivation of a person of his/her liberty in accordance with a procedure prescribed in domestic law, in itself, is not decisive for a violation of the European Convention, as no deprivation in an arbitrary fashion can be deemed to be lawful.⁵¹

42 See, Judgments of the European Court, *Labita v. Italy*, of 6 April 2000, paragraphs, 159, 160 and 161; *Punzelt v. Czech Republic*, of 25 April 2000, paragraph 74, and *N C v. Italy*, of 11 January 2001, paragraph 47.

43 European Court gave the reasons for it with understanding that the purpose of questioning of a detainee was to confirm or dispel suspicion of the criminal act, providing grounds for arrest.

44 See, Judgments of the European Court, *Boicenco v. Moldova*, of 11 July 2006, paragraph 143; *Mamedova v. Russia*, of 1 June 2006, paragraph 80; *Bykov v. Russia*, of 10 March 2009, paragraph 65 and *Aleksandr Makarov v. Russia*, of 12 March 2009, paragraph 127.

45 See, Judgments of the European Court *Letellier v France*, of 26 June 1991, paragraph 51; *I A v France*, of 23 September 1998, paragraph 105; *W v. Switzerland*, of 26. January 1993, paragraph 33; *Aleksandr Makarov v. Russia*, of 12. March 2009, paragraph 125.

46 See, Judgments of the European Court, *Aleksandr Makarov v. Russia*, of 12 March 2009, paragraph 134 and *N C v. Italy*, of 11 January 2001, paragraphs 48 and 50.

47 See, Judgments of the European Court, *W v. Switzerland*, of 26 January 1993, paragraph 36 and *Letellier v France*, of 26. June 1991, paragraph 39.

48 See, Judgments of the European Court, *I.A. v France*, 23 September 1998, paragraphs 104 and 108, and *Aleksandr Makarov v. Russia*, of 12 March 2009, paragraph 136.

49 See, Judgments of the European Court, *I.A. v France*, of 23 September 1998, paragraph 104.

50 See, Judgments of the European Court, *Winterwerp v. the Netherlands* 1979, paragraph 46 and *Wassink v. Holland* 1990, paragraph 25.

51 See, Judgment of the European Court, *Winterwerp v. Holland* from 1979, paragraph 45.

Fourth, the provisions of paragraphs 2, 3 and 4 of Article 5 of the European Convention stipulate the relevant procedural rights of persons arrested, deprived of their liberty or detained. Procedural safeguards of personal liberty under Law of the Convention are not identical in all cases allowing deprivation of liberty referred to in Article 5 paragraph 1 (a-f). The purpose of the provisions set forth in Article 5 of the European Convention is to provide the protection to a person against deprivation of liberty in an arbitrary or forcible manner. This is possible if the safeguards are adapted to the manner in which the person is deprived of liberty and its characteristics.⁵² For this reason, Law of the Convention safeguards a special corpus of procedural rights of persons arrested or detained, which is different from a corpus of rights (Article 5(1)(a) of the European Convention) of persons convicted of a crime. The rights of persons arrested or in custody, in criminal proceedings, are explicitly safeguarded by the provisions of Article 5, paragraphs 2, 3 and 4 of the European Convention.

Whether the person in the relevant case is entitled to certain convention rights safeguarded by Article 5 of the European Convention depends on whether deprivation of, i.e. restriction upon the rights can be classified as deprivation of the right to personal liberty within the meaning of Article 5(1)(e) of the European Convention. In the relevant case-law of the bodies of the Convention the difference between restrictions on the right to personal liberty and the right to liberty of movement is made, as the difference is merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance of the right restricted.⁵³ The provisions of Article 5 of the European Convention safeguard the "right to liberty" in its classical sense, that it to say the physical liberty of the person,⁵⁴ they do not concern mere restrictions on liberty of movement that is regulated by the provisions of Article 2 of Protocol No. 4. In order to determine whether someone has been deprived of his liberty, the starting point must be his concrete situation and account should be taken of a whole range of criteria such as the nature, duration, effects and manner of execution of the penalty or measure in question.⁵⁵ However, in case of detention, i.e. deprivation of liberty by the State authorities for the purposes of criminal proceedings because a person has committed a criminal offence, it

52 The forms of the procedure required by the Convention need not, however, necessarily be identical in each of the cases where the intervention of a court is required. In order to determine whether a proceeding provides adequate guarantees, regard must be had to the particular nature of the circumstances in which such proceeding takes place. See, Judgment of the European Cour of Human Rights, *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium* ("VAGRANCY") from 1970, paragraph 78.

53 European Court, *Guzzardi v. Italy* 1980, paragraph 93.

54 European Court, *Engel and Others v. The Netherlands*, 1976, para 58.

55 European Court, *Engel and others*, para 59; *Guzzardi*, para 92; *Ashingdane v. UK*, 1985, para 41.

is indisputable that the detained person is entitled to the safeguards provided for in Article 5 of the European Convention.

According to the European Convention, the High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the European Convention. The term “everyone” emphasizes the universal nature of human rights: the rights of citizens, aliens, stateless persons, persons without capacity (children, seriously disabled persons). Therefore, national law must be compatible with the European Convention and reasons given by the European Court. Possible violations of the provisions of the European Convention regarding detention mean that the detention has been unlawful.

Presumption of innocence (Article 6 para 2 of the European Convention), as one of the basic principles in criminal procedure matters based on the rule of law, guarantees the fair trial, placing the burden of proof on the prosecutor, the application of the principle of *in dubio pro reo* and impartiality of the court. In that way, citizens are protected against unjustified restrictions on their rights. As to the detention, the presumption of innocence is the basis from which derive all other rights relating to deprivation of liberty of the person against whom criminal proceedings are conducted. That presumption implies that detention may be imposed on a person only facultatively with the aim of conducting the criminal proceedings, not as a punitive measure. A measure in order to ensure the presence of suspected persons and to conduct criminal proceedings in an undisturbed manner, including detention above all, must always be proportionate to the aim sought to be achieved. Before deciding on detention, the competent authority must establish all substantive legal facts – the requirements to deprive a person of liberty in the lawful manner (to detain).

A detained person must be informed within the shortest possible time of substantive reasons for detention and charge against him in a language he understands (Article 5 para 2). The term “within the shortest possible time”, “without delay” is considered in each individual case. This right is constituted in order for a detained person to have possibility to initiate proceedings for control of lawfulness of detention. The person deprived of liberty has the right to be brought promptly before a court and to a trial within the reasonable time or to be released (on bail), and lawfulness of detention must be controlled periodically during the detention period. With regards to Article 5(1) of the European Convention, the European Court outlined in its decision that the grounds for detaining a person must exist during the entire detention period.⁵⁶

56 European Court, *Quinn v. France*, judgment of 23 September 1998.

8. Conclusions

Detention is the most severe measure to ensure the presence of a suspected person in criminal proceedings, consisting in its substance of preventive restriction on liberty of movement of the suspected person in criminal proceedings and imposing the prescribed living conditions for a certain period of time. Detention is the deprivation of liberty of the suspected person, including imprisoning the suspected person in the course of the criminal proceedings, which is imposed by a decision taken by the competent court in order to achieve a certain procedural aim provided that there is at least one of the prescribed reasons for imposing it.

As to the legal nature of detention, the most observable view in literature is that detention constitutes deprivation of liberty, i.e. a coercive measure with pure procedural aim, not the sanction aiming at reprisal. In that sense, detention as a preventive deprivation of liberty does not operate *ipso iure* as a consequence of the institution of criminal proceedings but the imposition of detention is related to certain requirements and procedure.

As the most manifest consequence of detention consists of restriction on liberty of movement of a suspected person, the interest of individuals and democratic society is that all matters relating to detention are precisely regulated by the law so that the imposition of detention and holding a person in custody take place in the manner which is known in advance and which is lawful. This is the only way to ensure necessary safeguards and full legal protection to all citizens who may be put in detention.

BIBLIOGRAPHY

1. Bayer, V. (1980). *Yugoslav Criminal Procedural Law, Book one*. Zagreb: Informator.
2. Bayer, V. (1950). *Theory of Criminal Procedure FNRJ*. Zagreb: Nakladni zavod Hrvatske.
3. Bejatović, S. (2010). *Criminal Procedural Law*. Beograd: Official Gazette.
4. Bekarija, Č. (1984). *On Crimes and Punishments*. Split: Logos.
4. Vasiljević, T., Grubač, M. (2011). *Comments on the Criminal Procedure Code, 11th edition*. Beograd: Official Gazette of the Republic of Serbia.
6. Vasiljević, T. (1957). *Comments on the Criminal Procedure Code*. Beograd: Savremena administracija.
7. Vasiljević, T. (1981). *The System of Criminal Procedural Law of SFRJ*. Beograd: Savremena administracija.
8. Gomien, D. (2005). *A Short Guide through the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe.
9. Grubač, M. (2009). *Criminal Procedural Law*. Beograd: The Faculty of Law of the Union University and Official Gazette.
10. Đurđić, V. (2006). *Criminal Procedural Law, Special Section*. Niš: Publication Cetner of the Faculty of Law.
11. Josipović, I. (1998). *Arrest and Detention*. Zagreb: Targa.
12. Konor, F. (2004). *Fight against torture – Manual for Judges and Prosecutors*. Novi Sad: Organization for Security and Cooperation in Europe.
13. McBride, V. J. & Macovei, M. (2004). *The right to Liberty and Security of Person, Guide for the Application of Article 5 of ECHR*. Beograd: Council of Europe.
14. Meyer-Goßner, L. (2004). *Criminal Procedure Code*. München: Verlag C.H.Beck.
15. Matovski, N., Lažetik-Bužarovska, G., Kalajdziev, G. (2009). *Criminal Procedural Law*. Skopje: Faculty of Law.
16. Ogorelica, N. (1889). *Criminal Procedural Law*. Zagreb.
17. Pfeiffer, G. (2003). *The Karlsruhe Comments on Criminal Procedure Code*. München: Verlag C.H.Beck.
18. Radulović, D. (1990). *Detention in Criminal Procedure*. Mostar: Faculty of

Law.

19. Radulović, D. (2002). *Criminal Procedural Law*. Podgorica: Faculty of Law.
20. Resanović, A., Jovašević, D. (2001). *Detention in Yugoslavia and Standards*. Beograd: Antiwar Action Center.
21. Sijerčić-Čolić, H. et al. (2005). *Comments on the Law on Criminal Procedure in Bosnia and Herzegovina*. Sarajevo: Council of Europe /European Commission.
22. Simović, V. (2008). *Right to Liberty and Security under Article 5 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Banja Luka: Grafomark.
23. Simović, M., Simović, V. (2011). *Criminal Procedural Law*. Banja Luka: International Association of Criminalists.
24. Simović, M. (2013). *Criminal Procedural Law – Introduction and General Part*. Bihać: Faculty of Law. .
25. Stevanović, Č., Đurđić, V. (2006). *Criminal Procedural Law – General Part*. Niš: Faculty of Law.
26. Treschel, S. (2005). *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press.
27. Škulić, M. (2007). *Criminal Procedural Law – General Part, III Edition*. Beograd: Faculty of Law and Official Gazette.

CEZAI KOVUŞTIRMALARIN BAŞARILI BİR ŞEKİLDE YÜRÜTÜLMESİNİN SAĞLANMASI İÇİN BİR ŞÜPHELİ VEYA BİR SANIĞIN HAZIR BULUNMASINI SAĞLAMAYA YÖNELİK TEDBİRLER SİSTEMİNDE TUTUKLAMANIN YERİ

Özet

Tutuklama cezai kovuşturmaların başarılı bir şekilde yürütülmesi amacına hizmet eden bir tedbirdir ve, aynı zamanda, bir şüpheli veya bir sanığın hazır bulunmasının sağlanmasına ilişkin en sert tedbirlerden biridir. Bu tedbir, kendisini en sert tedbir haline getiren içeriği ve bu tedbirle ulaşılan amaçlar nedeniyle diğer cebir tedbirlerinden ayrılmaktadır. Bu şekilde, içeriği uyarınca, bu tedbirde şüpheli veya sanığın özgürlüğü daha üst bir düzeyde kısıtlanırken ve belirli bir süreliğine özgürlükten mahrum bırakma şeklinde kendini gösterirken, diğer koruma tedbirleri hareket ya da iletişim özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar ve belirli iş faaliyetlerinin gerçekleştirilmesine ilişkin kısıtlamalar şeklinde uygulanmaktadır.

Bu tedbirin uygulanmasına ilişkin koşullara bakıldığında, bu tedbirin söz konusu tedbirlerin bir şüpheli veya bir sanığın hazır bulunmasını ve kovuşturmaların başarılı bir şekilde yürütülmesini sağlamak şeklinde tanımlanan ortak amaç çerçevesinin ötesine geçtiği görülmektedir. Tutuklamanın uygulanmasının sebeplerinden biri de şüpheliler veya sanıkların ceza gerektiren yeni bir suç işlememesi veya teşebbüs edilen suçu tamamlamaması ve vatandaşların can ve mal güvenliğinin korunmasına ilişkin koruyucu etkidir.

Bu tedbirler uygulanırken zorunlu bir şekilde başvuru iki kural vardır. Mahkemenin hangi tedbiri kullanacağına karar verirken başvurduğu ilk kural, kural olarak, temelde daha hafif bir tedbirin kullanılmasına ilişkin yükümlülüktür, bir başka deyişle, amaca daha hafif bir tedbirle ulaşılabilmesi durumunda, daha ağır bir tedbirin kullanılmasına müsaade edilmemektedir. İkinci kural ile spesifik tedbirin uygulanmasına ilişkin sebepler ortadan kalktığında mahkemenin tedbiri ivedilikle resen kaldırma veya uygulanan tedbirin muhtemelen daha hafif bir tedbirle değiştirilmesine ilişkin uygun koşulların ortaya çıkması durumunda, söz konusu değişikliği yapma yükümlülüğü ifade edilmektedir.

Anahtar kelimeler: tutuklama, şüpheli, sanık, mahkeme, savcı, müdafî.

1. Bir şüpheli veya bir sanığın hazır bulunması ve cezai kovuşturmaların başarılı bir şekilde yürütülmesinin sağlanmasına ilişkin tedbirlerin genel olarak değerlendirilmesi

Cezai kovuşturmaların başarılı bir şekilde yürütülmesi ve tamamlanması için, belirli kişilerin hazır bulunmasının gerekli olmasının yanı sıra fiziksel kanıt kaynağı olarak işlev görebilen belirli nesnelerin mevcut olma ihtimali de gereklidir. Kişiler ve nesnelerin hazır bulunmasını sağlayan bu tedbirler, mahiyetleri gereği, temel olarak kişi hürriyetinin veya nesnelerin mevcudiyetinin usule yönelik hedeflerle kısıtlanmasının amaçlandığı usuli koruma tedbirleri olmasına karşın, bunların münhasır amacı usul yükümlülüklerine uyumsuzluğun önlenmesidir. Usuli koruma tedbirleri çoğunlukla iki grup hâlinde sınıflandırılmaktadır: kişilere karşı usuli koruma tedbirleri ve nesnelere karşı usuli koruma tedbirleri.¹

Belirli bir davad a kanunen sağlanan hangi tedbirlerin uygulanacağı kişi tarafından gerçekleştirilen işlev ve, bu şekilde, kişinin cezai kovuşturmalardaki konumuna bağlı olarak değişmektedir. Tanıklar ve uzmanların hazır bulunması celp ve muhtemelen mahkemeye getirilme suretiyle sağlanmaktadır. Aynı şekilde, kural olarak, vatandaşların hazır bulunması da soruşturmada bilgilerin kimden alındığına göre sağlanmaktadır.

Kişilere karşı usuli koruma eylemleri, az ya da çok, her zaman özgürlükten mahrum bırakmanın anlaşılmayacağı bir şüpheli veya bir sanığın² kişisel hürriyetinin kısıtlanmasından ibarettir. Bu tedbirler tutuklama olmaksızın (getirme) ve tutuklama çerçevesinde (gözetim) (en sert olanlar) özgürlüğünden mahrum bırakılan bir şüphelinin kişisel özgürlüğü ile alakalı olarak uygulanan çeşitli kısıtlama biçimlerinden meydana gelmektedir. Buna karşın, bu tedbirler kovuşturmalara katılan diğer kişileri (tanıklar, bilirkişiler ve çevirmenler) de etkilemektedir.

Bu tedbiri en sert tedbir haline getiren içeriği ve bu tedbirle ulaşılan amaçları nedeniyle, gözetim diğer tedbirlerden ayrı bir yerde durmaktadır. İçeriği nedeniyle, bu tedbirde bir şüphelinin özgürlüğü daha üst bir düzeyde kısıtlanırken ve belirli bir süreliğine özgürlükten mahrum bırakma şeklinde kendini gösterirken, diğer zorlayıcı tedbirleri hareket ya da haberleşme özgürlüğüne veya belirli iş faaliyetlerinde iştirak etmeye ilişkin kısıtlamalar şeklinde uygulanmaktadır. Gözetimin uygulanmasının sebeplerinden biri de şüphelilerin ceza gerektiren yeni bir suç işlememesi veya teşebbüs edilen suçu tamamlaması ve vatandaşların can ve mal güvenliğinin korunmasına ilişkin koruyucu etkidir.

1 Stevanović, Đurđić, 326.

2 Bundan böyle: “bir şüpheli veya bir sanık” ibaresi yerine “bir şüpheli” ibaresi kullanılacaktır.

Özgürlükten mahrum bırakma ve özgürlüğü kısıtlama arasındaki fark esasın mahiyeti değil derecesi veya yoğunluğundan kaynaklanmaktadır. Temel olarak, gözaltı hareket özgürlüğünün belirli bir süre boyunca fiziksel açıdan kısıtlanmasından ibarettir, bir başka deyişle, şüphelinin tutuklanmak suretiyle özgürlüğünden mahrum bırakılmasıdır.

Gözaltı ancak kanunen belirlenmiş koşullar çerçevesinde ve aynı amaca başka bir tedbirle ulaşılamaması hâlinde uygulanabilir. Aynı amaca daha hafif tedbirlerin kullanılması suretiyle ulaşılabilmesi durumunda, bu ihtimali her münferit durumda değerlendirmeye alma yükümlülüğü mahkemeye aittir. Aynı amaçla, yani şüphelinin hazır bulunmasının daha kolay bir şekilde sağlanması amacıyla, gözaltının yerini alabilecek çok sayıda başka tedbir bulunmaktadır. Gözaltı ancak gereken ölçüde sürebilirken, gereklilik tutuklama sebeplerinin karşılandığı spesifik durumlar açısından belirleyici olmaktadır. Bu koşullar değişir değişmez ve tutuklama sebepleri ortadan kalkar kalkmaz, gözaltı durumunun ortadan kaldırılması ve şüphelinin salıverilmesi gerekir.

2. Gözaltının nosyonu, hukuki mahiyeti ve türleri

Gözaltı ceza gerektiren bir suç işledikleri konusunda makul şüphe bulunan kişilerin önleyici olarak özgürlükten mahkum bırakılmasıdır ve spesifik usul amaçları ve usul-dışı amaçların yerine getirilmesi amacı ile kanunen belirtilen sebepler yerine getirildiğinde mahkeme tarafından belirli bir süreliğine uygulanmaktadır. Gözaltı bir şüphelinin cezai kovuşturmalarda hazır bulunmasının sağlanmasına yönelik olarak kullanılan ve içeriği nedeniyle şüphelinin hareket özgürlüğünün önleyici biçimde kısıtlanması ve ona belirli bir süre boyunca spesifik koşulların uygulanmasından ibaret olan en ağır tedbirdir.

Gözaltının hukuki mahiyeti söz konusu olduğunda, literatürde en fazla dile getirilen görüş gözaltının önleyici olarak özgürlükten mahrum bırakma veya cezalandırmanın amaçlandığı bir yaptırım değil, tamamen usule yönelik bir amacın bulunduğu cebri bir tedbir olduğu görüşüdür.³ Bu bağlamda, önleyici biçimde özgürlükten mahrum bırakma olarak gözaltı cezai kovuşturmaların başlamasının bir sonucu olarak kendiliğinden başlamaz, ancak gözaltının uygulanması belirli karineler ve belirli bir usul ile ilişkilidir.⁴ Ek olarak, gözaltının hukuki mahiyeti hakkında farklı görüşler de bulunmaktadır. Bu cihetle, Cesare Beccaria halihazırda 1764 gibi uzak bir tarihte tutuklamanın ceza ve hatta suçtan önce uygulanan ceza olduğu görüşünü savunmuştur.⁵

3 Bkz. Ogorelica, 292; Bayer, (1950), 214 and Vasiljević, (1981), 381.

4 Radulović, D. (2012). Detention and the Penal Politics of Courts, Collection of Works "Penal Politics (Schism Between Law and its Application)", Istočno Sarajevo: Serb Association for Criminal Law Theory and Practice, 81.

5 Bekarija, 109.

Tutuklama tanımının bir şüphelinin hazır bulunmasını sağlamaya yönelik tedbirlerden biri olarak dikkate alınması durumunda, tutuklamanın cezai kovuşturmaların gerçekleştirilmesinden sonra kesin bir mahkeme kararı uyarınca uygulanabilen cezai niteliği haiz bir özgürlükten mahrum bırakma ile eş anlamlı olmadığı, ancak cezai kovuşturmaların daha hızlı ve daha mantıklı bir şekilde gerçekleştirilmesini temin eden önleyici bir tedbir olduğu açıktır. Buna karşın, teoride tutuklamanın “suça ilişkin peşin bir hüküm” olduğuna dair görüşlerle karşılaşmaktadır.⁶ Buna karşın, gözetimin uygulandığı bir şüpheli açısından bu, suçlu olduğunun ceza gerektiren suça yönelik olarak kesin bir hükümle saptanmamasına ve cezai bir yaptırımla cezalandırılmasına rağmen, esasen şüphelinin temelde bir ceza olarak gördüğü hareket özgürlüğünden mahrum bırakılma ve tutuklama bu kapsama girmektedir. Yürütülen kovuşturmaların ardından hapis cezasının uygulanacağı kesin bir mahkeme kararı açıklandığında, bir şüphelinin tutuklu şekilde geçirdiği sürenin cezasından düşülmesi bu etki ve şüpheliler de dahil olmak üzere her vatanşaya ait olan temel insan hakları ve özgürlüklerinden birinin kısıtlanması yoğunluğundan kaynaklanmaktadır.

Tutuklamanın hukuki mahiyeti mevzuu ve cezayla (temelde hapis cezası) ilişkisi değerlendirilirken, bir dizi benzerliğe rağmen, bu iki tedbirin de bir dizi farklılığı bulunmaktadır. Bu nedenle, tutuklamayı hapis cezasından ayıran özellikler şu şekilde sıralanabilir: (1) tutuklama bir ceza muhakemesi usul tedbiri, ceza her zaman ceza hukuku niteliğini haiz bir tedbirdir (maddi ceza hukuku çerçevesinde belirtilmektedir); (2) tutuklama bir şüpheliye, bu nedenle ceza gerektiren belirli bir suçu işlemiş olduğu hususunda makul şüphenin bulunduğu bir kişiye uygulanmaktadır. Ceza yalnızca ceza gerektiren bir suç işlemiş olduğundan şüphelenilen, akli dengesi yerinde ve suçlu konumunda bulunan ve bu nedenle cezai sorumluluğu bulunan kişiye uygulanabilir. (3) tutuklama cezai kovuşturmaların herhangi bir aşamasında uygulanabilirken, ancak cezaya ilişkin husus yeterli ölçüde aydınlatıldığı ve ceza gerektiren belirli bir suçun işlendiği, belirli bir kişinin söz konusu suçu işlediği ve söz konusu kişinin suçlu olduğunun saptanması suretiyle karara bağlandığı kanıta dayalı kovuşturmaların yürütülmesinden sonra ceza verilebilir; (4) tutuklama şüphelinin cezai kovuşturmalarda hazır bulunmasının temin edilmesi ve cezai kovuşturmaların verimli bir şekilde tamamlanmasının sağlanması amacı ile uygulanmaktadır. Ceza hükmü toplumun suçluluktan korunması amacıyla uygulanmaktadır, ancak cezanın amacı çeşitlilik göstermektedir ve daha spesifik olmak gerekirse şöyledir: ceza gerektiren suçun failinin yeniden topluma kazandırılması, söz konusu kişinin yeniden ceza gerektiren suç işlemesinin önlenmesinin yanı sıra karakterinin düzeltilmesi

6 Fayard, M.C. (1966). *Detention preventive et garde a vue en droit Francais*. Paris:Revue de droit penal et de criminologie, (2), 117.

ve ıslah edilmesi, diğer kişilerin ceza gerektiren herhangi bir suç işlememesine ilişkin eğitim amaçlı etki ve vatandaşların sosyal disiplini ve sorumluluğunun, bir başka deyişle, toplumsal ahlakın gelişiminin etkilenmesi. (5) tutuklama kanunen belirtilen çeşitli makamlarca uygulanabilirken, bir ceza hükmünün uygulanması her zaman yasallık ilkesine katıyetle bağlı kalınarak mahkeme tarafından gerçekleştirilmektedir; (6) tutuklama uygulanabilir, ancak uygulanması için kanunen sağlanan sebepler olsa dahi her zaman uygulanmak zorunda değildir. Bunun aksine, bir ceza hükmü ceza verme usulüne ilişkin kanun uyarınca görevli ve yetkili mahkeme tarafından uygulanmak zorundadır.

Görevli makamın tutuklamayı uygulamasında dayanan sebepler uyarınca, zorunlu ve seçime bağlı gözaltı bulunmaktadır. Zorunlu veya mecburi gözaltı (kanun gereğince tutuklama) kanunen sağlanan sebeplerin karşılandığı her münferit davada uygulanmak zorundadır. Bosna-Hersek'in usul mevzuatında zorunlu gözaltına yer verilmemektedir. Seçime bağlı gözaltı açısından, kanunda bir şüpheliye yönelik gözaltının uygulanması veya genişletilmesini gerektiren sebepler veya gerekçeler belirtilmektedir, ancak her münferit davada, mahkeme tutuklama tedbirinin uygulanmasının haklı olup olmadığını değerlendirmeye yetkilidir.

3. İtham sistemi cezai kovuşturmalarda tutuklama

İtham sistemi cezai kovuşturmalarının türü ile tarafsız bir Mahkeme karara bağlamadan önce eşit tarafların ihtilafı niteliğini taşıyan güncel ve geçmişteki cezai kovuşturmalar ifade edilmektedir.⁷ Birtakım usuli durumlarda şüphelilere karşı mevcut tutuklama tedbirine eşdeğer olacak birtakım zorunlu tedbirlerin uygulanmasının mümkün olması nedeniyle söz konusu usulen eşitliğin bir anlamda bozulmasına karşın, önleyici bir tutuklamanın suç ithamına ilişkin ceza muhakemesi usul sistemine aykırı olduğu ve söz konusu ceza kovuşturması türünde Atina ve Roma'nın suç ithamına ilişkin ceza muhakeme usulü biçimi başta olmak üzere bunun bilinmediği yönünde bir görüş hakim durumda bulunmaktadır.⁸

Suç ithamına ilişkin ceza muhakemesi usul türünde belirli usul amaçlarının bulunduğu tutuklama tedbirinin tanınmadığına dair görüşlerin koşulsuz olarak kabul edilememesine karşın, bunların uygulanmasının bir istisna temsil ettiği tartışmasız bir gerçektir. Farklı Roma Hukuku kaynaklarında Roma

7 Bayer, V. (1954). Akuzatorski i inkvizitorni elementi u našem novom krivičnom postupku. Zagreb: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, (1@2), 21. Compare, Grubač, M. (2009), 70.

8 Garraud, R. (1912). Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale . Tome 3 . Paris: Sirey, 125.

M. N. Simović: Sanığın Hazır Bulunmasını Sağlamaya Yönelik Tedbirler

ceza muhakemesi usulünde dahi, iddianamenin açıklanmasından sonra sanığın tutuklanabildiği (in carcerem) veya denetim altında tutulabildiği (traditio militi) belirtilmektedir.⁹ Bu tutuklama tedbirinin uygulanması ceza gerektiren suçun ciddiyeti, sanığın sosyal statüsünün yanı sıra mahkemenin diğer bazı tedbirlerin itham edilen kişinin cezai kovuşturmalarda hazır bulunmasını temin edip edemeyeceğine ilişkin değerlendirmesinin öncelikli olduğu bir dizi hususa dayanmıştır.¹⁰ Günümüzdeki mahkeme nezarethanelerine benzeyen, sanığın yargılama başlayana kadar tutulması amacına hizmet ettiği anlaşılabilen “ Tullianum ” isimli binalar Roma kralı Servius Tullius döneminde dayanmaktadır.¹¹

Bunun yanı sıra, yaygın olarak Constitutio Criminalis Carolina adıyla bilinen ve başlangıçta hem ithama hem de engizisyona yönelik usulün özelliklerini taşıyan 1532 tarihli “İmparator V. Carlos ve Kutsal Roma İmparatorluğu’nun ceza mahkemeleri direktifinde” de davacının tutuklanmasına yer verilmiştir. Bu çerçevede, bu Kanunun 12 ila 15. Maddelerinde mahkemelerin bir davacıyı (savcı) tutuklama ve Mahkeme tarafından suçsuz bulunması hâlinde bir sanığı tazmin edeceği bir nakdi teminatı yatırana kadar tutuklu halde tutma yükümlülüğü hükme bağlanmıştır.

İtham sistemi ceza muhakemesinde, belirli usul amaçlarına ilişkin tutuklama bir istisna olarak kalmış ve “bu cezai kovuşturma sisteminin temel siyasi özelliği sanığın en üst düzeyde avantajlı halde bulunması olmuştur”.¹² Bunun yanında, bu ceza muhakemesi sisteminin vatandaşların kişisel özgürlükleri ve haklarının korunması eğiliminin bu sistemin verimliliğini etkileyen kovuşturma verimliliği eğiliminden üstün olduğu savı üzerine bina edildiği görülebilmektedir.

4. Tahkik (engizisyon) muhakemesi usulünde tutuklama

Bu usul ilk olarak kilise kanununa derç edilmiştir ve kilisenin baskın etkisi nedeniyle, sonradan yaygın bir kabul görmüş ve XVIII. yüzyılın sonuna kadar ve bazı ülkelerde daha da uzun süre yürürlükte kalmıştır. İtham sisteminde tutuklamanın nadir görülen bir uygulama olmasına karşın, engizisyon sisteminde tutuklama, sanığın itirafının en önemli kanıt olarak daha kolay bir şekilde alındığı bir biçim olması hasebiyle bir kural haline gelmiştir. Engizitörün suçluluk ifadesini almak amacıyla kullanabileceği, çoğunlukla onurun hiçe sayıldığı farklı araçları bulunmuştur ve Papa III. Innocent’in emirlerinde

9 Resulović, S. (1962). Utvrđivanje i ocjena neophodnosti primjene preventivnog zatvora u krivičnom postupku . Sarajevo: Law School Yearbook, 83.

10 Radulović, (1990), 28 i 29.

11 Resulović, op. cit., 83

12 Bayer, V. (1980), 15.

sanığın (engizisyona tabi tutulan kişi) itirafının zorla alınması için birkaç yıl boyunca zindana atılmasından bahsedilmektedir. Burada bahsedilen zindan günümüzdeki anlamıyla tutuklamayı temsil etmemiştir, ancak zindanın mevcut tutuklamanın öncülerinden biri olduğu söylenebilir ve zindan en üst düzey kanıt olarak itirafın alınmasına hizmet etmiştir.

Bayer Alman ceza muhakemesi usulünün başlangıçta hem itham hem de engizisyon usulünün özelliklerini taşıdığını, ancak zaman içerisinde değişime uğradığını ve Benedict Karpkov'un döneminde çoktan engizisyonel bir hal aldığını belirtmektedir. Genel soruşturmanın bir kişinin suç teşkil eden bir eylemde bulunduğuna yönelik yeterli bir şüpheye sebebiyet vermesi durumunda, özel soruşturma idam cezası veya ağır fiziksel cezasının öngörüldüğü bütün suçlarda zorunlu olan şüphelinin soruşturma tutukevine alınması kapsamı dahilinde başlıyordu. Suçun yukarıdaki cezanın bahsedildiği eylem veya daha hafif bir suçu temsil edip etmediğine ilişkin ikilem açısından, şüphelinin de tutuklanması zorunluluk haline gelmiştir.

Benedict Karpkov'un engizisyon usulünde de bir şüphelinin mahkeme huzuruna hür bir şekilde çıkmasına ve oradan hür bir şekilde ayrılmasına (*salvus conductus* da denmektedir) izin verilmesini mahkemeden talep etme ihtimali de dahil olmak üzere soruşturma tutukevine ilişkin birtakım ikameler tanınmıştır. İki tür *salvus conductus* bulunmaktaydı — *salvus conductus generalis* ve *salvus conductus specialis*.¹³ Bir *salvus conductus generalis* tanınan bir sanık mahkemenin çalıştığı günlerle sınırlı kalmak kaydıyla mahkemeye hür bir şekilde gelebiliyor ve mahkemeden hür bir şekilde ayrılabilirdi. Söz konusu *salvus conductus*, kural olarak, celbini aldıktan sonra ve buna yanıt vermeden önce bizzat veya müdafî vasıtasıyla talepte bulunan ve bir teminat (kefalet) yükümlülüğünü geri çekmeyen her şüpheliye tanınabiliyordu. *Salvus conductus specialis*, *salvus conductus generalis* ile verilenlere ek olarak, şüpheliye "kovuşturmaların yürütüldüğü her an mahkemenin bulunduğu yerde kalma ve savunması ile alakalı olarak engelsiz bir biçimde arkadaşlarına danışma" hakkı vermektedir.

Ceza muhakeme usulüne ilişkin engizitör sisteminin daha da geliştirilmesi esnasında, önleyici bir tutuklama dayanağı zorunlu soruşturma tutukevinin yasal çerçevesinin kademeli olarak kısıtlanması amacıyla zorunlu tutuklama uygulamasına ilişkin yasal çerçevenin kademeli olarak daraltılmasına indirgenmiştir. Yukarıda bahsedilenlere dayalı olarak, bu ceza muhakemesi usul sisteminde sistemin verimliliğine ilişkin eğilimin vatandaşların kişisel özgürlükleri ve haklarının engellenme eğiliminden üstün olduğu açıktır.

13 Radulović, (1990), 30.

5. Modern Ceza Muhakemesi Usul Sisteminde Tutuklama

Modern bir ceza muhakemesi usul sisteminin mevzuatta ortaya çıktığı zaman, en büyük reformların yapıldığı dönem olarak dikkat çekmektedir. Alman literatüründe, söz konusu ceza muhakemesi usulüne geliştirilmiş bir ceza muhakemesi usulü denmektedir ve söz konusu usulün eski engizisyon ceza muhakemesi usulünün reformu çerçevesinde ortaya çıktığı gösterilmektedir. Buna karşın, ceza muhakemesi usulündeki değişiklikler toplumdaki değişikliklere ayak uyduramamıştır ve bu durum bilhassa uzun süredir kovuşturmaların başarılı bir şekilde yürütülmesine ilişkin olmazsa olmaz bir koşul (conditio sine qua non) olarak nitelendirilen önleyici tutuklama mekanizması ile ilgilidir. Ceza muhakemesi usulünde önleyici tutuklamaya ilişkin söz konusu görüş yargı organlarından önce ve bazı muhafazakar kuramcılardan önce de var olmakla kalmamış, aynı zamanda bu görüş ceza gerektiren birtakım suçları işleme şüphesi altında bulunanlar ve özel bir şüphayla kayıplara karışmış bulunanları hor gören bir toplum kesiminde de hakim olmuştur. Bunun yanında, ceza muhakemesi usulünde tutuklama mekanizmasının gelişiminin kişisel korunma özgürlüğü sorunu ile yakından ilgili olduğu göz ardı edilemez.

Bu sistemin gelişmesi vasıtasıyla, kademeli olarak, tutuklamanın zorunlu olduğu davaların sayısındaki azalma, bir başka deyişle, zorunlu tutuklama uygulamasının kapsamının daraltılması ile birlikte, bazı ülkelerde, tutuklama seçime bağlı hâle gelmiştir. Tutuklamaya karar verilmesine ilişkin gerekçeler, tutuklama süresi ve buna karar verecek kişiler kanunla belirtilmektedir. Bunun yanı sıra, bazı davalarda, azmettirilen ceza gerektiren suçun çok önemli olmaması ve şüphelinin serbest bırakılmasının cezai kovuşturmaların yürütülmesine zarar vermesi hususundaki tehlikenin azalması nedeniyle, kanun koyucu önleyici tutuklamaya hükmedilmesini yasaklamaktadır.¹⁴ Son olarak, modern hukukta sert usul tedbirlerine yönelik bir ikame olarak benzer usul görevine sahip çok sayıda tedbir tanınmaktadır.

6. Tutuklamaya İlişkin Başlıca Uluslararası Mekanizmalar ve İlkeler

Tutuklamaya ilişkin temel uluslararası standartlar Birleşmiş Milletler'in aşağıda belirtilen iki ana belgesinde sağlanmaktadır: İnsan Hakları Evrensel Beyanname¹⁵ ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi¹⁶. Tu-

14 Vasiljević, (1981), 381.

15 217 (III) sayılı ve 10 Aralık 1948 tarihli BM Genel Kurul Kararı ile kabul edilmiş ve yayımlanmıştır.

16 2200 (XXI) sayılı ve 16 Aralık 1966 tarihli BM Genel Kurul Kararı ile kabul edilmiş ve imza, onay ve katılıma açılmış ve 23 Mart 1976'da yürürlüğe girmiştir. Bosna-Hersek Anayasası'nın I. Ekinde öngörüldüğü üzere 14 Aralık 1995 tarihinden itibaren Bosna-Hersek'te uygulanmaktadır.

tuklamayı yalnızca yukarıda bahsedilen belgedeki düzenlemesi açısından değerlendirmeye alırsak, keyfi gözaltının da işkence gibi yasaklandığı, adil yargılanma ve bir mahkumiyet hükmüne karşı temyize başvurma haklarının teminat altına alındığı ve masumiyet karinesinin ceza gerektiren bir suçla itham edilen kişilere sağlandığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bu iki belgeye ek olarak, Genel Kurul ve diğer Birleşmiş Milletler organları suçun önlenmesi ve, bilhassa, tutuklanan veya polis ve adli makamların diğer tedbirlerinin uygulandığı kişilerin insan hakları ve özgürlüklerinin tesis edilmesi ve düzenlenmesine ilişkin 30'dan fazla diğer belgeyi yayımlamış ve kabul etmiştir. Tutuklama, tutuklanan kişilerin durumu ve tutuklama süresi esnasında işkence ve yetkililerin yetkilerinin kötüye kullanımına ilişkin diğer türlerin yasaklanmasının düzenlendiği önemli uluslararası belgeler şu şekildedir: İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme¹⁷, Çocuk Hakları Sözleşmesi,¹⁸ Mahkumlara Uygulanacak Muameleye İlişkin Standart Asgari Kurallar,¹⁹ Mahkumlara Uygulanacak Muameleye İlişkin Temel İlkeler,²⁰ Kolluk Kuvvetlerine İlişkin Etik İlkeleri²¹, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme²², Avrupa İşkence ve Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezanın Önlenmesine İlişkin Sözleşme²³, Çocuk Adaletinin İcrasına Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Pekin Kuralları denmektedir)²⁴, Hapis Dışı Tedbirlere İlişkin Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Tokyo Kuralları denmektedir)²⁵, Herhangi bir Biçimde Tutulan veya Hap-

17 39/46 sayılı ve 10 Aralık 1984 tarihli BM Genel Kurul Kararı ile kabul edilmiş ve imza, onay ve katılıma açılmış ve 26 Haziran 1987'de yürürlüğe girmiştir. Bosna-Hersek Anayasası'nın I. Ekinde öngörüldüğü üzere 14 Aralık 1995 tarihinden itibaren Bosna-Hersek'te uygulanmaktadır.

18 44/25 sayılı ve 20 Kasım 1989 tarihli BM Genel Kurul Kararı ile kabul edilmiş ve imza, onay ve katılıma açılmış ve 2 Eylül 1990'da yürürlüğe girmiştir. Bosna-Hersek Anayasası'nın I. Ekinde öngörüldüğü üzere 14 Aralık 1995 tarihinden itibaren Bosna-Hersek'te uygulanmaktadır.

19 1955 yılında Cenevre'de Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahına dair İlk Birleşmiş Milletler Kongresinde kabul edilmiş, 663 (XXIV) sayılı ve 31 Temmuz 1957 tarihli ile 2076 (LXII) sayılı ve 13 Mayıs 1977 tarihli BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi Kararları ile teyit edilmiştir. Uluslararası bir sözleşme olmaması nedeniyle, onaya tabi değildir.

20 45/111 sayılı ve 14 Aralık 1990 tarihli BM Genel Kurul Kararı ile kabul edilmiş ve yayımlanmıştır.

21 34/169 sayılı ve 17 Aralık 1979 tarihli BM Genel Kurul Kararı ile kabul edilmiş ve yayımlanmıştır. Uluslararası bir sözleşme olmaması nedeniyle, onaya tabi değildir.

22 Bundan böyle Avrupa Sözleşmesi olarak ifade edilecektir. 4 Kasım 1950'de imzalanmış ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir. 14 Aralık 1995 tarihinden itibaren Bosna-Hersek'te uygulanmaktadır.

23 Avrupa Konseyi, H (87) 4, 7 Temmuz 1987'de imzalanmıştır. Bosna-Hersek Anayasası'nın I. Ekinde öngörüldüğü üzere 14 Aralık 1995 tarihinden itibaren Bosna-Hersek'te uygulanmaktadır.

24 40/33 sayılı ve 29 Kasım 1985 tarihli BM Genel Kurul Kararı ile kabul edilmiş ve yayımlanmıştır.

25 45/110 sayılı ve 14 Aralık 1990 tarihli BM Genel Kurul Kararı ile kabul edilmiş ve yayımlan-

sedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü²⁶, Suç ve Yetki İstismarı Mağdurlarına Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi²⁷, Kolluk Kuvvetlerinin Güç ve Ateşli Silah Kullanmalarında Uyulacak Temel İlkeler²⁸, İşkence ve Diğer Zalimane²⁹, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Ceza Biçimleri Hususunda Üçüncü Ülkelere Yönelik AB Politikası Kılavuzu³⁰, Avrupa Konseyi Polis Bildirisi, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Komisyonu'nun Viyana Toplantısı'nın Kapanış Belgesi³¹, Yeni bir Avrupa'ya yönelik Paris Şartı³², Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Komisyonu Budapeşte Zirvesinde alınan Karar³³, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi³⁴ v.b.

Bahsedilen uluslararası belgelerde tutuklamaya ilişkin hükümler temel olarak genel mahiyete sahiptir, bir başka deyişle, söz konusu hükümler hem bir mahkeme tarafından hükmedilen tutuklama hem de hapis cezası ile hapishane ve tutukevindeki yetkililerin davranışlarına uygulanır. Bu ilkeler şu şekildedir:

(1) Tutukluların durumu ve cezasını çeken insanların durumu arasında ayırım yapılmasına yönelik bir dayanak olarak masumiyet karinesi. Demokratik bir yargı sisteminin temel ilkelerinden biri, kişilerin suçları hukuk uyarınca kanıtlanana kadar masum sayılmalarıdır. Bundan dolayı, yetkililer ancak bir tutuklunun duruşmada hazır bulunmasını sağlama, tutuklunun tanıkları etki altında bırakmasını ve sürekli olarak ceza gerektiren suçların işlenmesini önleme görevi çerçevesinde bulunan kısıtlamaları tutuklulara uygulayabilir.

(2) Kanunen düzenlenen yakalama. Yakalama tutuklama sürecindeki başlangıç aşamasıdır. Çeşitli gayrimeşru davranış biçimlerinden kaçınılması için, yakalamanın kanun uyarınca düzenlenmesi gereklidir. Yakalamanın meşru yönetimin garantörü olarak bir mahkemenin kontrolü altında bulunması gerekir.

(3) Polis nezaretinin yasaklanması Polis nezareti Avrupa Sözleşmesi hükümleri uyarınca yasaktır ve yalnızca gözaltı ve tutuklamaya izin verilmek-

miştir.

26 43/173 sayılı ve 9 Aralık 1988 tarihli BM Genel Kurul Kararı ile kabul edilmiş ve yayımlanmıştır.

27 40/34 sayılı ve 29 Eylül 1985 tarihli BM Genel Kurul Kararı ile kabul edilmiş ve yayımlanmıştır. Uluslararası bir sözleşme olmaması nedeniyle, onaya tabi değildir.

28 7 Eylül 1990 tarihli Suçların Islahı ve Suçların Önlenmesine Dair IX. Kongre'de kabul edilmiştir.

29 Avrupa Birliği, 2341 sayılı ve 9 Nisan 2001 tarihli.

30 Avrupa Konseyi, 1979.

31 Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Komisyonu, Viyana, 4 Kasım 1986 tarihli ve 17 Ocak 1989 tarihli.

32 Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Komisyonu Zirvesi, Paris, 19 - 21 Kasım 1990.

33 Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Komisyonu Zirvesi, Budapeşte, 5 - 6 Aralık 1994.

34 24 Nisan 1963'te Viyana'da kabul edilmiş ve 1963'te yürürlüğe girmiş ve 19 Mart 1967'de yürürlüğe girmiştir.

tedir.

(4) Gözaltı sebepleri ve avukat ile temsil edilme hakkının bildirilmesi. Bu ilke çerçevesinde, devlet makamlarına gözaltı esnasında veya gözaltının ardından mümkün olan en kısa süre içerisinde gözaltına alınan kişiyi gözaltı sebeplerinden ivedilikle haberdar etme zorunluluğu getirilmektedir. Söz konusu bildirim dayalı olarak, gözaltına alınan kişi gözaltı sebeplerine ve gözaltı usulünün kanuniliğine karşı itirazlarını süresi içerisinde sunabilmesinin yanı sıra savunmasına ilişkin hazırlıklara başlayabilir ve gözaltı sebeplerinin kanunen var olmaması halinde, salıverilmesini talep edebilir.

(5) Kişinin mümkün olan en kısa süre içerisinde bir yargı makamı veya diğer görevli makam huzuruna çıkarılması. İlk olarak, gözaltına alınan kişinin gözaltı anından itibaren mümkün olan en kısa süre içerisinde bir mahkeme veya diğer görevli makam huzuruna çıkarılması gerekir. İkinci olarak, bir mahkeme veya diğer görevli makamın gözaltına ilişkin bütün hukuki gereksinimlerin karşılanıp karşılanmadığını değerlendirmesi gerekir. Üçüncü olarak, bu makamların gözaltına alınan kişiye bir tutuklama tedbiri uygulamanın gerekli olup olmadığını saptaması ve buna ilişkin azami süreyi belirlemesi gerekir.

(6) Tutuklamaya ilişkin uygun bir ikamenin bulunması. Kişilerin tutuklanmasının genel bir kuraldan ziyade, bir ceza muhakemesi usulündeki nihai bir tedbir olması gerekir ve ceza gerektiren bir suça ilişkin bir soruşturmaya yönelik ihtiyaçların ve tutuklanacak kişi ve genel olarak toplumun korunmasının akılda tutulması gereklidir. Bu, uygulamada, ancak sanığın ceza gerektiren bir suçu işlemiş olduğuna ve kaçacağına, tanıkları etki altında bırakacağına, soruşturmayı engelleyeceğine veya ceza gerektiren birtakım suçlar işleyeceğine dair makul bir şüphe bulunması hâlinde yargılama öncesi ve esnasında tutuklamaya karar verilmesi anlamına gelmektedir. Bahsedilen gereksinimlerin karşılanmaması halinde, tutuklu kişinin gerekli asgari kontrol veya duruşmada hazır bulunmasını ve süreci engellememesini temin edecek denetim ile salıverilmesi gerekmektedir.

(7) Asgari tutuklama süresi. Devletlerin ilgili düzenlemelerinde muhtemel azami tutuklama süresini açık bir şekilde belirlemesi gerekmektedir. Bu ilke adil yargılama ve tutukluların onuruna saygı gösterilmesine hizmet etmektedir. Tutuklama kararının gerekli olması halinde, bu tedbirin mümkün olduğunca kısa sürmesi gerekir.

(8) Tutuklulara muamelede eşitlik. Doğrudan yalnızca tutuklama açısından geçerli olmayan eşitlik ilkesi evrensel nitelik ve önemi haiz bir ilke teşkil etmektedir.

(9) Tutukluların kategorilere ayrılması. Bu ilke bilhassa tutukluların hü-

kümlü kişilerden ayrılmasının yanı sıra kişilerin cinsiyet ve yaşa göre ayrılması açısından geçerlilik taşımaktadır. Bu, tutuklu kişiler ve kadınlar, çocuklar ve hasta kişiler açısından özel bir muamele sağlamaktadır. Cinsiyete göre ayırımın ayrı binalar ve bina bölümlerinde olmanın yanı sıra özel personel tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Tutuklama esnasında bilhassa ağır bir durumda (uyuşturucu veya alkolün tesiri altında bulunan, ağır travma geçiren ve benzeri durumlarda bulunan) bulunan kişilerin sürekli denetim altında tutulması gerekir.

(10) Avukat ile temsil hakkı. Bir tutuklunun tutuklamanın ardından mümkün olan en kısa süre içerisinde bir avukatla irtibata geçme hakkı bulunmaktadır. Çok sayıda ülkenin mevzuatında, “mümkün olan en kısa süre” terimi ile 48 saate kadar olan bir süre ifade edilmektedir. Tutuklama tesisinin gündüz boyunca makul bir zamanda bir tutuklu ve bir avukat arasında iletişime olanak tanınması gerekir. Bu hak ile aynı zamanda kendi seçtiği avukatı bulunmayan bir tutuklunun, ödeme gücü olmaması durumunda, ücretsiz olarak resen bir avukat görevlendirilme hakkı bulunduğu ifade edilmektedir.

(11) Bir tutuklunun dış dünya ile iletişim kurma hakkı. Bu hak ile aile fertleri ve arkadaşları, bir başka deyişle, güvendiği kişilerle hem bu kişilerin ziyaret gelmesi ve hem de yazışma açısından iletişim kurması ve her şeyin gerekli asgari denetim çerçevesinde gerçekleştirilmesi ifade edilmektedir. Yabancı tutukluların kendi ülkelerinin konsolos temsilcileri ile iletişim kurmalarına ilişkin ek bir hakları bulunmaktadır.

(12) İşkence ve gayri insani muamelenin yasaklanması. Bu, hayati ilkelere biridir. İşkencenin yasaklanmasına insan hakları ve insani konulara ilişkin çeşitli uluslararası antlaşmalarda yer verilmektedir ve bu husus bir evrensel uluslararası hukuk ilkesi olarak yorumlanmaktadır. Ayrıca, işkencenin yasaklanmasının evrensel uluslararası hukukta özel bir statüsünün bulunduğu ve bu çerçevede, evrensel uluslararası hukuka ilişkin *ius cogens*, bir başka deyişle “zorunlu norm” şeklinde ele alındığı da değerlendirilmektedir. İşkence ve insanlara kötü muamelenin mutlak biçimde yasak olduğu hususu bilhassa söz konusu yasağın insan haklarına ilişkin kanunlardaki statüsünde hiçbir durumda bundan sapılamayacağını belirtilmesiyle vurgulanmaktadır. Devletlerin savaş zamanında veya ulusun mevcudiyetine ilişkin bir tehdit teşkil eden diğer olağanüstü durumlarda dahi bu yükümlülüğü gözardı edebileceği veya buna sınırlama getirebileceği ve diğer bazı hakların askıya alınması veya bunlara kısıtlamalar getirilmesini haklı görebileceği hiçbir durum yoktur³⁵. Avrupa Sözleşmesi’nin 3. Maddesi kapsamında işkence veya diğer kötü muamele biçimlerinin ortaya çıkıp çıkmadığının saptanmasında,

35 Konor, F. (2004). Borba protiv mučenja – priručnik za sudije i tužioce. Novi Sad: Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju, 9.

bir mağdurun işkence veya diğer kötü muamele biçimlerine maruz bırakıldığı özel durumlar istisnai önemi haiz olabilmektedir. Bir kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakırken, bir kişinin davranışı nedeniyle mutlak suretle gerekli olmayan fiziksel bir baskıya başvurmak insan onurunu ihlal etmektedir ve, esasen, Avrupa Sözleşmesi'nin 3. Maddesi ile tanımlanan hakka ilişkin bir ihlal teşkil etmektedir. Yaşama hakkında olduğu gibi, Avrupa Sözleşmesi'nin 3. Maddesi kapsamında işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin yasaklanması çerçevesinde de kişilerin devlet makamlarının üyeleri tarafından kötü muameleye maruz kaldığını iddia etmesi durumunda, devletin etkili soruşturmalar yürütmesi gerekmektedir.³⁶

(13) Tutuklamada uygun fiziksel koşullar. Tutuklamada uygun fiziksel koşullar ile yeterli alan, gıda ve su, kıyafet, hijyen, aydınlatma ve diğer konaklama koşullarının yanı sıra kapalı binaların dışında kalma olasılığı, gündüz ve gece dinlenme hakkı ve benzeri hususların sağlanması ifade edilmektedir. Daha geniş manada, tutuklamada uygun fiziksel koşullar ile kişisel mülkiyet hakkı ve uygun sağlık hizmetleri ve tıbbi hizmetler, ilaçların sağlanması, ziyaretçilerin gelmesine izin verilmesi, serbest zaman ve benzeri hususlar ifade edilmektedir.³⁷

(14) Kanunla düzenlenen disiplin tedbirleri ve cebir yöntemlerinin kullanımı. Bu ilke, bundan önceki birçok ilkede olduğu gibi, bütün suistimal türlerinden kaçınılması amacı ile uygulamaya konmuştur. Disiplin tedbirleri ve cebir yöntemlerinin kullanımının işkence ve bütün keyfi işlemlerin yasaklanması, zorunlu insani muamele ve bir tutuklunun masumiyet karinesi ilkelerine dayanması gerekmektedir.

(15) Düşünsel gelişim ve dinini yaşama hakkı. Bu ilkeye riayet edilmesi uygun fiziksel koşullara ilişkin ilkelerde olduğu gibi önemlidir. Bu haklar aynı zamanda temel insan haklarıdır ve bunların tutuklulardan esirgenmemesi gerekir.

(16) Tutuklama tesislerinin zorunlu ve etkili denetimi. Tutuklama tesislerinin zorunlu ve etkili denetimi bağımsız uzmanlar tarafından gerçekleştirilebilir. Söz konusu denetimin gerçekleştirilmesine ilişkin temel koşul bütün tutuklama tesislerinin konumlarının bilinmesi, bir başka deyişle, gizli olmaları hasebiyle birtakım yasa dışı faaliyetlerin gerçekleştirildiği gizli tutuklama tesisleri ve hapisanelerin var olmamasıdır. Uzmanların görevi örneğin kişilerin tutukluyken ölümü, tutukluların isyan etmesi, salgınlar, sürekli sorunlar ve evrensel olarak kabul görmüş etik standartlarına uygun hareket edilmesi

36 Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları: Veznedaroğlu / Türkiye (18 Ekim 2000), Başvuru numarası: 32357/96, 3 ve 35. fıkralar ve Salman / Türkiye (27 Haziran 2000), Başvuru numarası: 21986-93, 110. fıkra.

37 Resanović, Jovašević, 46.

M. N. Simović: Sanığın Hazır Bulunmasını Sağlamaya Yönelik Tedbirler
gibi olağanüstü durumlar ve benzeri durumlarda bilhassa önemlidir.

(17) Adil yargılama. Bu ilkenin tutuklular ile ilgili olarak uygulanması söz konusu olduğunda, en önemli husus bir tutuklunun bir avukatla hızlı ve etkili bir biçimde iletişim kurmasının temin edilmesinin yanı sıra tutuklunun savunmasını hazırlamasına ilişkin diğer koşulların sağlanmasıdır. Aynı zamanda, tutukluluk esnasında, bir tutuklu hiçbir şekilde zorla itiraf ettirme ve bilgi alma hususuna tabi tutulamaz veya haklarından mahrum bırakılamaz ve tesis edilen ceza muhakemesi usulü ile ilgili hakları kısıtlanamaz.

(18) Tutukluluğun bir mahkeme tarafından zorunlu gözden geçirilmesi. Temel ilkelerden biri, tutuklunun tutukluluğun kanuniliğine karşı itirazda bulunmak ve salıverilmesini talep etmek üzere bir mahkemeyi muhatap alma hakkıdır. Bu ilkenin yanı sıra adil yargılama ilkesinin uygulanması çoğunlukla tutukluya etkili bir şekilde avukat sağlanmasına dayanmaktadır.

(19) Çocuklara yönelik özel kurallar. Uluslararası belgelerde tutuklamaya ilişkin bütün hükümlerde çocukların tutuklanması ve hapsedilmesinin yalnızca son çare olarak başvurulacak tedbirler şeklinde uygulanması, bu tedbirlerin mümkün olduğunca kısa sürmesi ve mümkün olan en iyi koşullar altında uygulanması gerekir. Uluslararası belgeler çerçevesinde, kural olarak, devletlerin çocukların özgürlükten mahrum bırakılamayacağı veya gözaltına alınamayacağı alt yaş sınırını tayin etmesi gerekir.

(20) Uluslararası standartların ulusal mevzuatta uygulanması. Bu, tutuklama açısından da geçerlilik taşıyan genel bir ilkedir. Devletlerin de bahsedilen ilkeleri ihlal eden yetkili kişilere yönelik bir yaptırımlar sistemi kurma zorunluluğu bulunmaktadır.

(21) Koruma hükümleri. Uluslararası belgelerde güvence altına alınan standartlar insan hakları ve özgürlüklerini sınırlandırarak biçimde kısıtlayıcı olarak uygulanamaz. Bir veya daha fazla sayıda uluslararası belgede bir duruma veya bir usulün bir aşamasına uygulanacak iki ya da daha fazla standarda yer verilmesi durumunda, bireye daha etkili koruma sağlayan standardın tutuklama açısından uygulanması gerekir.

7. Tutuklamanın tanımlandığı Avrupa standartları

Avrupa Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin³⁸ tutuklamaya ilişkin mevzuata yönelik özgün yorumlarının ulusal hukuk sistemleri ve tutuklamanın düzenlendiği düzenlemeler üzerinde kayda değer bir etkisi bulunmaktadır. Özgürlük ve güvenlik hakkının (Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Mad-

38 Bundan böyle Avrupa Mahkemesi olarak ifade edilecektir.

desi ve Avrupa Sözleşmesi'nin 4 numaralı Protokolünün 1. Maddesi) önemi de çeşitli davalardaki kararlar ile teyit edilmektedir.

Bir devletin bir kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakma yetkisi hukukla ilişkilidir, bir başka deyişle, her münferit davada kanuna öngörülen ve yetkili bir makamın keyfilığının ortadan kaldırılmasını sağlayan yeterli bir maddi koşul veya gerekçeli sebeplerin bulunması ifade edilmektedir. Keyfiliğin ortadan kaldırılması için, bir kişi ancak kanunda öngörülmüş bir usul vasıtasıyla özgürlüğünden mahrum bırakılabilir. Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Madde hükümleri ile geleneksel anlamda özgürlük hakkının, bir başka deyişle, kişinin fiziksel özgürlük hakkının korunması sağlanmaktadır.³⁹

Avrupa Mahkemesi'nin Avrupa Sözleşmesi'nin hükümlerine ilişkin özgün yorumları, tutuklama ile ilgili olarak kapsamı ve ulusal sistemler üzerindeki zorunlu hukuki geçerliliği dikkate alındığında Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin tutuklamaya ilişkin mevzuatını büyük ölçüde şekillendiren bir sözleşme hakları külliyatı oluşturmaktadır. Özgürlük hakkının korunması Avrupa Sözleşmesi'nin bireylerin devlet makamları tarafından hukuk dışı veya keyfi gözaltılar, tutuklama, nezaret veya özgürlükten mahrum bırakmaya tekabül eden diğer tedbirlere karşı korunduğu 5. Maddesi ile düzenlenmektedir.

İlk olarak, Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesi hükmünde özgürlükten mahrum bırakmaya müsaade edilen haller sıralanmaktadır. Avrupa Mahkemesi özgürlükten mahrum bırakmaya müsaade edilen hallerin listesinin kesin olduğu ve bunların dar çerçevede yorumlanmasının söz konusu hükmün hedefi ve amacıyla tutarlı olduğunu belirtmiştir.⁴⁰ Avrupa Sözleşmesi'nin 5(1) (c) Maddesi'ndeki zorunluluk çerçevesinde, yalnızca geçmişte gerçekleştirilen suç teşkil eden eylemlere ilişkin olarak yürütülen cezai kovuşturmalar ile bağlantılı gözaltılar ve tutuklamalara müsaade edilmektedir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz: ... kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere meşru yakalanması ve tutulması⁴¹; Bir kişinin gelecekte suç teşkil eden eylemlerde bulunmasının engellenmesi için tutuklama, bir başka deyişle, önleyici bir tutuklama Avrupa Sözleşmesi'nin 5(1) Maddesine aykırıdır.

İkinci olarak, bahsedilen hallerde özgürlükten mahrum bırakma “yasalara uygun” olmak zorundadır, bir başka deyişle, kanunda öngörülmüş esaslı

39 Gomien, 35. Bkz. Avrupa Mahkemesi'nin kararları, Guzzardi / İtalya, 1980, 93. fıkra, Engel ve diğerleri / Hollanda, 1976, 58. fıkra, Ashindgdane / Birleşik Krallık, 1985, 41. fıkra.

40 Bkz. Avrupa Mahkemesi Kararı, Letellier / Fransa, 26 Haziran 1991, 35. fıkra.

41 Gomien, 35.

gerekçelerin bulunması zorunludur, bir başka ifadeyle, ilgili durumda yetkili makamların keyfiliğinin ortadan kaldırılmasını sağlayan gerekçeli sebeplerin bulunması zorunludur. Avrupa Sözleşmesi'nin 5(1)(c) Maddesi hükmüne dayalı olarak, tutuklamaya ilişkin olarak Avrupa Sözleşmesi'nde yer verilen üç esaslı gereksinim şu şekildedir: tutuklama kişinin bir suç işlemesini veya suç işledikten sonra kaçmasını önlemek amacı ile makul bir biçimde gerekli görüldüğünde, kişinin bir suç işlediğine dair makul şüphe bulunması. Buna karşın, Avrupa Mahkemesi özgürlükten mahrum bırakmanın hukuki açıdan haklı görülebileceği ek gerekçeler eklemektedir. Bundan dolayı, kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılmasına ilişkin meşru gerekçeler kapsamında, tutuklamaya karar verilmeden önce esaslı olayların yetkili mahkemeler tarafından saptanması ve kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılıp bırakılmayacağına bu olaylara dayanması zorunludur. Avrupa Sözleşmesi'nin 5(1) Maddesinde ifade edilen "yasaya uygun" ibaresi ile söz konusu gerekçelerin ulusal kanunlarda öngörülmesine ilişkin bir zorunluluk getirilmektedir.

Sözleşme Hukuku'nda genel tutuklama gereksinimi etraflıca irdelenmektedir. Makul gerekçe ile tarafsız bir gözlemciyi ilgili kişinin suçu işlemiş olabileceği hususunda tatmin edecek olaylar veya bilgilerin var olduğu varsayılmaktadır.⁴² Bir kişinin tutuklamayı gerekçeli hâle getiren bir suçla alakalı olarak suçlu bulunma ihtimali söz konusu kişiye karşı iddianame çıkarılması işleminin haklı hâle gelme ihtimalinden daha düşük olabilir.⁴³ Ancak, makul şüphenin tayin edilmesi, belirli bir süre geçtikten sonra, tutuklama açısından yeterli gerekçeler sağlamamaktadır, ancak adli makamların özgürlükten mahrum bırakmaya devam etmek üzere diğer gerekçelere atıfta bulunması zorunludur.⁴⁴ Diğer gerekçeler açısından, Avrupa Sözleşmesi'nin 5(3) Maddesinde bir kaçma riski⁴⁵ ve yeniden suç işlemeye ilişkin bir risk⁴⁶ açık bir şekilde ifade edilirken, bir muvazaa riski Avrupa Mahkemesi içtihadında tanınmaktadır.⁴⁷ Klasik *causae arresti* 'ye ek olarak, Avrupa Mahkemesi, istisnai durumlarda, özgürlükten mahrum bırakmaya devam edilmesine ilişkin özel bir gerekçe

42 Bkz. Avrupa Mahkemesi Kararları, Labita / İtalya, 6 Nisan 2000, 159, 160 ve 161. fıkralar; Punzelt / Çek Cumhuriyeti, 25 Nisan 2000, 74. fıkra ve N C / İtalya, 11 Ocak 2001, 47. fıkra.

43 Avrupa Mahkemesi, bir tutuklunun sorgulanma amacının gözaltı gerekçelerini sağlayan suç teşkil eden eyleme ilişkin şüphenin doğrulanması veya ortadan kaldırılması olduğu anlayışıyla buna yönelik sebepleri sağlamıştır

44 Bkz. Avrupa Mahkemesi Kararları, Boicenco / Moldova, 11 Temmuz 2006, 143. fıkra; Mamedova / Rusya, 1 Haziran 2006, 80. fıkra; Bykov / Rusya, 10 Mart 2009, 65. fıkra ve Aleksandr Makarov / Rusya, 12 Mart 2009, 127. fıkra

45 Bkz. Avrupa Mahkemesi Kararları, Letellier / Fransa, 26 Haziran 1991, 51. fıkra; I A / Fransa, 23 Eylül 1998, 105. fıkra; W / İsviçre, 26 Ocak 1993, 33. fıkra; Aleksandr Makarov / Rusya, 12 Mart 2009, 125. fıkra.

46 Bkz. Avrupa Mahkemesi Kararları, Aleksandr Makarov / Rusya, 12 Mart 2009, 134. fıkra ve N C / İtalya, 11 Ocak 2001, 48 ve 50. fıkralar.

47 Bkz. Avrupa Mahkemesi Kararları, W / İsviçre, 26 Ocak 1993, 36. fıkra ve Letellier / Fransa, 26 Haziran 1991, 39. fıkra.

olarak bir sanığın korunma amacı da dahil olmak üzere kamu düzeninin korunması⁴⁸ ihtiyacını tanımaktadır.⁴⁹

Üçüncü olarak, bir kişi ancak kanunda öngörülmüş bir usul vasıtasıyla özgürlükten mahrum bırakılabilir, bir başka deyişle, bir devlet bir kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılmasına ilişkin usulü öngörmek ve her münferit durumda bu usule uygun hareket etmek zorundadır. Bu nedenle, Avrupa Mahkemesi'nin ulusal makamların ulusal hukuka uygun hareket edip etmediğini denetlemenin normalde kendi görevi olmamasına karşın, Avrupa Sözleşmesi'nde, 5. Maddede olduğu gibi, doğrudan o hukuka atıfta bulunduğu durumlarla ilgili olarak aksi yönde bir durumun söz konusu olduğunu belirtmiştir; çünkü, bu durumlarda, ulusal hukukun göz ardı edilmesi Avrupa Sözleşmesi'ne yönelik bir ihlal teşkil etmiştir.⁵⁰ Ancak, kişinin ulusal hukukta öngörülmüş bir usul uyarınca özgürlüğünden mahrum bırakılması, özünde, Avrupa Sözleşmesi'ne ilişkin bir ihlal açısından belirleyici değildir, çünkü keyfi şekilde yapılan hiçbir mahrum bırakma yasaya uygun kabul edilemez.⁵¹

Dördüncü olarak, Avrupa Sözleşmesi'nin 2, 3 ve 4. fıkralarının hükümlerinde gözüaltına alınan, özgürlüğünden mahrum bırakılan veya tutuklanan kişilere ilişkin usuli haklar belirtilmektedir. Sözleşme Hukuku çerçevesinde kişisel özgürlüğe ilişkin usuli korumalar 5. Maddenin 1. fıkrasında (a-f) belirtildiği üzere özgürlükten mahrum bırakmaya müsaade edilen bütün durumlarda aynı değildir. Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesinde ortaya konan hükümlerin amacı bir kişiye keyfi veya cebri biçimde özgürlükten mahrum bırakılmaya karşı koruma sağlanmasıdır. Korumaların kişinin özgürlükten mahrum bırakılma biçimi ve özelliklerine uyarlanması halinde, bu mümkündür.⁵² Bu sebeple, Sözleşme Hukukunda bir suçtan hüküm giymiş kişilerin haklarına ilişkin külliyattan (Avrupa Sözleşmesi'nin 5(1)(a) Maddesi) farklı olarak, gözüaltına alınan veya tutuklanan kişilerin usuli haklarına ilişkin özel bir külliyat koruma altına alınmaktadır. Cezai kovuşturmalarda gözüaltına alınan veya tutuklu bulunan kişilerin hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin 2, 3 ve 4. fıkralarının hükümleri ile açık bir şekilde korunmaktadır.

İlgili durumda kişinin Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesi ile koruma altına

48 Bkz. Avrupa Mahkemesi Kararları, I.A. / Fransa, 23 Eylül 1998, 104 ve 108. fıkralar ve Aleksandr Makarov / Rusya, 12 Mart 2009, 136. fıkra.

49 Bkz. Avrupa Mahkemesi Kararları, I.A. / Fransa, 23 Eylül 1998, 104. fıkra.

50 Bkz. Avrupa Mahkemesi Kararları, Winterwerp / Hollanda, 1979, 46. fıkra ve Wassink / Hollanda, 1990, 25. fıkra.

51 Bkz. Avrupa Mahkemesi Kararı, Winterwerp / Hollanda, 1979, 45. fıkra.

52 Ancak, Sözleşme çerçevesinde gerekli olan usul biçimlerinin bir mahkemenin müdahalesinin gerekli olduğu her durumda aynı olmasına gerek yoktur. Bir kovuşturmada yeterli güvencelerin sağlanıp sağlanmadığına karar verilirken, söz konusu kovuşturmanın gerçekleştiği durumların kendine özgü mahiyetinin dikkate alınması gerekir. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı, De Wilde, Ooms ve Versyp / Belçika ("VAGRANCY"), 1970, 78. fıkra.

alınan belirli sözleşme haklarına sahip olup olmadığı, haklardan mahrum bırakma veya başka bir deyişle hakların kısıtlanmasının Avrupa Sözleşmesi'nin 5(1)(e) Maddesi kapsamında kişisel özgürlük hakkından mahrum bırakma olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağına dayanmaktadır. Sözleşme organlarının ilgili içtihadında, kişisel özgürlük hakkı ve dolaşım özgürlüğü hakkına ilişkin kısıtlamalar arasında ayırım yapılmaktadır, ancak ayırım kısıtlanan hakkın mahiyeti ya da esasından değil, yalnızca seviye veya yoğunluğuna ilişkin bir ayırımdır.⁵³ Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesine ilişkin hükümlerde "özgürlük hakkı", bir başka deyişle, kişinin fiziksel özgürlüğü⁵⁴ klasik anlamında koruma altına alınmaktadır, bu hükümler yalnızca 4 numaralı Protokolün 2. Maddesindeki hükümlerle düzenlenen dolaşım özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar ile ilgili değildir.⁵⁵ Bir kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılıp bırakılmadığının belirlenmesi için, başlangıç noktası kişinin somut durumu olmak zorundadır ve söz konusu ceza veya tedbirin mahiyeti, süresi, etkileri ve uygulanma biçimi gibi çok sayıda ölçütün dikkate alınması gerekir. Buna karşın, tutuklama, bir başka deyişle, bir kişinin ceza gerektiren bir suç işlemesi nedeniyle cezai kovuşturmalara yönelik olarak Devlet makamları tarafından özgürlüğünden mahrum bırakılması durumunda, tutuklu kişinin Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesinde sağlanan korumalara hakkı olduğu tartışmasız bir gerçektir.

Avrupa Sözleşmesi'ne göre, Yüksek Sözleşme Tarafları Avrupa Sözleşmesi'nde tanımlanan haklar ve özgürlükleri yetki alanlarındaki herkese temin eder. "Herkes" ifadesi ile insan haklarının evrensel mahiyeti vurgulanmaktadır: vatandaşlar, yabancılar, haymatlos kişiler, yasal ehliyeti olmayan kişilerin (çocuklar, ciddi düzeyde engelli kişiler) hakları. Bu nedenle, ulusal hukuk Avrupa Sözleşmesi'yle ve Avrupa Mahkemesi tarafından öne sürülen gerekçelerle uyumlu olmak zorundadır. Avrupa Sözleşmesi'nin tutuklama ile ilgili hükümlerine yönelik olası ihlaller tutuklamanın yasaya uygun olmadığı anlamına gelmektedir.

Masumiyet karinesi (Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin 2. fıkrası), ceza muhakemesi usulü ile ilgili hususlarda hukukun üstünlüğüne dayalı temel ilkelerden biri olarak, adil yargılamayı, ispat yükümlülüğünün savcıya yüklenmesini, in dubio pro reo ilkesinin uygulanmasını ve mahkemenin tarafsızlığını güvence altına almaktadır. Bu şekilde, vatandaşlar haklarına ilişkin gerekçeli olmayan kısıtlamalara karşı korunmaktadır. Tutuklama ile ilgili olarak, masumiyet karinesi cezai kovuşturmaların yürütüldüğü kişinin özgürlükten mahrum bırakılmasına ilişkin diğer bütün hakların kaynaklandığı da-

53 Avrupa Mahkemesi, Guzzardi / İtalya, 1980, 93. fıkra.

54 Avrupa Mahkemesi, Engel ve Diğerleri / Hollanda, 1976, 58. fıkra.

55 Avrupa Mahkemesi, Engel ve Diğerleri, 59. fıkra; Guzzardi, 92. fıkra; Ashingdane / Birleşik Krallık, 1985, 41. fıkra.

yanaktır. Söz konusu karine ile tutuklamanın bir kişiye bir cezai tedbir olarak değil, ancak cezai kovuşturmaların yürütülmesi amacıyla bilinçli bir şekilde uygulanabilir. Bilhassa tutuklama dahil olmak üzere şüpheli kişilerin hazır bulunmasının sağlanması ve cezai kovuşturmaların rahat bir şekilde yürütülmesine yönelik bir tedbir her zaman ulaşılmak istenen amaçla orantılı olmak zorundadır. Tutuklamaya karar vermeden önce, yetkili makam bütün esaslı hukuki olayları - bir kişinin yasaya uygun bir şekilde özgürlükten mahrum bırakılmasına (tutuklama) ilişkin gereksinimleri - ortaya koymak zorundadır.

Tutuklu bir kişi mümkün olan en kısa süre içerisinde tutuklamaya ilişkin esaslı gerekçeler ve kendisine yöneltilen suçlama hususunda anlayabileceği bir dilde bilgilendirilmek zorundadır (5. Maddenin 2. fıkrası). “Mümkün olan en kısa süre içerisinde”, “gecikme olmaksızın” ifadesi her münferit durumda değerlendirilmektedir. Tutuklu bir kişinin tutuklamanın kanuniliğinin kontrolüne yönelik hukuki işlemlere başlama olanağı tanınması için, bu hak teşkil edilmektedir. Özgürlükten mahrum bırakılan kişinin ivedilikle bir mahkeme huzuruna çıkarılma ve makul süre içinde yargılanma veya salıverilme (kefaletle) hakkı bulunmaktadır ve tutuklamanın kanuniliği tutukluluk süresi boyunca düzenli aralıklarla kontrol edilmek zorundadır. Avrupa Sözleşmesi’nin 5(1) Maddesi ile ilgili olarak, Avrupa Mahkemesi, kararında, bir kişinin tutuklanma gerekçelerinin tüm tutukluluk süresi boyunca mevcut bulunmak zorunda olduğunun altını çizmiştir.⁵⁶

8. Sonuçlar

Tutuklama şüpheli bir kişinin cezai kovuşturmalarda hazır bulunmasının sağlanmasına yönelik olarak kullanılan ve özünde cezai kovuşturmalarda şüpheli kişinin dolaşım özgürlüğünün önleyici biçimde kısıtlanması ve belirli bir süreliğine öngörülmüş yaşam koşullarının uygulanmasından ibaret olan en ağır tedbirdir. Tutuklama, uygulanmasına yönelik öngörülmüş sebeplerden en az birinin bulunması koşuluyla belirli bir usuli amaca ulaşılmasına yönelik olarak görevli mahkeme tarafından alınan bir karar ile uygulanmak suretiyle şüpheli kişinin cezai kovuşturmalar sürecinde mahkum edilmesi de dahil olmak üzere şüpheli kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılmasıdır.

Gözetimin hukuki mahiyeti söz konusu olduğunda, literatürde en fazla gözlenen görüş tutuklamanın özgürlükten mahrum bırakma, başka bir deyişle, kısasın amaçlandığı bir yaptırım değil, tamamen usule yönelik bir amacın bulunduğu cebri bir tedbir olduğudur. Bu bağlamda, önleyici biçimde özgürlükten mahrum bırakma olarak tutuklama cezai kovuşturmaların tesis edilmesinin bir sonucu olarak kendiliğinden işlemez, ancak tutuklamanın uygu-

⁵⁶ Avrupa Mahkemesi, Quinn / Fransa, 23 Eylül 1998 tarihli karar.

M. N. Simović: Sanığın Hazır Bulunmasını Sağlamaya Yönelik Tedbirler
lanması belirli gereksinimler ve belirli bir usul ile ilişkilidir.

Tutuklamanın en belirgin sonucunun şüpheli bir kişinin dolaşım hareket özgürlüğünün kısıtlanması olması nedeniyle, bireyler ve demokratik toplumun çıkarı tutuklama ile ilgili bütün hususların kesinlikle kanunla düzenlenmesi ve bu şekilde, tutuklamanın uygulanması ve bir kişinin gözaltında tutulmasının önceden bilinen ve hukuka uygun bir şekilde gerçekleşmesidir. Bu, tutuklanabilecek bütün vatandaşlara gerekli korumalar ve tam hukuki korumayı sağlamanın tek yoludur.

KAYNAKÇA

1. Bayer, V. (1980). Yugoslav Criminal Procedural Law, Book one . Zagreb: Informator.
2. Bayer, V. (1950). Theory of Criminal Procedure FNRJ . Zagreb: Nakladni zavod Hrvatske.
3. Bejatović, S. (2010). Criminal Procedural Law . Beograd: Official Gazette.
4. Bekarija, Č. (1984). On Crimes and Punishments . Split: Logos.
4. Vasiljević, T., Grubač, M. (2011). Comments on the Criminal Procedure Code, 11 th edition . Beograd: Official Gazette of the Republic of Serbia.
6. Vasiljević, T. (1957). Comments on the Criminal Procedure Code . Beograd: Savremena administracija.
7. Vasiljević, T. (1981). The System of Criminal Procedural Law of SFRJ. Beograd: Savremena administracija.
8. Gomien, D. (2005). A Short Guide through the European Convention on Human Rights. Strasbourg: Council of Europe.
9. Grubač, M. (2009). Criminal Procedural Law . Beograd: The Faculty of Law of the Union University and Official Gazette .
10. Đurđić, V. (2006). Criminal Procedural Law, Special Section . Niš: Publication Cetner of the Faculty of Law.
11. Josipović, I. (1998). Arrest and Detention . Zagreb: Targa.
12. Konor, F. (2004). Fight against torture – Manual for Judges and Prosecutors . Novi Sad: Organization for Security and Cooperation in Europe.
13. McBride, V. J. & Macovei, M. (2004). The right to Liberty and Security of Person, Guide for the Application of Article 5 of ECHR . Beograd: Council of Europe.
14. Meyer-Goßner, L. (2004). Criminal Procedure Code. München: Verlag C.H.Beck.
15. Matovski, N., Lažetik-Bužarovska, G., Kalajdziev, G. (2009). Criminal Procedural Law. Skopje: Faculty of Law.
16. Ogorelica, N. (1889). Criminal Procedural Law . Zagreb.
17. Pfeiffer, G. (2003). The Karlsruhe Comments on Criminal Procedure Code . München: Verlag C.H.Beck.
18. Radulović, D. (1990). Detention in Criminal Procedure. Mostar: Faculty

M. N. Simović: Sanığın Hazır Bulunmasını Sağlamaya Yönelik Tedbirler
of Law.

19. Radulović, D. (2002). Criminal Procedural Law . Podgorica: Faculty of Law.

20. Resanović, A., Jovašević, D. (2001). Detention in Yugoslavia and Standards . Beograd: Antiwar Action Center.

21. Sijerčić-Čolić, H. et al . (2005). Comments on the Law on Criminal Procedure in Bosnia and Herzegovina . Sarajevo: Council of Europe /European Commission.

22. Simović, V. (2008). Right to Liberty and Security under Article 5 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms . Banja Luka: Grafomark.

23. Simović, M., Simović, V. (2011). Criminal Procedural Law . Banja Luka: International Association of Criminalists.

24. Simović, M. (2013). Criminal Procedural Law – Introduction and General Part . Bihać: Faculty of Law. .

25. Stevanović, Č., Đurđić, V. (2006). Criminal Procedural Law – General Part . Niš: Faculty of Law.

26. Treschel, S. (2005). Human Rights in Criminal Proceedings . Oxford: Oxford University Press.

27. Škulić, M. (2007). Criminal Procedural Law – General Part, III Edition . Beograd: Faculty of Law and Official Gazette.

Lee Kang KOOK
(*Former President, Constitutional Court of Korea*)

THE CONSTITUTION AND CONSTITUTIONAL JUSTICE EXPERIENCE AND CHALLENGES OF THE REPUBLIC OF KOREA

I would like to express my deep, sincere respect to President Haşım Kiliç for his dedication and outstanding, historical achievements during the past 25 years in enhancing public trust in the constitutional justice of Turkey and increasing its influence on society.

It is my great personal honor to be given the chance to provide an introduction of the Korean system of constitutional justice in honor of President Kiliç's retirement from office. The Republic of Korea and Turkey have enjoyed special historical and cultural relationship that stretches back decades. In particular, the heroic bravery of so many Turkish soldiers who participated in the Korean War in 1950 still remains a legend to the Korean people.

During the international conference celebrating the 45th anniversary of the Turkish Constitutional Court on April 25, 2007, I had the opportunity to briefly mention the two types of constitutional complaint in Korea, explaining that one can be filed by any individual whose fundamental rights had been infringed by an action or omission to act by governmental powers including the legislative power, and that the other can be filed by a party of a case when his/her motion for judicial review is denied by an ordinary court. The former is a regular form of constitutional complaint adopted by a number of countries including Germany, but the latter is a system widely known as one that is unique only to Korea, which even becomes a subject of research. And here I would like to provide a more detailed overview of the second type of constitutional complaint in Korea.

I. The Constitution and Constitutional Justice

If we look back in the history of mankind, it was only after the creation of the constitution, which guarantees the freedom and dignity and worth of citizens and exercises control over governmental powers, that free democracy gained a solid legal basis. It was also the democratic constitution that enabled social integration through which the underprivileged was also respected and protected. Even now, the ideals of constitutional democracy—checks

and balances between governmental powers and full guarantee of freedom, equality, and justice for individuals—are a valuable asset to our mankind.

However, the supremacy of the constitution, which provides for the freedom and rights of citizens, has been frequently violated or restricted by governmental actions or powers. In this context, the pioneers of constitutional justice created a system to effectively safeguard the constitution, which provides a means for people to live happily with their human dignity and worth protected. This system, in turn, brought about the advancement of democracy and the rule of law, and the Constitutional Court began to serve as a central figure that brought the entire society together.

Owing to these developments, a majority of leading welfare states today have a systemized and stable constitutional review system in place, and we might as well say that we are living in an era of constitutional justice.

On that note, let me provide an example of constitutional justice as a means to protect the ideals and principles of the constitution by briefly going over the background and history of how the Constitutional Court of Korea was established, its judgments, as well as its contribution to the development of the Korean society.

II. Footsteps of the Constitutional Court of Korea

In 1987, the people of Korea expressed their strong hope to bring down the longstanding authoritarian regime and build a democratic state based on freedom, equality, and justice. And such public desire resulted in the ninth amendment of the Korean Constitution, which led to the establishment of a constitutional court aimed at safeguarding the long-ignored fundamental rights of citizens and effectively controlling the abuse of governmental powers.

Korea did have a form of constitutional justice before the Constitutional Court was founded in September 1988, but it existed in name only, as only four legal provisions were struck down in more than 40 years. In those years, the notion of constitutional supremacy and fundamental rights of citizens were more ornamental and nominal than practical, and constitutional control over governmental powers was exercised in a limited and passive manner. For this reason, many expressed concern that a new constitutional court would not be fully functional either, just like other bodies entrusted with constitutional jurisdiction in the past.

In its initial stage of establishment, the Korean Constitutional Court had to take on various forms of challenges arising from the legacies of the old

L. K. Kook: The Constitution And Constitutional Justice Experience of Korea

system. At every challenge it faced, however, the Court reaffirmed the ideals and principles of the Constitution as the supreme, fundamental law of the land and, at the same time, renewed people's understanding of the significance and value of constitutional justice by steadfastly emphasizing the state's duty to uphold human dignity and worth and to guarantee fundamental rights of citizens. This way, the Court was able to gain trust from the people who had aspired to the rule of law and the protection of fundamental rights, and thereby establish its status and influence as an essential constitutional institution in the nation.

The Court, from its early days of inception, applied broad interpretation to justiciability requirements for constitutional complaints and positively applied the statutory scope of constitutional complaints in exercising more active review in order to promote constitutional justice. As a testament to these efforts, the number of cases filed increased every year from as few as 425 cases in 1989, a year after the Court's formation, to 1, 720 cases in 2010. Over the past 26 years, the Court disposed of approximately 25, 000 cases out of 26, 000 cases where the challenged laws were struck down in over 742 cases and governmental actions were held unconstitutional in 478 constitutional complaint cases filed by individuals. The Court also reviewed more than 80 cases involving competence disputes between government institutions and local governments.

The commitment and efforts of the Court was not in vain, as the Constitution in Korea is no longer a simple ornament in the code of laws; it has become a living norm for people's everyday lives and a standard for control over all governmental powers. Thus, the Court has become the last resort for the protection of fundamental rights and a trustworthy guardian of constitutional ideals and principles. The Korean public also highly noted the Court's hard work, as it has the honor of being the most trusted and influential government institution according to recent opinion polls.

A New Form of Constitutional Complaint Prescribed by Art. 68, Sec. 2 of the Constitutional Court Act

In Korea, there is a special form of constitutional complaint to be noted: the constitutional complaint prescribed by Article 68, Section 2 of the Constitutional Court Act, also known as the "norm-control complaint," which is one of the procedures that enabled early stabilization of constitutional justice and allowed the public to recognize the system as the final resort for justice in seeking protection of their fundamental rights.

It has already been stated above that, in the course of the ninth constitutional amendment in 1987, Korea was driven by people's aspiration for the reinforcement of the rule of law and the protection of fundamental rights and opted to establish a constitutional court, which was playing a huge role in safeguarding the constitution and fundamental rights in Germany as well as in some other European countries.

Those who participated in the constitutional amendment decided to have a specialized constitutional court in reference to the Bonn Basic Law of West Germany. As for constitutional complaints, which may be filed by any person alleging that his/her fundamental rights have been infringed, only the founding provisions were laid down in the amended constitution and the specific contents and procedures were to be provided for in other laws. As a result, the legislature, delegated with the power to determine the specifics of the constitutional complaint system, engaged in a heated debate over whether or not to adopt "constitutional complaint over judgments of ordinary courts," which was the key element of the German model of the system.

Under the German system, constitutional complaints can be used only after all legal methods for protection of rights against public authority including laws are exhausted, and the constitutional court serves as the last resort for review of judgments of the highest court, or final appeals, over whether interpretation of the constitution or laws infringes on constitutional fundamental rights.

In Korea, however, ordinary courts were already exercising justice with all their experience and excellent human, non-human resources gained in almost 100 years of their history, so it was difficult to accept a system that would allow a newly established Constitutional Court to review the ruling of the Supreme Court as the highest court. Unlike Germany, where the constitutional court acts as the highest court, being one of the ordinary courts in the judiciary under the constitution, the Korean jurisprudence also had problems in conferring the Constitutional Court with the power to review ordinary court judgments since the constitutional matters were separated from general jurisdiction in an effort to emphasize that the Constitutional Court was an autonomous and independent constitutional body.

Against this background, the legislators of Korea devised a special form of constitutional complaints that could be directly filed by individuals who had their motion to request for constitutional review denied in ordinary courts (Article 68, Section 2, Constitutional Court Act), in addition to the regular constitutional complaints that can be filed by individuals who have had their constitutional fundamental rights violated by exercise or non-exercise of

L. K. Kook: The Constitution And Constitutional Justice Experience of Korea
governmental powers (Article 68, Section 1, Constitutional Court Act).

Under this system, the party of a case pending with an ordinary court is entitled to file a constitutional complaint directly with the Constitutional Court pursuant to Article 68 Section 2 of the Constitutional Court Act when his/her motion for constitutional review is denied by the ordinary court, so the party of a case can obtain a judgment on the constitutionality of a law in question in the pending case even in lower court procedures and need not wait for the ruling of the Supreme Court. This method can promptly prevent the violation of constitutional fundamental rights committed by court judgments that apply unconstitutional laws or can provide prompt remedies to the party concerned (through the binding force of the Constitutional Court's decision striking down the law at issue when the case is still pending in the ordinary court, or through retrial of cases when the ordinary court ruling is finalized).

(The regular form of constitutional complaint against violations of fundamental rights by governmental powers should be filed "within 90 days of learning the existence of the cause, and within one year of the occurrence of the cause," whereas the "norm-control complaint" has to be filed "within 30 days of receiving notice of the final decision." As for the latter, matters subject to review are the same as those subject to judicial review of statutes, namely statutory laws and legal norms having the same effect as laws enacted by the legislature, and other relief processes should be exhausted before the complaint is brought before the Constitutional Court, i.e., the party's motion for constitutional review with an ordinary court has to be filed and there should be the court's ruling denying the motion.)

In other words, this kind of constitutional complaint serves as a process of norm control based on cooperative relations between the general public, ordinary courts, and the Constitutional Court. It could be said that the opportunity for norm control is created by the raising of issues by the general public and response by the ordinary courts.

This special form of constitutional complaint functioning as a control of norms is actively utilized by citizens, as seen by the increase in the number of norm-control constitutional complaints filed with the Constitutional Court over the past five years, accounting for approximately 32 percent of all constitutional complaint cases (Oct. 15, 2009-Oct. 15, 2014). It is, in fact, very well received by the Korean academia, as well as experts from other countries, as an unprecedented system unique to Korea that can serve as the main impetus behind active constitutional justice and stabilization of the Constitutional Court, effectively compensating for the shortfall of concrete norm control and offering immediate protection of fundamental rights for individuals, as

well as providing a method for effective mediation of the inevitable conflict that may take place with ordinary courts when a constitutional court is newly established.

IV. Implication of the Constitutional Court of Korea on Political and Social Development

One of the most critical accomplishments of the Constitutional Court of Korea over the past 26 years is that it has actively fulfilled its duty to safeguard the constitutional ideals and principles by protecting the fundamental rights of citizens, including their freedom and equality, and controlling the abuse of governmental powers.

Moreover, as the statutes which used to serve as a tool to maintain the authoritarian regime or to protect special interests were invalidated by the Constitutional Court, the government institutions involved in the legislative process have rediscovered the importance of preliminary constitutional review, and people have also developed trust in the fact that reviewing the constitutionality of governmental actions is a way of guaranteeing their freedom and happiness and effectively safeguarding the Constitution as the supreme law of the land.

As legal legacies of the authoritarian regime have been addressed to a certain extent, the Korean society now has a clear tendency to bring high-profile issues that can determine the stability and future path of the nation (cases on the special law on relocation of the capital city, import health requirements for U.S. beef and beef products, and a provision of the Public Official Election Act denying Korean nationals residing abroad the right to vote) to the Constitutional Court. As political, economic, and social issues of great national importance failed to find a solution through sufficient discussion and dialogue in the political process, they were brought before the Constitutional Court for its judgment. But this change did not come without a side effect. Some seriously questioned its compatibility with the separation of powers principle including political discretion and limitations of constitutional justice, as there is a risk of distorting the state's decision-making process under the democratic political system guaranteed by the Constitution. By addressing such a series of cases, the Korean Constitutional Court has overhauled its oral argument procedures and made decisions based on research and development of universal, persuasive review standards, thereby enhancing public trust in the Court and increasing predictability of its decisions, as well as further reinforcing the necessity and legitimacy of constitutional justice.

Conclusion

History tells us that uncontrolled power will eventually result in the abuse of power. Over the past 25 years or so, the Korean Constitutional Court empowered the Constitution to act as a concrete norm control by bringing all governmental powers under constitutional control, and has also helped the state to secure the binding force fundamental rights on governmental powers by protecting the fundamental rights of citizens.

Yet, a whole world of new challenges lies ahead for us. Today, the risk of governmental powers infringing on people's fundamental rights, which was initially one of the reasons for introducing constitutional justice, has been reduced significantly due to the establishment of democratic politics and promotion of human rights protection. People's perception of fundamental rights is also remarkably changing, as seen from the shift of focus from civil rights to social rights, also known as the "socialization of human rights." In addition, all different forms of social interest groups including non-governmental organizations are gaining more influence, and the striking development of information technology and biotechnology has given rise to a range of new constitutional issues related to human dignity and worth, the right to pursue happiness, etc. And the "globalization of human rights" and the formation of and cooperation between international human rights organizations pose yet another challenge: issues of supremacy, boundaries and limitations between the decisions of national constitutional courts on human rights and those of supranational human rights courts.

Against this background, courts of constitutional jurisdiction around the world should continue their efforts to establish their role and limits of powers in order to guarantee the fundamental rights of citizens and preserve the constitutional order. Furthermore, if we all share our experience and wisdom with other countries in the process, constitutional justice of individual countries and the world at large will be taken to an unprecedented level and all members of this global community will be able to enjoy a freer and happier life.

Once again, I wish to convey my sincerest compliments and respect to President Haşım Kiliç, who is now successfully completing his important official duties and honorably retiring from his office. Although he leaves public office, I hope he will continue to play a vital role as a senior constitutional expert who passes on his deep insights and wisdom about the constitution and constitutional justice to the next generation.

I would like to conclude by extending my best wishes for President Kiliç's continued health and happiness in the future.

ANAYASA VE ANAYASA YARGISI

KORE CUMHURİYETİ'NİN DENEYİMİ VE KARŞILAŞTIĞI ZORLUKLAR

Türkiye'nin anayasal yargısına duyulan güvenin artırılması ve toplum üzerindeki nüfuzunun artırılması hususunda son 25 yılda göstermiş oldukları fedakarlık ve elde etmiş oldukları üstün, tarihi kazanımlar dolayısıyla Başkan Haşim Kılıç'a en derin ve içten saygılarımı sunarım.

Başkan Kılıç'ın görevinden emekli olması onuruna Kore'deki Anayasa yargısı sisteminin takdim edilme fırsatı bana verildiği için büyük onur duyduğumu belirtmek isterim. Kore Cumhuriyeti ve Türkiye on yıllara yayılan özel bir tarihi ve kültürel ilişkiye sahiptir. Bilhassa, 1950 yılında Kore Harbi'ne katılmış çok sayıda Türk askerinin hamasi cesareti Kore halkı açısından hâlâ bir efsane olarak varlığını sürdürmektedir.

25 Nisan 2007 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin 45. yıl dönümünün kutlanması vesilesiyle düzenlenen uluslararası konferans esnasında, Kore'deki iki anayasa şikayeti türünden kısaca bahsetme fırsatı bulunmuş, bunlardan birine temel hakları yasama gücünün de aralarında bulunduğu devlet kuvvetlerinin bir eylemi veya ihmali sonucu ihlal edilmiş olan herhangi bir birey tarafından başvurulabildiğini ve diğerine yargı denetimi talebi bir genel mahkemece reddedilen bir dava tarafınca başvurulabildiğini açıklamıştım. Bunlardan ilki Almanya da dahil olmak üzere bir dizi ülke tarafından kabul edilen olağan bir anayasa şikayeti türüdür, ikincisi ise yalnızca Kore'ye özgü olan ve bir araştırma konusu haline dahi gelen bir sistem olarak bilinmektedir. Bu vesileyle, Kore'deki ikinci anayasa şikayeti türüyle ilgili daha ayrıntılı bilgiler sağlamak isterim.

I. Anayasa ve Anayasa Yargısı

İnsanlık tarihine geri dönüp baktığımızda, ancak vatandaşların özgürlüğü ve şerefi ile değerinin güvence altına alındığı ve devlet gücü üzerinde kontrolün uygulandığı Anayasa'nın oluşturulmasından sonra, özgür demokrasi somut bir hukuki dayanağa kavuştuğu görülmektedir. İmkanları kısıtlı olanlara da saygı duyulduğu ve bunların korunduğu toplumsal entegrasyonu sağlayan da demokratik anayasa olmuştur. Şu anda bile, anayasal demokrasinin idealleri

L. K. Kook: Anayasa ve Anayasa Yargısı Kore Deneyimi

konumundaki devlet kuvvetleri ile bireylere yönelik tam özgürlük, eşitlik ve adalet teminatı arasında kontroller ve dengelerin sağlanması insanoğluna yönelik değerli bir kazançtır.

Buna karşın, vatandaşların özgürlüğü ve haklarının hükme bağlandığı Anayasa'nın üstünlüğü devletin eylemleri veya yetkileri yüzünden sıklıkla ihlal edilmekte veya kısıtlanmaktadır. Bu bağlamda, anayasal yargının öncülleri halkın insan onuru ve değerinin korunduğu bir ortamda mutlu bir şekilde yaşamasına ilişkin bir araç konumundaki Anayasa'nın etkili bir şekilde korunmasına yönelik bir sistem oluşturmuştur. Buna karşılık, söz konusu sistem demokrasi ve hukukun üstünlüğünün gelişmesini beraberinde getirmiş ve Anayasa Mahkemesi tüm toplumu bir araya getiren ortak bir yapı olarak görev yapmaya başlamıştır.

Bu gelişmeler sayesinde, günümüzde önde gelen refah devletlerinin büyük bir bölümünün halihazırda sistematik ve istikrarlı bir anayasal denetim sistemi bulunmaktadır ve bunun yanı sıra bir Anayasa yargısı çağında yaşıyor olduğumuzu da söyleyebiliriz.

Bu bağlamda, Kore Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunun artalanı ve tarihi, kararlarının yanı sıra Kore toplumunun gelişimine katkısının üzerinden kısaca geçerek anayasa idealleri ve ilkelerinin korunmasına yönelik bir araç olarak bir Anayasa yargısı örneği sağlamak isterim.

II. Kore Anayasa Mahkemesinin Ayak Sesleri

1987 yılında, Kore halkı eskiden beri süregelen otoriter rejimi yıkma ve özgürlük, eşitlik ve adalete dayalı demokratik bir devlet kurma yönündeki güçlü iradesini ifade etmiştir. Ayrıca, halkın söz konusu isteği Kore Anayasasındaki dokuzuncu değişiklikle sonuçlanmış ve vatandaşların uzun süredir görmezden gelinen temel haklarının korunması ve devlet yetkilerinin kötüye kullanılmasının etkili bir şekilde kontrol edilmesi amacıyla bir anayasa mahkemesinin kurulması sağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi Eylül 1988'de kurulmadan önce, Kore'de bir Anayasa yargısı şekli var olmuştur, ancak söz konusu sistem yalnızca ismen varlığını sürdürmüştür, çünkü 40 yıldan uzun bir süre yalnızca dört kanun hükmü iptal edilmiştir. O yıllarda, Anayasa'nın üstünlüğü nosyonu ve vatandaşların temel hakları pratik olmaktan ziyade göstermelik ve nominal bir nitelik taşımış ve devlet kuvvetleri üzerindeki anayasal kontrol sınırlı ve pasif bir şekilde uygulanmıştır. Bu sebeple, yeni bir anayasa mahkemesinin geçmişte anayasa yargı yetkisi verilen diğer organlarda olduğu gibi tamamen işlevsel olmayacağı yönündeki kaygılar birçok kişi tarafından dile getirilmiştir.

Kore Anayasa Mahkemesi, ilk kuruluş safhasında, eski sistemin mirasından kaynaklanan çeşitli zorluklara karşı koymak zorunda kalmıştır. Buna karşın, Mahkeme karşılaştığı her zorlukta Anayasa'nın idealleri ve ilkelerini ulusun en yüce, temel hukuku olarak teyit etmiş ve, aynı zamanda, devletin insan onuru ve değerini en üst düzeyde tutma ve vatandaşların temel haklarını güvence altına alma görevini kararlılıkla vurgulayarak halkın anayasal yargının önemi ve değerine yönelik anlayışına yeni bir soluk getirmiştir. Bu suretle, Mahkeme hukukun üstünlüğü ve temel hakların korunmasını arzulayan halkın güvenini kazanabilmiş ve bu şekilde, ulusta önemli bir anayasa müessesesi olarak statüsü ve nüfuzunu tesis edebilmiştir.

Mahkeme, kurulduğu ilk günlerden bu yana, anayasa şikayetlerine ilişkin muhakeme edilebilirlik gereksinimlerine geniş kapsamlı bir yorum getirmiş ve anayasal yargının geliştirilmesi hususunda daha aktif denetim gerçekleştirilmesine yönelik olarak anayasa şikayetlerinin yasal kapsamını müspet bir şekilde uygulamıştır. Bu çabaların bir sonucu olarak, açılan dava sayısı her yıl artarak Mahkemenin kuruluşundan sonraki yıl olan 1989 yılındaki 425 dava seviyesinden 2010 yılındaki 1.720 dava seviyesine gelmiştir. Son 26 yıl içerisinde, Mahkeme 26.000 davadan yaklaşık 25.000'ini sonuçlandırmış, 742 davada itiraz edilen düzenlemeler iptal edilmiş ve bireyler tarafından açılan 478 anayasa şikayeti davasında devletin eylemleri Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Ayrıca, Mahkeme kamu kurumları ve yerel idareler arasındaki görev ihtilaflarına ilişkin 80'den fazla davaya ilişkin de denetim yapmıştır.

Mahkemenin çalışmaları ve çabaları boşuna olmamıştır, çünkü Kore'de Anayasa artık kanunlar arasında bir süs görevi görmemektedir; anayasa halkın günlük hayatında bir yaşam normu ve bütün devlet yetkilerine ilişkin bir kontrol standardı haline gelmiştir. Bu sayede, Mahkeme temel hakların korunmasına ilişkin son kale ve anayasa idealleri ve ilkelerinin güvenilir bir koruyucusu haline gelmiştir. Kore halkı da Mahkemenin sıkı çalışmasını fark etmiştir ve son zamanlarda yapılan kamuoyu yoklamalarına göre mahkeme en güvenilir ve etkili kamu kuruluşu olmanın haklı gururunu yaşamıştır.

Anayasa Mahkemesi Kanununun 68. Maddesinin 2. Fıkrası ile Öngörülen Yeni bir Anayasa Şikayeti Şekli

Kore'de, bahsedilmesi gereken özel bir anayasa şikayeti şekli bulunmaktadır: Anayasa Mahkemesi Kanununun 68. Maddesinin 2. Fıkrası ile öngörülen, "norm-kontrol şikayeti" olarak da bilinen, anayasal yargının hızlı bir şekilde istikrar kazanmasını sağlayan ve temel haklarının korunması arayışında halkın sistemi adaletin son kalesi olarak tanımasını sağlayan usullerden biri olan anayasa şikayeti.

L. K. Kook: Anayasa ve Anayasa Yargısı Kore Deneyimi

Yukarıda halihazırda ifade edildiği üzere, 1987 yılındaki dokuzuncu anayasa değişikliği sürecinde, Kore halkın hukukun üstünlüğü ve temel hakların korunmasının güçlendirilmesine yönelik arzusundan etkilenmiş ve Almanya'nın yanı sıra diğer bazı Avrupa devletlerinde anayasa ve temel hakların korunması hususunda önemli bir rol oynayan bir anayasa mahkemesinin kurulmasını tercih etmiştir.

Anayasa değişikliğine katılanlar Batı Almanya Bonn Anayasasına atfen özel bir anayasa mahkemesinin kurulmasına karar vermiştir. Temel haklarının ihlal edilmiş olduğunu iddia eden herhangi bir kişi tarafından yapılabilecek anayasa şikayetleri açısından bakıldığında, yalnızca kurucu hükümler değiştirilen Anayasa'ya konulmuş ve spesifik içerik ve usullerin diğer kanunlarda hükme bağlanmasına karar verilmiştir. Bunun bir sonucu olarak, anayasa şikayet sisteminin ayrıntılarını belirleme yetkisi verilen yasama organı Alman sistemine ilişkin modelin temel unsuru konumunda bulunan "genel mahkemelerin kararları üzerinde anayasa şikayetinin" kabul edilip edilmemesi hususunda hararetli bir tartışmaya girişmiştir.

Alman sistemi çerçevesinde, anayasa şikayetleri ancak kanunlar da dahil olmak üzere hakların kamu kuruluşlarına karşı korunmasına ilişkin bütün hukuki yöntemlerin tüketilmesinden sonra kullanılabilmektedir ve anayasa mahkemesi anayasa veya kanunların yorumlanmasının anayasal temel hakları ihlal edip etmediğine yönelik olarak en yüksek mahkemenin veya en üst temyiz mahkemelerinin kararlarına yönelik denetim açısından en son başvuru makamı olarak görev yapmaktadır.

Buna karşın, Kore'de genel mahkemeler 100 yıla yaklaşan tarihlerinde elde ettikleri tüm deneyimleri ve fevkalade insan kaynakları, insan-dışı kaynaklarıyla halihazırda yargı uygulaması yapmıştır, bu nedenle, yeni kurulmuş bir Anayasa Mahkemesinin en yüksek mahkeme olan Yargıtayın kararlarını denetlemesini sağlayacak bir sistemin kabul edilmesi zor olmuştur. Anayasa mahkemesinin anayasa kapsamındaki yargı yetkisinde genel mahkemelerden biri hâlinde en yüksek mahkeme olarak görev yaptığı Almanya'nın aksine, Kore yargı sisteminde Anayasa Mahkemesine genel mahkeme kararlarının denetimi yetkisinin devredilmesi hususunda sorunlar olmuştur, çünkü Anayasa Mahkemesi'nin özerk ve bağımsız bir anayasa kurumu olduğunun vurgulanmasına yönelik bir çaba olarak Anayasa'ya ilişkin hususlar genel yargıdan ayrılmıştır.

Bu duruma karşı, Kore'deki yasa koyucular, anayasal temel hakları devlet yetkilerinin kullanılması veya kullanılmaması nedeniyle ihlal edilmiş olan bireyler tarafından başvurulabilen olağan anayasa şikayetlerine (Anayasa Mahkemesi Kanununun 68. Maddesinin 2. Fıkrası) ek olarak, Anayasa'ya

uygunluk denetimi talepleri genel mahkemelerde reddedilmiş olan bireyler tarafından doğrudan başvurulabilen özel bir anayasa şikayeti şekli geliştirilmiştir (Anayasa Mahkemesi Kanununun 68. Maddesinin 1. Fıkrası).

Bu sistem kapsamında, genel bir mahkeme önünde derdest olan bir davanın tarafının, anayasal denetim talebi genel mahkemeye reddedildiğinde, Anayasa Mahkemesi Kanununun 68. Maddesinin 2. Fıkrası uyarınca doğrudan Anayasa Mahkemesine bir anayasa şikayetinde bulunma hakkı vardır, bu şekilde, bir davanın tarafı alt mahkeme yargılama usullerinde dahi derdest olan bir davada söz konusu bir kanunun Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin bir karar alınmasını sağlayabilmektedir ve söz konusu tarafın Yargıtayın kararını beklemesine gerek yoktur. Bu yöntem Anayasa'ya aykırı düzenlemelerin uygulandığı mahkeme kararlarının neden olduğu anayasal temel hak ihlalinin zamanında engelleyebilmektedir veya ilgili tarafa zamanında hukuk yolları sağlayabilmektedir (söz konusu dava genel mahkeme önünde derdest konumdayken söz konusu kanunu iptal eden Anayasa Mahkemesi kararının bağlayıcılık gücü vasıtasıyla veya genel mahkeme kararı kesinleşmiş olduğunda davaların yeniden yargılaması suretiyle).

(Devlet kuvvetleri tarafından gerçekleştirilen temel hak ihlallerine karşı olağan bir anayasa şikayeti şekline yönelik olarak "sebebin varlığının öğrenilmesinden itibaren 90 gün içerisinde ve sebebin ortaya çıkışından itibaren bir yıl içerisinde" başvuru yapılması gerekirken, "norm-kontrol şikayetine" yönelik olarak ise "kesin karar tebligatının alınmasından itibaren 30 gün içerisinde" başvuru yapılmak zorundadır. İkinci yöntem açısından bakıldığında, denetim tabi hususlar kanunların yargı denetimine tabi olanlar - şöyle ki, yasama organı tarafından çıkarılan kanunlar ile aynı hükme sahip kanuni düzenlemeler ve hukuk normları - ile aynıdır ve Anayasa Mahkemesi önünde şikayet başvurusunda bulunulmadan önce diğer giderim yollarının tüketilmesi gerekmektedir; bir başka deyişle, ilgili tarafın bir genel mahkemeye yönelik Anayasa'ya uygunluk denetimi talebinin yapılmış olması ve talebin reddedildiğine ilişkin mahkeme kararının bulunması gerekmektedir.)

Diğer bir ifadeyle, bu anayasa şikayeti şekli genel kamuoyu, genel mahkemeler ve Anayasa Mahkemesi arasında işbirliği temelli ilişkilere dayalı bir norm kontrol süreci olarak işlev göstermektedir. Genel kamuoyunun bir sorun ileri sürmesi ve genel mahkemelerin buna yanıt vermesi suretiyle, norm kontrolü olanağının oluşturulduğu söylenebilir.

Normlara ilişkin bir kontrol şeklinde işlev gösteren bu özel anayasa şikayeti şekli, son beş yıl içerisinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan ve tüm anayasa şikayeti davalarının yaklaşık yüzde 32'sine tekabül eden norm-kontrolü anayasa şikayeti sayısındaki artıştan da anlaşılabilceği üzere, vatandaşlar tarafın-

dan aktif bir şekilde kullanılmaktadır (15 Ekim 2009 - 15 Ekim 2014). Aslında, bu sistem Kore'deki akademisyenlerin yanı sıra diğer ülkelerden uzmanlar tarafından da aktif anayasal yargının oluşması ve Anayasa Mahkemesinin istikrar kazanmasının ardındaki temel itici güç görevi görebilecek, somut norm kontrolünün eksikliğini etkili bir şekilde giderebilecek ve bireylere yönelik temel hakların zamanında korunmasını sağlayabilecek ve de anayasa mahkemesi yeni kurulduğunda genel mahkemelerle ortaya çıkabilecek kaçınılmaz ihtilaflarda etkili bir ara bulma yöntemi sağlayabilecek emsali olmayan, Kore'ye özgü bir sistem olarak çok iyi bir şekilde karşılanmıştır.

IV. Kore Anayasa Mahkemesinin Siyasi ve Toplumsal Kalkınmaya Yansıması

Kore Anayasa Mahkemesi'nin son 26 yıldaki en önemli kazanımlarından biri, mahkemenin özgürlükleri ve eşitlikleri de dahil olmak üzere vatandaşların temel haklarını koruyarak ve devlet yetkilerinin kötüye kullanımını kontrol ederek anayasa idealleri ve ilkelerini koruma görevini aktif bir şekilde yerine getirmiş olmasıdır.

Bunun yanı sıra, otoriter rejimin sürdürülmesi veya hususi menfaatlerin korunmasına yönelik bir araç şeklinde işlev göstermiş olan kanunların Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesiyle birlikte, yasama sürecinde yer alan kamu kuruluşları önceden Anayasa'ya uygunluk denetiminin önemini tekrar keşfetmiş ve halk da devletin eylemlerinin Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasının özgürlük ve mutluluğunun temin edilmesinin ve ulusun en yüksek kanunu olarak Anayasa'nın etkili bir şekilde korunmasının yöntemlerinden biri olduğu hususuna güven duymuştur.

Otoriter rejimin hukuki mirasının bir ölçüde ortadan kaldırılması sebebiyle, Kore toplumunun artık ulusun istikrarı ve gelecekteki yönü açısından belirleyici olabilecek üst düzey meselelerin (başkentin yeniden belirlenmesine ilişkin özel kanun, ABD sığır eti ve sığır eti ürünlerinin ithalat sağlık gereksinimleri ve yurt dışında ikamet eden Kore vatandaşlarının oy kullanma hakkının yok sayıldığı bir Kamu Resmi Seçim Kanunu hükmüne ilişkin davalar) Anayasa Mahkemesine havale edilmesine yönelik açık bir eğilimi bulunmaktadır. Ulusal önemi haiz siyasi, ekonomik ve toplumsal meselelere siyasi süreçte yeterli müzakere ve diyalog ile bir çözüm bulunamaması nedeniyle, söz konusu meseleler karar için Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirilmektedir. Ancak bu değişim süreci sorunsuz bir şekilde yaşanmamıştır. Kimi çevreler siyasi takdir yetkisi ve anayasal yargının sınırlamaları da dahil olmak üzere sistemin kuvvetler ayrılığı ilkesiyle uyumluluğunu ciddi bir şekilde sorgulamıştır, çünkü demokratik siyasi sistem çerçevesinde Anayasa ile güvence altı-

na alınan devletin karar verme sürecinin saptırılma riski bulunmaktadır. Söz konusu hususları ele alan Kore Anayasa Mahkemesi sözlü yargılama usullerini gözden geçirmiş ve evrensel, ikna edici denetim standartlarının araştırma ve geliştirmesine dayalı kararlar alarak halkın Mahkemeye duyduğu güveni artırmış ve kararlarının tahmin edilebilirliğini artırmanın yanı sıra anayasal yargının gerekliliği ve meşruiyetini yeniden tesis etmiştir.

Sonuç

Tarih kontrolsüz gücün nihai olarak gücün kötü kullanımı ile sonuçlanacağını bize göstermektedir. Son 25 yıl içerisinde, Anayasa çerçevesinde Kore Anayasa Mahkemesi'ne bütün devlet kuvvetlerinin anayasal kontrol altında toplanması suretiyle somut bir norm kontrol organı şeklinde hareket etme yetkisi tanınmış ve devletin vatandaşların temel haklarını koruyarak temel hakların devlet kuvvetleri üzerindeki bağlayıcı kuvvetini güvence altına almasına yardımcı olunmuştur.

Ancak, kayda değer yeni zorluklar bizi beklemektedir. Günümüzde, devlet kuvvetlerinin halkın temel haklarını ihlal etme riski - ki başlangıçta anayasal yargının uygulamaya konmasının sebeplerinden biri olarak karşımıza çıkmıştır - demokratik siyasetin tesis edilmesi ve insan hakları korumasının geliştirilmesi sebebiyle önemli ölçüde azaltılmıştır. Halkın temel haklara ilişkin algısı da, "insan haklarının toplumsal hâle gelmesi" olarak da bilinen bir husus olan odak noktasının medeni haklardan sosyal haklara kaymasından da anlaşılabilceği üzere, dikkat çekici şekilde değişmektedir. Buna ilaveten, sivil toplum kuruluşları da dahil olmak üzere bütün farklı toplumsal çıkar grubu şekilleri daha fazla etkiye sahip olmaya başlamaktadır ve bilişim teknolojisi ile biyoteknolojideki çarpıcı gelişme insan onuru ve değeri ile mutluluğa erişme hakkı gibi bir dizi yeni anayasal konunun gündeme gelmesine neden olmuştur. Ayrıca, "insan haklarının küreselleşmesi" ve uluslararası insan hakları kuruluşları arasında işbirliğinin tesis edilmesi başka bir zorluğu beraberinde getirmektedir: ulusal anayasa mahkemelerinin ve uluslararası insan hakları mahkemelerinin insan haklarına ilişkin kararları arasında üstünlük, sınırlar ve sınırlamalara ilişkin sorunlar.

Bu duruma karşılık, dünya genelinde Anayasa yargısı yetkisine sahip mahkemelerin vatandaşların temel haklarını güvence altına almak ve anayasal düzeni korumak üzere rolleri ve yetki sınırlarını belirlemek için çaba sarf etmeye devam etmeleri gerekmektedir. Bunun yanı sıra, bu süreçte deneyimlerimizi ve bilgilerimizi diğer ülkelerle paylaşırsak, münferit olarak ülkelerdeki ve genel olarak dünyadaki Anayasa yargısı daha önce hiç görülmemiş bir düzeye gelecek ve bu küresel toplumun bütün üyeleri daha özgür ve mutlu bir

L. K. Kook: Anayasa ve Anayasa Yargısı Kore Deneyimi

yaşamın keyfini çıkarabilecektir.

Son olarak, önemli resmi görevlerini başarıyla tamamlayan ve görevinden şerefle emekli olan Başkan Haşim Kılıç'a en içten tebriklerimi ve saygılarımı sunmak isterim. Kamu görevinden ayrılmasına karşın, kendisinin anayasa ve Anayasa yargısı ile ilgili derin öngörülerini ve bilgilerini gelecek nesle aktaran deneyimli bir anayasa uzmanı olarak hayati bir rol oynamasını ümit ederim.

Sözlerime son verirken, Başkan Kılıç'a gelecekte sağlık, esenlik ve mutluluk dileklerimi iletmek isterim.

Park HAN-CHUL
(*President, Constitutional Court of Korea*)

**INTERNATIONAL SOLIDARITY TO ADDRESS VIOLATIONS OF
FUNDAMENTAL RIGHTS AGAINST HUMANITY**

**CONSTITUTIONAL COURT OF KOREA'S DECISION ON THE
KOREAN GOVERNMENT'S DUTY TO PROTECT COMFORT WOMEN
VICTIMS**

I would like to take this opportunity to pay my sincerest respects to Honorable Haşim Kılıç for his dedication and accomplishments in developing constitutional justice in Turkey during his 25 years of office as Justice, Vice President, and President of the Turkish Constitutional Court.

Since its establishment in 1961, the Constitutional Court of Turkey has been acting as the guardian of the rights of the Turkish people and the Constitution for over 50 years, and has engaged in active exchanges with the Constitutional Court of Korea by sharing experience and thoughts. President Kılıç visited the Republic of Korea on several occasions including the Inaugural Congress of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions (AACC), and I also had the opportunity to visit Turkey to attend the 2nd Congress of the AACC, where I was able to develop close friendship with President Kılıç.

The Turkish Constitutional Court invited research officers from the Korean Constitutional Court to a study visit in Turkey, and the Constitutional Court of Korea provided information about its experience in operating the constitutional complaint system when Turkey was preparing to newly introduce the system in 2010.

This interaction between our two Courts has proved greatly instrumental in our efforts to faithfully guarantee the fundamental rights of our two peoples. In fact, recent developments have shown that a human rights violation in a country is not an issue of that country alone; international solidarity for human rights protection is gathering force amidst the world's perception that such an issue can pose a huge threat to regional and international peace.

A remarkable progress in such human rights awareness has given rise to the birth of international human rights instruments led by the United Nations to ensure human rights protection at the international level, as well as regional

human rights systems dedicated to protecting human rights in countries within a certain region. The best working example of the latter is the regional human rights system in Europe, to which Turkey is a party.

These developments built on historical reflections demonstrate that the world has been securing double, or even triple protective mechanisms for the rights of individuals at national, regional, and international levels. At the same time, however, these efforts are a counter-proof that full protection of human rights is by no means an easy task.

In my speech at the 2nd Congress of the AACC held in Istanbul in April 2014, I said, "The judgment of a national constitutional court or an equivalent institution can only play a limited role, given the limited scope of its jurisdiction. And this is where international partnership comes into play. National borders should not serve as obstacles, particularly in issues involving universal respect for human rights, such as violations of fundamental rights against humanity."

I have also submitted a proposal to establish a regional mechanism for human rights protection, such as a human rights court in the Asian region, at the 3rd Congress of the World Conference on Constitutional Justice held in Seoul, September 2014.

In this contribution, I intend to introduce a case that demonstrates the efforts of the Korean Constitutional Court to guarantee the universal rights of individuals. It is a case involving the infringement of rights of women who were forced into sexual slavery by the Japanese military during World War II which still remains to be fully resolved.

Allow me to cite this case as an example to unfold my thoughts on why and how the world has to come together for human rights protection, particularly on the need to set up a regional court in Asia dedicated to providing remedies to victims of human rights violation.

Chapter 1. Case Introduction

On August 30, 2011, the Constitutional Court of Korea held that it is unconstitutional for the Korean government to not take action under the procedures provided in the Agreement on the Settlement of Problem concerning Property and Claims and the Economic Cooperation between the Republic of Korea and Japan (hereinafter the "Agreement") in resolving the dispute over the rights of comfort women, who were forced into sexual slavery during World War II by the Japanese military (2006Hun-Ma788). In this case, the Constitutional Court reviewed whether the Korean government fulfilled

P. H. Chul: International Solidarity to Address Violations of Fundamental Rights

its duty to protect the comfort women victims. At the heart of this case lies the Japanese government's comprehensive responsibility to the women forced into sexual slavery by itself and the Japanese military. Also, the ruling of this case concerns grave matters that are universal to humanity, namely providing remedies to women from other countries whose rights have been violated by organized sexual crimes committed by a nation during war.

Chapter 2. Background and Facts

A. Sexual Enslavement by the Japanese Military¹

(1) The "comfort stations" where comfort women served the Japanese soldiers were first installed by the Japanese navy during the 1932 Shanghai Incident to prevent frequent occurrence of rapes committed by former Japanese soldiers, which caused local resistance and the outbreak of sexually transmitted diseases. The Japanese military built comfort stations in occupied areas, as it sent many troops to China for the Sino-Japanese War, which began in July 1937, and the number of comfort stations grew after the Nanjing Massacre in December 1937. The introduction of comfort stations was a way of providing "mental solace" to the Japanese soldiers in an attempt to boost their morale and alleviate their grievances, thereby preventing desertion from the unending war.

Starting from 1941 during World War II, the Japanese military installed comfort stations in the Southeast Asian and the Pacific region as well. It is confirmed by official documents that areas where comfort stations were established included Korea, China, Hong Kong, Macao, and the Philippines, which had all been invaded by Japan. The number of comfort women is estimated at 80, 000-200, 000; around 80 percent of them were from Korea, and the others were from the Philippines, China, Taiwan, the Netherlands, etc.²

(2) The comfort women were dragged to war-fronts in many ways, such as fraud, blackmailing, and kidnapping and had to meet, against their will, the constant sexual needs of Japanese soldiers. They lived in sub-human conditions, beaten and stabbed for being not ready and willing to satisfy the brutal sexual demands of the Japanese soldiers. Most of the comfort women were suffering from sexually-transmitted diseases, mental disorders, and

1 The 1996 report of the Special Rapporteur, Ms. Radhika Coomaraswamy, provided detailed explanation on the historical background of the establishment of "comfort stations", recruitment of military sexual slaves and conditions in the comfort stations (E/CN.4/1996/53/Add.14).

2 See also, Myung Hye Kim, *Those who used to be "comfort women" narration, memories, experience, partial story*, 37-2 Korean Cultural Anthropology, at 5 (2004); Myungsook Yoon, *Japanese recognition of "comfort women" issue-focusing on the 1990s*, Research in Korea-Japan relationship, at 100; Seungwoo Lee, *Request for compensation by comfort women*, 39 Journal of Northeast Asia History at 274-275.

many other types of illness; some were forced to have sterilization surgery, and even those who were ill were not allowed to go home lest military confidential information should be leaked. Most of them died in the battlefield during war, some of those who were able to return home also died from after effects in young age, and the rest who survived have lived in deep despair, isolated from their family and society.

It is to be noted, in this regard, that former State Secretary Hillary Clinton of the United States corrected a State Department official's use of the term "comfort women" and directed the use of "enforced sex slaves."

B. Progress of the Korea-Japan Agreement on Settlement of Claims

(1) Article 4(a) of the San Francisco Peace Treaty signed between Japan and part of the Allied Powers on September 8, 1951 after the Second World War provides, "the disposition of property of Japan and of its nationals in the areas referred to in Article 2, and their claims, including debts, against the authorities presently administering such areas and the residents thereof, and the disposition in Japan of property of such authorities and residents, and of claims, including debts, of such authorities and residents against Japan and its nationals, shall be the subject of special arrangements between Japan and such authorities."

(2) In order to dispose of the property and claims including debts pursuant to Article 4(a) of the aforementioned treaty, the talks between Korea and Japan began on February 15, 1952. The Korean government claimed eight items regarding its properties and claims, including the return of art works transferred from Korea, as well as "government bonds, public loans, and Japanese bank bills which are owned by Korean nationals, account receivables of drafted Koreans, and other claims of Koreans." However, the talks were stalled as the Japanese government objected to paying the damages for Korean individuals.

(3) As a result of the talks, the governments of Korea and Japan signed an agreement on the settlement of claims on June 22, 1965 which states that Japan shall provide a designated amount of grants and loans without any labels attached, and that the Contracting Parties shall confirm that the "problem concerning property, rights and interests of the two Contracting Parties and their nationals and concerning claims between the Contracting Parties and their nationals is settled completely and finally."³

3 Agreement on the Settlement of Problems Concerning Property and Claims and on Economic Cooperation Between Japan and the Republic of Korea (1965, Treaty No.172).

P. H. Chul: International Solidarity to Address Violations of Fundamental Rights

(4) Article 2(3) of the Agreement provides that no contention shall be made with respect to any claims of either Contracting Party and its nationals against the other Contracting Party and its nationals. And Article 3 of the Agreement states that any dispute between the Contracting Parties concerning the interpretation and implementation of the present Agreement shall be settled firstly through diplomatic channels, and, if not, referred for decision to an arbitration board.

(5) The Korean government enacted a law to provide grants received from Japan to those who filed for civil compensation, but the beneficiaries were limited to those who died after being drafted against their will by Japan and those "holding civil claims for private loans or bank deposits who had been discussed during the aforementioned talks."

(6) The comfort women issue was never addressed during the Korea-Japan talks for signing the Agreement. It was not included in the eight items suggested by the Korean government, and comfort women were excluded from the beneficiaries to be compensated by the Korean government according to a new law enacted after signing of the Agreement.

C. Beginning and Development of Comfort Women Issue

(1) The issue of comfort women, which had not been discussed at all previously, began to be raised in earnest in the 1990s through a press conference held by one of the victims, which shed light on the true nature of what happened to the comfort women.⁴

(2) The Japanese government categorically denied its liability and made a statement implying that it recognized the comfort women as "prostitutes" brought by a private trader who followed the military, but they had no choice but to make a drastic change in their stance as six official evidentiary documents were discovered from the Japanese Defense Agency Library in January 1992, indicating the involvement of the Japanese military in the drafting of comfort women.

Pressured by public appearance of the victims, discovery of new evidence, and mounting public opinion, the Japanese government embarked on a fact-finding investigation, and on August 4, 1993, then Chief Cabinet Secretary Yohei Kono issued a statement, admitting to and apologizing for the involvement of the Japanese military and authorities in forced drafting of comfort women

4 On November 16, 1990, the "Korean Council for Women drafted for Military Sexual Slavery by Japan" was established and started working on confirming the facts; On August 14, 1991 there was the first press conference and public testimony from a victim, Haksoo Kim, which led to the filing of claims against Japan.

and in committing a grave violation of the victims' human rights. On August 4, 1993, he issued a statement based upon a study conducted on "comfort women." The statement said, "Comfort stations were operated in response to the request of the then military authorities. The Japanese military officials were, directly or indirectly, involved in the establishment and management of the comfort stations and the transportation of the comfort women." It also stated, "they were recruited against their will in many cases through seduction, coercion, etc., and that administrative/military personnel were directly involved in the recruitment," and added, "the Japanese government would like to take this opportunity to extend its sincere apologies and remorse to all those who suffered immeasurable pain and incurable physical and psychological wounds as comfort women."⁵

(3) 20 years have passed since the statement was announced, but the Japanese government has taken no action to pay damages to the comfort women who are now well advanced in years. Furthermore, some government officials still deny the existence of the draft system despite numerous convincing pieces of evidence, even calling for the revision of the Kono Statement. In fact in 2014 the Shizo Abe administration of Japan unveiled the result of an investigation re-examining the drafting process of the Kono Statement, which was met by criticism from the international community. Yet, the Japanese government maintained its position that no further legal measures could be taken since compensation for comfort women victims had already been settled by the Agreement, and announced on August 31, 1994 that it may provide consolation money or settlement funds individually from a humanitarian perspective given its moral responsibility for damaging the dignity and honor of the comfort women and it will seek to raise the Fund for Women in Asia at the private, but not at the governmental level.

(4) Concluding that the Fund for Women in Asia is, in essence, the Japanese government's way of evading responsibility, the comfort women victims and their support groups in Korea, Taiwan, etc. expressed their opposition to the idea of the fund, calling it humanitarian charity instead of justified compensation.

(5) The Korean government enacted the "Act on Livelihood Stability and Commemorative Projects, etc. for Sexual Slavery Victims Drafted for the Japanese Imperial Army Under the Japanese Colonial Rule" to provide the comfort women with the support for living expenses and paid them 43 million Korean won (approximately USD 53, 700) originally suggested by the Fund for Women in Asia.

5 Yohei Kono, Chief Cabinet Secretary, Statement on the Result of the Study on the Issue of "Comfort Women" (August 4, 1993), available at <http://www.mofa.go.jp/policy/women/fund/state9308.html>.

P. H. Chul: International Solidarity to Address Violations of Fundamental Rights

(6) Meanwhile, the Korean comfort women victims filed claims seeking damages against Japan on several occasions starting from 1991, but all of them were dismissed by Japan's highest court. In the process, the appellate court, Tokyo High Court, ruled that the plaintiffs' claims of damages may have been founded on the duty for safety consideration and unlawful acts but that all those correspond to the "property, rights and interests" provided in Article 2(3) of the Agreement and thus have been extinguished. Even the cases filed by the sexual slavery victims from other countries including China and Taiwan were all rejected by the Japanese courts.

D. Assessment of the International Community⁶

The international community is voicing the opinion that the enforced sexual slavery by the Japanese military is an issue involving grave violation of women's rights by the state and that Japan has to make apologies, disclose records, and compensate for the victims.

(1) The U.N. Sub-Commission on Human Rights, in its "Coomaraswamy Report" dated January 4, 1996, confirmed that the Japanese government's violation of the rights of comfort women who were forced into sexual slavery by the Japanese military during World War II was a clear violation of international law and proposed six-point recommendations to Japan, including national compensation for damages, punishment of those responsible, disclosure of all materials under the custody of government, official written apology, and revision of textbooks. And the 52nd session of the U.N. Human Rights Committee decided to adopt the report on April 19, 1996.

(2) On August 12, 1998, the U.N. Sub-Committee on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities announced and adopted a more detailed report submitted by Special Rapporteur Gay J. McDougall which mainly asserted the Japanese government's legal liability to provide compensation and punish those responsible. The McDougall Report (a) clarified that the comfort women system was a form of sexual slavery and underscored its forceful nature by characterizing comfort stations as rape centers or rape camps, (b) insisted on the identification of war criminals while pursuing the punishment of those responsible, (c) called for active intervention from the U.N., such as the U.N. Secretary General being reported on the progress of the issue at least twice a year by the Japanese government

6 Siwhan Do, *Current Situation of Comfort Women Issue and Reexamining International Human Rights Law*, 53-3 *Journal of International Law*; Janghee Lee, *Reexamining the Comfort Women Problem and the Agreement between Japan and the Republic of Korea*, *Prospect of Legal Solution on Comfort Women Issue* at 99-122.

and the U.N. High Commissioner for Refugees forming a panel in cooperation with the Japanese government for punishment of those accountable and appropriate compensation, and (d) stressed the need for prompt and immediate compensation by the Japanese government considering the old age of the surviving victims.⁷

(3) Nevertheless, the “shift to the right” movement in Japan called for removal of the comfort women issue from textbooks and correction of the “Kono Statement,”⁸ and countries around the world started responding firmly to the issue.

(4) On July 30, 2007, the U.S. House of Representatives unanimously adopted a resolution on comfort women, the key points of which suggest that the government of Japan should (a) formally acknowledge, apologize, and accept historical responsibility for its Imperial Armed Force’s coercion of young women into sexual slavery during its colonial and wartime occupation of Asia and the Pacific Islands from the 1930s to World War II, (b) refute any claims that the sexual enslavement and trafficking of the comfort women never occurred, and (c) educate current and future generations about this crime while following the international community’s recommendations with respect to the comfort women. As Japan did not respond and made no apology, however, the U.S. House of Representatives passed a bill on January 15, 2014, urging the Secretary of State to encourage the government of Japan to address the issue raised in the “comfort women resolution” adopted in 2007.

(5) The House of Representatives of the Netherlands (Nov. 8, 2007), the House of Commons of the Parliament of Canada (November 28, 2007), and the Council of Europe (Dec. 13, 2007) also adopted resolutions calling on the Japanese government to, among others, make a formal apology, accept historical, legal responsibility for the brutality of forcing over 200,000 comfort women into sexual slavery, provide compensation for victims, and educate current and future generations about the sexual enslavement.

(6) The U.N. Human Rights Council, following a regular session on the human rights situation of Japan on June 12, 2008, officially adopted a working group report containing recommendations and queries of countries on the comfort women issue, while the United Nations Committee on Human Rights Concerning the International Covenant on Civil and Political Rights

7 Gay J. McDougall, *Final Report on Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery like Practices during Armed Conflict* (1998) (E/CN.4/Sub.2/1998/13).

8 Mayor of Osaka and co-leader of the nationalist Japan Restoration Party, Tōru Hashimoto was reported to have said “No evidence sex slaves were taken by military”, *The Japan Times*, August 23, 2012.

P. H. Chul: International Solidarity to Address Violations of Fundamental Rights published a report on October 30, 2008 regarding a review of human rights situation in Japan, advising the Japanese government to acknowledge its legal liability toward comfort women and apologize in a manner acceptable by the majority of victims.

(7) On December 11, 2010, the Korean and Japanese Bar Associations also issued a joint statement which acknowledged that (a) inconsistent interpretation and response of the Korean and Japanese governments regarding the substance and scope of the provision of the Agreement which settles the issue completely and finally has disrupted the provision of legitimate remedies and aggravated the distrust of victims and that (b) the government and the National Diet of Japan should introduce legislation settling the comfort women issue that includes an apology and financial compensation. The statement urged the Japanese government to address the issue through legislation when there is still one more victim surviving and called on the Korean government to engage in a more aggressive diplomatic policy.

Chapter 3. Court Judgment on the Constitutionality of Government's Omission to Act

A. Dispute over Interpretation of the Agreement and Dispute Settlement Procedures

(1) On August 26, 2005, the government of Korea announced its position that the Agreement was signed with the purpose of resolving the financial, civil debtor/creditor relationship between Korea and Japan according to Article 4 of the San Francisco Treaty, and that the Japanese government is legally responsible for "unlawful acts against humanity" since cases such as the comfort women issue where the state power is directly involved is not considered to have been resolved by the Agreement.⁹

(2) However, the Japanese government claims that the comfort women issue has been completely settled by (a) the statement of apology of then Chief Cabinet Secretary Kono Yohei, (b) settlement of legal issues by signing the Agreement, and (c) many other activities including the Fund for Women in Asia. Recently, some officials of the Abe administration have even contested that the forced drafting of comfort women should be denied and that the "Kono

⁹ The Korean government announced as such in a press release, "Government to Hold a Joint Committee with NGOs on Follow-up Measures upon Disclosure of Documents of 1965 Korean-Japanese Government Meeting", dated August 26, 2005.

Statement" should be corrected, despite ample evidence to the contrary.¹⁰

(3) Thus it is clear that the governments of Korea and Japan have different views in interpreting the "claims" specified in Article 2(1) of the Agreement on whether it includes the damage claims of the comfort women, so these different views in interpretation should constitute a "dispute" defined in Article 3 of the Agreement.

(4) Article 3(1) of the Agreement provides that "Any dispute between the Contracting Parties concerning the interpretation and implementation of the present Agreement shall be settled, first of all, through diplomatic channels," and Paragraph 2 of the same Article provides that any dispute that fails to be settled under Paragraph 1 shall be referred for arbitration.

Therefore, once a dispute occurs, the Korean government should, in principle, settle it first through diplomatic channels pursuant to the dispute settlement procedures set forth in Article 3 of the Agreement, and then, if this effort is exhausted, should take the case to arbitration. In this context, the subject matter of review is whether it is constitutional that the "Korean government" failed to initiate the abovementioned dispute settlement procedure, and if so, whether the government's failure constitutes a violation of the fundamental rights of the comfort women.

B. Whether the Korean Government's Omission to Act Violates the Comfort Women's Fundamental Rights (Court Opinion by 6 Justices)

(1) The state's duty to protect individuals' fundamental rights

Article 10 of the Constitution stipulates, "All citizens shall be assured of human worth and dignity and have the right to pursue happiness. It shall be the duty of the State to confirm and guarantee the fundamental and inviolable human rights of individuals." "Human dignity" is a supreme constitutional value as well as a goal set forth by the state binding all government institutions, and the state is entrusted with the duty and obligation to protect human dignity. For this reason, human dignity not only sets the "boundary of state powers" but also presents a "goal for state powers" to protect citizens from a third party when their dignity is at stake.

In fact, the state's duty to restore human dignity and worth of the comfort women victims who long suffered by being forced into sexual slavery by the Japanese military with their dignity and worth trampled, is one of the most

¹⁰ Shinzo Abe, the prime minister at the time, stated on March 1, 2007, that there was no evidence that the Japanese government had kept sex slaves.

P. H. Chul: International Solidarity to Address Violations of Fundamental Rights
fundamental duties of the state to protect the safety and life of citizens.

(2) The state's duty to take action

Consequently, the state's duty to pursue dispute settlement procedures under Article 3 of the Agreement stems from the constitutional request to help the victims pursue their claims against Japan's unlawful acts, which had done serious harm to the victims. If the state fails to act in fulfilling its duty to pursue "dispute resolution" with Japan, the victims' fundamental rights will be significantly undermined. Thus the state's obligation to act in this case is the obligation dictated by the Constitution and specified in law.

Moreover, since the Korean government signed the Agreement that included a broad notion of "all claims," from which a dispute arose between Korea and Japan, it has the specific duty to resolve the dispute by settling the victims' claims against Japan and restore their human worth and dignity.

(3) The significance of infringed fundamental rights

The damages done to the comfort women derive from forced mobilization for sexual slavery by the Japanese government and military, which is an exceptional harm inflicted on the victims' human worth and dignity.

The report of a non-governmental organization named International Commission of Jurists released on September 2, 1994 and the "Coomaraswamy Report" of the U.N. Sub-Commission on Human Rights published on February 6, 1996 defined Japan's comfort women system as "sexual slavery by the military."¹¹ And the U.N. sub-committee report released on August 12, 1998 submitted by 'Special Rapporteur on Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Wartime,' Gay J. McDougall concluded that it amounts to "crime against humanity."¹²

11 Radhika Coomaraswamy, Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences in Accordance with Commission on Human Rights Resolution 1994/45 (1995) (E/CN.4/1996/53/Add.1).

I. Definition

8. The Special Rapporteur, however, holds the opinion that the practice of "comfort women" should be considered a clear case of sexual slavery and a slavery-like practice in accordance with the approach adopted by relevant international human rights bodies and mechanisms.

12 Gay J. McDougall, Final Report on Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery like Practices during Armed Conflict (1998) (E/CN.4/Sub.2/1998/13).

D. Status of Korea

30. Japan is not exempt from liability even under these circumstances. As set forth above, prohibitions concerning slavery are not based solely on war crimes. Both as a customary international crime applicable in wartime and peacetime and as a crime against humanity, these acts were clearly prohibited as egregious violations of customary international law regardless of the territorial status of the Korean peninsula at the time that the offences were

The resolution adopted by the U.S. House of Representatives in July 2007 also described Japanese military's sexual slavery as "forced military prostitution by the government of Japan, considered unprecedented in its cruelty and magnitude" and "one of the largest cases of human trafficking in the 20th century." Furthermore, a district court of Japan ruled on April 27, 1998 that it is a "clear case of sexual and ethnic discrimination, a fundamental violation of human dignity of the women, and debasement of the national pride," and admitted the liability of Japan's legislative inaction with regard to the comfort women and ordered compensation for damages.

The victims' dignity and worth and their individual liberty that have been ruthlessly and continuously violated will be able to be restored through the settlement of the claims of the comfort women against the Japanese government for its extensive crimes against humanity. Therefore, the state's omission to act which prevented the victims from pursuing their damage claims is not an issue solely limited to property rights; it directly concerns the grave violation of the comfort women's fundamental rights.

(4) Urgency of a legal remedy against fundamental rights violation

In fact, it is virtually impossible to obtain judicial remedies from the Japanese courts or expect voluntary apology and remedies from the Japanese government.

Much more than 60 years have passed since the end of the Second World War, when the victims were forced into sexual slavery by the Japanese military, and it is more than 20 years since the victims brought lawsuits against Japan. As the surviving victims are all advanced in years, if we delay any longer it would be permanently impossible to bring justice to history and restore the victims' dignity and worth through the payment of damage claims. Therefore, there is urgent need for the Korean government to seek remedies for the complainants.

(5) Possibility of providing remedies

Given the circumstances including how the Agreement was signed, as well as the movements of those in Korea and in the international community who have been appalled by the unprecedented violation of women's rights and thus calling for Japan's admission of the facts, sincere apology, and compensation, we cannot foreclose the possibility of obtaining compensation

committed. As a result, these norms apply equally to Korean women, whether or not they were civilians in an occupied territory.

P. H. Chul: International Solidarity to Address Violations of Fundamental Rights from the Japanese government if the Korean government initiates a dispute resolution procedure under Article 3 of the Agreement.

(6) Conclusion

The state's duty to take measures for dispute resolution on behalf of the comfort women under Article 3 of the Agreement is derived from the Constitution and specified in law. Furthermore, if we view from a broader perspective and consider the grave violation of fundamental rights including the complainants' human dignity and worth in addition to the urgency and potential availability of an effective legal remedy, the Korean government's omission to act to initiate dispute resolution procedures under the Agreement violates the Constitution.

C. Dissenting Opinion of 3 Justices

The "settlement through diplomatic channels" in Article 3 of the Agreement falls under a highly political area where objective standards for judicial judgments are not easily found and where judicial restraint is required. Moreover, the Constitutional Court's imposition of an ambiguous duty to seek "diplomatic settlement" on the executive branch may violate the principle of separation of powers guaranteed under the Constitution, which grants the executive the power to decide, formulate, and execute foreign policies.

Admittedly, the state should take action in some way in light of the urgency of the claims of the victims who had been forced into sexual slavery by the Japanese military with their human dignity and worth completely stripped off. Nevertheless, diplomatic settlement procedure cannot be forced upon the Korean government, given the principle of separation of powers that act as the constitutional boundary for the Constitutional Court.

D. Aftermath

After the Constitutional Court pronounced its decision in this case, the Korean Ministry of Foreign Affairs sent diplomatic documents proposing "bilateral talks for dispute resolution" on two occasions, but the government of Japan has made no meaningful replies to settle the issue. At present, the Korean government is reviewing whether or not to propose the establishment of an arbitration board as provided in the Agreement.

As of October 2014, there are 55 surviving comfort women in Korea, and they are all advanced in years. And this is one of the reasons why Japan has

to promptly pay for the damages done and make sincere apologies to the victims.

On April 17, 2013, the UN Security Council convened a meeting to encourage the Member States to take actions under the agenda of preventing sexual violence, and South Korea called for national efforts to abolish the statute of limitations, provide compensation and support for the victims, and implement Resolution 1325 on Women, Peace and Security (2000).¹³ The former High Commissioner for Human Rights Navi Pillay also said in a statement on August 6, 2014 that Japan has failed to pursue a comprehensive, impartial, and lasting resolution to address the rights of comfort women.¹⁴

And the reason for such blunt criticism by the international community against the Japanese government lies in the purpose of sending a clear message to Japan and the world at large that the sexual enslavement of women who represent maternity is a heinous crime that is by no means acceptable by humanity, given the nature and extent of the offence and its continuing damage.

Chapter 4. Assessment

A. Implication of the Court Decision

(1) A nation governed by the rule of law has to put in place a mechanism through which individuals can obtain judicial remedies when their rights are violated. Otherwise, rights guaranteed under the Constitution will exist in text only, without any normative power.

In its ruling of the comfort women case, the Constitutional Court of Korea took note of the particularity and historic importance of the infringement of the comfort women's fundamental rights and held that the state's omission to act in settling the comfort women's damage claims against Japan is unconstitutional.

This ruling of the Court reaffirms the international norm that guarantees universal rights of human beings, in the sense that it upholds the fact that afflicted women should be given a remedy when their dignity and worth is violated by state powers.

The Court also reaffirmed that the state should protect its own people from violation of their fundamental rights and help them to obtain legal remedies, and that it does not have discretion to arbitrarily neglect those seeking their

¹³ UN security council 6948th meeting, 17 April 2013, S/pv.6948

¹⁴ <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14920&LangID=E>

rights through damage claims. This decision will be a meaningful precedent in terms of the compliance and enforcement of international human rights law aimed at guaranteeing individuals' fundamental rights. Nowadays, individuals are deemed important and are the actors who exercise their rights under modern international law, which is a clear departure from the international law of the 17th century that used to treat individuals as mere subjects of law enforcement.

(2) This decision by the Korean Constitutional Court is related to the protection of universal rights and human rights awareness. As seen from the Bosnian War, infringing on women's rights to sexual self-determination during wartime has been a constant issue in many conflict areas of the world. Leaving this situation unattended cannot be tolerated by the standards of humanity and civilized nations in this 21st century that have endeavored to promote human rights over centuries.

In that sense, the Korean Constitutional Court's decision is meaningful in reaffirming the development of awareness of universal rights. It was made clear that the world will persistently demand an apology and self-reflection from those responsible in the event of violations of fundamental rights against humanity, and a strong message has been sent that the recurrence of such human rights violations committed by a nation should be prevented at all times by publicly raising the comfort women issue as an example of sexual slavery and a grave violation of fundamental rights against humanity. The ruling is symbolic in that it demonstrates how human rights law can become a preemptory norm under international law.

(3) Global efforts to tackle the issue of sexual enslavement by the Japanese military are acclaimed to have changed not just the Korean society but the international community as a whole, including Japan, the United States, and the United Nations, and have made historic contributions to promoting women's rights in the world history of human rights development. It brought the forgotten history of human rights abuses during World War II to the spotlight and provided a turning point for the U.N. to take Japan's wartime violence against women seriously. The "Rome Convention on International Criminal Court" adopted in 1998 is a good example of such serious consideration, and the International Labor Organization (ILO) has also selected military sexual slavery as one of its key agenda.

(4) A short summary of the arguments holding Japan accountable for the comfort women issue under international law is as follows:

It is a "crime against humanity" stipulated in Principle V of the Nuremberg

Principles (August 8, 1945).¹⁵ "Crimes against humanity" means murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian populations, before or during the war; or prosecutions on political, racial, or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.¹⁶

It is a serious violation of human rights and freedom and a breach of the Geneva Convention of August 1949.¹⁷

It falls into sexual slavery in violation of the ILO Convention No. 29 ratified by Japan in 1932.¹⁸ The Committee of Experts of the International Labor Organization filed a report on February 29, 1996, noting that the comfort women system operated by the Japanese Imperial Forces should be characterized as "sexual slavery in violation of the ILO Convention No. 29" and recommending that the Japanese government itself, not private parties, should give proper consideration to provide reparations to the victims and survivors, including the payment of wages.

It is a violation of "law of humanity and the dictates of the public conscience" stipulated in the "Regulations respecting the Law and Customs of War on Land (1907), " as well as the "Freedom from Slavery, " which is part of international customary law.

The statute of limitations will not apply to Japan's military comfort women

15 In 1945, at the initiative of the United States, the general Assembly of the United Nations affirmed unanimously the principles of international law recognized by the "Charter of the Nuremberg Tribunal." In 1950, the International Law Commission formulated the Principles of Nuremberg.

16 Nuremberg Principles **Principle VI**. The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law.

(c) Crimes against humanity: Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhumane acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial, or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime.

17 Each of four Geneva Conventions of August 12, 1949 contains a grave breaches section, reflecting the different subjects of each convention.

For example, Article 50 of the 1949 Geneva Convention for the Amelioration of the Conditions of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (Geneva Convention I) stipulates the following:

Article 50 Grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the Convention: willful killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, willfully causing great suffering or serious injury to body or health, and extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly.

18 ILO Convention 29, Forced Labor Convention (1930) **Article 2** (1) For the purposes of this Convention the term forced or compulsory labour shall mean all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily.

P. H. Chul: International Solidarity to Address Violations of Fundamental Rights

case under international law. In particular, the U.N. General Assembly Resolution No. 2391 of 1968 clearly stated that in war crimes and crimes against humanity cases, statutes of limitations are not applicable.¹⁹

B. Cases in Comparison

(1) Unlike Japan, Germany took a clear position in acknowledging the human rights violations during World War II by the Nazi Germany, extended a national apology to the victims, and provided monetary compensation. Furthermore, Germany is pursuing punishment of the Nazi criminals even at this moment by extending or removing the statute of limitations for crimes against humanity, such as war crimes and massacres.

On December 7, 1970, West German Chancellor Willy Brandt travelled to Warsaw, Poland and knelt down before the commemoration monument in Warsaw Ghetto with tears in his eyes. His gesture of repentance and apology symbolically showed Germany's stance toward its past wrongdoings. In addition, on August 20, 2013, German Chancellor Angela Merkel visited the Dachau concentration camp, which was the first concentration camp for political prisoners near Munich, and expressed her feelings of remorse for what had happened at the concentration camp. Through those activities, not just the victims but also the whole world opened their hearts to Germany's sincere apology and regret. With this, Germany could be a respected member of international community, which in turn became the basis of regional peace and cooperation, ultimately leading to the foundation of the European Union.

(2) As one of the noteworthy international precedents, there is a case where France asked Germany to provide additional compensation due to changes in domestic circumstances since the signing of a "comprehensive settlement agreement" between Germany and France. The two countries signed the "Treaty of Reparations for French victims of Holocaust" on July 15, 1960, and Germany paid DM 400 million to France. Even though the right to request for compensation of the French survivors and victims' heirs had been terminated according to Article 3 of the Treaty, France asked Germany to provide additional compensation for the victims of forced conscription, and the German government accepted the request.

On July 6, 2000, the German legislature (the Bundestag) passed a bill to establish a foundation called "Remembrance, Responsibility and Future" with a DM 10 billion fund (approximately KRW 5.4 trillion) for the compensation

19 Convention on the Non Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity (G.A. res. 2391 (XXIII), annex, 23 U.N. GAOR Supp. (No. 18) at 40, U.N. Doc. A/7218 (1968), entered into force on Nov. 11, 1970.)

of former slaves or forced laborers drafted by Germany during World War II. The fund was raised by both the German government and businesses that benefitted from the sacrifice of foreign workers drafted against their will, and each of the 200, 000 forced laborers was able to receive DM 15, 000.

In 1999, the Federal Constitutional Court of Germany held in a case where compensation for forced laborers was involved (BVerfG, Beschluss v. 13. 5. 1996, 2BvL33/93), that the state's declaration of abandonment under international law cannot prevent an individual from exercising his or her right to claim damages or remove such a right.

(3) The United States as well, through the enactment of the Torture Victim Protection Act²⁰, provides for the jurisdiction of international human right litigation for the victims of human rights abuses committed abroad, and the U.S. courts consistently award a huge amount of compensatory and punitive damages when applicable for the claims based on the Act.

The Alien Tort Statute²¹ enacted in 2000 permits federal jurisdiction over suits by aliens, stipulating that "the district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States."

In *Sosa v. Alvarez-Machain*²² decided in 2004, the U.S. Supreme Court stated that federal courts may derive some substantive law in a common law way and that it has, for two centuries, affirmed that the U.S. domestic law recognizes the law of nations, or international customary law. And the Court also held that Section 1350 of the Alien Tort Statute provides practical effect to common law that recognizes private cause of action for certain torts in violation of the law of nations.

I also would like to refer to the *Korematsu* case²³ and its contemporary progeny, as one of the notable cases in which the U.S. shows judicial regret for its shameful history during World War II. In *Korematsu v. United States*, the Supreme Court, in a 6 to 3 decision, upheld the Executive's order to transfer Japanese Americans to internment camps regardless of their citizenship. But after 40 years since the first decision, *Korematsu's* conviction for evading internment was eventually overturned by the federal district court²⁴ based on newly found evidences, and the Civil Liberties Act enacted in 1988 provided for monetary compensation. This way, the U.S. corrected its past errors in court.

20 28 U.S.C. §1350 (1992).

21 28 U.S.C. §1350 (2000)

22 542 U.S. 692, 729-730 (2004).

23 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944).

24 *Korematsu v. United States*, 584 F. Supp. 1406 (N.D. Cal. 1984).

P. H. Chul: International Solidarity to Address Violations of Fundamental Rights

(4) In 2001, the International Commission on Intervention and State Sovereignty developed the concept of “state’s responsibility to protect” in its report titled “The Responsibility to Protect, ” which mainly addressed “the idea that a sovereign nation has a responsibility to protect its own citizens from avoidable catastrophe such as mass murder, rape, and starvation.”²⁵

Regarding the state’s right to provide diplomatic protection, the Constitutional Court of the Republic of South Africa held on August 4, 2004 that “the government has an obligation to provide diplomatic protection for its citizens to prevent or repair egregious breaches of international human rights norms. Where the government were, contrary to its constitutional duty, to refuse to consider whether to exercise diplomatic protection, it would be appropriate for the Constitutional Court to make a mandatory order directing the government to give due consideration to the request.”²⁶

In addition, the Canadian Supreme Court upheld the decisions of lower courts in a case where a 15 year old Canadian boy detained in Guantanamo Bay alleged that the Canadian government’s omission to act on his behalf violated his right guaranteed under the Canadian Charter of Rights and Freedoms, stating that Canada has the duty to protect its citizens and that its failure to do so is a breach of the Charter.²⁷

Chapter 5. Need for International Solidarity

The decision of the Korean Constitutional Court on the comfort women case tells us that the world will not stop asking for apology and remorse when violations of fundamental rights against humanity take place, and that crimes such as sexual slavery can never recur under any circumstances.

We have to prevent the recurrence of tragedies caused by crimes against humanity, and this requires a fundamental solution by the international community that can eradicate and prevent violations against humanity. This is a common task faced by the entire world.

We hope that our Court’s decision will result in, among others, a clear, official admission of responsibility and apology by the Japanese government, punishment of those accountable, disclosure of materials as well as education for the future generation, and compensation for the aged victims who are over 88 years old in average, which in fact have already been recommended

25 Carsten Stahn, *Responsibility to protect: political rhetoric or emerging legal norm?*, the American Journal of International Law Vol. 101, No. 1(Jan 2007).

26 Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa, Case CCT 23/04. 2004 (10) BCLR 1009, reprinted in 44 ILM 173 (2005).

27 Canada v. Khadr, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44

by countries around the world and the United Nations.

This case, which is meaningful in many respects including the guarantee of international rights, the state's duty to protect fundamental rights, and the protection of women's rights, will hopefully offer some introduction about the Constitutional Court of Korea and its constitutional justice system.

Yet, a judgment made by one nation can only play a limited role as it is binding on a limited scope of jurisdiction. And this is where we need international solidarity. National borders should not serve as barriers, particularly in resolving issues of universal human rights such as violations against humanity. This is a universal matter that we share as human beings, and even we can be the very victims at some point.

Maybe we could think of two solutions. First, we could seek solidarity between courts of constitutional jurisdiction that deal with human rights of individuals. The constitutional courts, supreme courts, and constitutional councils around the world stand as the last resort in protecting the rights of individuals, and the partnership between them will not only offer a valuable opportunity to share each other's experience and wisdom about the protection of universal rights, but also to reduce the risk of losing objectivity and universality being mired in a nation's own circumstances and culture.

Worldwide, we already have nine regional or linguistic groups that serve as the platforms of cooperation between constitutional courts of different countries, such as the Conference of European Constitutional Courts, Association of Constitutional Courts Using the French Language, and the Union of Arab Constitutional Courts and Councils. And Asia, under the lead of the Korean Constitutional Court, established the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions in 2010. Now we even have the World Conference on Constitutional Justice in operation, which brings together all the aforementioned regional and linguistic groups of constitutional courts.

I believe that these forms of networking between constitutional courts and information exchanges on court cases between different countries will generate and promote discussions on the guarantee of universal rights, including the punishment of crimes against humanity, and create common understanding on the value of international human rights norms.

Yet, such groups of courts have limitations in that they do not, in themselves, have binding force. Against this background, regional mechanisms for human rights protection can play a part in compensating for the shortfall. The regional human rights system founded on multilateral international conventions has

its merits in that countries within the region can form a concrete consensus on what and how human rights are protected, and that investigation, judgment, and execution of violations are carried out on the basis of binding agreements. Furthermore, the mutual monitoring and pressure between countries in the same region can ensure the implementation of decisions made by a regional human rights system, which is also likely to enhance the effectiveness of social integration and human rights protection.

At present, regional systems aimed at protecting human rights are active in Europe, America, and Africa, namely the European Court of Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights, and the African Court on Human and People's Rights. These systems are founded on the basis of binding international norms, and any violation thereof will be held legally responsible. As known to many, the regional human rights protection system of Europe is rated as the best and most successful example. The presence of the European Court of Human Rights was one of the key factors that made possible the full development of human rights, democracy, and the rule of law following World War II in Europe, which laid the foundation for ensuring peace and integration in the region.

As seen in the example of Europe, the regional human rights protection mechanism can take the human rights situation of the entire region to a higher level through continuous engagement between constitutional courts within the region and expand the regional consensus on human rights, democracy, and the rule of law.

As an active member of the European Court of Human Rights, Turkey has been benefiting from the regional human rights system. Regrettably, however, Asia, to which Turkey and Korea both belong, is not yet equipped with such a mechanism. If a majority of Asian countries sympathize with the cause and succeed in creating one, the resulting regional system will ensure the execution of sanctions against violations of humanity and the provision of remedy for victims at the regional level. The activities of the Asian human rights court founded upon the respect for human rights will be able to promote universal rights and even guarantee peace in the region by preventing the recurrence of tragic wars and massive human rights violations.

If we establish the respect for human rights and life based on an international framework for cooperation dedicated to this cause and create a deterrent to violations against humanity and ensure the provision of remedies at the regional level, we will be able to witness a remarkable progress not only in the promotion of human rights in Asia but also in promoting world peace.

Haşim Kılıç'a Armağan

Finally, I would like to reiterate my respect for President Haşim Kılıç for his dedication and achievements during his 25 year-term in making great contributions to the development of the Constitutional Court of Turkey and the human rights protection of this world. I also convey my hope that the Constitutional Courts of Turkey and Korea will build on his contributions and move forward to promote international solidarity and cooperation to reaffirm and guarantee universal rights.

**İNSANLIĞA KARŞI TEMEL HAK İHLALLERİNİN ÜSTESİNDEN
GELİNMESİNE YÖNELİK ULUSLARARASI DAYANIŞMA
KORE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KORE HÜKÜMETİNİN
MAĞDURİYETE UĞRAYAN 'RAHATLAMA KADINLARINI' KORUMA
GÖREVİNE İLİŞKİN KARARI**

Bu fırsattan istifade ederek Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Üyesi, Başkan Vekili ve Başkanı olarak gerçekleştirdiği 25 yıllık görevi boyunca Türkiye'de anayasal yargının geliştirilmesi hususundaki kararlılıkları ve başarılarından dolayı Saygıdeğer Haşim Kılıç'a en derin saygılarımı sunmak isterim.

1961 yılında kurulmasından bu yana, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi 50 yılı aşkın bir süredir Türk halkının haklarının ve Anayasa'nın koruyucusu olarak görev yapmaktadır ve deneyim ile düşüncelerin paylaşımı suretiyle Kore Anayasa Mahkemesi ile aktif bir paylaşım gerçekleştirmektedir. Başkan Kılıç, Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği 'nin (AACC) Açılış Kongresi de dahil olmak üzere Kore Cumhuriyeti'ni bir çok kez ziyaret etmiştir ve benzeniz de Başkan Kılıç'la yakın bir dostluk geliştirebildiğim 2. AACC Kongresi'ne katılmak üzere Türkiye'yi ziyaret etme fırsatı yakalamış bulunmaktayım.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Kore Anayasa Mahkemesi'nden araştırma görevlilerini Türkiye'de bir çalışma ziyaretine davet etmiş ve Türkiye 2010 yılında sistemi yeni uygulamaya koymaya hazırlanırken, Kore Anayasa Mahkemesi anayasa şikayeti sistemini uygulama hususundaki deneyimleri konusunda bilgi sağlamıştır.

İki Mahkeme arasındaki bu etkileşim, halklarımızın temel haklarının sadakatle güvence altına alınmasına yönelik çabalarımızda çok etkili olmuştur. Aslında, son zamanlardaki gelişmeler bir ülkedeki bir insan hakları ihlalinin sadece bu ülkeyi ilgilendiren bir sorun olmadığını göstermektedir; insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası dayanışma, söz konusu sorunun bölgesel ve uluslararası barışa yönelik büyük bir tehdit teşkil edebileceği konusunda dünyada mevcut algı ışığında güç kazanmaktadır.

İnsan haklarına ilişkin bilinçlenmede yaşanan kayda değer ilerleme, uluslararası düzeyde insan haklarının korunmasının sağlanmasına yönelik olarak

Birleşmiş Milletlerin öncülük ettiği uluslararası insan hakları araçlarının ve belirli bir bölge içerisindeki ülkelerde insan haklarının korunması amacıyla oluşturulan bölgesel insan hakları sistemlerinin doğuşuna zemin hazırlamıştır. Bölgesel sistemlere ilişkin en iyi uygulama örneği, Türkiye'nin de taraflarından biri olduğu Avrupa bölgesel insan hakları sistemidir.

Tarihi yansımalar üzerine bina edilen bu gelişmeler, bireylerin haklarının ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeylerde korunmasına ilişkin olarak dünyada ikili ve hatta üçlü mekanizmaların güvence altına alındığını göstermektedir. Bununla birlikte, söz konusu çabalar, aynı zamanda insan haklarının tam anlamıyla korunmasının hiç de kolay bir görev olmadığına ilişkin bir karşı delil niteliği taşımaktadır.

Nisan 2014'te İstanbul'da düzenlenen 2. AACC Kongresi'ndeki konuşmamda şu ifadeleri kullanmıştım: "Ulusal bir anayasa mahkemesi veya muadili bir kuruluşun kararı, yargı yetkisinin kısıtlı kapsamı dikkate alındığında, ancak sınırlı bir rol oynayabilmektedir. İşte bu noktada uluslararası ortaklık devreye girmektedir. Ulusal sınırların bilhassa insanlığa karşı temel hak ihlalleri gibi insan haklarına yönelik evrensel saygıya ilişkin konularda engeller çıkarılması gerekir."

Eylül 2014'te Seul'de düzenlenen Dünya Anayasa yargısı Konferansı 3. Kongresi'nde Asya bölgesinde bir insan hakları mahkemesi gibi insan haklarının korunmasına ilişkin bölgesel bir mekanizma kurulmasına yönelik bir öneri de sunmuştum.

Bu makalede, Kore Anayasa Mahkemesi'nin bireylerin evrensel haklarını güvence altına alma yönündeki çabalarını gösteren bir davayı sunmayı amaçlamaktayım. Bu, II. Dünya Harbi esnasında Japon ordusunun seks köleliği yapmaya zorladığı kadınların haklarının ihlal edilmesiyle alakalı olan ve halen tam olarak çözüme kavuşturulamayan bir davadır.

Bilhassa Asya'da insan hakları ihlalleri mağdurlarına hukuki çözüm yolları sağlanması amacı ile çalışan bölgesel bir mahkemenin kurulma ihtiyacı hususunda insan haklarının korunması için dünyanın neden ve nasıl bir araya gelmek zorunda olduğuna ilişkin düşüncelerimi açıklamak üzere bu davayı bir örnek olarak sunmak isterim.

Bölüm 1 Dava Takdimi

Kore Anayasa Mahkemesi, 30 Ağustos 2011 tarihinde Kore hükümetinin II. Dünya Harbi esnasında Japon ordusu tarafından seks köleliği yapmaya zorlanan rahatlatma kadınlarının haklarına ilişkin ihtilafların çözümü amacıyla Kore Cumhuriyeti ile Japonya arasında Mülkiyet ve Hak Taleplerine İlişkin

Sorunun Halli ve Ekonomik İşbirliği Hakkında Anlaşmada (bundan böyle “Anlaşma” olarak ifade edilecektir) sağlanan usuller çerçevesinde herhangi bir eylemde bulunmamasının Anayasa’ya aykırı olduğunu değerlendirmiştir (2006Hun-Ma788). Bu davada, Anayasa Mahkemesi, Kore hükümetinin mağduriyete uğrayan ‘rahatlama kadınlarını’ koruma görevini yerine getirip getirmediğini denetlemiştir. Bu davanın merkezinde, Japon hükümetinin bizzat kendisi ve Japon ordusu tarafından seks köleliğine zorlanan kadınlara yönelik kapsamlı sorumluluğu yatmaktadır. Ayrıca, bu davanın hükmüne bakıldığında, diğer ülkelerin vatandaşı olan ve hakları harp esnasında bir ulus tarafından işlenen organize cinsel suçlarla ihlal edilmiş olan kadınlara yönelik kanun yollarının sağlanması başta olmak üzere insanlık açısından evrensel nitelik taşıyan ciddi meseleler görülmektedir.

Bölüm 2 Olay ve Olgular

A. Japon Ordusu’nun Kadınları Seks Kölesi Haline Getirmesi¹

(1) Rahatlama kadınlarının Japon askerlerine hizmet verdiği “rahatlama istasyonları” ilk olarak 1932 Şangay Olayı esnasında eski Japon askerlerinin gerçekleştirdiği ve bölgede hem direnişlere hem de cinsel yolla bulaşan hastalıkların salgına dönüşmesine sebebiyet veren tecavüz vakalarının sık bir şekilde ortaya çıkmasının engellenmesi amacı ile Japonya deniz kuvvetleri tarafından kurulmuştur. Japon ordusu Temmuz 1937’de başlayan Çin-Japon Savaşı için Çin’e çok sayıda birlik gönderdiğinden, işgal edilen bölgelerde rahatlama istasyonları kurmuş ve rahatlama istasyonlarının sayısı Aralık 1937’deki Nanjing Katliamı’ndan sonra artmıştır. Rahatlama istasyonları, Japon askerlerinin morallerinin artırılması ve üzüntülerinin hafifletilmesi ve bu şekilde sonu gelmeyen savaştan kaçışın engellenmesi amacı ile askerlere “ruhsal teselli” sağlamanın bir yöntemi idi.

II. Dünya Harbi esnasında 1941 yılından itibaren başlayarak, Japon ordusu Güneydoğu Asya ve Pasifik bölgesine de rahatlama istasyonları kurmuştur. Rahatlama istasyonlarının kurulduğu bölgeler arasında tamamı Japonya tarafından işgal edilmiş olan Kore, Çin, Hong Kong, Makao ve Filipinler’in bulunduğu resmi belgelerle teyit edilmiştir. Rahatlama kadınlarının sayısının 80.000 ile 200.000 arasında olduğu tahmin edilmektedir; bunların yüzde 80’i Koreli’yken, geri kalanları Filipinler, Çin, Tayvan, Hollanda, v.b. ülke vatandaşları idi.²

1 Özel Raportör Sayın Radhika Coomaraswamy’nin 1996 tarihli raporunda “rahatlama istasyonlarının” kurulması, askeri seks kölelerinin alımı ve rahatlama istasyonlarındaki koşulların tarihi arka planına ilişkin ayrıntılı açıklamalar sağlanmıştır (E/CN.4/1996/53/Add.14). (E/CN.4/1996/53/Add.14).

2 Ayrıca bkz. Myung Hye Kim, Those who used to be “comfort women” narration, memories, experience, partial story, 37-2 Korean Cultural Anthropology, s. 5 (2004); Myungsook Yoon, Japanese recognition of “comfort women” issue-focusing on the 1990s, Research in Korea-Japan relationship, s. 100;

(2) Rahatlama kadınları dolandırıcılık, şantaj ve kaçırılma gibi bir çok şekilde savaş cephelerine sürüklenmiş ve kendi iradeleri dışında Japon askerlerinin kesintisiz cinsel ihtiyaçlarını karşılamak zorunda kalmıştır. Bu kadınlar insanlık dışı koşullarda yaşamış, Japon askerlerinin acımasız cinsel isteklerine karşılık vermeye hazır ve istekli olmadıkları gerekçesiyle dayak yemiş ve bıçaklanmıştır. Rahatlama kadınlarının büyük bölümü cinsel yolla bulaşan hastalıklar, ruhsal bozukluklar ve diğer birçok hastalık türünden mustarip olmuştur; bazıları kısırlaştırma ameliyatı olmaya zorlanmış ve askeri gizli bilgilerin sızdırılabileceği gerekçesiyle hasta olanların dahi memleketlerine dönmelerine müsaade edilmemiştir. Kadınların çoğu savaş esnasında harp meydanında hayatını kaybetmiş, ülkelerine dönebilmiş olanların bazıları ise daha sonradan ortaya çıkan etkilerle genç yaşta hayatını kaybetmiş ve hayatta kalanlar ise aileleri ve toplumdan tecrit edilmiş çaresizlik içinde yaşamıştır.

Bu bağlamda, Birleşik Devletler Dışişleri Eski Bakanı Hillary Clinton'un bir Dışişleri Bakanlığı yetkilisinin "rahatlama kadınları" terimini kullanımını düzelttiği ve "zorlanmış seks köleleri" ibaresinin kullanımı hususunda yönlendirme yaptığının hatırlatılması gerekir.

B. Hak Taleplerinin Halli Hakkında Kore-Japonya Anlaşması'nın Gelişimi

(1) Japonya ve İtilaf Devletlerinin bir kısmı arasında İkinci Dünya Harbi'nden sonra 8 Eylül 1951 tarihinde imzalanan San Francisco Barış Antlaşması'nın 4(a) maddesi şu şekildedir: "Japonya'nın ve vatandaşlarının 2. Maddede belirtilen alanlardaki mülklere ilişkin tasarrufu ve bunların halihazırda söz konusu alanları idare eden makamlar ve oralarda mukim olanlara karşı borçlar da dahil olmak üzere hak talepleri ve söz konusu makamlar ve mukimlerin mülklere ve Japonya ve vatandaşlarına karşı borçlar da dahil olmak üzere hak taleplerine ilişkin tasarrufları, Japonya ve söz konusu makamlar arasındaki özel düzenlemelere tabidir."

(2) Mülkler ve borçlar da dahil olmak üzere hak taleplerine ilişkin tasarrufların yukarıda bahsedilen antlaşmanın 4(a) Maddesi uyarınca gerçekleştirilmesine yönelik olarak Kore ve Japonya arasındaki görüşmeler 15 Şubat 1952 tarihinde başlamıştır. Kore hükümeti Kore'den alınan sanat eserlerinin iadesi ve "Kore vatandaşlarının sahip olduğu devlet tahvilleri, kamu kredileri ve Japon banka bonoları, askere alınan Korelilerin alacakları ve Korelilerin diğer hak talepleri" de dahil olmak üzere mülkleri ve hak taleplerine ilişkin sekiz madde hâlinde talepte bulunmuştur." Buna karşın, Japon hükümeti Koreli bireylere ilişkin tazminatları ödemeye itiraz edince görüşmeler yarıda kesil-

Seungwoo Lee, Request for compensation by comfort women, 39 Journal of Northeast Asia History s. 274-275.

miştir.

(3) Görüşmelerin sonucu olarak, Kore ve Japonya hükümetleri 22 Haziran 1965 tarihinde hak taleplerinin halline yönelik olarak Japonya'nın herhangi bir isimlendirme yapılmadan belirtilen miktarda hibe ve krediyi sağlayacağı ve Sözleşme Taraflarının "iki Sözleşme Tarafı ve vatandaşlarının mülkleri, hakları ve menfaatlerine ilişkin ve Sözleşme Tarafları ve vatandaşları arasındaki hak taleplerine ilişkin sorunun tamamen ve kesin olarak çözüme kavuşturulduğunu" teyit edeceğinin belirtildiği bir anlaşma imzalamıştır.³

(4) Anlaşmanın 2(3) Maddesinde herhangi bir Sözleşme Tarafı ve vatandaşlarının diğer Sözleşme Tarafı ve vatandaşlarına yönelik hak talepleri ile ilgili olarak herhangi bir iddiada bulunulmaması gerektiği hükme bağlanmaktadır. Ayrıca, Anlaşmanın 3. Maddesinde Sözleşme Tarafları arasında mevcut Anlaşmanın yorumlanması ve uygulanması ile ilgili ortaya çıkan herhangi bir ihtilafın ilk olarak diplomatik kanallar vasıtasıyla çözüme kavuşturulacağı ve bunun mümkün olmaması hâlinde karar için bir tahkim kuruluna havale edileceği belirtilmektedir.

(5) Kore Hükümeti, Japonya'dan alınan hibelerin tazminat başvurusunda bulunanlara sağlanması amacıyla bir kanun çıkarmış, ancak faydalanıcılar kendi iradeleri dışında Japonya tarafından askere alındıktan sonra ölenler ve "yukarıda ifade edilen görüşmeler esnasında bahsedildiği üzere özel krediler veya banka mevduatlarına ilişkin hak talepleri bulunanlarla" sınırlı tutulmuştur.

(6) Anlaşmanın imzalanmasına ilişkin Kore-Japonya görüşmeleri esnasında rahatlatma kadınları sorununa hiç değinilmemiştir. Bu konuya Kore hükümeti tarafından öne sürülen sekiz maddede yer verilmemiş ve rahatlatma kadınları Anlaşmanın imzalanmasından sonra çıkarılan yeni bir kanuna göre Kore hükümeti tarafından tazmin edilecek faydalanıcılar arasından çıkarılmıştır.

C. Rahatlatma Kadınları Sorununun Başlangıcı ve Gelişimi

(1) Daha önce hiç tartışılmamış olan rahatlatma kadınları sorunu, 1990'lı yıllarda mağdurlardan biri tarafından düzenlenen ve rahatlatma kadınlarına ne olduğuna gerçek anlamda ışık tutan bir basın toplantısı vasıtasıyla ciddi olarak dillendirilmeye başlamıştır.⁴

3 Japonya ve Kore Cumhuriyeti arasında Mülkiyet ve Hak Taleplerine İlişkin Sorunların Halli ve Ekonomik İşbirliği Hakkında Anlaşma (1965, 172 no'lu Antlaşma).

4 16 Kasım 1990 tarihinde, "Japonya tarafından Seks Kölesi olarak Orduya Alınan Kadınlara Yönelik Kore Konseyi" kurulmuş ve olayların doğrulanmasına ilişkin çalışmalara başlamıştır; 14 Ağustos 1991 tarihinde, Haksoon Kim adlı bir mağdur tarafından ilk basın toplantısı düzenlenmiş ve kamuoyu önünde itirafı bulunulmuştur ve bunun sonucunda Japonya'ya karşı davaların açılma süreci başlamıştır.

(2) Japon hükümeti sorumluluğunu kesin bir dille inkar etmiş ve rahatlama kadınlarını orduya takip eden özel bir tüccar tarafından getirilen “hayat kadınları” olarak tanıdığını ima eden bir açıklama yapmıştır, ancak 1992 yılının Ocak ayında Japonya Savunma Ajansı Kütüphanesi’nde rahatlama kadınlarının orduya alınmasına Japon ordusunun müdahil olduğunu gösteren altı resmi kanıt belgesi keşfedildiğinde, Japon hükümetinin tutumlarında kayda değer bir değişiklik yapmaktan başka seçeneği kalmamıştır.

Mağdurların kamuoyu önüne çıkması, yeni kanıtların keşfedilmesi ve oluşan kamuoyu nedeniyle baskı altında kalan Japon hükümeti, gerçekleri ortaya çıkarmak için bir soruşturma başlatmış ve 4 Ağustos 1993 tarihinde, o zamanki Hükümet Baş Sözcüsü Yohei Kono bir açıklama yapmış ve Japon ordusu ve makamlarının rahatlama kadınlarının zorla orduya alınması ve mağdurların insan haklarına yönelik ciddi bir ihlale neden olunması sürecine müdahil olduğunu kabul ederek özür dilemiştir. Kono, 4 Ağustos 1993 tarihinde, “rahatlama kadınları” hakkında yürütülen bir çalışmaya dayalı olarak bir açıklama yapmıştır. Açıklamada şu ifadeler yer verilmiştir: “Rahatlama istasyonları o zamanki askeri makamların talebi üzerine kullanılmıştır. Japon askeri yetkilileri rahatlama istasyonlarının kurulması ve yönetimi ile rahatlama kadınlarının taşınmasına doğrudan veya dolaylı bir şekilde müdahil olmuştur.” Ayrıca, “söz konusu kadınlar çoğu durumda iğfal, zorlama, v.b. yollarla iradeleri dışında orduya alınmış ve idari/askeri personel bunların orduya alınması sürecine doğrudan müdahil olmuştur” ifadesine yer verilmiş ve “Japon hükümeti bu vesileyle rahatlama kadınları olarak tahmin edilemeyecek boyutlarda acı çeken ve tedavisi imkansız fiziksel ve psikolojik yaralara maruz kalan herkese en içten biçimde özürlerini iletir ve pişmanlığını dile getirir.” ifadesi eklenmiştir.⁵

(3) Açıklama yapıldığından bu yana 20 yıl geçmiştir, ancak Japon hükümeti şu anda çok yaşlanmış durumda bulunan rahatlama kadınlarına tazminat ödenmesi hususunda herhangi bir eylemde bulunmamıştır. Bunun yanında, bazı devlet yetkilileri sayısız ikna edici kanıt bulunmasına karşın bu kadınları orduya alma sisteminin bulunduğunu hâlâ inkar etmektedir ve hatta Kono Bildirisi’nin revize edilmesine yönelik çağrıda bulunmaktadır. Aslında, 2014 yılında Japonya’daki Shizo Abe yönetimi, Kono Bildirisi’nin hazırlanma sürecinin yeniden incelenmesi hususunda gerçekleştirilen bir soruşturmanın sonucunu açıklamış ve bu açıklama uluslararası toplum tarafından eleştiriyi karşılanmıştır. Ancak, Japon hükümeti mağdur ‘rahatlama kadınlarına’ yönelik tazminat sorununun Anlaşma ile halihazırda çözüme kavuşturulmuş

5 Yohei Kono, Hükümet Baş Sözcüsü, “Rahatlama Kadınları” Sorunu Konusundaki Çalışma Sonucuna İlişkin Açıklama (4 Ağustos 1993), <http://www.mofa.go.jp/policy/women/fund/state9308.html> adresinden erişilebilir.

P. H. Chul: Temel Hak İhlallerine Karşı Uluslararası Dayanışma

olduğundan başka bir yasal tedbirin alınamayacağı hususundaki görüşünü savunmaya devam etmiş ve 31 Ağustos 1994 tarihinde rahatlatma kadınlarının onuru ve şerefine incinmesi nedeniyle ahlaki sorumluluğu göz önüne alındığında insani açıdan münferit olarak teselli parası veya uzlaşma fonu ödeyebileceğini ve hükümetler düzeyinde olmasa da özel olarak Asya'daki Kadınlar Fonunu geliştirmeye çalışacağını açıklamıştır.

(4) Asya'daki Kadınlar Fonunun esasen Japon hükümetinin sorumluluktan kaçma yöntemi olduğu sonucunu çıkaran Kore, Tayvan, v.b. yerlerdeki mağdur 'rahatlatma kadınları' ve bunların destek grupları fon görüşüne karşı görüşlerini bildirmiş ve fonu haklı tazmin yerine insani hayır kurumu olarak nitelendirmiştir.

(5) Kore hükümeti rahatlatma kadınlarına yaşam harcamalarına yönelik destek sağlanması için "Japon Sömürge İdaresi Altında Japon Kraliyet Ordusuna Alınan Mağdur Rahatlatma Kadınlarına Yönelik Geçim Kaynağı Sağlama ve Anma Projeleri Hakkında Kanunu" çıkarmış ve ilk olarak Asya'daki Kadınlar Fonu tarafından önerilen 43 milyon Kore won'unu (yaklaşık 53.700 Amerikan Doları) onlara ödemiştir.

(6) Bu sırada, Koreli mağdur rahatlatma kadınları 1991 yılından başlayarak birçok kez Japonya'ya tazminat davası açmış, ancak bunların tamamı Japonya'nın en üst düzey mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bu süreçte, temyiz mahkemesi konumundaki Tokyo Yüksek Mahkemesi davacıların tazminat taleplerinin güvenlik görevi gerekçesi ve hukuk dışı eylemler temelinde olabileceği, ancak bütün taleplerin Anlaşmanın 2(3) Maddesinde belirtilen "mülkiyet, haklar ve menfaatler" ile alakalı olduğu ve bu nedenle itfa edilmiş olduğuna hükmetmiştir. Çin ve Tayvan da dahil olmak üzere diğer ülkelerin vatandaşı olup mağduriyete uğramış bulunan seks köleliği mağdurları tarafından açılan davalar dahi Japon mahkemeleri tarafından tümüyle reddedilmiştir.

D. Uluslararası Toplumun Değerlendirmesi⁶

Uluslararası toplum, Japon ordusunun kadınları seks köleliği yapmaya zorlamasının, söz konusu devlet tarafından kadınların haklarının ciddi şekilde ihlal edilmesine yönelik bir mesele olduğu ve Japonya'nın mağdurlara yönelik olarak özür dilemesi, kayıtları açıklaması ve tazminat ödemesi gerektiği görüşünü dile getirmektedir.

6 Siwhan Do, Current Situation of Comfort Women Issue and Reexamining International Human Rights Law, 53-3 Journal of International Law; Janghee Lee, Reexamining the Comfort Women Problem and the Agreement between Japan and the Republic of Korea, Prospect of Legal Solution on Comfort Women Issue s. 99-122.

(1) BM İnsan Hakları Alt Komisyonu, 4 Ocak 1996 tarihli “Coomaraswamy Raporunda”, Japon hükümetinin, II. Dünya Harbi esnasında Japon ordusu tarafından seks köleliği yapmaya zorlanan rahatlama kadınlarının haklarına yönelik ihlalinin, uluslararası hukukla alakalı açık bir ihlal olduğunu teyit etmiş ve Japonya’ya zararlara ilişkin ulusal tazminat, sorumluların cezalandırılması, hükümetin elinde bulunan bütün materyallerin açıklanması, resmi yazılı özür ve ders kitaplarının revizyonu da dahil olmak üzere altı maddeden meydana gelen tavsiyelerde bulunmuştur. Ayrıca, BM İnsan Hakları Komitesi’nin 52. oturumunda raporun 19 Nisan 1996’da kabul edilmesine karar verilmiştir.

(2) 12 Ağustos 1998’de, BM Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komitesi Özel Raportörü Gay J. McDougall tarafından sunulan ve temel olarak Japon hükümetinin tazminat sağlama ve sorumluları cezalandırma hususunda yasal sorumluluğunun bulunduğu öne sürüldüğü daha ayrıntılı bir raporu açıklamış ve kabul etmiştir. McDougall Raporunda (a) rahatlama kadını sisteminin bir seks köleliği sistemi şekli olduğu açıklığa kavuşturulmuş ve rahatlama istasyonları tecavüz merkezleri veya tecavüz kampları şeklinde nitelendirilerek cebri özelliği vurgulanmış, (b) sorumluların cezalandırılmasına çalışılırken savaş suçlularının belirlenmesinde ısrarcı olunmuş, (c) BM Genel Sekreterine yılda en az iki kez Japon hükümeti tarafından konu ile ilgili ilerlemeye yönelik rapor verilmesi ve BM Mülteciler Yüksek Komiseri’nin sorumluların cezalandırılması ve uygun tazminatın sağlanması hususunda Japon hükümeti ile işbirliği içinde bir panel oluşturması gibi hususlar çerçevesinde BM’nin aktif müdahalesine ilişkin çağrı yapılmış ve (d) sağ olan mağdurların çok yaşlı olduğu dikkate alınarak Japon hükümeti tarafından tazminatın çabuk ve ivedi bir şekilde sağlanmasına ihtiyaç olduğuna vurgu yapılmıştır.⁷

(3) Bununla birlikte, Japonya’daki “sağa kayma” hareketi, rahatlama kadınları sorununun ders kitaplarından çıkarılması ve “Kono Bildirisi”nin⁸ düzeltilmesi çağrısında bulunmuş ve dünyanın dört bir yanındaki ülkeler konuya sert bir şekilde tepki vermeye başlamıştır.

(4) 30 Temmuz 2007 tarihinde, ABD Temsilciler Meclisi rahatlama kadınları ile ilgili olarak ana hatları şu şekilde olan bir kararı oy birliğiyle almıştır: Japonya hükümetinin (a) Kraliyet Silahlı Kuvvetlerinin 1930’lu yıllardan II. Dünya Harbi’ne kadar Asya ve Pasifik Adalarını sömürge ve harp dönemindeki işgali esnasında genç kadınları seks köleliği yapmaya zorladığını resmi

7 Gay J. McDougall, Final Report on Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery like Practices during Armed Conflict (1998) (E/CN.4/Sub.2/1998/13).

8 Osaka Belediye Başkanı ve milliyetçi Japon Restorasyon Partisi Eş Başkanı Törü Hashimoto’nun bir haberde şu ifadeyi kullandığı belirtilmiştir : “Seks kölelerinin ordu tarafından alındığına yönelik hiçbir kanıt bulunmamaktadır”, The Japan Times, 23 Ağustos 2012 .

P. H. Chul: Temel Hak İhlallerine Karşı Uluslararası Dayanışma

olarak kabul etmesi, bu hususta özür dilemesi ve bu konuda tarihi sorumluluk üstlenmesi, (b) rahatlama kadınlarının seks kölesine dönüştürülmesi ve bunlarla ilgili kadın ticaretinin hiç gerçekleşmediğine yönelik her türlü iddiayı çürütmesi ve (c) uluslararası toplumun rahatlama kadınları ile ilgili tavsiyelerine uygun hareket ederken mevcut ve gelecekteki nesilleri bu suçla alakalı olarak eğitmesi gerekir. Buna karşın, Japonya'nın buna herhangi bir yanıt vermemesi ve herhangi bir özür dilememesi nedeniyle, ABD Temsilciler Meclisi 15 Ocak 2014 tarihinde bir yasa tasarısı onaylamış ve 2007 tarihinde kabul edilen "rahatlama kadını kararı" nda "dile getirilen meseleyi ele alma hususunda Japonya hükümetini teşvik etmek üzere Dışişleri Bakanı'nı göreve çağırıştır.

(5) Hollanda Temsilciler Meclisi (8 Kasım 2007), Kanada Parlamentosu Avam Kamarası (28 Kasım 2007) ve Avrupa Konseyi (13 Aralık 2007) de Japon hükümetini her şeyden önce bir resmi özür dilemeye, 200.000'den fazla rahatlama kadınının seks köleliğine zorlanmasına ilişkin barbarlığa yönelik tarihi, hukuki sorumluluğu kabul etmeye, mağdurlara tazminat sağlamaya ve mevcut ve gelecek nesilleri seks köleliği hakkında eğitmeye davet eden kararlar almıştır.

(6) BM İnsan Hakları Konseyi, 12 Haziran 2008 tarihinde Japonya'nın insan hakları durumuna ilişkin düzenlenen olağan bir oturumun ardından, rahatlama kadınları sorunu ile ilgili olarak ülkelerin tavsiyeleri ve suallerinin yer aldığı bir çalışma grubu raporunu kabul ederken, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine İlişkin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 30 Ekim 2008 tarihinde Japonya'da insan haklarının gözden geçirilmesine yönelik olarak Japon hükümetine rahatlama kadınları ile ilgili hukuki yükümlülüğünü kabul etmesi ve mağdurların çoğunluğu tarafından kabul edilebilecek bir şekilde özür dilemesinin tavsiye edildiği bir rapor yayınlamıştır.

(7) 11 Aralık 2010 tarihinde, Kore ve Japon Baro Birlikleri de şu hususların kabul edildiği ortak bir açıklama yapmıştır: (a) Kore ve Japon hükümetlerinin meselenin tamamen ve kesin olarak halledildiği Anlaşma hükmünün esası ve kapsamını tutarsız bir şekilde yorumlaması ve karşılık vermesi, meşru çözüm yollarının sağlanmasını engellemiş ve mağdurların güvensizliğini daha kötü bir duruma getirmiştir ve (b) Japonya hükümeti ve Ulusal Meclisi'nin rahatlama kadınları sorununu çözen ve bir özür ve mali tazminata yer veren mevzuatı yasalastırması gerekmektedir. Açıklamada hâlâ hayatta olan bir mağdur varken Japon hükümetinden sorunu mevzuat vasıtasıyla ele alması istenmiş ve Kore hükümeti daha agresif bir diplomatik politika izlemeye davet edilmiştir.

Bölüm 3 Hükümetin Harekete Geçme Konusundaki İhmalinin Anayasa'ya Uygunluğuna İlişkin Mahkeme Kararı

A. Anlaşmanın Yorumlanmasına İlişkin İhtilaf ve İhtilafın Halline İlişkin Usuller

(1) Kore Hükümeti, 26 Ağustos 2005 tarihinde, Anlaşmanın Kore ve Japonya arasındaki mali, mülki borçlu/alacaklı ilişkisinin San Francisco Antlaşması'nın 4. Maddesine göre çözüme kavuşturulması amacı ile imzalanmış olduğu ve rahatlama kadınları sorunu gibi devlet gücünün doğrudan müdahil olduğu durumların Anlaşma ile çözülmüş olmadığının değerlendirilmesi nedeniyle Japon hükümetinin “insanlığa karşı gerçekleştirilen hukuk dışı eylemlerden” hukuki açıdan sorumlu olduğuna ilişkin görüşünü beyan etmiştir.⁹

(2) Buna karşın, Japon hükümeti rahatlama kadınları sorununun (a) o zamanki Hükümet Baş Sözcüsü Kono Yohei tarafından özür dilenmesi, (b) Anlaşmanın imzalanmasıyla hukuki sorunların çözüme kavuşturulması ve (c) Asya'daki Kadınlar Fonu gibi diğer pek çok faaliyetin gerçekleştirilmesi vasıtasıyla tamamen çözüme kavuşturulduğunu iddia etmektedir. Son zamanlarda, Abe yönetiminin bazı yetkilileri aksi yönde çok sayıda kanıt bulunmasına karşın, rahatlama kadınlarının zorla orduya alındığının inkar edilmesi gerektiğini ve “Kono Bildirisi”nin düzeltilmesi gerektiğini dahi ileri sürmüştür.¹⁰

(3) Bu nedenle, Kore ve Japon hükümetlerinin Anlaşmanın 2(1) Maddesinde belirtilen “iddiaların” rahatlama kadınlarının tazminat iddialarını içerip içermediğine yönelik yorumlanması açısından farklı görüşleri bulunduğu, bu nedenle yorumlama ile ilgili söz konusu farklı görüşlerin Anlaşmanın 3. Maddesinde tanımlanan bir “ihtilaf” teşkil etmesi gerektiği açıktır.

(4) Anlaşmanın 3(1) Maddesinde “Sözleşme Tarafları arasında mevcut Anlaşmanın yorumlanması ve uygulanması ile ilgili ortaya çıkan herhangi bir ihtilaf ilk olarak diplomatik kanallar vasıtasıyla çözüme kavuşturulur” ifadesi yer almaktadır ve aynı Maddenin 2. Fıkrasında, 1. Fıkra kapsamında çözüme kavuşturulamayan herhangi bir ihtilafın tahkime götürülmesi hükme bağlanmaktadır.

Bu nedenle, bir ihtilaf ortaya çıktığında, Kore hükümetinin esasen bu ihtilafı ilk olarak Anlaşmanın 3. Maddesinde ortaya konan ihtilafın halline ilişkin usullere uygun olarak çözüme kavuşturması ve ardından, bu çabanın sonuçsuz kalması durumunda, konuyu tahkime taşıması gerekmektedir. Bu bağ-

9 Kore hükümeti 26 Ağustos 2005 tarihli bir basın bildirisinde “Hükümetin 1965 Kore-Japonya Hükümet Toplantısının Belgelerinin Açıklanması Üzerine İzleme Tedbirleri ile alakalı olarak STK'lar ile bir Ortak Komite kuracağını” açıklamıştır.

10 Söz konusu tarihte başbakan olan Shinzo Abe, 1 Mart 2007 tarihinde Japon hükümetinin seks kölelerini alıkoyduğuna ilişkin hiçbir kanıtın bulunmadığını ifade etmiştir.

lamda, denetimin ana konusu, “Kore hükümetinin” ihtilafın halline ilişkin yukarıda bahsedilen usulü başlatmamasının Anayasa’ya uygun olup olmadığı ve, böyle olması halinde, hükümetin kusurunun rahatlama kadınlarının temel haklarına ilişkin bir ihlal teşkil edip etmediği ile alakalıdır.

B. Kore Hükümetinin Harekete Geçme Konusundaki İhmalinin Rahatlama Kadınlarının Temel Haklarını İhlal Edip Etmediği (6 Hakimin Mahkeme Görüşü)

(1) Devletin bireylerin temel haklarını koruma görevi

Anayasanın 10. Maddesinde şu ifadeye yer verilmektedir: “Bütün vatandaşların insan değeri ve onuru temin edilir ve mutluluğa erişim hakkı vardır. Bireylerin temel ve dokunulmaz insan haklarının pekiştirilmesi ve güvence altına alınması Devletin görevidir.” “İnsan onuru” yüce bir anayasal değer ve devlet tarafından ortaya konan ve bütün kamu kuruluşları üzerinde bağlayıcılığı olan bir hedeftir ve devlete insan onurunu koruma görevi ve yükümlülüğü verilmektedir. Bu sebepten dolayı, insan onuru ile hem “devlet kuvvetlerinin sınırı” konulmakta hem de onurları tehdit altındayken vatandaşların üçüncü kişilerden korunmasına yönelik olarak “devlet kuvvetlerine ilişkin bir hedef” sunulmaktadır.

Aslında, devletin Japon ordusu tarafından seks köleliğine zorlanmaları nedeniyle uzun süre ıstırap çeken ve onurları ve değerleri ayaklar altına alınan mağdur rahatlama kadınlarının insan onuru ve değerini eski haline getirme görevi, devletin vatandaşların güvenliği ve canını korumasına yönelik en temel görevlerden biridir.

(2) Devletin harekete geçme görevi

Netice itibarıyla, devletin Anlaşmanın 3. Maddesi çerçevesinde ihtilafın halline ilişkin usulleri gerçekleştirmeye çalışma görevi, Japonya’nın mağdurlara ciddi zararlar veren hukuk dışı eylemlerine karşı mağdurların hak taleplerinin peşine düşmesine yardımcı olunmasına ilişkin anayasal talepten kaynaklanmaktadır. Devletin Japonya ile “ihtilafın hallini” sağlamaya yönelik görevini yerine getirmede harekete geçmemesi durumunda, mağdurların temel haklarına kayda değer biçimde zarar verilecektir. Bu nedenle, devletin bu durumda harekete geçme yükümlülüğü, Anayasa ile emredilen ve kanunda belirtilen yükümlülüktür.

Bunun yanında, Kore hükümetinin Kore ve Japonya arasında bir ihtilaf ortaya çıkmasına neden olan “bütün hak talepleri” şeklindeki kapsamlı bir kavrama yer verilen Anlaşmayı imzalaması nedeniyle, hükümetin mağdurların

Japonya'ya karşı öne sürdüğü hak taleplerini çözüme kavuşturma ve insan onurları ve şereflerini iade etmeye özgü bir görevi bulunmaktadır.

(3) İhlal edilen temel hakların önemi

Rahatlama kadınlarına verilen zararlar, Japon hükümeti ve ordusu tarafından seks köleliğinin için zorla seferber edilmelerinden kaynaklanmaktadır ve bu, mağdurların insan değeri ve onuruna yönelik istisnai bir zarardır.

Uluslararası Hukukçular Komisyonu adlı bir sivil toplum kuruluşu tarafından 2 Eylül 1994 tarihinde yayımlanan rapor ve BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından 6 Şubat 1996 tarihinde yayımlanan "Coomaraswamy Raporu'nda" Japonya'nın rahatlama kadınları sistemi "ordu tarafından seks köleliği yaptırılması"¹¹ olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, 'Harp Zamanında Sistemik Tecavüz, Seks Köleliği ve Kölelik Benzeri Uygulamalar Özel Raportörü' Gay J. McDougall tarafından hazırlanan ve 12 Ağustos 1988 tarihinde yayımlanan BM alt komite raporunda bunun " insanlığa karşı suça " tekabül ettiği sonucuna varılmıştır.¹²

ABD Temsilciler Meclisi tarafından 2007 yılının Temmuz ayında kabul edilen kararda da Japon ordusunun seks köleliği uygulaması "Japon hükümetinin zalimlik ve düzeyi açısından emsalsiz olarak nitelendirilen orduda zorunlu seks köleliği uygulaması" ve "20'nci yüzyılda en büyük çaplı insan kaçakçılığı vakalarından biri" olarak nitelendirilmiştir. Bunun yanında, Japonya'daki yerel mahkemelerden biri, 27 Nisan 1998 tarihinde, bunun "cinsel ve etnik ayrımcılık, kadınların insan onuruna ilişkin temel bir ihlal ve milli gururun küçük düşürülmesine ilişkin açık bir vaka" olduğuna hükmetmiş ve rahatlama kadınları ile ilgili olarak Japonya'nın yasama organının herhangi bir eylemde bulunmadığını kabul etmiş ve zararlara ilişkin tazminat verilme-

11 Radhika Coomaraswamy, İnsan Hakları Komisyonunun 1994/45 sayılı Kararı Uyarınca Özel Raportörün Kadına Karşı Şiddet, Sebepleri ve Sonuçları Hakkında Raporu (1995) (E/CN.4/1996/53/Add.1).

I. Tanım

8.Buna karşın, Özel Raportör "rahatlama kadınları" uygulamasının ilgili uluslararası insan hakları organları ve mekanizmaları tarafından izlenen yaklaşım uyarınca açık bir seks köleliği vakası ve seks köleliğine benzer bir uygulama olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşündedir.

12 Gay J. McDougall, Silahlı Çatışma Esnasında Sistemik Tecavüz, Seks Köleliği ve Kölelik Benzeri Uygulamalara İlişkin Nihai Rapor (1998) (E/CN.4/Sub.2/1998/13).

D. Kore'nin Statüsü

30. Japonya bu şartlar altında dahi yükümlülükten muaf değildir. Yukarıda ortaya konduğu üzere, kölelik ile ilgili yasaklar yalnızca savaş suçlarına dayalı değildir. Hem harp zamanında ve barış zamanında geçerli bir uluslararası teamül suçu hem de bir insanlığa karşı suç olan bu eylemler, suçların işlendiği dönemde Kore yarımadasının bölgesel durumuna bakılmaksızın uluslararası teamül hukukuna ilişkin korkunç ihlaller olarak açık bir şekilde yasaklanmıştır. Bunun sonucu olarak, bu normlar işgal edilen bir bölgede sivil olup olmamalarına bakılmaksızın Koreli kadınlar açısından eşit bir şekilde uygulanmaktadır.

sin i e hükmetmiştir.

Mağdurların acımasızca ve sürekli olarak ihlal edilen onuru ve değeri ile bireysel hürriyeti rahatlatma kadınlarının kapsamlı insanlığa karşı suçlar hususunda Japon hükümetine karşı öne sürmüş olduğu hak taleplerinin çözüme kavuşturulması vasıtasıyla eski haline getirilebilecektir. Bu nedenle, devletin mağdurların tazminat taleplerinin peşinden gitmesini engelleyen ihmali yalnızca mülkiyet hakları ile sınırlı bir mesele değildir; bu rahatlatma kadınlarının temel haklarının ciddi bir şekilde ihlal edilmesiyle doğrudan ilgilidir.

(4) Temel hakların ihlal edilmesine karşı bir kanuni çözüm yoluna ivedilikle ihtiyaç duyulması

Aslında, Japon mahkemeleri vasıtasıyla kanuni çözüm yollarına başvurulması veya Japon hükümetinden gönüllü özür ve çözümlerin beklenmesi neredeyse imkansızdır.

Mağdurların Japon ordusu tarafından seks köleliğine zorlandığı İkinci Dünya Harbi'nin sona ermesinden bu yana 60 yıldan ve mağdurların Japonya'ya karşı dava açmasından bu yana 20 yıldan uzun süre geçmiştir. Hayatta kalan mağdurların çok yaşlı olması nedeniyle, daha fazla geciktirmemiz durumunda, tarih açısından adaletin sağlanması ve tazminat ödenmesi suretiyle mağdurların onur ve değerinin eski haline getirilmesi imkansız hâle gelecektir. Bu nedenle, Kore hükümetinin davacılar için ivedi bir şekilde çözüm yolu aramasına ihtiyaç vardır.

(5) Çözüm yolu sağlanması ihtimali

Anlaşmanın nasıl imzalandığı, kadınların haklarının emsalsiz bir şekilde ihlal edilmesi karşısında dehşete uğrayan ve bu nedenle Japonya'nın gerçekleri kabul etmesi, samimi bir şekilde özür dilemesi ve tazminat ödemesi çağrısında bulunan Kore ve uluslararası toplumdaki kişilerin hareketleri de dahil olmak üzere koşullar dikkate alındığında, Kore hükümetinin Anlaşmanın 3. Maddesi kapsamında ihtilafın halline ilişkin bir usulü başlatması durumunda, Japon hükümetinden tazminat alma ihtimalini göz ardı edemeyiz.

(6) Sonuç

Devletin, Anlaşmanın 3. Maddesi kapsamında rahatlatma kadınları adına ihtilafın halline yönelik tedbirler alma görevi Anayasadan kaynaklanmaktadır ve kanunda belirtilmektedir. Bunun yanında, daha geniş bir perspektiften olaya yaklaşmamız ve davacıların insan onuru ve değeri de dahil olmak üzere temel

hakların ciddi şekilde ihlal edilmesinin yanı sıra etkili bir kanuni çözüm yolunun ivedi ve olası bir biçimde sağlanabileceğini dikkate aldığımızda, Kore hükümetinin Anlaşma kapsamında ihtilafın hallerine ilişkin usulleri başlatma hususunda ihmalkar davranması Anayasa'yı ihlal etmektedir.

C. 3 Hakimın Karşı Görüşü

Anlaşmanın 3. Maddesindeki “diplomatik kanallar vasıtasıyla çözüme kavuşturma” hususu, yargı kararlarına ilişkin nesnel standartların kolay bir şekilde bulunmadığı ve yargısal kısıtlamanın gerekli olduğu bir hayli siyasi bir alan kapsamına girmektedir. Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi'nin yürütme organına yönelik olarak “diplomatik açıdan çözüm bulma” arayışına girilmesine ilişkin muğlak bir görev dayatması, Anayasa kapsamında teminat altına alınan ve yürütme organına dış politikalara karar verme, bunları oluşturma ve uygulama yetkisi sağlayan kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal edebilir.

Herkesin kabul edeceği gibi, devletin Japon ordusu tarafından seks köleliğine zorlanmış olan ve insan onurları ile değerleri tamamıyla çiğnenmiş olan mağdurların hak taleplerinin ivediliği ışığında devletin bir şekilde harekete geçmesi gerekmektedir. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi'ne yönelik anayasal sınır işlevi gören kuvvetler ayrılığı ilkesi dikkate alındığında, diplomatik çözüm bulma usulü hususunda Kore hükümetine herhangi bir baskı yapılamaz.

D. Sonraki Gelişmeler

Anayasa Mahkemesi'nin bu dava ile ilgili kararını açıklamasının ardından, Kore Dışişleri Bakanlığı iki kez “ihtilafın hallerine ilişkin ikili görüşmelerin” önerildiği diplomatik belgeler göndermiş, ancak Japonya hükümeti meselelerin çözümüne ilişkin anlamlı yanıtlar vermemiştir. Şu anda, Kore hükümeti Anlaşmada önerilen şekilde bir tahkim kurulunun kurulmasını önerip önermemeyi değerlendirmektedir.

2014 yılının Ekim ayı itibarıyla, Kore'de hayatta olan 55 rahatlama kadını bulunmaktadır ve bunların tamamı çok yaşlıdır. Bu nedenle, Japonya'nın neden olunan zarardan ötürü çabuk bir şekilde ödeme yapması ve mağdurlardan içtenlikle özür dilemesi gereklidir.

BM Güvenlik Konseyi, 17 Nisan 2013 tarihinde, Üye Devletleri cinsel şiddetin önlenmesi gündem maddesi çerçevesinde eylemlerde bulunmaya teşvik etmek üzere bir toplantı düzenlemiş ve Güney Kore zaman aşımının kaldırılması, mağdurlara yönelik tazminat ve destek sağlanması ve Kadınlar, Barış

ve Güvenlik Hakkında 1325 sayılı Kararın (2000)¹³ uygulanması için ulusal çalışmaların yapılması çağrısında bulunmuştur. İnsan Hakları Eski Yüksek Komiseri Navi Pillay de 6 Ağustos 2014 tarihinde yaptığı bir açıklamada Japonya'nın rahatlama kadınlarının haklarının ele alınmasına yönelik kapsamlı, tarafsız ve kalıcı bir çözüm sağlayamadığını söylemiştir.¹⁴

Uluslararası toplumun Japon hükümetine bu denli açık sözlü eleştiriler yöneltmesinin nedeni, anneliği temsil eden kadınların seks kölesi haline getirilmesinin suçun mahiyeti ve seviyesi ile sürekli zarara yol açması dikkate alındığında insanlık tarafından hiçbir şekilde kabul edilemeyecek iğrenç bir suç olduğu hususunda Japonya ve genel olarak dünyaya açık bir mesaj gönderilmek istenmesidir.

Bölüm 4 Değerlendirme

A. Mahkeme Kararının Anlamı

(1) Hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir ulusun, bireylerin hakları ihlal edildiğinde kanuni çözüm yollarına başvurabilecekleri bir mekanizmayı uygulamaya koyması gerekmektedir. Aksi takdirde, Anayasa kapsamında garanti altına alınan haklar yalnızca metinde var olacak ve normatif bir güç kazanmayacaktır.

Kore Anayasa Mahkemesi, rahatlama kadınları davasındaki kararında, rahatlama kadınlarının temel haklarının ihlalinin özel durumuna ve tarihi öneme dikkat çekmiş ve devletin, rahatlama kadınlarının Japonya'ya yönelik tazminat taleplerinin çözümü kavuşturulması hususunda harekete geçmemesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Mahkemenin kararı, onurları ve değerleri devlet kuvvetleri tarafından ihlal edildiğinde zarar gören kadınlara kanuni bir çözüm yolu sunulması hususunu tasdik etmesi anlamında insanların evrensel haklarının garanti altına alındığı uluslararası normu yeniden doğrulamaktadır.

Mahkeme, devletin kendi halkını temel haklarının ihlal edilmesine karşı koruması ve kanuni çözüm yollarına başvurabilmesi hususunda onlara yardımcı olması gerektiği ve tazminat davaları çerçevesinde haklarını arayanları keyfi bir şekilde ihmal etme hususunda takdir yetkisi bulunmadığını da yeniden teyit etmiştir. Bu karar, bireylerin temel haklarının temin altına alınmasının amaçlandığı uluslararası insan hakları hukukuna uyum sağlanması ve bunun uygulanması açısından anlamlı bir emsal olacaktır. Günümüzde,

13 BM Güvenlik Konseyi 6948. toplantısı, 17 Nisan 2013, S/pv.6948

14 <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14920&LangID=E>

bireyler önemli olarak nitelendirilmektedir ve bireyler, haklarından modern uluslararası hukuk çerçevesinde faydalanan aktörlerdir; bu husus, bireylerin yalnızca kanunların uygulanmasına tabi kişiler olarak görüldüğü 17. yüzyıl uluslararası hukukundan açık bir ayırım yapıldığını göstermektedir.

(2) Kore Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, evrensel hakların korunması ve insan hakları farkındalığı ile ilgilidir. Bosna Savaşı'nda da görüldüğü üzere, harp zamanında kadınların cinsel açıdan kendi kaderlerini tayin etme haklarının ihlal edilmesi, dünyanın çatışmaların yaşandığı birçok bölgesinde sürekllilik arz eden bir sorun olmuştur. Bu durumun ihmal edilmesi, içinde bulunduğumuz 21. yüzyılda insanîyet standartlarına göre ve yüzyıllardır insan haklarını geliştirme yönünde çaba sarf etmiş olan uygar uluslar tarafından hoşgörülemez.

Bu anlamda, evrensel haklar hususunda farkındalığın artırılmasının yeni-den teyit edilmesi açısından Kore Anayasa Mahkemesi'nin kararı anlamlıdır. İnsanlığa karşı temel hak ihlalleri olması durumunda dünyanın sorumlulardan ısrarla bir özür ve empati talebinde bulunacağı açıkça belirtilmiş ve bir ulus tarafından söz konusu insan hakları ihlallerinin tekrarlanmasının rahat-lama kadınları sorununun bir seks köleliği örneği ve insanlığa karşı temel hakların ciddi bir ihlali olarak herkesin gözü önüne çıkarılması suretiyle her zaman önlenmesi gerektiği hususunda güçlü bir mesaj verilmiştir. Karar, insan hakları hukukunun uluslararası hukuk bağlamında nasıl öncelik kazana-bildiğinin gösterilmesi açısından sembolik bir değere sahiptir.

(3) Japon ordusunun kadınları seks kölesine dönüştürmesi sorununun ele alınmasına ilişkin küresel çabalar, Kore toplumunun yanında Japonya, Birleşik Devletler ve Birleşmiş Milletler de dahil olmak üzere bir bütün olarak uluslararası toplumu değiştirmesi nedeniyle övgüyü hak etmektedir ve insan haklarının gelişimine ilişkin dünya tarihinde kadınların haklarının güçlen-dirilmesine tarihi katkılar yapmaktadır. Karar, II. Dünya Harbi esnasındaki insan hakları ihlallerinin unutulmuş tarihini gündeme getirmiş ve Japonya'nın harp zamanında kadınlara karşı uyguladığı şiddeti BM'nin ciddiye alması açısından bir dönüm noktası olmuştur. 1998 yılında kabul edilen "Uluslararası Ceza Mahkemesine İlişkin Roma Konvansiyonu", söz konusu ciddi anlayışın iyi örneklerinden biridir ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) de or-duda seks köleliğini en önemli gündem maddelerinden biri olarak seçmiştir.

(4) Japonya'nın uluslararası hukuk çerçevesinde rahatlama kadınları soru-nundan sorumlu tutulduğu argümanların kısa bir özeti şu şekildedir:

Bu, Nürnberg İlkelerinin V. İlkesinde belirtilen bir " insanlığa karşı suçtur" (8 Ağustos 1945).¹⁵ "İnsanlık suçları" savaş öncesinde veya esnasında sivil hal-

15 1945 yılında, Birleşik Devletlerin inisiyatifiyle, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu "Nürnberg Mahke-

P. H. Chul: Temel Hak İhlallerine Karşı Uluslararası Dayanışma

ka karşı işlenen cinayet, katliam, köleleştirme, tehcir ve diğer insanlık dışı eylemler ; veya, suçun işlendiği ülkenin iç hukuku ihlal edilsin veya edilmesin, Mahkemenin yargı yetkisi dahilinde herhangi bir suçun infazında veya söz konusu suçla bağlantılı olarak siyasi, ırksal veya dini gerekçelerle uygulanan zulüm anlamına gelmektedir.¹⁶

Bu, insan hakları ve özgürlüklerine ilişkin ciddi bir ihlal ve Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne yönelik bir ihlaldir.¹⁷

Bu, 1932 yılında Japonya tarafından onaylanan 29 No'lu ILO Sözleşmesi'ne aykırı olan seks kölesi haline getirme kategorisine girmektedir.¹⁸ Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Uzmanlar Komitesi, 29 Şubat 1996 tarihinde bir rapor yayınlarak Japon İmparatorluk Ordusu tarafından uygulanan rahatlama kadınları sisteminin "29 No'lu ILO Sözleşmesi'ne aykırı olan seks kölesi haline getirme" olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve özel tarafların değil, bizzat Japon hükümetinin mağdurlar ve hayatta kalanlara maaş ödemesi de dahil olmak üzere tazminat sağlamayı uygun bir biçimde değerlendirmesi gerektiği yönünde tavsiyede bulunmuştur.

Bu, "Kara Harbi Hukuku ve Teamüllerine ilişkin Yönetmeliklerde (1907)" belirtilen "insaniyet hukuku ve kamu vicdanı prensiplerinin" yanı sıra uluslararası örfi hukukun parçası olan "Kölelikten Azada" ilişkin bir ihlaldir.

Zaman aşımı, uluslararası hukuk kapsamında Japonya ordusundaki rahat-

mesi Şartı" ile tanınan uluslararası hukuk ilkelerini oy birliğiyle kabul etmiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu, 1950 yılında Nürnberg İlkelerini oluşturmuştur.

- 16 Nürnberg İlkeleri VI. İlke Aşağıda belirtilen suçlar, uluslararası hukuk kapsamına giren suçlar olarak cezalandırılacaktır.

(c) İnsanlık suçları:

Barışa karşı işlenen herhangi bir suç veya herhangi bir savaş suçunun infazında veya bunlarla bağlantılı olarak gerçekleştirilen veya yürütülen ve sivil halka karşı işlenen cinayet, katliam, köleleştirme, tehcir ve diğer insanlık dışı eylemler ya da siyasi, ırksal veya dini gerekçelerle uygulanan zulüm.

- 17 12 Ağustos 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi'nin her birinde her Sözleşme'nin farklı konularının yansıtıldığı bir ciddi ihlaller bölümüne yer verilmektedir. Örneğin, Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin İslahına ilişkin 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin (I no'lu Cenevre Sözleşmesi) 50. Maddesinde aşağıdaki hususlara yer verilmektedir:

50. Madde Önceki Madde ile ilgili olan ciddi ihlaller Sözleşme ile korunan kişiler veya mülkiyete karşı işlenmesi hâlinde aşağıdaki eylemlerin herhangi birini kapsayan ihlallerdir: kasten öldürme, işkence veya biyolojik deneyler de dahil olmak üzere insanlık dışı muamele, insan bedeni veya sağlık açısından kasıtlı olarak büyük ıstırap veya ciddi yaralanmaya neden olunması ve askeri gereksinim olarak gerekçelendirilmeyen ve hukuk dışı ve kötü niyetle gerçekleştirilen bir biçimde mülkiyetin yoğun biçimde tahrip edilmesi ve alıkonulması. appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly.

- 18 29 No'lu ILO Sözleşmesi, Zorla Çalıştırma Sözleşmesi (1930)

2. Madde (1) Bu Sözleşme çerçevesinde, zorla veya zorunlu çalıştırma terimi herhangi bir kişiye herhangi bir ceza tehdidi altında dayatılan ve söz konusu kişinin gönüllü olarak istemediği bütün çalışmalar veya hizmetler anlamına gelir.

lama kadınları sorunu açısından geçerlilik taşımayacaktır. Bilhassa, BM Genel Kurulu'nun 1968 tarihli ve 2391 sayılı Kararında savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar ile ilgili olaylarda, zaman aşımının uygulanmayacağı açık bir şekilde belirtilmiştir.¹⁹

B. Vakaların Karşılaştırılması

(1) Japonya'nın aksine, Almanya II. Dünya Harbi esnasında Nazi Almanyası tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerinin kabul edilmesi hususunda net bir tavır takınmış, mağdurlardan ülke olarak özür dilemiş ve parasal tazminat sağlamıştır. Bunun yanında, Almanya savaş suçları ve katliamlar gibi insanlığa karşı suçlara yönelik zaman aşımı süresini uzatarak veya kaldırarak şu anda dahi Nazi suçlularının cezalandırılmasına çalışmaktadır.

7 Aralık 1970 tarihinde Batı Almanya Şansölyesi Willy Brandt, Polonya'nın başkenti Varşova'ya gitmiş ve gözünde yaşlarla Varşova Gettosu'ndaki anıt önünde diz çökmüştür. Brandt'ın pişmanlık ve özür ifadesi olan jesti, Almanya'nın geçmişteki hatalarına yönelik duruşunu sembolik olarak göstermiştir. Buna ilaveten, 20 Ağustos 2013 tarihinde Almanya Şansölyesi Angela Merkel, Münih yakınlarında siyasi mahkumlara yönelik ilk toplama kampı olan Dachau toplama kampını ziyaret etmiş ve toplama kampında olanlarla ilgili pişmanlık duygularını ifade etmiştir. Bu faaliyetler vasıtasıyla, mağdurların yanı sıra tüm dünya Almanya'nın içten özrü ve pişmanlığına gönüllerini açmıştır. Bununla birlikte, Almanya uluslararası toplumun saygıdeğer bir üyesi olabilmektedir ve bunun karşılığında, bu hareket bölgesel barış ve işbirliğinin dayanağı haline gelmiş ve nihai olarak Avrupa Birliği'nin kurulmasını sağlamıştır.

(2) Dikkate değer uluslararası emsallerden biri de Almanya ve Fransa arasında "kapsamlı uzlaşma anlaşmasının" imzalanmasından bu yana ülke içindeki koşullarda yaşanan değişiklikler nedeniyle Fransa'nın Almanya'dan ek tazminat vermesini istediği durumdur. İki ülke, 15 Temmuz 1960 tarihinde "Fransız Soykırım Mağdurlarına yönelik Tazminatlara İlişkin Antlaşmayı" imzalamış ve Almanya, Fransa'ya 400 milyon Alman Markı ödeme yapmıştır. Hayatta kalan Fransızlar ve mağdurların mirasçılarının tazminat talep etme hakkının Antlaşmanın 3. Maddesine göre iptal edilmiş olmasına karşın Fransa, Almanya'dan zorla askere alınan mağdurlara yönelik ek tazminat istemiş ve Alman hükümeti bu talebi kabul etmiştir.

6 Temmuz 2000 tarihinde Alman yasama organı (Bundestag), II. Dünya Harbi esnasında Almanya tarafından orduya alınan eski köleler veya zorla

19 Savaş Suçları Ve İnsanlığa Karşı Suçlar Bakımından Kanuni Sınırlamaların Uygulanmayacağına Dair Sözleşme (2391 sayılı Genel Kurul kararı (XXIII), ek, 23 U.N. GAOR Supp. (No. 18) s. 40, U.N. Doc. A/7218 (1968), yürürlüğe giriş tarihi : 11 Kasım 1970)

P. H. Chul: Temel Hak İhlallerine Karşı Uluslararası Dayanışma

çalıştırılan işçilerin tazmin edilmesine yönelik olarak 10 milyar Alman Markı (yaklaşık 5.4 trilyon Kore Won'u) düzeyinde bir fonla "Anma, Sorumluluk ve Gelecek" adlı bir vakıf kurulmasına ilişkin bir kanun çıkarmıştır. Fon hem Alman hükümeti hem de iradeleri dışında orduya alınan yabancı işçilerin fedakarlığından yararlanan işletmeler tarafından toplanmış ve zorla çalıştırılan 200.000 işçinin her biri 15.000 Alman Markı alabilmiştir.

1999 yılında, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, zorla çalıştırılan işçilere yönelik tazminat hususundaki bir davada (BVerfG, Beschluss v. 13. 5. 1996, 2BvL33/93), devletin uluslararası hukuk kapsamındaki feragat beyanının bir bireyin tazminat talep etme hakkını kullanmasını engelleyemeyeceğine veya söz konusu hakkı ortadan kaldıramayacağına hükmetmiştir.

(3) Birleşik Devletler de, İşkence Mağdurlarını Koruma Kanununun²⁰ çıkarılması vasıtasıyla, yurt dışında yapılan insan hakları ihlallerinin mağdurlarına yönelik olarak uluslararası insan hakları hukukunun uygulanmasını hükme bağlamaktadır ve ABD mahkemeleri uygun olduğu takdirde bu Kanuna dayalı hak taleplerine yönelik olarak istikrarlı bir şekilde yüksek miktarda manevi ve maddi tazminata hükmetmektedir.

2000 yılında kabul edilen Yabancılar Karşı Haksız Fiil Kanunu²¹ ile yabancıların açtığı davalara ilişkin federal yargı yetkisine müsaade edilmektedir ve "yerel mahkemelerin yalnızca devletler hukuku veya Birleşik Devletlerin imzaladığı bir antlaşmaya aykırı olarak gerçekleştirilen bir haksız fiil ile bağlantılı olarak bir yabancı tarafından açılan bir hukuk davası hususunda ilk derece mahkemesinin yetkisi bulunur" ifadesine yer verilmektedir.

2004 yılında karara bağlanan *Sosa / Alvarez-Machain*²² davasında, ABD Yüksek Mahkemesi federal mahkemelerin maddi hukuktan teamül hukuku şeklinde yararlanabileceğini ve iki yüzyıldır ABD iç hukukunda devletler hukuku veya uluslararası teamül hukukunun tanındığını teyit ettiğini ifade etmiştir. Ayrıca Mahkeme, Yabancılar Karşı Haksız Fiil Kanununun 1350. Kısımında teamül hukuka devletler hukuka aykırı belirli haksız fiillere yönelik özel hukuki sebep tanıyan pratik bir hüküm getirildiğini belirtmiştir.

ABD'nin II. Dünya Harbi esnasındaki utanç verici tarihine yönelik hukuki pişmanlık sergilemesiyle ön plana çıkan *Korematsu* davası²³ ve günümüzdeki muadiline de atıfta bulunmak isterim. *Korematsu / Birleşik Devletler davasında*, Yüksek Mahkeme 3'e karşı 6 oyla aldığı kararda Yürütme Organının uyruklarına bakılmaksızın Japonya asıllı Amerikalıların toplama kamplarınınanakledilmesi yönündeki emrini onaylamıştır . Ancak ilk kararın üzerinden geçen

20 28 U.S.C. § 1350 (1992).

21 28 U.S.C. §1350 (2000)

22 542 U.S. 692, 729-730 (2004).

23 *Korematsu / Birleşik Devletler*, 323 U.S. 214, 216 (1944).

40 yılın ardından, toplama kampından kaçtığı gerekçesiyle Korematsu' ya verilen mahkumiyet cezası yeni bulunan kanıtlara dayalı olarak federal yerel mahkeme²⁴ tarafından bozulmuş ve 1988 yılında kabul edilen Medeni Haklar Kanunu çerçevesinde parasal tazminat sağlanmıştır. Bu şekilde, ABD geçmişteki hatalarını mahkemede düzeltmiştir.

(4) 2001 yılında, Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu, "Koruma Sorumluluğu" başlığıyla yayımlanan ve temel olarak "egemen bir ulusun kendi vatandaşlarını toplu katliam, tecavüz ve aklıktan koruma sorumluluğu bulunduğu görüşünün" ele alındığı raporunda "devletin koruma sorumluluğu" konseptini geliştirmiştir.²⁵

Devletin diplomatik koruma sağlama hakkı ile ilgili olarak, Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi 4 Ağustos 2004 tarihinde şu karara varmıştır: "Hükümetin uluslararası insan hakları normlarına ilişkin korkunç ihlalleri engellemek veya onarmak üzere vatandaşlarına diplomatik koruma sağlama hususunda bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Hükümetin anayasal görevinin aksine diplomatik koruma uygulayıp uygulamamayı değerlendirmeye almayı reddetmiş olması durumunda, Anayasa Mahkemesi'nin hükümete talebe gereken önemi vermesi talimatının verildiği bir zorunlu emir çıkarması uygun olacaktır." ²⁶

Ek olarak, Kanada Yüksek Mahkemesi, Guantanamo Körfezi'nde tutuklu bulunan 15 yaşındaki Kanadalı bir erkek çocuğunun kendisi adına Kanada hükümetinin eylemde bulunmamasının, Kanada'nın vatandaşlarını koruma görevi bulunduğu belirtilen Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı kapsamında garanti altına alınan hakkını ihlal etmiş olduğunu ve bunun yapılmamasının Şart'a ilişkin bir ihlal niteliği taşıdığını öne sürdüğü bir davada alt mahkemelerin kararlarını onamıştır. ²⁷

Bölüm 5 Uluslararası Dayanışma İhtiyacı

Kore Anayasa Mahkemesi'nin rahatlama kadınları davasındaki kararı, insanlığa karşı temel hak ihlalleri ortaya çıktığında dünyanın özür dilenmesi ve pişman olunduğunun belirtilmesini talep etmekten vazgeçmeyeceğini ve seks köleliği gibi suçların hiçbir şekilde tekrarlanamayacağını bize göstermektedir.

İnsanlık suçlarının neden olduğu trajedilerin yeniden ortaya çıkmasını en-

24 Korematsu / Birleşik Devletler, 584 F. Supp. 1406 (N.D. Cal. 1984).

25 Carsten Stahn, Responsibility to protect: political rhetoric or emerging legal norm?, the American Journal of International Law Vol. 101, No. 1 (Jan 2007).

26 Kaunda ve Diğerleri / Güney Afrika Cumhuriyeti Devlet Başkanı, Case CCT 23/04. 2004 (10) BCLR 1009, 44 ILM 173'de yeniden basılmıştır (2005).

27 Kanada / Khadr, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44

P. H. Chul: Temel Hak İhlallerine Karşı Uluslararası Dayanışma

gellemek zorundayız ve bunun için uluslararası toplum tarafından insanlığa karşı ihlallerin ortadan kaldırılması ve engellenmesini sağlayabilecek temel bir karar gereklidir. Bu, tüm dünyanın karşısında duran ortak bir görevdir.

Mahkememizin kararının her şeyden önce dünyadaki ülkeler ve Birleşmiş Milletler tarafından da halihazırda tavsiye edildiği üzere Japon hükümetinin sorumluluğunu açık, resmi bir şekilde kabul etmesini ve özür dilemesini, sorumluların cezalandırılmasını, materyallerin açıklanmasını, gelecek nesle ilişkin eğitim verilmesini ve ortalama 88 yaşın üzerindeki yaşlanmış mağdurlara tazminat verilmesini sağlayacağını ümit etmekteyiz.

Uluslararası hakların teminat altına alınması, devletin temel hakları koruma görevi ve kadın haklarının korunması da dahil olmak üzere birçok açıdan anlamlı olan bu davanın Kore Anayasa Mahkemesi ve Anayasa yargısı sistemi hakkında birtakım bilgiler sağlayacağı ümit edilmektedir.

Ancak, bir ulus tarafından verilen bir karar yalnızca sınırlı bir rol oynayabilmektedir, çünkü söz konusu karar sınırlı bir yargı yetki sınırı kapsamı üzerinde bağlayıcıdır. İşte bu noktada uluslararası dayanışmaya ihtiyaç duy-maktayız. Ulusal sınırların bilhassa insanlığa karşı gerçekleştirilen ihlaller gibi evrensel insan hakları meselelerinin çözüme kavuşturulması hususunda engeller çıkarmaması gerekir. Bu, insanlar olarak paylaştığımız evrensel bir husustur ve bir noktada biz dahi mağdur olabiliriz.

Belki de iki çözümü düşünebiliriz. İlk olarak, bireylerin insan haklarını ele alan Anayasa yargısı yetkisine sahip mahkemeler arasında dayanışma kur-maya çalışabiliriz. Dünyadaki anayasa mahkemeleri, yüksek mahkemeler ve anayasa konseyleri bireylerin haklarının korunması açısından son kale olarak durmaktadır ve bunlar arasındaki işbirliği, evrensel hakların korunması hususunda birbirimizin deneyimleri ve bilgeliğini paylaşmak üzere değerli bir fırsat sunmakla kalmayacak, bir ulusun kendi koşulları ve kültürü dahilinde zarar görebilen tarafsızlık ve evrenselliğin kaybolma riskini de azaltacaktır.

Dünya genelinde, farklı ülkelerin anayasa mahkemeleri arasında işbirliği platformları şeklinde işlev gösteren Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konfe-ransı, Fransızca'yı Kullanan Anayasa Mahkemeleri Birliği ve Arap Anayasa Mahkemeleri ve Konseyleri Birliği gibi dokuz bölgesel veya dilsel grubumuz halihazırda bulunmaktadır. Ve Asya, Kore Anayasa Mahkemesi'nin önderli-ğinde, 2010 yılında Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birli-ği'ni kurmuştur. Artık yukarıda bahsedilen bütün bölgesel ve dilsel anayasa mahkemesi gruplarının bir araya getirildiği Dünya Anayasa Yargısı Konfe-ransı da faal durumdadır.

Anayasa mahkemeleri arasındaki bu ağ oluşturma biçimleri ve farklı ül-

keler arasında mahkemedeki davalara ilişkin bilgi paylaşımlarının insanlığa karşı suçların cezalandırılması da dahil olmak üzere evrensel hakların teminat altına alınmasına yönelik tartışma noktaları oluşturup geliştireceğine ve uluslararası insan hakları normlarının değeri hususunda ortak bir anlayış oluşturacağına inanıyorum.

Ancak, söz konusu mahkeme gruplarının kendi başlarına bağlayıcılık gücü olmadığından ötürü sınırlamaları bulunmaktadır. Bu arka plana karşılık, insan haklarının korunmasına ilişkin bölgesel mekanizmalar bu eksikliğin giderilmesinde bir rol oynayabilecektir. Çok taraflı uluslararası sözleşmeler üzerine bina edilen bölgesel insan hakları sisteminin bölge içerisindeki ülkelerin hangi insan haklarının ve nasıl korunacağına ilişkin yapıcı bir uzlaş oluşturabilmesi ve ihlallerin soruşturulması, karara bağlanması ve uygulanmasının bağlayıcı anlaşmalara dayalı olarak uygulanması açısından faydaları bulunmaktadır. Bunun yanında, aynı bölgedeki ülkeler arasındaki ortak izleme ve baskı, bölgesel bir insan hakları sistemi tarafından alınan kararların uygulanmasını sağlayabilmektedir ve bu şekilde, sosyal bütünleşme ve insan haklarının korunmasının etkinliğinin artırılması da muhtemeldir.

Şu anda, insan haklarının korunması amacına yönelik bölgesel sistemler, ismen söylemek gerekirse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi ve Afrika İnsan Hakları ve Halkların Hakları Mahkemesi, Avrupa, Amerika ve Afrika'da faaldir. Bu sistemler bağlayıcı uluslararası normlara dayalı olarak kurulmaktadır ve bu normlara ilişkin herhangi bir ihlalden hukuki olarak sorumlu tutulacaktır. Çoğu kişinin bildiği üzere, Avrupa'nın bölgesel insan hakları koruma sistemi en iyi ve en başarılı örnek olarak nitelendirilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin varlığı, II. Dünya Harbi'nin ardından insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünün Avrupa'da tam anlamıyla gelişimini mümkün kılan ve bölgede barış ve bütünleşmenin tesis edilmesinin temelini oluşturan temel faktörlerden biri olmuştur.

Avrupa örneğinde görüldüğü üzere, bölgesel insan hakları koruma mekanizması bölge içerisindeki anayasa mahkemeleri arasında sürekli olarak bir ilişkinin olması vasıtasıyla tüm bölgenin insan hakları durumunu daha üst bir düzeye taşıyabilmektedir ve insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü ile ilgili bölgesel bir uzlaşının yayılmasını sağlayabilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin aktif bir üyesi olan Türkiye, bölgesel insan hakları sisteminden faydalanmaktadır. Buna karşın, hem Türkiye hem de Kore'nin ait olduğu Asya'da ne yazık ki henüz böyle bir mekanizma bulunmamaktadır. Asya ülkelerinin çoğunluğunun bu davaya sempati duyması ve bölgesel sistem oluşturmada başarılı olması durumunda, sonuçta ortaya

P. H. Chul: Temel Hak İhlallerine Karşı Uluslararası Dayanışma

çıkan sistem insanlığa karşı ihlallere yönelik yaptırımların uygulanması ve mağdurlara yönelik bölgesel düzeyde çözüm yolları temin edilmesini sağlayacaktır. İnsan haklarına saygı üzerine bina edilen Asya insan hakları mahkemesinin faaliyetleri, evrensel hakların yüceltilmesini sağlayabilecek ve hatta trajik savaşlar ve büyük çaplı insan hakları ihlallerinin önlenmesi suretiyle bölgede barışı tesis edebilecektir.

Bu davaya adanmış bir uluslararası işbirliği çerçevesine dayalı olarak insan hakları ve yaşama saygıyı tesis etmemiz ve insanlığa karşı yapılan ihlaller açısından bir caydırıcılık oluşturmamız ve bölgesel düzeyde çözüm yollarının temin edilmesini sağlamamız durumunda, Asya'da insan haklarının geliştirilmesinin yanında dünya barışının geliştirilmesi açısından da kayda değer bir ilerlemeye tanık olabileceğiz.

Son olarak, 25 yıllık görev süresi boyunca Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin gelişimine ve dünyada insan haklarının korunmasına büyük katkılar yapılması hususundaki kararlılığı ve başarılarından dolayı Başkan Haşim Kılıç'a tekrar saygılarımı sunmak isterim. Ayrıca, Türkiye ve Kore Anayasa Mahkemelerinin kendisinin katkılarını daha ileriye taşıyacağına ve evrensel hakların teyit edilmesi ve teminat altına alınması hususunda uluslararası dayanışma ve işbirliğini perçinlemek üzere işbirliklerini ilerleteceğine olan inancımı da iletmek isterim.

Mahmudzoda M. A
*(President of Constitutional Court
of the Republic of Tajikistan,
Academician of Academy of Sciences
of the Republic of Tajikistan,
Dr. of Law (PhD), Professor)*

CONSTITUTIONAL JUSTICE IN TAJIKISTAN: DEVELOPMENT TRENDS

In developing modern, democratic and legal state, such targets as of supremacy of the Constitution's providence, its high legal force, improvement of legislation, as well as the protection of human and citizens rights and freedoms are key ones, and it is generally accepted that particularly, through the implementation of constitutional justice, one can solve the above-mentioned tasks .

As the world experience development of judiciary theory and practice shows today, that one of the most important attributes and conditions of democratic development of any country is the existence of the constitutional control body, which in its turn, through the implementation of constitutional justice, provides the supremacy and direct effect of the Basic law of country – Constitution.

In this connection, at the modern development stage of democratic countries with different legal systems, it is difficult to imagine the State, where would absent special control over the constitutionality of normative acts, which were being adopted by lawmaking subjects.

Having based on the best achievements of civilization and experience of developing democratic countries, the Republic of Tajikistan after the obtaining of its independence, has set its sights on building of modern state, where the human and citizens rights and freedoms are recognized as the highest value, where is guaranteed effective protection of the various social strata interests, is guaranteed direct implementation of Constitution's provisions, as well as the development of various democratic institutions, one of which is the institution of judicial constitutional control, that is confirmed by a tangible strengthening of its role in the last decades.

Despite the fact of early years of independence in Tajikistan, there existed preconditions of the constitutional control institute and was established the Committee of constitutional control, realizing the supervision in the sphere of observance and implementation of the Constitution's provisions. The further development of the constitutional control body in Tajikistan is closely connected, mostly with the adoption of the first Constitution of independent

state, in 1994, which provided the legal framework for the formation of the newest state, based on the principle of separation of powers, the most important goal of which is to build a legal and democratic society.

With the adoption of new Constitution, Tajikistan has entered into a new stage of democratic development of society. Political, legal and social transformation that have been implemented since the adoption of the Constitution, has led to a qualitative change in social relations on the basis of the democratization of forms and methods of their control that created in its turn, the preconditions for the formation of civil society.

Of course, success in this area depends not only on economic development, improvement of legislation and modernization of the social and legal relations, but it also depends on the development of the constitutional control body in the country, which guarantees direct operation of the rules of the Constitution and thus, it ensures to everybody, the guarantee of the implementation of his or her constitutional rights.

As practice of the law application shows, the implementation of the principle of separation of powers, the embodiment of the idea of legal and democratic state also depends directly on how effectively will operate the mechanism of protection of the Constitution, aimed at safeguarding of its supremacy and direct effect.

On the basis of the constitutional principle of separation of powers, today, Tajikistan has developed judicial system, having of particular importance in modern political and public life of the country, which on the base of strict observance of Constitution and the legislation, protects the human and citizens rights and freedoms. Taking into account the features of the modern stage of the constitutional and legal development of the judicial system, the Constitutional Court, in Tajikistan, as an essential part of that system, has a particular importance in the current political and public life of our country, as due to its efficient operation depends both political and economic welfare of the country.

Constitutional Court, on the basis of the supremacy providence and the observance of the Constitution and the law, ensures the protection of human and citizen's rights and freedoms that promotes to the enhancement of state's authority in the international arena.

President of the Republic of Tajikistan, H.E. Mr. Emomali Rahmon, noting about the role and significance of the Constitutional Court in the development of democracy, during his speech at the international scientific-practical conference on the theme "Bodies of Constitutional Control in

terms of integration of legal systems: practice and international experience in Tajikistan” particularly underlined that “For further democratization of the political and social life, the rule of law and social justice, it is given the permanent and special importance to strengthening and enhancing the role of the judiciary, including the Constitutional Court, in the system of state power of the Republic of Tajikistan”¹.

It should be noted that the establishment of an independent higher judicial authority, endowed with the constitutional authority for the implementation of the constitutional justice, significantly strengthened the mechanism of protection of the constitutional system, constitutional law, human and citizen rights and freedoms.

With the advent of the Constitutional Court, the court having constitutional jurisdiction, implementing constitutional proceedings, began carry out, in Tajikistan, the constitutional justice as the highest form of judicial constitutional control, whose main task is to ensure the supremacy and stability of the Constitution, the preservation of the constitutional separation of powers and a protection’s guarantee of constitutionally established human rights and freedoms².

In any sovereign democratic state, of course, only by existence of a developed system of judicial constitutional control, one can hope for achievement of providing precise and strict implementation of provisions of the Constitution, as the guarantor of constitutional human and citizen rights and freedoms

Implementation of constitutional control also allows to the Republic of Tajikistan, as in any democratic and legal state, to provide legal protection of the Constitution by specialized, competent and impartial body - the Constitutional Court – through invalidation or suspension of the normative legal acts that contradict to the norms of the Constitution. But, it should be noted that in order to develop a system of constitutional control and improve the functioning of the Constitutional Court, taking into account the emergence of new relationships, which may be the subject of constitutional proceedings, it is necessary to improve the legislative base in this area.

The practice of the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan has shown that the sectoral legislation needs to be improved in order to increase efficiency and improve its activities. In this connection, on the basis of held legal reform in Tajikistan, the program of judicial reform has twice

1 See.: Bulletin of the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan. № 4 2010 S.-24.

2 See.: Makhmudov M.A. / Speech at the International Conference on “Constitutional control: doctrine and practice”, dedicated to the 20th anniversary of the Constitutional Court of the Russian Federation. St. Petersburg October 27, 2011

been developed and implemented and were approved by the Decree of the President of the Republic of Tajikistan in order to strengthen the judiciary and improve the sectoral legislation.

The latest program of judiciary legal reform has also been adopted in the country in order to strengthen further the judiciary, increase the role of the court by comprehensive protection of human and citizen rights and freedoms, legitimacy interests of the state, institutions, enterprises and other organizations so that to promote the judicial system and its activities, as well as the advancement of legislation.

Taking into account the important role of the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan in strengthening the state and maintenance of national independence, in protection of human rights and freedoms, in protection of the interests of the state and society, it was envisaged in the program of judicial reform, the need for legislative improvement of the activity of the Constitutional Court, particularly the constitutional proceedings. In this connection, in order to enhance the activity of the Constitutional Court, in paragraph 9 of this program, was provided the development of the draft Constitutional Law of the Republic of Tajikistan "On the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan".

On the base of above-mentioned and with consideration of experience and modern legislation of constitutional courts of various countries of the world, in particular the Federal Republic of Germany, the Russian Federation, the Republic of Armenia, Kazakhstan and other countries, as well as taking into account the proposals and recommendations of international experts, the practice of the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan, there was prepared a draft constitutional Law "On the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan", which later was adopted by the Parliament. It should be noted that in the previous Constitutional Law "On the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan", adopted by November 3, 1995, were included 12 times the amendments. But, regardless of the made changes and additions, the given sectoral legislation needed to be enhanced. Therefore, it was adopted a new constitutional Law. The new constitutional Law, consisting of 15 chapters and 86 articles, without doubt, improves the functioning of the Constitutional Court, as it reflects, in detail the organization and proceedings activity of the Constitutional Court, the order of execution providing of judicial decisions of the Constitutional Court and rights and obligations of participants of the judicial process.

Along with other issues mentioned in the new constitutional law, it provided as well as the authorities of the Constitutional Court of Tajikistan as

a judicial body of legal democratic and social state, predefined by objectives of constitutional justice, the main of which is to ensure the supremacy of the Constitution, as well as the protection of fundamental human and citizen rights and freedoms.

The authorities endowed to the bodies of constitutional control, transformed them into a powerful stabilizing force capable to protect the rights and freedoms of citizens, and to protect society from the destructive social conflicts³. In general, it should be noted that governmental authority of the country, since the early days of its state independence fulfilled the considerable work for the development of the judicial system, based on the various judicial and legal reforms, which contributed to the raise of the status of the judiciary power in society.

But, despite the cardinal transformations, occurred in the judicial system during the years of independence, it largely deserves the very positive assessment. With this regard, it is not possible to identify the ways of its further development without continuing reform in this area, in which it desperately needs. Taking into consideration the special role of legal and judicial reform in the development of judiciary power of the country, the President of the Republic of Tajikistan, H.E. Mr. Emomali Rahmon noted in his Message to supreme representative and legislative body of the country that “the judiciary power will further continue to improve by the continuation of judicial and legal reform, which is still being continued. And for creation of legal preconditions’ achievements of these objectives, there will be developed and adopted the necessary laws.

For the development of judicial system of the state is much important the professional development of judges, the role and position of the court in real protecting of human rights and freedoms, legitimate interests of organizations and institutions, regardless of their legal form of organization. With this regard, is currently being developed a new program of judicial system for the next three years”⁴.

In this connection, one can remark that the reform of judicial system has not yet been completed till present time, and with the account of stable constitutional state of the country, the necessity of continuing reforms in this field, is perceived today, as quite natural process. This, in its turn, will help to determine the paths of its future sustainable development.

3 See: Savitskiy V.A. The place of decisions of Constitutional Court of Russian Federation in legal system //Legal consultant. 2000. № 5. – C. 20-21

4 See: Message of President of the Republic of Tajikistan, H.E. Mr. Emomali Rahmon to Parliament (so-called Majlisi Oli) of the Republic of Tajikistan, dated by April 23, 2014.

We are deeply convinced that the adoption of a new program of judicial reform, with account of historical and foreign experience of judicial systems' development, as well as the researches in this sphere, will contribute to further optimal formation and development of the judicial system of the country. The adoption of the mentioned program will also become as the basis in identifying the problems and help to find rational ways of their solutions.

Another important issue that has both theoretical and practical value, is still remained the question of timely implementation of the Constitutional Court's decisions, through which is provided the constitutionality of legally normative acts. The given issue also contributes to the raise of Constitutional Court's role and provides the supremacy of Constitution in democratic society of the country.

The Constitutional Court is a jurisdictional body with the authority to make final and not subject to appeal the decisions, which relates to the effective means of providing the supremacy of the Constitution and law. Thus, these ways are the benchmark for the legislator during the adoption of normative acts, thereby providing a single legal space in the country.

Timely execution of the decisions of the Constitutional Court has high importance in the maintenance of the constitutional legality in the country, as well as the definition of role and significance of constitutional control's institution in democratic state. It is also able to make a big impact on the legal education of citizens. Improper implementation of decisions of the Constitutional Court, adopted on the basis of the constitutional justice, presents a major threat to constitutional legality as diminish the importance of the Basic Law.

Noteworthy is the opinion of the President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia - Chairperson of the Conference of Constitutional Control Bodies of the countries of new democracy, Professor G. Harutyunyan. According to his opinion "... the decisions of Constitutional Court should occupy such place in the system of legal acts, which will enable them to more effectively implement the protection of the constitutional order and human rights. In particular, mentioned decisions should not have the validation below the legal force of laws. For example, the decision of the Federal Constitutional Court of Germany (those relating to the constitutionality of legal acts, in particular, in cases where an individual as a result of complaints found to comply with the law or not in conformity with the Basic Law or invalid) have the force of law. At the same time, in accordance with Article 35 of the Law of the Federal Constitutional Court, its decision may specify

by whom it should be performed, and in some cases may also indicate the methods of implementation”⁵.

In accordance with Article 60 of the constitutional Law of the Republic of Tajikistan “On the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan”, the acts of the Constitutional Court, which include in themselves the decisions, conclusions and determinations are final and are not subject to appeal.

In order to ensure the constitutional legality in the country, in particular, the supremacy of the Constitution, the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan has adopted, in its activity, many decisions on the basis of executed acts, where by subjects of implemented law were made amendments to the above acts, and were excluded the contradictions of their contested provisions to Basic Law of country.

In particular, by the decision of Constitutional Court of the Republic of Tajikistan was declared unconstitutional part 2 of article 363 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Tajikistan in respect of the fact that definition (decision), in regard to the election, change or cancel of the measure of suppression, is not subject to appeal or protest rendered during the proceedings. Within this norm, participants of the proceedings have been prohibited to appeal or to protest the above-mentioned definition (decision) rendered during the proceedings.

By another decision of the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan, was recognized as unconstitutional the paragraph 4 of the Rules of the certification and registration of patent attorneys of the Republic of Tajikistan, prohibiting the officials and employees of the Patent Office to be certified and registered in the Register as patent attorneys, within three years after the dismissal. In accordance with international law and national legislation, the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan, in its decisions removed legal barriers that restricted various constitutional human and citizens rights.

The practical activity of the Constitutional Court shows that the given body has a leading and independent legal status in the system of judiciary power of the country. From the mentioned body’s decision, largely depends both the condition of constitutional legality in the country, and the state of legal norms’ implementation, enshrined in the framework of the Constitution.

Today, with account of the short period that has elapsed since the creation of the body exercising constitutional control, one can state that the given

5 See: G. G. Harutyunyan / Constitutionalism: lessons, challenges and guarantees: a collection of selected publications and presentations at international forums dealing with this issue. - K.: Logos, 2011 C-114.

Haşim Kılıç'a Armağan

body has very important significance in strengthening the foundations of democratic and the rule of law state. From its effective activity, to a large extent, also depends the real effect of Constitution of Tajikistan and protection of human and citizens' rights and freedoms.

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВОСУДИЕ В ТАДЖИКИСТАНЕ: ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ

В развивающемся современном демократическом и правовом государстве задачи обеспечения верховенства Конституции, ее высшей юридической силы, совершенствования законодательства, а также защиты прав и свобод человека и гражданина являются одними из ключевых, и общепризнанно, что именно посредством осуществления конституционного правосудия можно решить вышеуказанные задачи.

Как показывает мировой опыт развития теории и практики судебной власти сегодня, одним из важнейших атрибутов и условий демократического развития любого государства является наличие в нем органа конституционного контроля, который посредством осуществления конституционного правосудия обеспечивает верховенство и непосредственное действие Основного закона страны.

В связи с чем, на современном этапе развития демократических государств с различными правовыми системами трудно представить государство, в котором отсутствовал бы особый контроль за конституционностью нормативных актов, принимающихся субъектами правотворчества.

Республика Таджикистан после приобретения государственной независимости, опираясь на лучшие достижения цивилизации и опыт развивающихся демократических стран, взяла курс на построение новейшей государственности, где права и свободы человека и гражданина признаны высшей ценностью, гарантируется реальная защита интересов различных социальных слоев общества, гарантируется непосредственная реализация норм Конституции, а также развитие различных демократических институтов, одним из которых является институт судебного конституционного контроля, что подтверждается столь ощутимым укреплением его роли в последние десятилетия.

Несмотря на то, что в первые годы независимости в Таджикистане существовали предпосылки института конституционного контроля и был учрежден Комитет конституционного надзора, осуществлявший надзор в сфере соблюдения и реализации норм Конституции, дальнейшее

развитие органа конституционного контроля в Таджикистане в основном тесно связано с принятием первой Конституции независимого государства в 1994 году, которая заложила правовую основу для формирования новейшей государственности, основанной на принципе разделения ветвей власти, важнейшей целью которой является построение правового и демократического общества.

С принятием новой Конституции Таджикистан вступил в новый этап демократического развития общества, и политико-правовые и социальные преобразования, которые были осуществлены после принятия Конституции, привели к качественному изменению общественных отношений на основе демократизации форм и методов их регулирования, создавших в свою очередь предпосылки для формирования гражданского общества.

Безусловно, успехи в этом направлении зависят не только от развития экономики, совершенствования законодательства и модернизации общественно-правовых отношений, но и от развития органа конституционного контроля в стране, который гарантирует непосредственное действие норм Основного закона страны и таким способом обеспечивает каждому гарантию реализации его конституционных прав.

Как показывает практика применения права, осуществление принципа разделения ветвей власти, воплощение в жизнь идеи правового и демократического государства также напрямую зависит от того, насколько эффективно будет действовать механизм охраны Основного закона страны, направленный на обеспечение его верховенства и непосредственного действия.

На основании конституционного принципа разделения ветвей власти, сегодня в Таджикистане существует развитая судебная система, имеющая особое значение в современной политической и государственной жизни страны, которая на основе строгого соблюдения Конституции и законодательства обеспечивает охрану прав и свобод человека и гражданина.

Конституционный суд как важнейшая часть судебной системы Таджикистана, с учетом особенностей современного этапа конституционно-правового развития системы правосудия, имеет особое значение в современной политической и государственной жизни нашей страны, так как от эффективной деятельности его зависит как политическое, так и экономическое благополучие страны.

Mahmudzoda M. A.: Конституционное Правосудие В Таджикистане:
Тенденции Развития

Конституционный суд на основе обеспечения верховенства и соблюдения Конституции и законодательства обеспечивает защиту прав и свобод человека и гражданина, что способствует повышению авторитета государства на международной арене.

Президент Республики Таджикистан уважаемый Эмомали Рахмон, отмечая роль и значимость Конституционного суда в развитии демократии, в своем выступлении на международной научно-практической конференции на тему «Органы конституционного надзора в условиях интеграции правовых систем: международный опыт и практика Таджикистана» в частности отметил, что «в Республике Таджикистан для дальнейшей демократизации политической и социальной жизни, обеспечения законности и социальной справедливости придается постоянное и особое значение вопросу укрепления и повышения роли судебной власти, в том числе Конституционного суда, в системе государственной власти»¹.

Следует отметить, что создание высшего самостоятельного органа судебной власти, наделённого конституционными полномочиями для осуществления конституционного правосудия, существенно укрепило механизм защиты конституционного строя, конституционной законности, прав и свобод человека и гражданина.

С появлением Конституционного суда, имеющего судебную конституционную юрисдикцию и осуществляющего конституционное судопроизводство, в Таджикистане стало осуществляться конституционное правосудие как высшая форма судебного конституционного контроля, основная задача которого заключается в обеспечении верховенства и стабильности Конституции, сохранении конституционного разделения ветвей власти и гарантированности защиты конституционно закреплённых прав и свобод человека².

Безусловно, лишь при существовании развитой системы судебного конституционного контроля в любом суверенном демократическом государстве можно надеяться на достижение обеспечения точного и неукоснительного претворения норм Конституции, выступающей гарантом защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина в жизни.

Осуществление конституционного контроля также позволяет,

1 См.: Вестник Конституционного суда Республики Таджикистан. №4 2010 г. С.- 24.

2 См.: Махмудов М.А. / Выступление на международной конференции на тему «Конституционный надзор: доктрина и практика», посвященной 20-летию Конституционного Суда Российской Федерации. Санкт Петербург 27 октября 2011 г.

чтобы в Республике Таджикистан, как и в любом демократическом и правовом государстве, была обеспечена правовая защита Конституции специализированным, компетентным и беспристрастным органом – Конституционным судом - путем признания недействительными и приостановления действий нормативных правовых актов, противоречащих нормам Основного закона страны.

Но следует отметить, что для того чтобы развивалась система конституционного контроля и совершенствовалась деятельность Конституционного суда с учетом появления новых правоотношений, которые могут быть предметом конституционного судопроизводства, необходимо совершенствование законодательной базы в данном направлении.

Также и практика деятельности Конституционного суда Республики Таджикистан показала, **что в целях повышения эффективности и совершенствования его деятельности отраслевое законодательство нуждается в совершенствовании.**

В связи с чем, на основе проведенной правовой реформы в Республике Таджикистан с целью укрепления судебной власти, а также совершенствования отраслевого законодательства дважды были разработаны и реализованы программы судебно-правовой реформы и утверждены указами Президента Республики Таджикистан.

Последняя Программа судебно-правовой реформы в стране также была принята с целью дальнейшего укрепления судебной власти, повышения роли суда во всесторонней защите прав и свобод человека и гражданина, законных интересов государства, учреждений, предприятий и других организаций, усовершенствования судебной системы и её деятельности, а также совершенствования законодательства в данной области.

Учитывая немаловажную роль Конституционного суда Республики Таджикистан в укреплении государства и обеспечении национальной независимости, защиты прав и свобод человека, интересов государства и общества, в Программе судебно-правовой реформы была предусмотрена необходимость законодательного совершенствования деятельности Конституционного суда, в частности конституционного судопроизводства.

В связи с чем в пункте 9 данной программы с целью усовершенствования деятельности Конституционного суда была предусмотрена разработка проекта конституционного Закона Республики Таджикистан “О Конституционном суде Республики Таджикистан”.

Mahmudzoda M. A.: Конституционное Правосудие В Таджикистане:
Тенденции Развития

На основании чего рабочей группой с учетом опыта и современного законодательства конституционных судов различных стран мира, в частности Федеративной Республики Германии, Российской Федерации, Республики Армении, Казахстана и других стран, предложений и рекомендаций международных экспертов, а также практики деятельности Конституционного суда Республики Таджикистан был подготовлен проект конституционного Закона “О Конституционном суде Республики Таджикистан”, который в последующем был принят парламентом страны.

Следует отметить, что в предыдущий конституционный Закон “О Конституционном суде Республики Таджикистан”, принятый 3 ноября 1995 года, с учетом развития судебной власти страны, 12 раз вносились изменения и дополнения.

Но независимо от внесенных изменений и дополнений данное отраслевое законодательство нуждалось в совершенствовании, в связи с чем был принят новый конституционный Закон.

Новый конституционный Закон, состоящий из 15 глав и 86 статей, несомненно, способствует улучшению деятельности Конституционного суда, так как в нем более детально нашли свое отражение организации процессуальная деятельность Конституционного суда, порядок обеспечения исполнения судебных актов Конституционного суда и права и обязанности участников судебного процесса.

В новом конституционном Законе также наряду с другими вопросами предусмотрены полномочия Конституционного суда Таджикистана как судебного органа правового демократического и социального государства, которые предопределены целями конституционного правосудия, главной из которых является обеспечение верховенства Конституции, а также защита основных прав и свобод человека и гражданина.

Полномочия, предоставленные органам конституционного надзора, превращают их в мощную стабилизирующую силу, способную защищать права и свободы граждан, оберегать общество от разрушительных социальных конфликтов³.

В целом следует отметить, что Правительством страны с первых дней государственной независимости на основе различных судебно-правовых реформ по развитию судебной системы страны проделана значительная работа, которая способствовала повышению статуса судебной власти в обществе.

3 См.: Савицкий В.А. Место решений Конституционного Суда Российской Федерации в правовой системе // Юридический консультант. 2000. № 5. - С. 20-21

Но, несмотря на кардинальные преобразования, произошедшие в судебной системе в годы независимости, которые во многом заслуживают весьма положительной оценки, без продолжения реформы в данной сфере не представляется возможным определение путей ее дальнейшего развития, в чем она остро нуждается.

Учитывая особую роль судебно-правовой реформы в развитии судебной власти страны, Президент Республики Таджикистан уважаемый Эмомали Рахмон в своём Послании высшему представительному и законодательному органу страны отметил, что «судебная власть будет и дальше совершенствоваться, судебная и правовая реформы продолжены, а для создания правовых предпосылок достижения этих целей будут разработаны и приняты необходимые законы.

Для развития судебной системы страны, повышения профессионального уровня судей, роли и позиций суда в реальном обеспечении защиты прав и свобод человека, законных интересов организаций и учреждений, независимо от их организационно-правовой формы значительно важна, и в настоящее время разрабатывается новая программа судебно-правовой системы на предстоящие три года»⁴.

В связи с этим можно отметить, что реформирование судебной системы до настоящего времени не завершено, а с учетом стабильного конституционного состояния страны необходимость продолжения преобразований в данной сфере воспринимается сегодня как вполне закономерный и естественный процесс, что, в свою очередь, поможет определить пути его будущего поступательного развития.

Мы глубоко убеждены, что принятие новой программы судебно-правовой реформы с учетом исторического и зарубежного опыта развития судебных систем, научных исследований судебной системы и ее отдельных элементов также безусловно, будет способствовать дальнейшему оптимальному формированию и развитию судебной системы страны, станет основой в выявлении проблем в этой сфере и поможет найти рациональные пути их решения.

Другим немаловажным вопросом, имеющим как теоретическое, так и практическое значение, а также способствующим повышению роли Конституционного суда в демократическом обществе и обеспечивающим верховенство Конституции в стране, был и остается вопрос своевременного исполнения решений Конституционного суда, посредством которого обеспечивается конституционность нормативных

4 См.: Послание Президента Республики Таджикистан Эмомали Рахмона Маджлиси Оли Республики Таджикистан от 23 апреля 2014 года.

правовых актов.

Конституционный суд является юрисдикционным органом, имеющим полномочия выносить окончательные и не подлежащие оспариванию решения, которые относятся к числу эффективных средств обеспечения верховенства Конституции, права и являются ориентиром для законодателя при принятии нормативных правовых актов, тем самым обеспечивая единство правового пространства в стране.

Своевременное исполнение решений Конституционного суда имеет важное значение как в обеспечении конституционной законности в стране, так и в определении роли и значимости института конституционного контроля в демократическом государстве, оно также способно оказать большое влияние на правовое воспитание граждан.

Ненадлежащее исполнение решений Конституционного суда, выносимых на основе осуществления конституционного правосудия, представляет большую угрозу конституционной законности, поскольку умаляет значение Основного закона страны.

Заслуживает внимания мнение Председателя Конституционного Суда Республики Армения - Председателя Конференции органов конституционного контроля стран новой демократии, профессора Арутюняна Г.Г. согласно которому «...решения Конституционного Суда должны занимать такое место в системе правовых актов, которое даст им возможность более эффективно осуществить защиту конституционного строя и прав человека. В частности, они не должны иметь юридическую силу ниже юридической силы законов. Например, решение Федерального Конституционного Суда Германии (те, которые касаются конституционности правовых актов, в частности, также в тех случаях, когда в результате индивидуальной жалобы закон признан соответствующим или не соответствующим Основному закону, либо недействительным) имеют силу закона. В то же время согласно статье 35 того же Закона Федеральный Конституционный Суд Германии в своем решении может указать, кем оно должно быть исполнено, а в отдельных случаях может также указать методы осуществления»⁵.

В соответствии со статьёй 60 конституционного Закона Республики Таджикистан «О Конституционном суде Республики Таджикистан» акты Конституционного суда, которые включают в себя постановления, заключения и определения являются окончательными и обжалованию

5 См.: Г.Г. Арутюнян / Конституционализм: уроки, вызовы, гарантии: сборник избранных публикаций и выступлений на международных форумах, посвященных данной проблематике. – К.: Логос, 2011. С-114.

не подлежат.

В своей деятельности с целью обеспечения конституционной законности в стране, в частности обеспечения верховенства Конституции, Конституционный суд Республики Таджикистан принял множество решений, на основании исполнения которых в последующем субъектами применения права были внесены поправки в нормативные правовые акты, и исключены противоречия их оспариваемых норм Основному закону страны.

В частности постановлением Конституционного суда Республики Таджикистан была признана неконституционной часть 2 статьи 363 Уголовно-процессуального кодекса Республики Таджикистан в части, касающейся того, что не подлежит обжалованию и опротестованию вынесенное в ходе судебного разбирательства определение (постановление) в отношении избрания, изменения или отмены меры пресечения. Этой нормой запрещалось участникам судебного процесса обжаловать и опротестовывать вынесенное в ходе судебного разбирательства определение (постановление), касающееся избрания, изменения или отмены меры пресечения.

Другим постановлением Конституционного суда Республики Таджикистан неконституционным был признан пункт 4 Правил аттестации и регистрации патентных поверенных Республики Таджикистана, запрещающий должностным лицам и служащим Патентного ведомства в течение трех лет после увольнения быть аттестованными и зарегистрированными в Реестре в качестве патентных поверенных.

В этих и других своих решениях Конституционный суд Республики Таджикистан с учетом норм международного права и национального законодательства устранил правовые барьеры, которые ограничивали различные конституционные права человека и гражданина.

Практика деятельности Конституционного суда показывает, что данный орган занимает лидирующее и автономное правовое положение в системе судебной власти страны, от его решения во многом зависит как состояние конституционной законности в стране, так и состояние реализации правовых норм, закрепленных в рамках Основного закона страны.

Сегодня, учитывая небольшой период, прошедший со дня создания органа осуществляющего конституционное правосудие, можно констатировать, что данный орган имеет весьма важное значение в

Mahmudzoda M. A.: Конституционное Правосудие В Таджикистане:
Тенденции Развития

укреплении устоев демократического и правового государства, от его эффективной деятельности в значительной степени также зависит реальное действие Конституции Таджикистана и защита прав и свобод человека и гражданина.

TACİKİSTAN'DA ANAYASA YARGISI : GELİŞİM EĞİLİMLERİ

Gelişen modern, demokratik ve hukuk devletinde, insan ve vatandaşlık haklarının ve özgürlüklerinin korunmasının yanı sıra Anayasa'nın öngörülerinin üstünlüğü, yüksek hukuki gücü, mevzuatın geliştirilmesi gibi hedefler de büyük önem arz eder ve genellikle anayasa yargısının icra edilmesi suretiyle yukarıda bahsedilen görevlerin yerine getirilebileceği kabul edilir.

Dünyada yargı kuramı ve uygulamaları alanında deneyimin artması, günümüzde bir ülkenin demokratik gelişiminin en önemli özellikleri ve şartlarından birinin bir anayasal kontrol kurumunun var olması olduğunu ve bu kurumun, anayasa yargısını icra etmek suretiyle ülkenin temel kanunu olan Anayasa'nın üstünlüğü ve doğrudan etkisini temin ettiğini göstermektedir.

Bu bağlamda, farklı hukuki sistemleri olan demokratik ülkelerin modern gelişim sürecinde devletin, kanun koyucular tarafından kabul edilen normatif yasaların Anayasa'ya uygunluğu konusunda özel bir kontrole sahip olmamasını hayal etmesi zordur.

Tacikistan Cumhuriyeti, bağımsızlığını kazandıktan sonra medeniyetin en ileri kazanımları ve demokratik ülkelerin artan deneyimi temelinde insan ve vatandaş hakları ve özgürlüklerinin en yüce değer kabul edildiği, toplumun farklı toplumsal kesimlerinin etkin bir şekilde korunduğu, Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanmasına dair teminatın verildiği ve bunlara ilaveten son on yıldır, rolü somut bir şekilde artan Anayasa'nın yargısal kontrolünden sorumlu kurum da dâhil olmak üzere çeşitli demokratik kurumların kurulduğu modern bir devletin inşasına odaklanmıştır.

Tacikistan'ın bağımsızlığını kazandığı ilk yıllarda Anayasa'ya uygunluk kontrolünden sorumlu kurumla ilişkili bazı ön koşullar bulunmaktaydı; bu bağlamda Anayasa hükümlerinin dikkate alınması ve uygulanması konusunda kontrol gerçekleştirecek olan Anayasal Kontrol Komitesi kurulmuştur. Tacikistan'da anayasal kontrol kurumunun daha da gelişmesi, 1994 yılında bağımsız devletin ilk Anayasasının kabul edilmesiyle yakından ilişkilidir; bu Anayasa, en önemli gayesi demokratik bir hukuk devleti inşa etmek olan kuvvetler ayrılığı ilkesi temelinde yeni devletin kuruluşuyla ilgili yasal çerçeveyi oluşturmuştur.

Mahmudzoda M. A.: Tacikistan’da Anayasa Yargısı: Gelişim Eğilimleri

Yeni Anayasa’nın kabul edilmesiyle birlikte Tacikistan, toplumun demokratik gelişimi açısından yeni bir safhaya geçmiştir. Anayasa’nın kabulünden beri uygulamada olan siyasi, hukuki ve sosyal dönüşüm, sosyal ilişkilerde bu ilişkilerin şekilleri ve yöntemlerine dair kontrolün demokratikleşmesi ve neticede sivil toplumun oluşumu için ön koşulların yerine getirilmesiyle birlikte nitel bir değişimi beraberinde getirmiştir.

Elbette bu alanda başarıya ulaşabilmek yalnızca ekonomik gelişime ve mevzuatın geliştirilmesi ve sosyal ve hukuki ilişkilerin modernleştirilmesine değil, aynı zamanda ülkede anayasal kontrol kurumunun gelişimine, bu kurumun Anayasadaki kuralların doğrudan uygulanmasını teminat altına almasına ve dolayısıyla herkese anayasal haklarını kullanma teminatı vermesine bağlıdır.

Hukuk pratiğinde görüldüğü üzere, kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulanması ve demokratik hukuk devleti fikrinin tecessüm etmesi de Anayasa’nın üstünlüğü ve doğrudan etkisini korumaya yönelik Anayasa koruma mekanizmasının ne kadar etkili bir şekilde işleyeceğiyle doğrudan ilişkilidir.

Tacikistan, bugün, Anayasada yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesi temelinde, ülkede modern siyasi ve kamusal hayat açısından büyük önemi olan, Anayasa’nın ve mevzuatın birebir uygulanması suretiyle insan ve vatandaşlık haklarını ve özgürlüklerini koruyan kendi yargı sistemini oluşturmuştur. Çağımızda, yargı sisteminin anayasal ve hukuki gelişimine dair unsurları dikkate alan Tacikistan Anayasa Mahkemesi, söz konusu sistemin vazgeçilmez bir parçası olarak ülkede bugünkü siyasi ve kamusal hayat açısından önemli bir yere sahiptir, zira mahkemenin etkin bir şekilde faaliyet göstermesi, ülkenin siyasi ve ekonomik refahına bağlıdır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın üstünlüğü öngörüsü ve Anayasa ile kanunlara uyulması temelinde devletin uluslararası platformda otoritesini güçlendirecek şekilde insan ve vatandaşlık haklarının ve özgürlüklerinin korunmasını sağlar.

Tacikistan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı, Sayın Emomali Rahmon, “ Hukuk sistemlerinin entegrasyonu açısından Anayasal Kontrol Kurumları: Tacikistan’da uygulama ve uluslararası deneyim” başlıklı bilimsel - uygulamaya yönelik uluslararası konferansta yaptığı ve demokrasinin tesis edilmesinde Anayasa Mahkemesinin rolü ve öneminden bahsettiği konuşmasında bilhassa şu vurguyu yapmıştır: “Siyasi ve toplumsal hayatın daha da demokratikleştirilebilmesi ve hukukun üstünlüğü ile sosyal adaletin yerleşik hâle getirilebilmesi için Tacikistan Cumhuriyeti’nde devlet erki sistemi içerisinde Anayasa Mahkemesi de dahil olmak üzere yargının rolünün güçlendirilmesi ne kalıcı ve özel önem verilmektedir.”¹

1 Bkz.: Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Bülteni. № 4 2010 S.-24.

Haşim Kılıç'a Armağan

Anayasa yargısını uygulaması için anayasa tarafından yetkilendirilmiş, bağımsız bir yüksek yargı kurumunun kurulmasının anayasal sistemin, anayasa hukukunun, insan ve vatandaşlık hakları ve özgürlüklerinin korunması mekanizmasını önemli ölçüde güçlendirdiğini de belirtmek gerekir.

Anayasa yargısı yetkisine sahip mahkeme olan Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasıyla birlikte Tacikistan'da anayasal kovuşturma uygulamaları başlatılmış, başlıca görevi Anayasa'nın üstünlüğü ve istikrarını, anayasada yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesinin korunmasını ve anayasayla tesis edilen insan hakları ve özgürlüklerinin teminat altına alınmasını sağlamak olan anayasa yargısı, yargının anayasal kontrolün en üst düzey mercii olmuştur.²

Bütün bağımsız demokratik devletlerde Anayasada yer alan insan ve vatandaşlık hakları ve özgürlüklerinin teminatçısı olan Anayasa hükümlerinin tam ve kesin bir biçimde uygulanması elbette yalnızca bir Anayasa yargısı kontrolü sisteminin geliştirilmesiyle mümkündür.

Anayasal kontrolün uygulanması, her demokratik hukuk devletinde olduğu gibi Tacikistan Cumhuriyeti'nde de Anayasa alanında uzmanlaşmış, yetkin ve tarafsız bir kurum –Anayasa Mahkemesi- tarafından Anayasa'nın normlarına aykırı normatif yasaların hükümsüz bırakılması veya askıya alınması suretiyle hukuken korunmasına olanak tanır. Ne var ki bir anayasal kontrol sistemi oluşturmak ve Anayasa Mahkemesi'nin işleyişini güçlendirmek için anayasal kovuşturmaların konusu olabilecek yeni ilişkilerin ortaya çıkmasını dikkate alarak bu alandaki yasama temelini geliştirmek gereklidir.

Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin uygulamaları, sektörel mevzuatın verimliliğinin artırılması ve etkinliğinin güçlendirilmesi için daha da geliştirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Bu bağlamda, Tacikistan'da gerçekleştirilen yasal reform kapsamında, yargıyı kuvvetlendirmek ve sektörel mevzuatı geliştirmek için iki kez yargı reformu programı oluşturulmuş ve uygulamaya konmuş ve Tacikistan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile onaylanmıştır.

Ülkede yargıyı daha da güçlendirmek, insan ve vatandaşlık hakları ve özgürlüklerinin kapsamlı bir şekilde korunması suretiyle mahkemelerin rolünü arttırmak, devletin, kurumların, müesseselerin ve diğer teşkilatların meşru çıkarlarını korumak, böylece yargı sistemini ve faaliyetlerini teşvik etmek ve mevzuatı geliştirmek için en son yargı reformu programı kabul edilmiştir.

Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin devleti güçlendirip ulusal bağımsızlığı korumada, insan hakları ve özgürlüklerinin korunmasında, dev-

2 Bkz.: Makhmudov M.A. / Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin 20. kuruluş yılı dönümü münasebetiyle düzenlenen "Anayasal kontrol: doktrin ve uygulama" konulu Uluslararası Konferansta yaptığı konuşma. St. Petersburg, 27 Ekim 2011. .

letin ve toplumun çıkarlarının korunmasında üstlendiği önemli rol dikkate alınarak yargı reformu programında Anayasa Mahkemesi'nin faaliyetlerinin, bilhassa anayasal kovuşturmaların yasama temelinde güçlendirilmesi ihtiyacı öngörülmüştür. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin faaliyetlerini güçlendirmek için bu programın 9. paragrafında Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kanunu taslağının oluşturulmasına dair "Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun" başlığına yer verilmiştir.

Yukarıda bahsedilenler temelinde ve dünyanın çeşitli ülkelerindeki, bilhassa Federal Almanya Cumhuriyeti, Rusya Federasyonu, Ermenistan Cumhuriyeti, Kazakistan ve diğer ülkelerdeki anayasa mahkemelerine dair deneyimler ve modern mevzuatlar dikkate alınarak ve ayrıca uluslararası uzmanların öneri ve tavsiyeleri ve Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin uygulamaları da göz önünde bulundurularak, "Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun" adlı kanun taslağı hazırlanmıştır. 3 Kasım 1995'te yürürlüğe giren bir önceki "Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun" 12 kez değiştirilmiştir. Fakat yapılan değişiklikler ve eklemelerden bağımsız olarak sektörel mevzuatın güçlendirilmesi gerekli görülmüştür. Dolayısıyla, yeni bir Anayasa Mahkemesi Kanunu kabul edilmiştir. 15 bölüm ve 86 maddeden oluşan ve Anayasa Mahkemesi'nin teşkilat yapısı, işlem ve faaliyetlerini, Anayasa Mahkemesi'nin hükümlerine dair tenfiz kararlarını ve yargı süreci katılımcılarının hak ve yükümlülüklerini ayrıntılı olarak yansıtan yeni Anayasa Mahkemesi Kanunu, Anayasa Mahkemesi'nin işleyişini şüphesiz güçlendirmiştir.

Yeni Anayasa Mahkemesi Kanunu, diğer konuların yanı sıra demokratik ve sosyal bir hukuk devletinin yargı kurumu olarak Tacikistan Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerine ve anayasal yargının Anayasa'nın üstünlüğünün tesis edilmesi, temel insan ve vatandaş hakları ve özgürlüklerinin korunması gibi başlıca hedefleri ile önceden tanımlanan birtakım hedeflerine yer vermiştir.

Anayasal kontrol kurumlarına tevdi edilen yetkiler, onları vatandaşların hakları ve özgürlüklerini koruma ve toplumu yıkıcı sosyal çatışmalardan koruma kapasitesine sahip, güçlü birer istikrar sağlayıcı erk haline getirmiştir³. Genel olarak belirtilmelidir ki ülke yönetimi, devletin bağımsızlığını kazandığı ilk günlerden itibaren çeşitli yargısal ve hukuki reformlar temelinde yargı sisteminin geliştirilmesine ilişkin kayda değer bir çalışma gerçekleştirmiş ve bu çalışmalar, yargının toplum nezdindeki statüsünün yükselmesine katkıda bulunmuştur.

Bağımsızlığın ilk yıllarında yargı sisteminde gerçekleştirilen bu büyük çaplı

3 See: Bkz.: Savitskiy V.A. Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi kararlarının hukuk sistemi içerisindeki yeri // hukuk müşaviri. 2000. № 5. – S. 20-21

Haşim Kılıç'a Armağan

değişiklikler çok olumlu bir değerlendirmeyi büyük ölçüde hak etmektedir. Bu bağlamda, söz konusu alanda sürekli ihtiyaç duyulan reformlar gerçekleştirilmeden sistemi daha fazla geliştirmenin yollarını tespit etmek mümkün değildir. Tacikistan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Emomali Rahmon, ülkedeki yargı erkinin gelişiminde hukuki ve yargısal reformun özel rolünü göz önünde bulundurarak, ülkenin en üst düzey temsil ve yasama kurumlarına yönelik mesajında “yargı erki, halen sürmekte olan yargısal ve hukuki reformun devam ettirilmesi suretiyle gelişmeye devam edecektir. Hukuki ön koşullar doğrultusunda bu hedeflere ulaşabilmek için gerekli yasalar hazırlanmalı ve kabul edilmelidir.

Devletin yargı sisteminin gelişmesi için hâkimlerin mesleki gelişiminin sağlanması, mahkemelerin insanların hak ve özgürlüklerini, yasal şekilleri ne olursa olsun kurum ve kuruluşların meşru çıkarlarını fiilen korumadaki rolü ve konumunun geliştirilmesi önemlidir. Bu anlamda önümüzdeki üç yıl boyunca yeni bir yargı sistemi programı oluşturulacaktır,” ifadelerine yer vermiştir⁴.

Bu bağlamda yargı sistemi reformunun şu ana kadar henüz tamamlanmadığı, ülkenin istikrarlı anayasal durumu dikkate alındığında bu alanda reformların sürmesinin bugün çok doğal bir süreç olarak değerlendirildiği ifade edilmelidir. Bu da geleceğe yönelik sürdürülebilir kalkınma ve gelişim yollarının tespit edilmesine yardımcı olacaktır.

Yargı sistemlerinin tarihsel gelişimi, bu alanda diğer ülkelerin deneyimleri ve yapılan araştırmalar dikkate alındığında, yeni bir yargı reformu programının kabul edilmesinin ülkedeki yargı sisteminin en uygun şekilde oluşturulması ve geliştirilmesine daha da katkıda bulunacağına olan inancımız tamdır. Söz konusu programın kabul edilmesi, sorunların tespit edilmesi ve mezkur sorunlara makul çözüm yolları bulunması için önemli bir temel oluşturacaktır.

Hem teorik hem de pratik değeri olan diğer bir önemli konu da hukuken normatif uygunluğu temin eden Anayasa Mahkemesi kararlarının zamanında uygulanması konusudur. Bu konu, Anayasa Mahkemesi’nin rolünün önem kazanmasına katkıda bulunmakta ve ülkedeki demokratik toplum nezdinde Anayasa ‘nın üstünlüğünü tesis etmektedir.

Anayasa Mahkemesi temyiz edilemeyen, kesin kararlar verme yetkisine sahip bir yargı kurumudur; Anayasa’nın ve hukukun üstünlüğünü temin etmek için etkili yöntemlerden faydalanır. Bu nedenle, söz konusu yöntemler, normatif kanunların kabul edilmesi esnasında kanun koyucu için bir kıyas değeri

4 Bkz.: Tacikistan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sayın Emomali Rahmon’un Tacikistan Cumhuriyeti Parlamentosuna (Majlisi Oli) hitabı, 23 Nisan 2014.

Mahmudzoda M. A.: Tacikistan'da Anayasa Yargısı: Gelişim Eğilimleri

olacak ve dolayısıyla ülkede tek bir hukuksal alan olmasını sağlayacaktır.

Anayasa Mahkemesi kararlarının zamanında uygulanması, ülkedeki anayasal meşruiyetin sürdürülmesi ve demokratik devlette anayasal kontrol kurumunun rolü ve öneminin tanımlanması açısından büyük önem arz etmektedir. Vatandaşların hukuki anlamda eğitilmesi boyutunda da büyük bir etkisi vardır. Anayasa yargısı temelinde kabul edilen Anayasa Mahkemesi kararlarının uygun olmayan şekillerde infaz edilmesi, hem anayasal meşruiyete yönelik büyük bir tehdit oluşturacak hem de Anayasa'nın önemini azaltacaktır.

Ermenistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı ve yeni demokrasi ülkeleri Anayasal Kontrol Kurumları Konferansı Başkanı Profesör G. Harutyunyan'ın görüşüne göre: "... Anayasa Mahkemesi kararları, yasal düzenlemeler sistemi içerisinde anayasal düzenin ve insan haklarının korunmasını daha etkin bir şekilde temin etmelerini sağlayacak bir yere sahip olmalıdır. Bilhassa, dile getirilen kararlar, yasaların hukuki gücünden daha aşağıda bir değere sahip olmamalıdır. Örneğin, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararları (yasal düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğuyla, özellikle de şikayetler neticesinde bir bireyin kanunlara uygun hareket ettiğinin veya Anayasa'ya aykırı hareket ettiğinin tespit edilmesi veya şikayetin geçersiz sayılmasıyla ilgili kararları) kanun hükmündedir. Aynı zamanda, Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 35. maddesi doğrultusunda mahkemenin kararında o kararın gereğinin kim tarafından yerine getirileceği ve bazı durumlarda kararı infaz yöntemleri de belirtilebilmektedir."⁵

"Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun' un" 60. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını, değerlendirmelerini ve tespitlerini de içeren tasarrufları kesindir ve temyiz edilemez.

Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, ülkede anayasal meşruiyeti ve özellikle de Anayasa'nın üstünlüğünü sağlamak amacıyla, çalışmaları kapsamında yürürlükteki kanunlar temelinde pek çok karar almıştır; bu kapsamda, uygulanan kanunlarda ele alınan konular yukarıda ifade edilen kanunlara değişiklik olarak eklenmiş, ülkenin Anayasasına karşıt düşen hükümlerinde yer alan aykırılıklar çıkarılmıştır.

Özellikle belirtilmesi gereken bir örnek, Tacikistan Cumhuriyeti Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nun 363. maddesinin 2. Kısımının tutuklama tedbirinin seçilmesi, değiştirilmesi veya iptal edilmesine ilişkin tanımlamanın (kararın) kovuşturma esnasında itiraza açık olmaması dolayısıyla Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi kararı aracılığıyla Anayasa'ya aykırı oldu-

5 Bkz.: G. G. Harutyunyan / Constitutionalism : lessons, challenges and guarantees : a collection of selected publications and presentations at international forums dealing with this issue. - K. : Logos, 2011 C- 114.

Haşim Kılıç'a Armağan

ğuna hükmedilmesidir. Bu norma göre kovuşturmanın süjelerinin kovuşturma esnasında yukarıda belirtilen tanımlamaya (karara) itiraz etmesi yasaklanmıştır.

Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararıyla, Tacikistan Cumhuriyeti patent vekilleri lisans alma ve kayıt kurallarının Patent Ofisi yetkilileri ve çalışanlarının işten çıkarılmalarından sonraki üç yıl içerisinde Patent Siciline patent vekili olarak kayıt edilmesi ve lisans almasını yasaklayan 4. Paragrafının Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmedilmiştir. Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, kararlarında çeşitli anayasal insan ve vatandaşlık haklarını kısıtlayan hukuki engelleri uluslararası hukuk ve ulusal mevzuat doğrultusunda ortadan kaldırmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin uygulamadaki faaliyetleri, kurumun ülkedeki yargı erki sistemi içerisinde önde gelen ve bağımsız bir yasal statüye sahip olduğunu göstermektedir. Mezkur kurumun kararları, büyük ölçüde ülkedeki anayasal meşruiyet şartına ve Anayasa'da yer verilen hukuki normların uygulanması durumuna bağlıdır.

Bugün, anayasal kontrolü gerçekleştirmekten sorumlu kurumun kurulmasından bu yana geçen kısa süre dikkate alındığında, bu kurumun demokratik ve hukukun üstünlüğünün tanındığı devletin temellerini güçlendirmede büyük öneme sahip olduğu ifade edilebilir. Bu kurumun faaliyetlerini etkin bir şekilde yerine getirmesi, Tacikistan Anayasası'nın gerçek etkisini göstermesi ve insan ve vatandaşlık hakları ve özgürlüklerinin korunmasının da temelini oluşturur.

Tun Arifin BIN ZAKARIA
(*Chief Justice Of Malaysia*)

SEPARATION OF POWERS AND JUDICIAL INDEPENDENCE IN MALAYSIAN FEDERAL CONSTITUTION

INTRODUCTION

Malaysia is a federation of thirteen states headed by the Yang di-Pertuan Agong (H.R.H. the King) who is a constitutional monarch. The system of Government in Malaysia is closely modelled on Westminster Parliamentary system but unlike in the United Kingdom, Malaysia has a written constitution. The three principal branches/organs of the government are the Executive, the Legislature, comprising of the lower and upper houses of Parliament, and the Judiciary, each of which enjoying specific powers and functions as provided in the Federal Constitution ("the Constitution"). Article 4 of the Constitution declares that the Constitution is the supreme law of the land and any law passed after Merdeka Day which is inconsistent with the Constitution shall, to the extent of such inconsistency, be void¹. Therefore, in Malaysia the Constitution is supreme as opposed to Parliament as in the United Kingdom.

FRAMEWORK OF MALAYSIAN JUDICIARY

Previously, Malaysia's highest court was the Privy Council, and this was so, even after the independence of Malaya and the subsequent formation of Malaysia in 1963. Under the repealed Article 131 of the Constitution it allowed appeals referred to the Federal Court to be subsequently referred to the Privy Council in London. Article 131 was repealed in 1985 with effect from 1.1.1985. This put an end to the right of appeal to the Privy Council.

The structure of the Judiciary in Malaysia as it stands today may be divided in two: the Superior Courts and Subordinate Courts. The highest court in Malaysia is the Federal Court followed by the Court of Appeal and the High Court of Malaya and the High Court of Sabah and Sarawak with coordinate jurisdiction. The Subordinate Courts consist of the Sessions Courts, the Magistrates Courts and the Children's Courts. A Special Court

¹ Where the constitutionality of an agreement entered into by the federal government and an act of Parliament was challenged on this ground. See the case of **The Government of the State of Kelantan v The Government of the Federation of Malaya and Tunku Abdul Rahman Putra Al-Haj** [1963] MLJ 355

was established on March 30, 1993, having jurisdiction over civil and criminal matters instituted by or against Yang di-Pertuan Agong or the Ruler of a state in Malaysia².

FEDERAL COURT AS THE INTERPRETER OF THE CONSTITUTION

In Malaysia we do not have a Constitutional Court as in some other jurisdictions, therefore, the Federal Court plays a dual role : as the "Constitutional Court" and also as the court of final appeal. In that regard, the Federal Court can be said to be "the Constitutional Court".

As the highest appellate court, it determines appeal arising from the Court of Appeal as provided in the Courts of Judicature Act 1964. Under Article 128 the Federal Court has an exclusive jurisdiction in regard to:

[a] any question whether law made by Parliament or by the Legislature of a State is invalid on the ground that it makes provision with respect to a matter with respect to which Parliament or, as the case may be, the Legislature of the State has no power to make law; and

[b] disputes on any other question between States or between Federation and any States.

The Federal Court also has jurisdiction to determine any question as to the effect of any provision of the Constitution referred to it by the lower court and to remit the same to the other court to be disposed off in accordance with the determination. It is also conferred with the advisory jurisdiction under Article 130 of the Constitution under which the Yang di-Pertuan Agong may refer to the Federal Court any question as to the effect of any provision of the Constitution which has arisen or appear to him likely to arise. So far, His Majesty had done so only once in the case of **The Government of Malaysia v. Government of the State of Kelantan**³.

The Federal Court jurisdiction however does not extend to syariah matters. This is clearly spelt out Article 121(1A) of the Constitution. Any syariah matter is under the exclusive jurisdiction of the Syariah Court. This principle was confirmed in the case of **Latifah Mat Zin v Rosmawati Sharibun & Anor**.⁴ In that case, the Federal Court also pronounced that the interpretation of the Constitution is a matter for the Federal Court and not the Syariah Court. Since the Federal Court rules that the Syariah Court has jurisdiction over the matter in dispute in that case the Syariah Court shall abide by that ruling

2 Federal Constitution, Article 182

3 [1968] 1 MLJ 129

4 [2007] 5 CLJ 253

notwithstanding the decision of the Syariah Court in **Jumaaton Awang v Raja Hizaruddin Nong Chik**⁵ which ruled to the contrary.

SEPERATION OF POWERS

HRH Sultan Azlan Shah in the Opening address of the 14th Malaysian Law Conference in 2010 spoke of the 3 essential features of the Constitution, namely -

“(a) It is the supreme law of the land embodying three basic concepts: One of them is that the individual has certain fundamental rights upon which not even the power of the state may encroach.

(b) The second is the distribution of sovereign power between the states and the Federation.

(a) The third is that no single man or body shall exercise complete sovereign power, but that it shall be distributed among the executive, legislative and judicial branches of government, compendiously expressed in modern terms that we are a government of laws, not of men.”.

This third concept alluded to by His Royal Highness is better known as the Separation of Powers. It is a common believe that the doctrine of separation of powers has always been part and parcel of our constitutional fabric although the term separation of power does not anywhere appear in the Constitution.

Contrary to the commonly held view, the Federal Court in in the case of **Public Prosecutor v Kok Wah Kuan**⁶ held inter alia that the doctrine of seperation of powers “is not definite and absolute” in the Constitution. This landmark decision is said to have confirmed the fears expressed in 1988 when Article 121 was amended to remove the judicial power from the courts and the dangers it posed to the system of checks and balances in governmental power. It is contended by some quarters that under the system of constitutional government, the courts are always seen as the protector of the Constitution and will imply into the Constitution the basic fabric of democratic values including the doctrine of separation of powers which distinguishes a democracy from a dictatorship.

However, under the new Article 121 it would appear that the judicial power is no longer vested in the Judiciary as the jurisdiction and powers of the courts are limited to those conferred by or under the federal law.If this is so, then the doctrine of separation of powers no longer exists within our Constitution.

5 [2004] 1 CLJ 100

6 [2007]6CLJ341

Notwithstanding **Kok Wah Kwan (supra)**, there are strong arguments that the amendment should be given a restricted interpretation in order to preserve the constitutional order.

In the circumstances it may be pertinent to consider the conflicting views following **Kok Wan Kuan (supra)**. In that case the accused who was 12 years and 9 months old at the time of the commission of the offence was charged in the High Court for the offence of murder punishable under section 302 of the Penal Code. He was convicted and ordered to be detained during the pleasure of the Yang di-Pertuan Agong pursuant to section 97(2) of the Child Act 2001. By virtue of Article 39 of the Constitution, the executive power of the Federation vests in the Yang Di-Pertuan Agong who, in accordance with Article 40 of the Constitution, must act in accordance with the advice given by the Cabinet. Upon his appeal, the Court of Appeal upheld the conviction but set aside the sentence imposed on him and released him from custody on the sole ground that section 97(2) of the Child Act was unconstitutional.

The Court of Appeal held that the doctrine of separation of powers is very much an integral part of the Constitution and any post-Merdeka law that violates this doctrine must be struck down as being unconstitutional. The Court of Appeal applying what it considered settled principles went on to hold that section 97(2) of the Child Act had contravened the doctrine of separation of powers by consigning to the Executive the judicial power to determine the measure of sentence to be served by the accused.

On appeal, the Federal Court rejected the finding that the amendment to Article 121 was of no effect, and the Court went on to rule that after the amendment, there is no longer any declaration in the Constitution that the judicial power of the Federation vests in the two High Courts. It was therefore no longer necessary to interpret the term “judicial power” and all the Court now need to do is to look at the federal law to know the jurisdiction and powers of the two High Courts. On that premise, section 97(2) was held not inconsistent with any provision of the Constitution.

Alluding to the Court of Appeal’s finding that section 97(2) had violated the doctrine of separation of powers, Abdul Hamid Mohamad, PCA (who later became the Chief Justice of Malaysia) dismissed the doctrine as a mere political doctrine that is not absolute. Although admitting that the doctrine had influenced the framers of the Constitution, the learned Judge was emphatic that it was not a provision of the Malaysian Constitution, and therefore, no provision of law can be struck down as being unconstitutional merely because it offended that doctrine.

Richard Malanjum, Chief Judge of Sabah and Sarawak while agreeing with

the majority as to the outcome of the appeal disagreed with the view of the majority that with the amendment of Article 121 the courts in Malaysia can only function in accordance with what has been assigned to them by federal laws.

The foregoing debate as to the effect of the amendment may answered in large part by reference to the manner in which the courts in Malaysia continue to function, notwithstanding the amendment to Article 121. Judicial review applications, challenging both administrative action, and the validity of primary legislation, can and continue to be made regularly. This is important because the power of judicial review also arises from the inherent power of the courts, apart from statutory provisions. It exists even if not conferred by statute. It is implicit in the doctrine of separation of powers and comprises a part of the theory of checks and balances integral to parliamentary democracies. Most recently for example, the Court of Appeal had to deal with a challenge to section 9(5) of the Peaceful Assembly Act 2011 and proceeded to hold that the section is inconsistent with Article 10(2) of the Constitution and ought to be struck out. Without commenting on the accuracy or otherwise of the decision, it is clear that the courts continue to retain their powers of judicial review of primary legislation which in itself makes it clear that no powers have been abrogated or eroded by the amendment to Article 121 (1).

As for judicial review of administrative or ministerial acts or omissions, the courts in Malaysia are replete with such filings and adjudications on a routine basis, signifying the continued existence of the separation of powers. This is in direct contradistinction to some other countries where such powers have been abrogated or had fallen into disuse. This year alone up to August, a total of 106 judicial review applications were filed in the courts throughout the country. (For the period from January 2012 until August 2014 the number of judicial review applications numbered 1046). In view of the foregoing debate we will have to await future pronouncement by the court as to whether or not the doctrine of separation of powers is still part of our Constitutional framework.

JUDICIAL INDEPENDENCE IN MALAYSIA

The concept of judicial independence is universally recognised as an integral component in the administration of justice. However, the degree of independence varies from one jurisdiction to another. Basically, judicial independence can be divided into two parts, namely an adjudicative independence and administrative independence. Adjudicative independence is attributed to the manner by which a judge exercises judicial functions and administrative independence refers to the manner in which judicial business

is managed and administered.

The importance of an independent judiciary was well expressed by Eusoffe Abdulkader J in the case of **Datuk Harun bin Haji Idris**⁷ where he said -

“The court stands as an arbiter in holding the balance between individuals and between the state and the individual, and will not have the slightest hesitation to condemn or strike down any statutory shelter for bureaucratic discrimination, any legislative refuge for the exercise of naked arbitrary power in violation of any of the provisions of the Constitution and equally any executive action purported to be made there thereunder”

It is therefore of the utmost importance that the judiciary must be seen by the public to be independent and free from bureaucratic, or other influencing factors, then and only then can we instil public confidence in the judiciary.

To ensure the independence of the judiciary, it is essential that the conduct and behaviour of a judge would be such as to not give rise to suspicion that he is not impartial. The independence of the judiciary rested on the integrity and conscience of every judge. Thus, the Code of Ethics for Judges 2009 was designed as a basic standards to control the conduct of all judges and as guidance to judges in maintaining character and conduct of the higher judiciary. Among the most important guidance are as sets out in Article 3 of the Code of Ethics which prohibits judges from :-

- “(i) subordinating his judicial duties to his private interests;
- (ii) conducting himself in such manner as is likely to bring his private interests into conflict with his judicial duties;
- (iii) conducting himself in any manner likely to cause a reasonable suspicion that—
 - (a) he has allowed his private interests to come into conflict with his judicial duties so as to impair his usefulness as a judge; or
 - (b) he has used his judicial position for his personal advantage;
- (iv) conducting himself dishonestly or in such manner as to bring the Judiciary into disrepute or to bring discredit thereto.”

Judges in Malaysia is expected to strictly adhere to the Code of Ethics. Any breaches of the Code of Ethics would render the judge liable to be remove from his office or to a lesser punishment.

One particular aspect of the administrative independence, relates to the appointment of judges which is now governed by the Federal Constitution

7 1976

T. A. Bin Zakaria: Separation of Powers And Judicial Independence

and Judicial Appointment Commission Act 2009 (“the JAC Act”). The JAC Act was enacted with the purpose of improving the appointment process of judges of the superior courts and the promotion of judges. It established what is referred to as the Judicial Appointment Commission (“the JAC”).

The main function of the JAC is to uphold the continuous independence of the judiciary through the selection of superior court judges. The JAC is responsible to ensure that the management and administration of selection process and appointment of Superior Court Judges is conducted efficiently, effectively and orderly. The appointment of judges is based on the evaluation criteria set out by JAC. The evaluation criteria are grounded on the consideration that the public interest in improving the quality of our judicial system is best served by merit selection of judges and judicial commissioners. The criteria are designed to ensure that nominees have the intellectual capacity, the efficiency and personal qualities which would enable them to resolve disputes impartially and decide solely upon the facts of the case and the law. Among the criteria include, integrity, legal knowledge and ability, professional experience, judicial temperament, diligence, health, financial responsibility, public service, views on public issues and desirable special qualities.

One other important feature in the Constitution to ensure independent of Judges is the security of tenure and their remuneration which is contained in Article 125 of the Constitution. Essentially, it provides that judges can only be removed from office by the Yang di-Pertuan Agong on the recommendation of a tribunal consisting of judges appointed under Article 125(4) of the Constitution. Under Article 125(7) the remuneration and other term of office (including pension rights of a judge) shall not be altered to his disadvantage after his appointment.

CONCLUSION

Prior to the amendment of Article 121(1) of the Federal Constitution in 1988, it is the common belief that the doctrine of separation of powers is an integral part of our constitutional framework. The decision of the Federal Court in **Kok Wah Kuan (supra)** started the ongoing debate on this issue. Be that as it may, this does not appear to undermine the independence of the Malaysian judiciary. As evident by cases discussed in this paper, laws passed by the Federal and State Legislature and the act of the executive branch of the government continued to be challenged in our Courts with mixed results. Therefore, the amendment does not seem to have undermined the independence of the Malaysian Judiciary.

MALEZYA FEDERAL ANAYASASINDA KUVVETLER AYRILIĞI VE YARGI BAĞIMSIZLIĞI

GİRİŞ

Malezya bir anayasal hükümdar olan Yang di-Pertuan Agong'un (Kral Hazretleri) başında olduğu, on üç eyaletten meydana gelen bir federasyondur. Malezya'daki Yönetim sistemi, Westminster Parlamenter sistemi yakın bir şekilde model alınarak oluşturulmuştur, ancak Birleşik Krallık'taki'nin aksine Malezya'da yazılı bir anayasa bulunmaktadır. Yönetimin üç ana kolu/organı; Yürütme, Parlamantonun alt ve üst meclislerinden meydana gelen Yasama ve Yargıdır ve bunların her biri Federal Anayasa'da ("Anayasa") sağlanan özel yetkiler ve işlevlerden yararlanmaktadır. Anayasa'nın 4. Maddesinde Anayasa'nın ülkenin en üstün kanunu olduğu ve Merdeka Gününden sonra çıkarılan ve Anayasa'ya uygun olmayan herhangi bir kanunun, söz konusu uygunsuzluk ölçüsünde, hükümsüz olacağı belirtilmektedir¹. Bu nedenle, Birleşik Krallık'taki Parlamento'ya karşılık olarak, Malezya'da Anayasa en üst konumda bulunmaktadır.

MALEZYA YARGI SİSTEMİNİN ÇERÇEVESİ

Evvelce, Malezya'nın en yüksek mahkemesi Danışma Meclisi idi ve Malaya'nın bağımsızlığını kazanması ve daha sonra 1963 yılında Malezya'nın kurulmasından sonra dahi bu böyle olmuştur. Anayasa'nın yürürlükten kaldırılan 131. Maddesi çerçevesinde, Federal Mahkemeye havale edilen temyiz başvurularının daha sonra Londra'daki Danışma Meclisi'ne havale edilmesine müsaade edilmiştir. 131. Madde 1.1.1985'ten itibaren geçerli olmak üzere 1985'te yürürlükten kaldırılmıştır. Bu, Danışma Meclisi'ne temyiz başvurusunda bulunma hakkına son vermiştir.

Malezya'daki yargı sistemi yapısı, bugünkü haliyle, ikiye ayrılabilir: Üst Mahkemeler ve Alt Mahkemeler. Malezya'daki en üst mahkeme Federal Mahkeme'dir, bu mahkemeyi eşit yargı yetkisine sahip Temyiz Mahkemesi ve Malaya Yüksek Mahkemesi ile Sabah ve Sarawak Yüksek Mahkemesi iz-

1 Federal hükümet tarafından yapılan bir anlaşma ve Parlamento'nun bir düzenlemesinin anayasallığına bu temelde karşı çıkmıştır. Bkz. Kelantan Eyaleti Hükümeti / Malaya Federasyonu Hükümeti ve Tunku Abdul Rahman Putra Al-Haj davası [1963] MLJ 355

lemektedir. Alt Mahkemeler; Asliye Mahkemeleri, Sulh Mahkemeleri ve Çocuk Mahkemelerinden meydana gelmektedir. 30 Mart 1993 tarihinde, Yang di-Pertuan Agong veya Malezya'daki bir eyalet Yöneticisi tarafından veya bunlara karşı öne sürülen hukuki ve cezai meseleler hususunda yargı yetkisine sahip bir Özel Mahkeme kurulmuştur².

ANAYASANIN YORUMLAYICISI OLARAK FEDERAL MAHKEME

Malezya'da, diğer bazı yargı sistemlerinde olduğu şekilde bir Anayasa Mahkememiz bulunmamaktadır; bu nedenle, Federal Mahkeme iki rol oynamaktadır: "Anayasa Mahkemesi" olarak ve aynı zamanda son temyiz mahkemesi olarak. Bu bağlamda, Federal Mahkemenin "Anayasa Mahkemesi" olduğu söylenebilir.

En yüksek istinaf mahkemesi olarak, 1964 tarihli Yüksek Mahkemeler Kanunu'nda belirtildiği üzere Temyiz Mahkemesi'nden kaynaklanan temyiz başvurularına karar vermektedir. 128. Madde çerçevesinde, Federal Mahkeme'nin şunlarla bağlantılı olarak münhasır bir yargı yetkisi bulunmaktadır:

[a] Parlamentonun veya, duruma göre, Eyaletin Yasama Organının kanun yapma yetkisinin olmadığı bir durumu hükme bağladığı gerekçesiyle Parlamento veya bir Eyaletin Yasama Organı tarafından çıkarılan kanunun geçersiz olup olmadığı hususundaki herhangi bir mesele ve

[b] Eyaletler arasındaki veya Federasyon ile herhangi bir Eyalet arasındaki diğer hususlara ilişkin ihtilaflar.

Federal Mahkeme'nin alt mahkeme tarafından kendisine havale edilen herhangi bir Anayasa hükmünün geçerliliğine ilişkin herhangi bir meselede karar verme ve bu karar uyarınca uygulanmak üzere aynı hususu başka mahkemeye havale etme açısından da yargı yetkisi bulunmaktadır. Yang di-Pertuan Agong'un herhangi bir Anayasa hükmünün geçerliliği ile ilgili ortaya çıkan veya ortaya çıkması muhtemel görünen herhangi bir meseleyi Federal Mahkemeye havale edebilmesinin hükme bağlandığı Anayasa'nın 130. Maddesi çerçevesinde mahkemeye istisari bir yargı yetkisi de verilmektedir. Şu ana kadar, Majesteleri yalnızca **Malezya Hükümeti / Kelantan Eyaleti Hükümeti**³ davasında bir kez bu yetkiye başvurmuştur .

Buna karşın, Federal Mahkeme'nin yargı yetkisi şeriat ile ilgili meselelere kadar uzanmamaktadır. Bu, Anayasa'nın 121(1A) Maddesinde açık bir şekilde dile getirilmektedir. Şeriat ile ilgili herhangi bir mesele Şeriat Mahkeme-

2 Federal Anayasa, 182. Madde

3 [1968] 1 MLJ 129

si'nin münhasır yargı yetkisi kapsamına girmektedir. Bu ilke, **Latifah Mat Zin / Rosmawati Sharibun & Anor**⁴ davasında teyit edilmiştir. Bu davada, Federal Mahkeme Anayasa'nın yorumlanmasının Şeriat Mahkemesi'ne değil, Federal Mahkeme'ye yönelik bir husus olduğunu da açıklamıştır. Federal Mahkeme'nin Şeriat Mahkemesi'nin söz konusu davadaki ihtilaflı husus açısından yargı yetkisine sahip olduğu yönünde hüküm vermesi nedeniyle, Şeriat Mahkemesi'nin **Jumaaton Awang / Raja Hizaruddin Nong Chik**⁵ davasında aksi yönde hüküm verilen kararına rağmen, Şeriat Mahkemesi söz konusu hükme riayet eder .

KUVVETLER AYRILIĞI

Sultan Azlan Şah Hazretleri, 2010 yılında düzenlenen 14. Malezya Hukuk Konferansı'nın Açılış konuşmasında, Anayasa'nın aşağıda belirtilen 3 temel özelliğinden bahsetmiştir:

“(a) Anayasa; üç temel kavramı bir araya getiren, ülkedeki en üstün kanundur: Bunlardan biri, bireyin devlet erkinin dahi müdahale edemeyeceği belirli temel haklarının bulunduğudur.

(b) İkincisi, egemen gücün eyaletler ve Federasyon arasında dağıtılmasıdır.

(a) Üçüncüsü, tek bir kişi veya organın egemen gücü tümüyle kullanamayacak olması ve bu gücün yönetimin yürütme, yasama ve yargı organları arasında dağıtılmasıdır; bu husus çağımızda «insanların değil, kanunların yönetimi» “şeklinde özlü bir biçimde ifade edilmektedir.”

Hazretleri tarafından kastedilen bu üçüncü kavram daha çok Kuvvetler Ayrılığı olarak bilinmektedir. Kuvvetler ayrılığı teriminin Anayasa'da herhangi bir yerde bulunmamasına karşın, kuvvetler ayrılığı doktrininin her zaman anayasal yapımızın parçası ve unsuru olduğu yaygın bir kanıdır.

Yaygın biçimde savunulan görüşün aksine, Federal Mahkeme, **Savcı / Kok Wah Kuan davasında**⁶ bu meyanda kuvvetler ayrılığı doktrininin Anayasa'da “belirgin ve kesin olmadığını” savunmuştur. Çığır açan bu kararın 1988 yılında 121. Maddede değişikliğe gidilerek yargı yetkisi mahkemelerden alındığında dile getirilen korkuları ve bunun devlet gücündeki kontroller ve dengeler sistemi açısından teşkil ettiği tehlikeleri teyit etmiş olduğu söylenmektedir. Anayasal hükümet sistemi çerçevesinde mahkemelerin her zaman Anayasa'nın koruyucusu olarak görüldüğü ve bir demokrasiyi bir diktatörlükten ayıran kuvvetler ayrılığı doktrini de dahil olmak üzere demokratik değer-

4 [2007] 5 CLJ 253

5 [2004] 1 CLJ 100

6 [2007]6CLJ341

lerden meydana gelen temel yapıyı Anayasa'ya uygulayacağı bazı çevrelerce ileri sürülmektedir.

Buna karşın, yeni 121. Madde çerçevesinde, yargı yetkisi ve mahkemele-
rin yetkilerinin federal kanun ile veya kapsamında verilenlerle sınırlı olması
sebebiyle, yargı yetkisinin artık Yargı'ya verilmediği görülecektir. Hal böy-
leyken, kuvvetler ayrılığı doktrini artık Anayasamız içerisinde bulunmamak-
tadır. **Kok Wah Kwan davasına (üstte)** bakılmaksızın anayasal düzenin ko-
runması için değişikliğe sınırlı bir yorumla yaklaşılması gerektiği yönünde
güçlü argümanlar bulunmaktadır.

Bu şartlar altında, **Kok Wan Kuan davasının (üstte)** ardından ortaya çıkan
zıt görüşlerin dikkate alınması uygun olabilir. Bu davada, suçun işlendiği ta-
rihte 12 yaş 9 aylık olan sanık, Yüksek Mahkemede Ceza Kanununun 302.
maddesi çerçevesinde cezayı gerektiren adam öldürme suçuyla itham edil-
miştir. Sanık hüküm giymiş ve 2001 tarihli Çocuk Kanununun 97(2) Maddesi
uyarınca Yang di-Pertuan Agong'un emri üzerine tutuklanması talimatı ve-
rilmiştir. Anayasa'nın 39. Maddesi uyarınca, Federasyon'un yürütme yetkisi
Anayasa'nın 40. Maddesine uygun olarak Kabine tarafından verilen tavsiye
çerçevesinde hareket etmek zorunda olan Yang Di-Pertuan Agong'a aittir. Sa-
nığın temyiz başvurusu üzerine, Temyiz Mahkemesi hükmü onamış, ancak
salt olarak Çocuk Kanununun 97(2) Maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu
gerekçesiyle kendisine uygulanan cezayı bozmuş ve kendisini serbest bırak-
mıştır.

Temyiz Mahkemesi, kuvvetler ayrılığı doktrininin Anayasa'nın ayrılmaz
bir parçası olduğunu ve Merdeka'dan sonra çıkarılan ve bu doktrini ihlal
eden herhangi bir kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edil-
mesi gerektiğini savunmuştur. Yerleşik ilkeler olarak değerlendirdiği husus-
ları uygulayan Temyiz Mahkemesi, Çocuk Kanununun 97(2) Maddesiyle Yü-
rütme yetkisi sanık tarafından çekilecek cezanın ölçüsünü belirlemek üzere yargı
yetkisi verilerek kuvvetler ayrılığı doktrinine aykırı hareket edildiğini ileri
sürmekten geri kalmamıştır.

Temyiz incelemesinde, Federal Mahkeme 121. Madde değişikliğinin yü-
rürlükte olmadığına yönelik bulguyu reddetmiş ve Mahkeme değişiklikten
sonra Federasyon'un yargı yetkisinin iki Yüksek Mahkemeye ait olduğuna
yönelik herhangi bir ifadenin artık Anayasa'da bulunmadığı yönünde hüküm
vermiştir. Bu nedenle, "yargı yetkisi" teriminin yorumlanmasına artık gerek
yoktur ve Mahkeme'nin yapması gereken tek şey, iki Yüksek Mahkemenin
yargı yetkisi ve yetkilerinin öğrenilmesine yönelik olarak federal kanuna bak-
maktır. Bu temelde, 97(2) maddesi Anayasa'nın hiçbir bir hükmüyle tutarsız
şekilde oluşturulmamıştır.

Temyiz Mahkemesi'nin 97(2) maddesinin kuvvetler ayrılığı doktrini ihlal ettiğine yönelik bulgusuna üstü kapalı değinen Abdul Hamid Mohamad (Daimi Tahkim Mahkemesi) (daha sonra Malezya Federal Mahkemesi Başkanı olmuştur) doktrini mutlak olmayan siyasi bir doktrin olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Doktrinin Anayasa'yı hazırlayanları etkilemiş olduğunu kabul etmesine karşın, bilge Hakim bunun Malezya Anayasası'nın bir hükmü olmadığını ve bu nedenle, hiçbir kanun hükmünün yalnızca bu doktrine zarar vermesi nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilemeyeceğini vurgulamıştır.

Sabah ve Sarawak Başhakimi Richard Malanjum, temyiz başvurusu sonucuna ilişkin çoğunluk görüşüne katılırken, 121. Maddenin değiştirilmesiyle Malezya'daki mahkemelerin yalnızca kendilerine federal kanunlarla sağlanan yetkiler uyarınca işlev gösterebileceklerine ilişkin çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

Değişikliğin geçerliliğine ilişkin yukarıdaki tartışma, 121. Maddeye ilişkin değişikliğe bakılmaksızın, çoğunlukla Malezya'daki mahkemelerin işlev göstermeye devam etme şekline atfen yanıtlanabilir. Hem idari davaların hem de birincil mevzuatın geçerliliğinin sorgulandığı yargı denetimi başvuruları düzenli olarak yapılabilir ve yapılmaya devam edilebilir. Bu önemlidir, çünkü yargı denetimi yetkisi, kanun hükümlerinin dışında, mahkemelerin kendiliğinden var olan yetkilerinden de kaynaklanmaktadır. Bu, kanunla yetki verilmesi dahi var olmaktadır. Bu, kuvvetler ayrılığı doktrininde zımni olarak bulunmaktadır ve parlamenter demokrasilerin bütünleyicisi konumundaki kontroller ve dengeler kuramının bir parçasını oluşturmaktadır. Örneğin, yakın geçmişte, Temyiz Mahkemesi 2011 tarihli Barışçıl Toplanma Kanunu'nun 9(5) maddesine yönelik bir itirazı ele almak zorunda kalmış ve maddenin Anayasa'nın 10(2) Maddesine aykırı olduğuna ve iptal edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Kararın doğruluğu veya yanlışlığıyla ilgili yorum yapılmadan, mahkemelerin birincil mevzuatın yargı denetimi yetkilerini korumaya devam ettiği açıktır; bu husus 121 (1) sayılı Maddeye ilişkin değişiklikte hiçbir yetkinin iptal edilmediği veya kısıtlanmadığını bizatihi açıklığa kavuşturmaktadır.

İdari eylemler veya bakanlık eylemleri ya da ihmallerinin yargı denetimi açısından bakıldığında, Malezya'daki mahkemeler rutin olarak söz konusu başvurular ve hükümlerle dolup taşmaktadır; bu durum kuvvetler ayrılığının sürekli var olduğunu göstermektedir. Bu husus, söz konusu yetkilerin iptal edildiği veya kullanılmaz hâle geldiği diğer bazı ülkelerle taban tabana zıttır. Yalnızca bu yıl Ağustos ayına kadar, ülke genelinde mahkemelere toplamda 106 yargı denetimi başvurusu yapılmıştır. (Ocak 2012'den Ağustos 2014'e

kadar geçen sürede, 1046 yargı denetimi başvurusu yapılmıştır). Yukarıdaki tartışma ile ilgili olarak, mahkemenin kuvvetler ayrılığı doktrininin Anayasal çerçevemizin hâlâ parçası olup olmadığına dair gelecekteki açıklamasını beklememiz gerekecektir.

MALEZYA'DA YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Yargı bağımsızlığı kavramı evrensel olarak yargı idaresinin ayrılmaz bir unsuru şeklinde tanınmaktadır. Buna karşın, bağımsızlık derecesi bir yargı alanından diğerine farklılık göstermektedir. Temel olarak, yargı bağımsızlığı iki bölüme ayrılabilir: mahkeme bağımsızlığı ve idari bağımsızlık. Mahkeme bağımsızlığı ile bir hakimin yargı işlevlerini yerine getirme şekline atıfta bulunulmaktadır ve idari bağımsızlık ile yargı işlerinin yönetilme ve idare edilme şekli ifade edilmektedir.

Bağımsız bir yargının önemi, **Datuk Harun bin Haji Idris**⁷ davasında aşağıdaki sözleri söyleyen Eusoffe Abdulkader J tarafından iyi bir şekilde ifade edilmiştir:

“Mahkeme bireyler arasında ve devlet ile birey arasında dengenin korunması açısından bir hakem olarak durmaktadır ve bürokratik ayrımcılığa ilişkin herhangi bir yasal koruma, herhangi bir Anayasa hükmünün ihlal edildiği salt keyfi yetki uygulamasına ilişkin herhangi bir mevzuat koruması ve eşit ölçüde bunlar çerçevesinde gerçekleştirildiği ifade edilen herhangi bir yürütme organı faaliyetinin kınanması veya iptal edilmesi hususunda en ufak tereddüdü yaşamayacaktır”

Bu nedenle, yargının halk tarafından bürokratik ya da diğer etkileyen faktörlerden bağımsız ve ari görülmesi büyük önem arz etmektedir ve ancak o zaman halkın yargıya güven duymasını sağlayabiliriz.

Yargı bağımsızlığının sağlanması için, bir hakimin tutum ve davranışının, tarafsız olmadığı yönünde şüpheye mahal vermeyecek şekilde olması önemlidir. Yargı bağımsızlığı her hakimin dürüstlüğü ve vicdanına bağlıdır. Bu nedenle, 2009 tarihli Hakimlere Yönelik Etik Kuralları bütün hakimlerin tutumlarının kontrol altında tutulmasına ilişkin temel bir standart ve yüksek yargının itibarı ve işleyişinin aynı şekilde sürdürülmesi hususunda hakimlere yönelik bir kılavuz şeklinde tasarlanmıştır. En önemli kılavuz ilkeler arasında, hakimlerin aşağıdakileri yapmasının yasaklandığı Etik Kurallarının 3. Maddesi bulunmaktadır:

“ (i) yargı görevlerini şahsi menfaatlerine tali kılmak;

Haşim Kılıç'a Armağan

(ii) şahsi menfaatlerini yargı görevlerine aykırı hâle getirmesi muhtemel bir şekilde hareket etmek;

(iii) aşağıdaki hususlarda makul bir şüpheye mahal vermesi muhtemel herhangi bir şekilde hareket etmek:

(a) bir hakim olarak faydasını azaltmak üzere şahsi menfaatlerinin yargı görevlerine aykırı hâle gelmesine müsaade etmesi veya

(b) yargısal konumunu şahsi avantajına yönelik olarak kullanması;

(iv) dürüst olmayan bir şekilde veya Yargıyı itibarsızlaştıracak ya da Yargıya kuşkuyla bakılmasına neden olacak bir biçimde davranmak.”

Malezya'daki hakimlerden Etik Kuralları'na harfiyen uymaları beklenmektedir. Etik Kurallarına ilişkin herhangi bir ihlal, hakimın görevinden alınmasına veya daha hafif bir cezaya maruz kalmasına neden olacaktır.

İdari bağımsızlığa özgü hususlardan biri, artık Federal Mahkeme tarafından ve 2009 tarihli Adli Atama Komisyonu Kanunu (“AAK Kanunu») ile düzenlenen hakimlerin atanması ile ilgilidir. AAK Kanunu, yüksek mahkeme hakimlerinin atanma ve terfi sürecinin iyileştirilmesi amacı ile çıkarılmıştır. Adli Atama Komisyonu (“AAK”) olarak ifade edilen organ bu kanunla kurulmuştur.

AAK'nın ana işlevi, yüksek mahkeme hakimlerinin seçimi vasıtasıyla sürekli yargı bağımsızlığının sağlanmasıdır. AAK, Yüksek Mahkeme Hakimlerinin seçim ve atama sürecinin yönetimi ve idaresinin verimli, etkili ve düzenli bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamaktan sorumludur. Hakimlerin atanması, AAK tarafından belirlenen değerlendirme kriterlerine dayalıdır. Değerlendirme kriterleri hakimler ve adli yetkililerin liyakata göre seçimi vasıtasıyla yargı sistemimizin kalitesinin geliştirilmesine yönelik kamu yararına en iyi şekilde hizmet edildiği anlayışına dayanmaktadır. Kriterler, adayların ihtilafları tarafsız bir şekilde çözüme kavuşturmaları ve yalnızca davanın olguları ve hukuka dayalı olarak karar vermelerini sağlayacak entelektüel kapasite, verimlilik ve kişisel niteliklere sahip olmasını sağlamak üzere tasarlanmıştır. Kriterler arasında dürüstlük, hukuki bilgi ve kabiliyet, mesleki deneyim, adli tutum, titizlik, sağlık durumu, mali sorumluluk, kamu hizmeti, kamusal sorunlara ilişkin görüşler ve istenen özel nitelikler bulunmaktadır.

Hakimlerin bağımsızlığının sağlanmasına yönelik olarak Anayasa'da sağlanan diğer önemli özelliklerden biri de Anayasa'nın 125. Maddesinde sağlanan görev süresi ve ücret güvencesidir. Temel olarak, hakimlerin ancak Anayasa'nın 125(4) Maddesi çerçevesinde atanmış hakimlerden meydana gelen bir mahkemenin tavsiyesi üzerine Yang di-Pertuan Agong tarafından görevden

T. A. Bin Zakaria: Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı

alınabileceği hükme bağlanmıştır. 125(7) Maddesi çerçevesinde, ücret ve diğer görev koşulları (bir hakimin emeklilik hakları da dahil olmak üzere) atanmasından sonra aleyhine olacak şekilde değiştirilemez.

SONUÇ

Federal Anayasa'nın 121(1) Maddesinin 1988 yılında değiştirilmesinden önce, kuvvetler ayrılığı doktrininin anayasal çerçevemizin ayrılmaz bir parçası olduğu yaygın bir kanı olarak ortaya çıkmıştır. Federal Mahkeme'nin **Kok Wah Kuan** (üstte) davasındaki kararı bu konuyla ilgili süregelen tartışmayı başlatmıştır. Öyle bile olsa, bunun Malezya yargısının bağımsızlığına zarar verdiği görülmemektedir. Bu makalede ele alınan davalarla ortaya konduğu üzere, Federal ve Eyalet Yasama Organı tarafından çıkarılan kanunlar ve devletin yürütme organının eylemlerine Mahkemelerimiz nezdinde itiraz edilmeye devam edilmiş ve karışık sonuçlar çıkmıştır. Bu nedenle, değişikliğin Malezya yargısının bağımsızlığına zarar vermediği görülmektedir.

Mr. Justice TASSADUQ Hussain Jillani
(*Chief Justice of Pakistan*)

THE ROLE OF JUDICIARY IN THE SOCIO-ECONOMIC DEVELOPMENT OF PAKISTAN

Law and economic development have a symbiotic relationship. According to Amartya Sen, *“legal reform advances freedom – a crucial and constitutive quality of comprehensive development. Legal reform is thus important on its own¹.”* Long time ago, the father of modern economics Adam Smith argued that *“a tolerable administration of justice”, along with peace and low taxes, was all that was necessary to “carry a state to the highest degree of opulence².”* Ever since, however, scholars have argued about the ways in which administration of justice may make a difference to development. What is more important: upholding property rights, enforcing contracts between economic actors, checking abuses of government power, or ensuring the rule of law? The 2002 World Development Report (WDR) brings much of the recent evidence together and concludes that income and the rule of law – encompassing the collective importance of property rights, respect for legal institution, and the judiciary – are highly correlated³

Pakistan is a transitional democracy on road to development and like other countries similarly placed is beset with a host of issues and problems---poverty, mass unemployment, weak infrastructure, lack or erosion of institutions, rural-urban migration, lack of adequate social amenities, issues of sustainable development, corruption, religious and ethnic intolerance, law and order situation and poor governance. For the socio-economic development of the country, each institution within a State has to play its role and require multi-dimensional efforts in political, social and economic domains. It has often been said that panacea for these ills is good governance. According to Kofi Annan, the former UN Secretary General, *“Good governance is perhaps the single most important factor in eradicating poverty and promoting development.”* The two concepts of good governance and rule of law are interrelated. Without a fair and independent judiciary to ensure enforcement of the rule of law, one can hardly imagine good governance. Lawrence Solum in his instructive article

1 Amartya Sen, “What is the role of legal and judicial reform in the development process?” World Bank Legal Conference, Washington DC, June 5, 2000, p11

2 Quoted in R. Messick, “Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues”, The World Bank Research Observer, vol. 14, no. 1 (February 1999), pp. 117-36.

3 World Bank, World Development Report 2002: Building Institutions for Markets, Washington DC; The World Bank.

'Equity and the Rule of Law' has identified seven factors that constitute good governance and those are:-

*Arbitrary decisions by government officials must not serve as the basis for legal verdicts;

*Government officials must not perceive themselves as being above the law;

*The law must be known to the public through clear methods of promulgation;

*Legal rules must be stated in general terms and not aimed at particular individuals or groups;

*Similar cases must be treated in an equivalent manner;

*Procedures for determining must be fair and orderly; and

*Actions required and forbidden by the Rule of Law must be easy for citizens to identify⁴.

To achieve the goals set out in the Constitution and other legislative instruments, the judicial system of a country plays an important role. In the wake of globalization, the awakening caused by the social media and the advent of substantive democracy, the judiciary has increasingly been transformed from merely a dispute resolution institution to a socio-constitutional catalyst wherein it along with other institutions plays a pivotal role in shaping the life of community and its citizens through the enforcement of the rule of law.

The powers of various organs of the State are defined in the Constitution. The Constitution is both a document that a generation drafts in the light of its experience and the prevailing currents of thought and a document which seeks to anticipate the future and to provide a framework for orderly change. In countries with written constitutions, the Fundamental Rights provisions and the directive or fundamental principles of the State policy provide a reservoir of legal resource which can be drawn upon to outline policies to bring about such social change. These provisions serve as mechanism for innovative laws, institutions and remedies and for affirmative action designed to give substance to the constitutional pledges of freedom, equality and justice.

In Pakistan, most of the Fundamental Rights of people are embedded in the Constitution. Some of those rights are right to life, right to health, right to education, right to property, right to fair trial, right to travel, right to communication, right to information, right to profess, practice and propagate

4 Lawrence Solum, "Equity and the Rule of Law", in Ian Shapiro (ed.) *The Rule of Law*, New York University Press, 1994, pp 120-48.

Tassaduq H. J.: The Role Of Judiciary in the Socio-Economic Development

religion, right to legal remedies, right to elect and being elected, right to form a party, right to privacy in personal life and right to equality before law. For clarity the rights guaranteed under the Constitution are reflected in the following chart⁵:-

The courts broadly perform two functions in a democracy: first they adjudicate between individual and the State; between individuals *inter se*; and between one organ of the State and another. Second, Unlike the representative institutions in a democracy, they are reflective bodies and “reflect the basic values of their system”⁶. Democracy is not merely a system of representation of the people but is a system which guarantees and protects the basic values and Fundamental Rights of the people.

The Fundamental Rights and Principles of Policy laid down in the Constitutions have been catalytic agents for progress in two ways. These pledges and goals, on the one hand, create awareness and raise hopes amongst the people of what policies Government should pursue and on the other enable the Courts to enforce those rights if the issues are brought before it. The courts and particularly the Supreme Court through their judgments have provided relief to the people with reference to the pledges and goals set out in the Constitution. The judiciary performs this task through its power of judicial review. This power can be used by directing any organ or functionary of the State to perform its constitutional or legal obligations and also be invalidating any action of the Executive or a law passed by the Legislature if it violates any Constitutional provision.

Dilating on the vision of the Constitution makers and the role of the Court, the Supreme Court has held:

“The liberties, in this context, if purposefully defined, will serve to guarantee genuine freedom; freedom not only from arbitrary restraint of authority, but also freedom from want, from poverty and destitution and from ignorance and illiteracy. That this was the purport of the role of the rule of law which was affirmed at Lagos in 1961 in the World Peace Through Law Conference: (emphasis is supplied)

‘Adequate levels of living are essential for full enjoyment of individual’s freedom and rights. What is the use of freedom of speech to under-nourished people or of the Freedom of Press to an illiterate population. The rule of law must make for the establishing of social, economic and cultural conditions which promote men to live in dignity and to live with aspirations.’

5 Chart attached with the Article at the end.

6 “The Role of a Supreme Court in a Democracy” by Aharon Barak, (2002) Faculty Scholarship Series. Paper 3691. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3691

Haşim Kılıç'a Armağan

The Court will be in a position, if the procedure is flexible, to extend the benefits of socio-economic change through this medium of interpretation to all sections of the citizens.

This approach is in tune with the era of progress and is meant to establish that the Constitution is not merely an imprisonment of the past, but is also alive to the unfolding of the future. It would thus be futile to insist on ceremonious interpretative approach to constitutional interpretations as hitherto undertaken which only served to limit the controversies between the State and the individual without extending the benefits of the liberties and the Principles of Policy to all the segments of the population⁷."

In Pakistan this power of judicial review is exercised both by the High Court (under Article 199 of the Constitution) and by the Supreme Court (under Article 184(3) of the Constitution). Variety of cases are brought before the Court requiring interpretation of constitutional provisions relating to enforcement of Fundamentals Rights or Principles of Policy, about the powers of various governmental institution, cases wherein issues of conflict between the Federation and the Provinces were raised; cases where domestic application of International Human Rights are moot points; and cases where some legislative instrument is challenged on the ground that it is violative of Fundamental Rights provisions of the Constitution. In developing countries like Pakistan where institutions are in the process of evolving, Judiciary plays a positive role in strengthening the institutions.

In the socio-economic and political milieu afflicted with education deficit, economic disparities, general apathy, religious illiteracy and intolerance, there is a dire need to enlighten and educate the people so as to make them understand the Constitution and its values. The Court educates the people by keeping them informed and by promoting the spirit of democracy and by generating civic consciousness. When Court plays this role, it assumes the role of a pedagogical institution whose Judges are teachers, participating "in a vital national seminar"⁸. In doing so the Court acts as a catalyst for social change. In a judgment reported at 2012 SCMR 6, I was alluding to this when I said:

"31. Blowing a "judicial whistle" is a Constitutional mandate which a Judge can neither shun when it is time to blow, nor can do so without a just cause.

32. The deadlock between two important holders of public offices evidenced in this case is not merely a political issue. It has wider ramifications which may not be

⁷ Miss Benazir Bhutto v. Federation of Pakistan, PLD 1988 SC 416

⁸ Eugene V. Rostow, The Democratic Character of Judicial Review, 66 HARV. L. REV. 193, 208 (1952).

Tassaduq H. J.: The Role Of Judiciary in the Socio-Economic Development

difficult to fathom. It is adversely affecting the working of various institutions and in this particular case an important educational institution i.e. the University and consequently the quality of education.

33. Right to education is a fundamental right as it ultimately affects the quality of life which has nexus with other Fundamental Rights guaranteed by the Constitution under Articles 4 and 9 of the Constitution of Islamic Republic of Pakistan. Awareness of rights and duties, growth of civic consciousness in a society, enjoyment of Fundamental Rights guaranteed under the Constitution and legal empowerment of people depend to a great extent on the quality of education. People cannot be free in the real sense unless they are properly educated.”⁹

The Supreme Court of Pakistan has accorded an expanded and dynamic construction to the power of judicial review and in that vein has developed “Public Interest Litigation” and “Human Rights Jurisprudence”. The Court in doing so has lowered the threshold of *locus standi* or the ‘standing to sue’ by promoting public spirited persons to litigate on behalf of the deprived section of society and secondly the rigidity of rules of pleading and burden of proof was relaxed in appropriate cases as the court itself set up fact finding commissions^{10,11}.

There has been a dramatic rise in the volume of fundamental rights cases in the form of Sue Moto cases (e.g. 27 cases in 2007 and 28 cases in 2009), Human Rights Cases (e.g. 135 cases in 2010), Constitution Petition (e.g. 132 cases in 2012) and applications or complaints before the Human Rights cases (e.g. a total of 201.450 cases instituted with the Human Rights Cell between 2009 and 2013).

The massive expansion of fundamental rights jurisprudence through an expansive Judicial review doctrine can be deciphered from both the increase in volume as well as the multitudes of issues adjudicated upon especially by the Supreme Court e.g. *Cutting of Trees for Canal Widening Project, Lahore*¹² and *New Murree Project Case*¹³ involving environment protection, *Karachi and Balochistan Law and Orders cases*¹⁴, involving large scale violations of the fundamental rights and liberties under Article 9 of the Constitution of 1973,

9 Rana Aamer Raza Ashfaq v. Dr. Minhaj Ahmad Khan (2012 SCMR 6 at page 30, paras 31, 32 and 33).

10 State of Uttaranchal v. Balwant Singh Chauhan and Ors. AIR 2010 SC 2550.

11 From the Article “Fundamental Rights and Judicial Review: Defining the Role and Parameters of the Superior Court” by Hon’ble Chief Justice, Mr. Justice Tassaduq Hussain Jilani.

12 2011 SCMR 1743

13 2010 SCMR 361

14 *President Balochistan High Court Bar Association versus Federation of Pakistan and others* 2012 SCMR 1958, *Watan Party and another versus Federation of Pakistan and others*, PLD 2011 SC 997

*Salman Akram Raja and another versus Government of Punjab & others*¹⁵ regarding women's legal rights in rape cases, *Suo Moto Case No. 22/2009*¹⁶ regarding non-issuance of CNIC cards to Hindu married ladies, *Dr. Muhammad Aslam Khaki & another versus S.S.P (Operations), Rawalpindi & others*¹⁷, regarding violation and humiliation of eunuchs, *Judgment dated 22.11.2013 in C.P. No. 37/2012, regarding miserable conditions of schools and Pakistan Bar Council versus Federal Government & others*¹⁸ dealing with the issue of legal education, *Hajj Corruption Case etc*¹⁹.

An overview of the Human Rights cases or cases in the realm of Public Interest Litigation in which the Supreme Court of Pakistan has taken notice of and decided can broadly be categorized in the following areas:-

(i) Cases pertaining to violation of the Fundamental Rights of the marginalized communities/strata, of minorities, of women and children, or of eunuchs;

(ii) Cases in which issues of environmental degradation or pollution or sustainable development were raised;

(iii) Cases pertaining to massive financial irregularities, corruption and good governance;

(iv) Cases relating to rights of overseas Pakistanis to access to justice; and

(v) Cases wherein the customary or tribal laws were found to be violative of the Fundamental Rights provisions in the Constitution.

But certain limits to judicialization of issue have to be recognized. Firstly, while I have recognized the importance of expanding the notion of locus stand at the same time, I have emphasized caution against frivolous petitions in the following terms:-

“While holding that these petitions are maintainable, we would like to strike a note of caution. The Court has to guard against frivolous petitions as it is a matter of common observation that in the garb of public interest litigation, matters are brought before the Court, which are neither of public importance nor relatable to enforcement of a fundamental right or public duty.

Secondly, in policy matters especially relatable to financial management by the Government, I have cautioned as follows:-

15 2013 SCMR 203

16 2012 SCMR 1147

17 2013 SCMR 187

18 PLD 2007 SC 394

19 PLD 2011 SC 205, PLD 2011 SC 277 and PLD 2011 SC 963

Tassaduq H. J.: The Role Of Judiciary in the Socio-Economic Development

“The Courts while dealing with cases relatable to financial management by the Government or awarding of contract by it must appreciate that there are either policy issues or commercial transactions requiring knowledge in the specialized fields. The Courts lack the expertise to express any opinion on the soundness or otherwise of such acts/transactions. The question whether a contractual transaction or decision taken in the exercise of executive authority by the Government can be subjected to judicial review has engaged the attention of constitutional courts in several countries and the judicial consensus generally has been that the Courts should ordinarily refrain from interfering in policy making domain of executive authority or in the award of contracts unless those acts smack of arbitrariness, favouritism and a total disregard of the mandate of law.

This expansion of fundamental rights jurisprudence has transformed the Supreme Court of Pakistan from a formal constitutional court to a Supreme Court with a Human Rights face, in which the essence of constitutional interpretation is people oriented leading to a reconstruction of judicial power. This transformation is the essence of the judicial anthem of the Supreme Court, “Justice for All” which I had the honour to create. Upendra Baxi also captures this development, with reference to Indian Judicial developments, in the following words:

“A new people-oriented profile of judicial power and process began to emerge. In this sense, constitutional interpretation almost assumed the dimensions of a new social movement that had as its principal mission the task of taking peoples’ suffering seriously as almost the very essence of constitutional adjudication.”²⁰

The role of judiciary is assuming greater importance with every passing day as citizens are reposing greater confidence in this institution for redressal of their grievance. This is exacerbated by the lack of governance on the part of the Executive and in turn the burden of such deficiencies is shifted towards the judiciary. Socio-political and economic dynamics have confronted the Courts with new issues and challenges. Some of those issues are:-

- (i) There has been a judicialization of political issues.
- (ii) On account of erosion or malfunctioning of other institutions, increasingly the Courts have been called upon to decide issues which ordinarily may not fall in their domain.
- (iii) There has been a tendency for a parliamentary majority to bring in legislation which may violate fundamental rights guaranteed under the

²⁰ ‘The Avatars of Indian Judicial Activism: Exploration in the Geographies of Injustice’ by Upendra Baxi in S.K. Verma & Kusum (Ed.), *Fifty Years of the Supreme Court of India*, Oxford University Press, 2007, at P. 157.

Constitution.

(iv) There could be gaps between the law and socio-economic demands as also perception of role of courts in the realization of constitutional goals. The law may not keep pace with such social dynamics. The Courts fill the gap.

The Superior Courts in countries like Pakistan have sometimes been confronted with issues of conflict between a legislative enactment and the fundamental values of the Constitution. A typical case of this nature was the Hisba Bill case wherein the Provincial Legislature of Khyber Pakhtoonkhwa (the then NWFP) passed a law popularly known as Hisba Bill i.e. a law through which a medieval system of civil administration and accountability based on a rather myopic view of tenets of Islam was sought to be enforced. The Federal Government on account of political expediency and temerity did not intervene and instead filed a Reference in the Supreme Court wherein the Court declared the offending provisions of the said Bill to be *ultra vires* of the fundamental rights provisions of the Constitution and directed the Governor of the Province not to grant assent. The judgment is important for more than one reasons: first it laid down that religious freedom is not absolute and it has to conform to other laws and the Constitution; second that in the event of a conflict between a law which is being projected as religious and the fundamental right provisions of the Constitution, the latter shall prevail; third it was a case in which political issues were brought to the Court because the political leadership was shy of the extreme right. It could not resolve the issue in the political domain fearing backlash from fundamentalist lobby and filed a Reference in Court.

In certain cases, the superior courts acted as “social engineers” and catalysts of social change. Pakistan is a male dominated society where instances are not lacking when women were deprived of their right to inherit property, despite the mandate of law, through involuntary surrender. There have been instances when adult women were denied the right to marry a person of their choice or when they were given in marriage without their consent. The court, when called upon to decide such matters, laid down law, which had the effect of changing the unjust customs and mores. For instance, in a case of denial of right to inherit property, the Supreme Court held that this being a gross violation of fundamental right of a socially disadvantaged gender, claims could be filed even long after expiry of the prescribed period of limitation²¹.

Similarly, there was a socially sanctified tradition under which even a sui-juris woman could not marry without permission of her guardian. In a case where an adult girl married a person of her choice, her father, relying on a

21 PLD 1970 SC 1 (Pak)

document evidencing a fake and illegal marriage with her cousin, launched criminal prosecution for adultery against her, and she was arrested. The matter was brought before the High Court; it not only declared counter marriage as illegal but quashed the criminal proceedings²².

Access to justice has been problematic in certain parts of Pakistan i.e. in tribal areas and in areas where the influence of old feudal lords and customary mode of settling disputes has impeded the process of justice. In 2002 in District Mianwali the local Nawab of Kalabagh played a vital role in handing over eight girls as compensation to resolve an age old dispute. This way of settling disputes is called "Vani". The Supreme Court took a suo moto notice of this and directed registration of a criminal case against those who were responsible for such an act. Similar incidence took place in 2006 in yet another District and the Court had to interfere again. Such practices were not only violative of the law of land but also an affront to the Universal Declaration of Human Rights which mandates that everyone has a right to an effective remedy by a competent national tribunal for the violation of their human or constitutional rights. It was on account of these interventions by the Court that the Legislature made it a penal offence to give a female in marriage or otherwise in settlement of a blood feud and the amended law provided that whoever was guilty of such an act shall be punished with imprisonment which may extend to 07 years and shall not be less than three years (Section 310A of PPC). Although despite this amendment in law, this age old custom may exist in certain remote areas but its incidence has tremendously been reduced and if anyone violates the law, he is brought to justice. It was on account of the intervention of the Apex Court which has brought about this social change and amendment in law.

The Supreme Court in Pakistan has been conscious to balance the needs of the current generation with that of the posterity. This is reflected in its determination to uphold the concept of sustainable development. It means, *"development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs"*²³. More specifically, it is a concept which emphasises a 'holistic approach' to development ---an approach that considers the need for environmental protection at the time of making a development decision, and does not privilege development needs over the need for environmental protection²⁴."

22 Humaira v. State PLD 1999 Lahore 494 (Pak)

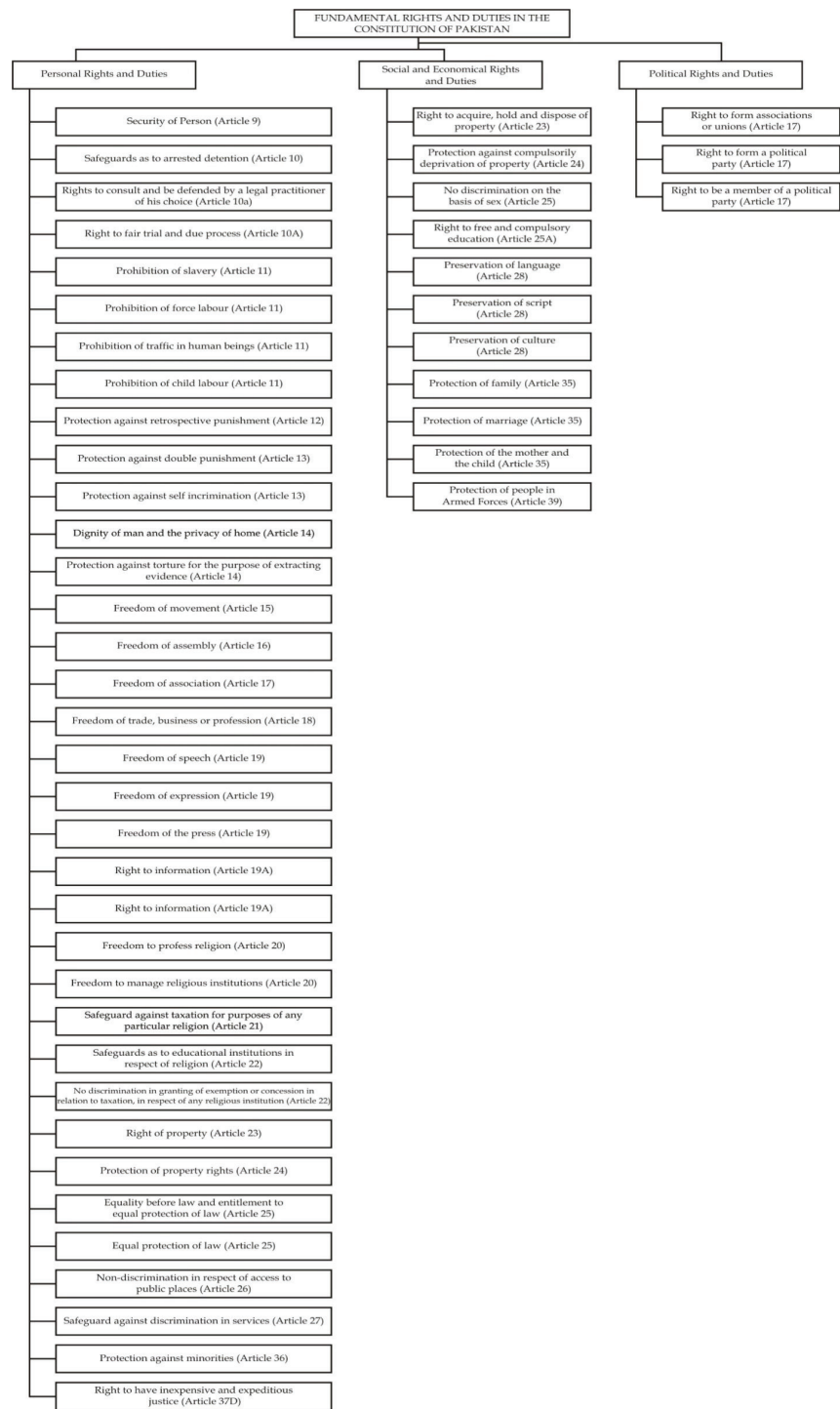
23 WCED, N., Our Common Future (1987). Prior to this, the concept had been used in the Stockholm Declaration on the Human Environment 1972---P. 43.

24 For conflicting arguments on the utility of the concept of sustainable development, see W. Berkeman, 'Sustainable Development: Is it a useful Concept? (1994) 3 Environmental Values 191; M Jacobs, 'Sustainable Development, Capital Substitution and Economic Humility: A Response to Berkerman' (1994) 4 Environmental Values 57.

In cases which have a bearing on the Socio-economic development, the judiciary has been conscious not to interfere in the policy making domain of the executive or that of the legislature. Because the judiciary neither has a "sword" nor "purse" to ensure compliance of its verdicts. It is only people's trust in its impartiality which ensures respect and compliance. The judiciary jealously guards this trust. The Court while exercising its discretion aims at being objective in determination of facts and application of law. It is not supposed to be carried away by the "passions of the day" or by the "fluctuating opinions". He/she has to safeguard peoples' trust in his/her neutrality which is one of the basic elements of judging. The judicial interventions and declarations, are reminders or exhortations for other institutions to abide by law and the constitutional command. While doing so we are always conscious in the words of a fellow Judge from U.S. Supreme Court, "we are not final because we are infallible, but we are infallible because we are final". (Justice Robert Jackson)

In parting I may add that whether of the subordinate court, a High Court or the Supreme Court a Judge has a sacred mission to perform in dispensing justice through the enforcement of the rule of law and the constitution. In this mission, the support of the legal provision, the civil society and public at large, help to strengthen the judicial resolve. The future of the rule of law, liberty and democracy in Pakistan would be defined by the level of public support, public vigil and the strength of the judicial resolve to defend the Constitution.

Tassaduq H. J.: The Role Of Judiciary in the Socio-Economic Development



PAKİSTAN'TIN SOSYO-EKONOMİK GELİŞİMİNDE YARGININ ROLÜ

Hukuk ve ekonomik kalkınma arasında simbiyotik bir ilişki vardır. Amartya Sen'e göre "yasal reform, özgürlükleri de iletir; bu, kapsamlı bir kalkınma açısından kritik önemi haiz ve temel bir özelliktir. Dolayısıyla, yargı reformu başlı başına önemlidir."¹ Uzun zaman önce modern ekonominin babası Adam Smith barış ve düşük vergilerle birlikte "dayanılabilir bir yargı yönetiminin bir devleti en üst refah düzeyine çıkartmak için" gereken yegane şey olduğunu ifade etmiştir.² Ancak, o dönemden beri akademisyenler yargı yönetiminin kalkınma açısından ne şekillerde bir fark yaratabileceğini tartışa gelmişlerdir. Hangisi daha önemlidir: mülkiyet haklarını desteklemek, iktisadi aktörler arasında sözleşmeler yapılmasını sağlamak, devlet yetkisinin suistimalini denetlemek mi yoksa hukukun üstünlüğünü sağlamak mı? 2002 Dünya Kalkınma Raporu (WDR) bu hususta yakın dönemden pek çok kanıtları bir araya getirmekte ve gelir ile hukukun üstünlüğü konularının –mülkiyet hakları, hukuk kurumuna ve yargıya saygı gibi konuların toplu öneminden de ayrılmaksızın- büyük ölçüde birbiriyle ilişkili olduğu sonucunu ortaya koymaktadır.³

Pakistan kalkınma yolunda ilerleyen bir geçiş demokrasisi olup benzer durumdaki diğer ülkeler gibi çözmesi gereken bir takım meseleler ve problemler bulunmaktadır – yoksulluk, kitlesel işsizlik, zayıf altyapı, belirli kurumların eksikliği veya mevcut kurumların 'erozyona' maruz kalmışlığı, kırsaldan kente göç, uygun sosyal hizmetlerin bulunmaması, sürdürülebilir kalkınmayla alakalı sorunlar, yolsuzluk, dini ve etnik hoşgörüsüzlük, asayiş ve düzenin durumu ve zayıf yönetim gibi. Ülkenin sosyo-ekonomik kalkınması açısından bir Devlet bünyesinde yer alan her bir kurum kendisine düşen görevi yerine getirmelidir ve siyasi, toplumsal ve ekonomik alanlarda çok boyutlu çalışmalar yapılması gerekir. Bu hastalıkların ilacının iyi yönetim olduğu söylenir. BM eski Genel Sekreteri Kofi Annan'a göre " İyi yönetim belki de yoksulluğu ortadan kaldırmak ve kalkınmayı desteklemek için var olan yegane etmendir." İyi yönetim ve hukukun üstünlüğü kavramları birbiriyle

1 Amartya Sen, "Kalkınma sürecinde yargı reformunun ve adli reformun rolü nedir?" Dünya Bankası Hukuk Konferansı, Washington DC, 5 Haziran 2000, s. 11

2 R. Messick'ten alıntı: "Yargı Reformu ve Ekonomik Kalkınma: Konulara Dair Bir İnceleme", The World Bank Research Observer, Cilt. 14, Sayı. 1 (Şubat 1999), s. 117-36.

3 Dünya Bankası, Dünya Kalkınma Raporu 2002: Piyasalar İçin Kurumlar Oluşturma, Washington DC; The World Bank.

Tassaduq H. J.: Pakistan'ın Sosyo-Ekonomik Gelişiminde Yargının Rolü

bağlantılıdır. Hukukun üstünlüğünü temin edecek adil ve bağımsız bir yargı olmadan iyi yönetişimi tahayyül etmek zordur. 'Hakkaniyet ve Hukukun Üstünlüğü' adlı öğretici makalesinde Lawrence Solum iyi yönetişimi meydana getiren yedi etmeni şu şekilde ortaya koymaktadır:

- * Devlet görevlilerinin keyfi kararlarının hukuki kararlara temel teşkil etmemeli;
- * Devlet görevlilerinin kendilerini hukukun üzerinde görmemeli;
- * Uygun yayım ve ilan yöntemleri kullanılarak halkın kanunları bilmesini sağlanmalı;
- * Hukuk kuralları herkesin anlayacağı kadar açık olarak belirtilmeli ve sadece belirli birey ya da belli kesimlere hitap etmemeli;
- * Benzer davalar eşit şekilde ele alınmalı;
- * Karar usulleri adil ve düzenli olmalı, ve
- * Hukuk kuralları tarafından zorunlu kılınan ve yasaklanmış eylemler vatandaşlar tarafından kolay tespit edebilir olmalıdır.⁴

Anayasa ve diğer yasama araçları dahilinde belirtilmiş olan bu hedeflere ulaşmakta bir ülkenin yargı sistemi büyük rol oynar. Küreselleşmenin peşi sıra, sosyal medyanın sağladığı uyanış ve niteliksel demokrasinin kaydettiği ilerlemeyle birlikte yargı, giderek artan bir dönüşüm gerçekleştirmiş ve yargı sadece bir anlaşmazlık çözüm kurumu olmaktan çıkıp diğer kurumlarla birlikte hukukun üstünlüğünü sağlamak yönündeki çabalarla toplum ve vatandaşların hayatında önemli bir rol üstlenen toplumsal-anayasal bir katalizör halini almıştır.

Devletin farklı organlarının yetkileri, Anayasa'da belirtilmiştir. Anayasa, hem bir neslin kendi deneyimleri ile mevcut düşünce akımlarının ışığında kaleme aldığı bir belge hem de geleceği öngörmeye ve bu öngörüyle birlikte düzenli bir değişim çerçevesi oluşturmaya çalışan bir belgedir. Yazılı anayasaları olan ülkelerde Temel Haklar hükümleri, ve yönergeler ile Devlet politikasının temel ilkeleri söz konusu toplumsal değişimin nasıl hayata geçirileceğine dair politikaların ana hatlarını belirlemekte faydalanılacak yasal kaynaklar 'pınarını' bize sunar. İşte bu hükümler yenilikçi yasalar, kurumlar ve hukuk yolları için olduğu kadar özgürlük, eşitlik ve adalet gibi anayasal taleplere özünü katacak olumlu eylemler için de bir mekanizma görevi görmektedir.

Pakistan'da halkın Temel Hakları büyük ölçüde Anayasa'da yerleşiktir. Bu

4 Lawrence Solum, "Equity and the Rule of Law", Ian Shapiro (ed.) The Rule of Law, New York University Press, 1994, s. 120-48.

Haşim Kılıç'a Armağan

haklardan bazıları, yaşam hakkı, sağlık hakkı, eğitim hakkı, mülkiyet hakkı, adil yargılanma hakkı, seyahat hakkı, iletişim hakkı, bilgi edinme hakkı, dinini açıklama, yayma ve dinin gereklerini yerine getirme hakkı, hukuk yoluna başvurma hakkı, seçme ve seçilme hakkı, parti kurma hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı ve kanunlar karşısında eşitlik hakkı olarak sayılabilir. Açıklık kazandırmak maksadıyla Anayasada teminat altına alınan haklar aşağıdaki tabloya yansıtılmıştır: ⁵

Bir demokraside mahkemeler kabaca iki işlevi yerine getirir; ilk olarak birey ile Devlet arasında, bireyler arasında inter se; ve Devletin organları arasında hakemlik ederler. İkinci olarak ise bir demokrasideki temsil edici kurumların aksine, mahkemeler yansıtıcı kurumlar olarak “ içinde bulundukları sistemin temel değerlerini “ yansıtırlar. ⁶ Demokrasi sadece halkın temsil edildiği bir sistem değildir; aynı zamanda temel değerleri ve insanların Temel Haklarını da koruyan bir sistemdir.

Anayasalarda ortaya koyulmuş olan Temel Haklar ve Politika İlkeleri, ilerleme açısından iki türlü katalizörlük işlevi yerine getirmektedir. Bu talepler ve hedefler bir taraftan halkta Devletin izlemesi gereken politikaların neler olduğuna dair bir bilinç ve çeşitli umutların ortaya çıkmasını sağlarken diğer taraftan da önlerine getirildiği takdirde, meselelerde mahkemelerin bu hakları uygulamalarını da sağlamaktadır. Mahkemeler, ve özellikle de Anayasa Mahkemesi, Anayasada belirtilmiş olan talepler ve hedefler doğrultusunda vermiş oldukları kararlarla insanlara çözümler sunmaktadır. Yargı bu görevini yargı denetimi yetkisine dayanarak yerine getirir. Bu yetki, Devletin herhangi bir kurumu ya da memurunun anayasal veya yasal yükümlülüklerini yerine getirmeye yönlendirilmesi için olduğu kadar Yürütmenin eylemleri veya Yasamadan çıkmış herhangi bir kanunun Anayasal hükümlere aykırı olması hâlinde bunların geçersiz kılınmasını sağlamak yönünde de kullanılabilir.

Anayasa yapıcılar ve Mahkemelerin vizyonlarının nasıl olması gerektiği konusunu irdeleyişinde Anayasa Mahkemesi aşağıdaki ilkeleri ortaya koymuştur:

“Bu bağlamda özgürlükler, maksada uygun bir tanımla, en temel anlamıyla özgürlüğü taahhüt altına almaktadır; ancak, bu özgürlük sadece yetkinin keyfi olarak kısıtlanmasından kurtulmak anlamındaki özgürlük değil, aynı zamanda yoksulluktan kurtulma özgürlüğü, fakr-u zarurettten ve cehaletten de ari olmak anlamına gelmektedir. 1961 tarihinde Lagos'ta gerçekleştirilmiş olan Hukuk Yoluyla Dünya Barışı

⁵ İlgili maddelerin eklendiği tablo sondadır.

⁶ “The Role of a Supreme Court in a Democracy” by Aharon Barak, (2002) Faculty Scholarship Series. Paper 3691. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3691

Tassaduq H. J.: Pakistan'ın Sosyo-Ekonomik Gelişiminde Yargının Rolü

Konferansında da kabul edilen hukukun üstünlüğü kavramının da mealidir: (vurgu yapılmıştır)

'Bireylerin hak ve özgürlüklerinden tam olarak istifade edebilmeleri için belirli ve uygun bir yaşam düzeyi elzemdir. Yeterli gıda alamayan insanlara ifade özgürlüğü ne ifade eder ya da okuma yazma bilmeyen bir toplumda basın özgürlüğüne nasıl bir anlam yüklenebilir? Hukukun üstünlüğü, insanların insanlık onuru ve geleceğe yönelik hayalleriyle birlikte yaşamasını teşvik eden toplumsal, ekonomik ve kültürel şartların oluşturulmalıdır.'

Usulün esnek olması halinde, Mahkeme yorumlarıyla tüm vatandaş kesimlerini kapsayacak şekilde sosyo-ekonomik değişimi yaygınlaştırabileceği bir konumda olacaktır.

Bahse konu bu yaklaşım, ilerleme çağına uygun bir yaklaşımdır ve Anayasa'nın sadece geçmişe zincir vuran bir zindan olmanın ötesinde canlı ve bizi geleceğe taşır olmasını da ortaya koyar. Dolayısıyla, özgürlüklerin ve Politika İlkelerinin faydalarını toplumun tüm kesimlerini kapsayacak şekilde arttırmaksızın sadece Devlet ile birey arasındaki çatışmaları sınırlayan anayasal yorumlar ve bunlara odaklanan debdebeli yaklaşımlarda ısrarcı olmak artık nafiledir." ⁷

Pakistan'da bu yargı denetimi yetkisi hem Yüksek Mahkeme (Anayasa Md. 199) hem de Anayasa Mahkemesi (Anayasa Md. 184(3)) tarafından yerine getirilir. Mahkemenin önüne, çeşitli devlet kurumlarının yetkileriyle ilgili, Federasyon ve Vilayetler arasındaki sorunlardan, Uluslararası İnsan Haklarının içerideki uygulamalarında tartışmaya açık konulara, ve Anayasa'nın Temel Haklara dair hükümlerinin ihlal edilmesi temelinde bazı yargı araçlarına yönelik davalara kadar anayasal hükümlerin Temel Haklar veya Politika İlkelerinin uygulamaya dönük olarak yorumlanmasını gerektiren nice meseleler getirilmektedir. Pakistan gibi, kurumların henüz evrimleşme aşamasında olduğu gelişmekte olan ülkelerde Yargı bu kurumları güçlendirmekte pozitif bir rol oynar.

Yetersiz eğitim, ekonomik eşitsizlikler, genel bir duyarsızlık, dini cehalet ve tahammülsüzlük gölgesindeki sosyo-ekonomik ve siyasi ortamlarda insanları, Anayasa ve değerlerini anlamaları için eğitmek ve aydınlatmak çok önemlidir. Bu bağlamda Mahkeme demokrasi ruhunu teşvik ederek ve sivil bir bilinç oluşturmak suretiyle insanları sürekli bilgilendirerek halkı eğitmektedir. Mahkeme bu rolü yerine getirmekle bir nevi pedagojik kurum rolü üstlenir ve bu durumda Hakimler 'canlı devam eden ulusal bir seminer' katılımcısı öğretmenler gibidirler.⁸ Böylelikle Mahkeme sosyal değişimin katalizörü

7 Miss Benazir Bhutto v. Federation of Pakistan, PLD 1988 SC 416

8 Eugene V. Rostow, The Democratic Character of Judicial Review, 66 HARV. L. REV. 193, 208 (1952).

olarak hareket eder. 2012/6 sayılı SCMR dergisinde yayınlanan bir kararda, ben de bunu ima ediyordum:

“31. ‘Yargı borusunu çalmak’ bir Hakimin zamanı geldiğinde kaçınamayacağı ve haklı bir sebep olmaksızın da yapamayacağı Anayasal bir ödevdir.

“32. Bu davada da görüldüğü üzere iki önemli kamu görevinin başında bulunan bu kimseler arasındaki çözümsüzlük sadece siyasi bir mesele değildir. Anlaşılması hiç de zor olmayan daha geniş etki alanları bulunmaktadır. Aralarındaki bu anlaşmazlık, farklı kurumların çalışmalarını olumsuz etkilemektedir ki bu durumda bu kurumlar-dan bir tanesi bir Üniversite ve eğitim kalitesidir.

“33. Eğitim hakkı, nihayetinde Pakistan İslam Cumhuriyeti Anayasası 4 ve 9’ncu maddelerinde güvence altına alınmış olan diğer temel haklarla da bağlantılı olan ya-şam kalitesini etkilemesinden ötürü, temel bir haktır. Hak ve ödevlerin bilincinde ol-mak, toplumda sivil bilinç oluşması, Anayasa tarafından güvence altına alınmış olan temel haklardan yararlanma ve insanların hukuken güçlendirilmesi eğitimin kalitesi-ne büyük ölçüde bağlıdır. Gereğince bir eğitim almamışlarsa insanlar gerçek anlamda özgür olamazlar.”⁹

Pakistan Anayasa Mahkemesi yargı gözetiminin sahip olduğu yetki kapsa-mını daha da genişletmiş ve dinamik bir yapı kazandırmış, böylelikle ‘Kamu Çıkarı Davaları’ ile ‘İnsan Hakları İçtihadı’nı oluşturmuştur. Bu şekilde Mah-keme öncelikle kamu yararı için çalışan kişiler tarafından kamunun hakları ihlal edilen ya da yoksun kesimleri adına dava açabilmesini teşvik ederek, ikinci olarak ise, iddia ve ispat yükü hususlarındaki katı kuralları esnetilmek-le uygun davalarda mahkemelerin kendi hakikat komisyonlarını oluşturmar-larıyla, locus stand veya “dava salahiyeti” eşliğini aşağı çekmiştir.¹⁰

¹¹Bu bağlamda Temel Hakları ilgilendiren Sue Moto dava sayısında önemli bir artış olmuş fñ (2007 senesinde 27, 2009 senesinde 28 dava) aynı artış İnsan Haklarını ilgilendiren davalar (2010 senesinde 135 dava) ile Anayasal Hak-larla ilgili davalar (2012 senesinde 132 dava) için ve İnsan Hakları ihlalleriyle ilgili olarak yapılan şikayet ve başvuru sayısı (2009-2013 yılları arasında İnsan Hakları Hüccesine toplam 201.450 dava getirilmiştir) için de gözlemlenmiştir.

Kapsamlı bir yargı gözetimi doktrini temeline oturtulmuş temel haklar iç-tihadı kapsamında kaydedilen böylesi bir genişlemenin tam olarak ne anlam taşıdığı özellikle de Anayasa Mahkemesine gelen, Lahor’da Kanal Genişletme

9 Rana Aamer Raza Ashfaq v. Dr. Minhaj Ahmad Khan (2012 SCMR 6 s. 30, prg. 31, 32 ve 33).

10 State of Uttaranchal v. Balwant Singh Chaufal and Ors. AIR 2010 SC 2550.

11 Mahkeme Başkanı Tassaduq Hussain Jilani tarafından kaleme alınmış “Fundamental Righ-ts and Judicial Review: Defining the Role and Parameters of the Superior Court’ adlı maka-leden alıntı.

Tassaduq H. J.: Pakistan'ın Sosyo-Ekonomik Gelişiminde Yargının Rolü

Projesi için Ağaçların Kesilmesi¹² ve Yeni Murree Projesi' ¹³yle ilgili çevre koruma unsuru da bulunan dava¹⁴ ile Karaçi ve Belucistan 'da 1973 Anayasası Md. 9'a karşıt olarak karşılaşılan çok sayıda insan hakları ihlalleriyle ilgili davalar ve tecavüz vakalarında kadınların hukuki haklarını ilgilendiren Salman Akram Raja ve diğ. /¹⁵ Penjab Yönetimi ve diğ. ile Hindularla evlenmiş olan kadınlara çipli nüfus kağıtlarının verilmemesiyle ilgili 22/2009¹⁶ sayılı Suo Moto davası ve hadımların haklarının ihlali ve aşağılanmalarıyla ilgili Dr. Muhammad Aslam Khaki ve diğ. ¹⁷/ S.S.P (operasyonlar), Rawalpindi ve diğ. davaları ile okulların 'içler acısı hali' ve yasal eğitimle ilgili 22.11.2013 tarih, C.P. 37/2012 sayılı karar, Pakistan Barolar Birliği / Federal Hükümet ve diğ. davaları¹⁸ ve Hac Yolsuzluk Davası gibi davaların hem hacimsel olarak hem de sayısal olarak artışlarına bakıldığında daha açık görülebilmektedir. ¹⁹

İnsan Hakları davalarına genel bir bakış veya Kamu Yararı Davaları'nın alanında olup da Pakistan Anayasa Mahkemesine gelen ve Mahkemece karara bağlanmış olan davalar geniş anlamda aşağıdaki şekilde belli başlı kategorilere ayrılabilir:

- I. Azınlıklar ve marjinal nüfus kesimleri ile kadınlar ve çocuklar ve hadımların Temel Hakları'nın ihlalleriyle ilgili davalar;
- II. Çevrenin bozulması, çevre kirliliği veya sürdürülebilir kalkınmanın aksaması hususlarının öne sürüldüğü davalar;
- III. Büyük mali düzensizlikler, yolsuzluklar ve iyi yönetişimi ilgilendiren davalar;
- IV. Denizaşırı ülkelerde yaşayan Pakistanlıların adalete erişimini ilgilendiren davalar; ve
- V. Gelenek-görenek ve kabile hukukunun Anayasa'nın Temel Haklar ile ilgili hükümlerini ihlal eder olduğu durumlarla ilgili davalar.

Ancak bu davaların yargısallaştırılmasıyla ilgili olarak da belirli sınırların tespit edilmesi gerekmektedir. İlk olarak, locus stand kapsamının genişletilmiş olmasının önemini kabul etmiş olmamla birlikte, ciddiyetten yoksun başvurulara karşı aşağıdaki hususlar temelinde dikkatli olmak gerektiğinin altını çizmek isterim.

12 2011 SCMR 1743

13 2010 SCMR 361

14 Belucistan Yüksek Mahkeme Barolar B. Bşk. v Pakistan Federasyonu ve diğ. 2012 SCMR 1958, Watan Party ve diğ. v Pakistan Federasyonu ve diğ., PLD 2011 SC 997

15 2013 SCMR 203

16 2012 SCMR 1147

17 2013 SCMR 187

18 PLD 2007 SC 394

19 PLD 2011 SC 205, PLD 2011 SC 277 ve PLD 2011 SC 963

Haşim Kılıç'a Armağan

“Tüm bu taleplerin görülebilir olduğunu kabulde birlikte bir uyarıda da bulunmak isteriz. Genel gözlemimiz odur ki kamu yararı kisvesi altında aslında ne kamu açısından önemi haiz ne de herhangi bir temel hak veya kamusal ödevin ifasını ilgilendiren konular Mahkemeye taşınmaktadır ve Mahkemenin bu gibi ciddiyetten yoksun girişimler karşısında belirli önlemler alması gerekir.

İkinci olarak ise, özellikle Hükümetin mali yönetimiyle ilgili siyasal konulara dair şu uyarıda bulunmaktayım:

“Hükümetin finansal konularla ilgili idaresi veya ihalelerle ilgili meselelerde Mahkemelerin politika konuları ve özel ihtisas bilgisi gerektiren ticari işlemleri takdir etmesi gerekmektedir. Mahkemelerde bu tür kararlar ve/veya işlemlerin sağlıklı olup olmadığını takdir edecek uzmanlık bulunmamaktadır. Herhangi bir sözleşmeye dayalı işlem veya Hükümetin yürütme yetkisi dahilinde alınmış olan bir kararın yargı gözetimine tabi olması hususu çeşitli ülke anayasa mahkemelerinin de dikkatini cezbetmiş ve bu bağlamda Mahkemelerin gündelik işleyişleri içerisinde ihalelerde tam bir usulsüzlük ve keyfiyet, kayırma ve kanunların küllen ihlali söz konusu olmadıkça yürütmenin politika yapma işlevine müdahaleden kaçınması yönünde adli mutabakata ulaşılmıştır.

Temel haklar içtihadı kapsamının bu genişlemesi, Pakistan Anayasa Mahkemesi’ni, şekli bir anayasa mahkemesinden, anayasa yorumlarını insan odaklı bir eksene taşıyarak yargı yetkisini yeniden yapılandıran, İnsan Hakları yönü olan bir Yüksek Mahkeme’ye dönüştürmüştür. Bu dönüşüm, kaleme alma şerefine nail olduğum anayasa mahkemesi yargı marşımız ‘Herkes İçin Adalet’in de özüdür. Bu gelişmeyi, Upendra Baxi de Hindistan’daki Yargısal gelişmelere dair müşahade etmekte ve şu şekilde ifade etmektedir:

“Yargı erki ve süreçleri içerisinde yeni ve insan odaklı bir gelişim ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu bağlamda, anayasal yorumlar neredeyse insanların çektikleri acıları ciddiyetle ve Anayasa yargısı sürecinin temel taşı olarak ele alan ve bunu bir görev bilinciyle yerine getiren bir sosyal hareket boyutu kazanmıştır.”²⁰

Vatandaşların yaşadıkları sorunlara ve çektikleri acılara çözüm aradıkları bu kuruma daha fazla güven atfetmeleriyle birlikte yargının rolü her geçen gün daha fazla bir önem kazanmaktadır. Bu durum, yürütme ayağındaki yönetim eksiklikleriyle alevlenmekte ve söz konusu bu eksikliklerin yükü de yavaş yavaş yargı ayağına kaymaktadır. Toplumsal, siyasi ve ekonomik dinamikler Mahkemeleri her gün yeni ve farklı konular ve güçlüklerle karşı karşıya getirmektedir. Bu konulardan bazıları şunlardır:

20 ‘The Avatars of Indian Judicial Activism: Exploration in the Geographies of Injustice’ by Upendra Baxi in S.K. Verma & Kusum (Ed.), Fifty Years of the Supreme Court of India, Oxford University Press, 2007, at S. 157.

Tassaduq H. J.: Pakistan'ın Sosyo-Ekonomik Gelişiminde Yargının Rolü

I. Siyasi konularda bir yargısallaşma söz konusudur.

II. Diğer kurumlarda karşılaşılan erozyon veya kötü işleyiş neticesinde Mahkemeler aslen kendi alanlarına girmeyen konularda karar vermek durumunda artarak bırakılmaktadır.

III. Anayasa'da güvence altına alınmış temel hakları ihlal edici yasama faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesine yönelik Meclisteki çoğunluk için bir yönelim vardır.

IV. Hukuk ve sosyo-ekonomik talepler ile anayasal hedeflerin gerçekleştirilmesi çerçevesinde mahkemelerin algılanışı arasında bir eksiklik ortaya çıkabilmektedir. Hukuk, sosyal dinamiklere ayak uyduramayabilir. Aradaki boşluğu mahkemeler doldurur.

Pakistan gibi ülkelerde Anayasa Mahkemeleri zaman zaman kanunlar ile Anayasa kapsamında yer alan temel değerler arasındaki çelişkili durumlarla karşı karşıya kalabilmektedir. Buna en iyi örnek Hisba Kanun Tasarısı davasıdır ki söz konusu dava kapsamında Kiber Paktunkya Vilayet Yasama Meclisi (o dönemki adıyla NWFP) Hisba Kanun Tasarısı olarak bilinen ve İslamın 'miyop arazlı' bir yorumundan temellenen orta çağdan kalma bir kamu yönetim ve kamusal hesapverebilirlik yasası geçirerek uygulamak istemiştir. Siyasal yararlılık gözetilerek ve aşırı cüretkarlığa kaçmaksızın Federal Hükümet bu meseleye müdahil olmamış ve Anayasa mahkemesine bir tavsiyename göndermek suretiyle bahse konu meseleyle ilgili olarak söz konusu kanun tasarısı Anayasal koruma altındaki temel haklara ilişkin hükümleri açısından ultra vires teşkil ettiği hususlara dikkat çekerek Vilayet Valisini buna onay vermemek cihetine çekmiştir. Bu karar, birden çok sebeple önemlidir: ilk olarak dinsel özgürlüğün mutlak olmadığı ve diğer kanunlar ve Anayasa ile uyum içerisinde olması gerektiğini ortaya koymuş; ikinci olarak dinsel yönüyle öne çıkarılan bir kanun ile Anayasa'da yer alan temel haklara dair hükümler arasında çelişki olması hâlinde bunlardan ikincisinin amir olduğu belirtilmiş; üçüncü olarak bu durum, siyasi liderlerin aşırı sağdan çekinmesi sebebiyle siyasi meseleler mahkemeye taşınmıştır. Meseleyi kökten dinci lobiden gelecek tepkilerden çekinerek siyasi platformda çözüme kavuşturmakta aciz kalarak Mahkemeye başvuruda bulunmuştur.

Belirli durumlarda Anayasa Mahkemeleri 'toplum mühendisliği' yapmış ve toplumsal değişim içerisinde katalizör görevi üstlenmiştir. Pakistan ataerkil bir toplum olmakla birlikte kadınların doğuştan gelen haklardan olan mülkiyet hakkı gibi haklarından kanunlara aykırı olarak iradeleri dışında mahrum kalabildiği durumlar olabilmektedir. Erişkin kadınların arzu ettikleri kişilerle evlendirilmemeleri ve görücü usulüyle evlendirilmeleri vakalarıyla karşılaşmıştır. Bu gibi davalarda mahkeme vermiş olduğu kararlarla hukuka

dayanmak suretiyle adil olmayan gelenek ve töreleri değiştirmiştir. Örnek vermek gerekirse, miras edinme hakkının reddedilmesi konusunda bir dava sırasında Anayasa Mahkemesi söz konusu durumun toplumsal olarak dezavantajlı konumdaki cinsin temel haklarını kapsamlı şekilde ihlal eder olduğu gerekçesiyle hareket ederek, belirlenen zaman aşımı süresinden sonra da iddiaların tevdi olunabileceğine hükmetmiştir. PLD 1970 SC 1 (Pak).²¹

Benzer bir başka davada da sui juris bir kadına gelenek ve töreler bahane edilerek velisinin izni olmadan evlenme izni verilmemiştir. Bir diğer davadaysa yetişkin bir kadın kendi seçtiği eşiyle evlenmiş olmasına rağmen babası tarafından sahte belgelerle aslında kendisinin kuzeniyle evli bulunduğu ve söz konusu evliliğin yasa dışı olduğu iddialarına dayanarak açılan zina davasında da kızın tutuklanması sağlanmıştır. Bu dava yüksek mahkemeye getirilmiş ve yüksek mahkeme de iddia olunan geçersiz belgelere dayalı evliliği yasadışı ilan etmekle kalmamış aynı zamanda kovuşturmayaya da son vermiştir.²²

Pakistan'ın özellikle kabile bölgeleri ve eski toprak ağalarının etkisi altında geleneksel yaşam tarzının devam ettirildiği bölgelerinde adalete erişim anlamında sorunlar yaşanmakta ve buralarda adaletin ilerleyişi engellenebilmektedir. 2002 senesinde Mianwali vilayetinde Kalabak Valisi eskiye dayanan bir kan davasının çözümünde tazminat olarak karşı tarafa sekiz kız verilmesine hükmederek ciddi bir karara imza atmıştır. Anlaşmazlıkların bu yolla halline 'Vani' denilmektedir. Bu davayla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi suo moto hareket ederek bu eylemin sorumlularına karşı bir ceza davası açılmasına hükmetmiştir. 2006 senesinde yine benzer bir davayla başka bir eyalette karşılaşmış olup bu durumda da mahkeme olaya müdahale etmek zorunda kalmıştır. Bu gibi vakalar sadece yerel hukukun ihlali değil aynı zamanda İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin de ihlali konumundadır ki buna göre her bir bireyin insan hakları veya anayasal haklarının ihlali durumunda yetkili ulusal bir mahkemede etkin bir hukuk yoluna başvurma hakkı bulunmaktadır. Bu müdahalelerinin ışığında Mahkeme, kadınların zorla evlendirilmeleri veya kan davalarının hallinde tarafların birbirlerine kadın vererek çözüm aramalarını ceza gerektiren suçlar kapsamına almış ve (PCK Ksm. 310A) uyarınca bu durumda suçlu her kimsenin 3 yıldan az olmamak kaydıyla 7 yıla kadar hapisle cezalandırılmasını sağlamıştır. Kanundaki bu değişikliğe rağmen hâlâ bu gibi asırlık köhnemiş uygulamalarla memleketin ücra köşelerinde karşılaşılabilmekle beraber yine de sayısı önemli oranda azalmıştır ve bu anlamda kanunu ihlal edenler derhal adalet karşısına çıkartılmaktadır. İşte bu toplumsal değişikliği ve kanun değişikliğini Anayasa Mahkemesinin müdahalelerine borçluyuz.

21 PLD 1970 SC 1 (Pak)

22 Humaira v. State PLD 1999 Lahore 494 (Pak)

Tassaduq H. J.: Pakistan'ın Sosyo-Ekonomik Gelişiminde Yargının Rolü

Pakistan Anayasa mahkemesi mevcut nesiller ile gelecek nesillerin gereksinimlerini dengelemek gerektiğinin bilincindedir. Sürdürülebilir kalkınma konusuna verdiği destekte bu yansıtılmaktadır. Bu, “günümüzün ihtiyaçları karşılanırken gelecek nesiller de kendi ihtiyaçlarını karşılayabilme imkan ve kabiliyetlerinden mahrum edilmeden bu yapılmalıdır.”²³ Daha ayrıntılı bakacak olursak bunun ‘bütüncül’ bir kalkınma yaklaşımı olduğunu görürüz ki bu yaklaşıma göre kalkınma ile ilgili bir karar alınırken çevrenin korunması yönündeki gereksinimler de gözetilmeli ve kalkınma gereksinimleri çevrenin korunması yönündeki gereksinimlerin önüne geçmemelidir, ” anlamına gelmektedir.²⁴

Toplumsal ve ekonomik kalkınma temelindeki vakalarda ise yargı yürütmenin ya da idarenin politika yapma alanına girmemeye özen göstermektedir. Zira, yargının elinde verdiği kararların uygunluğunu temin edebileceği ne bir ‘kılıç’ ne de bir ‘para kesesi’ bulunur. Yargıya saygıyı ve kararlarına uymayı sağlayan şey yargının kararlarında tarafsızlığı ve insanların güvenidir. Yargı bu güveni, kıskançlıkla muhafaza eder. Mahkemenin, davalarda gerçeklerin tespit edilmesi ve hukukun uygulanmasında takdir kullanırken amacı, tarafsız olmaktır. Mahkeme “o günün tutkularına” veya “uçarı, temelsiz his ve fikirlere” kapılamaz. Mahkeme, yargılamanın temel unsurlarından biri olan, insanların kendi tarafsızlığına olan güvenlerini temin ve muhafaza etmek zorundadır. Yargının müdahale ve beyanatları diğer kurumlara kanun ve hukuk yolundan ve de Anayasa’dan ayrılmamaları yönünde birer uyarı niteliğindedir. Ve çalışmalarımızı bu istikamette sürdürürken ABD Yüksek Mahkemesi hakimlerinden bir dostumuzun (Y. Robert Jackson) sözleri her daim kulağımızdadır: “En son bize gelinmesinin nedeni bizim hata yapmaz oluşumuz değildir; ancak son merteye olmamız nedeniyledir ki asla hata yapamayız.”

Sözlerime son verirken alt mahkemelerde, Yargıtay’da ya da Anayasa Mahkemesi’nde; nerede hakimlik yaparsanız yapın, hakimlere düşen kutsal görev hukukun üstünlüğü ve Anayasa’yı uygulamak suretiyle adalet dağıtmaktır. Bu görev sırasında kanun hükümleri, sivil toplum ve daha geniş anlamıyla kamu, yargı sistemini güçlendirmeye yardımcı olmak için vardır. Pakistan’da hukukun, özgürlüğün ve demokrasinin üstünlüğü ve bu kavramların istikbali, halkın desteği, uyanıklığı ve yargının Anayasa’yı müdafaa konusundaki kararlılığıyla belirlenir.

23 WCED, N., Our Common Future (1987). Kavram bundan önce de Stockholm Declaration on the Human Environment (Stockholm İnsan Çevresi Bildirgesi)’nde kullanılmıştır 1972--- s. 43.

24 Sürdürülebilir kalkınmanın yararları konusunda karşıt argümanlar için bkz. W. Berkeman, ‘Sustainable Development: Is it a useful Concept?’ (1994) 3 Environmental Values 191: M Jacobs, ‘Sustainable Development, Capital Substitution and Economic Humility: A Response to Berkerman’ (1994) 4 Environmental Values 57.

Dr. Feras MILHEM

*(Lecturer in Law Birzeit University - Palestine, Experienced in
Judicial Reform)*

LEGAL MODERNISM IN PALESTINE DURING THE OTTOMAN EMPIRE

I. INTRODUCTION

Palestine made up the southern part of Syria under the Mamluks. When the latter were defeated by Sultan *Saleem I* in 1517, it came under Ottoman rule. During the early years of Ottoman rule, the existing legal administrative system in Palestine and Syria remained unchanged. However, a radical overhaul took place under Sultan *Sulayman II al-kanuni* or 'the Legislator' (1520–1566) who divided Syria into three provinces: Damascus, Halab (Aleppo) and Tripoli, with Palestine being affiliated to the province of Damascus. During the 19th century, further changes took place, and the Ottoman Empire issued various new regulations concerning the local administration divisions in its vast territories. According to these regulations, the Ottoman Empire was divided into 30 provinces. Syria was again divided into three provinces: Damascus, Halab and Saida, while the Palestinian coast and inland towns fell under the jurisdiction of the province of Saida. Jerusalem officially became not dependant on Damascus and Saida provinces. Instead, it was governed by a Pasha responsible only to the central authority in Istanbul.¹

As part of the Ottoman Empire, Palestine bore witness to, and indeed felt the effects of the strengths and weaknesses of its Turkish rulers. Western and Arab historians present conflicting reports concerning the Ottoman treatment of its subjects and its rule over the Arab World. It is clear that the Arab World benefited from Ottoman supremacy during its Golden Age (1517-1566) and that the latter's decline paralleled that of the Arab World when the Empire weakened and began its long process of disintegration.

Aware of the need to regain something of its initial prestige, efficiency and power, the Ottomans launched a reform plan, called the '*Tanzimat*' in the 19th century.² It was aimed at modernising the army, building a new and more effective administrative system and adopting and implementing new

1 THE PALESTINIAN STUDIES INSTITUTE, *ENCYCLOPEDIA OF PALESTINE* 123 (1st ed., suppl. 1984); MOSHE MA'UZ, *OTTOMAN REFORM IN SYRIA AND PALESTINE 1840-1961*, 33 (1968); ALEXANDER SCHÖLCH, *PALESTINE IN TRANSFORMATION, 1956-1882: STUDIES IN SOCIAL, ECONOMIC AND POLITICAL DEVELOPMENT* 11-17 (1993).

2 In the Turkish language *Tanzimat* means reform or order. It is the plural word of *Tanzim*. Therefore, it means a series of acts that gives a new order to the organisation of the State.

laws.³ An in-depth analysis and assessment of the '*Tanzimat*' would ideally form an important part of any research project into the region and its past experiences, especially for Palestine since many important Ottoman laws are still applicable.

II. Pre-Tanzimat: Shari'a Law

With respect to the impact of the Ottoman law on legal evolution of the Middle East, most studies start with the *Tanzimat* period. They don't seem to weigh the impact of earlier law development - particularly in the fifteenth and sixteenth centuries - on the subsequent *Tanzimat* in the nineteenth century. We will argue that signs of legal positivism and secularism started in the golden age of the Ottoman Empire. *Shari'a* law was not the only formal source, but local customs, *kanuns* (statute) and Fatwa (legal opinion) composed an important authoritative source. The importance of the *Shari'a* law rose again in the seventeenth and nineteenth centuries, whereas the adoption of *kanuns* became less popular.

While studying the sources of law prior to the *Tanzimat*, it is imperative to distinguish between the traditional sources of Islamic law, which are found in literature and in actual practice. We shall first study the traditional sources of Islamic law and then focus on actual ones.

1. Traditional Sources of Shari'a

Legal writings define the sources of *Shari'a* law in the *Qur'an*, the *sunna*, *ijma*, and *qiyas* and group them under two main headings: primary sources (the *Qur'an* and the *sunna*) and the secondary sources (*ijma* and *qiyas*).

The *Qur'an* is the Moslems' sacred text. It is divided into 114 chapters (or *suras*), with 6, 219 verses, or *ayas*, of which some 500 can be interpreted as offering, either directly or indirectly, legal guidance of some nature, and which, consequently, form the core of Islamic law, i.e., the *Shari'a*. Mohammad Abdul-Allah Darz of al-Azhar University of Egypt summarizes the attitude adopted towards the *Qur'an* as a legal text since the days of the Prophet: "The *Qur'an*, the word of God, is perfection itself – it is unchallengeable true,

3 In Palestine, the process of modernisation and economic growth had already begun before the Jewish immigration. On the eve of the first wave of Jewish immigration, only 24, 000 Jews were living in Palestine in the middle of 18th century. The population of Palestine climbed until the start of the 1880s to about 470, 000 people (the Bedouin of southern Palestine not being included in this figure). The reason behind economic growth was European penetration and interest in Palestine. For more information about the population, the economic growth and the socio-political components of Palestine, see in general SCHÖLCH, *supra* note 1, at 1-351.

F. Milhem: Legal Modernism in Palestine During The Ottoman Empire

infallibly just".⁴ The idea is that since God is the ultimate arbiter, His word, which must be obeyed, must also be the core of any system of law.

While the most important source of Islamic law is the *Qur'an*, matters on which the *Qur'an* is silent, ambiguous or only partially explicit necessitate recourse to other sources of authority of which the *sunna*, as the practice of the Prophet, Muhammad, is regarded to be the most authoritative. From the Moslem point of view, Muhammad's biography is a reliable source for Islamic law because it is in accordance with God's will. The *sunna* is a voluminous body of sayings (*hadith*) which recount the acts, tacit assent and the traditions or stories of the Prophet. Writing was not a widespread phenomenon during the life of Muhammad; therefore, the first generations of Moslems memorized *hadith* sayings and passed them on by word of mouth until they were eventually committed to writing some 200 years later.⁵ The *sunna* is considered to be the second primary source of law, surpassed in authority by the *Qur'an* alone. According to Fitzgerald: "...[J]ust as the Common Law is to be culled from the decision of the judges recorded in the year books and law reports, so the *sunna*, the Common Law of Islam, is to be culled from the traditions which are for this purpose the Law Reports of early Islam".⁶

Ijma means 'consensus'. Where provision was not made in either the *Qur'an* or the *sunna*, the leaders of the Islamic community, or the clerics, formulated laws on the basis of the 'consensus of the community', or *ijma*, the idea being that the Moslem community could not err. *Ijma*, therefore, represents the third source of law.⁷

Qiyas refers to reasoning or deduction by analogy. Sunni jurists agree that, in matters that fall outside of the *Qur'an*, the *sunna* and *ijma*, legal rulings may be 'deduced' from any of the above sources through common sense and analogy, which make it a tool for reasoning. Indeed, Islamic legal rules have become outdated ever since the Moslem World abandoned this tool.

2. The Shari'a in Actual Practice

The whole of Islamic law is collectively known as the *Shari'a* law or divine legislation. In the Ottoman Empire, it was constituted of a common law encompassing both civil and criminal suits, and was incumbent on all its

4 Quoted in C. G. WEERAMANTRY, *ISLAMIC JURISPRUDENCE: AN INTERNATIONAL PERSPECTIVE* 32(1988).

5 See S. G. VESEY FITZGERALD, *Nature and Source of Shari'a*, in *LAW IN THE MIDDLE EAST: ORIGIN AND DEVELOPMENT OF ISLAMIC LAW* 90-95 (vol. I, Majid Khadduri & Herbert J. Liebesny eds., 1955).

6 *Ibid.* at 90.

7 WEERAMANTRY, *supra* note 4, at 39.

subjects, including foreigners not covered by the Capitulation Agreements⁸ - regardless of religious affiliations.⁹ Furthermore, the mandate of the *Shari'a* extended to the personal status of all Moslems, whereas Christians and Jews were awarded the freedom to resort to the legal requirements of their respective religions in matters of personal status.¹⁰

The legal rules of the Ottoman Empire in matters of private law were based upon the work of the *fiqh* (Islamic jurisprudence or the different schools of law).¹¹ In the early Ottoman period, and even in Islamic litigation prior to the Empire era, the *qadi* (judge) had no written code of law to follow. For guidance, he resorted to the manuals from the four main law schools. *Qadis* were appointed by political leaders. Their nominations were ideally guided by the *Shari'a*, which stipulated the necessary qualities a *qadi* must possess.¹² The *Hanifites'* manual was the favourite school of Istanbul.¹³ However, it was up to the *qadi* to decide which school of law he would follow for each case.¹⁴

In addition to the manuals, which were prepared before the creation of the Empire, Islamic law was formulated by the Empire in two ways: through the collection of *fatwas* (religious edicts or a legal opinion given by a professional jurist) and of *kanun*. Local customs were one of the main and important sources of law. Hereafter, the study will focus on *kanuns*, *fatwas*, and customs, and when necessary, the relation of the last three terms with the *Shari'a* law.

2.1 Kânûnnâme

Kânûnnâme are collections of *kanuns* or "the book of the Ottoman Law".¹⁵

8 See special agreements signed between the Ottoman Empire and various foreign countries granting them specific exemptions from the law of the Empire.

9 See BERNARD LEWIS, *THE EMERGENCE OF MODERN TURKEY* 109 (1961).

10 See MOHAMMAD ALZUHILY, *THE HISTORY OF THE JUDICIARY IN ISLAM* 468 (no date mentioned) (inArabic).

11 In the Islamic legal history, four separate schools of law came into existence. They are named after their founders: the Hanifite, the Malikite, the Shafeite and the Hanbalite. Al-Hanifite school is the most prominent one; its adherents are to be found in the former Ottoman Empire, Palestine, Turkey, Syria, Egypt and the Gulf countries. The second important school is the Malikite, which is well observed in North African Countries. For more details on these schools, see generally, CHRISTOPHER MELCHERT, *THE FORMATION OF THE SUNNI SCHOOLS OF LAW* 9th-10th C.E. (1997).

12 For more details about the qualification of judges in Islam, see JOSEPH SCHACHT, *AN INTRODUCTION TO ISLAMIC LAW* 125 (1964).

13 Mainly the work of Abu Yusuf Ya'qub Ibn Ibrahim al-Ansari, who affiliated with the Hanafit school of law. He lived in the eighth century in Iraq. He is the author of *Kitab al-Kharaj*. His work constituted one of the main sources of the Ottoman *Majalla*.

14 Haim Gerber, *The Case of the Province of Jerusalem*, in *PALESTINE IN THE LATE OTTOMAN PERIOD* 38 (David Kushner ed., 1986).

15 Halil Inalcik, *Suleiman the Lawgiver and Ottoman Law*, 1 *ARCHIVUM OTTOMANICUM* 118 (1969).

F. Milhem: Legal Modernism in Palestine During The Ottoman Empire

There were two types of *Kânûnnâme*: general and provincial (special).¹⁶ The former was meant to be applicable to the whole Empire; it was compiled by the central authority in Istanbul and issued by Imperial decree. Whereas the latter was meant to be applicable to a particular province, such as the *Kânûnnâme* of Egypt of 1525.¹⁷

The first known *Kânûnnâme* that has come to light is that of Sultan Mehmed II (1444-46, 1451-81). It consisted of several secular *kanuns* concerning many fields of law, mainly criminal law; these regulated various taxes, Nomads, Armoured Followers of the Federal Lords and Married Infidels. Historians also reported that Sultan Mehmed II issued a *kanun* concerning the Ottoman State Organisation, but it only became known and popular in the early 17th century.¹⁸ Another well known *Kânûnnâme*, which was more systematic and organised than that of Mehmed II, was issued by Sultan Sulayman II.¹⁹

These *kanuns* circulated through an "*adaletname*", which was an Imperial decree confirming the sultan's wish to see justice done to all his subjects, thus strictly forbidding all sorts of oppressions by government officials. Such decrees were often issued when a new sultan came to the throne.²⁰ They used to be read out to notables and others in the law-courts or proclaimed. The local *qadis* were instructed to record them in their registers. For example, Heyd provided us with a summary of the decree on the *Kânûnnâme* of Egypt of 1525 by the Sultan ordering that a copy be kept in the Diwan (the council of the government) of Egypt and that another be sent to each Egyptian *qadi*, who will record it and have it publicly proclaimed. Thus subjects would pay a specific fee for a copy of *kanuns*, which would then be certified by a *qadi*.²¹

Historians who have studied court records of the Ottoman Empire reveal that the *qadi* used the *kanun* issued by the Sultan.²² Moreover, *qadis* were ordered to apply *kanuns*. One of these *kanuns* was criminal law. Hereafter, we will only concentrate on the criminal law and not on other *kanuns*, because in the case of particular offences Islamic law provides for specific and direct punishments.

16 Inalcik wrote about another type of *Kânûnnâme* called *Kanun-hukms*. It was directly addressed to aperson or group. *Ibid.* at 113.

17 See URIEL HEYD, *STUDIES IN OLD OTTOMAN CRIMINAL LAW* 21, 42-43 & 171 (1973).

18 It is argued that the circulation of the *Kanun* in the early 17th century was an attempt of grounding the Ottoman *Kanun* on a more stable basis than custom. See Baki Tezcan, *The Kânûnnâme of Mehmed II: A Different Perspective*, in *THE GREAT OTTOMAN-TURKISH CIVILIZATION* 657-665 (vol. 3, Kemal Cicek ed., 2000).

19 See in general INALCIK, *supra* note 15, at 105-138.

20 *Ibid.* at 138.

21 HEYD, *supra* note 17, at 150-151.

22 HAIM GERBER, *STATE SOCIETY, AND LAW IN ISLAM: OTTOMAN LAW IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* 65 (1994).

The aim will be to find out which sources dominated the Ottoman criminal *kanuns*. Is it the Islamic law or other sources, e.g. custom?

It is worth mentioning that the *Shari'a* criminal law was not applied literally in Islam. Criminal justice was kept in the hand of secular institutions such as the head of police (*sahib al-shurta*), the inspector of the market (*muhtasib*) and the Courts of Complaint (*mazalim*). The Ottoman Empire first maintained these institutions and then tried to eliminate them by strengthening the jurisdiction of *qadi*. A secular *kanun* that prescribes penalties and criminal procedure was prepared to achieve this goal.²³ The Ottoman Empire also adopted the *kanun* after receiving complaints from the people about the tyranny of local officials and fief-holders.²⁴

The rules of criminal *kanun* were taken from many sources. Heyd emphasised that "theoretically the *kanun* was supposed merely to amplify and supplement the *Shari'a* but not suppressed it".²⁵ A clear examination of criminal *kanun*, however, reveals that although the rules of criminal *Shari'a* law are embodied in the *kanun* fines and strokes are also provided as alternatives to the severe punishment of the *Shari'a*. For example, Article 1 of Suleyman's code deals with fornication and lays down that a defendant accused of that offence is to receive various fines, but only "provided he does not suffer the death penalty".²⁶ Other Articles on the same offence, and other kind of offences, mainly concentrate on the fine penalty. It is clear that the Ottoman draftsmen wished to apply fine and stroke penalties instead of the *Shari'a* penalties. The *kanun* also contained many Articles on the law of torts, which was considered to be a part of the civil law which was regulated by the *Shari'a*. In addition, the *kanun* regulations of criminal procedure were in more open contradiction to the *Shari'a*. For example, the *kanun* allows for torture to be applied in order to receive confessions, although the *Shari'a* made no room for that goal. Moreover, the *kanun* bans interests of more than 10 percent, thus implicitly allowing for charging interests, which was a violation of the *Shari'a*.²⁷ Interestingly, the *kanun* explicitly provided for the payment by non-Moslems of half of the fines imposed on Moslems (Article 51).²⁸

The *kanun* also contained other types of penalties, some of which were

23 HEYD, *supra* note 17, at 1-3.

24 For example, Kânûnnâme for the Christians of Cephalonia (it was only under Ottoman Domination between 1479 to 1499) and Montenegro (Sultan Bayezid II, 1481-1512) were issued after receiving arequest from these provinces. The criminal *kanun* in the Kânûnnâme resembles much that of MehmedII, but it prescribes lighter penalties than those which Mehmed's law imposes on Moslems. *Ibid.* at 14.

25 *Ibid.* at 180.

26 See the English text of the *Kanun* in *ibid.* at 95.

27 See in general GERBER, *supra* note 22, at 77.

28 *Ibid.* at 108.

F. Milhem: Legal Modernism in Palestine During The Ottoman Empire

probably taken from customary law, such as cutting off the nose and branding the forehead. Interestingly, the *kanun* regulated customary law and explicitly referred to the payment of compensation in accordance with the custom of that time.

Finally, Lewis thinks that these *kanuns*, which derived directly from the sovereign will of the Ottoman Sultans, were not legislative enactments but rather a codification of legal rules not covered by the *Shari'a*.²⁹ Nevertheless, we believe that these *kanuns* can be considered as enactments because of their binding nature and the methodology under which they were prepared and passed by the Sultan.³⁰

2.2 *Fatwas*

Fatwa is a legal opinion given by a professional jurist. It is an Islamic legal institution that has played a certain role in the development of Islamic law. During the Ottoman period, this institution played an important role in the adjudication process. Unlike preceding Islamic societies, where muftis were only legal advisers for people in general, a mufti's main role under the Ottomans was supplying litigants with legal opinions to be used in courts.³¹ To give the fatwa the character of a decision on a general point of law, the question was always formulated in a way which was as abstract as possible.³²

Records of the Ottoman courts reveal that the fatwa was widely used. *Qadis* used to respect and give weight to the fatwa in court, but they were not bound to apply them. Muftis had no authority to direct the *qadis* on how to apply the law.³³

However, the most famous collection of fatwa was prepared by Abu al-Su'ud Afendi (1545-74), the greatest Ottoman jurist and most respected Sheikh al-Islam, who sought to limit the freedom of *qadis*.³⁴ His fatwa collection, *Maruzat*, was particularly famous and important because it could be classified as a *kanun* issued by an Imperial decree. It aimed to legislate within the *Shari'a*. Abu Su'ud's aim was to limit the freedom of the *qadi* to form his own opinion

²⁹ LEWIS, *supra* note 9, at 107.

³⁰ Heyd wrote that "there can be no doubt that the criminal kanuns of Bayezid II and Suleyman formed official codes of law...as compared with other Ottoman kanuns, the criminal regulations are, in some respect, more similar to modern code of law". See HEYD, *supra* note 17, at 173.

³¹ GERBER, *supra* note 22, at 79.

³² See Uriel Heyd, *Some aspects of the Ottoman Fetva*, 62(1) BULLETIN OF ORIENTAL AND AFRICAN STUDIES 41 (1969).

³³ See HEYD, *supra* note 17, at 187.

³⁴ For more information on the Mufti Abu Su'ud see R. C. REPP, *THE MUFTI OF ISTANBUL: A STUDY IN THE DEVELOPMENT OF THE OTTOMAN LEARNED HIERARCHY* 272 (1986).

out of an autonomous reading of the manuals of Islamic jurisprudence.³⁵

Apart from the above collection, which was meant to be applicable throughout the Empire, the Mufti of Istanbul was responsible for the Turkish areas. Gerber compared the Fatwa in the territories of Turkey (corresponding to the area of today) and that of mufti, Khayr al-Din al-Ramli in Palestine. He found a number of differences between the fatwa of Sheikh al-Islam and those of al-Ramli, especially in the institution of waqf. Unlike what was established above, that *qadi* was free to consider the fatwa of Sheikh al-Islam, the Palestinian and Syrian muftis' interpretation of the law was considered superior to that of the local *qadi*. A *qadi*'s judgment could be put before a mufti for review.³⁶

2.3 *Urif*

Urif, or custom, is a further source of Islamic law and refers to the possibility of formulating a law on the basis of what was practiced in the past. Past practice could be grouped under two headings: general customs and specific customs. Much of Ottoman practice in civil and land law was codified and adopted by the legislature. Customary law, in which non-state normative orders were unofficially allowed to function, evolved during the Ottoman Empire. This was due to the decentralised nature of the Ottoman administration system, as well as to the ineffectiveness of the central government in Istanbul, which was interested in the welfare of big cities and ignored peasants and tribe people.³⁷ In Palestine, customary law gained in strength because of the relationship that developed between the local clan heads and the local Ottoman authorities, under which it could consolidate its power. Studies on customary law in the area of Jerusalem revealed that the Ottoman local courts incorporated local customs into the *kanuns* and *Shari'a* law. For a clear indication of the influence of local customs, it is worth mentioning two muftis: al-Ramli -already mentioned above- and Muhammad Khalili, another Palestinian Mufti in the seventeenth century. Both of them used to refer to customary law, which was widely used on the Palestinian mountains, instead of referring to the *Shari'a*. In the southern part of Palestine, however, the situation was different:

35 Abu Su'ud addressed a question dealing with marriage. It involved a discussion among the classical scholars as to whether a grown-up woman could marry herself to someone without the consent of her guardian. While many of the traditional scholars had approved of that practice, Abu Su'ud said that an order making it illegal had been issued and that *qadis* were henceforth not free to opt for their own solution. See *ibid.* at 90.

36 *Ibid.* at 84-85.

37 Frank H. Stewart, *The Contract with Surety in Bedouin Customary Law*, 2 UCLA JOURNAL OF ISLAMIC AND NEAR EASTERN LAW 168 (2003).

F. Milhem: Legal Modernism in Palestine During The Ottoman Empire

In Hebron, south of Jerusalem, customary law developed in a different way. Since the Ottoman state was unable to control the rural and tribal societies surrounding the town, Hebronite merchants were obliged to rely on customary law as the sole means for mediating conflicts and were forced to adapt to the structure of society accordingly.³⁸

It was in that way that customs and customary law as an alternative to the state law developed in Palestine.

III. Post-Tanzimat: Mixed Law

The Ottoman Empire witnessed a remarkable reorientation and a move towards military, social, economic and legal reform during the 19th century. This reform was inspired by a desire to improve the state's general administration, to encourage economic progress, to protect the integrity of the Empire's territories and to fortify it against Western influence and domination. In fact, the first stirrings for reform date as far back as the 18th century when the Sultan made an attempt to reorganise the military. However, it was only with the issue of two particular Imperial Edicts a century later that the movement gained real momentum and became visibly effective.³⁹

The enactment of *Hatt-i Serif of Gulhan* (the Imperial Edict) by Sultan Mahmud II on November 3rd, 1839 represents one of the earliest and most important steps towards the *Tanzimat* (hereinafter the 1839 Edict).⁴⁰ Although this edict did not initially aim to be a constitutional declaration, it contained certain basic rules which were of extreme significance for later reform measures. Those rules can be divided into four categories. The first category contains rules dealing with administration and government, the second deals with the welfare of the Ottoman subjects, the third deals with the status of the non-Moslem citizens and the last one is concerned with the legal basis of the Empire.⁴¹ On February 18th, 1856 the Sultan issued another important Imperial Edict, or *Hatt-i Humayun* (hereinafter the 1856 Edict). The general principles laid down in the 1839 Edict were confirmed in that of 1856. However, this later Edict promised more legal reform and constituted a more serious document

38 Ifrah Zilberman, *The Future of Jerusalem: A Symposium: Palestinian Customary Law in the Jerusalem Area*, 45 CATHOLIC UNIVERSITY LAW REVIEW 797 (1996).

39 The English texts of the two Edicts of 1840 and 1856 can be found in: EDWARD HERTSLET, C.B., *THE MAP OF EUROPE BY TREATY 1002* (vol. II, 1875). In Arabic, see NOFEL AFANDI NA' MEHT ALAH NOFEL, *ALDUSTUR* 5 (vol. I. 1884). See also, YOSEF KAZMAKHORY, *CONSTITUTIONS OF THE ARAB WORLD 1839-1987*, 11 (1989) (in Arabic).

40 For more details on the beginning of the *Tanzimat* era, see MUMTAZ'ER TURKONE, *The Tanzimat Character and Mehmed Sdik Rifat Pasha*, in *THE GREAT OTTOMAN-TURKISH CIVILIZATION* 99(vol.3, Kemal Cicek ed., 2000).

41 MA'oz, *supra* note 1, at 21.

than the former. Several other laws were enacted, including a new penal code, land code and commercial code.⁴² Moreover, the 1856 Edict abolished the taxes incumbent on non-Moslems residing in the Empire and awarded them the right to serve in the army.⁴³ These principles were later incorporated in the first Ottoman constitution which was formulated in 1876.⁴⁴

In the following sections, the effect of the *Tanzimat* on the legal system of the Ottoman Empire, and consequently on Palestine which constituted a significant part of its territories, will be explored. Studying the legal evolution of the Ottoman legislative institutions, the legislative movement and the judicial system will contribute to a better understanding of the nature of the Ottoman legal system as a whole, its sources and the transformation it underwent following the implementation of the *Tanzimat*.

1. Modern Constitution and Legislative Bodies

Before the *Tanzimat*, there was no division of powers: the executive, judiciary and legislative powers were all concentrated in the Sultan. Inspired by the European constitutional systems, the Ottoman Empire sought to separate these powers and to secularise its political system. The Reformers' goal to achieve secularism and separation of powers was thus gradually achieved.

Constitutional movements during the Ottoman period started towards the end of the 18th century. During the period of the 1789-1808, Sultan Selim envisaged the formation of an Advisory Council, called the *Meclis-i Meshveret*, within the context of the New System called the *Nizam-i Cedid* that he wanted to have set up, as a step towards a constitutional government system. In 1808, the Ottoman Sultan Mahmud II (1808-1839) signed a declaration called "*Sened-i Ittifak*" (deeds of agreement). It was an agreement between the provisional notables and the Sultan aimed at respecting responsibilities and mutual demands of the parties. In this declaration, the Sultan gave up control over the land and property of notables and gave the latter autonomy to dispose of their land as they wished. In turn, notables promised him loyalty and regular tax collection. The imperial declaration of 1808 is seen by the Turkish historians as a significant move towards constitutional government.⁴⁵

Prior to the *Tanzimat*, an Imperial Council performed the function of a legislative body and determined the legal landscape of the Empire. This legislative activity was far too diffuse to be considered a modern legislative process; it was merely a mechanism conforming to and formulating the details

42 See *infra* section III, subsections 2.1.1, 2.1.2 & 2.2.1 of the current chapter.

43 LEWIS, *supra* note 9, at 114.

44 See *infra* section III, subsection 1 of the current chapter.

45 See Zuhtu Arslan, *Some Notes on the Roots of Turkish Constitutionalism*, in THE GREAT OTTOMAN-TURKISH CIVILIZATION 166 (vol. 3, Kemal Cicek ed., 2000).

F. Milhem: Legal Modernism in Palestine During The Ottoman Empire

of policies determined in advance by those in power at the time.⁴⁶ A sincere attempt to organise a proper functioning legislative body was not undertaken until the reign of Mahmud II, who transferred the powers of the Imperial Council to new bodies and assigned each of the latter a specific function. Then, the use of legislative councils became the main approach undertaken in drafting and adopting new laws. In the following study, we will focus on these councils.

A. *The 1838 Supreme Council of Judicial Ordinances*: a new body called the *Meclis-I Vala-vi Ahkam-I Adliya*, or the Supreme Council of Judicial Ordinances, was established. Its members were either appointed by the Sultan or were senior ministers and retired officials.⁴⁷ Its primary task was to discuss and draft laws; this body was particularly responsible for bringing the Edict's general principles into formal legislation.⁴⁸ In 1854, the legislative role of the Supreme Council was handed over to a new body called the "High Council of the *Tanzimat*".

B. *The High Council of the Tanzimat*: It was given extensive powers to push legislation forward and was entirely separated from the Council of Ministers. The legislative work of this High Council of *Tanzimat* was extended through the right to initiate law proposals alongside those submitted to it by the executive power. Also, it could summon officials to give testimony and send agents to secure information from the records of ministers. No proposal could be turned into law without the consent of the Council, and even though departments and ministers could propose new legislation for themselves, the latter could not be enforced until going through the full legislative process. Whilst the 1838 Supreme Council of Judicial Ordinances retained certain judicial and supervisory functions, the two bodies merged in 1861 as the Supreme Council of Judicial Ordinances.

C. *The 1861 Supreme Council of Judicial Ordinances*: This council was divided into three departments. First, the Department of law and regulations, which assumed legislative tasks. Second, the Department of Administrative and Finance assumed the task of investigating techniques and methods and change proposals on both the central and provincial levels of government. Third, the department of Judicial Cases acting as the Court of Appeal for cases decided by the provincial council of justice, and as Court of First Instance for trials of officials from central Government.⁴⁹

46 Stanford J. Shaw, *The Central Legislation Councils in the Nineteenth Century Ottoman Reform Movement before 1876*, 1 INTERNATIONAL JOURNAL FOR MIDDLE EAST STUDIES 51-52 (1970).

47 JUNE STARR, LAW AS METAPHOR: FROM ISLAMIC COURTS TO THE PALACE OF JUSTICE 25 (1992).

48 RODERIC H. DAVISON, REFORM IN THE OTTOMAN EMPIRE 1856-1876, 239 (1973).

49 SHAW, *supra* note 46, at 69.

D. *Council of State*: Inspired by the French and Austrian models, the Ottomans created a Council of State beside the Judicial Council in 1868. One of the main responsibilities of the Council of State was to continue the process of legal reform and to make further law proposals. This Council continued to play a major role in Ottoman legislation until the introduction of the first Ottoman constitution in 1876. The Council of State undertook a legislative and administrative role, whilst the Judicial Council was more concerned with judiciary functions.

It can be said that the Judicial Council was meant to be independent from the executive power.⁵⁰ The two Edicts of 1839 and 1856, as well as the inauguration of the Council of State were not meant to constitute a constitutional declaration. Nevertheless, they contained significant constitutional rules.

Besides administrative, legislative and judicial reforms, the most important constitutional rule introduced in these Edicts was the one which demanded equality for all Ottoman subjects, Jews, Christians and Moslems alike. The basic rules introduced during the reform process were incorporated in the first Ottoman Constitution of December 23rd, 1876. It is regarded as the first of its kind in the Moslem World. The Ottoman Constitution, which was based on the Belgian Constitution of 1831,⁵¹ transformed the Ottoman Empire, at least in theory, from a despotic autocracy into a constitutional monarchy. The first constitutional experiment, however, lasted a mere fourteen months before Parliament was suspended on February 14th, 1878. Ten members of that Parliament were deported from Istanbul for criticising the Sultan's policies and demanding democracy and more reform. One of them was the Palestinian Yusuf Diya al-Khalidi, who was an outspoken liberal member of the first Ottoman Parliament.⁵² The dissolution of Parliament meant that the Empire was, once again, left without a legislative body and remained so until the restoration of the constitution in 1908 and the inauguration of a

50 LEWIS, *supra* note 9, at 240-241.

51 Bernard Lewis wrote: "During the nineteenth century the Turkish reformers tried, by legislative enactment, to give Turkey the form and structure of a European state. European laws and judiciary, European ministries and administrative procedures were copied with more or less fidelity, usually from French originals, and promulgated by Imperial decree. The culmination of this process saw the Ottoman Constitution of 1876, the supreme achievement of the liberal reformers, which was to turn the Ottoman Empire into a parliamentary democracy, and the Ottoman Sultan into a constitutional monarch. The original, this time, was not French but Belgian, the Belgian constitution of 1831 combining the advantages of being liberal, monarchical, and written in French. But the Ottoman Empire was not Belgium. The Belgian constitution worked well enough in Belgium, where it was the result of centuries of Belgian history. The same constitution adapted into Turkish, was inevitably irrelevant, unrelated to Turkish conditions, and ultimately unworkable". See LEWIS, *supra* note 9, at 356.

52 See RASHID KHALIDI, *PALESTINIAN IDENTITY: THE CONSTRUCTION OF MODERN NATIONAL CONSCIOUSNESS* 68 (1997).

F. Milhem: Legal Modernism in Palestine During The Ottoman Empire

new Parliament.⁵³ Jerusalem was presented with three members in the second Parliamentary period of 1908-1918.⁵⁴

Thus, the first Ottoman Parliament acted as a legislative body for a limited time. The legislative process was not sufficiently organised to function smoothly for any length of time. A major fault in the initial experiment was that the legislature was left to regulate itself without any external intervention, transparency or set standards. One significant feature of this first constitution was that a single official, the *Grand Vizier*, or 'Grand Minister', was the only person who enjoyed the right to initiate draft laws. When the Grand Vizier submitted a draft law, the Parliamentary Chamber of Deputies would read it during a public session and the President would then refer it to one of the Parliamentary Committees, at the same time ensuring that each of the deputies received a copy. According to Article 55 of the Ottoman Constitution of 1876, each draft law had to be passed by a majority vote, first each Article of it separately and then in its entirety. It had to be discussed and approved by the members of the Chamber of Deputies and subsequently by the members of the Senate before finally being passed on for ratification by the Sultan.

In theory at least, only the executive power could initiate a draft law, while legislation was the responsibility of the Parliament. The technical drafting was carried out by the Council of State. During the first Ottoman constitutional period, proposals that were sent to Parliament included a Provincial Administrative Law and two other related laws regulating the municipal organisation of the Ottoman provinces and providing a special municipal organisation for the city of Istanbul.⁵⁵ However, not all proposals were sent to Parliament. In spite of the inauguration of Parliament, the Ottoman approach to law formulation did not change. The prevailing idea of forming a special committee to legislate a piece of law was followed both in the absence and during the life of Parliament. Examples of such committees are found with respect to the Press Law and the Electoral Law.⁵⁶ Such a policy might be justified by the importance of the two law proposals: even nowadays governments form legislative committees in particular cases. However, continuing the previous policy of concentrating the powers of the Porte (Ottoman Government) by not submitting proposals to Parliament for approval can be seen now and should have been regarded then as entirely unjustified under the Constitutional Law.

53 ROBERT DEVEREUX, *THE FIRST OTTOMAN CONSTITUTIONAL PERIOD: A STUDY OF THE MIDHAT CONSTITUTION AND PARLIAMENT* 15 (1963).

54 KHALIDI, *supra* note 52, at 35.

55 *Ibid.* at 196.

56 *Ibid.* at 187.

The result of what we have described above is that the Ottoman legislation did not have a uniform character, due mainly to the existence of a number of enactments passed in the form of decisions or regulations. Legislative power was also dependent upon the executive, even during the brief existence of Parliament. The executive's interference with parliamentary legislative activity is illustrated clearly in the numerous laws, issued by the Ottoman authorities, which were labelled "provisional".⁵⁷ According to Article 36 of the Ottoman Constitution of 1908, the government might issue a law by decree without consulting Parliament in times when the country was in danger or in case of public disorder. It was only for a provisional period until Parliament made its decision.

2. The Westernisation of Law

The legislative activity was one of the most important areas in which the Ottoman *Tanzimat* brought change. The policy behind all legislative initiatives, and indeed the reason for the two Edicts of 1839 and 1856, was to modernise the existing Ottoman legal system in order to meet pressures imposed by Western countries.⁵⁸ As mentioned above, the codification of laws (the so called *kanun*) was known in the Ottoman Empire, but those laws were not really perceived as forming a comprehensive legal system in the modern sense of the word. Therefore, the first legislative activity, based mainly on Western models, began with the proclamation of the first Edict of 1839, under which a Supreme Council for Judiciary Ordinances was formed to implement the principles of the Edict. In 1840, a new Penal Code consisting of the codification of the existing Ottoman criminal rules was adopted. This can be seen as a positive step towards the modernisation of Ottoman Law. In 1841, Rashid Pasha, the architect of Ottoman reform, drafted the first commercial law basing it on French commercial law rather than on existing Ottoman rules, prevailing in the Penal Code. Initially, the commercial code was suspended and opposed by the *uluma* (religious and legal scholars). But by promulgating the same code in 1850, the Ottoman Empire formally recognized a system of law and judicature that was independent from the *uluma*, and which dealt with issues beyond the scope of the *Shari'a*.⁵⁹

57 For example, the Provisional Law of Inheritance of 1913 and the Provisional Law for the Leasing of Immovable Property. Most of these laws had been issued and titled "Provisional" in the reign of the Young Turkish Committee of Union and Progress.

58 "Modern Turkish legislation falls roughly into two classes: the codes genuinely intended for home consumption, and those whose primary aim is to satisfy the foreigner, and to support the claim of Turkey to equal international treatment". Roland K. Wilson, *Modern Ottoman Law*, 3 (1) JOURNAL OF THE SOCIETY OF COMPARATIVE LEGISLATION 41 (1908).

59 LEWIS, *supra* note 9, at 112.

F. Milhem: Legal Modernism in Palestine During The Ottoman Empire

However, legislative activity was still not fully dynamic until the promulgation of the 1856 Reform Edict, which paved the way for more new secular laws. Consequently, the legislative activity that really shaped Turkish, and in turn Palestinian law, began during this period. The process of codifying existing legal rules and introducing legislation that originated in France intensified after the Edict was issued. New criminal, land, commercial, maritime, civil and criminal procedure laws were legislated. The latter can be classified into two categories. The first one encompasses codified laws which merely turned Ottoman legal rules, based on Islamic law and custom, into legislation. The second category includes transplanted laws which were mostly taken from European legal systems. In the following sections we will see how the system of codification and transplantation of laws influenced the nature of Ottoman laws and the legal system in question.

2.1. *The Codification of Laws*

By the beginning of the 19th century, the notion of law codification was already well known in France. Indeed, systems by which this was achieved had long been in practice in European countries. Different provinces had different laws and the primary objective of codification was to transform them into unified and national codes. The codification of law is, therefore, a process whereby various legal rules in a given field, such as civil law, are gathered together, and special legislative bodies are formed and given the task of deciding which of these rules should be incorporated into the new unified system and which should be discarded. Rules that were not discarded were organised into a draft law and submitted to the Legislature for approval, the primary aim of this tool being the formulation of a simple, accessible, logically arranged, harmonious and definitive system of law.⁶⁰

An important reason why Ottoman policymakers and legislators wished to codify laws was that they were concerned about the fact that *Shari'a* law, which was scattered in a large body of books and collections of *fatwas*, was unfamiliar to most of the judges in the newly formed courts. By establishing a new system, they hoped to facilitate the acquisition and application of uniform legal knowledge.

Furthermore, by defining and unifying laws into a single and comprehensive system, where official rules were clearly stated, ambiguity could be avoided. Moreover, the fact that the Ottomans adopted the methodology of codification already tried and tested in Europe, and also the fact that they committed the

60 GEORGE W. PATON & DAVID P. DERHAM, A TEXTBOOK OF JURISPRUDENCE 255 (1972).

results to writing allowed them to significantly change the system formerly practiced amongst Moslem judges whereby each one judged according to his personal instincts and moral standards. With a new shared reference, the role of the judges was now clearly defined.

As mentioned above, the first experience of codification was the Penal Code. However, it was soon followed by the codification of civil and land laws, which we will now explore.

2.1.1. Majalla versus the Civil Code

The urgent need to regulate civil law was initially raised when the new secular courts were required to deal with imported Western laws; the Commercial Code is a case in point. In deciding about commercial matters, judges were frequently obliged to deal with certain related issues, such as the contract of sale, hire and similar matters, which were not embodied in the newly enacted Commercial Code. Thus, the Ottoman legislature considered adopting civil law, which contained general legal rules, in order to assist the courts in finding legal solutions in cases of vacuum in the new enacted commercial laws. In that respect, the Commission appointed to draft the *Majalla* observed:

The science of Muhammadan jurisprudence in its relation to temporal matters is divided into sections dealing with domestic relations, civil obligations and punishments. The fundamental laws of civilized nations are also divided into these three sections, the section dealing with civil obligations being called civil law. In recent years, however, commercial transactions have extended considerably, and for this reason, a large number of exceptions to the original law have been created, such as bills of exchange and bankruptcy, and a separate Commercial Code has been drawn up containing these exceptions. This Code is applied in commercial matters, but in other respects recourse must be had to the civil law. For example, in cases dealt with in the Commercial Court in accordance with the terms of the Commercial Code, recourse must be had to the original law in respect to such various matters as pledge, guarantee and agency...many laws and regulations corresponding to the civil law have been promulgated both in former times and recently in the Ottoman Empire; but although these laws and regulations are not sufficient for the settlement of all obligations, that Branch of Muhammadan jurisprudence relating to civil obligations is amply sufficient for such purpose.⁶¹

To meet these needs, a Commission of Ottoman jurists was appointed

61 For the Commission Report in English see C.C. HOOPER, *THE CIVIL LAW OF PALESTINE AND TRANS-JORDAN* 1 (vol. I, 1932).

F. Milhem: Legal Modernism in Palestine During The Ottoman Empire

to prepare and draft an Ottoman civil law, or *Majalla Alahkam Aladlieh*⁶² (hereinafter *Majalla*). The *Majalla* was published in a number of chapters, or 'Books', between 1867 and 1877. Unlike the Commercial Code of 1850 and Penal Code of 1858, which were largely based on French legal practice, the *Majalla* was mainly based on the School of *Hanafit* Law. The influence of Western law on the *Majalla* is found mainly in the organisation of its chapters and terms.⁶³ Indeed, the *Majalla* is regarded by many jurists not so much as a codification in the real sense of the word, but rather as a non-exclusive digest of existing precepts of Islamic law.⁶⁴ This opinion is clear in the writings of those who have studied the *Majalla*. For example, one Turkish jurist wrote:

The *Majalla* is based exclusively on the Hanafit School of law, and in order to satisfy the conservatives, only the opinions of the most eminent jurists of that school were considered. Thus the sources of the *Majalla* were very restricted; each chapter may be said to be a summary of a certain book of Fiqh. The treatment of the subjects and the terms used in each chapter gave the *Majalla* the character of a textbook rather than that of a civil code.⁶⁵

However, the *Majalla* represented a concerted effort to collect and compile rulings concerning civil matters into a single and comprehensive text, for until then, rulings had been scattered amongst a large body of writings. As such, it would appear that, as far as civil law was concerned, the Ottomans accommodated themselves within an existing system, their contribution being that they made it more easily accessible and gave it coherence and clarity. Above all, it is the first positive law in the field of civil transactions.

The subject matter of the *Majalla* deals with a branch of Islamic law known as *mu'amalat*, or civil transactions. Thus, the *Majalla*, unlike the French Code at the time, did not contain all the provisions of civil law. Although the sources of the *Majalla* were Islamic law and jurisprudence, they did not deal with the personal status of Moslems, for its rules were to be comprehensively applied on all the subjects of the Ottoman Empire, regardless of their religion. The *Majalla* was divided into sixteen 'Books', each of them dealing with a different

62 The Arabic text was translated and published by AREF ALAREF, *COLLECTION OF OTTOMAN LAWS* 1(1925).

63 Originally the reformers -Ali Pasha mainly- were in favor of adopting the Egyptian Civil Law, which was based on the French Code, and for this purpose, the Egyptian Code was translated from Arabic into Turkish. As a concession to conservatives and under the pressure of Jawdat Pasha, it was decided to codify the Islamic law into a Western-style code. See generally ROBERT H. EISENMAN, *ISLAMIC LAW IN PALESTINE AND ISRAEL: A HISTORY OF THE SURVIVAL OF TANZIMAT AND SHARI'A IN THE BRITISH MANDATE AND THE JEWISH STATE* 19 (1978). See also LEWIS, *supra* note 9, at 121.

64 S.S. Onar, *The Majalla*, in *LAW IN THE MIDDLE EAST: ORIGIN AND DEVELOPMENT OF ISLAMIC LAW* 296 (vol. I, Majid Khadduri & Herbert J. Liebesny eds., 1955).

65 *Ibid.* at 298.

subject: sale, hire, guarantee, transfer of debt, pledges, trusts and trustees, gifts, wrongful appropriation and destruction of property, interdiction, constraint and pre-emption, joint ownership, agency, settlement and release, admissions, actions, the law of evidence and administration of oath and, finally, the administration of justice. The sixteen 'Books' were preceded by an introduction of 99 maxims, which were the roots of the *Hanifite* School of Law. The last three books dealt with procedural law, since there were no written codes dealing with procedures before the Ottoman courts.

The *Majalla* recognized 'custom' as a formal source and established the principle that it should be applied where necessary (Articles 36 and 45). This move was predictable since Ottoman judges were always primarily dependent for their reasoning on Islamic law, and on the local customs, which were derived in turn from Islamic tradition and local usage. In cases where the *Majalla* was silent, it was unclear whether local custom should be applied, or whether one had to return to the *Hanifite* books of law. In its report, the drafting commission referred to the Great Imam (Abu Hanifa) and to two Imams (Mohammad and Abu Yussif) respectively⁶⁶ as points of reference. This strongly suggests that in cases where the *Majalla* remained silent, judges were expected to refer to the *Hanifite* School of Law of Abu Hanifa, and, if the case still remained unclear, to the books of his two students before applying local customs.

The *Majalla* contained principles of contract which were different from those accepted by Continental and Anglo-American civil or contract laws. For example, it did not accept the Western principle of freedom of contract; instead, it imposed several restrictions in an effort to protect the individual in exercising the rights he acquired through the contract. In the West, the first principle in forming contracts was that they be conducted freely and that they might only be limited by considerations of *ordrepublic*. In contrast, the *Majalla* defined the type of contracts that could be concluded as well as the conditions thereto.⁶⁷ For example, Article 186 of the *Majalla* stipulated that "if a contract of sale is concluded with an essential condition attached, both sale and condition are valid." It permitted the salesperson to retain the sold product until the price was paid. Article 187 declared a sale 'valid' if it was subject to a condition which assured "the due performance of the contract." Nevertheless, the Ottoman legislature acknowledged the principle of freedom of contract and other legal principles in Articles 64, 80-82 and 106-112 of the 1879 Code of Civil Procedure. Interestingly, the Ottoman legislature of the civil procedure law did not explicitly repeal the relevant Articles in the

66 See in general: HOOPER, *supra* note 61, at 1-11.

67 ONAR, *supra* note 64, at 299.

F. Milhem: Legal Modernism in Palestine During The Ottoman Empire

Majalla. The reason behind this attitude could be that the legislature didn't want to repeal or amend the Islamic legal rules in the *Majalla*. By doing that, the Ottoman reformers avoided confrontation with conservative Moslems. In the meantime, they signalled their intention to proceed with the programme of secularisation and legal positivism.

A major conclusion we might draw from the above discussion is that the *Majalla* was a codification of the *mu'amlat* of the *Shari'a* and was mainly based upon the teachings of the *Hanifite* Law School. Western law only affected the structure of the *Majalla* but did not influence the actual contents. In discussing whether the *Majalla* was a codification of law or a textbook, one must remember that it served as civil law in the provinces of the Ottoman Empire and was considered to be one of the most important results of the *Tanzimat* period. It continued to be applied in Turkey until it was replaced in 1926 by a Civil Law based on Swiss Civil Law; whereas in the WB&GS, it is still in effect.

2.1.2. Land Code

One important challenge the Ottoman legal reformers faced was how to adopt a new system of private property. Their efforts were concluded with the promulgation of the Ottoman Land Code of 1858. The latter contained many rules taken from Islamic law and constituted a real codification of customs of the Ottoman Empire as well.⁶⁸ It also contained some Western rules, as those who drafted this code were largely inspired by the French freehold farming system.⁶⁹ However, that land code can be regarded as a 'codified' rather than a 'transplanted' law. The Land Code is considered by many legal and historical writers as a creditable legislative achievement⁷⁰ and as being more significant in its effects than the previously drafted Commercial and Penal Codes.⁷¹

Article 1 of the Code divided Ottoman land into five categories: *mulk*, land held in freehold ownership (possessed in full ownership), *miri*, domain land which was leased to individuals so that they could benefit from its usage; *waqf*, land (property) dedicated to God to help a person's welfare; *matruka*, land reserved for public purposes and, finally, *marwat*, barren land that belonged

68 EISENMAN, *supra* note 63, at 56. He wrote in this regard: "Though based on the national customs and administrative practices of Ottoman Turks, the Ottoman Land Code of 1858 also possessed certain elements of Islamic Law".

69 STARR, *supra* note 47, at 30. She wrote in this regard: "Undoubtedly the new Land Code was inspired by the freehold farming system in France. Many Ottoman reformers had viewed the beneficial effects of the post-feudal, post-tax-farming system in France and recognized that the prosperity of the family farming system in the French countryside grew out of private ownership of the homestead by the farming family".

70 Anton Bertram, *The Legal System of Turkey*, XXV THE LAW QUARTERLY REVIEW 36 (1909).

71 LEWIS, *supra* note 9, at 117.

to no one. A reading of the provisions of the Code reveals that Ottoman legislation endeavoured to bring most land into the two categories of *waqf* and *miri* and not *mulk*. Thus, a person could use land and benefit from it, for example through agriculture or construction, without actually owning it as a freehold.

The Code is chiefly concerned with the *miri* system which was unknown in early Islam. Its main characteristics were that, for the most part, *miri* land was divided into fiefs and consisted of land not held in full ownership (*Mutassrif*); indeed, the State retained the fee and granted only the possession.⁷² The owner could not mortgage or sell *miri* land without the consent of the State. The Ottoman government sought administrative control of *miri* land in order to ensure the productive nature of the land, which provided the central government with tax revenue.⁷³ In fact, prior to this code, the Sultan had the right to restrict land disposal. But when this right was approved by the State, the decision became irrevocable. On this point, the land Code differs from Islamic law, which gave the owner full freedom to use his property, whether movable or immovable.⁷⁴ For example, *miri* land could not be transferred by inheritance, which was not in accordance with the Islamic law of inheritance, under which *miri* land could be divided.⁷⁵

During 1913 and 1914, Mustafa Atatürk's Committee of Union and Progress promulgated six land laws. These laws brought about important alterations in the nature of the original code. The result was that greater significance was placed upon *mulk* land, while *miri* land became closer in character to that of *mulk*.⁷⁶ In sensitive areas, a distinction was made between the two types of lands, such as in questions regarding succession, transfer of land and mortgages.⁷⁷ These laws were:

-The Provisional Law Concerning the Right of Certain Corporate Bodies to

72 BERTRAM, *supra* note 70, at 39.

73 See KENNETH W. STEIN, *THE LAND QUESTION IN PALESTINE, 1917-1939*, 11 (1987).

74 See a lecture given to the student of law in Istanbul by Ahmad Afandi Safwat, *The Judicial and Legal System in Palestine* 9 (1918) (in Arabic). The lecture is available at the Montisgue Library of Birzeit Institute of Law.

75 In this way, the rules of the Islamic law of inheritance, under which the property of the deceased had to be divided among legal heirs, were circumvented. Since under the *Shari'a* a person was allowed to dispose by will of only one-third of his estate, excessive fragmentation of property was inevitable.

76 Prior to 1913, *miri* land could not be used for brickmaking, planting vineyards and orchards, building houses, or for creating enclosures without the consent of the Ottoman authorities. Those restrictions hampered the intensification of agricultural holdings. In 1913, the Provisional Law of Immovable Property conferred on the holder of *miri* land the right to use the land for any purpose. See STEIN, *supra* note 73, at 11.

77 Robert Eisenman, *The Young Turk Legislation*, in *PALESTINE IN THE LATE OTTOMAN PERIOD* 60 (David Kushner ed., 1986).

F. Milhem: Legal Modernism in Palestine During The Ottoman Empire

Own Immovable Property of 22nd, *rabi' al-awwal*, 1331 (1/3/1913).⁷⁸ This law was clearly influenced by Western law since Islamic law did not recognise juridical persons as this law did.

- The Provisional Law of Inheritance of 27th *rabi' al-awwal*, 1331 (6/3/1913). This law amended Article 59 of the original law of 1858 and the sub-amended law of 1867.⁷⁹ According to this law, inheritance would be divided equally between both genders. This law was applicable only on *miri* land, which constituted a large part of Ottoman lands. These lands were mostly of an agricultural nature, located outside urban areas. The source of this law was the German Civil Law of 1896.⁸⁰

- The Provisional Law for the Mortgage of Immovable Property of 1st *rabi' al-thani*, 1331 (10/3/1913).⁸¹ This law was important although generally unrecognised. It was originally a Western concept that was added to the *Shari'a* with the stipulation that it concerned all aforementioned categories of land.

- The Provisional Law of Disposal of Immovable Property of 5th *jumada' al-awwal*, 1331 (12/4/1913).⁸² This law removed any restrictions or conditions that might have been in force on *miri* land, such as restrictions on constructions or farming. The law set the condition that through the disposal of land, the latter should not be left uncultivated for longer than three years.

- The Provisional Law for the Partition of Joint Immovable Property of 14th *muhammad*, 1322 (14/12/1913).⁸³ This law was a reiteration of an Islamic law.

- The Provisional Law for the Leasing of Immovable Property, 18th *rabi' al-awwal*, 1332 (14/2/1914).⁸⁴

The Ottoman Land Code of 1858 is still applied in the GS and has played an important political role in the history of Palestine.⁸⁵

78 Dustur, 2nd series, p. 114; Tute, 165; fiscal year 16/2/1328.

79 SAFWAT, *supra* note 74, at 16.

80 EISENMAN, *supra* note 77, at 64.

81 Dustur, vol. 185, at 166.

82 *Ibid.* vol. 158; Tute, at 169. The fiscal year, having changed now March 30th, 1329.

83 *Ibid.* vol. 100; Tute, 172. Fiscal year, 1/12/1329.

84 *Ibid.* vol. 193; Tute, at 175.

85 In spite of the clear classification of land in the Ottoman Land Code, its provisions have been subjected to different interpretations in order to facilitate the confiscation of Arab land in Palestine. For example, the Israeli military authorities in the WB&GS used to consider *miri* and abandoned land as state land. For more detailed information, see RAJA SHEHADEH, OCCUPIER'S LAW: ISRAEL AND THE WEST BANK 34-45 (1990) (in Arabic). See also our discussion on the Palestinian draft land law, *supra* part two, chapter two, section III, subsection 3.

2.2. *The Transplantation of Laws*

Legal transplants can be defined as “the moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another”. This definition, which appeared in Alan Watson’s study,⁸⁶ reflects the activity of Turkish legislature in both the late 19th and early 20th centuries.⁸⁷ We can easily differentiate between two historical approaches to the legal transplantation of foreign legislation. The first occurred when foreign laws were imposed on a country that had been colonized by a foreign power, while the second occurred when a country decided willingly, without any external imposition, to adopt a foreign law or legal system. The Ottoman Empire falls into the second category, as reformers tried to modernise the Empire primarily through adopting Western laws and institutions. Of course at that time, Western countries and Russia put pressure on the Empire to modernise its laws, but this does not change the fact that the Ottomans already had the intention of adopting many European laws.⁸⁸

We have seen that the promulgation of the Reform Edict paved the way for implementing new laws. The majority of these were copied from Western laws, mostly French. As mentioned above, the first law to be transplanted in 1850 was the Code of Commercial Law. The latter was followed by the Penal Code in 1856 and the Maritime Code in 1865. Beside these laws, which were inspired by the French legal system, the Ottoman Legislature adopted Western procedural laws in both civil and penal matters. The following discussion will focus on the Commercial and Penal Codes while the law of Judiciary Procedures will be explored later.

2.2.1. *Commercial Law*

The first Ottoman Commercial Code, having the aim of facilitating commercial activities on modern principles, was in fact drawn up by Rashid Pasha in 1841. But it was not put into effect until 1850, since the *ulama*⁸⁹ of Istanbul regarded

86 ALAN WATSON, *LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW* 21 (1974).

87 The reception of Western legal codes, systems and thoughts started in 1839 with the promulgation of the Reform Edict, and remarkably intensified in the beginning of the twentieth century, with the destruction of the Empire and the establishment of modern Turkey. The reformers were careful not to alter the Islamic Law in the period of the pre-establishment of modern Turkey, but this changed after the destruction of the Ottoman Empire. Thus, the 1920s witnessed a great legislative revolution taking over en bloc entire systems of European law such as the Swiss Civil Code and the replacement of the religious courts by civil courts. To read more on the reception of foreign laws in Turkey, see the interesting articles written in the *International Social Science Bulletin*, IX 7-69 (1957). (Note: this Bulletin is known now as the *International Social Science Journal*).

88 For more details on the impact of the West on the Ottoman Empire and later on the Republic of Turkey, see LEWIS, *supra* note 9, at 40-72.

89 The Islamic scholars.

F. Milhem: Legal Modernism in Palestine During The Ottoman Empire

the new code as a serious breach of Islamic law.⁹⁰ The Code⁹¹ was copied from the French Commercial Law of 1807⁹² with some minor modifications.⁹³ It is, however, not clear whether these minor differences were intentional or whether the Ottoman legislators made genuine mistakes.⁹⁴

Due to difficulties in applying the provisions of Commercial Law, a regulation, issued in 1860 and attached to the original code, set up commercial courts independent of the *Shari'a* courts.⁹⁵ In 1861, the Ottoman Commercial Procedure Law was issued on the basis of the French model.⁹⁶ The transplantation of commercial laws was completed with the Maritime Law of 1863, which contained not only French law but also aspects of the laws of Holland, Spain, Portugal, Sardinia and Prussia.⁹⁷

2.2.2. The Penal Code

As mentioned above, the first attempt to regulate a Penal Code coincided with the First Reform Edict and was issued in 1840. It was based primarily on the *Shari'a* although the Code also included various rules based on Western principles. An example of these principles was the affirmation that all Ottoman subjects were equal before the law. Less than 20 years later (in 1858) a completely new Penal Law was introduced⁹⁸ which both revoked and ignored *Shari'a* criminal law and was almost a translation of the 1810 French Penal Code.⁹⁹ However, influences of the *Shari'a* were still evident in the new Code as we can see from Article 1, which stated:

Whereas the punishment of offences taken place directly against the Government lies with the State, and the consideration that offences taken place against a person disturb the public tranquillity likewise concerns the State. This Code also guarantees and secures the determination of the degrees

90 Ma'oz, *supra* note 1, at 173.

91 Dustur, vol. I, at 780-810. For the English text, see G.G. AMIRAYAN, OTTOMAN COMMERCIAL CODE CYPRUS (1906).

92 It seems that the people in the Empire found it difficult to apply a new law based on Western law. Interestingly, a Syrian jurist wrote: "Even though these rules originally didn't express our national customs and oriental traditions, it became, after being practiced and liked by the people, *de facto* applicable in our country". OTHMAN SULTAN, ANALYSES OF THE OTTOMAN COMMERCIAL LAW 5 (1922) (in Arabic).

93 *Ibid.* at 1.

94 AMIRAYAN, *supra* note 91, at VI.

95 Dustur, vol. I, at 445.

96 *Ibid.* at 780.

97 BERTRAM, *supra* note 70, at 28.

98 The Arabic text of the Code can be found in the "Collection of the Ottoman Legislation". Vol. I, Aref Alaref, Lebanon 1924. at 3. For the English text see JOHN A. STRACHEY BUCKNILL & HAIG APISOGHOM S. UTIDJIAN, THE IMPERIAL OTTOMAN PENAL CODE (1913).

99 NIYAZI BERKES, THE DEVELOPMENT OF SECULARISM IN TURKEY 163 (1964).

of the punishment, the fixing and the execution of which lie with the order of the Supreme Authority according to the *Shari'a*; without prejudice, however, in any case to the personal rights prescribed by the *Shari'a*.

In short, the Sultan retained the right, as Chief of the Executive, to use *qisas*¹⁰⁰ as a form of punishment and, likewise, relatives of victims still had the right to claim *diyya*.¹⁰¹

This law continued to be applicable in Palestine during the first decade of the British Mandate for Palestine, until it was gradually replaced. Its importance emerged from the fact that it represented the basis for secular Penal Law to be applied in Moslem societies.

IV. The Emergence of a Modern Judiciary

The emergence of the Ottoman judiciary represents an important development. As we have seen, the start of the judicial reform was prior to the legislative reform and the newly established courts were the engine behind enactment.¹⁰² However, legislative and judicial reforms intertwined.

As with the legislative reform, changes in the economic and political situation forced the Ottoman Empire to adopt a new judicial system in order to cope with the growing trade with Europe as well as to ease Western pressures on the Empire. Trade relations with Europe increased following the signing of the Anglo-Ottoman Commercial Treaty in 1838, and in addition to the codification of commercial law in 1840, led to the inauguration of the first tribunals, which were independent of the *Shari'a* courts. These tribunals, called "Commercial Councils" and founded by Rashid Pasha, were based on a French model, and performed the task of settling disputes between Ottoman and European traders. In the same year, the Supreme Council for Judicial Ordinances was formed to decide on criminal cases.¹⁰³ In 1847, negotiations between the governments of the European powers and the Ottoman Empire resulted in the recognition of mixed tribunals composed of ten foreigners, ten Moslem Ottoman citizens, and ten non-Moslem Ottoman citizens. The establishment of these tribunals contributed to the enactment of secular Commercial Law, based also on the French model, in 1850. In 1856, the Reform

100 It means retaliation (*Lex talionis*): it consisted of the putting to death of an individual who had intentionally killed another.

101 Means blood-price: it consisted of the payment of compensation by an individual who had killed a person to heirs of the person killed.

102 See *supra* section III, subsection 2.1.1 of the current chapter.

103 BERGET MARINO, GUIDE TO THE RECORDS OF THE OTTOMAN SHARI'A COURTS, WHICH ARE RESERVED IN THE CENTRE OF HISTORICAL ARCHIVES IN DAMASCUS 18 (1999) (in Arabic).

F. Milhem: Legal Modernism in Palestine During The Ottoman Empire

Edict of Hatti-Humaïoun¹⁰⁴ reaffirmed the existence of these tribunals and stated clearly that:

All Commercial, Correctional, and Criminal suits between Mussulmans and Christians or other non-Mussulman subjects, or between Christians or other non-Mussulmans of different sects shall be referred to mixed tribunals. The proceedings of these tribunals shall be public: the parties shall be confronted, and shall produce their witnesses, whose testimony shall be received, without distinction, upon an oath taken according to the religious law of each sect. Suits relating to civil affairs shall continue to be publicly tried, according to laws and regulations, before the Mixed Provincial Councils, in the presence of the Governor and Judge of the place. Special Civil Proceedings, such as those relating to Successions or others of that kind, between subjects of the same Christian or other non-Mussulman faith, may, at the request of the parties, be sent before the Councils of the Patriarchs or of the communities.

Subsequently, many laws relating to the judicial system were issued. The Commercial Law of 1860 made the Commercial Courts completely independent of the *Shari'a* courts and placed them under the responsibility of the Ministry of Commerce.¹⁰⁵ The Edict of 1856 also stated that Rules of Procedure would be drawn up.¹⁰⁶ The Code of Procedure of the Commercial Courts, enacted in 1861, was considered to be the first of its kind to be used by the *Nizameh* (secular) courts.

A new development in the administration of justice resulted from the enactment of the Provincial Law of 1864. Article 18 of this law, based again on the French model, formed a three-tier system of local, first instance and appeal courts. A High Court was established in which six judges (three Moslems and three non-Moslems) would sit. A High Commercial Court was also established which had its own President and members. These courts were a continuation of the Commercial Councils.¹⁰⁷ At the same time, a reorganisation of *Shari'a* courts took place under which new *Shari'a* courts were established in accordance with administrative hierarchy.¹⁰⁸ In 1869, following the replacement of the Supreme Council of Judicial Ordinances, the newly created Council of State and the Judicial Council would come together to act as a High Court for secular matters. The main consequence was that the gap

104 For the texts of the Edict in English see HERTSLET C.B., *supra* note 39, at 1002. For the Arabic text see NOFEL, *supra* note 39, at 11.

105 BERKES, *supra* note 99, at 162.

106 The Edict of 1856 stated, "Penal, Correctional, and Commercial Laws, and Rules of procedure for the Mixed Tribunals, shall be drawn up as soon as possible, and formed into a Code. Translations of them shall be published in all the languages current in the Empire".

107 For more on these Councils see MA'oz, *supra* note 1, at 89.

108 MARINO, *supra* note 103, at 19.

between the *Shari'a* courts and the secular courts became wider. Thus, *Shari'a* courts no longer held sway over the new Western, Criminal, Commercial and Civil laws.¹⁰⁹ However, confusion between the two courts persisted until the organisation of secular courts was completed by the promulgation of the Ottoman Constitution of 1876.¹¹⁰

Article 87 of the Constitution stipulated that the Ottoman Judiciary would consist of two separate types of courts: Civil for the judgment of civil cases, and *Shari'a* for the judgment of cases that fell within the scope of Moslem religious law.¹¹¹ In reality, since the Constitution created two legal systems without defining the borders between them, the conflict between the two court systems continued.¹¹² For example, the judge of a provincial *Shari'a* court could stand as a judge in the civil chamber of an appeal court and the judge of a *Shari'a* court in the *Sanjak* could stand in the civil chamber of a first instance court. Accordingly, a new effort to separate the jurisdiction of the *Shari'a* and *Nizameh* courts was made by a decree in 1888.¹¹³ It attempted to bring about a new solution by defining the jurisdiction of the *Shari'a* courts as lying in matters of family status, alimony, retaliation, blood-price, wills and inheritance. It also enumerated those commercial and criminal matters over which secular courts were to have exclusive jurisdiction. *Nizameh* courts were gradually set off from the *Shari'a* courts, which continued to be traditionally administered by the Ottoman *mufti*. But it was not until 1917 that this dual-court system fell under one authority: that of the Ministry of Justice.

The above study highlighted the gradual steps taken to limit the competences of the *Shari'a* courts. Indeed this was a constant aim of the reformers of the Ottoman Empire and became more marked during its last 20 years of existence. Many disputes that were traditionally a major task of the *Shari'a* courts, even during the period of the *Tanzimat*, were transferred to the *Nizameh* courts. Transferring the competence of the *Shari'a* courts to the *Nizameh* courts was a gradual but not a systematic process. Ottoman reformers would issue a piece of law, and then decide which court was to be competent.

As a result, the judges of *Shari'a* courts lost many of the powers they enjoyed before the courts reform, especially after the Young Turks of the Committee of Union and Progress came to power in 1909. The years leading up to 1917 were very significant in the shaping of the Middle East and of the Palestine legal

109 DAVISON, *supra* note 48, at 241.

110 For the Arabic text, see YOUSEF KAZMAHAWI, *CONSTITUTIONAL LAWS IN THE ARAB WORLD: 1839-1987*, 15 (1989) (in Arabic).

111 Article 84 of the Constitution required public prosecutors for all criminal courts.

112 BERKES, *supra* note 99, at 170.

113 MARINO, *supra* note 103, at 19.

F. Milhem: Legal Modernism in Palestine During The Ottoman Empire

system as a result.¹¹⁴ Important developments during this period included: the enactment of several laws concerning the treatment of *miri* land in secular courts, the reorganisation of the judicial system and, above all, the enactment of the Ottoman Family Law and its procedural law in the *Shari'a* courts.

Legislation relevant to the 1913 and 1914 regulation of *miri* land widened the gap between *Nizameh* and *Shari'a* courts. In those two years, six laws were adopted whereby all actions relating to possession, transfer and partition of immovables were to be dealt with by the *Nizameh* courts.¹¹⁵ Succession, however, was still a religious matter, and with regard to *miri* and its derivatives, was to be heard in the *Shari'a* courts.¹¹⁶

Another element that had an impact on the shaping of the Ottoman legal and judicial system was the enactment of the Ottoman Magistrate Courts' Law of 1913.¹¹⁷ This law created for the first time Magistrates Courts in the Empire. According to the law, amagistrate judge was to be appointed in districts (*Sanjak*) and regions (*Nahia*) (Article1). These courts were given competence in civil, commercial and criminal cases (Articles 3-8). In this law, the competence of the *Nizameh* courts was also reaffirmed, leaving the *Shari'a* courts with a very limited jurisdiction.

The enactment of the regulation "Separation of Functions between the *Shari'a* and *Nizameh* Courts" in 1914 constitutes a further significant step towards defining the jurisdiction of each court.¹¹⁸ Article 1 stated that all cases regarding commerce - crime, land disposal, transfer of immovable property, loans, rents, interests, losses, obligations, proprieties - and all cases mentioned in the *Majalla*, except for cases of guardianship, belonged to the competence of the *Nizameh* courts. The Article also stated that cases regarding *waqf*, wills and inheritance were to be tried by the *Shari'a* courts. However, the law remained silent about cases concerning family status, since religious courts of the various denominations were considered to have the sole jurisdiction over disputes that arose in this area. Another rule, in Article2, prohibited each court from examining any case that did not fall under its jurisdiction. However, the law made one exception in the last paragraph of Article1, which stated that parties had the right to be heard by the *Shari'a* court if they agreed to this in writing.

The enactment in 1917 of the Ottoman Law of Family Rights¹¹⁹ and the

114 For more details on the Ottoman Legislative activity between 1913-1917, see EISENMAN, *supra* note77, at 59.

115 These six laws have been mentioned, see *supra* section III, subsection 2.1.2 of the current chapter.

116 EISENMAN, *supra* note 77, at 16.

117 For the text in Arabic see, The Collections of the Ottoman Legislations. Vol. I, at 307.

118 For the text in Arabic see, The Collections of the Ottoman Legislations. Vol. II, at 361.

119 For the text in Arabic, see *ibid.* at 365.

Ottoman Law of Procedure for *Shari'a* courts¹²⁰ undoubtedly paved the way for remarkable developments in Ottoman legal reform, as well as in the judicial system. The reformers not only restricted the competence of the *Shari'a* courts, but also specified which laws were applicable to these courts.¹²¹ Thus procedure rules for *Shari'a* courts could determine the types of disputes that fell under the competence of *Shari'a* judges. An analysis of these leads to the conclusion that competence was restricted to disputes over personal status and disputes of a religious nature. For the first time, Islamic judges had to comply with a written law in deciding cases of personal status although they were free to build their judgments on one of the four Islamic law schools and on consensus and analogy. By enacting the rules on personal status, the Ottoman Empire opened the gate for the adoption of non-*Shari'a* rules.

Indeed, since the Ottoman Family Law and the Procedural Law of the *Shari'a* courts in 1917, the Ottoman legal system as well as the judicial system became a dual system. This dualism has an impact on the law throughout the Middle East, not least on the law of Palestine. When the Ottomans retrieved from Palestine, they left behind three courts of appeal in each *Sanjak* (Jerusalem, Nablus and Acre) besides thirteen courts of first instance in each district.¹²² The effects of the subsequent regimes on the structure of the Ottoman judiciary and practice in Palestine will be explored in later chapters.

V. Conclusions

This paper has analysed the Ottoman legislative and judicial system prior to the era of *Tanzimat*, as well as developments subsequent to legal reforms. Although the *Shari'a* law constituted an important source of law, local customs, *fatwas* and secular *kanuns* constituted a pillar in the Ottoman legal system prior to the nineteenth century reform. We can say that the Ottoman *kanuns* formed the start of legal positivism and secularism despite the codification of the *Shari'a* criminal law within the penal *kanun*. At this stage, the main feature of the Ottoman legal system was that the law developed internally and not through legal receptions and borrowing.

In mid-nineteenth century, the legal change became more systematic, starting with the proclamation of the 1839 Edict. But it was a gradual change because of opposition from Islamic scholars who considered the reforms to

120 For the text in Arabic, see *ibid.* at 341.

121 For the legal, social, political and economic reasons behind the enactments of this law as well as its consequences and application, see: M. Akif Aydın, *The Codification of the Islamic-Ottoman Family Law and the Decree of "Hukuk-I Aile"*, at 705-713.

122 Norman Bentwich, *The Legal Administration of Palestine Under the British Military Occupation*, 1BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW 141 (1920-1921).

F. Milhem: Legal Modernism in Palestine During The Ottoman Empire

be contradictory to the *Shari'a*. Despite such resistance, however, legal reform took place and accelerated after the proclamation of the second Edict of 1856, after which were issued many secular laws that addressed important areas in the Ottoman legal system. The vast majority of these laws were transplanted from European laws, especially from French law,¹²³ although a few laws represented codifications of Islamic law and customs.

The legislative activity and policy of the Ottoman reformers created a formal legal pluralism within state law as to the judicial system and law. One important aspect of the judicial reforms was that although the old system of *Shari'a* courts was maintained, their competence was gradually limited. Another was the separation of the *Nizameh* courts from the *Shari'a* courts. This was accomplished gradually at first, during the beginning of the reform era, but later became more systematic. Actually, this dualism of the *Nizameh* and *Shari'a* courts is the current basis for some Middle Eastern countries where two separate and legal systems are running side by side: Religious courts and regular courts; the former have limited competence in personal status litigation and have to apply positive laws, while the latter have wide jurisdiction in civil and criminal litigation.

Transplanting laws undoubtedly played a significant role in the process of modernising Ottoman law, which covered large parts of law in commercial, penal and, most significantly, in procedure legislation. By adopting the French civil and criminal procedural laws, the Ottoman Empire not only adopted a continental legal and judicial system, but also shaped its system of legal thought and interpretation. No doubt, the reception of legal thought is the crucial element in the absorption of any legal system in general. In the following parts of the study, we shall see to what extent the Ottoman law influenced the subsequent legal systems.

Customary law during the Ottoman Empire evolved. The reason for that was the decentralised nature of the Ottoman administration, when the clan heads were used as internal intermediaries between local people and the authorities.

123 The influence of the French legal system on the Ottoman legal system is clear. The interpretation of this influence could be found in this interesting article of Raia Zaimova who concluded: " ...when France and the Ottoman Empire started to develop political and cultural relations between each other. These direct relations turned out to have a positive effect upon French society which widened its knowledge about the world 'on the other side', a world that was considered both distant and real. On the other hand, the cultural intercourse between the Ottoman Empire and France opened the way to the Europeanisation of Ottoman society, a process that began in the early 18th century". See Raia Zaimova, *The Beginning of French Orientalism and the Image of the "Other"*, in *THE GREAT OTTOMAN-TURKISH CIVILIZATION* 115 (vol. 3, Kemal Cicek ed., 2000).

OSMANLI İMPARATORLUĞU DÖNEMİNDE FİLİSTİN'DE HUKUKİ MODERNLEŞME

I. GİRİŞ

Filistin Memlûklüler döneminde Suriye'nin güney kısmını oluşturmuştur. Memlûklüler 1517 yılında Yavuz Sultan Selim tarafından mağlup edildiğinde, Filistin Osmanlı hakimiyeti altına geçmiştir. Osmanlı hakimiyetindeki ilk yıllar esnasında, Filistin ve Suriye'deki mevcut yasal idari sistem değişmeden aynı kalmıştır. Ancak, Kanuni Sultan Süleyman döneminde (1520-1566) radikal bir değişim yaşanmış ve Suriye üç eyalete ayrılmıştır. Şam, Halep ve Trablusşam. Filistin Şam eyaletine bağlanmıştır. 19. yüzyıl esnasında, diğer değişimler meydana gelmiş ve Osmanlı İmparatorluğu çok geniş topraklarında yerel idari bölümler ile ilgili olarak çeşitli yeni düzenlemeler çıkarmıştır. Bu düzenlemelere göre, Osmanlı İmparatorluğu 30 vilayete ayrılmıştır. Suriye yine üç vilayete ayrılmıştır: Şam, Halep ve Beyrut. Filistin'in kıyı ve içte yer alan kasabaları Beyrut vilayetinin yetki alanına girmiştir. Kudüs, resmi olarak Şam ve Beyrut vilayetlerine bağlı olmaktan çıkmıştır. Bunun yerine, yalnızca İstanbul'daki merkezi yönetime karşı sorumlu bir Paşa tarafından yönetilmiştir. ¹

Osmanlı İmparatorluğu'nun bir parçası olarak, Filistin Türk hükümdarlarının güçlü ve zayıf yönlerine tanıklık etmiş ve bunların etkilerini de hissetmiştir. Batılı ve Arap tarihçiler Osmanlı'nın tebaasına muamelesi ve Arap Dünyasındaki hakimiyetine ilişkin çelişkili bilgiler sunmaktadır. Arap Dünyasının Osmanlı'nın altın çağ (1517-1566) esnasındaki üstünlüğünden yararlandığı ve İmparatorluk zayıfladığında ve uzun parçalanma süreci başladığında Osmanlı'nın düşüşünün Arap Dünyasının düşüşüne koşut geliştiği açıktır.

İlk dönemdeki prestiji, verimliliği ve gücünü bir nebze olsun geri kazanma ihtiyacının bilincinde olan Osmanlılar 19. yüzyılda ' Tanzimat ' denilen bir reform planını uygulamaya koymuştur. ² Bununla ordunun modernleştiril-

1 THE PALESTINIAN STUDIES INSTITUTE, ENCYCLOPEDIA OF PALESTINE 123 (1 ST ED., SUPPL. 1984); MOSHE MA' OZ, OTTOMAN REFORM IN SYRIA AND PALESTINE 1840-1961, 33 (1968); ALEXANDER SCHÖLCH, PALESTINE IN TRANSFORMATION, 1956-1882: STUDIES IN SOCIAL, ECONOMIC AND POLITICAL DEVELOPMENT 11-17 (1993).

2 Türkçe'de, Tanzimat reform veya düzen anlamına gelmektedir. Tanzim kelimesinin çoğuludur. Bu nedenle, Devletin teşkilatlanmasına yeni bir düzen getiren bir dizi kanun anlamına gelmektedir.

F. Milhem: Osmanlı Döneminde Filistin’de Hukuki Modernleşme

mesi, yeni ve daha etkili bir idare sisteminin kurulması ve yeni kanunların çıkarılıp uygulanması amaçlanmıştır. ³ ‘Tanzimat’ a ilişkin kapsamlı bir analiz ve değerlendirme, Osmanlı döneminden kalma birçok önemli kanunun hâlâ yürürlükte olması nedeniyle bilhassa Filistin’e yönelik olarak bölge ve geçmiş deneyimlere ilişkin her türlü araştırma projesinin önemli bir parçasını oluşturacaktır.

II. Tanzimat Öncesi: Şer’i Hukuk

Osmanlı hukukunun Orta Doğu’nun hukuki evrimine etkisi açısından, çoğu çalışma Tanzimat dönemi ile birlikte başlamaktadır. Bunların bilhassa on beşinci ve on altıncı yüzyıllarda erken dönem hukuki gelişiminin on dokuzuncu yüzyıldaki Tanzimat’a olan etkisini değerlendirmedeği görülmektedir. Hukuki pozitivizm ve laiklik belirtilerinin Osmanlı İmparatorluğu’ndaki Asr-ı Saadet’te başladığı argümanını ortaya koyacağız. Şer’i hukuk tek resmi kaynak olmamış, yerel gelenekler, kanunlar (yasalar) ve Fetva (hukuki görüş) önemli bir amirane kaynak olmuştur. Şeri hukukun önemi on yedinci ve on dokuzuncu yüzyıllarda tekrar artarken, kanunların çıkarılması popülerliğini kaybetmeye başlamıştır.

Tanzimat öncesi hukuk kaynakları ile ilgili çalışma yapılırken, literatürde ve fiili uygulamada bulunan geleneksel İslam hukuku kaynakları arasında ayırım yapılması zorunludur. İlk olarak geleneksel İslam hukuku kaynaklarını inceleyip daha sonra güncel olanlara odaklanacağız.

1. Geleneksel Şeriat Kaynakları

Hukuki eserler Kuran, sünnet, icma ve kıyastaki Şer’i hukuk kaynaklarını tanımlamaktadır ve bunları iki ana başlık altında gruplandırmaktadır: birincil kaynaklar (Kuran ve sünnet) ve ikincil kaynaklar (icma ve kıyas).

Kuran Müslümanların kutsal metnidir. 114 bölüme (veya sureye) ayrılmaktadır, 6.219 mısra veya ayet bulunmaktadır ve bunların 500’ü doğrudan veya dolaylı olarak bir nevi hukuki rehberlik sağlayacak şekilde yorumlanmaktadır ve sonuç olarak İslam hukukunun (Şeriat) özünü oluşturmaktadır. Mısır’daki el-Ezher Üniversitesi’nden Muhammed Abdül-Allah Darz Peygamber’in za-

3 Filistin’de çağdaşlaşma ve ekonomik büyüme süreci Yahudi göçünden önce çoktan başlamıştır. İlk Yahudi göç dalgasının hemen öncesinde, 18. yüzyılın ortalarında Filistin’de yalnızca 24.000 Yahudi yaşamaktaydı. Filistin’in nüfusu 1880’li yılların başına kadar yaklaşık 470.000 kişiye çıkmıştır (Filistin’in güneyindeki Bedeviler bu rakama dahil değildir). Ekonomik büyümenin arkasında yatan sebep Avrupa’nın Filistin’e nüfuzu ve ilgisi olmuştur. Filistin’in nüfus, ekonomik büyüme ve sosyo-politik bileşenleriyle ilgili daha fazla bilgi için, genel olarak bkz. Schölch, üstteki dipnot, s. 1-351.

manından bu yana bir hukuk metni olarak Kuran'a yönelik sergilenen tutumu şu şekilde özetlemektedir: "Kuran, Allah'ın kelamı, kendiliğinden tekamül-dür - karşı konulamaz şekilde doğru, hatasız biçimde adildir".⁴ Allah'ın nihai hakem olması nedeniyle, O'nun uyulması gereken kelamının da herhangi bir hukuk sisteminin özü olması gerektiği yönünde bir görüş hakimdir.

İslam hukukunun en önemli kaynağının Kuran olmasına karşın, Kuran <da herhangi bir hükmün bulunmadığı, muğlak veya sadece kısmen açık olan hususlarda Muhammed Peygamber'in davranışları olan sünnetin en amirane olarak kabul edildiği diğer hüküm kaynaklarına başvurmak gereklidir. İslam bakış açısından, Muhammed'in biyografisi İslam hukuku açısından güvenilir bir kaynaktır, çünkü takdiri ilahiye uygundur. Sünnet Muhammed'in davranışları, sözsüz onayları ve gelenekleri ya da hikayelerinin anlatıldığı muazzam bir darbimesel (hadis) topluluğudur. Yazı Muhammed'in yaşamı boyunca yaygın bir olgu olmamıştır; bu nedenle, ilk nesil Müslümanlar hadisleri ezberlemiş ve yaklaşık 200 yıl sonra en nihayetinde yazıya geçirilene kadar bunları ağızdan ağıza diğer nesillere aktarmıştır.⁵ Sünnet hüküm açısından yalnızca Kuran'ın gerisinde yer alan ikinci temel hukuk kaynağı olarak nitelendirilmektedir. Fitzgerald'a göre: "...[T]eamül Hukukunun hukuk yıllıkları ve hukuk raporlarında kayıtlı hakim kararlarından toplanarak bir araya getirilmesi gerektiği gibi, İslam'ın Teamül Hukuku konumundaki sünnetin de bu hususta erken İslam döneminin Hukuk Raporları konumundaki geleneklerden toplanarak bir araya getirilmesi gerekir".⁶

İcma 'uzlaş'ı anlamına gelmektedir. Kuran veya sünnette bir hüküm sağlanmadığında, İslam topluluğunun önderleri veya vaizler, İslam topluluğunun yanlış yapamayacağı görüşünden hareketle, kanunları 'topluluğun uzlaşması' veya icmaya dayalı olarak oluşturmuştur. Bu nedenle, icma üçüncü hukuk kaynağını temsil etmektedir.⁷

Kıyas ile kıyas yoluyla muhakeme veya çıkarım yapma ifade edilmektedir. Sünni hukukçular, Kuran, sünnet ve icma'nın kapsamı dışındaki hususlarda, hukuki hükümlere sağduyu ve kıyas yoluyla yukarıdaki kaynaklardan herhangi birinden 'çıkartım yapılarak' ulaşılabileceği hususunda mutabık kalmaktadır; bu da kıyası bir muhakeme aracı haline getirmektedir. Aslında, İslam Dünyası bu aracı kullanmayı bıraktığından bu yana, İslami hukuk kuralları çağın gereksinimlerini karşılayamayacak hâle gelmiştir.

4 C. G. Weeramantry, *Islamic Jurisprudence: an International Perspective*'den alınmıştır 32 (1988).

5 Bkz. S. G. Vesey Fitzgerald, *Nature and Source of Shari'a, in Law in the Middle East: Origin and Development of Islamic Law* 90-95 (vol. I., Majid Khadduri & Herbert J. Liebesny eds., 1955).

6 Aynı eserde, s. 90.

7 WEERAMANTRY, ÜSTTEKİ DIPNOT, S. 39.

2. Güncel Uygulamada Şeriat

İslam hukuku bir bütün olarak Şer’i hukuk veya ilahi mevzuat şeklinde bilinmektedir. Osmanlı İmparatorluğu’nda, İslam hukuku hem hukuk hem de ceza davalarını kapsayan bir teamül hukukundan meydana gelmiş ve dini mensubiyetlere bakılmaksızın Kapitülasyon Antlaşmaları⁸ kapsamına girmeyen yabancılar da dahil olmak üzere bütün tebaa açısından geçerlilik taşımıştır.⁹ Bunun yanı sıra, Şeriat’ın etki alanı bütün Müslümanların şahsi durumunu kapsarken, Hristiyanlar ve Yahudilere şahsi durum ile ilgili hususlarda kendi dinlerine ilişkin hukuki gereksinimlere tevessül etme özgürlüğü sağlanmıştır.¹⁰

Osmanlı İmparatorluğu’nun özel hukukla ilgili hususlardaki hukuki kuralları fıkıh eserlerine (İslam hukuku veya farklı hukuk ekolleri) dayalı olarak hazırlanmıştır.¹¹ Osmanlı’nın ilk dönemlerinde ve hatta İmparatorluk döneminden önceki İslam hukuku davalarında, kadının (hakim) yararlanacağı herhangi bir yazılı hukuk kuralı yoktu. Kadı dört ana hukuk okulunun risalelerinden danışma amaçlı yararlanmıştır. Kadılar siyasi liderler tarafından atanmıştır. Bunların atamalarında tercihen bir kadının sahip olması gereken niteliklerin belirtildiği Şeriat’tan yararlanılmıştır.¹² Hanifilerin risalesi İstanbul’daki en popüler ekol olmuştur.¹³ Buna karşın, her davaya yönelik olarak yararlanacağı hukuk ekolüne karar vermek kadıya kalmıştır.¹⁴

İmparatorluk oluşturulmadan önce hazırlanmış risalelere ek olarak, İslam hukuku İmparatorluk tarafından iki şekilde oluşturulmuştur: fetvaların (profesyonel bir hukukçu tarafından verilmiş dini buyruklar veya bir hukuki görüş) ve kanunların bir araya getirilmesi suretiyle. Yerel gelenekler temel ve önemli hukuk kaynaklarından biri olmuştur. Bundan sonraki bölümde, çalış-

8 Bkz. Osmanlı İmparatorluğu ve çeşitli yabancı ülkeler arasında İmparatorluk hukukundan belirli muafiyetler sağlanması hususunda imzalanan özel anlaşmalar .

9 Bkz. Bernard Lewis, *The Emergence of Modern Turkey* 109 (1961).

10 Bkz. Mohammad Alzuhily, *The History of the Judiciary in Islam* 468 (herhangi bir tarih belirtilmemiştir) (Arapça).

11 İslam hukuk tarihinde, dört ayrı hukuk ekolü ortaya çıkmıştır. Bunlar kurucularının isimlerinden esinlenerek adlandırılmıştır: Hanifi, Maliki, Şafi ve Hanbeli. El-Hanifi ekolü en ön plana çıkan ekoldür; bu ekolün destekleyenler geçmiş Osmanlı İmparatorluğu, Filistin, Türkiye, Suriye, Mısır ve Körfez ülkelerinde bulunmaktadır. İkinci önemli ekol, Kuzey Afrika ülkelerinde iyi bir şekilde yararlanılan Maliki’dir. Bu ekollerle ilgili daha fazla ayrıntı için, genel olarak bkz. Christopher Melchert, *The Formation of the Sunni Schools of Law 9th-10th C.E.* (1997).

12 İslam’da hakimlerin niteliklerinin belirlenmesine ilişkin daha fazla ayrıntı için, bkz. Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law* 125 (1964).

13 Temel olarak, Hanefi hukuk ekolüne yakın olan Ebu Yusuf Yakup İbn-i İbrahim-i El-Ensari’nin eserleri. Sekizinci yüzyılda Irak’ta yaşamıştır. Kitab-ül Harac’ın yazarıdır. Eseri OsmanlıMecellesinin temel kaynaklarından biri olmuştur.

14 Haim Gerber, *The Case of the Province of Jerusalem, in Palestine in the Late Ottoman Period* 38 (David Kushner ed., 1986).

mada kanunlar, fetvalar ve gelenekler ile, gerektiğinde, bu üç kavramın Şer'i hukukla ilişkisine odaklanılacaktır.

2.1 *Kânûnnâme*

Kânûnnâme kanunların derlendiği eserler veya "Osmanlı Hukuku kitabıdır".¹⁵ İki tür Kânûnnâme bulunmuştur: genel ve taşra (özel).¹⁶ Genel Kânûnnâme'nin tüm İmparatorluğa uygulanması amaçlanmıştır; İstanbul'daki merkezi yönetim tarafından derlenmiş ve İrade-i Seniyye ile yayımlanmıştır. 1525 tarihli Mısır Kânûnnâmesi gibi özel bir Kânûnnâmenin ise belirli bir vilayete uygulanması amaçlanmıştır.¹⁷

Gün yüzüne çıkan, bilinen ilk Kânûnnâme Sultan II. Mehmet'in (1444-46, 1451-81) Kânûnnâme'sidir. Bu ceza hukuku başta olmak üzere birçok hukuk alanına ilişkin çeşitli laik kanunlardan meydana gelmiştir; bunlarda çeşitli vergiler, Göçebeler, Derebeylerinin Silahlı Müntesipleri ve Evli Gayri-Müslimlere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Tarihçiler Sultan II. Mehmet'in Osmanlı Devlet Teşkilatına ilişkin bir kanun da çıkardığını, ancak bu kanunun ancak 17. yüzyılın başında bilinir hâle geldiği ve popüler olduğunu belirtmiştir.¹⁸ II. Mehmet'in Kânûnnâme'sinden daha sistematik ve düzenli olan ve iyi bilinen başka bir Kânûnnâme ise Sultan II. Süleyman tarafından çıkarılmıştır.¹⁹

Bu kanunlar Sultanın bütün tebaasına adaletle yaklaşıldığını görme iradesinin teyit edildiği bir İrade-i Seniyye konumundaki bir "adaletname" vasıtasıyla yayılmış ve bu şekilde, devlet görevlilerinin her türlü baskısı kati bir biçimde yasaklanmıştır. Söz konusu fermanlar, çoğunlukla yeni bir sultan tahta çıktığında yayımlanmıştır.²⁰ Bunlar mahkemelerde ayanlar ve diğer kişilere okunurdu veya ilan edilirdi. Yerel kadılara bunları sicillerine geçirmeleri talimatı verilmiştir. Örneğin Heyd, Sultan tarafından çıkarılan ve bir nüshasının Mısır Divan'ında (devlet konseyi) tutulmasının ve birer nüshasının da bunu kayıt altına alacak ve kamuoyuna ilan ettirecek Mısırlı kadıların her birine gönderilmesinin emredildiği 1525 tarihli Mısır Kânûnnâme'sine ilişkin fer-

15 Halil İnalçık, Suleiman the Lawgiver and Ottoman Law, 1 Archivum Ottomanicum 118 (1969).

16 İnalçık Kanun-hükümleri denen başka bir Kânûnnâme türünü de yazmıştır. Bu doğrudan bir kişi veya gruba yöneliktir. Aynı eserde, s. 113.

17 Bkz. Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law* 21, 42-43 & 171 (1973).

18 17. yüzyılın başlarında Kanunun yayılmasının Osmanlı Kanununun teamülden daha sağlam bir temele oturtulmasına ilişkin bir girişim olduğu öne sürülmektedir. Bkz. Baki Tezcan, *The Kânûnnâme of Mehmed II: A Different Perspective*, in *The Great Ottoman-Turkish Civilization* 657-665 (vol. 3, Kemal Cicek ed., 2000).

19 Genel olarak bkz. İnalçık, *üstteki dipnot*, s. 105-138.

20 Aynı eserde, s. 138.

F. Milhem: Osmanlı Döneminde Filistin’de Hukuki Modernleşme

manın özetini bize sağlamıştır. Bu bağlamda, tebaa bir kadı tarafından onaylanacak bir kanun nüshası için belirli bir ücret ödeyecekti.²¹

Osmanlı İmparatorluğu’nun mahkeme kayıtlarını inceleyen tarihçiler kadının Sultan²² tarafından çıkarılan kanunu kullandığını ortaya koymaktadır. Bunun yanında, kadıların kanunları uygulama talimatı verilmiştir. Bu kanunların biri ceza kanunu olmuştur. Bundan sonraki bölümde, diğer kanunlardan ziyade ceza kanununa odaklanacağız, çünkü belirli suçlar açısından, İslam hukukunda spesifik ve doğrudan cezalar sağlanmaktadır. Buradaki amaç hangi kaynakların Osmanlı ceza kanunlarında egemen olduğunu tespit etmek olacaktır. Bu, İslam hukuku mu yoksa teamül gibi diğer kaynaklar mıdır?

Şer’i ceza hukukunun İslam’da tam anlamıyla uygulanmadığından bahsetmek gereklidir. Ceza yargılaması polis idaresi (sahib-ül şurta), pazar denetçisi (muhtesib) ve Şikayet (mezalim) Mahkemeleri gibi laik kurumlara bırakılmıştır. Osmanlı İmparatorluğu ilk olarak bu kurumların devamlılığını sağlamış ve ardından kadının yargı yetkisini güçlendirerek bunları kaldırmaya çalışmıştır. Bu hedefin yakalanması için, cezalar ve ceza muhakemeleri usulünün öngörüldüğü laik bir kanun hazırlanmıştır.²³ Osmanlı İmparatorluğu halktan yerel görevliler ve tımarlı sipahilerin istibdatına ilişkin şikayetler alınmasının ardından kanun da çıkarmıştır.²⁴

Ceza kanununun kuralları birçok kaynaktan alınmıştır. Heyd “nazari olarak, kanunun yalnızca Şeriat’ı güçlendirmek ve desteklemek amacı taşıdığını, Şeriat’ı ortadan kaldırma amacının bulunmadığını” vurgulamıştır.²⁵ Buna karşın, ceza kanununa ilişkin açık bir inceleme, Şer’i ceza hukukunun kurallarına kanunda yer verilmesine karşın, para cezaları ve dayak cezalarının da Şeriat’ın ağır cezalarına alternatif olarak hükme bağlandığını ortaya koymaktadır. Örneğin, Süleyman’ın kanunundaki 1. Madde zina ile ilgilidir ve söz konusu suçun isnat edildiği bir davalının çeşitli para cezaları alacağı ortaya konmaktadır, ancak “ölüm cezasına çarptırılmaması koşuluyla” ibaresine yer verilmektedir.²⁶ Aynı suça ve diğer suç türlerine ilişkin Diğer Maddelerde temel olarak para cezasına odaklanılmaktadır. Osmanlı’da kanunları hazırlayan kişilerin Şer’i cezalar yerine para ve dayak cezaları uygulamak istediği

21 HEYD, ÜSTTEKİ DIPNOT, s. 150-151.

22 HAIM GERBER, STATE SOCIETY, AND LAW IN ISLAM: OTTOMAN LAW IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 65 (1994).

23 HEYD, ÜSTTEKİ DIPNOT, s. 1-3.

24 Örneğin, Kefalonya (yalnızca 1479 ila 1499 yılları arasında Osmanlı Hakimiyeti altında kalmıştır) ve Karadağ (Sultan II. Bayezit, 1481-1512) Hristiyanlarına ilişkin Kânûnnâme bu eyaletlerden bir talep alınmasından sonra çıkarılmıştır. Kânûnnâmedeki ceza kanunu daha çok II. Mehmet’in kanununa benzemektedir, ancak Mehmet’in kanununda Müslümanlara uygulanan cezalardan daha hafif cezalar öngörülmektedir. Aynı eserde, s. 14.

25 Aynı eserde, s. 180.

26 Bkz. Kanunun İngilizce metni, aynı eserde, s. 95.

açıktır. Kanunda Şeriat ile düzenlenen medeni hukukun bir parçası olarak nitelendirilen haksız fiil hukukuna ilişkin birçok Maddeye de yer verilmiştir. Ek olarak, ceza muhakemeleri usulüne ilişkin kanun düzenlemelerinde Şeriat'a ilişkin daha açık aykırılıklar görülmüştür. Örneğin, kanunun kişilerin bildiklerini itiraf etmesini sağlamak üzere işkence yapılmasına olanak tanınmasına karşın, Şeriat'ta bu amaca yönelik herhangi bir olanak sağlanmamıştır. Bunun yanında, kanunda yüzde 10'u aşan faizler yasaklanmıştır ve bu şekilde, Şeriat'a ilişkin bir ihlal olarak, faiz alınmasına üstü kapalı şekilde izin verilmiştir.²⁷ İlginç bir şekilde, Müslümanlara kesilen para cezalarının yarısının Gayri Müslimler tarafından ödenmesi hükmüne kanunda açık bir şekilde yer verilmiştir (51. Madde).²⁸

Kanunda burnun kesilmesi ve alnın dağlanması gibi bir bölümü muhtemelen teamül hukukundan alınmış diğer ceza türlerine de yer verilmiştir. İlginç bir şekilde, kanunda teamül hukuku düzenlenmiş ve ilgili zamanın teamülüne uygun olarak tazminat ödenmesine açık bir şekilde atıfta bulunulmuştur.

Son olarak, Lewis doğrudan Osmanlı Sultanlarının egemen iradesinden kaynaklanan bu kanunların yasamaya ilişkin kanunlar olmaktan ziyade Şeriat kapsamına girmeyen hukuk kurallarının kanunlaştırılmış bir hâli olduğunu düşünmektedir.²⁹ Buna karşın, bağlayıcı mahiyetleri ve Sultan tarafından hazırlandıkları ve çıkarıldıkları esnada kullanılan metodoloji nedeniyle, bu kanunların kanun şeklinde nitelendirilebileceğine inanıyoruz.³⁰

2.2 Fetvalar

Fetva, profesyonel bir hukukçu tarafından verilen hukuki görüştür. Bu, İslam hukukunun gelişiminde belirli bir rol oynamış İslami bir hukuk müessesesidir. Osmanlı döneminde, bu müessese mahkemelerin hüküm verme sürecinde önemli bir rol oynamıştır. Müftülerin genel olarak halk için tek hukuk danışmanı olduğu önceki İslam toplumlarının aksine, Osmanlılardaki bir müftünün temel görevi davacı taraflara mahkemelerde kullanılacak hukuki görüşler sağlanması olmuştur.³¹ Fetvaya genel bir hukuki konuya ilişkin bir karar niteliği kazandırılması için, ihtilaf konusu her zaman mümkün olan en soyut şekilde oluşturulmuştur.³²

27 Genel olarak bkz. Gerber, üstteki dipnot, s, 77.

28 Aynı eserde, s. 108.

29 LEWIS, ÜSTTEKİ DIPNOT, s, 107.

30 Heyd "II. Bayezit ve Süleyman'ın ceza kanunlarının resmi hukuk kurallarını oluşturduğu hususunda herhangi bir şüphe bulunmadığını... diğer Osmanlı kanunlarıyla kıyaslandığında, ceza düzenlemelerinin belirli açılardan modern hukuk kurallarına daha fazla benzediğini" yazmıştır. Bkz. Heyd, üstteki dipnot, s, 173.

31 GERBER, ÜSTTEKİ DIPNOT, s, 79.

32 Bkz. Uriel Heyd, *Some aspects of the Ottoman Fetva*, 62(1) *Bulletin of Oriental and African Stud-*

F. Milhem: Osmanlı Döneminde Filistin’de Hukuki Modernleşme

Osmanlı mahkemelerinin kayıtları fetvanın yaygın bir şekilde kullanıldığını ortaya koymaktadır. Kadılar mahkemede fetvaya saygı duyar ve önem verirdi, ancak bunları uygulamak zorunda değildi. Müftülerin kanunun nasıl uygulanacağı hususunda kadıları yönlendirme yetkisi yoktu.³³

Buna karşın, en ünlü fetva derlemesi kadıların özgürlüğünü kısıtlamaya çalışan en büyük Osmanlı hukukçusu ve en saygı duyulan Şeyh-ül İslam, Ebussuud Efendi (1545-74) tarafından hazırlanmıştır.³⁴ Kendisinin fetva derlemesi, Maruzat, bir İrade-i Seniyye ile çıkarılan bir kanun şeklinde sınıflandırılabilir sebebiyle bilhassa ünlü ve önemliydi. Bununla Şeriat dahilinde kanun yapılması amaçlanmıştır. Ebussuud’un amacı, kadının İslam hukuku risalelerinin bağımsız bir şekilde okuması sonucu kendi görüşünü oluşturma özgürlüğünün kısıtlanması olmuştur.³⁵

İmparatorluğun genelinde uygulanması amaçlanmış yukarıdaki derleme dışında, İstanbul Müftüsü Türklerin yaşadığı alanlardan sorumluydu. Gerber Türkiye topraklarındaki (günümüzdeki alana tekabül eden) Fetva ile Filistin’deki müftü Hayr el-Din er-Remli’nin Fetvasını karşılaştırmıştır. Şeyh-ül İslam’ın fetvası ile er-Remli’nin fetvaları arasında bilhassa vakıf müessesesi açısından bir dizi farklılık tespit etmiştir. Kadının Şeyh-ül İslam’ın fetvasını değerlendirmeye alma hususunda özgür olduğu şeklinde yukarıda ifade edilenlerin aksine, Filistinli ve Suriyeli müftülerin hukuk yorumu yerel kadının yorumundan daha üstün görülmüştür. Bir kadının hükmü denetim açısından bir müftünün önüne getirilebilmiştir.³⁶

2.3 Örf

Örf veya adet İslam hukukunun diğer kaynaklarından biridir ve bununla geçmişte uygulananlara dayalı olarak bir kanun oluşturma olasılığı ifade edilmektedir. Geçmişteki uygulamalar iki başlık altında gruplandırılabilir: genel adetler ve özel adetler. Osmanlı’nın medeni hukuk ve toprak hukuku alanlarındaki uygulamalarının büyük kısmı yasama organı tarafından kanunlaştırılmış ve kabul edilmiştir. Devlet-dışı normatif düzenlerin resmi olmayan

ies41 (1969).

33 Bkz. Heyd, *üstteki dipnot*, s. 187.

34 Müftü Ebussuud ile ilgili daha fazla bilgi için, bkz. R. C. Repp, *The Mufti of Istanbul: A Study in the Development of the Ottoman Learned Hierarchy* 272 (1986).

35 Ebussuud evlilik ile ilgili bir ihtilaf konusuna değinmiştir. Yetişkin bir kadının vasisinin rızası olmadan bir kişiyle evlenip evlenemeyeceğine ilişkin klasik din alimleri arasındaki bir tartışmaya yer verilmiştir. Geleneksel din alimlerinin büyük bölümünün bu uygulamayı tasvip etmesine karşın, Ebussuud bunu hukuk dışı hâle getiren bir buyruğun yayımlandığını ve bu nedenle, kadıların kendi çözüm yollarını seçmekte özgür olmadığını söylemiştir. Bkz. aynı eserde, s. 90.

36 Aynı eserde, s. 84-85.

bir şekilde işlev göstermesine olanak tanındığı örfi hukuk Osmanlı İmparatorluğu döneminde gelişmiştir. Bu, Osmanlı idare sisteminin ademi-merkeziyetçi mahiyetinin yanı sıra büyük şehirlerin refahıyla ilgilenen ve köylüler ile aşiretleri göz ardı eden İstanbul'daki merkezi yönetimin verimsizliğinden kaynaklanmıştır.³⁷ Filistin'de örfi hukuk, yerel aşiret reisleri ve yerel Osmanlı yetkilileri arasında gelişen ve Osmanlı'nın gücünü bu şekilde geliştirebildiği ilişki nedeniyle güç kazanmıştır. Kudüs bölgesinde örfi hukuk alanında yapılan çalışmalar Osmanlı yerel mahkemelerinin yerel adetleri kanunlar ve Şer'i hukuka dercettiğini ortaya koymuştur. Yerel adetlerin etkisinin açık bir şekilde gösterilmesi için, iki müftüden bahsetmek gereklidir: yukarıda halihazırda bahsedilmiş olan er-Remli ve on yedinci yüzyıldaki başka bir Filistinli Müftü Muhammed Halili. Bunların ikisi de Şeriat'a atıfta bulunmak yerine, Filistin dağlarında yaygın olarak kullanılmış örfi hukuka atıfta bulunurdu. Buna karşın, Filistin'in güney bölümünde, durum farklıydı:

Kudüs'ün güneyinde yer alan El-Halil'de, örfi hukuk farklı bir şekilde gelişmiştir. Osmanlı devletinin kasabanın çevresindeki kırsal topluluklar ve aşiret topluluklarını kontrol edememesi nedeniyle, El-Halil'li tacirler uyuşmazlıklarda arabuluculuk yapılmasının tek yolu olarak örfi hukuktan yararlanmak zorunda kalmış ve bu çerçevede toplumun yapısına ayak uydurmaya mecbur kalmıştır.³⁸

Devlet hukukuna bir alternatif olarak adetler ve örfi hukuk Filistin'de bu şekilde gelişmiştir.

III. Tanzimat Sonrası: Karma Hukuk

Osmanlı İmparatorluğu 19. yüzyıl esnasında kayda değer bir yön değişimi ve askeri, toplumsal, ekonomik ve hukuki reforma doğru bir harekete tanık olmuştur. Bu reformda devletin genel idaresinin geliştirilmesi, ekonomik ilerlemenin teşvik edilmesi, İmparatorluk topraklarının bütünlüğünün korunması ve İmparatorluğun Batı etkisi ve üstünlüğüne karşı güçlendirilmesi arzusundan esinlenilmiştir. Aslında, reforma ilişkin ilk kıpırtılar Sultan'ın orduyu yeniden düzenlemeye yönelik bir girişimde bulunduğu 18. yüzyıla uzanmaktadır. Buna karşın, ancak bir asır sonra iki spesifik İmparatorluk Fermanının çıkarılmasıyla, hareket gerçek anlamda hız kazanmış ve hareketin etkileri görülmeye başlanmıştır.³⁹

37 Frank H. Stewart, The Contract with Surety in Bedouin Customary Law, 2 UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law 168 (2003).

38 Ifrah Zilberman, The Future of Jerusalem: A Symposium: Palestinian Customary Law in the Jerusalem Area, 45 Catholic University Law Review 797 (1996).

39 1840 ve 1856 tarihli iki Fermanın İngilizce metinleri şu eserlerde bulunabilir: Edward Hertset, C.B., The Map of Europe by Treaty 1002 (vol. II, 1875). Arapça olarak, bkz. Nofel Afandi

F. Milhem: Osmanlı Döneminde Filistin’de Hukuki Modernleşme

Gülhane Hattı Şerifi’nin (Tanzimat Fermanı) Sultan II. Mahmut tarafından 3 Kasım 1839 tarihinde çıkarılması Tanzimat’a (bundan böyle 1839 Fermanı olarak ifade edilecektir) ilişkin en erken ve en önemli adımlardan birini temsil etmektedir.⁴⁰ Bu fermanın ilk olarak bir anayasa ilanı olmasının amaçlanmasına karşın, bu fermenda daha sonraki reform tedbirleri açısından büyük önemi haiz belirli temel kurallara yer verilmiştir. Bu kurallar dört kategoriye ayrılabilir. İlk kategoride idare ve yönetim ile ilgili kurallara yer verilmektedir, ikinci kategori Osmanlı tebaasının refahı ile ilgilidir, üçüncü kategori Gayri-Müslim vatandaşların statüsü ile ilgilidir ve son kategori İmparatorluğun yasal dayanağına ilişkindir.⁴¹ 18 Şubat 1856 tarihinde, Sultan diğer bir önemli İmparatorluk Fermanını veya Hatt-ı Humayun’u (bundan böyle 1856 Fermanı olarak ifade edilecektir) çıkarmıştır. 1839 Fermanında ortaya konan genel ilkeler 1856 Fermanında teyit edilmiştir. Ancak, sonraki bu Fermenda daha fazla hukuk reformu vaat edilmiş ve öncekinden daha ciddi bir belge oluşturulmuştur. Yeni bir ceza kanunu, toprak kanunu ve ticaret kanunu da dahil olmak üzere diğer bazı kanunlar çıkarılmıştır. ⁴² Bunun yanında, 1856 Fermanı ile İmparatorlukta ikamet eden Gayri-Müslimlere uygulanan vergiler yürürlükten kaldırılmış ve onlara orduda görev alma hakkı tanınmıştır. ⁴³ Bu ilkeler daha sonra 1876 yılında oluşturulmuş ilk Osmanlı anayasasına derc edilmiştir. ⁴⁴

Sonraki kısımlarda, Tanzimat’ın Osmanlı İmparatorluğu’nun hukuk sisteminde ve sonuç olarak, Osmanlı topraklarının önemli bir bölümünü oluşturan Filistin’e etkisi irdelenecektir. Osmanlı yasama kuruluşları, yasama hareketi ve yargı sisteminin hukuki evriminin incelenmesi bir bütün olarak Osmanlı hukuk sisteminin mahiyeti, kaynakları ve Tanzimat’ın uygulamaya konmasının ardından geçirdiği dönüşümün daha iyi bir şekilde anlaşılmasına katkıda bulunacaktır.

1. Modern Anayasa ve Yasama Organları

Tanzimat’tan önce, kuvvetler ayrılığı yoktu: yürütme, yargı ve yasama kuvvetlerinin tamamı Sultan’ta toplanmıştı. Avrupa’daki anayasal sistemlerden esinlenen Osmanlı İmparatorluğu, bu kuvvetleri ayırmaya ve siyasi sistemini

Na’meh Alah Nofel, *Aldustur* 5 (vol. I, 1884). Ayrıca bkz. Yosef Kazmakhory, *Constitutions of the Arab World 1839-1987*, 11 (1989) (Arapça).

40 Tanzimat döneminin başlangıcına ilişkin daha fazla ayrıntı için, bkz. Mumtaz’er Turkone, *The Tanzimat Character and Mehmed Sdik Rifat Pasha*, in *The Great Ottoman-Turkish Civilization*99 (vol. 3, Kemal Cicek ed., 2000).

41 Ma’oz, üstteki dipnot, s, 21.

42 Bkz. *alttaki III. kısım, mevcut bölümün 2.1.1, 2.1.2 & 2.2.1. alt kısımları.*

43 Lewis, üstteki dipnot, s, 114.

44 Bkz. *alttaki III. kısım, mevcut bölümün 1. alt kısmı.*

laik hâle getirmeye çalışmıştır. Bu bağlamda, Islahatçıların laiklik ve kuvvetler ayrılığına ulaşma hedefi kademeli olarak gerçekleştirilmiştir.

Osmanlı dönemindeki anayasa hareketleri 18. yüzyılın sonuna doğru başlamıştır. 1789-1808 döneminde, Sultan Selim, anayasal yönetim sistemine yönelik bir adım olarak kurulmasını istediği Nizam-ı Cedit adlı Yeni Sistem kapsamında, Meclis-i Meşveret adlı bir Danışma Konseyinin oluşturulmasını öngörmüştür. 1808 yılında, Osmanlı Sultanı II. Mahmut (1808-1839) “ Sened-i İttifak ” (mutabakat senedi) adlı bir bildiriye imzalamıştır. Bu, muvakkat ayanlar ve Sultan arasında imzalanan ve tarafların sorumlulukları ile karşılıklı taleplerine saygı gösterilmesinin amaçlandığı bir anlaşmaydı. Bu bildiride Sultan, ayanların toprakları ve mülklerine ilişkin denetimi bırakmış ve bunlara topraklarını istedikleri şekilde kullanma özerkliği tanımıştır. Bunun karşılığında, ayanlar ona sadakat ve düzenli vergi toplama sözü vermiştir. 1808 tarihli imparatorluk bildirisi Türk tarihçiler tarafından anayasal yönetime ilişkin önemli bir adım olarak görülmektedir.⁴⁵

Tanzimat öncesinde, bir İmparatorluk Konseyi bir yasama organı işlevini yerine getirmiş ve İmparatorluğun hukuki düzenini belirlemiştir. Bu yasama faaliyeti modern bir yasama süreci şeklinde nitelendirilemeyecek kadar ayrıntılı kalmıştır; bu yalnızca o tarihte iktidarda olanlar tarafından belirlenen politikalara uygunluk sağlanması ve bunların ayrıntılarının oluşturulmasına ilişkin bir mekanizma olmuştur.⁴⁶ İmparatorluk Konseyi’nin yetkilerini yeni organlara devreden ve bunların her birine belirli bir görev veren II. Mahmut’un hükümdarlığına kadar düzgün işleyen bir yasama organının düzenlenmesine ilişkin samimi bir girişimde bulunulmamıştır. Bundan sonra, yasama meclislerinin kullanımı yeni kanunların oluşturulması ve kabul edilmesinde benimsenen temel yaklaşım haline gelmiştir. Aşağıdaki incelemede, bu meclislere odaklanacağız.

A. 1838 Yargı Hükümleri Yüksek Meclisi: Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye ya da Yargı Hükümleri Yüksek Meclisi adlı yeni bir organ kurulmuştur. Bunun üyeleri ya Sultan tarafından atanmış ya da yaşça büyük nazırlar ve emekli yetkililer olmuştur.⁴⁷ Bunun birincil görevi kanunların görüşülmesi ve hazırlanmasıydı; bu organ bilhassa Fermanın genel ilkelerinin resmi mevzuata dönüştürülmesinden sorumluydu.⁴⁸ 1854 yılında, Yüksek Meclisin yasama görevi “Tanzimat Yüksek Meclisi” adlı yeni bir organa devredilmiştir.

45 Bkz. Zuhtu Arslan, *Some Notes on the Roots of Turkish Constitutionalism*, in *The Great Ottoman-Turkish Civilization* 166 (vol. 3, Kemal Cicek ed., 2000).

46 Stanford J. Shaw, *The Central Legislation Councils in the Nineteenth Century Ottoman Reform Movement before 1876*, 1 *International Journal for Middle East Studies* 51-52 (1970).

47 JUNE STARR, *LAW AS METAPHOR: FROM ISLAMIC COURTS TO THE PALACE OF JUSTICE* 25 (1992).

48 RODERIC H. DAVISON, *REFORM IN THE OTTOMAN EMPIRE 1856-1876*, 239 (1973).

F. Milhem: Osmanlı Döneminde Filistin’de Hukuki Modernleşme

B. *Tanzimat Yüksek Meclisi*: Bu meclise mevzuatın geliştirilmesine yönelik kapsamlı yetkiler verilmiş ve bu meclis Bakanlar Kurulundan tamamen ayrılmıştır. *Tanzimat* Yüksek Meclisi’nin yasama çalışmaları yürütme erki tarafından kendisine sunulan kanun tekliflerinin yanı sıra kanun teklifi yapma hakkı vasıtasıyla genişletilmiştir. Ayrıca, söz konusu meclis yetkileri ifade vermek üzere çağırabiliyor ve bakanların kayıtlarından bilgiler temin etmek üzere temsilcilere gönderebiliyordu. Hiçbir teklif Meclisin rızası olmadan kanunlaştırılamıyordu ve bakanlıklar ile bakanların kendilerine yönelik yeni mevzuat teklifinde bulunabilmesine karşın, söz konusu mevzuat tam yasama sürecinden geçmeden yürürlüğe konamıyordu. 1938 Yargı Hükümleri Yüksek Meclisi’nin belirli hukuksal ve denetimsel işlevlerini korumasına karşın, iki organ 1861 yılında Yargı Hükümleri Yüksek Meclisi adı altında birleştirilmiştir.

C. *1861 Yargı Hükümleri Yüksek Meclisi*: Bu meclis üç daireye ayrılmıştır. İlk olarak, yasama görevlerini üstlenen kanun ve düzenlemeler Dairesi. İkinci olarak, İdari İşler ve Maliye Dairesi teknikler ve yöntemlerin ve hem merkezi hem de taşra yönetim düzeylerine ilişkin değişiklik tekliflerinin incelenmesi görevini üstlenmiştir. Üçüncü olarak, taşra adalet meclisi tarafından karar verilen davalara yönelik olarak Temyiz Mahkemesi şeklinde ve merkezi Yönetimden yetkililerin yargılamalarına yönelik İlk Derece Mahkemesi şeklinde hareket eden Adli Davalar Dairesi.⁴⁹

D. *Şura-yı Devlet*: Fransız ve Avusturya modellerinden esinlenen Osmanlılar 1868 yılında Adli Meclisin yanı sıra bir Şura-yı Devlet oluşturmuştur. Şura-yı Devlet’in temel sorumluluklarından biri hukuki reform sürecinin devam ettirilmesi ve başka kanun teklifleri yapılması olmuştur. Bu Konsey 1876’da ilk Osmanlı anayasası yürürlüğe girene kadar Osmanlı yasama erkinde önemli bir rol oynamaya devam etmiştir. Şura-yı Devlet bir yasama görevi ve idari görev üstlenirken, Adli Meclis daha çok adli işlevlerle ilgilenmiştir.

Adli Meclisin yürütme erkinden bağımsız olmasının amaçlandığı söylenebilir.⁵⁰ 1839 ve 1846 tarihli iki Fermanın yanı sıra Şura-yı Devletin göreve başlaması ile bir anayasa bildirisi oluşturulması amaçlanmamıştır. Buna karşın, bunlarda önemli anayasal kurallara yer verilmiştir.

İdari, yasal ve adli reformların yanı sıra, bu Fermanlarla getirilen en önemli anayasal kural Yahudiler, Hristiyanlar ve Müslümanlar arasında ayırım yapılmaksızın bütün Osmanlı tebaasına ilişkin eşitlik gereksinimi olmuştur. Reform süreci esnasında getirilen temel kurallar 23 Aralık 1876 tarihli ilk Osmanlı Anayasasına dercedilmiştir. Bu Anayasa İslam Dünyasında türünün ilk

49 SHAW, ÜSTTEKİ DİPNOT, S, 69.

50 LEWIS, ÜSTTEKİ DİPNOT, S, 240-241.

örneği olarak nitelendirilmektedir. 1831 tarihli Belçika Anayasası'na dayalı olan Osmanlı Anayasası, en azından nazari olarak, Osmanlı İmparatorluğu'nu despot bir otokrasiden meşruti bir monarşiye dönüştürmüştür.⁵¹ Buna karşın, ilk anayasal deneme yalnızca on dört ay sürmüş ve Parlamento 14 Şubat 1878 tarihinde askıya alınmıştır. Söz konusu Parlamentonun on üyesi Sultan'ın politikalarını eleştirmeleri ve demokrasi ile daha fazla reform talebinde bulunmaları nedeniyle İstanbul'dan sürgün edilmiştir. Bunların biri, ilk Osmanlı Parlamentosu'nun açık sözlü liberal üyelerinden Filistinli Yusuf Ziya el-Halit'ti.⁵² Parlamento'nun lağvedilmesi İmparatorluğun tekrar yasama organsız bırakılması ve 1908 yılında Anayasa'nın yeniden oluşturulması ve yeni bir Parlamento kurulmasına kadar bu şekilde kalması anlamına gelmiştir.⁵³ Kudüs, 1908 ile 1918 arasındaki ikinci Parlamento döneminde üç üye ile temsil edilmiştir.⁵⁴

Bu nedenle, ilk Osmanlı Parlamentosu sınırlı bir süreliğine bir yasama organı olarak hareket etmiştir. Yasama süreci belirli bir süre düzgün bir şekilde işleyecek kadar düzenlenmemiştir. İlk deneme ile ilgili başlıca eksiklik, yasama organının herhangi bir dış müdahale, şeffaflık ve belirlenmiş standartlar olmadan kendi kendini düzenlemesine izin verilmesiydi. Bu ilk Anayasa'nın önemli özelliklerinden biri tek bir yetkilinin yani Vezir-i Azam veya 'Başbakan'ın kanun taslağı çalışması başlatma hakkını kullana tek kişi olmasıydı. Vezir-i Azam bir kanun teklifi sunduğunda, Mebusan Meclisi bir açık oturumda bunu okurdu ve daha sonra, Başkan bunu Parlamento Komitelerinden birine gönderirdi ve aynı zamanda, vekillerden her birinin birer nüsha almasını sağlardı. 1876 tarihli Osmanlı Anayasasının 55. Maddesine göre, ilk olarak her Madde ayrı olarak ve daha sonra tümüne yönelik olarak, her kanun taslağının meclisten oy çokluğuyla geçirilmesi gerekiyordu. Kanun taslağının nihai olarak Sultanın onayına sunulmadan önce Mebusan Meclisi üyeleri ta-

51 Bernard Lewis şunları yazmıştır: "On dokuzuncu yüzyıl esnasında, Türk ıslahatçılar yasama faaliyetleriyle Türkiye'ye bir Avrupa devleti biçimi ve yapısı kazandırmaya çalışmıştır. Avrupa'daki kanunlar ve yargı organı, Avrupa'daki bakanlıklar ve idari usuller genel olarak Fransa'daki asıllarına az veya çok bağlı kalınarak alınmış ve İrade-i Seniyye ile ilan edilmiştir. Bu sürecin sonucunda, liberal ıslahatçıların en büyük başarısı olan ve Osmanlı İmparatorluğu'nu parlamenter bir demokrasiye ve Osmanlı Sultanını ise meşruti bir hükümdara dönüştürmesi amaçlanan 1876 tarihli Osmanlı Anayasası ortaya çıkmıştır. Bu sefer yararlanılan kaynak Fransız Anayasası değil, liberal, monarşik olmanın avantajlarını bir araya getiren ve Fransızca olarak yazılan Belçika Anayasası olmuştur. Ancak, Osmanlı İmparatorluğu Belçika değildi. Belçika Anayasası, yüzlerce yıllık Belçika tarihinin bir sonucu olarak ortaya çıkması nedeniyle, Belçika'da yeterince iyi işlev göstermiştir. Türkçe'ye uyarlanan aynı anayasa ise Türkiye'deki koşullara kaçınılmaz şekilde ilgisiz, alakasız olmuş ve en nihayetinde uygulanamamıştır". Bkz. Lewis, üstteki dipnot, s. 356.

52 Bkz. Rashid Khalidi, *Palestinian Identity: The Construction of Modern National Consciousness* 68 (1997).

53 ROBERT DEVEREUX, *THE FIRST OTTOMAN CONSTITUTIONAL PERIOD: A STUDY OF THE MIDHAT CONSTITUTION AND PARLIAMENT* 15 (1963).

54 KHALIDI, ÜSTTEKİ DİPNOT, S. 35.

rafından ve ardından Ayan Meclisi üyeleri tarafından görüşülüp onaylanması gerekiyordu.

En azından nazari olarak, yalnızca yürütme erki bir kanun taslağı sunabiliyorken, yasama işlemleri Parlamantonun sorumluluğundaydı. Teknik kanun oluşturma işi Şura-yı Devlet tarafından gerçekleştirilmekteydi. İlk Osmanlı anayasal döneminde, Parlamento’ya gönderilen teklifler arasında Vilayet İdare Kanunu ve Osmanlı vilayetlerinin belediye teşkilatlanmasının düzenlendiği ve İstanbul şehrine özgü bir belediye teşkilatının sağlandığı diğer iki ilişkili kanun yer almaktaydı.⁵⁵ Buna karşın, bütün teklifler Parlamento’ya gönderilmiyordu. Parlamento’nun göreve başlamasına karşın, Osmanlı’nın kanun yapma yaklaşımı değişmemiştir. Bir kanunun yasalaştırılmasına özgü bir komitenin oluşturulmasına ilişkin öne çıkan görüş hem Parlamento’nun yokluğunda hem de görev süresi boyunca benimsenmiştir. Söz konusu komitelere ilişkin örnekler Basın Kanunu ve Seçim Kanununa ilişkin olarak bulunmaktadır.⁵⁶ Söz konusu politikanın nedeni olarak iki kanun teklifinin önemi gösterilebilir: günümüzde dahi, hükümetler belirli durumlarda yasama komiteleri oluşturmaktadır. Buna karşın, tekliflerin Parlamento onayına sunulmayarak Bab-ı Ali (Osmanlı Hükümeti) kuvvetlerinin bir arada tutulmasına ilişkin eski politikanın günümüzde bile sürdürüldüğü görülebilmektedir ve eski zamanda dahi Anayasa Hukuku çerçevesinde tamamen haksız olarak nitelendirilmesi gerekirdi.

Yukarıda açıkladıklarımızın bir sonucu olarak, temelde kararlar veya yönetmelikler şeklinde geçirilen bir dizi kanuni düzenlemenin bulunması nedeniyle, Osmanlı mevzuatının yeknesak bir karakteri olmamıştır. Yasama erki de Parlamento’nun var olduğu kısa süreçte dahi yürütme organına bağlı olmuştur. Yürütme organının parlamento yasama faaliyetine müdahalesi Osmanlı makamları tarafından çıkarılan ve “geçici” olarak nitelendirilen bir dizi kanunda açık bir şekilde ortaya konmaktadır.⁵⁷ 1908 tarihli Osmanlı Anayasasının 36. Maddesine göre, ülke tehlikede olduğu zamanlarda veya kamu intizamsızlığı olması halinde, hükümet kararname ile bir kanun çıkarabiliyordu. Bu yetki, Parlamento kararını verene kadar geçici bir süre için geçerliydi.

2. Hukukun Batılılaşması

Yasama faaliyeti Osmanlı Tanzimatının değişim getirdiği en önemli alanlardan biri olmuştur. Bütün yasama girişimlerinin ardından yatan politika ve

⁵⁵ Aynı eserde, s. 196.

⁵⁶ Aynı eserde, s. 187.

⁵⁷ Örneğin, 1913 tarihli Geçici Miras Kanunu ve Gayrimenkul Kiralama Hakkında Geçici Kanun. Bu kanunların büyük bölümü Jöntürk İttihat ve Terakki Cemiyeti döneminde çıkarılmış ve “Geçici” olarak nitelendirilmiştir.

aslında 1839 ve 1856 tarihli iki Fermanın sebebi Batılı ülkeler tarafından uygulanan baskılara karşılık vermek üzere mevcut Osmanlı hukuk sisteminin modernize edilmesi olmuştur.⁵⁸ Yukarıda bahsedildiği üzere, Osmanlı İmparatorluğu'nda yasaların (kanun denmektedir) çıkarıldığı bilinmektedir, ancak bu kanunlar modern anlamda kapsamlı bir hukuk sistemi oluşturacak şekilde algılanmamıştır. Bu nedenle, temelde Batılı modellere dayalı ilk yasama faaliyeti 1839 tarihli ilk Fermanın ilan edilmesiyle başlamış ve Fermanın ilkelelerini uygulamak üzere bir Yargı Hükümleri Yüksek Meclisi oluşturulmuştur. 1840 yılında, mevcut Osmanlı ceza kurallarının bir araya getirilmesi suretiyle oluşturulan yeni bir Ceza Kanunu çıkarılmıştır. Bu, Osmanlı hukukunun modernleştirilmesine yönelik olumlu bir adım şeklinde görülebilir. 1841 yılında, Osmanlı ıslahatının mimarı Raşit Paşa Ceza Kanununda öne çıkan mevcut Osmanlı kurallarından ziyade Fransız ticaret kanununa dayalı ilk ticaret kanununu hazırlamıştır. İlk olarak, ticaret kanunu askıya alınmış ve ulemanın (din ve hukuk alimleri) muhalefetiyle karşılaşmıştır. Ancak, Osmanlı İmparatorluğu, aynı kanunu 1850 yılında yayınlayarak, ulemeden bağımsız olan ve Şeriat kapsamının dışındaki meselelerin ele alındığı bir hukuk ve yargı sistemini resmi olarak tanımıştır.⁵⁹

Buna karşın, yasama faaliyeti daha fazla yeni laik kanunun önünü açan 1856 Islahat Fermanının ilanına kadar tam anlamıyla dinamik olmamıştır. Sonuç olarak, Türk ve buna karşılık Filistin hukukunu gerçek anlamda şekillendiren yasama faaliyeti bu dönemde başlamıştır. Mevcut hukuk kurallarının kanunlaştırılması ve Fransa'da yayımlanan mevzuatın yürürlüğe konulmasına ilişkin süreç Fermanın yayımlanmasından sonra yoğunlaşmıştır. Yeni ceza, toprak, ticaret, denizcilik, hukuk ve ceza muhakemeleri usul kanunları yasalaştırılmıştır. Bu süreç iki kategoriye ayrılabilir. İlk kategoride yalnızca İslam hukuku ve teamüle dayalı Osmanlı hukuk kurallarını mevzuata dönüştüren kanunlar bulunmaktadır. İkinci kategoride ise çoğunlukla Avrupa'daki hukuk sistemlerinden alınan kanunlara yer verilmektedir. Sonraki kısımlarda, kanunlaştırma ve kanunların alınması sisteminin Osmanlı kanunları ve söz konusu hukuk sisteminin mahiyetini nasıl etkilediğini inceleyeceğiz.

2.1. Kanunlaştırma

19. yüzyılın başlaması ile birlikte, kanunlaştırma nosyonu Fransa'da hali hazırda bilinmekteydi. Aslında, bunun sağlandığı sistemler Avrupa ülkelerinde

58 "Modern Türk mevzuatı kabaca iki sınıfa ayrılmaktadır: daha çok ülke içinde kullanılması amaçlanan kanunlar ve temel amacı yabancıları memnun etmek ve Türkiye'nin eşit uluslararası muamele iddiasını desteklemek olan kanunlar". Roland K. Wilson, *Modern Ottoman Law*, 3 (1)Journal of the Society of Comparative Legislation 41 (1908).

59 LEWIS, ÜSTTEKİ DIPNOT, S, 112.

F. Milhem: Osmanlı Döneminde Filistin’de Hukuki Modernleşme

uzun bir süredir uygulanmaktaydı. Farklı vilayetlerin farklı kanunları bulunmaktaydı ve kanunlaştırmadaki temel amaç bunların birleştirilmiş ve ulusal kanunlara dönüştürülmesiydi. Bu nedenle, kanunlaştırma medeni hukuk gibi belirli bir alandaki çeşitli hukuk kurallarının bir araya getirildiği ve özel yasama organlarının oluşturulduğu ve bunlara bu kuralların hangilerinin birleştirilmiş yeni sisteme dercedilmesi gerektiği ve hangilerinin kapsamdan çıkarılması gerektiğine karar verme görevi verildiği bir süreçtir. Kapsamdan çıkarılmayan kurallar bir kanun taslağı şeklinde düzenlenmiş ve Yasama Organının onayına sunulmuştur ve bu aracın temel amacı basit, erişilebilir, mantıklı bir şekilde düzenlenmiş, uyumlu ve kati bir hukuk sisteminin oluşturulması şeklinde belirlenmiştir.⁶⁰

Osmanlı politika yapımcılar ve kanun koyucuların kuralları kanunlaştırmayı istemesinin nedenlerinden biri, bu kişilerin çok sayıda kitap ve fetva derlemesine dağılmış Şer’i hukukun yeni oluşturulan mahkemelerdeki hakimlerin büyük bölümü tarafından bilinmemesi hususunda kaygı duymalarıydı. Bu kişiler, yeni bir sistem kurarak, yeknesak hukuk bilgilerinin elde edilmesi ve uygulanmasını kolaylaştırılmasını ümit etmiştir.

Bunun yanı sıra, kanunların tanımlanması ve resmi kuralların açık bir şekilde belirtildiği tek ve kapsamlı bir sistem şeklinde bir araya getirilmesi suretiyle, muğlaklık da giderilebilecekti. Ayrıca, Osmanlıların Avrupa’da haliha-zırda denenmiş ve test edilmiş kanunlaştırma metodolojisini benimsemesi ve bunun yanında sonuçları yazılı hâle getirmesi her Müslüman hakim için kendi kişisel sezgilerine ve ahlaki standartlarına göre karar verdiği, Müslüman hakimler arasında eskiden uygulanan sistemin önemli ölçüde değiştirmelerine olanak tanımıştır. Yeni bir ortak başvuru kaynağıyla, hakimlerin rolü artık açık bir şekilde tanımlanmıştır.

Yukarıda bahsedildiği üzere, ilk kanunlaştırma deneyimi Ceza Kanunu olmuştur. Buna karşın, bunun hemen ardından şu anda inceleyeceğimiz medeni kanun ve toprak kanununun kanunlaştırılmasıyla süreç devam etmiştir.

2.1.1. Mecelle - Medeni Kanun karşılaştırması

Medeni hukukun acil düzenlenme ihtiyacı yeni laik mahkemelerin ithal edilen Batı kanunlarıyla muhatap olması gerektiğinde ilk kez dile getirilmiştir; Ticaret Kanunu buna tipik bir örnektir. Ticari meseleler ile ilgili karar verirken, hakimler sıklıkla yeni kabul edilen Ticaret Kanununda yer verilmeyen satış, kiralama sözleşmesi ve benzeri hususlar gibi belirli konuları ele almak zorunda kalmıştır. Bu nedenle, Osmanlı yasama organı yeni kabul edilen ti-

60 GEORGE W. PATON & DAVID P. DERHAM, A TEXTBOOK OF JURISPRUDENCE 255 (1972).

Haşim Kılıç'a Armağan

caret kanunlarında boşluk olması durumunda hukuki çözümlerin bulunması hususunda mahkemelere yardımcı olmak üzere genel hukuk kurallarına yer verilen medeni kanunun çıkarılmasını değerlendirmeye almıştır. Bu bağlamda, Mecellenin hazırlanması amacı ile tayin edilen Komisyon şu gözlemlerde bulunmuştur:

İslam hukuk bilimi, dini olmayan hususlar ile alakalı olarak, aile içi ilişkiler, medeni yükümlülükler ve cezaların ele alındığı kısımlara ayrılmaktadır. Uygar ulusların temel kanunları da bu üç kısma ayrılmaktadır ve medeni yükümlülüklerin ele alındığı kısma medeni hukuk denmektedir. Buna karşın, son yıllarda, ticari işlemlerde kayda değer bir artış meydana gelmiştir ve bu sebeple, asıl kanunla ilgili olarak kambyo senedi ve iflas ilanı gibi çok sayıda muafiyet oluşturulmuştur ve bu istisnalara yer verilen ayrı bir Ticaret Kanunu oluşturulmuştur. Bu Kanun ticari hususlar ile alakalı olarak uygulanmaktadır, ancak diğer açılardan, medeni kanuna başvurulması gerekmektedir. Örneğin, Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca Ticaret Mahkemesi tarafından görülen davalarda, rehin, teminat ve temsil gibi çeşitli konular ile ilgili olarak asıl kanuna başvurulması gerekmektedir... hem önceki zamanlarda hem de son zamanlarda Osmanlı İmparatorluğu döneminde medeni hukuk ile ilgili birçok kanun ve yönetmelik çıkarılmıştır, ancak bu kanunlar ve yönetmeliklerin bütün yükümlülüklerin halli için yeterli olmamasına karşın, medeni yükümlülüklerle ilişkin İslam hukuku bölümü bu amaç için fazlasıyla yeterlidir.

61

Bu ihtiyaçların karşılanması için, bir Osmanlı medeni kanunu veya *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*⁶² (bundan böyle Mecelle olarak ifade edilecektir) hazırlamak ve taslak haline getirmek üzere Osmanlı hukukçularından meydana gelen bir Komisyon görevlendirilmiştir. Mecelle 1867 ve 1877 yılları arasında bir dizi bölüm veya 'Kitap' hâlinde yayımlanmıştır. Çoğunlukla Fransız hukuki uygulamasına dayalı 1850 tarihli Ticaret Kanunu ve 1858 tarihli Ceza Kanunu'nun aksine, Mecelle temel olarak Hanefi Hukuk Ekolüne dayanmıştır. Batı hukukunun Mecelle'ye etkisi temel olarak bölümleri ve hükümlerinin düzenlenmesinde görülmektedir.⁶³ Aslında, Mecelle çoğu hukukçu tarafın-

61 Komisyon Raporu'nun İngilizcesi için, bkz. C.C. Hooper, *The Civil Law of Palestine and Transjordan* 1 (vol. I, 1932).

62 Arapça metin Aref Alaref, *Collection of Ottoman Laws* 1 (1925) tarafından çevrilmiş ve yayımlanmıştır.

63 Başlangıçta, Ali Paşa başta olmak üzere ıslahatçılar Fransız Kanununa dayalı Mısır Medeni Kanununun alınıp uygulanmasını yönünde görüş bildirmiş ve bu amaçla, Mısır Kanunu Arapça'dan Türkçe'ye çevrilmiştir. Muhafazakarlara yönelik bir taviz olarak ve Cevdet Paşa'nın baskısı altında, İslam hukukunun Batı tarzı bir kanun şeklinde kanunlaştırılmasına karar verilmiştir. Genel olarak bkz. Robert H. Eisenman, *Islamic Law in Palestine and Israel: A History of the Survival of Tanzimat and Shari'a in the British Mandate and the Jewish State* 19 (1978). Ayrıca bkz. Lewis, üstteki dipnot, s. 121.

F. Milhem: Osmanlı Döneminde Filistin’de Hukuki Modernleşme

dan gerçek anlamda bir kanunlaştırma değil, daha ziyade İslam hukukunun mevcut kurallarına ilişkin genel bir özet olarak nitelendirilmektedir.⁶⁴ Bu görüş, Mecelle’yi araştıranların eserlerinde açık bir şekilde görülmektedir. Örneğin, Türk hukukçulardan biri şöyle yazmıştır:

Mecelle münhasıran Hanefi Hukuk Ekolüne dayalıdır ve muhafazakarların memnun edilmesi için, yalnızca söz konusu ekolün en önde gelen hukukçularının görüşleri dikkate alınmıştır. Bu nedenle, Mecelle kaynakları çok sınırlı kalmıştır; her bölümün belirli bir Fıkıh kitabının özeti olduğu söylenebilir. Tebaaya yönelik muamele ve her bölümde kullanılan terimler Mecelle’ye bir medeni kanun olmaktan ziyade bir ders kitabı niteliği kazandırmaktadır.⁶⁵

Buna karşın, Mecelle medeni hususlara ilişkin hükümlerin toplanıp derlenmesine yönelik uyumlu bir çalışmayı temsil etmiştir, çünkü o tarihe kadar, hükümler çok sayıda eserde dağınık olarak bulunmuştur. Bu itibarla, medeni kanun dikkate alındığında, Osmanlıların kendilerini mevcut bir sisteme uyumlu hâle getirdiği ve katkılarının bu kanunu daha kolay erişilebilir hâle getirmeleri ve buna tutarlılık ve açıklık kazandırmaları olduğu görülecektir. Her şeyden önce, bu kanun medeni işlemler alanındaki ilk mer’i kanundur.

Mecellenin konusu muamelelet veya medeni işlemler şeklinde bilinen bir İslam hukuku dalı ile ilgilidir. Bu nedenle, Mecelle’de, ilgili tarihteki Fransız Kanunu’nun aksine, bütün medeni hukuk hükümlerine yer verilmemiştir. Mecelle kaynaklarının İslam hukuku ve hukuk sistemi olmasına karşın, kurallarının dinlerine bakılmaksızın Osmanlı İmparatorluğu’nun bütün tebaasına kapsamlı bir şekilde uygulanması gerektiğinden, Müslümanların şahsi durumu ele alınmamıştır. Mecelle on altı ‘Kitaba’ ayrılmıştır ve her birinde farklı bir konu ele alınmıştır: satış, kiralama, teminat, borç devri, rehinler, emanetler ve yeddieminler, hediyeler, mülkün haksız tahsisi ve tahribi, kısıtlılık, tahdit ve rüçhan hakkı, müşterek mülkiyet, temsil, tasfiye ve ibra, ikrarlar, davalar, kanıt hukuku ve yemin icrası ve son olarak, yargı idaresi. On altı ‘Kitaptan’ önce Hanifi Hukuk Ekolü’nün kökeni konumundaki 99 ilkedden ibaret bir giriş bölümüne yer verilmiştir. Osmanlı mahkemelerinin önündeki usullerin ele alındığı herhangi bir yazılı kanun bulunmaması nedeniyle, son üç kitapta usul hukuku ele alınmıştır.

Mecelle’de ‘teamül’ resmi bir kaynak olarak tanınmış ve teamülün gerektiğinde uygulanması gerektiği ilkesi ortaya konmuştur (36 ve 45. Maddeler). Osmanlı hakimlerinin muhakeme açısından temel olarak her zaman İslam hukukuna ve İslam geleneği ve yerel kullanımdan kaynaklanan yerel gele-

64 S.S. Onar, *The Majalla*, in *Law in the Middle East: Origin and Development of Islamic Law* 296 (vol. I, Majid Khadduri & Herbert J. Liebesny eds., 1955).

65 *Aynı eserde*, s. 298.

neklere dayalı olarak hareket etmesi nedeniyle, bu hareketin öngörülebilir olduğu söylenebilir. Mecelle'de herhangi bir hükme yer verilmediği durumlarda, yerel geleneklerin uygulanmasının gerekli olup olmadığı veya Hanifi hukuk kitaplarına başvurulmasının gerekli olup olmadığı açık bir şekilde belirtilmemiştir. Kanun hazırlama komisyonu, raporunda, başvuru kaynağı olarak sırasıyla İmam-ı Azam (Ebu Hanife) ve iki İmama (Muhammed ve Ebu Yusuf) atıfta bulunmuştur.⁶⁶ Buna göre, Mecelle'de herhangi bir hükmün belirtilmediği durumlarda, hakimlerin yerel gelenekleri uygulamadan önce Ebu Hanife'nin Hanifi Hukuk Ekolüne ve, durumun hâlâ muğlak kalması durumunda, iki öğrencinin kitaplarına başvurması şiddetle tavsiye edilmektedir.

Mecelle'de Kıta ve Anglo-Amerikan medeni veya sözleşme kanunlarıyla kabul edilenlerden farklı sözleşme ilkelerine yer verilmiştir. Örneğin, Batıdaki sözleşme özgürlüğü ilkesi kabul edilmemiştir; bunun yerine, bireyin sözleşmeyle elde ettiği hakların kullanımı hususunda korunmasına yönelik bir çaba olarak çeşitli kısıtlamalar getirilmiştir. Batıda, sözleşmeler oluşturulmasının ilk ilkesi olarak sözleşmelerin özgür bir şekilde uygulandığı ve yalnızca kamu düzeni ile ilgili gerekçelerle kısıtlanabileceği belirtilmiştir. Bunun aksine, Mecelle'de yapılabilecek sözleşme türlerinin yanı sıra bunlara ilişkin koşullar tanımlanmıştır.⁶⁷ Örneğin, Mecelle'nin 186. Maddesinde "eklenen temel bir koşul çerçevesinde bir satış sözleşmesi yapılması durumunda, hem satış hem de koşul geçerlidir." ibaresine yer verilmiştir. Satıcının fiyat ödenene kadar satılan ürünü elinde tutmasına izin verilmiştir. 187. Maddede bir satışın "sözleşmenin usulüne uygun ifasını" temin eden bir koşula tabi olması durumunda "geçerli" olacağı ifade edilmiştir. Buna karşın, Osmanlı yasama organı 1879 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 64, 80-82 ve 106-112. Maddelerinde sözleşme özgürlüğü ilkesi ve diğer hukuki ilkeleri kabul etmiştir. İlginç bir şekilde, Osmanlı hukuk usulü muhakemeleri mevzuatında Mecelle'deki ilgili Maddeler açık bir şekilde kaldırılmamıştır. Bu tutumun ardında yatan sebep olarak yasama organının Mecelle'deki İslam hukuku kurallarını kaldırmak veya değiştirmek istememesi gösterilebilir. Osmanlı ıslahatçıları, bunu yaparak, muhafazakar Müslümanlarla karşı karşıya gelmekten kaçınmıştır. Aynı zamanda, ıslahatçılar laikleşme ve hukuki pozitivizm programına devam etme niyetlerinin işaretini vermiştir.

Yukarıdaki tartışmadan çıkarabileceğimiz başlıca sonuçlardan biri, Mecelle'nin Şeriat'ın muameletinin kanunlaştırılmış bir hâli olduğu ve temel olarak Hanifi Hukuk Ekolünün öğretilerine dayalı olduğudur. Batı hukuku Mecelle'nin yalnızca yapısını etkilemiş, ancak asıl içeriğini etkilememiştir. Mecelle'nin kurallara yönelik bir kanunlaştırma çalışması mı yoksa bir ders kitabı mı ol-

66 Genel olarak bkz. : Hooper, üstteki dipnot, s. 1-11.

67 ONAR, ÜSTTEKİ DIPNOT, S, 299.

duğu tartışılırken, Mecelle’nin Osmanlı İmparatorluğu vilayetlerinde medeni kanun işlevi gördüğü ve Tanzimat döneminin en önemli sonuçlarından biri olarak nitelendirildiğinin unutulmaması gerekir. Mecelle, 1926 yılında İsviçre Medeni Kanununa dayalı bir Medeni Kanunla değiştirilene kadar Türkiye’de uygulanmaya devam etmiştir; Batı Şeria & Gazze Şeridi’nde ise hâlâ yürürlüktedir.

2.1.2. Toprak Kanunu

Osmanlı hukuk ıslahatçılarının karşılaştığı en önemli zorluklardan biri yeni bir özel mülkiyet sisteminin nasıl kanunlaştırılacağı olmuştur. Çabalar 1858 tarihli Osmanlı Toprak Kanunu’nun ilanıyla sonuçlanmıştır. Bu kanunda İslam hukukunda alınan birçok kurala yer verilmiş ve aynı zamanda Osmanlı İmparatorluğu’nun geleneklerine ilişkin gerçek bir kanunlaştırma çalışması meydana gelmiştir.⁶⁸ Bu kanunu hazırlayanların çoğunlukla Fransa’daki mülkiyete dayalı çiftçilik sisteminden esinlenmesi nedeniyle, birtakım Batı kurallarına da yer verilmiştir.⁶⁹ Buna karşın, söz konusu toprak kanunu ‘dışarıdan alınmış’ bir kanundan ziyade ‘kanunlaştırılmış’ bir çalışma olarak nitelendirilebilir. Toprak Kanunu çoğu hukuk ve tarih yazarı tarafından takdire şayan bir yasama kazanımı⁷⁰ olarak ve etkileri açısından önceden hazırlanmış Ticaret ve Ceza Kanunlarına kıyasla daha önemli olarak nitelendirilmektedir.⁷¹

Kanun’un 1. maddesinde Osmanlı toprakları beş kategoriye ayrılmıştır: mülkiyet hakkıyla tutulan (tam mülkiyet ile sahip olunan) arazi olan mülk, kullanımdan yararlanabilmeleri amacıyla bireylere kiralaran tapulu arazi olan miri, bir insanın refahına yardımcı olunması için Allah’a adanmış arazi (mülk) olan vakıf; kamu amaçlarına ayrılan arazi olan metruk ve son olarak, kimseye ait olmayan kiraç arazi konumundaki mevat. Kanunun hükümleri okunduğunda, Osmanlı mevzuatı ile çoğu arazinin mülkten ziyade vakıf ve miri şeklindeki iki kategori kapsamına alınmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu şekilde, bir kişi mülkiyet hakkına fiilen sahip olmaksızın örneğin tarım veya inşaat vasıtasıyla araziyi kullanabiliyor ve ondan yararlanabiliyordu.

Kanun temel olarak İslam’ın ilk dönemlerinden bilinmeyen miri sistemi

68 EISENMAN, ÜSTTEKİ DIPNOT, s. 56. BU MEYANDA ŞUNLARI YAZMIŞTIR: “OSMANLI TÜRKLERİNİN ULUSAL GELENEKLERİ VE İDARİ UYGULAMALARINA DAYALI OLMASINA KARŞIN, 1858 TARİHLİ OSMANLI TOPRAK KANUNU’NDA DA İSLAM HUKUKUNUN BELİRLİ UNSURLARINA YER VERİLMİŞTİR.”

69 STARR, ÜSTTEKİ DIPNOT, s. 30. BU MEYANDA ŞUNLARI YAZMIŞTIR: “HIÇ ŞÜPHE YOK KI, YENİ TOPRAK KANUNU’NDA FRANSA’DAKI MÜLKİYETE DAYALI ÇİFTÇİLİK SİSTEMİNDEN ESİNLENİLMİŞTİR. ÇOĞU OSMANLI İSLAHATÇISI FRANSA’DAKI DEREBEYLİK SONRASI, VERGİ MÜLTEZİMLİĞİ SONRASI SİSTEMİN YARARLI ETKİLERİNİ GÖRMÜŞ VE FRANSA’NIN KIRSAL BÖLGELERİNDE AİLE ÇİFTÇİLİK SİSTEMİNİN BAŞARILI OLMASININ AİLE YURTLARININ ÖZEL MÜLKİYETİNİN ÇİFTÇİLİK YAPAN AİLEYE AIT OLMASINDAN KAYNAKLANDIĞININ FARKINA VARMIŞTIR”.

70 Anton Bertram, The Legal System of Turkey, XXV The Law Quarterly Review 36 (1909).

71 LEWIS, ÜSTTEKİ DIPNOT, s. 117.

ile ilgilidir. Temel özelliği, çoğunlukla, miri arazinin zeametlere bölünmesi ve tam mülkiyet çerçevesinde sahip olunmayan araziden meydana gelmesiydi (Mutasarrıf); aslında, Devlet ücretleri elinde tutmuş ve yalnızca mülkiyeti vermiştir.⁷² Mutasarrıf, Devletin rızası olmaksızın miri araziye ipotek edemiyordu veya satamıyordu. Osmanlı hükümeti merkezi hükümete vergi geliri sağlayan arazinin verimli olmasını sağlamak üzere miri araziye ilişkin idari kontrol gerçekleştiriyordu.⁷³ Aslında, bu kanundan önce, Sultan'ın arazi tasarrufunu kısıtlama hakkı bulunuyordu. Ancak, bu hak devlet tarafından onaylandığına, karar geriye döndürülemez bir hal almıştı. Bu noktada, Toprak Kanunu mutasarrıfa menkul veya gayrimenkul olsun mülkiyetini kullanma hususunda tam özgürlük tanıyan İslam hukukundan farklılık göstermektedir.⁷⁴ Örneğin, miri arazinin bölünebildiği İslam miras hukukuna uygun olmayan şekilde, miri arazi mirasla intikal ettirilemiyordu.⁷⁵

1913 ve 1914 yılları esnasında, Mustafa Kemal Atatürk'ün İttihat ve Terakki Cemiyeti altı toprak kanunu çıkarmıştır. Bu kanunlar asıl kanunun mahiyetine yönelik önemli değişiklikler getirmiştir. Bunun sonucunda, mülk arazisine daha fazla önem atfedilirken, miri arazi nitelik açısından mülk arazisine daha yakın hâle gelmiştir.⁷⁶ Hassas bölgelerde, iki arazi türü arasında veraset, arazi devri ve ipoteklere ilişkin hususlara bir ayırım yapılmıştır.⁷⁷ Bu kanunlar şöyledir:

- 22 Rebiülevvel 1331 (1/3/1913) tarihli Belirli Kurumsal Organların Gayrimenkul Sahiplenme Hakkına İlişkin Geçici Kanun.⁷⁸ İslam hukukunda bu kanunda olduğunun aksine tüzel kişiler tanınmadığından dolayı, bu kanunda Batı hukuku etkisi açıkça görülmüştür.

- 27 Rebiülevvel 1331 (6/3/1913) tarihli Geçici Miras Kanunu. Bu kanunla 1858 tarihli asıl kanunun 59. Maddesi ve 1867 tarihli değişik kanunda deği-

72 BERTRAM, ÜSTTEKİ DIPNOT, s. 39.

73 Bkz. Kenneth W. Stein, *The Land Question in Palestine, 1917-1939*, 11 (1987).

74 Bkz. Ahmet Saffet Efendi tarafından İstanbul'aki bir hukuk öğrencisine verilen bir ders, *The Judicial and Legal System in Palestine* 9 (1918) (Arapça). Söz konusu ders *Birzeit Hukuk Enstitüsü Montis-que Kütüphanesi'nde mevcuttur*.

75 Bu şekilde, ölenlerin mülkünün yasal mirasçıları arasına bölünmesinin gerekli olduğu İslami miras hukuku kuralları göz ardı edilmiştir. şeriat çerçevesinde bir kişinin arazilerinin yalnızca üçte birini mirasla bırakmasına izin verilmesi nedeniyle, malların aşırı şekilde bölünmesi kaçınılmaz olmuştur.

76 1913 yılından önce, miri arazi, Osmanlı makamlarının rızası olmaksızın, tuğla yapımı, üzüm bağları ve meyve bahçelerinin ekimi, ev yapımı veya manialar oluşturma amacıyla kullanılamıyordu. Bu kısıtlamalar tarım arazilerinin yoğunlaştırılmasını sekteye uğratiyordu. 1913 yılında, Geçici Gayrimenkul Kanunu miri arazi sahibine araziye her türlü amaca yönelik kullanma hakkı tanımıştır. Bkz. Stein, üstteki dipnot, s. 11.

77 Robert Eisenman, *The Young Turk Legislation, in Palestine in the Late Ottoman Period* 60 (David Kushner ed., 1986).

78 Düstur, 2 nd series, p. 114; Tute, 165; mali yıl 16/2/1328.

F. Milhem: Osmanlı Döneminde Filistin’de Hukuki Modernleşme

şiklik yapılmıştır. ⁷⁹ Bu kanuna göre, miras her iki cinsiyet arasına eşit olarak bölünecekti. Bu kanun, yalnızca Osmanlı arazilerinin büyük bir bölümünü oluşturan miri arazi açısından uygulanmıştır. Bu araziler çoğunlukla tarımsal niteliğe sahip olan, kentsel alanların dışında kalan arazilerdi. Bu kanunun kaynağı 1896 tarihli Alman Medeni Kanunu’ydu. ⁸⁰

- 1 Rebiülahir 1331 (10/3/1913) tarihli Geçici Gayrimenkul İpotek Kanunu. ⁸¹ Bu kanun, genel olarak kabul görmemesine karşın, önemliydi. Başlangıçta, yukarıda bahsedilen bütün arazi kategorileriyle ilgili olduğu belirtilmek suretiyle Şeriat’a eklenen bir Batı konseptiydi.

- 5 Cemazeyilevvel 1331 (12/4/1913) tarihli Geçici Gayrimenkul Tasarrufu Kanunu. ⁸² Bu kanunla, miri arazi açısından yürürlükte olan inşaatlar veya tarıma ilişkin kısıtlamalar gibi her türlü sınırlama veya koşul yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunla arazinin tasarrufu çerçevesinde arazinin en fazla üç yıl ekilmemesi şartı getirilmiştir.

- 14 Muharrem 1322 (14/12/1913) tarihli Ortak Gayrimenkulün Bölünmesine ilişkin Geçici Kanun. ⁸³ Bu kanun İslam hukukunun bir tekrarıydı.

- 18 Rebiülevvel 1332 (14/2/1914) tarihli Gayrimenkulün Kiralanmasına ilişkin Geçici Kanun. ⁸⁴

1858 tarihli Osmanlı Toprak Kanunu Gazze Şeridi’nde hâlâ uygulanmaktadır ve Filistin’in tarihinde önemli bir siyasi rol oynamıştır. ⁸⁵

2.2. Kanunların Aktarılması

Hukuki aktarımlar “bir kural veya bir hukuk sisteminin bir ülkeden diğerine veya bir halktan diğerine aktarılması” olarak tanımlanabilir. Alan Watson’ın çalışmasında⁸⁶ yer alan bu tanım Türk yasama organının hem 19. yüzyıl sonları hem de 20. yüzyıl başlarındaki faaliyetini yansıtmaktadır. ⁸⁷ Yaban-

⁷⁹ SAFWAT, ÜSTTEKİ DIPNOT, S. 16.

⁸⁰ EISENMAN, ÜSTTEKİ DIPNOT, S. 64.

⁸¹ Dustur, vol. 185, s. 166.

⁸² Aynı eserde, vol. 158; Tute, s. 169. Mali yıl 30 Mart 1329 şeklinde değiştirilmiştir.

⁸³ Aynı eserde, vol. 100; Tute, 172. Mali yıl, 1/12/1329.

⁸⁴ Aynı eserde, vol. 193; Tute, s. 175.

⁸⁵ Osmanlı Toprak Kanunu’nda araziye ilişkin açık bir sınıflama yapılmasına karşın, Filistin’deki Arap arazilerinin müsadere sinin kolaylaştırılması için, söz konusu kanunun hükümleri farklı yorumlara tabi tutulmaktadır. Örneğin, Batı Şeria & Gazze Şeridi’ndeki İsraili askeri makamlar miri ve terk edilmiş araziye devlet arazisi olarak değerlendirdi. Daha ayrıntılı bilgi için, bkz. Raja Shehadeh, Occupier’s Law: Israel and the West Bank 34-45 (1990) (Arapça). Ayrıca bkz. Filistin toprak kanunu taslağına ilişkin tartışmamız, üstteki ikinci fasıl, ikinci bölüm, III. kısım, 3. alt kısım.

⁸⁶ ALAN WATSON, LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW 21 (1974).

⁸⁷ Batı kanunları, hukuk sistemleri ve düşüncelerinin alınması 1839 yılında Tanzimat Fermanının ilan edilmesiyle başlamış ve yirminci yüzyılın başında İmparatorluğun yıkılması ve

Haşim Kılıç'a Armağan

cı mevzuatın hukuki açıdan aktarımına ilişkin iki tarihi yaklaşım arasında kolayca ayırım yapabiliriz. İlk yaklaşım yabancı kanunlar yabancı bir güç tarafından sömürgeleştirilmiş bir ülkeye dayatıldığında ortaya çıkarken, ikinci yaklaşım ise bir ülke dıştan herhangi bir dayatma olmaksızın yabancı bir kanun veya hukuk sistemini kendi isteğiyle benimsemeye karar verdiğinde ortaya çıkmıştır. İslahatçıların temel olarak Batı kanunları ve kurumlarının benimsenmesi vasıtasıyla Osmanlı İmparatorluğu'nu modernize etmeye çalışması nedeniyle, İmparatorluk ikinci kategoriye girmektedir. Hiç şüphe yok ki, söz konusu tarihlerde, Batı ülkeleri ve Rusya kanunlarını modernize etme hususunda İmparatorluğu baskı uygulamıştır, ancak bu durum Osmanlıların halihazırda çoğu Avrupa kanununu benimseme niyetinde olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.⁸⁸

Tanzimat Fermanının ilan edilmesinin yeni kanunların uygulamaya konmasının önünü açtığını görmüş bulunmaktayız. Bunların büyük bölümü Fransız kanunları başta olmak üzere Batı kanunlarından alınmıştır. Yukarıda bahsedildiği üzere, 1850'de aktarılacak ilk kanun Ticaret Kanunu olmuştur. Daha sonra, 1856 yılında Ceza Kanunu ve 1865 yılında Denizcilik Kanunu gelmiştir. Fransız hukuk sisteminden esinlenen bu kanunların yanında, Osmanlı Yasama Organı hem hukuk hem de ceza ile ilgili hususlarda Batı'daki usul kanunlarını benimsemiştir. Aşağıdaki tartışmada Ticaret ve Ceza Kanunlarına odaklanılırken, Yargı Usullerine ilişkin kanun daha sonra irdelenecektir.

2.2.1. Ticaret Kanunu

Ticari faaliyetlerin modern ilkelere dayalı olarak kolaylaştırılması amacına sahip ilk Osmanlı Ticaret Kanunu aslında 1841 tarihinde Raşit Paşa tarafından hazırlanmıştır. İstanbul'daki ulemanın⁸⁹ yeni kanunu İslam hukukuna ilişkin ciddi bir ihlal olarak görmesi nedeniyle, kanun 1850'ye kadar yürürlüğe konmamıştır.⁹⁰ Kanun⁹¹, birtakım küçük değişiklikler ile birlikte 1807 tarihli

modern Türkiye'nin kurulmasıyla birlikte dikkat çekici derecede yoğunlaşmıştır. İslahatçılar modern Türkiye'nin kuruluşu öncesindeki dönemde İslam hukukunu değiştirmemeye dikkat göstermiş, ancak bu durum Osmanlı İmparatorluğu'nun yıkılmasının ardından değişmiştir. Bu şekilde, 1920'li yıllarda İsviçre Medeni Kanunu gibi Avrupa'daki hukuk sistemlerinin bütünüyle alınması ve dini mahkemelerin hukuk mahkemeleri ile değiştirilmesini kapsayan büyük bir yasama devrimine tanık olunmuştur. Türkiye'de yabancı kanunların alınmasına ilişkin daha fazla ayrıntı için, bkz. International Social Science Bulletin, IX 7-69 (1957)'de yazılmış ilgi çekici makaleler. (Not: bu Dergi artık International Social Science Journal olarak bilinmektedir).

88 Batının Osmanlı İmparatorluğu ve daha sonra Türkiye Cumhuriyeti'ne etkisine ilişkin diğer ayrıntılar için, bkz. Lewis, üstteki dipnot, s. 40-72.

89 İslam alimleri.

90 MA'ÖZ, ÜSTTEKİ DİPNOT, s. 173.

91 Dustur, vol. I, s. 780-810. İngilizce metin için, bkz. G.G. Amiryan, Ottoman Commercial Code Cyprus (1906).

F. Milhem: Osmanlı Döneminde Filistin’de Hukuki Modernleşme

Fransız Ticaret Kanunu’ndan⁹² alınmıştır.⁹³ Buna karşın, bu küçük farklılıkların kasıtlı olarak yapıp yapılmadığı veya Osmanlı kanun koyucularının bilmeden hatalar yapıp yapmadığı açık değildir.⁹⁴

Ticaret Kanunu’nun hükümlerinin uygulanmasına ilişkin zorluklar nedeniyle, 1860 yılında çıkarılan ve asıl kanuna eklenen bir yönetmelikle Şer’i mahkemelerden bağımsız ticaret mahkemeleri kurulmuştur.⁹⁵ 1861 yılında, Osmanlı Ticaret Usul Kanunu Fransız modeline dayalı olarak çıkarılmıştır.⁹⁶ Ticaret kanunlarının aktarımı Fransız kanununun yanı sıra Hollanda, İspanya, Portekiz, Sardinya ve Prusya kanunlarının birtakım özelliklerini de kapsayan 1863 tarihli Denizcilik Kanunu ile birlikte tamamlanmıştır.⁹⁷

2.2.2. Ceza Kanunu

Yukarıda bahsedildiği üzere, bir Ceza Kanununun düzenlenmesine ilişkin ilk girişim İlk Tanzimat Fermanı ile aynı zamana denk gelmiş ve 1840’da çıkarılmıştır. Kanunda Batı ilkelerine dayalı çeşitli kurallara yer verilmesine karşın, kanun temel olarak Şeriat’a dayanmıştır. Bu ilkelere ilişkin örneklerden biri bütün Osmanlı tebaasının kanun önünde eşit olduğunun tasdik edilmesi olmuştur. 20 yıldan kısa bir süre sonra (1858 yılında), Şer’i ceza kanununu hem yürürlükten kaldıran hem de görmezden gelen ve 1810 Fransız Ceza Kanunu’nun neredeyse çevirisi olan tamamıyla yeni bir Ceza Kanunu⁹⁸ yürürlüğe konmuştur.⁹⁹ Buna karşın, aşağıdaki hususların belirtildiği 1. Madde’den de anlayabileceğimiz üzere, Şeriat’ın etkileri yeni Kanunda görülmeye devam etmiştir:

Halbuki, doğrudan Hükümete karşı işlenen suçlara ilişkin cezalar Devletin sorumluluğundadır ve bir kişiye karşı işlenen suçların halkın huzurunu bozduğunun değerlendirilmesi de Devleti ilgilendirmektedir. Bu Kanunda Şeriat’a göre takdiri ve icrası en yüksek otoritenin emrine tabi olan ceza derecelerinin belirlenmesi de teminat ve güvence altına alınmaktadır; buna karşın,

92 İmparatorluktaki insanların Batı kanununa dayalı yeni bir kanunu uygulamayı zor bulduğu görülmektedir. İlginç bir şekilde, Suriyeli bir hukukçu şöyle yazmıştır: “Bu kuralların aslen ulusal geleneklerimiz ve doğu geleneklerin yansıtmamasına karşın, söz konusu kuralların uygulanması ve halk tarafından kabul görmesinin ardından, kurallar ülkemizde fiilen uygulanmaya başlanmıştır”. Othman Sultan, *Analyses of the Ottoman Commercial Law* 5 (1922) (Arapça).

93 *Aynı eserde*, s. 1.

94 AMIRAYAN, ÜSTTEKİ DIPNOT, VI.

95 Dustur, vol. I, s. 445.

96 *Aynı eserde*, s. 780.

97 BERTRAM, ÜSTTEKİ DIPNOT, s. 28.

98 Kanunun Arapça metni “Collection of the Ottoman Legislation”de bulunabilir. Vol. I, Aref Alaref, Lebanon 1924. s. 3. İngilizce metin için, bkz. John A. Strachey Bucknill & Haig Apisoghian S. Utidjian, *The Imperial Ottoman Penal Code* (1913).

99 NİYAZI BERKES, *THE DEVELOPMENT OF SECULARISM IN TURKEY* 163 (1964).

Şeriat ile öngörölmüş bireysel haklara hiçbir şekilde hâle getirilmemektedir.

Kısaca, Sultan, Yürütmenin Başı olarak, bir ceza şekli babında kısıası¹⁰⁰ kullanma hakkını elinde bulundurmuş ve benzer şekilde, mağdurların akrabalarının da diyet talebinde bulunma hakkı devam etmiştir.¹⁰¹

Bu kanun, kademeli olarak değiştirilene kadar, Filistin'e ilişkin İngiliz Mandasının ilk on yılı boyunca Filistin'de uygulanmaya devam etmiştir. Bu kanunun önemi İslam toplumlarında uygulanacak laik Ceza Kanununa ilişkin dayanağı temsil etmesinden kaynaklanmıştır.

IV. Modern bir Yargının Ortaya Çıkışı

Osmanlı yargısının taayyünü (doğuşu) önemli bir gelişmeyi temsil etmektedir. Gördüğümüz üzere, yargı reformunun başlangıcı yasama reformunun öncesine denk gelmektedir ve yeni kurulan mahkemeler yasaların ortaya çıkışının arkasında yatan güçtür.¹⁰² Buna karşın, yasama ve yargı reformları iç içe geçmiştir.

Yasama reformunda olduğu gibi, ekonomik ve siyasi durumdaki değişiklikler de Avrupa'yla artan ticaretin üstesinden gelinmesinin yanı sıra Batının İmparatorluk üzerindeki baskılarının hafifletilmesi için Osmanlı İmparatorluğu'nu yeni bir yargı sistemi benimsemeye zorlamıştır. Avrupa ile ticaret ilişkileri 1838 yılına Anglo-Osmanlı Ticaret Antlaşması'nın imzalanmasının ardından artmış ve 1840 yılında ticaret kanununun yasalaştırılmasına ek olarak, Şer'i mahkemelerden bağımsız ilk mahkemelerin açılmasına yol açmıştır. "Ticaret Mahkemeleri" adı verilen ve Raşit Paşa tarafından kurulan bu mahkemeler Fransız modeline dayanmış ve Osmanlı ile Avrupalı tacirler arasındaki ihtilafları çözme görevini gerçekleştirmiştir. Aynı yıl, ceza davalarına karar vermek üzere Yargı Hükümleri Yüksek Meclisi oluşturulmuştur.¹⁰³ 1847 yılında, Avrupalı kuvvetlerin hükümetleri ve Osmanlı İmparatorluğu arasındaki müzakereler sonucunda on yabancı, on Müslüman Osmanlı vatandaşı ve on gayri-Müslim Osmanlı vatandaşından meydana gelen karma mahkemeler tanınmıştır. Bu mahkemelerin kurulması 1850 yılında yine Fransız modeline dayalı laik Ticaret Kanununun çıkarılmasına katkıda bulunmuştur. 1856 yılında, Hattı Hümayun¹⁰⁴ adı verilen Islahat Fermanı ile bu mahkemelerin

100 Kısasa kısas anlamına gelmektedir (Lex talionis): birini kasıtlı olarak öldüren bir bireyin idam edilmesinden ibarettir.

101 Kan parası anlamına gelmektedir: bir kişiyi öldüren bir birey tarafından öldürülen kişinin varislerine tazminat ödenmesinden ibarettir.

102 Bkz. üstteki III. kısım, mevcut bölümün 2.1.1. alt kısmı.

103 BERGET MARINO, GUIDE TO THE RECORDS OF THE OTTOMAN SHARI'A COURTS, WHICH ARE RESERVED IN THE CENTRE OF HISTORICAL ARCHIVES IN DAMASCUS 18 (1999) (ARAPÇA).

104 Fermanın İngilizce metinleri için, bkz. Hertslet C.B ., üstteki dipnot, s. 1002. Arapça metin

varlığı yeniden teyit edilmiş ve şunlar açıkça ifade edilmiştir:

Müslümanlar ve Hristiyanlar veya diğer gayri-Müslim tebaa arasındaki ya da Hristiyanlar ya da farklı mezheplere mensup diğer gayri-Müslimler arasındaki bütün Ticaret, Düzeltme ve Ceza davaları karma mahkemelere havale edilir. Bu mahkemelerin dava işlemleri halka açık olarak gerçekleştirilir: taraflar yüzleştirilir ve ifadeleri, ayırım yapılmaksızın, her mezhebin dini hukukuna göre verdirilen bir yemin üzerine alınan tanıklarını gösterir. Hukuk meselelerine ilişkin davalar kanunlar ve yönetmeliklere göre ilgili yerin Valisi ve Hakiminin huzurunda Karma Vilayet Konseyleri önünde halka açık olarak görülmeye devam eder. Hristiyan veya diğer gayri-Müslim inanışlara mensup tebaa arasında İntikallere ilişkin olanlar veya bu türe ilişkin diğerleri gibi Özel Hukuk Muhakeme Usulleri, tarafların talebi üzerine, Patrikler veya toplulukların Konseylerine gönderilir.

Sonradan, yargı sistemine ilişkin birçok kanun çıkarılmıştır. 1860 tarihli Ticaret Kanunu ile Ticaret Mahkemeleri Şer’i mahkemelerden tamamen bağımsız hâle getirilmiş ve Ticaret Bakanlığı’nun sorumluluğu altına geçirilmiştir.¹⁰⁵ 1856 tarihli Fermanla Muhakeme Usul Kuralları’nın hazırlanacağı da ifade edilmiştir.¹⁰⁶ 1861 yılında çıkarılan Ticaret Mahkemeleri Muhakeme Usulleri Kanunu’nun Nizami (laik) mahkemeler tarafından kullanılacak türünün ilk örneği olduğu değerlendirilmiştir.

1864 tarihli Vilayet Kanunu’nun çıkarılması sonucu, yargı idaresinde yeni bir gelişme meydana gelmiştir. Yine Fransız modeline dayalı olan bu kanunun 18. Maddesi ile yerel, ilk derece ve temyiz mahkemelerinden meydana gelen üç kademeli bir sistem oluşturulmuştur. Altı hakim (üç Müslüman ve üç gayri-Müslim) görev alacağı bir Yüksek Mahkeme kurulmuştur. Kendi Başkanı ve üyeleri bulunan bir Yüksek Ticaret Mahkemesi de kurulmuştur. Bu mahkemeler Ticaret Mahkemelerinin devamı niteliğinde olmuştur.¹⁰⁷ Aynı zamanda, idari hiyerarşiye uygun olarak yeni Şer’i mahkemelerin kurulması çerçevesinde Şer’i mahkemelere yönelik bir yeniden yapılandırma çalışması yürütülmüştür.¹⁰⁸ 1869 yılında, Yargı Hükümleri Yüksek Meclisi’nin yenilenmesinin ardından, yeni oluşturulan Şura-yı Devlet ve Yargı Konseyi dini olmayan meselelere yönelik bir Yüksek Mahkeme işlevi göstermek üzere bir araya gelmiştir. Bunun ana sonucu olarak Şer’i mahkemeler ve laik mahke-

için, bkz. Nofel, üstteki dipnot, s. 11.

¹⁰⁵ BERKES, ÜSTTEKİ DIPNOT, s. 162.

¹⁰⁶ 1856 tarihli Fermanla şu ifadeye yer verilmiştir: “Ceza, Islah ve Ticaret Kanunları ve Karma Mahkemelere yönelik muhakeme usul kuralları mümkün olan en kısa süre içerisinde hazırlanır ve bir Kanuna dönüştürülür. Bunların çevirileri İmparatorlukta mevcut bütün dillerde yayımlanır.”

¹⁰⁷ Bu Konseylerle ilgili daha fazla bilgi için, bkz. Ma’oz, üstteki dipnot, s. 89.

¹⁰⁸ MARINO, ÜSTTEKİ DIPNOT, s. 19.

meler arasındaki uçurum giderek genişlemiştir. Bu şekilde, Şer'i mahkemeler Batıdan alınan yeni Ceza, Ticaret ve Medeni kanunları üzerindeki hakimiyetini kaybetmiştir.¹⁰⁹ Buna karşın, iki mahkeme arasındaki karışıklık laik mahkemelerin teşkilatlanması 1876 tarihli Osmanlı Anayasasının çıkarılmasıyla tamamlanana kadar devam etmiştir.¹¹⁰

Anayasanın 87. Maddesinde Osmanlı yargısının iki ayrı mahkeme türünden teşekkül edeceği belirtilmiştir: Hukuk davalarının hükme bağlanması açısından hukuk ve İslam dini hukukunun kapsamına giren davaların hükme bağlanması açısından Şer'i.¹¹¹ Aslında, Anayasa ile aralarındaki sınırlar tanımlanmaksızın iki hukuk sistemi oluşturulması nedeniyle, iki mahkeme sistemi arasındaki karışıklık devam etmiştir.¹¹² Örneğin, bir vilayet Şer'i mahkemesinin hakimi bir temyiz mahkemesinin hukuk dairesinde bir hakim olarak görev alabiliyordu ve Sancak'taki bir Şer'i mahkemenin hakimi bir ilk derece mahkemesinin hukuk dairesinde görev alabiliyordu. Bu çerçevede, 1888 yılındaki bir kararname ile Şer'i ve Nizami mahkemelerin yargı alanlarının ayrılmasına yönelik yeni bir çalışma yapılmıştır.¹¹³ Bu çalışma ile Şer'i mahkemelerin yargı yetkisinin aile statüsü, nafaka, kısasa kısas, kan parası, vasiyetler ve miras hususlarında bulunduğu tanımlanması suretiyle yeni bir çözüm getirilmek istenmiştir. Laik mahkemelerin münhasır yargı yetkisinin bulunacağı ticari hususlar ve ceza hususları da belirtilmiştir. Nizami mahkemeler geleneksel olarak Osmanlı müftüleri tarafından idare edilmeye devam edilen Şer'i mahkemelerden kademeli olarak ayrılmıştır. Ancak, bu ikili mahkeme sisteminin tek bir makam altında toplanması 1917 yılını bulmuştur: Adliye Vekaleti.

Yukarıdaki çalışmada Şer'i mahkemelerin yetkilerinin sınırlandırılması için kademeli olarak atılan adımlar vurgulanmıştır. Aslında, bu Osmanlı İmparatorluğu'ndaki ıslahatçıların daimi amaçlarından biri olmuş ve İmparatorluğun son 20 yılında daha belirgin hâle gelmiştir. Tanzimat döneminde dahi geleneksel olarak Şer'i mahkemelerin başlıca görevlerinden biri olan çoğu ihtilaf Nizami mahkemelere devredilmiştir. Şer'i mahkemelerin yetkilerinin Nizami mahkemelere devredilmesi kademeli, ancak sistematik olmayan bir süreç olmuştur. Osmanlı ıslahatçıları önce bir kanun çıkarır, ardından hangi mahkemenin görevli olacağına karar verirdi.

Bunun bir sonucu olarak, Şer'i mahkemelerin hakimleri mahkemelerin re-

109 DAVISON, ÜSTTEKİ DIPNOT, s. 241.

110 Arapça metin için, bkz. Yousef Kazmahawi, *Constitutional Laws in the Arab World: 1839-1987*, 15 (1989) (Arapça).

111 Anayasa'nın 84. Maddesi çerçevesinde, bütün ceza mahkemelerinde müddeiumumilerin bulunması hükme bağlanmıştır.

112 BERKES, ÜSTTEKİ DIPNOT, s. 170.

113 MARINO, ÜSTTEKİ DIPNOT, s. 19.

F. Milhem: Osmanlı Döneminde Filistin’de Hukuki Modernleşme

formu öncesinde kullandıkları yetkilerin büyük bölümünü bilhassa İttihat ve Terakki Cemiyeti’nden Jöntürklerin 1909 yılında iktidara gelmesinden sonra kaybetmiştir. 1917’ye uzanan yıllar Orta Doğu ve bunun bir sonucu olarak Filistin hukuk sisteminin şekillendirilmesinden çok önemli olmuştur.¹¹⁴ Bu dönemdeki önemli gelişmeler arasında şunlar bulunmuştur: miri arazilerine ilişkin davaların laik mahkemelerde görülmesine ilişkin çeşitli kanunların çıkarılması, yargı sisteminin yeniden yapılandırılması ve her şeyden önemlisi, Osmanlı Aile Kanununun ve Şer’i mahkemelerdeki usul kanununun çıkarılması.

1913 ve 1914 tarihli miri arazi düzenlemesine ilişkin mevzuat Nizami ve Şer’i mahkemeler arasındaki uçurumu genişletmiştir. Bu iki yılda, gayrimenkullerin mülkiyeti, devri ve bölünmesine ilişkin bütün davaların Nizami mahkemeler tarafından görülmesinin hükme bağlandığı altı kanun çıkarılmıştır.¹¹⁵ Buna karşın, intikal hâlâ dini bir mesele olarak kalmıştır ve miri ve türevleri açısından, Şer’i mahkemelerde görülmeye devam etmiştir.¹¹⁶

Osmanlı hukuk ve yargı sisteminin şekillendirilmesine etkisi olan başka bir unsur da 1913 yılında Osmanlı Sulh Ceza Mahkemeleri Kanunu’nun çıkarılması olmuştur.¹¹⁷ Bu kanun ile İmparatorluk’ta ilk kez Sulh Ceza Mahkemeleri oluşturulmuştur. Kanuna göre, ilçelerde (Sancak) ve bölgelerde (Nahiye) birer sulh ceza hakimi atanması gerekiyordu (1. Madde). Mahkemelere hukuk, ticaret ve ceza davalarında yetki verilmişti (3-8. Maddeler). Bu kanunda, Nizami mahkemelerin yetkisi de yeniden teyit edilmiş, Şer’i mahkemelere sınırlı bir yargı yetkisi bırakılmıştır.

1914 yılında “Şer’i ve Nizami Mahkemeler arasında İşlevlerin Ayrılması” yönetmeliğinin çıkarılması her mahkemenin yargı yetkisinin tanımlanmasına yönelik başka bir önemli adımı teşkil etmektedir.¹¹⁸ 1. Maddede ticaret - suç, arazi tasarrufu, gayrimenkul devri, krediler, kiralara, faizler, zararlar, borçlar, görgü kurallarına ilişkin bütün davalar ve velayet davaları haricinde Mecelle’de bahsedilen bütün davaların Nizami mahkemelerin görev alanına girdiği belirtilmiştir. Maddede vakıf, vasiyetler ve miras ile ilgili davaların Şer’i mahkemeler tarafından görülmesi gerektiği de belirtilmiştir. Buna karşın, kanunda aile statüsüne ilişkin davalar hususunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir, çünkü çeşitli isimlere sahip dini mahkemelerin bu alanda ortaya çıkan ihtilaflar hususunda yargı yetkisine sahip tek makam olduğu değerlendirilmiştir. 2. Maddedeki başka bir kural ile her mahkemenin kendi

114 1913-1917 yılları arasında Osmanlı yasama faaliyetine ilişkin daha fazla bilgi için, bkz. Eisenman, üstteki dipnot, s. 59.

115 Bu altı kanundan bahsedilmiştir: bkz. üstteki III. kısım, mevcut bölümün 2.1.2. alt kısmı.

116 EISENMAN, ÜSTTEKİ DIPNOT, s. 16.

117 Arapça metin için, bkz., The Collections of the Ottoman Legislations. Vol. I, s. 307.

118 Arapça metin için, bkz., The Collections of the Ottoman Legislations. Vol. II, s. 361.

görev alanına girmeyen herhangi bir davayı incelemesi yasaklanmıştır. Buna karşın, kanunda 1. Maddenin son fıkrasında bir istisnaya yer verilmiş ve tarafların yazılı olarak kabul etmeleri hâlinde Şer'i mahkeme tarafından dinlenme hakkı bulunduğu belirtilmiştir.

1917 yılında Osmanlı Aile Hakları Kanunu¹¹⁹ ve Osmanlı Şer'i mahkemeler Muhakeme Usulü Kanunu'nun¹²⁰ çıkarılması, hiç şüphe yok ki, Osmanlı hukuk reformunun yanı sıra yargı sistemindeki dikkat çekici gelişmelerin önünü açmıştır. Islahatçılar Şer'i mahkemelerin görev alanını kısıtlamakla kalmamış, bu mahkemeler açısından hangi kanunların uygulanacağını da belirlemiştir.¹²¹ Bu şekilde, Şer'i mahkemelere ilişkin muhakeme usul kurallarıyla Şer'i hakimlerin görev alanına giren ihtilaf türleri belirlenebilmiştir. Bunlara yönelik bir analiz, görev alanının şahsi duruma ilişkin ihtilaflar ve dini mahiyetteki ihtilaflar ile sınırlı kaldığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. İlk defa, İslami hakimlerin şahsi duruma ilişkin davalarda karar verirken yazılı bir kanuna uygun hareket etmek zorunda kalmasına karşın, hükümlerini dört İslam hukuku ekolünden birine ve uzlaşa ile kıyasa dayalı olarak oluşturmak konusunda özgür davranmıştır. Osmanlı İmparatorluğu, şahsi duruma ilişkin kuralları çıkararak, Şeriat dışı kuralların benimsenmesinin kapısını açmıştır.

Aslında, 1917 yılındaki Osmanlı Aile Kanunu ve Şer'i mahkemelerin Muhakeme Usulü Kanunu'ndan bu yana, Osmanlı hukuk sisteminin yanı sıra yargı sistemi ikili bir sistem haline gelmiştir. Bu ikili yapının Filistin hukuku başta olmak üzere Orta Doğu genelindeki hukuk üzerine bir etkisi bulunmaktadır. Osmanlılar Filistin'den çıktığında, her ilçede on üç ilk derece mahkemesinin yanında her Sancak'ta (Kudüs, Nablus ve Akre) üçer temyiz mahkemesini geride bırakmıştır.¹²² Sonraki rejimlerin Osmanlı yargı yapısı ve Filistin'deki uygulama üzerine etkileri sonraki bölümlerde irdelenecektir.

V. SONUÇLAR

Bu makalede Tanzimat öncesi Osmanlı yasama ve yargı sisteminin yanı sıra hukuk reformları sonrasındaki gelişmeler analiz edilmiştir. Şer'i hukukun önemli bir hukuk kaynağı teşkil etmesine karşın, yerel gelenekler, fetvalar ve laik kanunlar on dokuzuncu yüzyıldaki reform öncesinde Osmanlı hukuk sisteminin önemli yapıtaşlarını oluşturmuştur. Şer'i ceza hukukunun ceza

119 Arapça metin için, bkz. aynı eserde, s. 365.

120 Arapça metin için, bkz. aynı eserde, s. 341.

121 Bu kanunun çıkarılmasının ardında yatan hukuki, toplumsal, siyasi ve ekonomik sebeplerin yanı sıra sonuçları ve uygulaması için, bkz: M. Akif Aydın, *The Codification of the Islamic-Ottoman Family Law and the Decree of "Hukuk-I Aile"*, s. 705-713.

122 Norman Bentwich, *The Legal Administration of Palestine Under the British Military Occupation*, 1BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW 141 (1920-1921).

F. Milhem: Osmanlı Döneminde Filistin’de Hukuki Modernleşme

kanunu içerisinde kanunlaştırılmasına karşın, Osmanlı hukuki pozitivizm ve laikliğin başlangıcını oluşturduğunu söyleyebiliriz. Bu aşamada, Osmanlı hukuk sisteminin temel özelliği hukukun hukuki alımlar ve ödünç alma suretiyle değil, içten gelişmesidir.

On dokuzuncu yüzyılın ortalarında, hukuki değişim, 1839 Fermanının ilan edilmesiyle başlayarak, daha sistematik hâle gelmiştir. Ancak, reformların Şeriat’a aykırı olduğunu düşünen İslam alimlerinin muhalefeti nedeniyle, kademeli bir değişim meydana gelmiştir. Ancak, söz konusu dirence rağmen, hukuk reformu gerçekleşmiş ve 1856 tarihli ikinci Fermanın ilanıyla hız kazanmış ve Fermanın ilanından sonra, Osmanlı hukuk sisteminde önemli alanların ele alındığı çok sayıda laik kanun çıkarılmıştır. Birkaç kanunda İslam hukuku ve geleneklerine ilişkin kanunlaştırma çalışmalarına yer verilmesine karşın, bu kanunların büyük bölümü Fransız hukuku¹²³ başta olmak üzere Avrupa’daki kanunlardan alınmıştır.

Osmanlı ıslahatçılarının yasama faaliyeti ve politikası devlet hukuku içerisinde yargı sistemi ve hukuka ilişkin resmi bir hukuki pozitivizm oluşturmuştur. Yargı reformlarının en önemli özelliklerinden biri, Şer’i mahkemelere ilişkin eski sistemin muhafaza edilmesine karşın, ilgili mahkemelerin görev alanının kademeli şekilde sınırlandırılması olmuştur. Başka bir özellik ise Nizami mahkemelerin Şer’i mahkemelerden ayrılması olmuştur. Bu ilk olarak reform döneminin başlangıcı esnasında kademeli şekilde sağlanmış, ancak sonradan daha sistematik hâle gelmiştir. Aslında, Nizami ve Şer’i mahkemelerin bu ikili yapısı, iki ayrı hukuki sistemin yan yana işlediği bazı Orta Doğu ülkelerine ilişkin mevcut dayanaktır: Dini mahkemeler ve genel mahkemeler; dini mahkemelerin şahsi duruma ilişkin davalarda sınırlı görev alanı bulunmasına ve pozitif kanunları uygulamak zorunda olmasına karşın, genel mahkemelerin hukuk ve ceza davalarında geniş bir yargı yetkisi bulunmaktadır.

Kanunların aktarılması, hiç şüphe yok ki, ticaret, ceza ve en önemlisi, muhakeme usulü mevzuatına çok sayıda kanunu kapsayan Osmanlı hukukunun modernleştirilmesi sürecinde önemli bir rol oynamıştır. Osmanlı İmparatorluğu, Fransız hukuk ve ceza muhakeme usul kanunlarını benimseyerek, kıta-

123 Fransız hukuk sisteminin Osmanlı hukuk sistemi üzerindeki etkisi açıktır. Bu etkiye ilişkin yorum şu çıkarımda bulunan Raia Zaimova’nın bu ilgi çekici makalesinde bulunabilir: “...Fransa ve Osmanlı İmparatorluğu aralarında siyasi ve kültürel ilişkiler geliştirmeye başladığında.

Bu doğrudan ilişkilerin hem uzak hem de gerçek olarak nitelendirilen bir dünya olan ‘diğer taraftaki’ dünya hakkındaki bilgi birikimini artıran Fransız toplumu üzerinde olumlu bir etkisi olduğu görülmüştür. Diğer taraftan, Osmanlı İmparatorluğu ve Fransa arasındaki kültürel alışveriş 18. yüzyılın başlarında başlayan bir süreç olan Osmanlı toplumunun Avrupalılaşmasının yolunu açmıştır. Bkz. Raia Zaimova, *The Beginning of French Orientalism and the Image of the “Other”*, in *The Great Ottoman-Turkish Civilization* 115 (vol. 3, Kemal Cicek ed., 2000).

Haşim Kılıç'a Armağın

ya ilişkin bir hukuk ve yargı sistemini benimsemekle kalmamış, kendi hukuki dūřünce ve yorum sistemini de şekillendirmiştir. Hiç şüphe yok ki, hukuki dūřüncenin alınması genel anlamda herhangi bir hukuk sisteminin benimsenmesi aısından önemli bir unsurdur. Çalışmanın sonraki bölümünde, Osmanlı hukukunun sonraki hukuk sistemlerini ne ölçüde etkilemiş olduğuna bakacağız.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde örfi hukuk gelişmiştir. Bunun nedeni, aşiret reislerinin yerel halk ve makamlar arasında yerel aracılar olarak kullanıldığı Osmanlı idaresinin ademi-merkeziyetçi mahiyeti olmuştur.

Hasan MUTAF

(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kıdemli Hukukçusu)

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ UYGULAMASINDA İHTİYATİ TEDBİR

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) verdiği ihtiyati tedbir kararlarının çoğu sınır dışı hallerini kapsamakta ve kural olarak, başvurucunun Mahkemenin önünde derdest olan davasının incelemesi bitinceye kadar sınır dışı edilmemesi için savunmacı ülkeye karşı verilmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, başvurucunun sağlığının hapisane şartlarıyla bağdaşmaması sebebiyle veya tedavisinin sağlanması maksadıyla hastaneye nakledilmesi¹, idam cezasının infazının ertelenmesi² gibi çok farklı alanlarda da ilgili ülkele- rin uygulaması gereken ihtiyati tedbir kararları vermiş, hatta başvurucunun aleyhine bile resen ihtiyati tedbir kararı vererek, “açlık grevine son vermesi”³ davetinde bulunmuştur. Daha önce hiç örneği görülmemiş olan bir ihtiyati tedbir kararı ise yakın tarihte verilmiş ve Mahkeme, kural olarak bir yargı kararının icrasını durdurmak veya ertelemek yönünde kararlar vermemesine rağmen, durumun, telafisi imkânsız bir halle ilgili olması sebebiyle, bitkisel hayatta olup da yaşam ünitesinden ayrılmasına iç hukukta izin verilmiş olan hastayla ilgili nihai yargı kararının icrasının durdurulmasına ve diğer hasta yakınlarının bu tür bir işleme imkân sağlayan başka bir ülkede hastanın hayatının sonlandırılmasını talep etmelerini önlemek maksadıyla ilgilinin başka bir ülkeye nakledilmemesine karar vermiştir⁴.

Bu çeşitliliğin, ihtiyati tedbirin dayanağı olan Mahkeme İçtüzüğü’nün 39. maddesinin geniş bir uygulamaya elverecek şekilde kaleme alınmış olması ve Mahkemenin de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) uygulanması görevini yerine getirirken içtihadını geliştirmeye her zaman açık bir politika gütmesi sebebiyle olduğu söylenebilir. Söz konusu maddenin birinci fıkrası aşağıdaki gibidir:

“Daire veya gerektiği takdirde Daire Başkanı veya bu maddenin 4. fıkrasına göre görevlendirilmiş bir hâkim (Daire Başkan yardımcıları), taraflardan birinin veya ilgili herhangi bir kişinin talebi üzerine ya da resen, tarafların yararı veya bakmakta olduğu

1 Liartis / Yunanistan, no. 16906/10, 10 Mayıs 2012.

2 Öcalan / Türkiye, no. 46221/99, 12 Mart 2003.

3 Îlascu ve diğerleri / Moldova ve Rusya, no. 48787/99, 8 Temmuz 2004.

4 Lambert / Fransa, no. 46043/14, 24 Haziran 2014.

davanın uygun şekilde yürütülmesi için alınması gerektiğini düşündüğü her türlü ihtiyati tedbiri taraflara bildirebilir."

I. SAYISAL BİLGİLER VE MAHKEME'NİN TALEP YOĞUNLUĞU KARŞISINDAKİ TUTUMU

2006 yılına kadar, Avrupa Konseyi üyesi 47 ülke aleyhine Mahkemeye gelen ihtiyati tedbir talebi sayısı yıllık ortalama olarak 1000 civarındayken, bu sayı 2010 yılında 3775 seviyesine gelmiştir.

Bunun üzerine Mahkeme Başkanı, 11 Şubat 2011 tarihli basın açıklamasıyla, Mahkemenin yetkilerinin ikincil nitelikte olduğunu ve üye devletlerin göçmen ve mülteciler konusundaki mükellefiyetlerini yerine getirmelerinin önemini hatırlatmıştır.

Aynı dönemde (26-27 Nisan 2011) Türkiye'nin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Başkanlığı altında düzenlenen İzmir Konferansı neticesinde yapılan açıklamada aynı çizgide beyanlar içermiştir⁵.

Bu gelişmelerden sonra Mahkeme, 5 Eylül 2011 tarihinden itibaren yeni bir birim kurarak ihtiyati tedbir incelemelerini merkezileştirmiş ve konuyla ilgili "*Başkanlık talimatnamesi*"nin yeni hâli uyarınca formaliteye daha fazla önem verileceği, eksik belgeli dosyaların reddedileceği, sınır dışı işleminden en az bir gün önce Mahkemeye ulaşmamış olan taleplerin incelenmeme ihtimaliyle karşı karşıya kalabileceği belirtilmiştir⁶.

Bundan sonraki dönemde, çok sayıda başvuru gelmesine sebep olan konularda öncelikli olarak Daireler tarafından "*ilke kararları*" verilmiş⁷, bazı hallerde, anılan ilke kararıyla aynı konuyu ilgilendiren taleplerin, ilgili devlet tarafından çözüme kavuşturulması için sayısız mülteci başvurusu, davalı devletin iç hukukuna yönlendirilmiştir.

Bu çalışmaların neticesi olarak, ihtiyati tedbir talebi içeren başvuru sayısı tekrar "*normal*" telakki edilebilecek olan ortalamaya geri dönmüştür. 2013 yılında kabul edilen ihtiyati tedbir talebi sayısı 108, reddedilen talep sayısı 817'dir. 2014 yılında 30 Haziran'a kadar kabul edilen ihtiyati tedbir talebi sayısı 64, reddedilen talep sayısı 468'dir.

5 https://www.coe.int/t/dgi/brighton-conference/documents/Izmir-declaration_fr.pdf

6 http://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_FRA.pdf

7 Na / Birleşik Krallık, no. 25904/07, 17 Temmuz 2008; Salah Sheek / Hollanda, no. 1948/04, 11 Ocak 2007; M.S.S. / Belçika ve Yunanistan, no. 30696/09, 21 Ocak 2011; Hirsijamaa ve diğerleri / İtalya, no. 27765/09, 23 Ocak 2012; Sufi veElmi / Birleşik Krallık, no. 8319/07 & 11449/07, 28 Haziran 2011

H. Mutaf: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında İhtiyati Tedbir

II. İHTİYATİ TEDBİR TALEPLERİNİN NİTELİĞİ

AİHS kişilerin ülkeler arasında serbestçe dolaşması, bir ülkeye sığınabilmesi veya yasal olarak bir ülkede oturan kişinin aile birleşiminin sağlanması yönünde bir hak düzenlememektedir⁸. Ancak, Sözleşme’de korunan hak ve özgürlüklerden bazıları, özellikle yaşam hakkı (AİHS 2. madde), kötü muamele yasağı (AİHS 3. madde), özel hayat ve aile hayatı hakkı (AİHS 8. madde) sınırdışı işleminden dolayı tehlikeye düşüyorsa, bu işleminden zarar gören veya görebilecek olan kişiler bu haklar çerçevesinde korunmaktadır. Dolayısıyla üye devletler, ihtiyati tedbir taleplerinin en önemli ayağı olan sınır dışı konusunda, yabancıların ülkeye girişlerine ve ikamet etmelerine ilişkin kuralları, ancak Sözleşme sınırları içerisinde belirleyebilirler⁹.

İhtiyati tedbirin uygulanabileceği hallerin içerisine başvurusunun maruz kalabileceği tehlikeler ışığında çok geniş konular girebilmektedir: sınır dışı edilecek ülkede ölüm cezasının öngörülmesi, üçüncü kişiler tarafından öldürülme veya kötü muameleye maruz kalma ihtimali, gözaltında kötü muameleye maruz kalma ihtimali bu konular arasında en önemlileri olarak sayılabilir.

Sözleşme’nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi için geliştirilmiş olan “*risk grubu*” kavramı, ihtiyati tedbir talepleri için de kullanılabilir. Bu çerçevede, siyasi baskıya veya ırkçılığa maruz kalan kişiler, din değiştirenler, insanlık dışı cezaya çarptırılma ihtimali bulunan kişiler belli başlı risk grupları olarak sayılabilir.

Bunların dışında, yazının başlangıcında da değinildiği üzere, sınır dışı işlemiyle ilgisi olmayan ve hapisteki kişinin sağlık durumunun hapisane şartlarına uygun olmayışı veya başvurusunun tedavi veya bakım imkânlarından yeterince yararlandırılmamasına ilişkin başvurularda da ihtiyati tedbir kararları verilebilmektedir.

III. İHTİYATİ TEDBİR TALEBİNİN İLK İNCELEMESİ

Bahse konu Başkanlık talimatnamesi uyarınca;

- Derhal sınır dışı riski varsa, başvuru, bu konuyla ilgili resmi karar beklenmeksizin yapılmalıdır.

- Sınır dışı kararının hangi tarihte alınacağı başvuru dilekçesinde açıkça be-

8 Vilvarajah / Birleşik Krallık, no. 13163/87, 30 Ekim 1991; Moustaqim / Belçika, no. 12313/86, 18 Şubat 1991.

9 Soering / Birleşik Krallık, no. 14038/88, 7 Temmuz 1989; CruzVaras / İsveç, no. 15576/89, 20 Mart 1991; Mamatkulov ve Askarov /Türkiye, no. 46827/99 ve 46951/99, 4 Şubat 2005, paragraf 104.

Haşim Kılıç'a Armağan

lirtilmeli ve ihtiyati tedbir talebinin, bu kararın aleyhe olması hâlinde geçerli olduğu izah edilmelidir.

- Talep, sınır dışı işleminin yapılmasının öngörüldüğü tarih ve saatten en az bir gün önce yapılmalıdır.

- Başvuru elektronik mail yoluyla değil, faks veya posta yoluyla yapılmalıdır.

- İç hukukta, sınır dışı işleminin derhal askıya alınması imkanı veren bir düzenleme söz konusuysa, ilgili hukuki yola başvurulmuş olması şarttır.

Bu son noktayla ilgili olarak, davalı devletin hukuk sistemi içerisinde, alınmış olan sınır dışı veya iade kararı aleyhine yapılan başvurunun, bu başvuru hakkında bir karar verilmeye kadar, sınır dışı veya iade kararını otomatik olarak askıya alacak şekilde düzenlenmiş veya uygulanıyor olması şarttır¹⁰. Aksi takdirde, başvuru, iç hukuk yollarına başvurmadan muaf tutulabilirler veya davalı devletin bu yöndeki itirazları reddedilebilir¹¹.

Başvuru anında ispat mükellefiyeti başvuru üzerinde olduğu için, talebi destekleyici bütün bilgi ve belgeler Mahkeme'ye sunulmalıdır. Mahkeme, kural olarak ihtiyati tedbir talebiyle ilgili kararını, davalı devletten savunma almaksızın, kendisine sunulan dosya üzerinden ve başvuru kişinin geri gönderileceği ülkedeki riskleri gösteren uluslararası raporlardan faydalanarak vermektedir.

IV. KARAR

Yapılan talep, ihtiyati tedbir kararı verilebilecek hallerin dışında kalıyorsa, Mahkeme tarafından başvurucuya "*talebinin İçtüzüğü'nün 39. maddesinin kapsamı dışında*" olduğunu belirten bir yazı gönderilmektedir. Uygulamada, kural olarak Sözleşme'nin hürriyet ve güvenlik hakkını düzenleyen 5. maddesiyle ilgili olan talepler kapsam dışı görülmektedir. Kapsam dışı taleplere örnek teşkil edecek diğer haller, bir mahkeme kararının icrasının durdurulması, hükmedilen hapis cezasının infazının durdurulması veya ertelenmesi, salıverme talebi, üçüncü şahıslara karşı istenen ihtiyati tedbirler gibi haller sayılabilir.

Talep, ihtiyati tedbir talebinin kapsamına girmekle birlikte, kişinin yaşam hakkının ihlal edilmesi veya kötü muameleye maruz kalması riski taşımadığına karar verilmişse talebi reddedilmekte ve bu durumda başvuru sadece cevabi bir yazı gönderilmektedir. Talebin kabul edilmesi hâlinde ise, ilgili devlete uygulanan ihtiyati tedbirin niteliğinin tam olarak belirtildiği ivedi bir

10 M.S.S. / Belçika ve Yunanistan, no. 30696/09, 21 Ocak 2011.

11 Abdolkhani ve Karimnia / Türkiye, no. 30471/08, 22 Eylül 2009, paragraf 56-59.

H. Mutaf: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında İhtiyati Tedbir yazı gönderilmektedir. Yazının bir örneği, başvuru-cuya ve Bakanlar Komitesi'ne de iletilir. Genel kural olarak alınan karar, “AİHM önündeki başvurunun incelemesi bitinceye kadar, başvuru-cunun sınırdışı edilmemesi” şeklinde olmaktadır.

Bu aşamada, ilgili devletten, bilgi, belge ve hukuki görüş talep edilir. Bu görüşlerin iletilmesinden sonra, Mahkeme, ihtiyati tedbirin kaldırılmasına da karar verebilir¹².

Başvuru-cuya mülteci statüsünün tanınması, oturum kartı verilmesi veya başvuru-cunun davasını takip etmemesi hallerinde davanın kayıttan düşürülmesi¹³ veya geri gönderilecek ülkedeki şartların değişmesi hâlinde başvuru-nun kabul edilemez bulunması da mümkündür¹⁴.

Sınır dışı veya iade konulu davalarda verilen ihlal kararı ise, kişinin ilgili ülkeye gönderilmesi şartına bağlı olarak verilmektedir. Davanın başlangıcında verilmiş olan ihtiyati tedbir kararının ise, bu “*potansiyel ihlal*” kararı kesinleşinceye kadar geçerli olduğu kararda veya hüküm fıkrasında belirtilmektedir¹⁵. Karar, Büyük Daire tarafından verilmişse, tefhimle birlikte kesinleşmiş olduğu için, hükümde böyle bir bölüm yer almamaktadır.

Bunun yanı sıra, ihtiyati tedbir kararına ilgili ülkenin uymamış olması hâlinde ise, AİHS'nin taraf devletlere yüklediği işbirliği mükellefiyetini içeren 34.maddesinin ihlal edildiğine karar verilebilmektedir¹⁶. Tabii olarak böyle bir halde, başvuru-cu ilgili ülkeye gönderilmiş olduğu için, Sözleşme'nin 2., 3., veya 8.maddelerine ilişkin olarak verilen ihlal kararı artık şarta bağlı olarak verilmemektedir.

V. SINIR DIŞI VE İADE KONULU BAŞVURULARDA AİHM'NİN NAZARA ALDIĞI UNSURLAR

İhtiyati tedbirin uygulanabilmesi için Mahkeme, öncelikle riskin derhal gerçekleşmesi ihtimaline ve telafisi mümkün olmayan zararlara yol açılabilecek olmasına dikkat etmektedir¹⁷.

Bunun yanı sıra:

- Gidilecek ülkedeki genel durum,
- Başvuru-cu açısından oluştuğu düşünülen şahsi risk ve bu konuda Mahke-

12 Jama / Birleşik Krallık, no. 37712/11; Gad / Fransa, no. 58311/10; Einhorn / Fransa, no. 71555/01.

13 A. / Fransa, no. 37388/07 vadiğerleri, 21 Eylül 2010.

14 M.A.D. / Fransa, no. 50284/07, 12 Ekim 2010; O.U / Fransa, no. 5504/09, 2 Şubat 2010.

15 Al-Hanchi / Bosna-Hersek, no. 48205/09, 15 Kasım 2011, paragraf 58, 59.

16 Mamatkulov ve Askarov / Türkiye, no. 46827/99 ve 46951/99, 4 Şubat 2005.

17 Mamatkulov ve Askarov / Türkiye, no. 46827/99 ve 46951/99, 4 Şubat 2005, paragraf 104.

meye sunulan teferruatlı açıklamalar,

- Geri gönderilme hâlinde uğranılacak zararın ciddi olması,
- İhtiyati tedbir istenen konuyla ilgili olarak ispat edici ve olayla ilgili doğrulayıcı belgeler (yakalama veya tutuklama kararı, sağlık raporları gibi)
- Aynı konuda daha önce verilen AİHM kararları,
- Aleyhine başvuru yapılan ülkenin ilgili makamlarının aldıkları kararların gerekçeleri nazara alınmaktadır.

AİHM, savunmacı devletin makamlarının (göçmen bürosu, sınır dışı kararı aleyhine yapılan itirazları inceleyen kurum ve mahkemeler) kararlarının gerekçelerine son derece büyük önem atfetmektedir çünkü her şeyden önce AİHM'in yetkisi ikincil nitelik taşımaktadır ve daha da önemlisi, Mahkeme başvuruyla mülakat yapabilen ve olayların veya belgelerin doğruluğunu daha iyi bir şekilde araştırma ve değerlendirme imkânına sahip olanın ilgili ulusal makamlar olduğunu kabul etmektedir.

VI. İHTİYATİ TEDBİR KARARI VERİLEBİLECEK OLAN BELLİ BAŞLI ÖRNEKLER

A. Başvurucunun Gönderileceği Ülkede Kötü Muamele Görmesi İhtimali

AİHM ilk defa Soering / Birleşik Krallık (no. 14038/88, 7 Temmuz 1989) davasında, ölüm cezasına çarptırılma ihtimalinin gerçekliği ve infazın beklenmesi döneminde “ölüm koridoru” sendromunun AİHS'nin 3. maddesine aykırı olması sebebiyle, geri gönderilecek ülkede kötü muamele görme ihtimali olan bir kişinin söz konusu olduğuna ve böyle bir durumda, sınır dışı işlemini yapan davalı ülkenin sorumluluğunun var olduğuna hükmetmiştir.

Mahkeme, Şili'li siyasi sığınmacıların davacı olduğu Cruz-Varas ve diğerleri / İsveç (no. 15576/89, 20 Mart 1991) davasında, risk faktörlerinin, sadece sınır dışı işlemi yapılacağı dönemde ilgili devlet tarafından bilinmesi veya bilinmesinin beklenmesi gerekeceğini, ayrıca başvurucunun maruz kalması ihtimali olan kötü muamelenin belli bir eşiği aşması gerektiğini karara bağlamıştır.

Vilvarajah vd. / Birleşik Krallık (no. 13163/87, 30 Ekim 1991) davasında ise, Sri-Lanka'daki genel karmaşa durumunun, Tamil azınlığına mensup başvurucular üzerinde şahsi bir risk oluşturmaması sebebiyle sınır dışı kararının 3. maddeye aykırı olmayacağına karar verilmiştir. Aynı azınlığa mensup kişinin şahsi risk taşıdığını ispat etmesi hâlinde ise, Mahkeme aksine karar vermiştir¹⁸.

18 R.J. / Fransa, no. 10466/11, 19 Eylül 2013.

H. Mutaf: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında İhtiyati Tedbir

HirsiJamaa vd. / İtalya (no. 27765/09, 23 Ocak 2012) kararı, toplu sınır dışı yasağını düzenleyen Sözleşme'ye ek 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlaline hükmedilen ilk karar olma özelliğini taşımaktadır. Bu davada, Somali ve Eritre'den gelen sığınmacılar, Akdeniz'de İtalyan gemisi tarafından yakalanmış ve karaya ayak basmaksızın geliş güzergahları üzerindeki Libya'ya geri götürülmüşlerdir. Mahkeme, başvuruçuların Libya'ya iade edilmekle, hem bu ülkede kötü muamele görme riskine girdiklerinden, hem de İtalya makamları tarafından, Libya'dan Somali ve Eritre'ye sınır dışı edilmeleri aşamasında yeterli hukuki güvencelere sahip olamayacaklarının bilinmesi gerektiğinden hareketle 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

B. Siyasi Muhlifler, Yasadışı Kuruluşların Üyeleri, Terörle Suçlanan Kişiler

İade işlemleri sırasında, iadenin yapılacağı ülkenin, iadeyi yapan ülkeye, Sözleşme'nin ilgili maddelerinin ihlal edilmeyeceğine (örneğin kişinin idam cezasıyla yargılanmayacağına veya kötü muameleye maruz kalmayacağına, tutulacağı hapisanede şartların kötü muamele teşkil etmeyeceğine) yönelik olarak verdiği güvenceler AİHM tarafından dikkate alınmaktadır. Chahal / Birleşik Krallık (no. 22414/93, 15 Kasım 1996) davasında, Hindistan'a iade edilecek olan ayrılıkçı bir avukatla ilgili olarak, bu ülkenin vermiş olduğu güvenceler yeterli görülmemiş ve kişinin iadesi hâlinde kötü muameleye maruz kalması ihtimali olduğu gerekçesiyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceğine hükmedilmiştir. Baysakov ve diğerleri / Ukrayna (no. 54131/08, 18 Şubat 2010) davasında da, Kazakistan devleti tarafından Ukrayna'ya verilen güvencelerin yeterli olmadığı belirtilmiş ve Kazakistan uyruklu muhalifin iadesi hâlinde 3. maddenin ihlal edileceği sonucuna ulaşılmıştır. Buna karşılık, Harkins ve Edwards / Birleşik Krallık (no. 9146/07 & 32650/07, 17 Ocak 2012) kararında, iade edilecek kişinin idam cezasıyla yargılanmayacağı konusunda Amerika Birleşik Devletleri tarafından İngiltere'ye verilen güvenceler yeterli görülmüştür.

N. / Finlandiya (no. 38885/08, 26 Temmuz 2005) kararında, başvuruçunun Kongo'ya iadesi halinde, eski Devlet Başkanı'yla olan yakınlığı sebebiyle kötü muameleye maruz kalma riski altında olduğu tespitiyle yine şarta bağlı olarak 3. maddenin ihlal edileceğine karar verilmiştir.

Charahili / Türkiye (no. 46605/07, 13 Nisan 2010), Keshmiri / Türkiye (no. 36370/08, 13 Nisan 2010), Ranjbarve diğerleri / Türkiye (no. 37040/07, 13 Nisan 2010), Tehranive diğerleri/ Türkiye (no. 32940/08, 41626/08 & 43616/08, 13 Nisan 2010) kararları, Ennahda ve Halkın Mücahitleri örgütlerine mensup başvuruçuların, Tunus, İran ve Irak'a iadeleri hâlinde kötü muameleye maruz

kalmaları riski sebebiyle 3. maddenin ihlal edileceğine hükmedilen kararlardır.

Sınır dışı veya iade davalarında, kötü muamele yasağının mutlak niteliği sebebiyle, kişinin terör örgütü mensubu olması AİHM içtihadı açısından önem arz etmemektedir. Saadi / İtalya (no. 37201/06, 28 Şubat 2008) davasında, başvurucunun terör örgütüne mensup olması sebebiyle gıyaben 20 yıl hapis cezasına çarptırılmış olması, iade hâlinde 3. maddenin ihlal edilmiş olacağına yönelik tespiti değiştirmemiştir.

Aynı çerçevede nazara alınması gereken çarpıcı bir örnek ise Othman Abu Qatada / Birleşik Krallık (no. 8139/09, 17 Ocak 2012) kararıdır. Bu davada, Ürdün'de terörist faaliyetleri sebebiyle gıyaben hapis cezasına çarptırılan başvuru hakkında, Ürdün devleti tarafından İngiltere'ye verilen güvencelerin yeterli görülmesi sebebiyle, iade hâlinde 3. maddenin ihlal edilmeyeceğine hükmedilmiştir. Ancak, başvurucunun işkence altında alınmış olan önceki ifadelerinin, yeniden yargılanması sırasında tekrar kullanılması ihtimalini nazara alan Mahkeme, iade hâlinde Sözleşme'nin 6. maddesinde koruma altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edileceğine karar vermiştir.

Siyasi bir muhalifle ilgili olup, davanın konusuz kalmasına yönelik olarak da verilebilecek bir örnek ise Türkiye'ye ilişkindir. Müslim / Türkiye (no. 53566/99, 26 Nisan 2005) davası, Irak Baas Partisi'yle yoğun bir tartışmanın neticesinde Irak istihbarat örgütü tarafından takip edilen başvurucunun iadesiyle ilgilidir ve kendisine Türkiye'de ikamet belgesi verilmiş olması sebebiyle 3. maddenin ihlalinin artık söz konusu olmadığına karar verilmiştir.

C. Etnik Azınlığa Mensup Olma Hali

Başvurucunun kendi ülkesinde bir azınlık mensubu olması ve bu topluluk mensuplarının devlet veya kişiler tarafından dışlanması, taciz veya darp edilmesi veya öldürülmesi hâlinde de bu ülkeye iade, Sözleşme'ye aykırı olacaktır.

Ergashev / Rusya (no.49747/11, 16 Ekim 2012) davasında, Güney Kırgızistan'daki Özbek azınlığın maruz kaldığı yaygın kötü muamele sebebiyle başvurucunun iadesinin 3. maddeye aykırı olacağına karar verilmiştir.

Sri-Lanka'daki Tamil azınlığı mensuplarının kötü muameleye uğraması konusunda daha önce değinilmiş olan R.J. / Fransa kararı ile ayrıca, Somali'deki Hamar azınlığı mensuplarının Sufi ve Elmi / Birleşik Krallık (no. 8319/07 & 11449/07, 28 Haziran 2011) kararları da bu çerçevede zikredilebilir.

H. Mutaf: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında İhtiyati Tedbir

D. Din Sebebiyle Baskıya Maruz Kalma Riski

Etnik azınlık halinin bir benzeri de kişinin dini sebebiyle baskı veya tacize uğraması hâlinde söz konusu olabilecektir. Bu çerçevede, M. E. / Fransa (no. 50094/10, 6 Haziran 2013) davasında, Kıpti Hristiyan olan başvurunun Mısır'a iadesi hâlinde 3. maddenin ihlal edileceği karara bağlanmıştır. Bu dava da ayrıca Fransız makamları önündeki “sınır dışı kararına itiraz” mekanizmaları incelenmiş ve bu başvuru yollarının “derhal askıya alıcı-durdurucu” etkisi sebebiyle 13. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

E. Üçüncü Kişiler Tarafından Kötü Muameleye Tabi Tutulma Riski

Yukarıda da değinildiği üzere, AİHS'in 3. maddesi, sadece devlet görevlileri veya devletin sebep olduğu durum sebebiyle değil, üçüncü şahısların fiilleri sebebiyle de -bu tür hallerde devletin, ilgiliye bir koruma sağlama veya bu tür fiilleri cezalandırma mükellefiyeti söz konusu olduğu için - ihlal edilebilir. Sufi ve Elmi / Birleşik Krallık (no. 8319/07 & 11449/07, 28 Haziran 2011) kararında, Somali uyruklu davacılarından, Hamar azınlığına mensup birinci başvurunun Haviye milisleri tarafından baskıya maruz kalması ve yaralanması ihtimali sebebiyle Somali'ye iadesi hâlinde 3. maddenin ihlal edileceği karara bağlanmıştır.

Bununla birlikte Mahkeme, gidilecek ülkedeki durumu genel bir şekilde değerlendirmemekte, şahsi olarak kişinin maruz kaldığı riski nazara almaya önem vermektedir. D.N.M. / İsveç (no. 28379/11, 27 Haziran 2013) ve S.A. / İsveç (no. 66523/10, 27 Haziran 2013) davasında, Irak uyruklu olup, evlilik dışı ilişkiler sebebiyle, kadınların aile yakınları tarafından öldürülmeleri ihtimali olduğunu iddia eden başvuru-cuların sığınma talebi İsveç makamları tarafından reddedilmiştir. AİHM, Irak'taki durumun daha iyiye gitmekte olduğunu ve başvuru-cuların Irak içerisinde başka bölgelerde de yaşama imkânına sahip olabileceklerini belirleyerek, iade hâlinde 2. veya 3. maddenin ihlal edilmeyeceğine karar vermiştir. Sri-Lanka'daki azınlığa ilişkin olarak daha önce verilen Birleşik Krallık ve Fransa hakkındaki zıt örnekler de Mahkeme'nin her davayı somut özelliklerine göre bir neticeye bağladığını açıkça göstermektedir.

F. Sağlık

AİHM içtihadında mutlak kurallardan ziyade, davanın somut şartları ince-
nerek bir karara varıldığının çok belirgin olduğu bir hal de sağlık problemleri
sebebiyle, sınır dışı veya iade edilecek kişilerin davalarında görülmektedir.
Aynı hastalığa yakalanmış kişilerin söz konusu olduğu davalardan D. / Birle-

şik Krallık (no. 30240/96, 2 Mayıs 1997) davasında, ölüm aşamasına çok yaklaşmış hastanın sınır dışı edilmesi hâlinde Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceğine karar verilmişken, N. / Birleşik Krallık (no. 26565/05, 27 Mayıs 2008) davasında, Uganda uyruklu ve AIDS hastası kişinin iade hâlinde tedavisini sağlama imkânına sahip olamayacak görünmesinin, başvurunun sığınma talebi ve devamındaki prosedürlerin sürdüğü dokuz yıl boyunca kendisine tedavi de sağlanmış olması göz önüne alınarak, kötü muamele yasağına aykırılık teşkil etmeyeceğine karar verilmiştir.

Kişinin sağlık durumunun nazara alındığı bir başka örnek de, şizofren hastası başvurunun Amerika Birleşik Devletleri'ne iadesi halinde, yüksek güvenlikli bir hapishanede tutulacak olması sebebiyle iadesinin 3. madde ihlali oluşturacağına hükmedilen Aswat / Birleşik Krallık (no. 17299/12, 16 Nisan 2013) davasıdır.

G. İdam Cezasına Çarptırılma veya İnsanlık Dışı Cezaya Maruz Kalma Tehlikesi

Yukarıda da değinilmiş olan Sufi ve Elmi / Birleşik Krallık (no. 8319/07 & 11449/07, 28 Haziran 2011) kararında, Somali uyruklu davacılarından ikinci başvurunun, hırsızlıktan mahkûmiyeti ve elinin kesilmesi riski sebebiyle Somali'ye iadesi hâlinde 3. maddenin ihlal edileceği karara bağlanmıştır.

Jabari / Türkiye(no. 40035/98, 11 Temmuz 2000) kararında da, zina sebebiyle taşlanarak öldürülme ihtimali olan başvurunun İran'a iadesinin 3. maddeye aykırı olacağına hükmedilmiştir.

Harkins ve Edwards / Birleşik Krallık (no. 9146/07 & 32650/07, 17 Ocak 2012) davasında, başvuruçuların idam talebiyle yargılanmaları hâlinde Sözleşme'nin ihlalinin söz konusu olacağına değinilmiş, fakat yukarıda da izah edildiği üzere, Amerika Birleşik Devletleri tarafından verilen güvenceler yeterli görülerek iade hâlinde yaşam hakkı veya kötü muamele yasağının ihlal edilmeyeceği sonucuna varılmıştır.

Bu başlık altında atıfta bulunulması gereken önemli bir karar da 24 Temmuz 2014 tarihli Al Nashiri (no. 28761/11) ve Husayn Abu Zubaydah (no. 7511/13)/Polonya kararıdır. AİHM, bu davada, genel bir tedbir olarak, AİHS'in 46. maddesi altında, terör suçlularının Amerika Birleşik Devletleri'ne, bu ülkedeki sorgulama teknikleri ile yüksek güvenlikli hapisanelerdeki fiziki şartlar ve uygulamaların uygun görülmemesi, ayrıca bu kişilerin idam cezası riski altında olmaları sebebiyle, yeterli güvenceler alınmadan iade edilmemesi gerektiğini belirtmiştir.

H. Mutaf: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında İhtiyati Tedbir

H. Özel Hayat ve Aile Hayatının İhlali

Özel hayat ve aile hayatını ilgilendiren davalarda genel olarak, kişinin yaşadığı ülkede kurmuş olduğu sosyal bağlar ve aile bireyleri arasındaki ilişkiler nazara alınmaktadır. Maslov / Avusturya (no. 1638/03, 23 Haziran 2008) kararıyla, uyuşturucu müptelası olan ve gasptan mahkûm edilen bir küçüğün, 18 yaşına gelince Bulgaristan'a sınır dışı edilmesi ve on yıl süreyle Avusturya'ya girmekten men edilmesi, o zamana kadar orada yaşamış olması ve ailesinin de Avusturya'da bulunması sebebiyle AİHS'in 8. maddesine aykırı bulunmuştur.

K.A.B. / İspanya (no. 59819/08, 10 Nisan 2012) kararında, çocuğun annesinin yeterli hukuki ve sosyal yardım temin edilmeksizin sınır dışı edilmesi ve çocuğun yetimhaneye yerleştirilmesi sebebiyle, çocukla babası arasındaki bağın koparılmış olması, 8. maddeye aykırı bulunmuştur.

Eskinazi ve Chelouche/ Türkiye (no. 14600/05, 6 Aralık 2005) davasında, İsrail'i bir baba ile Türk anneden doğan ve Türkiye'de bulunan çocuğun, İsrail mahkemelerinin kararıyla müşterek mesken olan İsrail'deki adrese iadesine ilişkin kararın tenfizi sırasında, AİHM ihtiyati tedbir kararı vermiş, fakat devletten görüş aldıktan sonra, Türk mahkemelerinin tenfiz talebini incelerken veya icra ederken yeterli araştırma yaptıkları ve 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi çerçevesinde doyurucu gerekçeler verdikleri tespitiyle başvuruyu kabul edilmez bulmuştur.

M.R. ve L.R. / Estonya (no. 13420/12, 15 Mayıs 2012) davasında, Estonya'lı bir anne ile çocuğunun, ailenin müşterek meskeninin olduğu İtalya'ya dönmemesi üzerine babanın Estonya mahkemelerinden aldığı "*çocuğun iadesi*" kararının icrasının, ihtiyati tedbir olarak durdurulmasına karar verilmiş, fakat bu dava da, Estonya mahkemelerinin adil bir yargılama gözeterek, çocuğun menfaati doğrultusunda bir karar aldıkları ve takdir haklarını kötüye kullanmadıkları gerekçeleriyle reddedilmiştir. Bu iki karar aynı zamanda, ulusal makamların takdir hakkına önem verildiğini ortaya koyan, ilgili makamların somut ve yerinde gerekçeler kullandıkları zaman, yapılan işlemlerin çoğunlukla Sözleşme'ye uygun görüldüğüne ilişkin örnekler olarak da zikredilebilir.

B. / Belçika (no. 4320/11, 10 Temmuz 2012) davasında ise, Belçikalı annenin, ortak mesken olan ABD adresini çocuğuyla birlikte terk etmesi üzerine, babanın Belçika'da açtığı davada verilen "*çocuğun iadesi*" kararının infazının, AİHM önündeki dava sona erinceye kadar icra edilmemesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmiştir. Bu davada, Belçika makamlarının, çocuğun menfaatini yeterince gözetmediği, Belçika'da geçirdiği zamanın çocuk üzerindeki etkisini ve o ülkeye uyum sağlamış olmasını nazara almadığı gerekçesiyle 8.

maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

I. Salıverilme İmkânı Olmadan Müebbet Hapis Cezası

Son başlık olarak değinilmesi gereken önemli bir konu da hukukumuzda müebbet ağır hapis cezası olarak yer alan ve salıverilme imkanı olmayan müeyyide çeşidiyle ilgilidir. Bilindiği üzere, Vinter ve diğerleri / Birleşik Krallık (no. 66069/09, 9 Temmuz 2013) kararıyla, serbest kalma imkânı olmaksızın ömür boyu hapis cezasına çarptırılmış olmanın Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olduğu, Mahkeme'nin Büyük Dairesi tarafından karara bağlanmıştır. Bu gelişme ışığında, gönderileceği ülkede müebbet ağır hapis cezası talebiyle yargılanacak olan veya böyle bir cezaya çarptırılmış olan başvurucunun, o ülkeye gönderilmesi aşamasında AİHM'e başvurması halinde, Mahkemenin, aleyhine başvuru yapılan Avrupa Konseyi üyesi ülke aleyhine ihtiyati tedbir kararı vererek sınır dışı veya iade kararının icrasının durdurulmasını isteyeceği söylenebilir. Anılan kararın yanı sıra, Nivette / Fransa (no. 44190/98, 3 Temmuz 2001) ve Einhorn / Fransa (no. 71555/01, 16 Ekim 2001) kararları da, Amerika Birleşik Devletleri'ne iade edilecek olan başvuruçular açısından idam cezası veya salıverilme imkânı olmaksızın ömür boyu hapis cezası ihtimali görülmediği için kabul edilmezlikle sonuçlanmış olmaları itibarıyla bu varsayımı güçlendirmektedir.

SONUÇ

İhtiyati tedbir talepleri, son dönemde Mahkemenin önündeki önemli bir iş yükü meydana getirmektedir. Örneğin 2010 yılına baktığımızda ihtiyati tedbir taleplerinin 3775 sayısına ulaştığını görmekteyiz. Aslında ihtiyati tedbirin bu şekilde popüler hâle gelmesinde konuyu düzenleyen Mahkeme İhtüzüğü'nün 39. maddesinin genişletici yoruma açık bir şekilde yazılmış olması, metinde Mahkemeye oldukça geniş bir takdir yetkisinin tanınması ve Mahkemenin de AİHS'yi daha etkin kılmak kaygısı içinde içtihadını sürekli geliştirme politikası gütmesi temel etmenler olarak gözükmektedir. İş yükü baskısı altında kalan Mahkeme Başkanı, 11 Şubat 2011 tarihli basın açıklamasıyla, Mahkemenin yetkilerinin ikincil nitelikte olduğunu ve üye devletlerin göçmen ve mülteciler konusundaki mükellefiyetlerini yerine getirmelerinin önemini hatırlatmak durumunda kalmıştır.

AİHM'in verdiği ihtiyati tedbir kararlarının çoğu taraf devletlerin aldığı sınır dışı kararlarına karşı yapılmakta ve kural olarak, başvuruçunun AİHM önündeki davasının incelemesi bitinceye kadar sınır dışı edilmemesini amaçlamaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, ceza infaz kurumunda bulunmanın

H. Mutaf: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında İhtiyati Tedbir başvurucunun sağlığı açısından hapishane şartları nedeniyle risk oluşturması hâlinde tedavisi için maksadıyla hastaneye nakledilmesi, idam cezasının infazının ertelenmesi gibi çok farklı alanlarda da ilgili ÷lkelerin uygulaması gereken ihtiyati tedbir kararları vermiştir.

*İnsan Onuru İçin
Anayasa Mahkemesinde 25 Yıl*

25 Years at the Constitutional Court for Human Dignity

HAŞİM KILIÇ'A ARMAĞAN

Essays in Honor of Haşim Kılıç

Editörler

Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN
Doç. Dr. Serdar GÜLENER
Yrd. Doç. Dr. Musa SAĞLAM
Dr. Hüseyin EKİNCİ

Cilt II
Vol. II

Ankara, 2015

© Anayasa Mahkemesi Yayınları

© Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN

© Doç. Dr. Serdar GÜLENER

© Yrd. Doç. Dr. Musa SAĞLAM

© Dr. Hüseyin EKİNCİ

Takım Numarası: 978-975-7427-63-6 (Tk)

ISBN : 978-975-7427-65-0 (2.c)

Bu eser, kapak tasarımı dahil olmak üzere 5846 sayılı “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu” kapsamında korunmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin ve/veya yazarların yazılı izni olmaksızın eserin tümü bir kitabın bölümü olarak kullanılamaz; eserin tümü veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz.

Kitapta yer alan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir; Anayasa Mahkemesini bağlamaz.

Kapak Tasarımı : Gamze Tiraki

Sayfa Mizanpaj : Gamze Tiraki

Baskı ve Cilt

KALKAN MATBAACILIK

www.kalkanofset.com • 0312 341 92 34

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKEMLİ MAKALELER

Prof. Dr. Engin YILDIRIM
(*Anayasa Mahkemesi Üyesi*)

ULUSLARARASI DENEYİMLER IŞIĞINDA SOSYAL HAKLARIN DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ VE ANAYASA YARGISI: BİR SCYLLA VE CHARYBDİS İKİLEMİ Mİ?

Yasalar, o görkemli eşitliğiyle, köprü altında yatmayı, sokaklarda dilenmeyi ve ekmek çalmayı yoksula da zengine de yasaklar.

Anatole France, 1894

Giriş

Temel hakların anayasa yargısı aracılığıyla korunması ile demokrasi arasında, siyasi hesap verebilirliği olmayan yargıçların, demokratik yollarla iktidara gelenlerin kararlarını iptal etme güçlerinden kaynaklanan bir gerilimin var olduğu, hem kuramsal tartışmalarda hem de uygulamada sık sık karşımıza çıkmaktadır. Önemli ölçüde kaynak tahsisini ve kullanımını gerektiren sosyo-ekonomik politikalarla ilgili siyasi organların tercihlerinin anayasa yargısı tarafından denetimi bu gerilimin açık bir şekilde ortaya çıktığı alanlardan birini oluşturmaktadır. İnsan haklarının önemli bir parçasını oluşturan sosyal¹ hakların korunması iktisadi ve sosyal politikalarla yakından ilişkilidir. Sosyal haklara anayasal düzenlerin bir kısmı hiç yer vermezken bir kısmı dava edilemeyen yol gösterici hükümler veya program ve hedef kuralları olarak düzenlemekte, diğerleri de anayasa yargısı önünde dava edilebilir haklar olarak kabul etmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'ni (ABD) birinci grup sistemlere, Hindistan'ı ikinci, Güney Afrika'yı da son gruptakilere örnek olarak verebiliriz. Almanya gibi bazı ülkeler ise anayasalarında sosyal hakları saymamakla birlikte sosyal devlet ilkesine yer vermiştir.

Sosyal hakların dava edilebilirliği, yasama ve yürütmenin bu konudaki takdir yetkilerinin nereye kadar gidebileceğinin ve hak sahiplerinin, hakların sunduğu çıkarlardan somut olarak yararlanabilmesinin sınırlarının tes-

1 Bu haklar, genel olarak Birleşmiş Milletler (BM) resmi söyleminde ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hariç Anglo-Sakson dünyada sosyo-ekonomik veya ekonomik ve sosyal haklar, ABD'de de refah hakları ve Kıta Avrupa'sında sosyal haklar olarak adlandırılmaktadır. Bu çalışmada sosyal haklar terimi, Türkiye'deki genel uygulamaya paralel olarak, ekonomik ve kültürel hakları kapsayacak şekilde kullanılacaktır. Bu arada sosyal insan hakları kavramının da son yıllarda kullanılmaya başlandığını belirtmeden geçmemek gerekir.

piti açısından önemlidir. Bu konuda ortaya çıkan güçlükler, bu haklarla ilgili özellikle yükümlülüklerin yerine getirilmesinin esas olarak devlet organlarının görevi olmasına rağmen çeşitli pratik ve siyasi nedenlerden dolayı bunun yerine getiril(e)memesinden kaynaklanmaktadır. Kişilerin hâlihazırda sahip oldukları ve yararlandıkları kaynakları güvence altına alarak devletin ve üçüncü kişilerin bunlara müdahalesini engellemek veya sınırlamak amacını taşıyan sosyal hakların negatif boyutunun yargı önünde korunması pozitif boyuta göre daha az tartışmalıdır.

Çalışmamızın temel iddiasını, sosyal hakların anayasal düzeyde dava edilebileceği ama bunu yaparken anayasa yargısının soruna işaret etmenin ötesine geçmeyerek bir çözüm yeri gibi davranmaması gerektiği düşüncesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda aşağıdaki sorular çerçevesinde iddiamızı ortaya koymaya gayret edeceğiz: Dava edilebilirlik yönünden sosyal haklar neden medeni ve siyasi haklardan farklı değerlendirilmektedir? Sosyal hakların dava edilebilirliğinin faydaları ve sakıncaları nelerdir? Uluslararası yargı ve yargı benzeri organlar ile gelişmiş ve gelişmekte olan ülke anayasa mahkemeleri veya yüksek mahkemeleri konuyu nasıl değerlendirmektedir? Dava edilebilirlikte izlenen hukuki yaklaşımlar nelerdir? Verilen kararlar, hakların korunması ve yerine getirilmesi bakımından etkili olabilmekte midir?

Bu çalışmada ilk önce sosyal hakların insan hakları düzeni içindeki konumları ele alınıp, bu hakların dava edilebilirliğiyle ilgili tartışmalar eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilecektir. Daha sonra sosyal haklarla ilgili en önemli uluslararası sözleşme olan Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ni (UESKHS) denetleyen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin (ESKHK), Sözleşme'yi nasıl yorumladığını ele alacağız. Yargı benzeri bir organ olarak Komite'nin yorumları ve raporları, sosyal hakların uluslararası düzeyde içeriğinin ve kapsama alanının belirlenmesinde önemli bir işleve sahip olmasından dolayı ele alınmayı hak etmektedir. Bir sonraki bölümde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) konuyla ilgili kararları aktarılacaktır. Bu mahkemenin kararlarını incelememizin ana nedeni ulusüstü en önemli yargı organlarından biri olarak insan haklarını koruma ve geliştirmedeki rolünün sosyal haklar alanına nasıl yansıdığını görebilmektir.² Bunu takiben ABD ve Almanya gibi gelişmiş ve Güney Afrika, Hindistan ve Kolombiya gibi gelişmekte olan ülke örneklerine ağırlık verilerek, ulusal anayasa veya yüksek mahkemelerin sosyal haklara yaklaşımları, önemli kararları ve bunların etkinliği tartışılacaktır. ABD ve Almanya'nın dünya anayasacılığındaki konumlarını düşünürsek bu ülkelerdeki anayasa yargısı organlarının

2 Sosyal haklar açısından Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (ASHK) kararları da önemli olmakla beraber AİHM'in çok daha etkili bir yargı organı olduğundan hareketle ASHK kararları çalışma kapsamı dışında tutulmuştur.

sosyal haklarla ilgili değerlendirmelerinin ele alınmasının konumuz açısından neden önemli olduğu anlaşılabacaktır. Küresel Güney’i temsil eden diğer ülke mahkemeleri ise sosyal haklarla ilgili olarak öncü ve yenilikçi yaklaşımlara ve kararlara imza attığından incelenmeye değer bulunmuştur.

Sosyal Haklar: Haklar Ailesinin “Sorunlu Üvey” Evladı?

Sosyal haklar neden insan haklarının bir parçası olarak görülmelidir? İnsan haklarının temelinde insan haysiyetinin korunmasının yattığını, insanın özerk bir varlık olmasının da insan haysiyetinin önemli bir boyutunu oluşturduğunu ve özerk bir varlık olabilmek için de temel insan ihtiyaçlarının karşılanmasının hayati önemini düşündüğümüzde yukarıdaki soruyu bir anlamda cevaplandırmış olmaktadır. Sosyal hakların varlık nedeni temel insan ihtiyaçlarının karşılanması ve bunun üzerinden insan haysiyetinin korunmasıdır (Woods, 2003: 764). Haysiyet, kişinin kendisine ve başkalarının da ona saygı duymasıyla yakından ilişkilidir. Bir adada yalnız yaşayan bir kişi, örneğin yiyecek veya giyeceği yoksa haysiyet sorunu yaşamaz (Mantouvalou, 2011: 99). Yiyecek, barınma, sağlık ve eğitim gibi ihtiyaçlar insan haysiyeti ile yakından ilişkili olup, insanların kendi hayat anlayışlarını, planlarını gerçekleştirebilmeleri, iktisadi, siyasi ve toplumsal hayata etkili bir şekilde katılabilmeleri bu ihtiyaçlarının giderilmesiyle yakından bağlantılıdır. Temel ihtiyaçların karşılanması haysiyetli bir yaşam için olmazsa olmaz şartlardan biri olmakla beraber sosyal haklar insan hayatının maddi temellerini sağlayan haklarla da sınırlı değildir. Fiziksel veya biyolojik olarak hayatta kalmak elbette önemlidir ama bunun haysiyetli bir yaşam için yeterli olduğu da şüphelidir. Köleler hayatta kalıyordu ama yaşamlarını haysiyetli olarak değerlendirmek mümkün değildir, çünkü özerk bir kişi gibi davranma imkânları yoktu (Osiatyński, 2007: 64). Sosyal haklar, haysiyetli bir yaşam için gerekli asgari şartları sağlayarak, insanın fiziksel, düşünsel ve manevi varlığını güvence altına alacak araçları sunma anlamına gelmektedir (Arnold, 2012: 215). Bu haklar, herkese eşit olarak verilmekle birlikte, fakir ve güçsüz toplum kesimleri için özel önem taşırlar ve insanların özerk bir kişi olmalarının önündeki maddi ve manevi engellerin aşılmasına katkı sağlarlar.

İnsan haysiyetinin korunmasında hayati bir işlevi olan sosyal hakların hak niteliğini hak edip, etmedikleri önemli bir tartışma konusu olmuştur. Sosyal hakların insan hakları için olmazsa olmaz ölçüt olarak görülen “temel, evrensel ve açıkça tanımlanabilir olma” şartlarını karşılamadığı ifade edilmiştir (Beetham, 2006: 198). Buna göre, sosyal hakların sadece belli durumlardaki kişiler için geçerli talepleri kapsamı, tüm insanlara değil de belli kesimlere hitap etmesi ve korunmalarının ve gerçekleştirilmelerinin iktisadi

şartlarla yakından bağlantılı olması gibi nedenlerle evrensellik ölçütünü karşılayamadığı için insan hakları arasında sayılamayacağı belirtilmiştir. Mesela işkence yasağı evrensel bir yükümlülükken, konut hakkı böyle değildir veya herkes işçi olmadığından, işçi hakları da evrensellik ölçütünü karşılayamamaktadır (Cranston'dan aktaran Freeman, 2013: 367). Aslında sosyal hakların evrensellik ölçütünü karşılamadığı için hak sayılamayacağı görüşü medeni ve siyasi haklar için de rahatlıkla öne sürülebilir, çünkü bu hakların öznesi de her zaman herkes değildir (Fabre, 1998: 277). Örneğin herkes oy kullanma hakkına sahip değildir. Evsizsen konut hakkından yararlanamazsın veya hasta değilsen sağlık hakkının öznesi olamazsın demekle, mülksüzsen mülkiyet hakkından yararlanamazsın demek arasında çok da fark yoktur (Fabre, 2000: 7). Nasıl ki mülkiyet hakkı sadece mülk sahipleri için değil, herkes için geçerli, evrensel bir haksa sağlık hakkı da sadece sağlığı bozuk olanlar için geçerli bir hak değildir. Sosyal haklarla medeni ve siyasi haklar arasında nitelik farklarının varlığı ve ilk gruptaki hakların gerçekleştirilebilmesinin ikinci gruptakilere göre daha fazla mali kaynağa bağlı olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bununla beraber uygulama zorluklarına dayanılarak sosyal hakların evrensel olmadığının savunulması doğru değildir.

Sosyal hakların, medeni ve siyasal haklara göre ikincil olarak algılanmalarında, genel olarak özgürlüğün müdahale içermeme şeklindeki negatif özgürlükle sınırlandırılmasının önemli bir payı vardır. Buna göre, negatif özgürlükler insan var oluşuna içkin olup, toplumdan önce doğa hâlinde de mevcutken, sosyal haklar henüz sahip olunmayan şeylere yöneliktir ve insana içkin değildir (Woods, 2003: 765-6). Medeni ve siyasi hakların devlet gücünü sınırlarken sosyal hakların devlet müdahalesini genişleterek bu gücün artmasına neden olduğu ve devletin sivil topluma müdahalesini meşrulaştırdığı sık sık belirtilmektedir. Ayrıca sosyal hakların çeşitli kişi ve gruplara kaynak aktarımı amacıyla diğer kişi ve gruplar üzerinde zor kullanmayı meşrulaştırarak kişi özgürlüğüne ve özerkliğine zarar verdiği vurgulanmaktadır (Erdoğan, 2007: 59-61). Görüldüğü üzere buradaki sosyal haklara yönelik eleştirinin temelinde bu hakların birey özgürlüğüne zarar vereceği endişesi yatmaktadır.

Yukarıdaki eleştirinin haklı yönleri bulunmakla birlikte dayandığı özgürlük anlayışının eksik olduğunu söyleyebiliriz. Özgürlüğe sahip olmak kadar rahatça kullanılabilmesi de önemlidir. Bu kapsamda Amartya Sen'in kapasite veya yetenek olarak özgürlük yaklaşımı sosyal haklar açısından anlamlı değerlendirmeler içermektedir. Buna göre, kişinin genel kapasitesinin artırılması insan hayatını anlamlandıran ve zenginleştiren özgürlüğün tadına varmasına yardımcı olacaktır. Siyasi özgürlükler kadar iktisadi olanaklar ve toplumsal fırsatlar da bu kapasitenin artırılmasına yardımcı olacaktır (Sen, 2004: 57). Herkesin temel insan kapasitelerini veya yeterliliklerini güvence altına

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

almak devletin önemli bir yükümlülüğüdür (Nussbaum'dan aktaran Liebenberg, 2005: 10). Özgürlük yaşamımızla ilgili anlamlı tercihlerde bulunabilmemizi, başkasının keyfi denetimine tabi olmamamızı sağladığından, bu amacı gerçekleştirmemize yardımcı olacak sağlığa, eğitim seviyesine ve gelire sahip olmak işimizi kolaylaştıracaktır. Dolayısıyla sosyal hakların varlığı insanın failliğini, özerkliğini ve yeterliliklerini arttırarak onun daha özgür olmasını sağlamaktadır (King, 2012: 23). Devletin buradaki işlevi kişilerin özerk ve özgür bir hayat sürdürebilmelerine imkân tanıyacak şekilde hakların sunduğu güvencelerin korunması ve geliştirilmesini sağlamak olacaktır (Moller, 2009: 758). Bu açıdan negatif özgürlük kadar pozitif özgürlükte hakların temelinde yer almaktadır. Nitekim AİHM de bu yaklaşımı benimsemiştir.

Medeni ve siyasi hakların genelde negatif, sosyal hakların da pozitif yükümlülükler getirdiği düşüncesi de çok doğru değildir. Hakların hepsi devlete hem pozitif hem de negatif yükümlülükler getirmektedir. Mesela adil yargılanma hakkının sağlanması için devletin yargı sistemi kurması ve etkili bir şekilde bunun çalışmasını sağlaması gerekmektedir. Benzer şekilde sosyal bir hak olan konut hakkı da devletin kişiyi içinde yaşadığı konuttan zorla tahliye etmemesi anlamında negatif bir yükümlülük de içermektedir.

Medeni ve siyasi hakların çoğu sosyo-ekonomik boyut içerirken sosyal hakların da medeni ve siyasi yönleri vardır. Amartya Sen açıklıkla ilgili bir çalışmasında, medeni ve siyasi haklar ile özgürlük ve güvencelerin olmadığı durumlarda en temel ihtiyaçların karşılanmasında büyük zorluklarla karşılaşıldığını göstermişti (Sen, 2004: 11). Aynı şekilde, sosyal hakların güvence altına alınmaması ve gerçekleştirilememesi, medeni ve siyasi hakların tam anlamıyla gerçekleşmesi üzerinde olumsuz etki yapabilmektedir. Mesela düşünce ve ifade özgürlüğünün korunması ve geliştirilmesinde eğitim hakkının sağlanmasının önemi yadsınamaz. Okuma yazma bilmeyen biri için ifade özgürlüğünün, konutu olmayan biri için de mahremiyet hakkının fazla bir anlamı yoktur.

Medeni ve siyasi haklarla sosyal hakların tarihsel arka planları³, kaynaklandıkları ideolojiler ve normatif yapıları birbirinden farklıdır. Medeni ve siyasi haklar mutlak devlet iktidarına karşı mülk sahibi sınıfların çıkarlarını korumak üzere tarih sahnesine çıkıp, daha sonra tüm toplum kesimlerini kapsa-

3 Yaygın kanaatin aksine, sosyal hakların ilk ortaya atılan haklar olduğu şeklinde görüşler de mevcuttur. Örneğin, 12. ve 13. yüzyıllarda acil gıda ihtiyacı duyanların stoklardan gıda alma hakkı vardı (Griffin, 2008: 175). Bu hak, Ortaçağ'da kilisenin geliştirdiği mülkiyet hakkı ile bağlantılıydı. Buna göre, her ne kadar Tanrı bize her şeyi ortak vermişse de mallar belli bireylere verilmedikçe muhafaza edilip, geliştirilmeyecekti. Burada mülkiyet bir sahiplikten ziyade bir muhafazlık, koruyuculuk, emanetçilik anlamı taşımaktaydı. Bu nedenle acil durumlarda stoklardaki fazlalıklardan ihtiyacı olanların alma hakkı mevcuttu (Griffin, 2008: 176).

yacak şekilde genişletilmişken, sosyal haklar başta emek olmak üzere güçsüz toplum kesimlerinin kapitalist piyasa ekonomisi altında metalaştırılmasının önlenmesi ve temel ihtiyaçlarının karşılanması için devlet müdahalesini gerekli kılan tarihsel bir ortamda gelişmişlerdir. Medeni ve siyasi hakların ortaya çıkmasında devletin potansiyel olarak mutlak ve keyfi olan iktidarından kaynaklanan tehditler etkiliyken sosyal haklar piyasa ekonomisinden kaynaklanan düzensizlikler ve güvensizliklerin bir sonucu olarak doğmuştur (Beetham, 2006: 187). Sosyal haklar iktisaden zayıf konumda olan sosyal sınıfların egemen sınıflar karşısındaki eşitlik ve adalet taleplerinin bir yansıması olarak gelişmişlerdir (Tanör, 1978: 66). 20. yüzyılın ortalarına kadar insan hakları söylemi esas olarak mülk sahibi orta ve üst sınıflar tarafından dile getirilmekteydi. Sosyal hakları savunan alt sosyal sınıflar ve onların aydın destekçileri uzun bir süre insan hakları söylemine “burjuva bireyciliğini” teşvik ettiği gerekçesiyle uzak durmuşlardır. Sosyal hakların bir insan hakkı söylemi olarak kabulü ve yaygınlaşması 2. Dünya Savaşı sonrasında gerçekleşmiştir.

Sosyal hakların dünya gündemine gelmesinde 1941’de Roosevelt ve Churchill arasında imzalanan Atlantik Şartı’nda medeni ve siyasi haklara ek olarak yoksulluktan ve korkudan kurtulma özgürlüğünden bahsedilmesinin önemli payı olmuştur. ILO’nun 1944’de yayınladığı Philadelphia Bildirgesi uluslararası alanda sosyal hakları içeren ilk belgedir. Daha sonra İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) sosyal hakları kabul ederek bu konuda yeni bir dönemi başlatmıştır. İHEB’i takiben, UESKHS, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Engelli Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ), Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GGASŞ), Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklarla ilgili San Salvador Ek Protokolü gibi uluslararası sözleşmelerde de sosyal haklara yer verilmiştir

2. Dünya Savaşından önce sosyal haklar, sınırlı sayıdaki anayasada tanınmıştı. Günümüzde ise, uluslararası insan hakları hukukunun bir parçası olan sosyal haklardan en az birine gelişmekte olan ülke anayasalarının %95’inde rastlanırken gelişmiş sosyal refah devleti uygulamasına sahip ülkelerde bu oran daha düşüktür (Minkler, 2013: 2). Burada ilginç olan bir nokta, büyük çoğunluğu gelişmekte olan 31 ülke anayasasında sosyal hakların insan haysiyeti kavramıyla birlikte kullanılmasıdır (Shulztiner ve Carmi, 2014: 480). Anayasaları sosyal haklar içeren ülkelerin çoğunda eşitsizlik ve sosyal adaletsizlik yaygınken bu konuda anayasal düzeyde koruma sağlamayan ülkelerin bazılarında sosyal hakların gerçekleştirilmesinde ileri düzeylere ulaşılabilmiştir. Elbette, bu sosyal hakların gerçekleşebilmesi için belli bir gelişmişlik seviyesinin şart olduğu veya anayasal korumanın gerekmediği anlamına gel-

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

memelidir. Zengin toplumlarda da fakir toplumlarda da sosyal haklar, siyasi iradenin kaynakları nasıl kullandığıyla yakından ilişkili olup, “sıradan” insanların, alt sosyal sınıfların, dini, etnik ve cinsel azınlıkların, “marjinal” kişi ve grupların demokratik süreçlere katılımının sınırlı olduğu durumlarda ayrı bir önem kazanmaktadır.

İnsan hakları arasındaki ilişkilerin bütüncül, bölünmez ve karşılıklı bağımlılık niteliği taşıdığı sık sık öne çıkarılmaktadır. İHEB, bunu vurgulayan ilk belgedir. Birleşmiş Milletler’in 1993’te Viyana’da düzenlediği Dünya İnsan Hakları Konferansı’nda sosyal haklarda dâhil olmak üzere tüm insan haklarının evrensel, birbirinden ayrılmaz, birbirine bağlı ve birbirleriyle ilişkili olduğu bir kez daha kabul edilmiştir. GGASŞ başlangıcında da insan haklarının bölünmezliği ilkesine vurgu yapılırken, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’nın başlangıcı, ekonomik ve sosyal hakların gerçekleştirilmesinin, medeni ve siyasi haklardan yararlanmanın bir güvencesi olduğu ifadesine yer vermiştir.

Diğer taraftan insan haklarının bölünmezliği, bütüncülüğü, birbirleriyle bağlantılı ve bağımlı olduğunun içi boş bir retorikten öte gitmediği de iddia edilmektedir (Koh, 2009: 3). Bu anlayış pozitif düzenlemelere yansıdığında, insan hakları arasında, insan haklarının bütünlüğü, bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkelerine aykırı biçimde, korunma önceliği bakımından bir hiyerarşi ortaya çıkmaktadır (Nickel, 2008: 987). Bu iddia abartılı olmakla birlikte, tamamen yersiz de değildir. Her ne kadar uluslararası bildirgelerde, sözleşmelerde medeni ve siyasi haklarla sosyal hakların eşit önemde olduğu sık sık belirtilse de, gerçek durumun bu olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Örneğin hakların yerine getirilmesinde UESKHS, “süreç içinde gerçekleşme” ifadesini kullanırken ikizi Birleşmiş Milletler Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (UMSHS) böyle bir ifadeye hiç yer vermemiştir. Geleneksel olarak UMSHS’deki haklar derhal uygulanması gereken hukuki haklar olarak görülürken, UESKHS’de yer alan haklar süreç içinde gerçekleştirilecek program hakları olarak değerlendirilmektedir. İlk grupta yer alanların dava edilebilirken, ikincilerin bu özelliğe sahip olmadıkları öne sürülmektedir. UMSHS’nin 2. maddesinde taraf devletlerin Sözleşmede yer alan hakları sağlamakla yükümlü olduğu açık ve net bir şekilde yazılmışken UESKHS’de benzer bir düzenleme yapılmamıştır.

Sosyal hakların pozitif hukuk olarak meşruiyetlerinde önemli bir sorun bulunmamakla birlikte diğer medeni ve siyasi haklarla karşılaştırıldığından ikincil bir konumdan tam olarak kurtulamadıklarına işaret ettik. Dayanışma, özerklik, eşitlik ve sosyal adalet gibi değerler içeren sosyal hakların gerçekleştirilmesi, geleneksel olarak devlet müdahalesini gerekli kılmıştır. Bu durum

iktisadi kriz dönemlerinde kendisini net bir şekilde hissettirmektedir. Nitekim Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri kriz dönemlerinde insan haklarının olumsuz etkilenmemesi için üye devletlerden uyguladıkları sosyo-ekonomik politikaların insan hakları üzerindeki etkilerini sistematik bir şekilde değerlendirmelerini ve herkesi kapsayacak sosyal koruma eşiklerinin oluşturulması çağrısında bulunmuştur (2013: 9). Günümüzde ulusal ve uluslararası düzeyde sosyal haklar hukuki güvence altına alınıp, hakların birbirlerine olan bağımlılığı ve hakların bütünlüğü anlayışı, en azından söylem düzeyinde kabul görürken paradoksal olarak sosyal hakların gerçekleştirilmesinin temel aracı olan sosyal devlet ciddi bir tasfiyeye uğramaktadır (Rittich, 2007: 111). Özellikle, Avrupa'yı kötü etkileyen son ekonomik bunalımda, krizle mücadele amacıyla alınan iktisadi ve sosyal tedbirlerin sosyal hakların getirdiği güvenceleri tehlikeye attığı görülmektedir. Böyle bir ortamda sosyal hakların korunması ve gerçekleştirilmesinde yargı önünde dava edilebilir olmaları daha da büyük önem kazanmaktadır.

Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği: Gitmek mi Zor, Kalmak mı?

Bir talebin hak niteliğine sahip olmasının en temel şartlarından biri hemen yerine getirilmeye çalışılan ve yargı tarafından korunan bir çıkarı temsil ederek yargı önünde ileri sürülebilir olmasıdır. Medeni ve siyasi haklar bakımından bu konuda sorun olmamakla beraber sosyal hakların bazı özelliklerden dolayı dava edilemez oldukları sık sık ileri sürülmektedir. Dava edilebilirlik, bir yargı yeri veya yargı benzeri bir organ önünde hak ihlali karşısında hak sahibi kişinin hakkını arayabilmesi olarak tanımlanabilir (ICJ, 2008: 6). Hakları yerine getirmekle yükümlü olanların bunu ihmal etmeleri durumunda hak sahiplerinin hukuki bir başvuru olanağına sahip olmaları gerekmektedir. Dava edilebilirlik, hem doğrudan dava açabilme hakkını hem de açılan davanın etkinliğini kapsamaktadır (ICJ, 2008: 7).

Anayasal düzlemde sosyal hakların dava edilemezliğini savunanlar bu hakların anayasal aktörlerin davranışlarına rehberlik etmenin ötesinde mahkemede anayasal dava konusu olmaması gerektiğini belirtmektedir (bkz. Michelman, 2003: 32). Sosyal hakların dava edilebilir olmadıkları iddiası esas olarak bu hakların doğaları gereği medeni ve siyasi haklardan farklılıklar taşıdığı görüşüne dayanmaktadır. Buna göre, sosyal hakların ucu açık ve içeriğinin net olmadığı, belirsizlikler taşıdığı, kim mağdur, kim hakkı ihlal ediyor ve bu ihlalin sonuçları nasıl giderilecek sorularına cevap veremediği ifade edilmektedir. Birisine işkence yapıldığında mağdur, mağduriyeti oluşturan ve bunun çözümü göreceli olarak açıkken mesela barınma hakkının öznesi, kimin hak ihlali yaptığı ve ihlalin sonuçlarının nasıl giderileceği konularında

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

belirsizlikler fazladır. Bununla birlikte, yargı açısından bir kimsenin yeterli beslenip, beslenmediğine karar vermek, adil yargılanıp yargılanmadığına karar vermekten çok da farklı değildir (Eide'den aktaran Freeman, 2002: 193). Burada akılda tutulması gereken nokta, belirsizlik eleştirisinin çoğu hak ve temel hukuk kavramı ve ilkesi için de geçerli olduğudur. Örneğin ifade özgürlüğünün net olarak nerede başlayıp, bittiğini belirlemek çok zor olup, bu özgürlüğü sadece negatif yönüyle değerlendirmekte her zaman mümkün değildir. Devletin, buradaki temel yükümlülüğü sadece negatif boyutla veya müdahale etmemeyle mi sınırlıdır? Acaba bireyler bu özgürlüğe erişebilmeleri ve kullanabilmeleri için devletten, örneğin kamusal bir medya sistemi kurmasını beklemeli midir? Böyle bir sistem herkese ve her düşünceye açık olacak mıdır? (Barak-Erez ve Gross, 2007: 8). Görüldüğü üzere ifade özgürlüğü ile ilgili devletin yükümlülükleri konusunda da belirsizlikler, cevaplaması kolay olmayan sorular ortaya çıkabilmektedir.

Sosyal hakların içeriklerinin net ve açık olmaması bunların tanımlanmasının zorluğundan kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, esnek hukuk araçları ve mahkeme içtihatları sosyal hakların belirsizliğinin azaltılmasına katkı yapmaktadır. Sosyal hakların dava edilemez olduğu düşüncesinin yaygınlığı mahkemelerin kararlar vererek bu hakların somutlaşmasına uzun bir süre engel olmuştur (ICJ, 2008: 15). Bu hakların anlamlandırılmalarında ve somutlaştırılmalarında, yargı kararları çok önemlidir, ancak mahkemeler bu hakların dava edilebilirliği konusunda çekingen bir tavır sergilemektedir. Bu durum, sosyal hakların içerikleri ile ilgili içtihatların geliştirilmemesine neden olarak belirsizlik ve muğlâklık sorununa daha da güçleştirmektedir (ICJ, 2008: 16). İçerik belirsizliği ve muğlâklık, medeni ve siyasi haklar için de geçerlidir ama gelişmiş yargı kararları ve içtihatları bunların somutlaştırılmasına katkı sağlamıştır. Hakkın içeriğinin yasa koyucu tarafından belirlenmesi bir çözüm olarak düşünülebilir ama bu durum hukuki katılığa veya donukluğa neden olabilir. Aslında sosyal hakların açık uçlu olması faydalı bile görülebilir, çünkü mahkemeler bu şekilde hakları somut olaylara ve değişen şartlara göre daha kolay yorumlayıp somutlaştırabilirler. Sosyal hakların içeriklerinin tespitinde ESKHK, ASHK, Kadın, Çocuk ve Engelli haklarıyla ilgili sözleşmeleri denetleyen komitelerin yaptıkları yorumlar da son derece önemlidir. Bunlara ek olarak uzmanlarca geliştirilen Limburg İlkeleri ve Maastricht Rehberi de bu konuda katkı sunmaktadır. 1986 yılında kabul edilen ESKHS'nin Yorumuna ilişkin Limburg İlkeleri, Sözleşme'nin hepsi olmasa bile bazı maddelerinin mahkemeler tarafından uygulanabileceğini ifade etmektedir. 1997'de benimsenen Maastricht Rehberi de sosyal hakların dava edilebilirliğine ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Sosyal hakların yargı aracılığıyla korunması ve yerine getirilmesinin mede-

ni ve siyasi hakların çoğunda olmayan sorunlar doğurduğu ileri sürülmüştür. Yargıçların dava taraflarının ötesinde sonuçları ve etkileri olan konulara bakmaktan kaçınmaları gerektiği belirtilmektedir. Lon Fuller'in (1978: 353) *polycentric* (çok-merkezci) olarak adlandırdığı bu durumda sorunlar sadece dava açanları değil, çok sayıda kişiyi ilgilendiren sistematik ve yapısal konuları içermektedir. Fuller'e göre bir davayı karara bağlarken, bunun diğer toplum kesimleri için ne gibi sonuçlar doğuracağına da dikkate alınması gerekir ve bu husus, sosyal hakların korunması ve gerçekleştirilmesi gibi geniş kaynak kullanımını zorunlu kılan durumlarda daha açık olarak ortaya çıkmaktadır. Üstelik yargıçlar bu konularda gerekli uzmanlık bilgisinden de yoksundurlar. Bu nedenle mahkemelerin kaynakların nasıl dağıtılacağına karışmayarak konuyla ilgili kararları siyasi iktidara bırakmasının daha doğru olduğu savunulmaktadır.

Kararların davanın tarafları dışında geniş yansımaları olması sadece sosyal haklar için değil, medeni ve siyasi haklar için de geçerlidir ve haklar arasında bir dengeleme yapmak gerekebilir. İfade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği arasındaki tercih ve ilişki buna örnek olarak verilebilir. Yargıçların karmaşık ve ileri düzeyde uzmanlık bilgisi gerektiren sosyo-ekonomik politika oluşturma süreçleri konusunda yeterli düzeyde bilgi sahibi olmamalarından dolayı sosyal hakların dava edilemeyeceği görüşüne karşı yargıçların her zaman konuyla ilgili uzman bilgisine başvurmalarının mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Sosyal hakların korunması ve gerçekleştirilmesinin önemli mali boyutları olmakla birlikte aynı şey anayasal hakların tümü için de geçerlidir. Özel mülkiyet, sözleşme hürriyeti, yargı sisteminin kurulması devletin aktif katılımını ve ciddi bir bütçe ayırmasını zorunlu kılmaktadır. Medeni ve siyasi haklarla sosyal hakların uygulanmasında ortaya çıkan maliyet farklılıkları ilk grup haklarda bunların nispeten az diğerlerinde fazla olmasından ziyade ilk gruptakilerin gerekli kıldığı harcamaların nispeten görünmez olmalarından kaynaklanmaktadır (Hirschl ve Rosewear, 2011: 228).

Sosyal hakların dava edilebilir olmasının, yargı organlarının sosyo-ekonomik politikaları kuvvetler ayrılığı ilkesine zarar verecek şekilde belirlemesine neden olacağı eleştirisi de konuyla ilgili tartışmalarda dile getirilmektedir (Dericiler, 2014: 221). Demokratik yollarla iktidara gelen bir hükümetin tercih ettiği sosyo-ekonomik politikaları uygulayabilmesinin demokratik meşruiyeti olmayan yargı eliyle zorlaştırılabileceği, bunun da demokrasiye zarar vereceği görüşü bu çerçevede belirtilmektedir. Aslında, kamu politikası ve kaynak dağılımı ile ilgili konularda mahkemelerin karar vermesinin güçler ayrılığı ilkesine zarar vererek, demokratik meşruiyet sorununa yol açıp, açmadığı tartışması demokrasiden ne anlaşıldığına bağlıdır (Hunt vd., 2013: 552). Mesela Habermasçı müzakereci demokrasi anlayışında siyasi sistemde temsil imkanı

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

bulamayan ötekileştirilmiş, marjinalleştirilmiş gruplar için mahkemeler bir çeşit katılım ve seslerini duyurma imkanı sunmaktadır (Hunt vd., 2013: 552). Sosyal hakların dava edilebilirliği, demokratik süreçlerde dikkate alınma olasılığı zayıf olan toplum kesimlerinin sosyal haklarının korunmasına hizmet etmektedir (Bilchitz, 2007: 251). Bu sayede beslenme, eğitim ve sağlık gibi hakların etkili olarak gerçekleştirilmesi bireylerin demokratik süreçlere katılımını kolaylaştırıp anlamlı hâle getirebilecektir. Dolayısıyla sosyal hakların dava edilebilirliği, demokrasiye zarar vermek yerine, tam tersine anlamlı bir katkı yapabilme potansiyeline sahiptir. Mahkemeler, hükümeti, verdiği kararlar hususunda açıklamada bulunmaya, karar verme ve uygulama süreçlerinde şeffaf olmaya iterek kamusal tartışma ortamının oluşmasına katkı sağlayabilirler. Bu şekilde seçilmiş erklerin karar verme yetkisine ve işlevine bir zarar vermeden demokratik tartışmalar yapılmasının önünü açmış olacaktırlar.

Tüm insan haklarıyla ilgili olarak devletlerin saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülükleri olduğu uluslararası insan hakları hukuku tarafından genel olarak kabul edilmiştir. Saygı göstermek bu hakların kullanımına devletin karışmamasını, haktan yararlanmayı gereksiz yere engellememesini, hak ihlaline neden olabilecek işlem ve eylemlerden kaçınmasını ifade ederken korumak devletin üçüncü tarafların bu hakları ihlal etmesine izin vermemesini belirtmekte, gerçekleştirmek ise yasama organının bunu mali, idari ve hukuki tedbirlerle yerine getirmesi anlamına gelmektedir (ICJ, 2008: 48). Saygı gösterme, devletin herhangi bir olumlu edimini gerektirmez, devletten beklenen bu hakların kullanımına yasaklama veya sınırlama şeklinde müdahaleden kaçınmasıdır. Burada kaynak kıtlığı veya zaman içinde aşamalı olarak gerçekleşme kısıtlılıkları söz konusu değildir (Bodig, 2012: 20). Dolayısıyla, sosyal hakların saygı göstermeyle ilgili boyutları rahatlıkla dava edilebilir bir durumdadır. Sendikal haklar gibi negatif yönü kuvvetli sosyal haklar açısından mahkemelerin yetkinliğinin sorgulanmaması ve sosyo-ekonomik politikaları tasarlama imkânlarının olmayışı dava edilebilirliklerini kolaylaştırmaktadır. Saygı gösterme yükümlülüğü negatif yükümlülüğe yakinken, gerçekleştirme pozitif yükümlülüğe yakındır. Koruma ise ikisinin arasında bir yerde bulunmaktadır (Bodig, 2012: 17). Sosyal haklar, devletin genelde pozitif yükümlülük altında olduğu haklardır. Böyle bir yükümlülük yerine getirilmediği zaman hak sahiplerinin bu haklarından yararlanabilmesi imkânsız olmasa bile çok zorlaşmaktadır.

Anayasa mahkemelerinin hak ve özgürlükler konusunda aktivist tutum takınmalarının, demokrasinin güçlenmesi açısından olumlu olduğunu söylerken, sosyal haklar konusunda mahkemelere kendi kendilerini sınırlamaları tavsiye edilmektedir (Turhan, 2006: 61). Bu yapılmadığı takdirde, devletin sosyal ödevlerini ve ekonomi politikalarını yargının belirlemesi gibi bir durum-

la karşı karşıya gelinebilecektir. Bu görüşte doğruluk payı olmakla beraber unutmamamız gereken nokta; yargının, diğer erkler anayasal sorumluluklarını ve görevlerini yerine getirmedeğinde veya ihmal ettiğinde kendisine açılan davalar yoluyla devreye girmek zorunda kaldığıdır (Wesson, 2012: 240). Sosyal haklara insan hakları olarak değil de program hakları olarak yaklaşılması, yargının politika süreçlerine karışmasına engel olmakla birlikte, yargının herhangi bir müdahalesinin olmaması da sosyal hakların anlamsızlaşmasına neden olmaktadır (O'Connell, 2012: 20). Yargı organlarının sosyo-ekonomik politikaları oluşturmaları diğer erklerin alanına müdahale etmek demektir ama devletten de anayasal sosyal hakları nasıl gerçekleştireceğini göstermesi beklenmektedir. Mahkemelerin, yasama ve yürütmeden daha başarılı şekilde sosyal hakları koruyup, gerçekleştirebilecekleri yönünde bir iddiaları yoktur (Cross, 2001: 920). Asgari bir refah düzeyi sağlamak, sosyal hakları korumak öncelikle yasama ve yürütmenin işidir ama bu görev ihmal edilirse bir diğer güç olan yargının ilgili erklerle görevlerini hatırlatma zorunluluğu vardır. Yargı devlete sosyal hakları yerine getirmekle mükellef olduğunu hatırlatabilir ama bunun nasıl olacağına karışmaması gerekir.

Sosyal hakların dava edilebilirliği sürecinde yargı azami özen göstererek, kişilerin temel ihtiyaçlarını karşılamalarına imkân verip, demokratik süreçlere katılmalarını kolaylaştırırken sosyo-ekonomik politikaları belirleme tuzağına düşmemelidir. Böyle bir yaklaşım, politika yapımını halktan ve onun temsilcilerinden alıp, yargıya vererek yargıçlar devletine doğru bir adım atılmasına neden olabilecektir (Klein, 2008: 374). Bir örnek vermek gerekirse, devletin barınma hakkını sağlamak için yapması gereken kıt kaynakları evi olanların yeniden ev sahibi olmalarını sağlamaktan ziyade hiç evi olmayanların konut sahibi olması yönünde yönlendirmesidir. Elbette bu, yargısal bir karardan ziyade siyasi bir karardır. Burada yargının rolü, siyaseten zayıf ve marjinal konumda olan, dolayısıyla siyasi otorite tarafından talepleri, muhtemelen, çok öncelik taşımayacak olan evsizlerin hakkını koruyabilmesinde yatmaktadır. Mahkemeler, seçilen politikanın meşru bir amaca sahip olup, olmadığını, bu amaç için seçilen araçların uygunluğunu, izlenen politikaların haklar açısından en az sınırlayıcı olup, olmadığını ve elde edilecek yararların kısıtlamanın üstünde bir fayda getirip, getirmeyeceğini denetleyebilirler. Sosyal hakların dava edilebilirliğinde ihlalin etkilerinin boyutu, devlet yükümlülüğünün netliği, devletin ihlale olan katkısı ve kaynaklar açısından mahkeme kararının uygulanabilirliği hususlarında mahkemelerin güvenilirliklerini ve meşruiyetlerini düşünerek dikkatli olmalarında fayda vardır (Langford, 2009a: 37).

Bazı hakların dava edilemez olduğunu söylemek eşitlik ve yaşam hakkının özellikle de toplumun zayıf kesimleri için kullanılamaz hâle gelmesine neden olabilir. Bu açıdan, sosyal hakların korunması ve gerçekleştirilmesinde en te-

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

mel haklardan olan eşitlik veya ayrımcılık yasağı hayati bir öneme sahiptir. İnsan haklarının evrensel, birbiriyle bağlantılı ve ilişkili bir bütün oluşturduğu düşüncesinden hareketle sosyal hakların korunmasının medeni ve siyasi haklar üzerinden sağlanabildiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve BM İnsan Hakları Komitesi (İHK) kararlarında göze çarpmaktadır. AİHM ve İHK kararlarında sosyal hakların medeni ve siyasi haklar için geliştirilen koruma süreçlerinden bütüncül yaklaşım yoluyla yararlandığını görmek mümkündür. Ayrımcılık yasağı, yaşam hakkı, adil yargılanma hakkı gibi ilk kuşak haklar sosyal hakların korunmasında kullanılabilir. ESKHK, kadınlar, yerli halklar, engelliler ve yaşlılarla ilgili kararlarında ayrımcılık yasağından hareket etmektedir. Benzer biçimde Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Yok Edilmesi Sözleşmesi ile Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmeyi denetleyen komiteler de fakirlik, barınma yerinin olmaması gibi konuları ayrımcılık yasağıyla birlikte değerlendirmektedir. İHK, Hollanda aleyhine yapılan üç başvuruda Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşme'sinin (UMSHS) 26. maddesindeki ayrımcılık yasağının ekonomik sosyal ve kültürel haklar için de uygulanabileceğine karar vermiştir (Ulusoy, 2014: 78). Anılan kararlarda sosyal güvenlik hakkı açısından evli kadın/evli olmayan kadın ayrımı yapılmasının ayrımcılık teşkil ettiği görülmektedir. *Zwaan-de Vries/Hollanda* başvurusunda Komite, evli bir kadının işsizlik yardımından yararlanabilmesi için ailenin geçimini sağlayan kişi olduğunu göstermesi şartı aranırken, evli olmadan birlikte yaşayan erkek ve kadınlar için böyle bir şartın aranmamasını Komite 26. madde ihlali olarak değerlendirmişti (O'Connell, 2012: 45). Aynı şekilde, *Gueye ve Diğerleri/Fransa* başvurusunda da aynı maddeden ihlal bulunmuştu. Burada Fransız vatandaşları olup, olmamalarına göre emekli askerlere farklı sosyal yardımlar yapılması eşitlik ihlali olarak görülmüştü (O'Connell, 2012: 46). Komitenin bu kararları insan haklarının bölünmezliğini ve dava edilebilirliğini güçlendirme yönünde adımlar olarak görülebilir.

Tablo 1: Sosyal Hakların Dolaylı Olarak Medeni ve Siyasi Haklarla Korunması

Kullanılan Medeni ve Siyasi Haklar	Korunan Sosyal ve Ekonomik Haklar
Yaşam	Sağlık, Yiyecek, Su, Eğitim
İşkence Kötü ve Alçaltıcı Muamele Yasağı	Sağlık, Konut
Özel ve Aile Hayatının Korunması	Sağlık, konut
Mülkiyet	Sosyal Güvenlik, Konut
Çocuk Korunması	Sağlık, Yiyecek, Eğitim
Örgütlenme	Sendika Kurma, Üye Olma ve Toplu Pazarlık
İkamet ve Dolaşım Özgürlüğü	Konut
Zorla Çalıştırma ve Angarya Yasağı	Çalışma ve Adil Çalışma Koşulları

Kaynak: ICJ, 2008: 72.

Sosyal hakların medeni ve siyasi hakların bir uzantısı veya yansıması olarak dava edilebilmeleri bir dereceye kadar yararlı olmakla birlikte bu hakların ikinci sınıf haklar olduğu anlayışının pekişmesine de neden olabilir. Mesela, sağlık hakkı ile yaşam hakkı arasındaki sıkı ilişkide ağırlığı yaşam hakkına vermek, sağlık hakkının yaşam hakkı içinde görülmesi, onun alt bir kategorisi olarak değerlendirilmesine neden olarak, ayrı bir hak olarak sağlık hakkının yok olması sonucunu doğurabilir (Baxi, 2007: 48). Sağlık hakkının unsurları düşünüldüğünde, bunun sadece yaşam hakkının bir parçası olarak görülmesi doğru olmayabilir. Sosyal hakların gerçekleştirilmesinde medeni ve sosyal hakların sunduğu güvencelerin gerekli olmakla birlikte yeterli olmadığına dikkat çekilmiştir.

Sosyal haklar pek çok yargı sisteminde meşruiyet, yasallık ve dava edilebilirlik sorunlarını son yıllarda aşmaya başlamıştır (Langford, 2009a: 91). Bu konuda öncü adımlar sosyal haklarla ilgili davaların açılabilmesinde sivil toplum örgütlerinin öncülük ettiği hukuki mobilizasyona sahne olan Hindistan'da bazı sosyal hakları yaşam hakkının bir uzantısı olarak değerlendiren Hindistan Yüksek Mahkemesi 1980'li yıllarda atmıştır (Langford, 2009a: 94). Gittikçe artan oranda uluslararası, bölgesel ve ulusal yargı ve yargı benzeri kuruluşlar sosyal hakları dava edilebilir olarak değerlendirmektedir. Hatta

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

kuramsal olarak sosyal hakların dava edilebilirliği tartışmalarının ötesine geçilerek, davalarda mahkemelerce yapılan denetimin esas ve etkili tazmin yollarının ve yerine getirmenin nasıl sağlanacağı konuları öne çıkmaya başlamıştır. (Tushnet, 2013).

Sosyal haklara bakan mahkemeler, nasıl bir yaklaşım veya dava stratejisi izlemektedirler? Bazı ülkelerde mahkemeler sosyal hakların içeriğini belirleyerek, hükümetten bununla ilgili gerekli adımları atmasını beklerler ama hükümete emir vermezler. Bazılarında ise bireyler hükümet politikalarını veya bunların yokluğunu dava edebilirler ama anayasal denetim bunu İdare'nin takdirine bırakmaktadır, ancak bu davranış biçimi sosyal hakları gerçekleştirmede isteksiz veya ihmalkâr bir hükümetin harekete geçirilmesini çok zorlaştırmaktadır (Klein, 2008: 363). Bir diğer yaklaşımda ise belli bir kişiye bir mal veya hizmetin doğrudan sunulmasına karar verilebildiği gibi genel bir uygulamadan haksız yere dışlanan bir grubun bu uygulama kapsamına alınması ve bir sosyal hakkın gerçekleştirilmesiyle ilgili politikaların gözden geçirilmesi kararları da verilebilmektedir. Burada üç şekilde davranabilirler: a) bunun nasıl olacağını belirtmezler ve herhangi bir zaman sınırı koymazlar b) nasıl olacağını söylemezler ama zaman sınırı koyarlar c) Hangi tazmin ve/veya telafi edici mekanizmanın nasıl sunulacağını belli bir zaman süresinde devletten talep ederler (Fabre, 2000: 148). Tushnet, sosyal hakların hiç tanınmaması ve icra emrine dayalı (güçlü-biçim, *strong-form*) denetleme arasında üçüncü yol olarak sosyal haklarla ilgili davalarda zayıf biçim (*weak-form*) denetimi önermektedir (Tushnet, 2008: 227-228). Buna göre, mahkemeler, sosyal hakların gerçekleştirilmesinde ortaya çıkan başarısızlığa veya eksikliğe dikkat çekecek ama telafi etmeyi, çözüm bulmayı İdare'nin takdirine bırakacaktır (Tushnet, 2008: 242). Tushnet, bu denetleme biçimine örnek olarak da Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin ileride değineceğimiz *TAC* ve *Grootboom* kararlarını vermektedir. Bu kararlarda bireysel tazmin veya hak giderimi yoluna başvurulmamıştır.

Tablo 2: Sosyo-ekonomik Hak Telafi ve Tazmin Yollarının Etkileri

Yaklaşım	Mahkemelerin Meşruiyet ve Kapasite Maliyetleri	Mevcut Uygulamayı Değiştirebilme Kapasitesi	Muhtemel Faydalanıcılar
Bireysel Yerine Getirme	Düşük	Bürokratik Davranışı Değiştirmeyecek	Orta ve Üst sınıflar
İptal	İlmli ama Makroekonomik Etkileri Büyük Olabilir	Yasaları İptal Edip, Statükoyu Korur	Orta ve Üst sınıflar
Zayıf Biçim Yerine getirme	Düşükten Ortaya Doğru	Herhangi bir Değişikliğe Neden Olmuyor	Fakirleri Hedefleyebilir
Yapısal Uygulama	Yüksek	Bürokratik Davranışı Değiştirebilir	Düşük Gelir Gruplarını Hedefleyebilir

Kaynak: Landau, 2012: 201.

Sosyal hakların dava edilebilirliğinin ne gibi sonuçlar doğurduğu konusunda yapılan çalışmalarda da temel eşitsizlik, fakirlik ve hak ihlallerine kesin çözüm sunmadığı ve doğrudan bir sosyal dönüşüme neden olmadığı sıklıkla dile getirilmektedir (Hirschl, 2014: 185; Yusuf, 2012: 791). Sosyal hakların yargı önünde ileri sürülmesinin fakirlerden ziyade, hukuki süreçlere ve bilgiye erişebilirlik imkânları çok daha fazla olan orta ve üst sınıfların lehine olduğu, özellikle Latin Amerika ülkelerini kapsayan araştırmalarda gösterilmiştir (Gloppen, 2009: 479). Sosyal hakların dava edilebilirliğinin zayıf toplumsal kesimler için gerekli ama yeterli olmayan bir çözüm olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü insan haklarının bireyciliğe dayanan temellerini göz önüne alırsak sosyal hakların dava edilebilirliği yapısal sorunlara bireysel çözüm arama ile eş anlamlıdır (Boucobza vd., 2012: 90).

Sosyal hakların anayasal denetiminde ortaya çıkan en önemli sorun güçler ayrılığı ilkesinin tahribata uğrayacağı endişesidir. Sosyal hakların zayıf-biçim anayasal denetime tabi tutulmasının güçler ayrılığına uygun düştüğü ifade edilmiştir. Zayıf-biçim anayasal denetimde mahkeme sadece hak ihlalini tespit ederek, bunun nedenlerini, nasıl giderilmesi gerektiğini tartışmaktan kaçınır. Yargı, hakları etkili kılacak kadar aktivist, meşruiyet sorunlarına neden olmamak ve diğer erklerin alanına girmemek şeklinde kendisini sınırlayıcı

bir tutum takınmalıdır (Yusuf, 2012: 789). Yargıçların kaynak dağılımından kaynaklanan adaletsizliklere çözüm bulacak, adil ve eşitlikçi bir toplum yaratacak filozof-kral olmadıkları akıldan hiç çıkarılmamalıdır (Cross, 2001: 923). Diğer taraftan, sosyal hakların biçimsel usulü güvencelere indirgenerek madde esasa ilişkin hakedişlerin ihmal edilmesi veya tamamen İdarenin takdirine bırakılması da kendi içinde ciddi sorunlar taşımaktadır (O’Connell, 2011: 533).

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi: Uzun İnce Bir Yol’da Tek Başına

UESKHS’nin denetiminden sorumlu olan ESKHK’nin bu işlevi çok yakın bir zamana kadar taraf devletlerin Sözleşme’de tanınan hakların yerine getirilmesi konusunda yaptıklarını anlattıkları raporlama sistemi ile sınırlıydı. Sözleşme’nin taraf devletlere getirdiği yükümlülükleri tanımlamada oldukça dikkatli davranan Komite, devletin herhangi bir eyleminin veya eylemsizliğinin Sözleşme’ye aykırı olduğunu nadiren rapor etmekte olduğundan, bu denetim şekli, şu ana kadar, etkili sonuçlar doğurmamıştır (Ssenyonjo, 2011: 975). Dolayısıyla İHK denetimine benzer bir bireysel başvuru yolu açılması için gösterilen çabalar 2008’de sonuca ulaşarak bir Ek Protokol kabul edilmiş ve 5 Mayıs 2013’de yürürlüğe girmiştir.⁴ Bu bireysel başvuru sistemi somut ihlal tespiti yapılabilmesine imkân tanıyacaktır.⁵ Aralık 2014 itibarıyla Ek Protokol çerçevesinde üç bireysel başvuru yapılmıştır.⁶ Diğer taraftan, bireysel ya da toplu şikâyetlere dayanan ancak yargısal olmayan denetim yöntemlerinin genelde etkisiz sonuçlar doğurduğuna işaret eden Komite, kaynak dağıtımını gerektiren her konunun siyasi bir konu olarak nitelendirilip mahkemelerin alanı dışında bırakılmasını eleştirerek bunun toplumun en zayıf kesimlerinin haklarını korumada mahkemelerin kapasitesini zayıflattığına işaret etmiştir (Uyar, 2006: 195). Komite, 9 Sayılı Genel Yorumunda belli sosyal hakların ye-

4 Protokol, 2 Şubat 2015 itibarıyla 45 devlet tarafından imzalanarak bunlardan 17 tanesi tarafından onaylanmıştır. Türkiye bu Protokol’ü henüz imzalamamıştır. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en, erişim tarihi 3 Şubat 2015.

5 Her ne kadar çalışmamız Türkiye’yi kapsamasa da sosyal hakların anayasa yargısı düzeyinde dava edilebilirliğinde 23 Eylül 2012’den beri ülkemizde uygulanan anayasa şikâyeti/bireysel başvuru önemli bir rol oynayabilir. Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bireysel başvuruların konusu AİHS kapsamındaki haklarla sınırlı olduğundan ilk bakışta bu yolun sosyal haklara kapalı olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte AİHM gibi Türk Anayasa Mahkemesi de yansıtma yoluyla sosyal hakları bireysel başvuru kapsamındaki haklar üzerinden inceleyebilir. Bu konuda güncel bir çalışma için bkz. Tolga Şirin, “Bir İhtimal Daha Var O Da Ölmek mi Dersin: Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler”, VI. Sosyal İnsan Hakları Sempozyumu, 2014, ss. 341-366.

6 <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/PendingCases.aspx>, erişim tarihi 3 Şubat 2015.

rine getirilmesinde mahkemelerin her zaman en uygun ortamlar olamayacağını kabul etmekle birlikte yargı yolu olmadan da bu hakların etkili olarak gerçekleştirilmesinin çok zor olduğuna dikkati çekmiştir.

ESKHK, yaptığı genel yorumlarla sosyal hakların somutlaştırılmasında öncü bir işlev görmektedir. UESKHS'nin 2. maddesinin birinci fıkrası, sosyal hakların mali kaynaklara bağlı ve aşamalı olarak gerçekleştirilebilecek haklar olduğunu düzenleyerek, taraf devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. UMSHS'deki derhal gerçekleştirme ile karşılaştırıldığında aşamalı gerçekleştirmenin daha esnek ve gevşek bir yükümlülük getirdiği söylenebilir de, ESKHK'nin 3 Sayılı Genel Yorumu bunu reddetmiştir. Komite, devletlerin içinde bulundukları ekonomik ve sosyal gelişme seviyesi çerçevesinde önceliklerini tespit ederek Sözleşme'deki hakları aşamalı olarak gerçekleştirmelerini kabul etmekle birlikte aşamalı gerçekleştirilmeyi beklemeyip, derhal yerine getirilmesi gereken asgari öz/çekirdek (*minimum core*) yükümlülükler belirlemiştir (Ssenyonjo, 2011: 977). Bu yaklaşım medeni ve siyasi hakların sınırlandırılmasında kullanılan hakkın özüne dokunmama ilkesinin bir yansıması olarak geliştirilmiştir. Medeni ve siyasi haklar alanı için geliştirilen hakkın özü kavramı, hakkın sınırlandırılmasının ölçütü olarak kullanılırken, asgari öz/çekirdek yükümlülükler sosyal haklar açısından hakkın olmazsa olmazı olarak görülmektedir. Asgari öz/çekirdek üç farklı şekilde yorumlanabilir (Young, 2008: 116). İlk olarak asgari özün sosyal hakların mutlak bir temelini oluşturduğu ve buradan hareketle, insan haysiyeti, eşitlik, özgürlük ve temel ihtiyaçlarla ilişkili olduğu söylenebilir. İkinci olarak bu yaklaşım tüm sosyal tarafların ve devletin asgari olarak yerine getirilmesi hususunda üzerinde anlaşıldığı bir düzey anlamında kullanılabilir. Son olarak da hakkın kendisinden ziyade haktan kaynaklanan yükümlülükleri ifade ettiği iddia edilebilir (Young, 2008: 124). ESKHK genel yorumları ile Sözleşmede yer alan çeşitli hakların getirdiği asgari öz/çekirdek yükümlülükleri belirleyerek, taraf devletlerin yerine getirmekten kaçınamayacağı, gerçekleştirilmemelerinin hiçbir şekilde haklı görülemeyeceği asgari öz/çekirdek yükümlülük alanları oluşturmuştur (Ertan, 2014: 85).

Komite, 3 Sayılı Genel Yorumunda Sözleşme'nin 2. maddesinin birinci fıkrasının taraf devletlere, "Sözleşme'de tanınan hakları mevcut kaynakları ölçüsünde giderek artan bir şekilde tam olarak gerçekleştirmek için", gerekli tedbirlerin alınması yükümlülüğünü getirdiği vurgulanmıştır (Uyar, 2006: 140). Aşamalı olarak sağlama kavramı ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kısa bir sürede gerçekleştirilemeyeceğinin kabul edildiğine işaret etmektedir. Komite'ye göre bu ibare hakların giderek artan bir şekilde gerçekleşmesi yükümlülüğünün içinin boşaltılacak şekilde değil, Sözleşme'nin genel hedefi olan hakların tam olarak gerçekleşmesini sağlamak amacı doğrultusunda yorum-

lanmalıdır (Uyar, 2006: 140). Taraf devletlerden beklenen imkânları ölçüsünde aşamalı olarak yükümlülüklerini gerçekleştirmeleridir. Öte yandan, Komite, yoğun kaynak kullanımına ihtiyaç duymayan kadın-erkek eşitliği, eşit işe eşit ücret, örgütlenme özgürlüğü, çocukların korunması, emek hakları ve eğitim konularındaki hakların derhal uygulanabilir olduğunu ifade etmiştir (Uyar, 2006: 138). Örneğin, ESKHK eğitim hakkıyla ilgili yaptığı 13 Sayılı Genel Yorum'da ayrımcılığa maruz kalmamanın zaman içinde gerçekleşen veya kaynakların tahsisine bağlı olmayan, derhal yerine getirilmesi gereken bir hak olduğunu vurgulamıştır.

Asgari öz/çekirdek yükümlülükler kavramsallaştırmasıyla Komite, Sözleşme yükümlülüklerini mevcut kaynaklar ve aşamalı gerçekleştirmeye bağlayan kısıtlılıkları azaltmakta, taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip, getirmediklerini tespit etmeyi kolaylaştırmakta ve medeni ve siyasi haklarda olduğu gibi UESKHS'de de hakkın yerine getirilmemesinin sınırını çizebilmektedir (Ertan, 2014: 92-3). Asgari öz/çekirdek kavramının temelinde bazı ihtiyaçların karşılanmasının diğerlerine göre aciliyet ve öncelik taşıdığı düşüncesi yatmaktadır. Mesela, evsiz olup, sokaklarda yaşayanlar için bir barınma imkânı sunmak barınma hakkının asgari özünü oluşturmaktadır. Komite, Sözleşme yükümlülüklerinin derhal yerine getirilmemesini meşrulaştıran kaynakların elverişliliği ve aşamalı gerçekleştirme şartlarının sınırlarını daraltmıştır. Bir taraf Devletin asgari öz/çekirdek yükümlülüklerini yerine getirmemesini mevcut kaynakların yetersizliğine bağlayabilmesi için o devletin yetki alanı dâhilindeki tüm kaynakları kullanmak için her türlü çabayı harcadığını göstermesi gerekmektedir (Uyar, 2006: 140).

Komite için, Sözleşme, en azından asgari öz/çekirdek yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi şeklinde okunmadığında, varlık nedeninden büyük ölçüde yoksun kalacaktır. Komite faaliyetlerinde sosyal haklar için iki temel asgari düzey öngörmektedir. Bunlardan ilki asgari öz/çekirdek yükümlülüklerken, ikincisi bu hakların haysiyetli bir yaşam için gerekli olan yeterlilik düzeyinde karşılanmasıdır (MacNaughton, 2013: 284). Hakkın asgari özü/çekirdeği somutlaştırılabildiğinde sorulacak en temel sorulardan biri asgari özün/çekirdeğin hak sahibinin temel ihtiyaçlarını karşılayıp, karşılayamadığıdır. Bu soru gerekli ama yeterli olmayan bir yaklaşımı simgelemektedir. Sorunun aslında insan olmak ne anlama gelir, haysiyetli bir yaşam sürdürmek nedir şeklinde genişletilmesi uygun olacaktır (Young, 2008: 133). Asgari özün/çekirdeğin sadece biyolojik veya fiziksel anlamda hayatta kalmaya yetecek temel ihtiyaçlara odaklanması sorunlu bir bakış açısidir, çünkü hakların temelinde yattığı kabul edilen insan haysiyetini gözardı etmektedir. Sokakta yaşayan, karnını zar zor doyurabilen birinin yaşamının insan haysiyetine uygun olduğunu söylemek herhalde mümkün değildir. Kısacası, asgari öz/çekirdek

temel biyolojik ihtiyaçların yanısıra insan haysiyetine uygun bir yaşamın sağlanması için gerekli en az düzeyi de kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır.

Hakkın asgari özüne vurgu yapmak asgari fiziksel varlığın güvence altına alınması şeklinde anlaşılırsa UMSHS ve UESKHS'nin başlangıçlarında güvence altına alınan hakların insan haysiyeti için gerekli olduğuna dair yaklaşım da zayıflamış olacaktır. Çünkü İkiz Sözleşmelerin ve İHEB'nin amacı sadece asgari düzeyde bazı hakları korumak değildir (MacNaughton, 2013: 281). Mesela UESKHS, 2(1). maddede "...mevcut kaynakların azamisini kullanarak... hakların tam olarak kullanılmasını...", 11(1). maddede "...yaşam koşullarını sürekli geliştirme...", 12(1). maddede, "...ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına..." ve 13(1). maddede, "...eğitimin, insanın kişiliğini ve onur duygusunun tam olarak gelişmesine yönelik olacağı..." ibarelerine yer vermektedir. Bunlara dikkatli bakıldığında, Sözleşme'nin içinde yer alan hakları asgari düzeyde değil daha ileri bir seviyede gerçekleştirmek amacı taşıdığını rahatlıkla söyleyebiliriz, çünkü "azamisini kullanarak", "sürekli geliştirme", "ulaşılabilecek en yüksek", "tam olarak gelişmesine" ibareleri buna işaret etmektedir. Bütün bunları dikkate alıp bir örnek vermek gerekirse barınma hakkı sadece hava koşullarından korunmayı sağlayacak bir asgariliği değil, güvenlik, mahremiyet ve diğer sosyal işlevleri karşılayacak bir düzeyi de içermelidir. Nitekim bu durumu dikkate alan ESKHK de asgari öz/çekirdek yükümlülükler yerine sadece öz/çekirdek yükümlülükler kavramını kullanmaya başlamıştır (Young, 2012: 75).

Bir sosyal hakkın dava edilebilir olması için en azından asgari özünün/çekirdeğinin belli bir belirlilik ve kesinlik içermesi yararlı olacaktır. Öte yandan, sırf dava edilebilirliği göreceli olarak kolay diye sosyal hakların asgari özünün/çekirdeğinin vurgulanmasının bu hakların negatif yönlerini öne çıkarırken, pozitif yükümlülükler boyutunu ikinci plana atma riski içerdiği de iddia edilmiştir (Young, 2008: 161). Asgari özün/çekirdeğin vurgulanması, bu özün sağlanması hâlinde hakkın tamamen gerçekleştirildiği anlamına gelmemelidir ama uygulamada böyle bir tehlike mevcuttur. Asgari özün/çekirdeğin ne olduğu haktan hakka değişebilmektedir ve her hak için belirlenebilmesi çeşitli güçlükler içermektedir. Mesela eğitim hakkının asgari özünün/çekirdeğinin herkese ücretsiz zorunlu temel eğitim olduğu üzerinde bir uzlaşma oluşmuştur ama sağlık hakkının asgari özünün/çekirdeğinin ne olduğu hususunda bir mutabakata ulaşmak kolay değildir. Sağlık veya sosyal güvenlik haklarında kimin en kötü durumda olduğu veya önceliği hak ettiğini tespit etmek çok zordur. Örneğin, sağlık hakkının asgari özünü/çekirdeğini sağlık hizmetlerine erişim oluşturmakla birlikte, ciddi sağlık sorunları olanlar için pahalı tedavi olanaklarının sürekli erişilebilir olması da sağlık hakkının asgari özünü/çekirdeğini pekâlâ oluşturabilecektir. Asgari öz/çekirdek durağan, değişmez

bir özellik taşımayıp, yeni gelişmeler ve durumlarla değişebilir. Asgari özün/çekirdeğin evrensel bir nitelik taşıyıp, taşımadığı da ayrı bir tartışma konusudur. Açıktır ki zengin bir ülkedeki herhangi bir sosyal hakkın asgari özü/çekirdeği ile fakir bir ülkedeki aynı hakkın asgari özü/çekirdeği farklı olabilecektir.

ESKHK 2007'de taraf devletlerin mümkün olabilen kaynakların azami düzeyde tahsisi için gerekli önlemleri alıp, almadığının tespiti için bazı ölçütler geliştirmiştir. Bunlar arasında aşağıdakileri sayabiliriz: Devlet tarafından alınan tedbirler yeterli ve makul mü? Kaynakların tahsis edilip, edilmemesi uluslararası insan haklarına uygun mu? Belli sosyal ve ekonomik hakların geliştirilmesi hedefi var mı? Devlet takdir yetkisini ayrımcılığa yol açmayacak şekilde kullanıyor mu? Hakkı en az düzeyde ihlal edecek alternatif politikaların varlığı tartışılmış mı? Mağdur birey ve grupların durumu ayrıntılı olarak ele alınmış mı? (Kaguongo, 2012: 102). Komite, sosyal haklarla ilgili yükümlülüklerin taraf devletlerce yerine getirilip, getirilmediğinin belirlenebilmesi için yeterlilik, temin edilebilirlik, erişilebilirlik ve kalite temelli bazı uluslararası göstergeler oluşturmaya çalışmakta ama veri toplama sistemlerinin eksik ve zaman alıcı olması ve ülkelerin bu konulardaki farklılıkları, karşılaştırılabilir uluslararası standartların oluşturulmasını zorlaştırmaktadır (Welling, 2008: 950-51).

Medeni ve siyasi haklar gibi sosyal haklar da mutlak olmayıp, sınırlandırılabilir. ESKHK iktisadi kriz, silahlı çatışma, doğal afetler ve genel kalkınmışlık düzeyini kaynakların varlığını etkileyen ve gerektiğinde hakların geriye götürülmesine neden olacak tedbirler alınmasını meşrulaştıracak gerekçeler olarak değerlendirmektedir (Müller, 2009: 588). UESKHS 4. madde ekonomik, sosyal ve kültürel haklarda sınırlamalar getirilebileceğini ama bunu yapmak isteyen taraf devletin bu sınırlamaların genel refahı geliştirmek amacıyla yapıldığını göstermesi gerektiğini belirtmektedir. Kamu düzeni ve genel ahlak gibi sınırlama nedenleri genel refahı geliştirmek kavramının içinde değerlendirilmemektedir (Müller, 2009: 600). Sınırlamaların ölçülülük ilkesine uygun olarak hukuki bir temele dayanmaları, şeffaf ve erişilebilir olmaları, hakkın asgari özü/çekirdeği ile çatışmamaları, sınırlamayla sağlanmak istenen genel refahı arttırmak amacıyla orantılı olmaları ve demokratik toplum düzeni için gereklilik ölçütlerini karşılaması beklenmektedir. Nitekim sağlık hakkıyla ilgili 14 Sayılı Genel Yorum'da Komite, asgari öz/çekirdek yükümlülükleri geriye götürecek şekildeki tedbirlerin alınmasının kabul edilemez olduğuna işaret etmiştir (Uyar, 2006: 238). Hükümetlerin, ekonomik durgunluk ve kriz dönemlerinde sosyal hakların gerçekleştirilmesinde geriye götürücü sonuçlar doğuracak tedbirlerinin UESKHS ile uyumlu sayılabilmesi için ESKH bir dizi ölçüt geliştirmiştir. Bu ölçütler Komite başkanınca taraf devletlere 2012'de ile-

tilen bir mektupta belirtilmiştir. Buna göre, tedbirlerin sadece kriz dönemiyle sınırlı geçici bir tedbir olması, uygulanmamasının uygulanmasıyla karşılaştırıldığında sosyal haklara daha çok zarar vermesi ve ayrımcılık doğurmaması gerekmektedir (Nolan, Lusiani ve Courtis, 2014: 137).

ESKHS'nin yargı benzeri bir organ olması yaptığı denetimin ve geliştirdiği Genel Yorumların yeterince etkili olmasının önünde önemli bir engel teşkil etmektedir. Bu nedenle yargı organlarının sosyal hakları nasıl değerlendir-
dikleri ayrı bir önem kazandığından bundan sonraki iki bölümde ulusüstü ve ulusal mahkemelerin sosyal haklara bakışı incelenecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Sosyal Haklar: Bir Mehteran Yürüyüşü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) medeni ve siyasi hakları esas alan bir sözleşme olmakla birlikte, Başlangıç kısmında, Sözleşme'nin, İHEB'de dile getirilen özgürlükleri somut hâle getirmeyi hedeflediği de belirtilmiştir. İHEB'in sosyal hakları da kapsadığını düşünürsek, AİHS'in Başlangıcında-
ki bu ibareden dolayı sosyal hakların korunmasına kapısının açık olduğunu söyleyebiliriz. Sözleşme'ye baktığımızda 11. maddede yer alan örgütlenme özgürlüğü kapsamındaki sendika, Ek.1. Protokolün 1. maddesindeki mülkiyet ve 2. maddesindeki eğitim haklarını sosyal hak olarak nitelendirebiliriz. Mülkiyet ve sendika haklarının geleneksel haklar içinde de değerlendirildiğini göz önüne alırsak, eğitim hakkı Sözleşme'deki tek sosyal olarak da görülebilir. AİHS kapsamındaki eğitim hakkı temelde devletin negatif yükümlülüğünü vurgulamaktadır. Öte yandan, sosyal hakların esas olarak ASŞ ve GGASŞ⁷ kapsamı içinde olması, AİHM'in bu haklarla ilgili içtihat geliştirmesinde, son yıllara kadar çekingen davranmasının temel nedenlerinden biri olmuştur (Marguenaud, 2012: 222).

AİHM'nin sosyal hakların Sözleşme'deki yeri ile ilgili en önemli ilk kararlarından biri *Airey/İrlanda*⁸ davasıdır. Burada Mahkeme, medeni ve siyasal hakların birçoğunun ekonomik ve sosyal düzene de etkileri olduğunu söyleyerek “ekonomik ve sosyal haklar alanını Sözleşme alanından ayıran su geçirmez, sızdırmaz bir duvarın olmadığını” vurgulamıştır. Sosyal hakların dava edilebilirliği ve insan haklarının bölünmezliğini, birbirlerine bağımlılığını belirten bu karar uygulamada çok fazla sonuç doğurmamıştır. Hatta, bir

7 GGASŞ'nın denetimini Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (ASHK) siyasi ve yarı yargısal bir tarzda gerçekleştirmektedir. ASHK'nın bir mahkeme olmaması yaptığı denetimin etkisini azaltmaktadır. 1998'de yürürlüğe giren ve toplu şikayete dayanan yarı yargısal mekanizma ise henüz etkili olamamaktadır. Türkiye GGASŞ'yi 2004'de imzalayıp, 2007'de onaylamış ama toplu şikayet prosedürünü henüz kabul etmemiştir.

8 *Airey/İrlanda*, Başvuru no: 6289/73, Karar tarihi: 9 Ekim 1979.

yabancınn hastalığının gerektirdiği tedaviyi sağlama imkanı olmayan kendi ülkesine geri gönderilmesi ile ilgili *N/Birleşik Krallık*⁹ kararında AİHM, “her ne kadar kendisinin ilan ettiği hakların ekonomik ve sosyal düzende etkileri olsa da, Sözleşme aslen medeni ve siyasi hakları korumayı amaçlamaktadır” diyerek *Airey* kararından sapma yönünde kuvvetli eğilimler göstermiştir (Mantouvalou, 2009: 839). AİHM, sosyal haklarla ilgili başvurularda Sözleşme’nin ne güvence sunduğundan ziyade neyi güvence altına almadığını sık sık vurgulamaktadır (Leijten, 2013: 113). Bu bağlamda, Sözleşme’nin bedava konut, temiz çevre, bedava sağlık yardımı, çalışma hakkı ve belli bir yaşam seviyesini sürdürmek için mali yardım talep etme gibi sosyal hakları güvence altına almadığını hatırlatmaktan kaçınmayarak önemli ölçüde kaynak tahsisi gerektiren konularda devletlerin takdir alanının geniş olduğunu ısrarla belirtmektedir.¹⁰ Bununla beraber AİHM’in sosyal haklar kapsamında görülebilecek başvuruları değerlendirmeye aldığını ve Sözleşme’de bulunmayan sosyal güvenlik hakkını 6., 14. ve Ek.1. Protokol’ün 1. maddesine dayanarak oluşturduğunu belirtmeden de geçmemek gerekir (Palmer, 2009: 399).

AİHM ve öncülü Komisyon kararlarında AİHS 1. maddesindeki hakları tanıma ödevinin taraf devletlere yalnızca negatif yükümlülükler değil aynı zamanda pozitif yükümlülükler de getirdiği yerleşik bir içtihat haline gelmiştir. Bu yaklaşım sayesinde AİHM sosyal haklara dolaylı da olsa bir koruma sağlayabilmektedir. Devletler doğrudan veya dolaylı olarak bir sosyal hakkın ihlaline neden olabilecekleri gibi, hareketsizlikleri de böyle bir hak ihlaline yol açabilir. AİHM burada genellikle 2., 3., 6., 8. ve 14. maddeler ile Ek 1. Protokol 1.madde kapsamında bir denetim yapmaktadır. AİHM pozitif yükümlülükleri, Sözleşme’nin 2(1)., 3., 6.ve Ek 1. Protokol’ün 3. maddelerindeki düzenlemelerden çıkarmaktadır (Harris vd., 2014: 22). Sözleşme’deki diğer maddelerle de ilgili olarak pozitif yükümlülükler türetebilen Mahkeme, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların kullanılabilmesi için gerekli maddi ve hukuki şartların sağlanması amacıyla pozitif yükümlülükleri içtihatlarında kullanmaktadır (Harris vd., 2014: 22-3).

Komisyon döneminde Sözleşme’de negatif boyutuyla düzenlenen eğitim hakkının pozitif yükümlülükler de getirdiği yönünde kararlar mevcuttur. Örneğin *Kıbrıs/Türkiye*¹¹ davasında Komisyon, Kuzey Kıbrıs’ta yaşayan Rum çocuklar için ilköğretim imkânları sunulmasına rağmen bu çocukların ken-

9 *N/Birleşik Krallık*, Başvuru no: 26565/05, Karar tarihi: 27 Mayıs 2008.

10 Bkz, *Fadeyeva/Rusya*, Başvuru no: 55723/00, Karar tarihi: 9 Haziran 2005; *Kyrtatos/Yunanistan*, Başvuru no: 41666/98, Karar tarihi: 22 Mayıs 2003; *Chapman/Birleşik Krallık*, Başvuru no: 27238/95, Karar tarihi: 18 Ocak 2001; *Pancenko/Letonya*, Başvuru no: 40772/98, Karar tarihi: 28 Ekim 1999, §2. Bu ve bundan sonraki AİHM kararları, aksi kaynak gösterilmedikçe, HUDOC veri tabanından alınmıştır.

11 *Kıbrıs/Türkiye*, Başvuru no: 25781/94, Karar tarihi: 10 Mayıs 2001, §277, 278, 292.

dilerine uygun Rumca eğitim yapılan ortaokullarının bulunmadığından hareketle Ek 1. Protokolün 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu karar esasında lâfzî olarak negatif yükümlülük getiren ilgili maddenin pozitif yükümlülükler de getirdiğini kabul etmektedir, çünkü Komisyon Türkiye üzerinden KKTC makamlarından yukarıda belirtilen şekilde eğitim verilen ortaokullar açılmasını talep etmiş olmaktadır.

Devletin pozitif yükümlülüğü, Sözleşme'nin bireyler arasındaki özel ilişkilerde de uygulanabileceği yaklaşımını kapsayacak şekilde "yatay etki" de doğurmaktadır. Sözleşme'nin özel kişiler üzerindeki etkisi devletin pozitif yükümlülükleri üzerinden incelenebilmektedir. Örneğin *Botta/İtalya*¹² davasında engelli bir başvuru, engelli kişilerin plaja ve denize ulaşması konusunda gerekli özeni göstermeyen özel işletmecinin ihmaline karşı Devletin bunu gidermek üzere tedbir almamasının Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini öne sürmüştü. Mahkeme, kararında kişinin özel ve/veya aile hayatına saygı hakkının korunmasında devletin pozitif yükümlülükler taşıdığını kabul ettiği bir dizi kararına atıf yapmakla beraber, Bay Botta'nın normalde yaşadığı yerden uzakta tatilleri sırasında plaja erişim hakkı olduğunun kabulünün kişiler arasındaki son derece geniş ve belirsiz ilişkilere devletin müdahalesi anlamına geleceğine işaret etmiştir. Devletten alması istenen tedbirlerle özel plaj işletmeleri ve başvuruçunun özel hayatı arasında doğrudan bir bağ olmadığını ifade eden Mahkeme, başvuruyu 8.madde kapsamında görmemiştir.

AİHM, Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşam hakkını genelde güvenlik kuvvetlerince yasa dışı öldürmelerin önlenmesi şeklinde yorumlamaktadır. Kamu sağlığı ve refahı bu madde içinde zaman zaman yorumlanmaktadır. Komisyon döneminde verilen *X/İrlanda* ve *Association X/Birleşik Krallık* kararlarında sağlık hakkı ile yaşam hakkı arasında bir ilişki kurulmakla birlikte ayrıntılı olarak incelenmemiştir (Palmer, 2007: 67). Daha sonraki *LCB/Birleşik Krallık* davasında başvuruçunun sağlığına yönelik çevresel tehlikeler konusunda uyarılmamasında her ne kadar Sözleşme'nin 2.maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varılsa da devletin yaşam hakkını korumak için uygun önlemler alma anlamında pozitif yükümlülükleri olduğuna dikkat çekilmişti (Palmer, 2007: 67). Buna karşılık, yeterli gıda ve ısınma olanaklarının sunulmadığı, engelli çocukların barındığı bir bakımevinde birkaç çocuğun açlıktan ve soğuktan ölmesiyle ilgili olan *Nencheva*, davasında AİHM Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşam hakkının ihlal edildiği kararı vermişti.¹³ Burada Mahkeme kişinin asgari varlığını tehlikeye sokacak gıda ve ısınma eksikliklerini yaşam hakkı kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlali olarak değerlendirmişti.

12 *Botta/İtalya*, Başvuru no: 21439/93, Karar tarihi: 24 Şubat 1998, §34, 35.

13 *Nencheva vd/ Bulgaristan*, Başvuru no: 48609/06, Karar tarihi: 18 Haziran 2013.

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

Tutuklu ve mahkûmların sağlık hizmetlerine erişiminde devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği durumlarda da AİHM 3. madde kapsamında inceleme yaparak ihlal verebilmektedir (Palmer, 2007: 71). Bir başvuruda, ciddi hastalığı olan bir göçmenin tedavi imkânlarının kısıtlı olduğu kendi ülkesine sınır dışı edilmesinde 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştı.¹⁴ Bu ve benzeri kararlarda Mahkeme, Sözleşme'nin ücretsiz sağlık hakkına yer vermediğini ve önleyici tıbbi hizmetler bakımından da pozitif yükümlülükler getirmediğini açıkça ifade etmekten de geri kalmamıştır.¹⁵ Çok ağır bir mağduriyet ortaya çıkmadıkça Mahkeme, sağlık hakkıyla ilgili konularda müdahil olmaktan kaçınarak insan haysiyetiyle uyuşmayacak derecede fiziksel ve zihinsel sağlığa zarar verilmesi durumlarında mali destek sunulması anlamında pozitif yükümlülüklerden bahsedebilmektedir.¹⁶

Öte yandan, Komisyon döneminde çocuklarıyla yalnız yaşayan ve psikolojik sorunları nedeniyle düzenli bir işte çalışamayan kadın başvurusunun evinin ısınmasını sağlayan elektriğin borcundan dolayı kesilmesi AİHS 3. madde kapsamında insanlık dışı muamele olarak değerlendirilmiş ama maddenin aradığı şiddet eşiğinin aşılmadığı belirtilerek başvuru kabul edilemez bulunmuştu (Öncü, 2011: 295). Bununla birlikte Komisyon'un, belli bir standardın altındaki yaşam şartlarını 3. madde kapsamında değerlendirmesi, bu maddenin sosyal hakların korunmasında kullanılabileceğinin ipuçlarını vermektedir. Benzer şekilde *Larioshina/Rusya*¹⁷ ve *Budina/Rusya*¹⁸ kararları kabul edilemezlikle sonuçlansa da Mahkeme, emekli aylığı veya diğer herhangi bir sosyal yardımın miktarı ile ilgili bir şikâyetin insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak AİHS 3. maddesi kapsamında değerlendirilebileceğine işaret etmişti. Nitekim *M.S.S/Belçika ve Yunanistan*¹⁹ başvurusunda bir mültecinin yetkililerin ilgisizliği ve görevlerini ihmal etmesi sonucunda birkaç ay boyunca temel ihtiyaçlarını karşılayamadan sokakta yaşamak zorunda bırakılmasını AİHM 3. madde ihlali olarak yorumlamıştır.

AİHM, 8. maddedeki özel hayata ve konuta saygı hakkının sağlıklı ve korunmuş bir çevreye sahip olma hakkını da kapsadığını ve devletin pozitif yükümlülükleri olduğunu belirtmiştir. Bu konudaki davalardan biri olan *Öner-yıldız*²⁰ başvurusunda belediye tarafından kullanılan bir çöp dökme alanındaki patlamanın neden olduğu ölüm olayında yaşam hakkının ihlal edildiği

14 *D/Birleşik Krallık*, Başvuru no: 30240/96, Karar tarihi: 2 Mayıs 1997. Benzer bir başvurudaki farklı karar için bkz. dipnot 6.

15 *Shelley/Birleşik Krallık*, Başvuru no: 23800/06, Karar tarihi: 4 Ocak 2008; *Hristozov vd./Bulgaristan*, Başvuru no: 47039/11 ve 358/12, Karar tarihi: 13 Kasım 2012.

16 *Budina/Rusya*, Başvuru no: 45603/05, Karar tarihi: 18 Haziran 2009.

17 *Larioshina/Rusya*, Başvuru no: 56869/00, Karar tarihi: 23 Nisan 2002.

18 *Budina/Rusya*, Başvuru no: 45603/05, Karar tarihi: 18 Haziran 2009.

19 *M.S.S/Belçika ve Yunanistan*, Başvuru no: 30696/09, Karar tarihi: 21 Ocak 2011.

20 *Öner-yıldız/Türkiye*, Başvuru no: 48939/99, Karar tarihi: 30 Kasım 2004.

sonucuna varan AİHM, resmi makamların insanların hayatını güvence altına almak hususunda pozitif yükümlülükleri olduğunu bir kez daha vurgulamıştır. İlginç olan nokta, Mahkemenin çöplüğün patlaması tehlikesine karşı alınabilecek tedbirlere değinmesi ve bunun Türk Anayasasının 65.maddesine aykırılık teşkil etmeyeceğini söylemesidir.²¹

AİHM'e göre, ağır çevre kirliliği kişilerin sağlığını ciddi bir biçimde tehlikeye sokmaksızın da, bireylerin esenliğini etkileyip özel ve aile yaşamları üzerinde olumsuz sonuçlar doğuracak şekilde konuta saygı hakkından yararlanmalarını engelleyebilir. AİHM *Guerra vd./İtalya*²² davasında, etrafında yaşayanlar için ciddi bir risk oluşturan bir kimya tesisinin bu durumuyla ilgili olarak ilgili makamların kaza riskini azaltmada ihmalleri olduğu gerekçesiyle devletin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkından doğan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle 8. maddenin ihlal edildiğini tespit etmiştir. Benzer bir konusu olan *Lopez Ostra/İspanya*²³ davasında başvuru, evinin sadece birkaç metre ötesinde bulunan atık su işleme ünitesinde Belediye'nin gereken önlemleri almadığını belirtmiştir. Burada Mahkeme, bireysel ve toplumsal çıkarlar arasında dengenin gözetilmesi çerçevesinde başvuruyu ele alarak başvuru hakkının yararı ile kasabanın ekonomik refahı arasında adil bir dengenin gözetilmediği sonucuna ulaşmıştır.

*Marzari/İtalya*²⁴ başvurusunda engelli bir kişinin durumuna uygun hâle getirilmiş konutuna el konulmuş ve bu kişiye engelliliğine uygun yeni bir konut verilmemişti. AİHM, 8. maddenin kişiye konut sorunlarının devlet tarafından çözüleceği güvencesini vermemekle beraber özel durumu olan engelli birisine devletin yardım etmeyi reddetmesinin bu kişinin özel hayatını olumsuz etkilemesinden dolayı konunun 8. madde kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. Mahkeme başvuruyu kabul edilemez bulmuştu, çünkü yerel makamlar başvurucuya bir konut bulmuş ama başvuru bunu reddetmişti. Bu bakımdan devlet pozitif yükümlülüğünü yerine getirmişti. AİHM içtihatlarında kabul gören yaklaşıma göre Sözleşme'nin 8. maddesinde geçen konuta saygı hakkı, devletin kişilere konut sağlamakla yükümlü olmadığını kabul etmektedir. Bununla beraber, bazı istisnai ve olağanüstü durumlarda, örneğin zayıf ve azınlık gruplarına mensup bireylerin barınma yükümlülüğünü ilgili devlete yüklemekten çekinmemiştir.²⁵ Örneğin *Moldovan ve Diğerleri/Romanya*²⁶ davasında başvuru evinin yakılması ve evsiz yaşamak zorunda

21 Önerıldız/Türkiye, Başvuru no: 48939/99, Karar tarihi: 30 Kasım 2004. §107.

22 *Guerra vd./İtalya*, Başvuru no: 116/1996/735/932, Karar tarihi: 19 Şubat 1998.

23 *Lopez Ostra/İspanya*, Başvuru no: 16780/90, Karar tarihi: 9 Aralık 1994, §58

24 *Marzari/İtalya*, Başvuru no: 36448/97, Karar tarihi: 4 Mayıs 1999, §1.

25 *Yordanova vd./Bulgaristan*, Başvuru no: 25446/06, Karar tarihi: 24 Nisan 2012.

26 *Moldovan ve Diğerleri/Romanya*, Başvuru no: 41138/98 ve 64320/01, Karar tarihi: 12 Temmuz 2005.

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

kalmasında devletin alması gereken tedbirleri yerine getirmeyerek kusurlu olduğunu tespit etmiş ve 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Başvurucular ağırlıklı olarak Sözleşme'nin 8. ve Ek 1. Protokol'ün 1. maddesinden hareketle sosyal hak ihlalleri iddiasıyla AİHM'ye başvurumaktadır (Tulkens, 2013: 24). AİHM'nin sosyal hakları içeren başvurularda hakkın anlam ve kapsamını Sözleşmedeki mevcut haklardan biri ile ilişkilendirerek belirlemeye çalışırken ESKHK tarafından kullanılan asgari öz yaklaşımından yararlanabileceği ileri sürülmüştür (Leijten, 2013: 130). Mesela, sağlık hakkını içeren bir başvuruda ESKHK'nin 14 Sayılı Genel Yorum'unda somutlaştırılan Dünya Sağlık Örgütü Eylem Programında belirtilen temel ilaçların sağlanması şeklindeki sağlık hakkının asgari özü/çekirdeği AİHS 2. ve/veya 3. maddeleri kapsamında yapılacak bir incelemede kullanılabilir.

Mahkeme, özellikle göçmen ve mültecilerin bulundukları ülkelerde kamu hizmetlerinden yararlanması konusunda getirilen kısıtlamaları, bunlar Sözleşme kapsamında değilse taraf devletlerin takdir alanı içinde değerlendirmekle birlikte, doğrudan Sözleşme kapsamında bir hak söz konusu olduğunda ihlal bulabilmektedir. Mesela yerleşme izni olmayan bir yabancıнын iki çocuğunun ortaokul eğitimi için ücret istenmesinin 14. madde ile birlikte Ek 1. Protokol'ün eğitim hakkını düzenleyen 2. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştı.²⁷

AİHM'in Sözleşme'de güvence altına alınan hakları değerlendirmesinin sosyal haklar alanında kaçınılmaz yansımaları olmaktadır. Mesela, *Vogt/Almanya*²⁸ kararında Almanya'nın, Komünist Partisi üyelerinin kamu sektöründe istihdam edilmelerini yasaklamasını ifade ve örgütlenme özgürlüğüne aykırı bulmuştur. Benzer biçimde, silahlı kuvvetlerindeki eşcinselleri işten atan Birleşik Krallık'ın *Lustig-Prean ve Beckett*²⁹ ve *Smith ve Grady*³⁰ davalarında Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiği tespit edilmişti. Bu şekilde Mahkeme, sadece özel hayatın gizliliğini değil, çalışma hakkını da korumuş olmaktadır. *Sidabras ve Dziautas/Litvanya*³¹ kararında da AİHM, KGB için çalışanların pek çok kamu ve özel sektör alanlarında iş bulmalarını engelleyen bir yasanın Sözleşme'nin 8. ve 14. maddelerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştı. Mahkeme, özel hayata saygının diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme boyutu olduğunu söyleyerek, özel hayatın ilke olarak iş ve çalışma ilişkilerini dışlamadığını vurgulamıştı. Burada insanların çoğunluğunun dış dünya ile ilişki

27 *Ponomaryovi /Bulgaristan*, Başvuru no: 5335/05, Karar tarihi: 21 Haziran 2011.

28 *Vogt/Almanya*, Başvuru no: 17851/91, Karar tarihi: 25 Eylül 1995.

29 *Lustig-Prean ve Beckett/ Birleşik Krallık*, Başvuru no: 31417/96 ve 32377/96, Karar tarihi: 27 Eylül 1999.

30 *Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, Başvuru no: 33985/96 ve 33986/96, Karar tarihi: 27 Eylül 1999.

31 *Sidabras ve Dziautas/Litvanya*, Başvuru no: 55480/00 ve 59330/00, Karar tarihi: 24 Temmuz 2004.

kurmada en büyük olanağı çalışma hayatında sağladıklarına dikkat çekilmişti.³² Başvurucular özel sektörde belli alanlarda iş bulsalar bile istedikleri işte çalışma haklarının engellenmesi onların dış dünya ile ilişki içinde olmalarını önemli ölçüde zorlaştırmaktadır. AİHM, bu başvuruda GGASS'deki çalışma hakkına ve ASHK'nın benzer bir konudaki kararına atıf yapmıştır.

AİHM, Ek 1.Protokol 1. maddedeki mülkiyet hakkına dayanarak sosyal güvenlik hakkını türetmiştir.³³ Bu hakkın yanısıra usulü güvenceler sağlayan adil yargılanma hakkını da Mahkeme sosyal güvenlik konularında kullanmaktadır. Mahkeme, daha önce de değindiğimiz gibi Sözleşmede yer alan hakların çoğu için devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğunu kabul etmekle beraber mülkiyet hakkı için böyle bir yükümlülükten pek söz etmemektedir (Council of Europe, 2007: 9). Tam tersine, devletlerin sosyal güvenlik hizmeti veya sosyal yardım sunma yükümlülüklerinin olmadığını belirtmektedir. Mülkiyet hakkı çerçevesinde sosyal güvenlikle ilgili konuları ele aldığı AİHM, işin sosyal güvenlikle ilgili esasına girmekten kaçınarak ağırlıklı olarak usulü konuları değerlendirmektedir. Mesela, karar verme süreçlerinin şeffaf ve adil olmasına ve bireyler için erişilebilir ve etkili tazmin yollarının varlığına Mahkeme dikkat etmektedir (Council of Europe, 2007: 23).

AİHM, 2008 yılından beri bazı üye ülkeleri derinden etkileyen iktisadi krizle mücadele etmek amacıyla geliştirilen politikaların bir parçası olan maaş kesintilerini mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmeme eğilimindedir. *Mihaieş ve Senteş/Romanya*³⁴ davasında altı ay boyunca devlet memurlarının maaşlarının %25 azaltılmasıyla ilgili olarak açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermiştir. Mahkeme, genel olarak bu tür kesintileri ülkelerin takdir marjı içinde görmektedir. AİHM, çok yakın tarihli bir kararında da emekli yargı mensuplarının maaşlarının ekonomik kriz ortamında bütçe dengeleri adına azaltılmasının Sözleşme'nin 6(1) maddesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştı (Laffranque, 2013: 10). Mahkeme'nin ekonomik bunalıma karşı alınan tedbirlerle ilgili bu genel yaklaşımının en önemli istisnasını açıkça keyfilik oluşturan ve ciddi bireysel zorluklara neden olan ayrımcılık yaratan uygulamalar oluşturmaktadır.³⁵ Bu konuya ilginç bir örnek olarak *N.K.M.* ³⁶ ve

32 *Sidabras ve Dziautas/Litvanya* Başvuru no: 55480/00 ve 59330/00, Karar tarihi: 24 Temmuz 2004, §48.

33 *Gaygusuz/Avusturya*, Başvuru no: 17371/90, Karar tarihi: 16 Eylül 1996; *Pearson/Birleşik Krallık*, Başvuru no: 8374/03, Karar tarihi: 22 Ağustos 2006.

34 *Mihaieş ve Senteş/Romanya*, Başvuru no: 44232/11, Karar tarihi: 6 Aralık 2011. Benzer kararlar için bkz. *Valkov vd/Bulgaristan*, Başvuru no: 2033/04, Karar tarihi: 25 Ekim 2011; *Panfile/Romanya*, Başvuru no: 13902/11, Karar tarihi: 20 Mart 2012; *Koufaki ve Adedy/ Yunanistan*, Başvuru no: 57665/12 ve 57657/12, Karar tarihi: 7 Mayıs 2013.

35 Bkz. *Maggioldi/İtalya*, Başvuru no: 46286/29, Karar tarihi: 31 Mayıs 2001; *Moskal/Polonya*, Başvuru no: 10373/05, Karar tarihi: 15 Eylül 2009; *Czaja/Polonya*, Başvuru No: 5444/05, Karar tarihi: 2 Ekim 2012; *B./Birleşik Krallık*, Başvuru no: 36571/06, Karar tarihi: 14 Şubat 2012.

36 *N.K.M./Macaristan*, Başvuru no: 66529/11, Karar tarihi: 14 Mayıs 2013, § 38.

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

R.Sz.³⁷ davaları verilebilir. Mahkeme, genel gelir vergisi oranının %16 olmasına rağmen, iktisadi krizle mücadele kapsamında Macar hükümetinin aldığı tedbirlerin bir sonucu olarak kıdem tazminatından kesilen vergilerin toplam oranının %52'yi bulmasını bireylere aşırı vergi salınması olarak yorumlamış ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştı. AİHM, genel sosyal ve ekonomik politikaların belirlenmesinde ülkelerin geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını belirtmekle beraber kıdem tazminatının aşırı vergilendirilmesini ihlal olarak değerlendirerek kıdem tazminatının çalışanlar için olan önemini göz ardı etmemiştir. Bu olayda devletin daha önce verdiği mali haklara dokunmama yönünde negatif yükümlülüğünün bir ihlali söz konusuydu.

Mahkeme zayıf toplumsal kesimlerin hakları söz konusu olduğunda haklar çatışmasında zayıflar lehine kararlar da verebilmektedir. Örneğin uzun dönemli kiralamaya dönük bir yasağın adil yargılanma ve mülkiyet haklarını ihlal ettiği iddiasıyla yapılan bir başvuruda söz konusu yasağın devlet tarafından özel olarak korunmasına karar verilen bir toplum kesiminin mağdur olmaması için getirildiği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermişti (Tulkens, 2013: 23). Benzer bir biçimde AİHM başvuruçuların kamu makamlarının bir binadaki dairelerin tahliye edilmesi yönündeki mahkeme kararını uygulamadıkları iddiasını reddederek bu dairelerde yaşayan evsizlerin özel ve arttırılmış bir korumayı hak ettiklerini vurgulamıştı (Tulkens, 2013: 24). Kaynak yokluğu gerekçe gösterilerek Sözleşme'nin sunduğu güvencelerin yerine getirilmekten kaçınılmasını Mahkeme kabul etmemektedir. Çernobil nükleer kazasında acil operasyona katılan bir görevliye sağlık sorunlarından dolayı hak ettiği tazminatın kaynak yokluğu gerekçesiyle verilmemesinde adil yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştı.³⁸

AİHM, Sözleşme'ye yaşayan belge olarak yaklaşarak günün şartlarına göre yorumlanması gerektiğini sık sık vurgulamaktadır. Bunun güzel bir örneği olan *Demir ve Baykara/Türkiye*³⁹ kararında, AİHM dinamik yorum yaparak Sözleşme'yi hazırlayanların orijinal amaçlarının ötesinde, Sözleşme'nin imzalanmasından bu yana yaşanan siyasi, hukuki ve toplumsal gelişmeler ışığında yorumlamıştır. Halbuki daha önce *Schmid ve Dahlstorm/İsveç*⁴⁰ kararında Komisyon, Sözleşmede yer alan haklardan birinin içeriğinin ve unsurlarının ASŞ'de yer alması durumunda, Sözleşme kapsamında olmadığını belirtmişti. Söz konusu davada AİHS'deki örgütlenme hakkının danışma ve grev hakkını içermediği, zira bunların ASŞ kapsamında olduğuna dikkat çekilmişti. 2000'li yılların başlarından itibaren ise AİHM, GGASŞ, ILO ve ASHK sözleş-

37 R.Sz./Macaristan, Başvuru no: 41838/11, Karar tarihi: 2 Haziran 2013.

38 Burdov/Rusya (No.2), Başvuru no: 33509/04, Karar tarihi: 15 Ocak 2009.

39 Demir ve Baykara/Türkiye, Başvuru no: 34503/97, Karar tarihi: 12 Kasım 2008.

40 Dahlstorm/İsveç, Başvuru no: 5589/72, Karar tarihi: 6 Şubat 1976.

me ve kararlarını da incelemelerinde kullanmaya başlamıştır.⁴¹ Bunun bir sonucu olarak *Demir ve Baykara/Türkiye*⁴² kararında toplu sözleşme hakkını AİHS 11. madde kapsamında sendika hakkı içinde görmüştür. *Enerji Yapı Yol-Sen/Türkiye*⁴³ kararında da ILO normları kullanılarak grev hakkı 11. madde içinde ele alınmış ve ihlal kararı çıkmıştı. AİHM, *Demir ve Baykara* davasında Türkiye'nin Sözleşme'nin onaylamadığı uluslararası belgeler ışığında yorumlanmasına karşı çıkmasını dikkate almamıştır. Bilindiği üzere Türkiye GGASŞ'nin 5. ve 6. maddelerine çekince koyduğundan AİHM'nin bu maddeleri önündeki davayı yorumlamada kullanamayacağını iddia etmiştir. Büyük Daire ise kararında, AİHS hükümlerinin Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında hiçbir zaman tek dayanak noktası olarak kabul etmediğini, Avrupa Konseyi'nin bağlayıcı olmayan belgelerinin ve uluslararası hukuk normlarını oluşturan kaynakların üye devletler tarafından imzalanmış ve onaylanmış olup, olmadığına bakmaksızın yorumlamada kullandığını belirtmiştir.⁴⁴

Mayıs 2014 itibarıyla 18 devlet tarafından onaylanan⁴⁵ ve doğrudan ayrımcılık yasağı getiren Ek 12. Protokol sosyal haklarla ilgili başvuruların potansiyel olarak artmasına neden olabilir. Mevcut uygulamada Sözleşme'nin 14. maddesindeki ayrımcılık yasağıyla ilgili iddiaların Sözleşme'de yer alan başka bir hakla ilişkilendirilerek, hak ihlali iddiasıyla başvuru yapılmaktadır. Bu uygulamada da genelde cinsiyet, vatandaşlık ve cinsel yönelimden kaynaklanan ayrımcılık iddialarında bulunulurken, Ek 12. Protokolle yaş veya sağlık temelli ayrımcılık iddiaları da gündeme gelebilecektir. Bu Ek Protokol'ün getirdiği doğrudan ayrımcılık yasağının sosyal hakların AİHM tarafından korunmasında önemli bir katkı sağlayacağını söylemek mümkündür.

Sosyal Haklar Karşısında Anayasa Yargısı: Kuzey'den Güney'e Minerva'nın Baykuşu

Anayasa mahkemeleri veya yüksek mahkemelerin sosyal haklar konusuna yaklaşımı ülkeden ülkeye farklılıklar göstermektedir. Bu farklılıklar pozitif anayasa metinlerinden, tarihsel geleneklerden, egemen anayasa ve hukuk yaklaşımından, iktisadi gelişmişlik seviyesinden ve geçiş dönemi gibi köklü

41 Bkz. *Wilson, National Union of Journalists ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, Başvuru no: 30668/96, 30671/96 ve 30678/96, Karar tarihi: 2 Temmuz 2002; *Sidabras ve Dziautas/Litvanya*, Başvuru no: 54480/00 ve 59330/00, Karar tarihi: 27 Temmuz 2004, *Siliadin/Fransa*, Başvuru no: 73316/01, Karar tarihi: 26 Temmuz 2005. *Demir ve Baykara/Türkiye*, Başvuru no: 34503/97, Karar tarihi: 12 Kasım 2008.

42 *Demir ve Baykara/Türkiye*, Başvuru no: 34503/97, Karar tarihi: 12 Kasım 2008.

43 *Enerji Yapı Yol-Sen/Türkiye*, Başvuru no: 68959/01, Karar tarihi: 21 Nisan 2009.

44 *Demir ve Baykara/Türkiye*, Başvuru no: 34503/97, Karar tarihi: 12 Kasım 2008. §85, 86.

45 <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=&DF=&CL=ENG>, erişim tarihi 15 Aralık 2014. Türkiye, Ek 12. Protokol'ü henüz onaylamamıştır.

dönüşümler yaşanmasından kaynaklanmaktadır.

Dünya’da anayasa yargısının öncüsü olan Amerikan Yüksek Mahkemesi sosyal haklar konusunda Amerikan Anayasası’nın bu konuda herhangi bir düzenleme içermemesinden dolayı olumsuz bir tutum takınmaktadır. Bu durum anlaşılabilir olmakla beraber sadece pozitif anayasa metninden kaynaklanmamaktadır. Ülkede egemen olan bireyci kültür ve yargısal aktivizme karşı duyulan şüphe de Mahkeme’nin bu yaklaşımında rol oynamaktadır. Diğer taraftan, konuyla ilgili kuramsal tartışmalarda, Amerikan Anayasası’ndan yorum yoluyla sosyal haklar türetilmesinin mümkün olabileceği yönünde iddialarda da bulunulmuştur (Oder, 2008: 204). Nitekim 1960’larda Eşit Korumaya Düzenlemesi (*Equal Protection Clause*) çerçevesindeki ayrımcılık yasağı üzerinden adil yargılanma, oy kullanma ve seyahat hakkı ile ilgili bazı bedellerin fakirlerinden alınmaması konusunda Yüksek Mahkeme bir dizi karar vermiştir. Bu davalarda, başvuruçular fakirliğin ayrımcılık doğuran şüpheli bir sınıflandırma⁴⁶ olmasından dolayı Mahkeme tarafında sıkı denetime tabi tutulmasını istemişler ve bunda da başarılı olmuşlardır (King, 2014: 576).

Bununla beraber, Mahkeme, fakirler lehine olan içtihadını çok sürdürmemiş ve 1970’lerin başlarından itibaren bundan vazgeçmiştir (Bignami ve Spivack, 2014: 567). 1970’de verdiği bir kararda, “kamu sosyal yardımlarının neden olduğu iktisadi, sosyal ve hatta felsefi zor sorunların çözüm yeri Mahkeme değildir, ” demekten çekinmemiştir (King, 2014: 576). Amerikan Yüksek Mahkemesi, o yıllardan bu yana, 14.ek madde çerçevesinde fakirleri şüpheli bir sınıf olarak değerlendirmemekte ve sosyal yardımların ve asgari geçimle ilgili diğer konuların anayasal bir hak olduğunu kabul etmemektedir (Cross, 2001: 874). Mahkeme, bakmakta olduğu nispeten yakın tarihli bir davada⁴⁷ hukuki esas ve usullerin (*due process clauses*) hayatı, özgürlüğü ve mülkiyeti korumak amacı taşısa bile hükümete pozitif yükümlülük getirmediğini söyleyerek, “anayasayı yapan kurucu iradenin hükümetin yükümlülüklerinin boyutunu demokratik süreçlere bıraktığını”, vurgulamıştır (Cross, 2001: 874). Diğer taraftan, Mahkeme’yi sosyal haklar konusunda tamamen duyarsız kalmakla suçlamak da çok doğru değildir. Örneğin, mahkûmların aşırı kalabalık hapisanelerde yeterli sağlık hizmeti alamamasının⁴⁸ insan haysiyetiyle bağdaşmadığını ifade ederek Anayasa’ya aykırılık tespiti yapmıştır (King, 2014: 580).

ABD’de sosyal hakların yargı önünde ileri sürülebilmesinde eyaletler sevi-

46 Şüpheli sınıflandırma (*suspect classification*). ABD Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilen ve herhangi bir yasa, tüzük, yönetmelik, genelge ve politikada bireyler arasında ırk, tabiyet ve din temelli ayrımcılığın anayasal olmadığı doktrinini.

47 *Deshaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989).

48 *Brown v. Plata*, 131 S.Ct. 1910, (2011).

yesindeki anayasa yargısı Federal Yüksek Mahkeme'den farklı tutum alabilmektedirler. ABD'yi oluşturan eyaletlerden 10 tanesinin anayasaları sosyal haklara yer verdiğinden, bu eyalet yüksek mahkemeleri eğitim, sağlık ve gelir desteği gibi konularda dava edilebilirliğe sıcak yaklaşarak bu yönde kararlar ortaya koymuşlardır (Hershkoff ve Loffredo, 2014: 238). Ulus-altı birimlerin anayasa yargılarının da, ulusal düzeyden farklı olarak sosyal hak korunmasında en azından kendi yetki alanları açısından önemli işlevleri olabileceğini ABD örneği bize göstermektedir.

Amerikan Anayasası gibi sosyal haklar içermeyen ama ondan farklı olarak sosyal refah devleti ilkesine yer veren Federal Alman Anayasası'nın 1. maddesinin ilk fıkrası insan haysiyetini en yüksek anayasal değer olarak düzenlemektedir. Anayasa Mahkemesi önünde doğrudan sosyal hakların dava edilebilmesinin mümkün olmadığını savunan görüşlere rağmen Almanya Federal Anayasa Mahkemesi anayasadaki insan haysiyetinin korunması, sosyal devlet, öznel gelişim hakkı ve eşitlik ilkelerinden hareketle anayasada yazılı olmayan sosyal haklar türetebilmiştir (Arnold, 2012: 214-5). Mahkeme, sosyal devlet ilkesini insan haysiyeti hakkıyla birlikte kullanarak, "haysiyetli asgari varlık düzeyi hakkını", geliştirmiştir. Bu sayede, örneğin bireyin asgari varlık hakkını zedeleyecek bir miktarın ötesinde vergilendirilmesini Mahkeme Anayasa'ya aykırı bulmuştur (Trilsch, 2014: 7). Benzer bir hakkı İsviçre Federal Mahkemesi de 1995'de verdiği bir kararda geliştirmişti. Mahkeme kararında, "yiyecek, barınma ve giyecek gibi temel ihtiyaçların güvence altına alınmasının insan varlığının ve gelişiminin bir şartı olduğu kadar anayasal demokratik bir siyasanın vazgeçilmez bir unsuru", olduğunu vurgulamıştı (Langford, 2009a: 98).

Alman sosyal güvenlik sisteminde yapılan reformlarla ilgili *Hartz IV* kararında ise mahkeme işsizlere yapılacak sosyal yardımın miktarında değil bunun hesaplanmasında kullanılan yöntemin yeteri kadar açıklık ve netlik içermediği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık tespit etmişti (Egidy, 2011: 1969). Mahkeme burada asgari varlık düzeyi hakkını insan haysiyetinin bir yansımasından öte kendi başına özerk bir hak olarak görmüştür. Mahkeme'ye göre anayasadaki insan haysiyeti maddesi, "insanlara bir nesne gibi davranılmasını engellemekte", bireyin içkin değerinden ve insan olma halinden kaynaklanan insan haysiyeti, "kişinin dışlanmadan yaşayabileceği toplumla iletişim hâlinde olmasını gerekli kılmaktadır" (Bittner, 2011: 1952). Bu da sadece iktisadi boyutla sınırlı tutulmayarak, kapsamına "bireyin fiziksel varlığını etkileyen yiyecek, giyecek, ısınma, hijyen ve sağlık" gibi unsurlarla "kişilerarası ilişkiler sürdürmek" ve "siyasi, toplumsal ve kültürel hayata katılmak" da dahil edilmişti (Trilsch, 2014: 8). Maddi kaynak eksikliğinden dolayı kişinin

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

varlığında bir azalma ortaya çıkarsa haysiyeti zedelenmiş olmaktadır. Asgari geçim güvencesi sağlayan devlet her bireyin insan haysiyetiyle uyumlu bir hayat sürmesine imkân tanıyarak, haysiyetli bir hayat sürmenin asgari koşullarını anayasal güvence altına almış olmaktadır. Bu hakkın devlete pozitif yükümlülükler getirdiğine de dikkati çeken mahkeme, devletin bu hakkın nasıl yerine getirileceği hususunda geniş bir takdir hakkının olduğunu da belirtmeden geçmemiştir (Schewebel, 2011: 1930). *Hartz IV* kararıyla en azından Federal Almanya anayasal düzeni için temel hakların “sosyalleşmesi”, sosyal hakların “temelleşmesi” sürecinden söz edilebileceği de iddia edilmiştir (Arnold, 2012: 215).

Alman Anayasa Mahkeme’si *Hartz IV* kararında sosyal yardımların miktarının azlığı veya çokluğu konusuna hiç girmemiş, konuyu İdare’nin takdir hakkı kapsamında değerlendirmişti. Mahkeme genel olarak böyle davranmakla birlikte zaman zaman yargısal aktivizm olarak nitelendirilebilecek kararlara da imza atmıştır. Örneğin, sığınma hakkı talep eden mültecilere yapılan başvuruları incelenirken yapılan sosyal yardımla ilgili olarak yardımın miktarının insan haysiyetiyle uyuşmadığına hükmetmişti (O’Cinneide, 2014: 176). Burada, son derece kırılğan ve zayıf bir toplumsal kesimin söz konusu olması Mahkeme’yi böyle davranmaya itmiş olduğunu söyleyebiliriz.

Ekonomik bunalım ortamlarında sosyal hakların korunması ayrı bir önem kazanmaktadır, çünkü uygulamada devletlerin krize karşı aldıkları tedbirlerin faturası ağırlıklı olarak dar ve sabit gelirliilere çıkarılmaktadır. Ekonomik kriz ortamında çıkarılan ve sosyal haklarda gerilemelere neden olan yasaların anayasal denetiminde Mahkemeler yasaların amaçlarının Anayasa’ya aykırılığından ziyade müdahalenin ölçülü olup, olmadığını değerlendirmelerinde kullanmakta ve farklı tutumlar alabilmektedir (Contiades ve Fotiadou, 2012: 676-7). Örneğin, 1997-98 Asya mali krizinden olumsuz etkilenen ülkelerden biri olan Güney Kore’de Anayasa Mahkemesi, 1997’de, yaşlı bir çiftin yaşam yardımı kapsamında aldıkları ödemenin asgari yaşam maliyetlerini karşılamadığı, dolayısıyla insanca yaşam haklarının ihlal edildiği iddiasıyla yaptıkları bireysel başvuruda konunun İdare’nin takdir hakkı kapsamında olduğunu belirterek, herhangi bir hak ihlali bulmamıştı (Lee, 2014: 3-4). Avrupa’yı derinden etkileyen son iktisadi krizde de Litvanya, Letonya ve Ukrayna Anayasa Mahkemeleri ciddi ekonomik kriz durumlarında emekli maaşı ve diğer sosyal yardımların, geçici olması ve kriz geçtikten sonra hak sahiplerinin kayıplarını giderecek bir tazminat sisteminin getirilmesi şartıyla azaltılabileceği yönünde kararlar vermişlerdir (Swart, 2014: 15). Buna karşılık Portekiz Anayasa Mahkemesi hükümetin kriz karşısında aldığı kamu görevlilerinin maaşlarının azaltılmasını ve işten çıkarılmalarının kolaylaştırılmasıyla ilgili yasaları kamu çalışanlarına ayrımcılık yaptığı ve sosyal güvenlik hakkını ihlal

ettiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulurken, asgari ücret hakkını 18 yaşından 25'e yükselten bir başka yasayı da iptal etmekte tereddüt göstermemişti (Canotilho, Violante ve Lanceiro, 2014: 1). Macaristan Anayasa Mahkemesi de aile yardımlarında azalmaya yol açan bir yasayı Anayasa'ya aykırı bulmuştu (Sajo, 2006: 84). Letonya Anayasa Mahkemesi de IMF destekli bir uluslararası kredi antlaşmasında yer alan hükümlerin başta sosyal güvenlik hakkı olmak üzere anayasada bulunan insan hakları yükümlülüklerine aykırı olamayacağına hükmetmişti (Council of Europe Commissioner for Human Rights, 2013: 28)

Şu ana kadar ele aldığımız ülkeler gelişmiş ülke kategorisinde yer alan ve sosyal hakların yerine getirilmesinde önemli adımlar atmış toplumlardır. Var olan sosyal hakların ileri götürülmesinden ziyade korunması anayasa yargısının önündeki konuyla ilgili iş yükünü oluşturmaktadır. Buna karşılık fakirliğin ve bozuk gelir dağılımının yaygın olduğu, refah devleti hizmetlerinin yeterince gelişmiş olmadığı ve yasama ve yürütmenin de sosyal haklara yeterince ilgi göstermediği toplumlarda anayasa yargısı devreye girip, sosyal haklarla ilgilenerek kamusal meşruiyetlerini arttırmaya çalışmışlardır (Hirschl ve Rosewear, 2011: 225). Bu toplumlarda sosyal hakların korunması ve gerçekleştirilmesinde anayasa mahkemeleri veya yüksek mahkemeler yenilikçi ve esnek yaklaşımlar geliştirebilmişlerdir. Örneğin, Güney Afrika Cumhuriyeti, Kolombiya ve Hindistan mahkemeleri böyle tutumlar alabilmiştir. Bu ülkeler ciddi yoksulluk ve gelir eşitsizliğinin en yaygın olduğu toplumlar arasındadır ve önemli siyasi ve toplumsal sorunlarla da uğraşmaktadır (Maldonado, 2013: 25). Kolombiya çok uzun bir zamandır geniş çaplı bir isyan ile mücadele ederken, Güney Afrika ise *apartheid* deneyimi yaşamış ve bunun trajik etkilerini siyasi, iktisadi ve toplumsal yapısında hâlâ hisseden bir ülkedir.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi son yıllarda sosyal hakların dava edilebilirliğinde dünya çapında haklı bir şöhrete kavuşmuştur. İnsan haklarının hiçe sayıldığı ırkçı bir rejimden, bu haklara saygının ve gerçekleştirilmesinin ana hedef olduğu adil ve eşitlikçi bir demokratik düzene geçmek için hazırlanan bir Anayasa'nın varlığı Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin işini kolaylaştırmaktadır. Bu anayasada yer alan yiyecek, su, sağlık ve konut gibi sosyal haklar yargı önünde talep edilebilir somut haklar olup, programatik nitelik taşımamaktadır. Anayasa'da devletin bu hakları gerçekleştirebilmek için "elde edilebilir kaynaklara" dayanarak makul yasalar çıkarmak ve diğer tedbirleri almak zorunda olduğu da yazılıdır (Hirsch ve Rosewear, 2011: 226).

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi sosyal hak incelemelerinde, hükümetin söz konusu sosyal hakkın gerçekleştirilmesi hususunda aldığı tedbirlerin makul olup, olmadığının incelenmesini odak alan makullük (*reasonableness*)

yaklaşımını kullanmaktadır. Mahkeme burada, başka bir politikanın tercih edilmesinin doğru olup, olmayacağını veya kamu kaynaklarının başka şekilde nasıl daha iyi değerlendirilebileceği konularına, istisnai haller dışında, girmekten kaçınmaktadır (Berger, 2008: 75). Bununla birlikte, mahkeme kararları hükümetin politika tercihlerini değiştirmesine de neden olabilmekte veya uygulanan bir tedbire ya da politikaya daha fazla kaynak tahsis edilmesi sonucunu da doğurabilmektedir. Mahkeme'ye göre bir tedbirin ya da politikanın makul olabilmesi için kapsayıcı ve tutarlı olması, uygun mali kaynakların ve insan gücünün tahsis edilmesi, en zor durumda olanların taleplerine ve ihtiyaçlarına duyarlılık taşıması, kısa, orta ve uzun vadeli ihtiyaçları dengelemesi, haklı gerekçeler dışında ayrımcılık yapmaması, şeffaflık içermesi ve dengeli ve esnek olması gerekmektedir (Bilchitz, 2014: 726). Mahkeme, makullük testi yaparken insan haysiyetine olan etkilerini de, özellikle pozitif yükümlülükler getiren sosyal haklar için kullanmaktadır. Mahkeme, insan haysiyetinin zedelenip, zedelenmediğini, insan haysiyetinin "eşit önem" ve "haysiyetli var olma" boyutlarını göz önüne alarak incelemektedir (Grant, 2013: 240). Bunu yaparken öncelikle başvurusunun tarihsel olarak dezavantajlı ve adaletsizliklere uğrayan bir toplumsal kesimden olup, olmadığına bakmaktadır. Daha sonra, dava konusu kuralın veya uygulamanın bu adaletsizliği giderip, gidermeyeceğini değerlendirmekte ve son olarak da ilgili tedbir veya kuralın başvuru üzerindeki yansımalarını, özellikle de haysiyetini ne derece etkilediğini ele almaktadır (Grant, 2013: 241). Sosyal haklarla ilgili erişim sorunları yaşam hakkı, kişi güvenliği ve insan haysiyeti üzerinde şiddetli olumsuz etkiler yaratıyorsa, ayrımcılığı ve toplumsal dışlanmayı güçlendiriyorsa mahkeme bu durumu da incelemelerinde göz önünde bulundurmaktadır.

Grootboom davası makullük yaklaşımının uygulandığı ilk önemli karardır. Aralarında Bayan Grootboom'unda bulunduğu çok sayıda evsiz Güney Afrika Anayasa'sında yer alan konut haklarının ihlal edildiği iddiasıyla dava açmış, Mahkeme'de davacıların devletten fakirleri ve toplumun diğer zayıf kesimlerini dışlamayacak şekilde konut politikası geliştirip, uygulayarak konut haklarının gerçekleştirilmesini talep etme hakları yönünde bir karar vermişti. Mahkeme, devletin konut politikasını evsizler için gerekli düzenlemeler içermemesinden dolayı yetersiz bulmakla beraber, bir icra emri vermeyerek sorunun çözümünde yetkinin ilgili bakanlık olduğunun altını çizerek, "uygulanacak önlemlerin içeriğinin ve sınırlarının ne olduğu, esas olarak yasama ve yürütmenin işidir", demiştir (Wesson, 2012: 233). Mahkeme burada konut hakkını esastan incelemektense usulü yolla korumaya çalışmıştır.

Mahkeme'nin *Grootboom* incelemesinde temel felsefesini ortaya koyduğu makullük yaklaşımını yerine göre daralttığı veya genişlettiğini söyleyebiliriz. Örneğin, sağlık hakkıyla ilgili *Soobramoney* kararında, davacı diyaliz makine-

si eksikliğinden dolayı sağlık hakkının ihlal edildiğini ileri süren kronik bir böbrek hastasıydı. Devletin anayasada yer alan sağlık hakkıyla ilgili yükümlülüğünü sağlık hizmetlerine erişebilirlik olarak yorumlayan Mahkeme, devletin kronik böbrek hastası olan herkes için kaynakların yetersizliği nedeniyle diyaliz olanağını sağlayamamasının, bu yükümlülüğün ihlali anlamına gelmediğini söyleyerek İdare'nin takdir yetkisi olduğunu belirtmekle yetinmiştir (Wilson ve Dugard, 2014: 41). Burada, Mahkeme, makullük testini dar yorumlayarak, İdare'nin takdir yetkisiyle sınırlı tutmuştur.

Yukarıdaki dar yorumdan farklı olarak *Mazibuko* davasında Mahkeme, makullük testini genişleterek uygulamıştır. Burada, yerel yönetimin çok fakir bir yerleşim bölgesindeki konutlara ön ödemeli su sayaçları koyması ve kişi başı ücretsiz su miktarının 25 litre olarak belirlenmesi dava konusuydu. Davacılar bu miktarın insan haysiyetine yaraşır bir hayat sürdürebilmeleri için yeterli olmadığını iddia ederek, Güney Afrika Anayasası'nda koruma altına alınan su haklarının ihlal edildiğini öne sürmüşlerdi (Wesson, 2011: 397). Mahkeme, belli bir sosyo-ekonomik hakkın içeriğinin belirlenmesi ve hükümetin zaman içinde aşamalı olarak bu hakkı gerçekleştirmek için ne adımlar atması gerektiğinin tespitin mahkemelerin işi olmadığını bir kez daha vurgulayarak, davacıların su hakkının asgari özünü oluşturacak su miktarının tespit edilmesi istemlerini kabul etmedi (Davis 2011: 524). Mahkeme, bu talebin gerçekçi olmadığını, çünkü bu miktarın ne olduğu konusunda uzmanlar arasında bir görüş birliğinin bulunmadığına işaret etti. Asgari su miktarının ne olması gerektiği sorununun çözüm yerinin mahkemeler olmayıp, bu tip konuların demokratik mekanizmalarla çözülmesinin daha doğru olacağını belirtti. Mahkeme, onurlu bir yaşam için gerekli su miktarını belirlemekten, yani su hakkının içeriğini tanımlamaktan ısrarla kaçınarak, devletin herkes için gerekli asgari bir su miktarına erişimi sağlama yönünde makul adımlar atıp, atmadığını tespiti çalışmıştı (Wesson, 2011: 397-8). Somut olayda belediyenin belli bir su miktarını ücretsiz sunmasının makul bir önlem olduğunu ifade etti. Mahkeme sosyo-ekonomik hakların gerçekleştirilmesinde yasalar ve diğer araçların esas olduğunu belirterek, devletin temel sosyal hakları yasama organı ve yürütme aracılığıyla makul tedbirler olarak gerçekleştirme hususunda pozitif yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır (Bilchitz, 2013: 88).

Mazibuko kararında kullanılan makullük geniş bir yorum içermesine rağmen, hak ihlali bulunmamıştı. Buna karşılık makullük yaklaşımının kullanılarak, devletin bir politikasının makul bulunmadığı ve icra emrinin verildiği kararlar da mevcuttur. Mesela, *Treatment Action Campaign (TAC)* davasında devletin anneden çocuğa HIV virüsü geçme riskini azaltan bir ilacın ücretsiz olarak pilot bölge seçilen yerler dışında verilmesini kısıtlaması dava konusuydu. Bu davada, hükümet tarafından alınan tedbirlerin HIV pozitif anne

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

ve onların yeni doğmuş bebeklerinin sağlık hakkına erişebilirliklerini engelleyip, engellemediği incelenmiştir. Mahkeme, konuyla ilgili hükümet politikasının Güney Afrika Anayasası'na aykırı olduğuna karar vererek, söz konusu ilacın tüm bölgelerde verilmesini emretti. Bu şekilde yargı organı ilgili hükümet politikasını değiştirmekte ve hükümete ne yapması gerektiği konusunda yeni sorumluluklar getirmekteydi. Aslında, TAC kararı Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin sosyal haklarla ilgili içtihatlarına istisnai bir durum oluşturmuştur, çünkü Mahkeme sosyal hakların dava edilebilirliğine usulü yaklaşarak, somut çıktılar üretme amacı taşımamaktadır. Bunun en önemli istisnasını, TAC örneğinde gördüğümüz gibi, HIV virüsü taşıyan hastalarla ilgili konular oluşturmaktadır (Young ve Lemaitre, 2013: 211). Mahkeme, bu gibi hassas konularda sağlık hakkı ile yaşam hakkı arasında bir ilişki kurarak ihlal bulabilmekte ve icra emri verebilmektedir.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi TAC dışındaki kararlarının yeteri kadar ileri gitmediği gerekçesiyle eleştirilirken, TAC kararında da fazla ileri giderek güçler ayrılığı ilkesine aykırı hareket etmekle suçlanmıştır. Güney Afrika anayasasında dava edilebilir sosyal haklara yer verilmiş olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin makullük testini benimsemesinin sosyal hakların dava edilebilirliğini usulü bir konuma indirgeyerek, en kötü durumda olanların acil ihtiyaçlarının karşılanmasına olanak tanımadığı iddia edilmiştir (Wesson, 2012: 238). Sosyal hakların içeriğine dönük bir değerlendirme yapılmadan, hükümet tedbirlerinin makul olup, olmadığı, zaman içinde gerçekleşmesinin sağlanıp, sağlanamayacağını anlamak kolay değildir (Bilchitz, 2013: 74). Buna karşılık *Grootboom* kararı Tushnet tarafından, yasamanın ve yürütmenin işine karışmadan, karmaşık politika üretme süreçlerine girmeden, mahkemelerin sosyal hakları koruyabileceğinin güzel bir örneği olarak gösterilmiştir (Tushnet, 2008: 243). Makullük testinin uygulandığı *Grootboom* kararında Mahkeme davacıları haklı bulmakla beraber başvurularda konut sağlanması yönünde bir karar almadığından, kararın pratikte evsizler için fazla bir anlamı olmamıştı. Mahkemenin *Grootboom* kararı somut anlamda konut hakkında herhangi bir iyileşmeye neden olmadı. Nitekim, davaya adını veren Bayan Grootboom davanın sonuçlanmasından 8 yıl sonra hâlâ evsiz bir şekilde konut bekleme listesindeyken öldü. Sosyal hakların dava edilebilirliğinin en ileri düzeyde olduğu ülkelerden biri olan Güney Afrika'da bile bürokrasi ve siyasi organların sistematik ilgisizliği, isteksizliği ve başarısızlığı zayıf-biçimi tercih eden Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin bu nedenle eleştirilmesine neden olmuştur. Mahkeme'nin devlete makullük yaklaşımının yasama ve yürütme-ye çok fazla takdir yetkisi bıraktığı sık sık iddia edilmiştir (Davis, 2008: 706). Makullük testi mahkemenin anayasal denetimde acilen karşılanması gereken durumları dikkate almayarak, hakların ve çıkarların genel bir dengelemesi-

ni yapmasına neden olduğundan dolayı eleştirilmektedir (Blitchz, 2007: 176, 204).

Grootboom kararı özelinden hareket etmek gerekirse, Mahkeme, evsiz olan herkesin Anayasa'nın tanıdığı konut hakkı talebiyle dava açmasının önüne geçmek istemiştir. Makullük yaklaşımı hesap verebilirliği sağlarken, mahkemelerin temel karar alıcı konumuna düşmelerinin önüne geçebilmektedir. Mahkeme, konut veya su hakkının gerçekleştirilebilmesi için şu veya bu önlemden hangilerinin daha etkin olabileceği hususunda karar vermekten kaçınmaktadır. Bununla birlikte makullük sosyal hak sahiplerine uygulanabilir bir hak sunmayarak onları etkilerinin sınırlı olduğu siyasal süreçlerde haklarını aramaya itmektedir. Bu nedenle Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin hakkın asgari özünü/çekirdeğini tespit ettikten sonra makullük testi yapmasının sosyal hakların korunması ve gerçekleştirilmesi açısından daha uygun olabileceği de iddia edilmiştir (Liebenberg, 2008b: 327). Bu şekilde İdare'nin gerekli adımları atmaması veya atamaması durumlarında mahkeme kararları anlamsız hâle gelme riskinden kurtulabilecektir. Bir kişi veya grup temel sosyo-ekonomik hizmetler veya kaynaklarla ilgili bir hak ihlaline uğramışsa bu ihlalin giderilmesinin asgari öz/çekirdek yaklaşımıyla daha kolay giderilebilmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır. Bu şekilde en kötü durumdaki davacılar için somut bir çözüm sunulabilecektir.

Diğer taraftan Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, asgari öz/çekirdeği tespit edip, uygulamanın kendi işi olmadığı düşüncesini taşımaktadır, çünkü bunun hükümete gerçekçi olmayan yükümlülükler getirmesinden endişe etmektedir (O'Connell, 2012: 70). Mahkeme, daha önce de gördüğümüz gibi hakkın asgari özünün/çekirdeğinin derhal uygulanması yerine makullük testini kararlarında kullanmaktadır. Mahkeme'ye dönük yapılan makullük yerine sosyal hakların içeriğini asgari öz/çekirdek olarak tanımlama çağrısı, güçler ayrılığı ilkesine aykırı olacak şekilde Mahkeme'nin sosyo-ekonomik politikaları belirlemesini talep etmekle eşanlamlı olduğundan, Mahkeme şu ana kadar bu yolu, istisnai haller dışında tercih etmemiştir. *Soobramoney*, *Grootboom* ve *Mazibuko* kararlarında Mahkeme sağlık, konut ve su haklarıyla ilgili derhal uygulanabilir asgari özün/çekirdeğin içeriğini tespit edecek yeterli bilgiye sahip olmadığını ısrarla vurgulamıştır. Asgari öz/çekirdek testi uluslararası insan hakları hukukunda, mesela ulusal sağlık programlarının değerlendirilmesinde faydalı olabilir ama somut olaylar karşısında mahkemeler için çok da uygun olmayabilir (O'Connell, 2012: 72). Asgari öz/çekirdek yaklaşımı neyin asgari öz/çekirdek olduğunu, bunların nasıl tanımlanmasını tek başına yargıya bırakma riskini taşıdığından, güçler arası diyalog ve işbirliğine zarar verebilir. Buna karşılık makullük yaklaşımı diyaloga çok daha açık bir kapı bırakmaktadır.

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

Güçler arasında anlamlı anayasal diyalog ve işbirliği mahkemelerin yargısal denetiminin demokratik meşruiyet sorununu aşmasında etkili bir yöntem olabilmektedir (Meuwese ve Snel, 2013: 125-6; Pillay, 2012: 732; Tushnet, 2012: 3). Bu yolla hem bireylerin sosyal hakları korunabilmekte hem de yasama ve yürütmenin sosyal ve ekonomik politikalarına saygı gösterilerek demokratik meşruiyet sorunu da aşılmış olmaktadır. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi de taraflar arasında anlamlı bir diyaloga girilip, girilmediğini İdare'nin politikasının makullüğünü belirlemenin yollarından biri olarak incelemektedir.

Anlamlı anayasal diyaloga örnek olarak Mahkeme'nin *Occupiers of 51 Olivia Rd.* Davasındaki yaklaşımı örnek olarak verilebilir. Bu davada, bir grup fakir başvuruçunun emniyetli olmayan ve çok kötü şartlarda yaşadıkları konutlarından belediyece tahliye edilmesine karar verilmişti. Belediye, bu kişilere çalıştıkları yerlerden çok uzaklarda bir bölgede konut tahsis etmiş ama ulaşım sorunuyla ilgili herhangi bir tedbir almamıştı. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi belediyenin tahliye kararını durdurarak belediye ile davacıların anayasal değerler ışığında anlamlı bir diyalog içine girmelerini istedi (Ray, 2010: 399). Bu diyalog sonucunda belediyenin konutlarda bazı iyileştirmeler yapması, başvuruçuların bir süre daha mevcut konutlarında kalması ve belli bir süre sonra belediyenin göstereceği başka bir bölgedeki konutlara taşınması hususunda taraflar aralarında anlaşmıştı (Bilchitz, 2013: 90). Anlamlı diyalog mahkemelerin sosyo-ekonomik konularda diğer erklerle doğrudan çatışma içine girmesini engellemekle birlikte mahkemenin yorumlayıcı rolü üzerinde sınırlayıcı bir etkiye neden olabilir. Bu yaklaşımın başarılı olabilmesi için mahkemenin önceden esasla ilgili normatif parametreleri tespit etmesi gerekmektedir (Chenwi, 2015: 193). Mahkeme'nin anlamlı diyalogun tüm süreçlerinde yer alması başarı şansını arttıracaktır.

Bireyler ve grupların asgari geçim haddinin altında kaldıkları durumlarda makullük yerine ölçülülük testinin uygulanmasının daha yararlı sonuçlar doğuracağı belirtilmiştir (Christiansen, 2008: 389). Sosyal haklarda ölçülülük testinin makullük testine göre daha ileri ve katı özellikler taşımasından dolayı kanun koyucunun getirdiği kural veya tedbirlerin daha sıkı bir şekilde denetimi söz konusudur. Ölçülülük testinde hükümet uyguladığı politikaların ilgili hakkı gerçekleştirmede en uygun yöntem olduğunu Mahkeme'ye göstermek zorundadır. Mahkemeler, ölçülülük yaklaşımında bir tedbirin alınması veya uygulanmasının sağladığı yarar ile hakkın ihlalinin neden olduğu zarar arasında dengeleme yapmaya çalışır. Ölçülülükte ilk önce meşru bir amaç aranmakta, daha sonra amaç ile bunu gerçekleştirecek araç(lar) arasındaki ilişki değerlendirilmektedir. Burada bir hakka müdahaleye neden olan tedbirin, tasarlandığı amaç için uygun olup, olmadığı da incelenmektedir. Son aşamada hakka müdahale etmenin getireceği fayda ile bu müdahalenin doğurduğu

zararlar karşılaştırılır. Hakkı daha az sınırlayıcı başka bir tedbirin hükümetin amacını gerçekleştirip, gerçekleştiremeyeceği ele alınır.

Öte yandan ölçülülük testinin sosyal hakların dava edilebilirliğinde kullanılmasının gerekli koruma sağlamada yetersiz kalabileceğine dair bazı endişeler de mevcuttur. Sosyal hakların asgari özünün/çekirdeğinin ne olduğunun belirsiz olduğu durumlarda, mahkemeler ölçülülük yoluyla hakkın asgari özünün/çekirdeğinin ihlalinden ziyade müdahalenin ölçülü olmadığı biçiminde karar vermektedir (Contiades ve Fotiadou, 2012: 661-2). Anayasa'ya aykırılık, sosyal hakların asgari özünün/çekirdeğinin ihlalinden değil ölçülülüğün ihlalinden bulunmaktadır. Sorun şu ki ölçülülük koruma sağlamada yetersiz kalabilmektedir, çünkü sınırlama veya müdahale ölçülüyse hakkın gerilemesine neden olabilmektedir (Contiades ve Fotiadou, 2012: 674).

Makullük testinin iktisadi kriz dönemlerinde, özellikle pozitif yükümlülükler açısından sosyal hakların korunmasında yetersiz kaldığı, buna karşılık asgari öz yaklaşımının daha fazla bir koruma sağladığı belirtilmektedir (Bilchitz, 2014: 712). Özellikle ciddi ekonomik kriz dönemlerinde asgari bir eşiğin altına inilmemesini garanti altına alacak hakkın asgari özünün/çekirdeğinin varlığı önemli bir güvence sağlayacaktır. Kaynakların kıtlığı sorununun had safhaya eriştiği kriz zamanlarında bunların dağıtımının nasıl yapılacağı bir önceliklendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. İşte asgari öz/çekirdek yaklaşımı hakların belli bir düzeyin altına inmesini engelleyerek kaynak dağıtım sorununu durumu en kötü olanlar lehine çözer (Bilchitz, 2014: 730). Asgari öz/çekirdek sosyal hakların gerçekleştirilmesinde başlangıç noktası olarak da nitelendirilebilir. Bununla birlikte özellikle kriz dönemlerinde asgari özün/çekirdeğin nasıl uygulanacağı mahkemeleri bir ikileme karşı karşıya bırakmaktadır: Katı bir şekilde uygularlarsa diğer erklerin alanına girmekle suçlanacaklar, uygulamazlarsa da hakları korumamakla itham edileceklerdir (Contiades ve Fotiadou, 2014: 675)

Kişilerin sosyal haklardan yararlanmasında sadece devletin değil özel kişilerin de negatif ve pozitif yükümlülükleri olabilir. Güney Afrika anayasasının 26. maddesinin birinci fıkrasından hareketle Mahkeme *Grootboom* kararında yeterli konut hakkına erişimi önleyici veya zayıflatıcı işlemlerden kaçınmak konusunda devletin ve diğer bütün varlık ve kişilerin negatif yükümlülüğünün varlığına işaret etmiştir (Liebenberg, 2008a: 467). Güney Afrika Anayasası'nın 26. ve 27. maddelerinin ikinci fıkraları devlete sosyal haklar alanında pozitif yükümlülükler getirmektedir. Bu yükümlülüklerin belli durumlarda özel kişiler için de bağlayıcı olabileceği iddia edilmiştir. Anayasal haklar geleneksel olarak dikey olarak devlete karşı ileri sürülebilirken, özel kişiler arasındaki ilişkilere de yatay olarak uygulanabilmektedir. Güney Afrika Ana-

yasa Mahkemesi 2011’de verdiği bir kararda devlet dışı bir aktörü sosyal bir hakkın yerine getirilmesini engel olmamakla yükümlü tutmuştur. *Juma Musjid* davasında bir vakıf kendi arazisinde bulunan devlete ait bir okulu tahliye etmek istemişti. Yüksek Mahkeme vakfın kamusal bir işlev görmediğini, dolayısıyla okula ve öğrencilere karşı anayasal bir yükümlülüğü olmadığını belirterek vakfın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştı. İtiraz üzerine davaya bakan Güney Afrika Anayasa Mahkemesi vakfın eğitim sunma pozitif yükümlülüğünün bulunmadığını ancak Güney Afrika anayasası çerçevesinde temel eğitim hakkını engellememe ve saygı gösterme yükümlülüğü altında olduğunu vurgulayarak negatif yükümlülük anlamında özel bir aktörün sosyal hak yükümlülüğü taşıdığını tespit etmiştir (Nolan, 2014: 83). Özel kişi veya varlık belli sosyal hakların sunumunda veya erişiminde önemli bir etkiye sahipse bu kişiler için de pozitif yükümlülüklerden söz edilebilir (Liebenberg, 2008a: 469).

Aslında Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin anayasa koyucunun gerçekleşmesi yönünde irade beyanında bulunduğu somut anayasal hakların gerçekleştirilmesine katkıda bulunmaya çalışmasının yargısal aktivizm ile suçlanması çok da doğru değildir (Christiansen, 2008: 404). Güney Afrika Anayasa Mahkemesi güçler ayrılığına ve kamu kaynaklarının kısıtlılığını dikkat ederek en temel sosyal hakları yerine getirilmeyen kişi ve grupların ümit kapısı olmuştu ama Mahkeme sosyal hakların dava edilebilirliği hususunda konuyu bireysel düzeyde bir hak arama olarak yaklaşmamaktadır. Sosyal haklar dava edilemez demekle, hükümeti ihtiyacı olan herkesin sosyal haklarını karşılamakla yükümlü tutmak arasında bir orta yol bulunmalıdır (Sunstein, 2001: 233). Güney Afrika deneyimi sosyal hak dava edilebilirliğinin güçler ayrılığı ilkesine zarar vermeden mümkün olduğunu ama sosyal hakların anlamlı bir şekilde gerçekleştirilmesinin hiç de kolay olmadığını bize göstermektedir.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi’nden önce Hindistan Yüksek Mahkemesi sosyal hakların yargı önünde talep edilebilirliğiyle ilgili olarak dünyada ilk adımları atan yüksek yargı organlarından biri olmuştur. Hindistan Anayasası’nda sosyal haklar “Devlet Politikasının Program Hükümleri” altında yer almakta olup, bağlayıcı değildir ve mahkemelerde talep olarak ileri sürülemezler. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme Hindistan Anayasası’nın 21. maddesinde ifade edilen yaşam hakkından hareketle sosyal hakların dava edilebilirliğinin yolunu 1970’lerde açmıştır (Khosla, 2010: 760). Mahkeme, Kamu Çıkarı Davası (*Public Interest Litigation-PIL*) gibi yenilikçi başvuru yolları geliştirerek hukuki şekilciliğin dar kalıplarını aşmış, fakir, zayıf ve dışlanmış toplumsal grupların kendisine erişimini kolaylaştırmıştır. Bu başvuru yöntemi, mağdur olup mahkemelere erişim imkanı hiç olmayan veya çok

kısıtlı olan kimseler adına vatandaş veya hukukçuların Hindistan Yüksek Mahkemesi ve diğer yüksek mahkemelere başvuru yapmalarına olanak tanımaktadır. Evsizler, kötü muameleye uğrayan tutuklular, topraksız köylüler, afet mağdurları ve yerli halklar bu sistem sayesinde mahkemelerde haklarını arayabilmişlerdir (Dasgupta, 2008: 160).

Söz konusu toplum kesimleri için Mahkeme aktivist bir tutum almaktan çekinmemiştir. Örneğin, yiyecek stoklarına rağmen açlık tehlikesine maruz kalanlar adına yapılan bir *PIL* sonucunda, yiyecek hakkının gerçekleştirilmesi için kişi başına gerekli kamu harcamasını tespit etmek için görevliler atamıştır (Kaguongo, 2012: 95). Mahkeme hakkın gerçekleşmesini sağlamak amacıyla bizzat kendisi devreye girerek somut adımlar atmakta herhangi bir sakınca görmemiştir. Benzer biçimde Mahkeme, *People's Union for Civil Liberties* davasında devlet okulları ve devlet yardımı alan özel okullardaki her öğrenciye öğlen yemeği verilmesini yiyecek hakkı kapsamında değerlendirmiş ve hatta daha da ileri giderek yemeğin yılda 200 gün verilmesini ve en az 300 kalori içermesini de karara bağlamıştı (Dasgupta, 2008: 164). Bir başka davada da Hindistan Yüksek Mahkemesi, 2001'de Yeni Delhi kentinde ticari araçların daha temiz yakıt kullanması için bir dizi önlemler alınması kararını vermişti. Dünya Bankası'nın bir araştırmasına göre bu karar sonucunda 14 binden fazla kişinin yaşamı kurtulmuştu (Brinks ve Gauri, 2012: 32). *Olga Tellis* kararında da kaldırım ve gecekondularda yaşayanların yerlerinden edilmemesine, belli bir süreden beri kurulmuş olan gecekondu bölgelerinin kamusal amaçlar dışında veya buralarda yaşayanlara alternatif yaşam alanları bulunmadan barındıkları yerlerden çıkarılmamalarına hükmetmişti (Wahi, 2015: 150). Bu kararda Mahkeme, barınma hakkı açısından mutlak bir güvence sağlamamakla birlikte yaşam hakkı üzerinden anayasada programatik bir amaç olarak düzenlenen geçim araçlarının temini hakkını dava edilebilir bulmuştur, çünkü bu hak olmadan yaşam hakkı bir şey ifade etmeyecekti.

"Zayıfların mahkemesi" olarak ün salan Mahkeme'nin bu kararları açık bir şekilde yasama ve yürütmenin alanına müdahale ettiği gerekçesiyle ağır bir şekilde eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin etkisi ve üye yapısının değişmesiyle sonraki yıllarda Hindistan Yüksek Mahkemesi sosyal haklarla ilgili genişletici yorumlarından, özellikle emek hakları, kira denetimi ve toprak mülkiyeti ve kullanımı konularında vazgeçerek farklı bir tutum izlemeye başlamıştır (Langford, 2009b: 92). Burada, esas olarak güçsüzler için getirilen *PIL* başvuru yolunun fakir olmayan gruplarca son yıllarda kullanılmaya başlanmasının da etkisi olmuştur. Örneğin *Almitra H. Patel* davasında Mahkeme, başkent Yeni Delhi'deki çöp sorunundan kamu arazisindeki kaçak baraka ve gecekondu-larda yaşayanları sorumlu tutarak Yeni Delhi halkının temiz ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakları olduğunu belirtmiştir. Mahkeme çöp sorununun çö-

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

zümünün yeni kaçak baraka ve gecekondü inşaatının engellenmesinde yattığını vurgulayarak baraka ve gecekondularda yaşayanların barınma ve geçim haklarını görmezden gelmişti (Wahi, 2015: 151). Mahkeme *Narmada Bachoa Andolan* davasında da büyük bir baraj ve sulama projesi sonucunda barınma mekanlarını ve geçim kaynaklarını kaybedecek olan köylüler ve yerli halklar aleyhine karar vererek davacıların yaşam ve geçim hakları ile milyonlarca Hintli'nin içme suyu ve elektrik hakları arasında ikincisi lehine bir tercihte bulunmuştu (Wahi, 2015: 152). Benzer bir konu olan *Tehri Dam* davasında da Mahkeme, kalkınma hakkını temel bir hak olarak nitelendirerek barajın inşasını Anayasa'ya uygun görmüştü (Wahi, 2015: 150). Hindistan deneyiminde sosyal hakların dava edilebilirliği veya uygulanabilirliği yapısal reform veya toplumsal dönüşüme neden olabilecek düzeyde gerçekleşmemiştir.

Sosyal hakların devlete pozitif yükümlülük getirmek suretiyle güvence altına alınmasında Kolombiya deneyimi de bize ilginç bilgiler sunmaktadır. Kolombiya Anayasası'nda böyle yükümlülük getiren sosyal haklara yer verilmemekle birlikte, Kolombiya Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 1.maddesindeki sosyal hukuk devleti ilkesi ve insan haysiyetinin korunması değerinden hareketle sosyal hakları diğer haklarla ilişkilendiren asgari geçim (*minimo vital*) doktrinini geliştirmiştir (Angel-Cabo ve Pardo, 2015: 89). Asgari geçim kişilere haysiyetli bir yaşam sürdürebilmeleri için gerekli sosyal ihtiyaçlarını asgari düzeyde de olsa karşılamalarına olanak tanır. Bu yaklaşım bağlantılılık (*connexity*) adı verilen bir başka doktrinin de esasını oluşturmuştur. Bir hakkın yerine getirilmemesinin temel hak ihlali neden olma olasılığı varsa söz konusu hak, temel bir hak olmasa bile bir çeşit anayasa şikayeti yolu olan *tutela* başvurusu kapsamında değerlendirilmektedir (Landau, 2014: 270-1). *Tutela*, herkesin temel haklarının devlet veya bağlı olduğu bir kişi ya da kuruluş tarafından ihlal edildiği iddiasıyla veya devam eden hak ihlali engelleyecek etkili bir hukuksal yol yoksa herhangi bir yargıca doğrudan başvurabilmesine olanak tanımaktadır. *Tutela* yolu da *PIL* gibi özellikle zayıf ve dışlanmış toplumsal grupların mahkemeye erişimlerini kolaylaştırmak amacıyla getirilmiştir. 10 gün içinde sonuçlandırılmak zorunda olan *Tutela* başvurularıyla ilgili kararlar otomatik olarak Kolombiya Anayasa Mahkemesine gönderilerek yapısal sorunlara işaret eden önemli kararlar Mahkeme tarafından seçilir ve incelenir (Yepes, 2006: 133). *Tutela* temel hak ihlali iddiaları için başvuru olan bir yol olmakla beraber Mahkeme, temel hakların Kolombiya anayasasında o başlık altında belirtilen haklarla sınırlı olmadığı yolunda bir içtihat da geliştirmiştir. Mahkeme kararlarında sosyal hukuk devleti ilkesine çok sık atıf yaparak ve bu ilkeye dayanarak devletin hukuki eşitlik yerine maddi eşitliği sağlaması gerektiğine dikkati çekmektedir (Landau, 2014: 272). Sosyal hukuk devleti ilkesini hakkın asgari özünü/çekirdeğini belirleyerek somutlaştırmaya

çalışan Mahkeme, daha sonra hakka yapılan müdahalenin ölçülülüğünü incelemektedir (Landau, 2014: 284). Burada hakkın asgari özü/çekirdeği neyin öncelik taşığını tespit etme işlevini görmektedir.

Asgari geçim ve bağlantılılık doktrinlerini kullanan Mahkeme, sosyal hakları talep edilebilir hâle getirerek bunların ihlalinin asgari düzeyde onurlu bir yaşam sağlamayı engellediği durumlarda yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve insan haysiyeti gibi temel haklarla bağlantı kurarak denetlemektedir (Yamin ve Parra-Vera, 2010: 109; Eslava, 2009: 207-8). Örneğin sağlık hakkını yönelik başvuruları, Mahkeme başvurunun yaşam hakkı gibi bir temel hakla ilişkisi varsa, başvuran çocuk, yaşlı, engelli, etnik ve dini azınlık gibi dezavantajlı gruplardan birine mensupsa ve başvuru konusu ulusal sağlık politikasının bir parçası olarak devletin yükümlülüğünü kapsıyorsa, incelemeye almaktadır (Young ve Lemaitre, 2013: 186). Kolombiya Anayasa Mahkemesi kişinin haysiyetli bir hayat sürmesinin sıkıntılı olduğu durumlarda sosyal güvenlik hakkının derhal uygulanması gereken bir hak olduğuna karar vermektedir. Mesela ailesi ile herhangi bağı olmayan ve mutlak bir sefalette yaşayan 63 yaşındaki bir kişinin göz ameliyatı olabilmesi için ilgili kişiye derhal sosyal yardım yapılması yönünde bir karar vermiştir (Wesson, 2012: 242). Benzer şekilde HIV virüsü taşıyanların özel sağlık hizmetlerinden yararlanmaları ve ülke içinde tedavi imkânının olmadığı durumlarda çocukların yurt dışında tedavisi için gerekli masrafların karşılanması yönünde de kararlar vermiştir. Buna karşılık Kolombiya Anayasa Mahkemesi kontak lens, estetik cerrahi, diş tedavisi, kısırlık ve alkol rehabilitasyonu gibi konularda yapılan *tutela* başvurularını reddetmekte tereddüt göstermemiştir (Wesson, 2012: 243).

Kolombiya'daki çatışmalar sonucunda yaşadıkları yerleri terketmek zorunda kalan kişilerin yaptığı *tutela* başvuruları sonucunda Mahkeme, devletin bu kişilere yönelik barınma, sağlık, insani yardım ve eğitim yükümlülüklerini yerine getirmediğini belirterek Anayasa'ya aykırılık tespitinde bulunmuştu. Mahkeme'nin bu kararı üzerine hükümet yerlerinden edilmiş kişilerin sorunlarının çözümü için yeni politikalar belirlemiş ve bütçeden ayırdığı tahsisatı arttırmıştır (Garcia, 2015: 74-5). Mahkeme de kararının uygulanıp, uygulanmadığını takip için daimi bir izleme birimi oluşturmuş ve hükümet, kamu denetçesi ve sivil toplum kuruluşları arasında irtibat sağlayarak kamuya açık toplantılar düzenlemiştir (Angel-Cabo ve Parmo, 2015: 92).

Kolombiya Anayasa Mahkemesi başlangıçta özellikle sağlık ve emeklilik konularındaki *tutela* başvurularında başvurucunun gelir kaynağı olup, olmamasına dikkat ederken, zamanla bu kuralı gevşetmiştir. Bunun bir sonucu olarak göreceli güvenli bir gelire sahip yargıçlar, eski senatörler, formal sektörde çalışanlar ve kamu görevlileri gibi gruplar özellikle emeklilikle ilgili

konularda başarılı başvurular yapmışlardır (Landau, 2012: 213). Mahkeme, kamu görevlilerinin maaşlarının enflasyona göre artışını öngören bütçenin, göreceli yüksek maaş alan kamu görevlilerinin maaş artışını, düşük maaşlı kamu görevlilerinin maaş artışının altında tutmasından dolayı bütçeyi Anayasa'ya uygun bulmamıştı (Landau, 2014: 279). Mahkeme'ye göre tüm kamu görevlileri maaşlarının enflasyon oranında arttırılmasını talep etme hakkına sahipti. Aynı konuda, daha sonra önüne gelen bir davada Mahkeme, bu sefer bütçenin Anayasa'ya uygun olduğuna karar vermişti. Mahkeme ölçülülük analizi yaparak yüksek maaşlı kamu görevlilerinin daha az zam almasının, sosyal harcamaların kabul edilebilir bir düzeyde tutulması için gerekli olduğunu ve bu durumun ilgili kamu görevlilerinin asgari geçim haklarına zarar vermediğini belirtmiştir (Landau, 2014: 281-2). Bu içtihat değişikliğinde Mahkeme'nin yapısının yenilenmesinin önemli bir payı vardı

2003'de yapılan bir çalışmada sağlıkla ilgili *tutela* başvurularının %73'ünün sosyal sigorta sistemine prim ödeyenlerce yani formal sektörde istihdam edilip, makul ve istikrarlı gelir sahibi olanlarca yapıldığı tespit edilmişti (Landau, 2012: 214). Devletten bedava sağlık yardımı alan ve toplam nüfusun %23'ünü oluşturan dar gelirli kesimin sağlık hakkıyla ilgili *tutela* başvuruları toplam başvuruların sadece %3'ünü oluşturmuştur (Landau, 2012: 232). Sağlık hakkıyla ilgili 2010-2011 yılları arasındaki *tutela* başvurularının 72 binden fazlası özel sağlık sigortası kapsamında olan kişilerce sigorta şirketlerinin sigorta kapsamında değerlendirmedeği bir sağlık harcamasının karşılanması için yapılırken devlet destekli sosyal sigorta kapsamında yer alan kişilerden, sağlık hakkı konusunda 43 bin başvuru yapılmıştı (Garcia, 2015: 79). Başka bir ifadeyle sağlık hakkıyla ilgili *tutela* başvurularının %60'dan fazlası özel sağlık sigortasından yararlanabilecek kadar geliri olan kişilerce yapılmıştı.

Şunu da belirtmeden geçmemek gerekir ki insan haysiyetine yaraşır bir hayat sürebilmek için gerekli asgari şartları sağlamanın devletin anayasal görevi olduğunu vurgulayan Mahkeme'nin sosyal hak aktivizmi, en temel ihtiyaçlarını karşılayamayan insanlar için somut çıktılar üretebilmiş ve mutlak fakirlik durumunda olanlara devletin özel yardımlar yapmasını sağlamıştır (Eslava, 2009: 208; Cepeda-Espinosa, 2004: 619). Bu aktivizm yasama ve yürütmenin alanına müdahale eden bir faaliyet olarak değil sorunları tespit edip, çözümlerini ilgili organlara bırakan ihtiyatlı bir aktivizm olarak tanımlanmıştır (Cepeda-Espinosa, 2011: 1704-5). Bununla birlikte Mahkeme'nin genelde bireysel başvurular üzerinden bireysel çözümler üretmesinin yerleşik bürokratik uygulamalar üzerinde çok fazla bir etkisi olmamaktadır (Landau, 2014: 297).

Mahkemenin bu aktivist tutumunun kamu harcamalarını arttırarak makroekonomik anlamda olumsuz etkiler yaratması çok eleştirilmiştir. Verilen karar-

ların dikkate almaması çok eleştirilmiştir. Bu eleştiriye karşı Mahkeme, anayasal hakların korunmasının kaçınılmaz bir bedeli olduğunu kabul etmekle birlikte, maliyet gerekçesiyle Anayasa'nın koruması altındaki bir hakkın yerine getirilmemesini kabul etmesinin mümkün olmadığını altını çizmiştir (Cepeda-Espinosa, 2004: 643). Öte yandan, bu savunma Mahkeme'nin yargısal aktivizmine olan tepkiyi dindirmemiş ve yasama organı Mahkeme'nin sosyal haklarla ilgili kararlarının Bakanlar Kurulunca mali istikrar adına değiştirilebilmesinin önünü açmıştır (Ituralde, 2013: 365). Bu düzenlemeyi getiren anayasa değişikliğinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmıştır. Davacılar, söz konusu anayasa değişikliğiyle asgari geçim ve sosyal hukuk devleti gibi temel anayasal değerlerin mali değerlendirmelere tabi tutulmasının Anayasa'ya aykırı olduğunu savunmuşlardır (Landau, 2014: 273). Davacılar göre, sosyal hukuk devleti ilkesi, mali sürdürülebilirlikle aynı anayasal düzeye eşitlenmişti. Yapısı yenilenen Mahkeme, ilgili anayasa değişikliğinin, mali sürdürülebilirliği yeni bir anayasal değer olarak yaratmadığını tam tersine sosyal hukuk devletinin amaçlarını gerçekleştirme yönüne dönük, onun hizmetinde bir araç olarak getirildiğini gerekçe göstererek Anayasa'ya uygun olduğuna hükmetmiştir (Landau, 2014: 274).

Brezilya Federal Yüksek Mahkemesi de özellikle eğitim ve sağlık hakkı konularında koruyucu bir tutum geliştirerek bazı mal ve hizmetlerin davacılar derhal sunulması emrini vermekten çekinmemiştir (Ferraz, 2011: 1645; Hoffman ve Fernando 2008: 137). Mahkeme sağlık hakkı konusunda AIDS, Parkinson, Alzheimer, Hepatit C ve Multiple Sclerosis gibi hastalıkları olan bireyler lehinde kararlar vermiştir (Wesson, 2012: 243). Bununla beraber Mahkeme'nin bu yaklaşımının hukuk sistemine erişebilirliği fakirlere göre çok daha fazla olan orta ve üst sınıflara yaradığı iddia edilmiştir (Da Silva ve Terrazas, 2011: 825). Sağlık hakkı kapsamında yapılan başvurularda Mahkeme'nin verdiği ihlal kararlarının sağlık sistemindeki kaynakların dar gelirlilerden orta ve üst sınıflara doğru aktarılması sonucunu doğurduğu yapılan araştırmalarda gösterilmiştir (Kaguongo, 2012: 95; King, 2012: 83). Bu durumun mahkemeye erişebilir olanlar lehine ve bu imkânı bulamayanlar aleyhine sağlık hakkına erişim açısından adaletsizliklere neden olduğu ifade edilmiştir (Wesson, 2012: 245). Bu sosyal sınıflar kamu sağlık sisteminin normalde karşılamadığı pahalı tedavi ve ilaç imkânlarına Federal Yüksek Mahkeme'nin sosyal haklar konusundaki aktivist tutumundan yararlanarak kavuşmuşlardır (Ferraz, 2011: 1667). Mahkeme sağlık hakkı konusunda izlediği aktivist tutumu diğer sosyal haklarda nadiren benimsemektedir. Örneğin konut hakkını derhal uygulanabilir ve talep edilebilir bir hak olarak görmeyi reddetmiştir (Ferraz, 2015: 126).

İncelediğimiz ülke örneklerinde de gördüğümüz gibi bazı anayasa ve yüksek mahkemeler yasa koyucu gibi hareket ederek hukukilik denetiminin öte-

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

sine geçip, yerindelik denetimine kayma ihtimaline karşı, sosyal haklar konusunda oldukça dikkatli tavır alma eğilimine girmektedirler. Buna karşılık bazı mahkemeler de bu konuda yargısal aktivist olarak nitelendirilebilecek bir tutum almaktan kaçınmamaktadır. Güney Afrika ve Hindistan mahkemeleri genel olarak dikkatli bir şekilde sosyo-ekonomik haklara yaklaşırken Kolombiya Anayasa Mahkemesi yaşam hakkı ve insan haysiyetinden hareketle hakların içeriğini somut olarak doldurmaya çalışmış ve başvuruçuların somut olarak haklardan yararlanmalarını olanak tanımıştı ama bu durum yasa koyucunun tepkisini çekmiştir.

SONUÇ

Sosyal hakların insan haklarının bir parçası olduğu yadsınamaz bir gerçek olmakla birlikte, uygulamada kişilerin sahip oldukları haklar olarak değil de devletin ve toplumun karşılaması gereken ödevler veya yasa koyucuya tavsiye niteliğindeki program haklar şeklinde değerlendirilmesi medeni ve siyasi haklara göre ikincil durumda kalmalarına neden olmaktadır. Hâlihazırdaki uluslararası insan hakları hukuku sisteminin yapısı ve işleyiş biçimi de, son yıllarda aksi yöndeki önemli çabalara rağmen, bunu teyit etmektedir. Sosyal hakların diğer haklar gibi dava edilebilir olması insan hakları ailesi içindeki ikincil konumlarından kurtulması yönünde atılmış önemli bir adım olacaktır. Sosyal hakların korunması ekonomik ve sosyal politikalarla yakından ilgilidir. Bu politikalar da devlet gücünün yansıması olduğundan bu gücün diğer alanlardaki yansımaları gibi insan hakları normları ve standartlarıyla uyumlu olmalıdır. Medeni ve siyasi haklar üzerinden sosyal hakları ileri sürmek bir dereceye kadar etkili olsa da, sürekli buna başvurmak sosyal hakların medeni ve siyasi haklara tabi ikincil konumda olduklarının kabulü ve varlık nedenlerinin ortadan kalkması anlamına gelecektir. Bir sağlık hakkını yerli, yersiz yaşam hakkı kapsamında incelemek sağlık hakkının kendi başına ayrı bir hak olarak varlığına sekte vuracaktır.

Sosyal hakların dava edilebilirliğine karşı yapılan en önemli itiraz güçler ayrılığı ilkesinin, dolayısıyla da bir dengeler düzeni olan demokrasinin zarar göreceği düşüncesinden hareket etmektedir. Güçler ayrılığı ilkesinin temel tarihsel işlevi ne kadar demokratik olursa olsun gücün tek elde toplanmasını engellemek ve farklı işlevlerin dengeli dağılımını sağlamaktır. Bu ilkenin geleneksel şekilde anlaşılması sosyal hakların dava edilebilirliğinde en önemli engellerden birini oluşturmaktadır. Sosyal hakların korunması yargı ve diğer erkler arasında bir güç mücadelesi olarak değil her iki taraf arasında etkileşim ve diyalog gerektiren bir olgu şeklinde değerlendirilmelidir. Sosyal hakların dava edilemez olduğunu savunmak, bu konuda yetkinin yasama organında

olduğunu söylemek, yasama organına yargı yeri yetkisinin aktarılması anlamına gelecektir. Bu da yasama organının kararlarının denetimini kendisinin yapması ile eş anlamlıdır. Güçler ayrılığı hukukun üstünlüğü ve Anayasa'nın üstünlüğü ile birlikte düşünülmelidir ve bu çerçevede içinde anayasa yargısının görevi yasama ve yürütmenin işlem ve eylemlerinde Anayasa'ya uyup, uymadıklarını denetlemektir.

Sosyal hakların gerçekleştirilmesi ve bu amaca dönük olarak yargı önünde ileri sürülebilmesi bireylerin failliğinin arttırılması anlamında demokrasiye ve özgürlüğe zarar vermemekte, tam tersine katkı yapmaktadır. Eğitim hakkının ileri düzeyde gerçekleştiği bir toplumda düşünce özgürlüğü de muhtemelen o derece ileri düzeyde gerçekleşecektir. Sosyal haklar herkes için geçerli olsa da esas hitab ettiği kitle zayıf ve güçsüz toplum kesimleridir. Nasıl ki siyasi olarak zayıf olan azınlıkların, mahkumların, çocukların, yabancıların medeni ve siyasi haklarını korumanın son derece normal anayasal bir görev olduğu kabullenilmişse kaynak dağılımıyla ilgili kararlarda da sosyal ve ekonomik olarak zayıf durumda olanların haklarını korumanın doğal olduğu kabul edilmelidir. Bununla beraber ekonomik olarak güçsüz toplum kesimlerini ilgilendiren konuların, medeni ve siyasi alandaki güçsüzleri ilgilendiren konulardan daha az sıkı bir anayasal denetim gördüğü de bir gerçektir.

Sosyal hakları gerçekleştirmek için yargıya aşırı bel bağlamakta aslında çok doğru değildir çünkü yapısal sosyal sorunların yargı eliyle çözülmesi en azından pratik anlamda kolay gözükmemektedir. Yapısal fakirlik sorunlarına mahkemelerin fakirlerden yana kararlar alması kesin bir çözüm sağlamaz. Mahkemeler kaynakların nasıl dağıtılacağı hususunda birincil değil ikincil yerler olarak değerlendirilmelidir. Hakkın içeriğinin veya özünün ne olduğuna mahkemelerin karar vermesi yasama ve yürütmeye göre daha zordur. Sosyal hakları korumada siyasal faaliyetler yargısal faaliyetlere göre daha etkili bir araç olmakla birlikte yasama ve yürütmenin sosyal hakları yerine getirmede üzerlerine düşeni yapmadıklarında veya ihmal ettiklerinde bunun yargı tarafından tespit edilmesi son derece doğaldır. Anayasal düzeyde sosyal hakların dava edilebilirliğinin bir faydası görevlerini aksatan veya yerine getirmeyen kamu kurumlarına görevlerini hatırlatmak ve bu konuda bir kamuoyu baskısı yaratarak demokratik tartışma ortamı oluşumuna katkı sağlamaktır.

Sosyal hakların dava edilebilirliğinde aşırıya kaçmak, aktivizmin sınırlarını zorlamak Kolombiya örneğinde gördüğümüz gibi sosyal adaletin tam tersi sonuçlar doğmasına da neden olabilmektedir. Sosyal hakların dava edilebilmesi hakların içeriğini somutlaştırma ve insan haklarının önceliğini vurgulamak açısından yararlıdır. Mahkemeler daha zor ve maliyetli olan yerine getirme yükümlülüğünden ziyade sosyal haklarda saygı gösterme ve koruma

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

yükümlülükleri üzerinde yoğunlaşarak hem politika tartışmalarından kendilerini uzak tutup hem de sosyal hakların korunmasını ve geliştirilmesine katkı sağlayabilirler. Dünyadaki uygulamalara bakıldığında sosyal haklarla ilgili önlerine gelen başvurularda mahkemelerin genelde sadece başvurucuyu ilgilendiren telafi veya tazmin yollarına karar vererek çok sayıda insanı kapsayacak sistematik yerine getirme, telafi veya tazmin etme yollarından kaçındıklarını görebiliriz. Diğer taraftan böyle bir yaklaşımın milyonlarca kişi için sosyal hakların bazı usulü formal güvenceler dışında somut olarak fazla bir şey içermeyen içi boş vaatlere dönme riskini de bünyesinde barındırdığını kabul etmek gerekir.

Anayasa mahkemeleri sosyal haklarla ilgili incelemelerinde sorunları tespit etmede aktivist, bir çözüm yeri olarak görülmede kendilerini sınırlayıcı davranmalıdırlar. Bu konuda Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı örnek alınabilir. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi sosyal hakları belli mal ve hizmetlere yönelik uygulanabilir haklardan ziyade hükümetin izlediği sosyo-ekonomik politikaların belli temel hukuk ilkeleri doğrultusunda usulü olarak değerlendirilmesi şeklinde incelemektedir. Güney Afrika Anayasa Mahkeme'sinin makullük testi devlete hesap verebilme yükümlülüğü getirirken, mahkemelerin sosyo-ekonomik konularda temel karar alıcı haline gelmesini de engellemektedir. Bu şekilde demokratik meşruiyet tartışmalarına yol açmadan sosyal haklarla ilgili olarak siyasi, toplumsal ve hukuki duyarlılığın artması sağlanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

Angel-Cabo, Natalia ve Parmo, Domingo Lovera (2015), "Latin American social constitutionalism: Courts and popular participation", Garcia, Helena Adviar, Karl Klare ve Lucy A. Williams (der.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*, Abington: Routledge, ss: 85-104.

Arnold, Rainer (2012), "Almanya Anayasacılığında ve Orta ve Doğu Avrupa'daki Yeni Demokrasilerde Sosyal Haklar: Karşılaştırmalı Gözlemler", İbrahim Ö. Kaboğlu (der.) *Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)*, çev. Gülden Kurt, İstanbul: Legal Yayıncılık, ss: 213-219.

Barak-Erez, Daphne ve Aeyal M. Gross (2007), "Introduction: Do we Need Social Rights? Questions in the Era of Globalisation, Privatisation, and the Diminished Welfare State", *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*, Barak-Erez, Daphne ve Aeyal M. Gross, (der.), Oxford: Hart Publishing, ss: 1-17.

Baxi, Upendra (2007), "Failed Decolonization and the Future of Social Rights: Some Preliminary Reflections", *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*, Barak-Erez, Daphne ve Aeyal M. Gross, (der.), Oxford: Hart Publishing, ss: 41-55.

Beetham, David (2006), *Demokrasi ve İnsan Hakları*, çev. Bilal Canatan, Ankara: Liberte.

Berger, Jonathan (2008), "Litigating for social justice in post-apartheid South Africa: a focus on health and education", *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Varun Gauri ve Daniel M. Brinks (der.), Cambridge: Cambridge University Press, ss: 38-99.

Bilchitz, David (2014), "Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine", *International Journal of Constitutional Law*, 12(3): 710-739.

Bilchitz, David (2013), "Constitutionalism, the Global South, and Economic Justice", Maldonado, Daniel Bonilla (der.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, New York: Cambridge University Press, ss: 41-94.

Bilchitz, David (2007), *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, New York: Oxford University Press.

Bignami, Francesca ve Carla Spivack (2014), "Social and Economic Rights as Fundamental Rights", *The American Journal of Comparative Law*, 62: 561-587.

Bittner, Claudia (2011), "Human dignity as a matter of legislative consis-

tency in an ideal world: the fundamental right to guarantee a subsistence minimum in the German Federal Constitutional Court's judgment of February 2010", *German Law Journal*, 12(11): 1941-1960.

Bodig, Matyas (2012), "The Patterns of Doctrinal Development in the Jurisprudence of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights on State Obligations, <http://ssrn.com/abstract=2103811>, erişim tarihi 9 Kasım 2014.

Boucobza Isabella, Tatiana Grundler, Marc Pichard ve Diana Roman (2012), "Fransız öğretisi söylevinde sosyal haklar: inkar ve kabul arasında", (çev. Hülya Dinçer, İrem Yeşiltürk), *Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)* İbrahim Ö. Kaboğlu (der.), İstanbul: Legal ss: 71-92.

Brinks, Daniel M. ve Varun, Gauri (2012) "The Law's majestic equality? the distributive impact of litigating social and economic rights", *Policy Research Working Paper* 5999, The World Bank Development Research Group.

Canatillo, Mariana, Teresa Violante ve Rui Lanceiro (2014), "Weak rights, strong principles: Social rights in the Portuguese consitutional jurisprudence during the economic crisis", *9th World Congress of the International Association of Constitutional Law*, 16-20 Haziran 2014, Oslo-Norveç, http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws4/w4_canatillo,%20violante%20&%20lanceiro.pdf, erişim tarihi 3.11. 2014.

Cepeda-Espinosa, Manuel Jose (2011) "Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court", *Texas Law Review* 89(3): 1699-1705.

Cepeda-Espinosa, Manuel Jose (2004), "Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of the Columbian Constitutional Court", *Washington University Global Studies Law Review*, 3(3) : 528-700.

Chenwi, Lilian (2015), "Democratizing the socio-economic rights enforcement process", Garcia, Helena Adviar, Karl Klare ve Lucy A. Williams (der.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*, Abington: Routledge, ss: 178-196.

Christiansen, Eric C. (2008), "Using constitutional adjudication to remedy socio-economic injustice: comparative lessons from South Africa", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 13 (2): 369-405.

Contiades, Xenophon ve Alkmene Fotiadou (2014), "Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine: A reply to David Bilchitz", *International*

Journal of Constitutional Law, 12(3): 740-746.

Contiades, Xenophon ve Alkmene Fotiadou (2012), "Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation", *International Journal of Constitutional Law*, 10(3): 660-686.

Council of Europe Commissioner for Human Rights (2013), *Safeguarding human rights in times of economic crisis*, issue paper <http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2130915>, erişim tarihi, 22. 12. 2014.

Council of Europe (2007), *Social security as a human right: The protection afforded by the European Convention on Human Rights*, <http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-23%282007%29.pdf>, erişim tarihi 11.12.2014.

Cross, Frank B. (2001), "The Error of Positive Rights", *UCLA Law Review*, 48: 857-924.

Da Silva, Virgilio Afonso ve Fernanda Vargas Terrazas (2011), "Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded", *Law & Social Inquiry*, 36(4): 825-853.

Dasgupta, Modhurima (2008), "Public interest litigation for labour: how the Indian Supreme Court protects the rights of India's most disadvantaged workers", *Contemporary South Asia* 16(2): 159-170.

Davis, Dennis M. (2011), "Socio-economic rights: has the promise of eradicating the divide between first and second generation rights been fulfilled?", Ginsburg, Tom ve Rosalind, Dixon (der.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham: Edward Elgar, ss: 519-531.

Davis, Dennis M. (2008), "Socioeconomic rights: Do they deliver the goods", *International Journal of Constitutional Law*, 6(3-4): 687-711.

Dericiler, Özge Yücel (2014), *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri*, İstanbul: XII Levha Yayınları.

Egidy, Stefanie (2011), "Casenote: The fundamanetal right to the guarantee of a subsistence minimum in the Hartz IV decison of the German Federal Constitutional Court", *German Law Journal* 12(11): 1961-1982.

Erdoğan, Mustafa (2007), *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara: Orion.

Ertan, İzzet Mert (2014), "Sosyal Hakların Özü: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Standartlarında Öz/Çekirdek Yükümlükler", *Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar*, Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal ve Yeliz Şanlı Atay (der.), Ankara: TODAİ, ss: 84-102.

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

Eslava, Luis (2009), "Constitutionalization of Rights in Columbia: Establishing a Ground for Meaningful Comparisons" *Revista Derecho del Estado*, 22: 183-228.

Fabre, Cecile (2000), *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford: Oxford University Press.

Fabre Cecile (1998), "Constitutionalizing social rights", *The Journal of Political Philosophy* 6(3): 263-284.

Ferraz, Octavio Lui Motta (2015), "Between activism and deference: Social rights adjudication in the Brazilian Supreme Federal Tribunal", Helena Adviar, Karl Klare ve Lucy A. Williams (der.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*, Abington: Routledge, ss:122-137.

Ferraz, Octavio Lui Motta (2011), "Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil", *Texas Law Review*, 89: 1643-1668.

Freeman, Michael (2013), "Conclusion: Reflections on the Theory and Practice of Economic and Social Rights", Minkler, Lanse (der.), *The State of Economic and Social Human Rights: A Global Overview* içinde, New York: Cambridge University Press, ss: 365-387.

Freeman, Michael (2002), *İnsan Hakları: Disiplinler arası bir Yaklaşım*, çev. A.Erkan Kova ve Asena Topçubaşı, Ankara: Birleşik Yayınları.

Fuller, Lon (1978), "The forms and limits of adjudication", *Harvard Law Review*, 92: 353-409.

Garcia, Helena Alviar (2015), "Distribution of resources by courts", Garcia, Helena Adviar, Karl Klare ve Lucy A. Williams (der.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*, Abington: Routledge, ss: 67-84.

Gloppen, Siri (2009), "Legal enforcement of social rights: enabling conditions and impact assessment", *Erasmus Law Review* 2: 465-479.

Grant, Evadné (2013), "Human Dignity and Socio-Economic Rights", *Liverpool Law Review*, 33: 235-261.

Griffin, James, (2008), *On Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.

Harris, David, Michael O'Boyle, Edward Bates, and Carla Buckley (2014), *Harris, O'Boyle, and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.

Hershkoff, Helen ve Stephen Loffredo (2014), "Tough times and weak review: the 2008 economic meltdown and enforcement of socio-economic rights in US state courts", Nolan, Aoife (der.), *Economic and Social Rights after the*

Global Financial Crisis, Cambridge: Cambridge University Press, ss: 234-266.

Hirsch, Ran (2014), *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press.

Hirschl, Ran ve Evan Rosewear (2011), "Constitutional Law Meets Comparative Politics: Socio-economic Rights and Political Realities", Campbell, Tom; K.D. Ewing ve Adam Tomkins (der.), *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, Oxford: Oxford University Press, ss: 207-228.

Hoffman Florian F. ve Fernando R.N.M.Bentes, (2008), "Accountability for social and economic rights in Brazil", *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Varun Gauri ve Daniel M. Brinks, (der.) Cambridge: Cambridge University Press, ss: 100-145.

Hunt, Paul, Judith Bueno de Mesquita, Joo-Young Lee ve Sally-Anne Way (2013), "Implementation of economic, social and cultural rights", Sheeran, Scott ve Nigel Rodley (der.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Abington: Routledge, ss: 545-561.

International Commission of Jurists (ICJ) (2008), *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative Experiences of Justiciability*, Geneva: ICJ.

Iturralde, Manuel (2013), "Access to Constitutional Justice in Colombia: Opportunities and Challenges for Social and Political Change", Maldonado, Daniel Bonilla (der.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia* içinde New York: Cambridge University Press, ss:361-395.

Kaguongo, Waruguru (2012), "Resource allocation towards socio-economic rights: Lessons from domestic courts", *Human Rights Review*, 13: 85-105.

Khosla, Madha (2010), "Making social rights conditional: lessons from India", *International Journal of Constitutional Law* 8(4): 739-765.

King, Jeff (2014), "Two ironies about American exceptionalism over social rights", *International Journal of Constitutional Law*, 12(3): 572-602.

King, Jeff (2012), *Judging Social Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.

Klein, Alana (2008), "Judging as nudging: new governance approaches for the enforcement of constitutional social and economic rights", *Columbia Human Rights Law Review*, 39(3): 351-422.

Koh, Ida Elizabeth (2009), *Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Le-

iden: Martinus Nijhoff Publishers.

Landau, David (2014), "The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures", Nolan, Aoife (der.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cambridge: Cambridge University Press, ss: 267-298.

Landau, David (2012), "The reality of social rights enforcement", *Harvard International Law Journal*, 53(1): 190-247.

Laffranque, Julie (2013), "Opening of the seminar on 'Implementing the European Convention on Human Rights in times of economic crisis', ss: 6-11, http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2013_ENG.pdf, erişim tarihi 29. 11. 2014.

Langford, Malcolm (2009a), "The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory", Langford, Malcolm (der.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, ss: 3-45.

Langford, Malcolm (2009b), "Domestic adjudication and economic, social and cultural rights: a socio-legal view", *SUR: International Journal of Human Rights* 6(11): 91-121.

Lee, Jinsung (2014), "Protection of Social Rights by the Constitutional Court of Korea" 27-April-1 May 2014, unpublished paper presented to *The Second Congress of the Association Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions & 52nd Anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Turkey*, İstanbul.

Leijten, Ingrid (2013), "Defining the scope of economic and social guarantees in the case law of the ECtHR", Brems, Eva ve Janneke Gerards (der.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, ss: 109-136.

Liebenberg, Sandra (2008a), "The application of socio-economic rights to private law", *TSAR Journal of South African Law*, 3: 464 – 480.

Liebenberg, Sandra (2008b), "Socio-economic rights: Revisiting the reasonableness review/minimum core debate", Woolman S. & M. Bishop (der.) *Constitutional Conversations* Pretoria: Pretoria University Law Press 303 – 329, <http://justiciabilityconference.wikispaces.com/file/view/Sandra+Liebenberg+Article.pdf>, erişim tarihi, 10 Kasım 2014.

Liebenberg, Sandra (2005), "The Value of Human Dignity in Interpreting

Socio-Economic Rights", *South African Journal on Human Rights* 21(1): 1-31.

MacNaughton, Gillian, (2013), "Beyond a Minimum Threshold: The Right to Social Equality", Minkler, Lanse (der.), *The State of Economic and Social Human Rights: A Global Overview*, New York: Cambridge University Press, ss: 271-305.

Maldonado, Daniel Bonilla (2013), "Introduction: Towards a Constitutionalism of the Global South", Maldonado, Daniel Bonilla (der.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, New York: Cambridge University Press, ss: 1-37.

Mantouvalou, Virginia (2011), "In Support of Legalisation", Gearty Conor ve Virginia Mantouvalou, *Debating Social Rights*, Oxford: Hart Publishing, ss: 85-171.

Mantouvalou, Virginia (2009), "N v. UK: No Duty to Rescue the Nearby Needy?", *Modern Law Review*, 72(5): 815-843.

Marguenaud Jean-Pierre (2012), "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşme'nin Geniş Yorumu", İbrahim Ö. Ka-boğlu (der.) *Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)*, Çev. Güliden Kurt, İstanbul: Legal, ss: 221-227.

Meuwese, Anne ve Marnix Snel (2013), " 'Constitutional Dialogue': An Overview", *Utrecht Law Review*, 9(2): 123-140.

Michelman, Frank I. (2003) "The constitution, social rights, and liberal political justification" *International Journal of Constitutional Law* 1(1): 13-34

Minkler, Lanse (2013), "Introduction: Why Economic and Social Human Rights", Minkler, Lanse (der.), *The State of Economic and Social Human Rights: A Global Overview*, New York: Cambridge University Press, ss: 1-18.

Moller, Kai (2009), "Two Conceptions of Positive Liberty: Towards an Autonomy-Based Theory of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, 29(4): 757-86.

Müller, Amrei (2009), "Limitations to and derogations from economic, social and cultural rights" *Human Rights Law Review*, 9(4): 557-601.

Nickel, James W. (2008), "Rethinking Indivisibility: Towards A Theory of Supporting Relations between Human Rights", *Human Rights Quarterly*, 30: 984-1001.

Nolan, Aoife (2014), "Holding non-state actors to account for constitutional economic and social rights violations: experiences and lessons from South Africa and Ireland", *International Journal of Constitutional Law*, 12(1): 61-93.

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

Nolan, Aoife, Nicholas J. Lusiani ve Christian Courtis (2014), "Two step forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition of retrogression in economic and social rights", Nolan, Aoife (der.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cambridge: Cambridge University Press, ss: 121-145.

O'Kinneide, Colm (2014), "Austerity and the faded dream of a 'social Europe' ", Nolan, Aoife (der.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cambridge: Cambridge University Press, ss: 169-201.

O'Connell, Paul (2012), *Vindicating Socio-economic Rights: International Standards and Comparative Experiences*, Abington: Routledge.

O'Connell, Paul (2011), "The Death of Socio-Economic Rights", *The Modern Law Review*, 74(4): 532-554.

Oder, Bertil Emrah (2008), "Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1: 199-231.

Osiatynski, Wiktor (2007), "Needs-based approach to social and economic rights", *Economic Rights: Conceptual Measurement and Policy Issues*, Herten Shaheen ve Lanse Minkler (der.), Cambridge: Cambridge University Press, ss: 56-75.

Öncü, Gülay Arslan (2011), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul: Beta.

Palmer, Ellie (2009), "Protecting socio-economic rights through the European Convention on Human Rights: trends and developments in the European Court of Human Rights", *Erasmus Law Review*, 2(4): 397-425.

Palmer, Ellie (2007), *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, Portland: Hart Publishing.

Pillay, Anashri (2012), "Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement", *International Journal of Constitutional Law*, 10(3): 732-755.

Ray, Brian (2010), "Engagement possibilities and limits as a socioeconomic rights remedy", *Washington University Global Studies Law Review*, 9(3): 399-425.

Rittich, Kerry (2007), "Social Rights and Social Policy: Transformations on the International Landscape", *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*, Barak-Erez, Daphne ve Aeyal M. Gross, (der.), Oxford: Hart Publishing, ss: 107-134.

Sajo, Andras (2006), "Social rights as middle-class entitlements in Hungary:

the role of the Constitutional Court", *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?* Gargarella Roberto, Pilar Domingo ve Theunis Roux (der.), Aldershot: Ashgate, ss: 83-105.

Schewebel, Chava (2011), "Welfare rights in Canadian and German constitutional law", *German Law Journal* 12(11): 1901-1940.

Sen, Amartya. (2004) *Özgürlükle Kalkınma*, çev. Yavuz Alogan, İstanbul: Ayrintı Yayınları.

Shulztiner, Doron ve Guy E. Carmi (2014), "Human dignity in national constitutions: functions, promises and dangers", *American Journal of Comparative Law*, 62(2): 461-490.

Ssenyonjo, Manisuli (2011), "Reflections on state obligations with respect to economic, social and cultural rights in international human rights law", *The International Journal of Human Rights*, 15(6): 969-1012.

Sunstein, Cass R (2001) *Designing Democracy: What Constitutions Do?*, New York: Oxford University Press.

Swart, Mia (2014), "Should Constitutional Courts Decide on Questions of Resource Allocation?", *9th World Congress of the International Association of Constitutional Law*, 16-20 Haziran 2014, Oslo-Norveç, <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws4/w4-swart.pdf>, erişim tarihi 3.11.2014.

Tanör, Bülent (1978), *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, İstanbul: May Yayınları.

Trilsch, Mirja A. (2014), "Constitutional protection of social rights through the backdoor: What does the social state principle, the right to human dignity and the right to equality have to offer?", *9th World Congress of the International Association of Constitutional Law*, 16-20 Haziran 2014, Oslo-Norveç, <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws4/w4-trilsch.pdf>, erişim tarihi 4.11.2014.

Tulkens, Françoise (2013), "Implementing the European Convention on Human Rights in times of economic crisis", ss: 20-25 http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2013_ENG.pdf, erişim tarihi 29.11. 2014.

Turhan, Mehmet (2006), "Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu", *Anayasa Yargısı İncelemeleri 1*, Mehmet Turhan ve Hikmet Tölen (der.) Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, ss: 41-69.

Tushnet, Mark (2013) A Response to David Landau, http://opiniojuris.org/2012/01/23/hilj_tushnet-responds-to-landau/, erişim tarihi 5 Aralık 2014.

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

Tushnet, Mark (2012), "Dialogue and Constitutional Duty", Harvard Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Series, Paper No: 12-10 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2026555, erişim tarihi 2 Kasım 2014.

Tushnet, Mark (2008), *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Princeton University Press.

Ulusoy, Ülkü Halatçı (2014), "Uluslararası Hukuk Açısından Sosyal Hakların Yargılanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme", *Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar*, Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal ve Yeliz Şanlı Atay (der.), Ankara: TODAİ, ss: 71-84.

Uyar, Lema (2006), *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları-İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını.

Wahi, Namita (2015), "The Tension between property rights and social and economic rights", García, Helena Alviar, Karl Klare, Lucy A. Williams (der.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*, Abington: Routledge, ss: 138-157.

Welling, Judith V. (2008), "International indicators and economic, social and cultural rights", *Human Rights Quarterly*, 33(2): 938-958.

Wesson, Murray (2012), "Disagreement and the Constitutionalization of Social Rights", *Human Rights Law Review*, 12(2): 221-253.

Wesson, Murray (2011), "Reasonableness in Retreat? The Judgment of the South African Constitutional Court in *Mazibuko v City of Johannesburg*", *Human Rights Law Review*, 11(2): 390-405.

Wilson, Stuart ve Jackie Dugard (2014), "Constitutional Jurisprudence: The First and Second Waves", Malcolm Langford, Ben Cousins, Jackie Dugard ve Tshepo Madlingozi (der.), *Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?* New York: Cambridge University Press, ss: 35-62.

Şirin, Tolga (2014), "Bir İhtimal Daha Var O Da Ölmek mi Dersin: Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikayeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler", VI. *Sosyal İnsan Hakları Sempozyumu*, ss. 341-366.

Woods, Jeanne M. (2003), "Justiciable Social Rights as a Critique of the Liberal Paradigm", *Texas International Law Journal* 38: 763-793.

Yamin, Alicia Ely ve Osacr Parra-Vera (2010), "Judicial Protection of the Right to Health in Columbia: From Social Demands to Individual Claims to

Public Debates", *Hasting International & Comparative Law Review*, 33(2): 101-128.

Yepes, Rodrigo Uprimny, (2006), "The enforcement of social rights by the Columbian constitutional court: cases and debates", *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Gargarella Roberto, Pilar Domingo, ve Theunis Roux (der.), Aldershot: Ashgate, ss:127-151.

Young, Katharina G. (2012), *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford: Oxford University Press.

Young, Katharina G. (2008), "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", *The Yale Journal of International Law*, 33: 113-175.

Young, Katharina G. ve Julieta Lemaitre (2013), "The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa", *Harvard Human Rights Journal*, 26: 179-216.

Yusuf, Salma (2012), "The rise of judicially enforced economic, social and cultural rights-refocusing perspectives", *Seattle Journal of Social Justice*, 10(2): 753-791.

Mahkeme Kararları

1. ABD Federal Yüksek Mahkemesi

Brown v. Plata, 131 S.Ct. 1910, (2011).

Deshaney v. Winnebago County Department of Social Services, 489 U.S. 189 (1989).

2. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi

Hartz IV, BVerfG, 1 BVL 1/09 vom, 9.2.2010.

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Airey/İrlanda, Başvuru no: 6289/73, Karar tarihi: 9 Ekim 1979.

B./Birleşik Krallık, Başvuru no: 36571/06, Karar tarihi: 14 Şubat 2012.

Botta/İtalya, Başvuru no: 21439/93, Karar tarihi: 24 Şubat 1998.

Budinal/Rusya, Başvuru no: 45603/05, Karar tarihi: 18 Haziran 2009.

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı
Burdov/Rusya (No.2), Başvuru no: 33509/04, Karar tarihi: 15 Ocak 2009.
Chapman/Birleşik Krallık, Başvuru no: 27238/95, Karar tarihi: 18 Ocak 2001.
Czaja/Polonya, Başvuru no: 5444/05, Karar tarihi: 2 Ekim 2012.
D./Birleşik Krallık, Başvuru no: 30240/96, Karar tarihi: 2 Mayıs 1997.
Demir ve Baykara/Türkiye, Başvuru no: 34503/97, Karar tarihi: 12 Kasım 2008.
Enerji Yapı Yol-Sen/Türkiye, Başvuru no: 68959/01, Karar tarihi: 21 Nisan 2009.
Fadeyeva/Rusya, Başvuru no: 55723/00, Karar tarihi: 9 Haziran 2005.
Gaygusuz/Avusturya, Başvuru no: 17371/90, Karar tarihi: 16 Eylül 1996.
Guerra vd./İtalya, Başvuru no: 116/1996/735/932, Karar tarihi: 19 Şubat 1998.
Hristozov vd./Bulgaristan, Başvuru no: 47039/11 ve 358/12, Karar tarihi: 13 Kasım 2012.
Kıbrıs/Türkiye, Başvuru no: 25781/94, Karar tarihi: 10 Mayıs 2001.
Koufaki ve Adedy/Yunanistan, Başvuru no: 57665/12 ve 57657/12, Karar tarihi: 7 Mayıs 2013.
Kyrtatos/Yunanistan, Başvuru no: 41666/98, Karar tarihi: 22 Mayıs 2003.
Larioschina/Rusya, Başvuru no: 56869/00, Karar tarihi: 23 Nisan 2002.
LCB/Birleşik Krallık, Başvuru no: 14/1997/798/1001, Karar tarihi: 9 Haziran 1998.
Lopez Ostra/İspanya, Başvuru no: 16780/90, Karar tarihi: 9 Aralık 1994.
Lustig-Prean ve Beckett/Birleşik Krallık, Başvuru no: 31417/96 ve 32377/96, Karar tarihi: 27 Eylül 1999.
M.S.S/Belçika ve Yunanistan, Başvuru no: 30696/09, Karar tarihi: 21 Ocak 2011.
Maggiovd/İtalya, Başvuru no: 46286/29, Karar tarihi: 31 Mayıs 2001.
Marzari/İtalya, Başvuru no: 36448/97, Karar tarihi: 4 Mayıs 1999.
Mihaieş ve Senteş/Romanya, Başvuru no: 44232/11, Karar tarihi: 6 Aralık 2011.
Moldovan vd./Romanya, Başvuru no: 41138/98 ve 64320/01, Karar tarihi: 12 Temmuz 2005.
Moskal/Polonya, Başvuru no: 10373/05, Karar tarihi: 15 Eylül 2009.
N/Birleşik Krallık, Başvuru no: 26565/05, Karar tarihi: 27 Mayıs 2008.

Haşim Kılıç'a Armağan

Nencheva vd/ Bulgaristan, Başvuru no: 48609/06, Karar tarihi: 18 Haziran 2013.

N.K.M/Macaristan, Başvuru no: 66529/11, Karar tarihi: 14 Mayıs 2013.

Öneryıldız/Türkiye, Başvuru no: 48939/99, Karar tarihi: 30 Kasım 2004.

Pancenko/Letonya, Başvuru no: 40772/98, Karar tarihi: 28 Ekim 1999.

Panfile/ Romanya, Başvuru no: 13902/11, Karar tarihi: 20 Mart 2012.

Pearson/Birleşik Krallık, Başvuru no: 8374/03, Karar tarihi: 22 Ağustos 2006.

Ponomaryovi /Bulgaristan, Başvuru no: 5335/05, Karar tarihi: 21 Haziran 2011.

R.Sz/Macaristan, Başvuru no: 41838/11, Karar tarihi: 2 Haziran 2013.

Shelley/Birleşik Krallık, Başvuru no: 23800/06, Karar tarihi: 4 Ocak 2008.

Sidabras ve Dziautas/Litvanya, Başvuru no: 55480/00 ve 59330/00, Karar tarihi: 27 Temmuz 2004.

Siliadin/Fransa, Başvuru no: 73316/01, Karar tarihi: 26 Temmuz 2005.

Smith ve Grad/Birleşik Krallık, Başvuru no: 33985/96 ve 33986/96, Karar tarihi: 27 Eylül 1999.

Yordanova vd./Bulgaristan, Başvuru no: 25446/06, Karar tarihi: 24 Nisan 2012.

Valkov vd./Bulgaristan, Başvuru no: 2033/04, Karar tarihi: 25 Ekim 2011.

Vogt/Almanya, Başvuru no: 17851/91, Karar tarihi: 25 Eylül 1995.

Wilson, National Union of Journalists vd./Birleşik Krallık, Başvuru no: 30668/96, 30671/96 ve 30678/96, Karar tarihi: 2 Temmuz 2002.

4. Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi

Government of the Republic of South Africa. & Ors v. Grootboom & Ors 2000 (11/00) BCLR 1169. (CCT) (4 October 2000).

Governing Body of the Juma Musjid Primary School & Others v Ahmed Asruff Essay N.O.

and Others CCT 29/10 (11 April 2011).

Minister of Health v. Treatment Action Campaign (TAC) (2002) 5 SA 721 (CC) Case CCT 8/02. (5 July 2002).

Lindiwe Mazibuko & Others v. City of Johannesburg & Others, Case CCT 39/09, [2009] ZACC 28 (8 October 2009).

E. Yıldırım: Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği ve Anayasa Yargısı

Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v. City of Johannesburg and Others (24/07) [2008] ZACC 1; 2008 (3) SA 208 (CC) ; 2008 (5) BCLR 475 (CC) (19 February 2008)

Soobramoney v. Minister of Health (Kwa-Zulu-Natal) Constitutional Court of South Africa CCT 32/97 (26 November 1997).

5. Hindistan Yüksek Mahkemesi

Almitra H Patel v. Union of India (2000) 2 SCC 679.

Narmada Bachao Andolan v. Union Of India And Ors on 15 March, 2005.

People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors, In the Supreme Court of India, Civil Original Jurisdiction, No.196 of 2001.

Olga Tellis & Ors. v. Bombay Municipal Corporation 1985 (2) Suppl. SCR 51.

Doç. Dr. Erdal ABDÜLHAKİMOĞULLARI
(*Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi*)

TÜRKİYE'DE YÜCE DİVAN YARGILAMASI

I. GİRİŞ

Üst düzey kamu görevlilerinin sosyal ve kamusal statüleri gereği, cezai sorumlulukları her zaman için büyük öneme sahip olmuştur. Özellikle yakın dönemde, Genelkurmay eski başkanlarından Orgeneral İlker Başbuğ'un özel yetkili mahkeme tarafından tutuklanarak yargılanmaya başlanması sürecinde Yüce Divan tartışmaları bir kez daha alevlenmiştir. Yine, "Yüce Divan" kavramı özellikle siyasetçilerin muhalefette iken çok dile getirdiği, iktidar olduklarında ise unuttukları veya telaffuz etmekten çekindikleri bir kavram olarak da dikkat çekmektedir.

Mevcut 1982 Anayasasına göre Yüce Divan, Anayasa Mahkemesi'nden ayrı bir kuruluş olmayıp, Anayasa'nın 148. maddesinde sayılan kişileri görevleriyle ilgili olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı yargılarken Anayasa Mahkemesi'nin almış olduğu sıfattır¹. Anayasa'ya göre Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla yargılama yaparken, yargıladığı kamu görevlilerinin yalnızca görev suçlarına ilişkin cezai sorumluluğunu ele alır. Dolayısıyla, Yüce Divan'da yargılanacak kamu görevlilerinin siyasi, mali ve hukuki sorumluluğu Yüce Divan yargılamasının konusu olmayıp genel mahkemelerin görev alanına girmektedir.

Diğer taraftan Yüce Divan yargılaması ülkemizde yaklaşık olarak yüz kırk senelik bir geçmişe sahiptir. İlk olarak, 1876 tarihli Kanun-i Esasi ile ülkemiz yargılama sistemine giren Yüce Divan, 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu hariç (Bu dönemde 1876 tarihli Kanun-i Esasi yürürlükte) diğer tüm anayasalarımızda da varlığını sürdürmüştür. Biz de bu çerçevede Türk Anayasaların da öngörülen Yüce Divan sistemlerini ele almaya çalışacağız

II. YÜCE DİVAN KAVRAMI

A. Tanımı

"Yüce Divan" ya da eski ifadesiyle "Divan-ı Ali" kavramında "yüce" kelimesi

1 ÇAĞATAY Mustafa, Yüce Divan Yargılamasında "Görevle İlgili Suç" Kavramı ve Bu Kavramla Bağlantılı Olarak Ortaya Çıkan Sorunlar, Terazi Hukuk Dergisi, s. 35, S. 71, Temmuz 2012.

Haşim Kılıç'a Armağan

sözlük anlamı olarak ‘ululuk, üstünlük, yükseklik’²; “divan” kelimesi ise ileri gelen devlet adamlarının toplantısı³, yüksek düzeydeki devlet adamları tarafından oluşturulan büyük meclis⁴ anlamlarına gelmektedir. Karşılaştırmalı hukuka göre ise; yasama, yürütme ve yargının en üst düzey görevlilerinin, yargısal veya siyasal bir kurum tarafından suçlandırılarak yargılanması sisteminde Yüce Divan adı verilmektedir⁵.

Türk hukukunda ise; Cumhurbaşkanı, TBMM Başkanı, Başbakan, bakanlar, yüksek mahkeme başkan ve üyeleri, Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanları gibi, egemenlik adı verilen kudretin yasama, yürütme ve yargı organlarını Türk Milleti adına kullanan üst düzey kamu görevlilerini, görevlerinden doğan veya görevleriyle ilgili olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı yargılamak amacıyla kurulmuş olan mahkemeye Yüce Divan adı verilmektedir⁶. Ülkemizde 1982 Anayasasının 148. maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları gereğince bu önemli vazife Anayasa Mahkemesi tarafından yerine getirilmektedir.

B. Amacı

Hangi hâkimin; hangi kişileri, hangi suçlarından dolayı yargılayabileceğini düzenleyen yetki kurallarına, kişi bakımından yetki kuralları denilmektedir⁷. Kişi bakımından yetki kuralları, bazı kimseleri kayırmak için değil, bilâkis bu kimselerin kayırılmasını önlemek ve çocukları korumak amacıyla getirilen düzenlemelerde olduğu gibi, sosyal devlet ilkesinin gereklerine uymak için konulmaktadır⁸. Yasama, yürütme ve yargının en üst makamlarında görev yapan kişilerin içinde yer aldıkları ilişkiler sonucu nüfuz alanlarının oldukça geniş olduğu bir gerçektir. Bu üst düzey kamu görevlilerini genel mahkemeler dışında özel bir mahkeme tarafından yargılama anlayışı benimsenmiştir. Bunu yaparken de devlet iktidarını kullanan bu üst düzey kamu görevlilerini yargılama makamında olanların bu tür davalarda etki altında kalmadan karar verebilmeleri için “Yüce Divan” gibi daha yüksek dereceli ve olabildiğince etkiden uzak yargı organlarında yargılama yapılmasının daha doğru ve adil olacağı amacından hareket edilmiştir⁹.

2 ÖZÖN Mustafa Nihat, Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük, s. 24, 1973, Ankara.

3 ÖZÖN, s. 152.

4 http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&view=bilimsanat&kategoriget=terim&kelimeget=divan&hngget=md (08.10.2013)

5 YANIK Murat, Yüce Divan, s. 9, 2008, İstanbul.

6 ÖZTÜRK Bahri, “Bir Ceza Muhakemesi Olarak Anayasa Mahkemesi-Yüce Divan”, Anayasa Yargısı, C. 12, 1995, Ankara.

7 ÖZTÜRK Bahri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 199, 2010, Ankara.

8 ÖZTÜRK, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 200.

9 YANIK, s. 10.

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

Diğer taraftan Yüce Divan yargılamasıyla, bu kimselerin herkesin tabi olduğu mahkemelerde yargılanırken siyasal hesaplaşma ve benzeri düşüncelerle haksızlığa uğratılabileceği yolundaki kaygılar da bertaraf edilmek istenmiştir¹⁰. Anayasa Mahkemesi’nin Yüce Divan sıfatıyla yapacağı yargılamalarda suçluların yalnızca cezai sorumlulukları değil, aynı zamanda siyasi sorumlulukları da söz konusu olduğundan dolayı suçluluğun takdirinde yalnızca kanunların tatbiki değil, aynı zamanda siyasi ve toplumsal menfaat ve zorunluluklar da dikkate alınmalıdır¹¹. Sonuç olarak; adil, bağımsız ve tarafsız bir yargılamayı gerçekleştirmek amacıyla ve hukuk devleti ilkesinin gereğini yerine getirebilmek için, üst düzey kamu görevlilerinin özel bir mahkeme olan Yüce Divan’da yargılanmaları istenmiştir. Böylece, iddia ve savunma zayıflatılmadan maddi gerçeğe ulaşma imkânının da artacağı düşünülmüştür¹². Bununla birlikte, kullandıkları kamusal güç sebebiyle ülkenin en önde gelen kişilerinin genel mahkemelerde yargılanması sırasında kayırılmalarını önlemek veya siyasal hesaplaşma ve benzeri düşüncelerle bu kişilerin genel mahkemelerde yargılanırken haksızlığa uğramasını engellemek için bile olsa Yüce Divan şeklinde bir mahkemenin kurulmasını eleştirenler de olmuştur¹³. Söz konusu eleştiriler, mahkeme sayısının çoğaltılmasının hukuk ve adalete olan inancı sarsacağı ve güveni zedeleyeceği noktasında birleşmektedir.

III. ÜLKEMİZDE YÜCE DİVANIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Yüce Divan, ülkemizde yaklaşık olarak yüz kırk yıllık bir geçmişe sahiptir. İlk olarak 1876 tarihli Kanun-i Esasi ile Türk yargılama sistemine giren Yüce Divan, bazı yapısal değişikliklere uğrasa da anayasalarımızda varlığını sürdürmüştür¹⁴. Biz de bu çalışmamızda Yüce Divan’ın tarihsel açıdan ülkemizde geçirdiği evrimi ele alacağız.

A. 1876 Tarihli Kanun-i Esasi’de Yüce Divan (Divan-ı Ali)

Türk hukukunda Yüce Divan, üst düzey kamu görevlilerini yargılamak amacıyla ilk defa 1876 tarihli Kanun-i Esasi’nin 92-95. maddelerinde “Divan-ı Ali” adıyla düzenlenmiştir. 1876 tarihli Kanun-i Esasi, üyeleri padişah tarafından atanan ve Server Paşa’nın başkanlık ettiği “Cemiyet-i Mahsusa” isimli bir kurul tarafından hazırlanmıştır. Bu kurulun hazırlamış olduğu anayasa taslağı

10 ASLAN M. Yasin, “Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi”, TBB Dergisi, S. 82, 2009, Ankara; ÖZTÜRK, Bir Ceza Muhakemesi Olarak Anayasa Mahkemesi-Yüce Divan, s. 60.

11 TEKEŞ Kerem Çetin, Yüce Divan Makamı Olarak Anayasa Mahkemesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 4, 2009, Ankara.

12 YANIK, s. 12.

13 ŞEN Ersan/ÖZDEMİR Bilgehan, “Yüce Divan Yargılaması”, Ankara Barosu Dergisi, s. 180, 2012/1.

14 YANIK, s. 17.

Heyet-i Vükela'nın incelemesinden geçerek padişah tarafından kabul ve ilan edilmiştir¹⁵. 1876 tarihli Kanun-i Esasi ile yargı alanında birçok yenilik yapılmıştır ve bazı üst düzey kamu görevlilerini yargılamak üzere Divan-ı Ali adında özel ve yüksek bir mahkemenin kurulması da bu yeniliklerden birisi olmuştur.

1.Oluşumu, Organ ve Yetkileri

Kanun-i Esasi'nin 92. maddesine göre Divan-ı Ali; onu Heyet-i Ayan'dan, onu Şura-yı Devlet'ten ve onu da Mahkeme-i Temyiz ve İstinaf Mahkemelerinin başkan ve üyeleri arasından kura ile seçilerek atanan toplam otuz üyeden meydana gelmekteydi.

Kanun-i Esasi'nin 93. maddesine göre Divan-ı Ali iki kısımdan oluşmaktaydı. Birinci kısım Daire-i İthamiye yani İddia Makamı iken, ikinci kısım Daire-i Hüküm yani Yargılama Makamı idi. İddia Makamı üçü Heyet-i Ayan, üçü Şura-yı Devlet ve üçü de Mahkeme-i Temyiz ve İstinaf üyeleri arasından kura ile seçilen toplam dokuz üyeden oluşurdu. Yargılama Makamı ise yedisi Heyet-i Ayan, yedisi Şura-yı Devlet ve yedisi de Mahkeme-i Temyiz ve İstinaf üyeleri arasından seçilen toplam yirmi bir üyeden oluşurdu.

Divan-ı Ali'nin görevleri de Kanun-i Esasi'nin 92. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre; bakanlar, Mahkeme-i Temyiz'in başkan ve üyeleri ile padişahın şahsını, saltanatını ve devleti tehlikeli bir duruma düşürmeye teşebbüs edenler Divan-ı Ali'de yargılanırlardı. Bununla birlikte Kanun-i Esasi'nin 33. maddesine göre; bakanlar, görev suçları haricinde bir suçtan dolayı diğer Osmanlı vatandaşlarından farklı değildiler ve bunların genel mahkemelerde yargılanmaları gerekirdi. Başka bir ifadeyle bakanlar yalnızca görev suçlarından dolayı Divan-ı Ali'de yargılanabilirlerdi. Diğer taraftan Mahkeme-i Temyiz başkan ve üyelerinin ise Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı'nın 403. maddesi gereğince yalnızca görev suçlarından değil, her türlü suçlarından dolayı Divan-ı Ali'de muhakeme edilmeleri gerekirdi¹⁶.

2. Soruşturma ve Yargılama Usulü

Kanun-i Esasi'nin 31. maddesine göre; bir ya da birden fazla Heyet-i Mebusan üyesinin talebiyle bakanlar hakkında soruşturma açılabilirdi. Heyet-i Mebusan başkanı üç gün içinde, hakkında soruşturma yapılması istenen bakan hakkındaki şikâyet dosyasını, şikâyetin yerinde olup olmadığına ve Heyet-i Mebusan Genel Kuruluna sunulup sunulamayacağına karar veren komisyo-

15 GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku, s. 24, 2000, Bursa.

16 ARSLAN Çetin, Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi, s. 10, 1999, Ankara.

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

na gönderirdi. Komisyon gerekli araştırmaları yaparak, şikâyet edenleri, şikâyeti ve şikâyet edileni dinledikten sonra şikâyeti kayda değer bulursa salt çoğunlukla vereceği kararla Genel Kurul’a gönderirdi. Genel Kurul’da komisyonun raporu okunarak, ilgili bakanın savunması alınır ve üçte iki çoğunlukla karar alınarak şikâyet edilen bakan Divan-ı Ali’ye sevk edilirdi. Divan-ı Ali’ye sevk kararı başbakan aracılığı ile padişaha sunulur ve padişah dilerse şikâyet edilen bakanı Divan-ı Ali’ye gönderirdi. Şikâyet edilen bakanı Divan-ı Ali’ye sevk konusunda padişahın takdir yetkisi kesindi¹⁷. Ayrıca Kanun-i Esasi’nin 34. maddesi gereğince, İddia Makamı tarafından suçlanan bir bakan, beraat edinceye kadar bakanlık vazifesini yürütemezdi. Başka bir deyişle Daire-i İthamiye tarafından suçlanan bir bakanın bakanlığı, kendisini aklayıncaya kadar düşerdi.

Mahkeme-i Temyiz başkan ve üyelerinden birinin Divan-ı Ali’ye sevki gerekirse 1879 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı’nın 387 ve 403. maddelerine göre; birinci başkan ya da görevlendireceği bir üye sorgu hâkimi, başsavcı ya da görevlendireceği bir savcı da savcılık vazifesini yapardı. Bu soruşturma sonucunda ilgili üyenin Divan-ı Ali’ye sevk edilmesi için adalet bakanının onayı gerekirdi. Adalet bakanı onay verirse soruşturmanın bundan sonrası bakanların Divan-ı Ali’ye sevk edilmesi gibi cereyan ederdi.

Kanun-i Esasi’nin 94. maddesi gereğince, İddia Makamı, üçte iki çoğunlukla şikâyet edilen hakkında suçlamada bulunup bulunulamayacağına karar verir ve suçlama yapılırsa dosya Yargılama Makamı’na gönderilirdi. Yargılama Makamı, suçlanan kişiyi yürürlükteki kanunlara göre yargılar ve üçte iki çoğunlukla karar verirdi. Yargılama Makamı tarafından verilen kararlar kesin olup aleyhine istinaf ya da temyiz yoluna başvurulamazdı.

1876 tarihli Kanun-i Esasi ile ülkemiz hukuk sistemine dâhil olan Divan-Ali’de her ne kadar bazı soruşturmalar açılmışsa da bunlarda yargılama safhasına asla geçilememiştir. Bunun sebebi ise bakanları dilediği gibi atayabilen ya da azledebilen ve çok geniş yetkilere sahip bulunan padişahın anayasal konumudur¹⁸. Dolayısıyla 1876 tarihli Kanun-i Esasi döneminde öngörülen Yüce Divan sisteminin yalnızca teorik bir anayasal düzenleme olarak kaldığı kabul edilebilir.

Diğer taraftan 1876 tarihli Kanun-i Esasi’de öngörülen Yüce Divan yargılaması tabii hâkim ilkesine aykırı olağanüstü bir yargılama şeklidir. Zira Anayasa’ya göre, Yüce Divan’da yargılanması gereken üst düzey bir kamu görevlisi suç işledikten sonra Divan-ı Ali teşekkül ettirilir ve yargılamaya başlanırdı. Oysa tabii hâkim ilkesine göre, muhakeme edilecek olayın vuku bulduğu

17 YANIK, s. 19.

18 TEKEŞ, s. 10.

anda, o olay için kanunun öngördüğü mahkeme kurulmuş ve hâkimi objektif olarak belirlenmiş ya da belirlenebilir olmalıdır¹⁹. Bundan dolayı 1876 tarihli Kanun-i Esasi döneminde kabul edilen Yüce Divan yargılamasında mahkeme, yargılanacak olan olaydan sonra teşekkül ettirildiğinden dolayı tabii hâkim ilkesine aykırıdır.

B. 1924 Anayasası'nda Yüce Divan

1921 Anayasası; Kurtuluş Savaşı'nın devam ettiği bir ortamda Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)'ne meşruiyet kazandırmak amacıyla yalnızca temel ihtiyaçlar göz önünde bulundurularak çok kısa olarak hazırlanmıştır. Bu nedenle 1921 Anayasası'nda Yüce Divan'a yer verilmemiştir. 1921 Anayasası'nın aksine, 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ise, 61-67. maddelerinde Yüce Divan müessesesine "Divan-ı Ali" ismi ile yer vermiştir.

1. Yüce Divan'ın Yapısı ve Yetkileri

1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun 67. maddesine göre Yüce Divan gerekli görülen hallerde TBMM kararıyla kurulan olağanüstü bir mahkeme hükmündedir. 1924 Anayasası'nın 61. maddesi gereğince bakanlar, Şurayı Devlet (Danıştay) ve Mahkeme-i Temyiz (Yargıtay) başkan ve üyeleri ile Başsavcı vazifelerinden dolayı meydana gelen hususlarda Yüce Divan tarafından muhakeme edilirdi.

1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun 62. maddesine göre Divan-ı Ali üyeliği için; on biri Yargıtay, onu Danıştay başkan ve üyeleri arasından yirmi bir kişi, kendi genel kurullarınca gerekli görülürse gizli oyla seçilirdi. Yargıtay ve Danıştay tarafından Yüce Divan üyeliği için seçilen yirmi bir kişi gizli oy ve salt çoğunlukla içlerinden birini başkan ve birini de başkan vekili seçerlerdi.

Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun 63. maddesine göre Yüce Divan, bir başkan ve on dört üye ile toplanır ve salt çoğunlukla karar alırdı. Yirmi bir kişilik Yüce Divan'ın geriye kalan altı üyesi, gerektiğinde heyetin eksikliğini tamamlamak için yedek üye durumundaydı. Yedek üyelerin üçü Yargıtay'dan seçilmiş üyelerin arasından, üçü de Danıştay'dan seçilmiş üyelerin arasından kura ile belirlenirdi. 62. maddeye göre başkan ya da başkan vekilliğine seçilenler, yedek üyelerin belirlendiği kuraya dâhil edilmezlerdi.

1937 senesinde 3115 sayılı Kanun ile 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun bazı maddeleri değiştirilmiştir²⁰. Bu çerçevede Anayasa'nın 61. maddesi de değiştirilerek siyasi müsteşarların da Yüce Divan'da yargılanması yolu

¹⁹ GÖZLER, s. 844.

²⁰ 3115 sayılı ve 5/2/1937 günlü kanun (R.G. 13/2/1937-3533; 3. T. Düstur, Cilt 18)

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

açılmıştır. Ancak bu madde 29 Kasım 1937 tarihinde yeniden değiştirilmiş ve siyasi müsteşarlar Yüce Divan’ın yargılama kapsamından çıkarılmıştır²¹. Dolayısıyla 1924 Anayasası döneminde son haliyle Yüce Divan; bakanları, Danıştay ve Yargıtay Başkan ve üyelerini ve Cumhuriyet Başsavcısını görevlerine ilişkin işledikleri suçlardan dolayı yargılamaya yetkilidir.

2. Soruşturma ve Yargılama Usulü

1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun 64. maddesine göre, Yüce Divan yargılamasında savcılık vazifesi Başsavcılık tarafından yerine getirilirdi. Anayasa’nın 66. maddesine göre Yüce Divan yargılaması yürürlükteki kanunlara göre yapılarak kesin hüküm teşkil ederdi. Zira Yüce Divan’ın vermiş olduğu kararlar aleyhinde temyiz ya da istinaf yoluna gidilemezdi (m. 65).

1924 Anayasası’nda düzenlenen Yüce Divan; 1876 tarihli Kanun-i Esasi’de öngörülen Divan-ı Ali yargılamasından farklı olarak kamu görevlilerini sadece görev suçlarından dolayı değil, aynı zamanda devlete karşı kamu görevinden kaynaklanan hukuki ve mali sorumluluklarından dolayı da yargılama yetkisine sahipti²². Nitekim Deniz eski bakanı Mahmut Muhtar Paşa, 30.04.1929 tarih ve 511 sayılı TBMM kararıyla Yüce Divan’a sevk edilmiş ve yapılan yargılama sonucunda ilgili bakan suçlu bulunarak hukuki sorumluluğunun bulunduğu kanaat getirilmiş 30.11.1929 tarihinde tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir²³. 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nda da 1876 Anayasası’nda olduğu gibi, bakanlar görev suçları dışındaki suçlarında normal vatandaşlardan farksız olup genel mahkemelerde yargılanırlardı²⁴.

Diğer taraftan, 1924 Anayasası döneminde Yüce Divan’da yargılanacak kişilerin Yüce Divan’a sevk yöntemleri de birbirinden farklı olmuştur. Öncelikle, bakanların soruşturma usulü, 1927 tarihli TBMM İçüzüğü’nün “Meclis Tahkikatı” başlığını taşıyan 169 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, bakanlardan biri veya başbakan hakkında bir veya birkaç milletvekilinin bir önerge vermesi ya da yargı organları tarafından görev açısından bir karar verilmesi üzerine Meclis Başkanlığı’na başvurulursa, Meclis Başkanlığı, ilgili bakan veya başbakan hakkında soruşturma açılmasına gerek olup olmadığını anlamak için beş üyeden oluşan bir komisyonu görevlendirirdi. Meclis Başkanlığı’nın oluşturduğu komisyon yaptığı çalışmalar sonucunda hazırla-

21 29 Teşrin-i Sâni 1337 tarih ve 3272 sayılı Kanunla aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“Vazîfelerinden münbais husûsatta İcrâ Vekilleri ile Şûrâ-yı Devlet ve Temyîz Mahkemesi rüesâ ve âzâsını ve Cumhûriyet Başmüddeiumûmî’sini muhâkeme etmek üzere bir Divân-ı Âlî teşkil olunur.”, <http://www.anayasa.gen.tr/1924tek.htm>, / (18.11.2014)

22 BİLGE Necip, Bakanların Görev ve Sorumluları, s. 39, 1956, Ankara.

23 BİLGE, s. 73-76.

24 YANIK, s. 23; BİLGE, s. 42-44.

dığı raporu TBMM'ye sunardı. Bu rapor üzerine TBMM, salt çoğunlukla alacağı bir kararla; önerge sahiplerini, komisyon raporunu ve ilgili bakan veya başbakanın savunmasını da göz önünde bulundurarak, ya Adalet ve Anayasa Komisyonu üyelerinden oluşan karma bir komisyonu ya da 5-15 milletvekilinden oluşan özel bir Soruşturma Komisyonunu soruşturma yapmak üzere, görev süresi ve görev yerini de belirleyerek görevlendirirdi. TBMM tarafından görevlendirilen Komisyon, meclis adına adeta bir savcı gibi hareket eder, ilgili bakan veya başbakanı ve tanıkları dinler ve istediği belge veya delillere el koyabilirdi. Komisyon yaptığı araştırmalar sonucu hazırladığı raporu TBMM'ye sunar ve bunun üzerine TBMM Genel Kurulu ilgili Başbakan veya bakanın Yüce Divan'a sevk edilmesine veya edilmemesine karar verirdi. TBMM'nin Yüce Divan'a sevk etme veya etmeme kararları kesindi²⁵.

1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu döneminde, Yargıtay başkan ve üyelerinin soruşturma usulü ise, 1929 tarihli ve 766 sayılı Hâkimler Kanunu'nda düzenlenmişti. İlgili kanuna göre; Yargıtay başkan ve üyelerinin görev suçlarından dolayı soruşturulması, Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilecek Yargıtay başkanlarından biri ve savcı olarak da Başsavcı tarafından yapılacaktır. Eğer ki soruşturma Başsavcı hakkında ise savcılık görevini temyiz başkanlarından biri yürütecektir. Yargıtay başkanı veya üyelerden birine ya da Başsavcıya itham edilen suç cinayet ise, soruşturma genel hükümlere göre yapılacak ve soruşturma sonucu Yargıtay Ceza Dairesi tarafından yapılan yargılamada karar verilirse, dosya Yüce Divan'a sevk edilmek üzere Adalet Bakanlığına gönderilecektir. Ayrıca hâkimlerle birlikte suça iştirak eden ve fakat hâkim olmayan kişilerin yargılaması da hâkimlerin tabi olduğu usule göre yapılacaktır²⁶.

4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'ın 11. maddesi gereğince; Danıştay başkan ve üyelerinin yargılaması Yargıtay tarafından yapılacaktır. Fakat 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun 61. maddesi karşısında bu düzenlemenin bir hükmü kalmamıştır. Zira ilgili maddede Danıştay başkan ve üyelerinin Yüce Divan'da yargılanacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir.

1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun 61. maddesinde sayılan Yüce Divan'da yargılanacaklar arasında Cumhurbaşkanı bulunmamaktadır. Çünkü 1924 Anayasası'nın 41. maddesine göre, Cumhurbaşkanı ancak vatana ihanet suçundan dolayı ve sadece TBMM'ye karşı sorumluydu. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanet suçu dışında hukuki ve cezai hiçbir sorumluluğu olmayıp vatana ihanetten dolayı da yalnızca meclise karşı sorumludur.

1924 Anayasası döneminde Yargıtay veya Danıştay başkan ve üyelerinden

25 YANIK, s. 23.

26 YANIK, s. 24.

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

hiçbiri Yüce Divan’da yargılanmamıştır. Bununla beraber söz konusu dönemde, oniki bakan hakkında meclis tahkikatı açılmasına rağmen, sadece dört bakan Yüce Divan’a sevk edilerek yargılanmıştır²⁷. Söz konusu dönemde Yüce Divan’da yargılanan bakanlar ve haklarında verilen kararlar şöyledir²⁸: Bahriye eski Bakanı İhsan Eryavuz, Yavuz Harp Gemisinin tamirinde yolsuzluk yaptığı iddiasıyla 26 Ocak 1928 tarihinde Yüce Divan’a sevk edilmiş ve yapılan yargılama sonucu iki yıl ağır hapis ve iki yıl memuriyetten mahrumiyet cezasına çarptırılmıştır. 14 Mayıs 1928 tarihinde yolsuzluk iddiasıyla Yüce Divan’a sevk edilen Ticaret eski Bakanı Ali Cenani, bir ay hapis ve dört ay rütbe ve memuriyetten mahrumiyet cezasına çarptırılmış fakat verilen ceza tecil edilerek maddi zararın faiziyle birlikte tazminine hükmedilmiştir. 30 Mayıs 1929 tarihinde Yüce Divan’a sevk edilen Bahriye eski Bakanı Mahmut Muhtar Paşa suçlu bulunmuş ve hukuki sorumluluğunun sonucu olarak tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. 10 Kasım 1947 tarihinde Gümrük Tekel eski Bakanı Suat Hayri Ürgüplü yolsuzluk yaptığı iddiasıyla Yüce Divan’a sevk edilmiş, yapılan yargılama sonucu 5 Ekim 1948’de beraat etmiştir.

C. 1961 Anayasası’nda Yüce Divan

27 Mayıs 1960 sabahı bir grup genç subay yönetime zorla el koyarak TBMM’yi dağıtmış; Cumhurbaşkanı, Başbakan, bakanlar ve dönemin iktidar partisi olan Demokrat Parti milletvekillerini tutuklamışlardır. Kendilerine Milli Birlik Komitesi (MBK) adını veren ve genç subaylardan oluşan bu grup, yaptıkları darbeye Türk Silahlı Kuvvetleri’nin arkalarında olduğu izlenimini uyandırmak için üst düzey bir general aralarına alma ihtiyacı duydular. Bu amaçla Kara Kuvvetleri eski Komutanı Orgeneral Cemal Gürsel’i MBK’nin başına getirdiler²⁹.

1. Geçici Anayasa Dönemi: Yüksek Adalet Divanı

MBK, kendisine hukuki açıdan meşru bir zemin oluşturmak amacıyla 1 sayılı ve 12 Haziran 1960 tarihli “1924 tarihli ve 491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanun”u kabul etmiştir. Bu geçici kanun ile MBK ülkede adeta geçici bir anayasa düzeni kurmuştur. Bu anayasal düzene göre MBK, TBMM’nin tüm yetkilerine sahip olmuştur. MBK, yasama yetkisini bizzat kendisi, yürütme yetkisini ise kendi seçtiği bakanlar eliyle kullanmıştır. Bakanları atama yetkisi Devlet Başkanı’na ait iken, denetleme ve görevden alma

27 YANIK, s. 23-24.

28 YANIK, s. 354-355.

29 GÖZLER, s. 77.

Haşim Kılıç'a Armağan

yetkisi MBK'ne aitti. Geçici anayasal düzenin meydana getirdiği Devlet Başkanlığı makamı ise; Cumhurbaşkanı, Başbakan, Başkomutan ve MBK Başkanlığı görev ve yetkilerini bünyesinde barındırıyordu³⁰.

MBK tarafından kabul edilen ve 1924 Anayasası'nın bazı hükümlerini kaldıran, bazı hükümlerini ise değiştiren 1 sayılı Kanun'un 24. maddesine göre; 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda Yüce Divan'a ilişkin yer alan hükümler de kaldırılarak, Yüce Divan yargılamasını yerine getirmek amacıyla iki yeni organ tesis edilmiştir. Bu çerçevede ilk soruşturmayı yapmak ve itham görevini gerçekleştirmek için "Yüksek Soruşturma Kurulu", Yüce Divan muhakemesini yaparak hüküm tesis etme görevini ifa etmek üzere de "Yüksek Adalet Divanı" kurulmuştur. 1 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ilk fıkrasına göre Yüksek Adalet Divanı'nın görevi; tutuklu bulunan Cumhurbaşkanı, Başbakan, bakanlar ve Demokrat Parti milletvekillerini yargılamak olarak belirlenmiştir. Söz konusu maddenin son fıkrası gereğince; 1924 Anayasası'na göre Yüce Divan'da yargılanması gereken kamu görevlileri hakkında soruşturma ve yargılama yetkisi de Yüksek Adalet Divanı'na verilmiştir.

Yüksek Adalet Divanı, kuruluşunu tamamlayarak 14 Ekim 1960 tarihinde MBK tarafından belirlenen şekilde Yassıada'da faaliyete başlamıştır. MBK'nin kabul ettiği 16 Haziran 1960 tarih ve 3 sayılı Yüksek Adalet Divanı'nın Muhakeme Usulüne Ait Geçici Kanun ile divanın çalışma usul ve esasları belirlenmiştir. 1876, 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerinde Yüce Divan mahkemeleri yürürlükteki kanunlara göre yargılama yapıp hüküm verirken, 27 Mayıs 1960 askeri darbesinden sonra geçici anayasa döneminde kurulan Yüksek Adalet Divanı, geçmiş dönemde işlendiği iddia edilen suçlara uygulanmak üzere çıkarılan özel bir usul kanununa göre çalışarak hüküm vermiştir. Böyle bir yargılamanın hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkıyla bağdaştığı kabul edilemez bir durumdur³¹. Yüksek Adalet Divanı iddia edilen suçların işlendiği tarihlerde var olmaması sebebiyle, tabii hâkim ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle de eleştirilmektedir³².

Tarihe "Yassıada Davaları" olarak geçen bu yargılamalar sonucu Yüksek Adalet Divanı; çok sayıda ağır hapis, ömür boyu hapis ve onbeş sanık için de idam cezası vermiştir. Bu idam cezalarından on biri MBK tarafından onaylanmayarak müebbet hapis cezasına çevrilmiş ve Cumhurbaşkanı Celal Bayar hakkındaki idam cezası ise yaş haddi sebebiyle ömür boyu hapse çevrilmiştir. MBK'nin diğer idam cezalarını onaylaması sonucu Maliye Bakanı Hasan Polatkan ve Dışişleri Bakanı Fatin Rüştü Zorlu 16 Eylül 1961'de; Başbakan Adnan Menderes ise 17 Eylül 1961'de idam edilmiştir.

30 ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, s. 35, 2005, Ankara.

31 YANIK, s. 28.

32 GÖZLER, s. 78; YANIK, s. 26.

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

MBK tarafından kabul edilen 13 Aralık 1960 tarih ve 157 sayılı Kurucu Meclis Teşkili Hakkında Kanun ile 1924 Anayasası’nın Yüce Divan Yargısını düzenleyen hükümleri yeniden yürürlüğe konularak, Yüce Divan yargılamasında öngörülen olağanüstü dönem sona erdirilmiştir. Böylelikle 1961 Anayasası kabul edilene kadar 1924 Anayasası’nın Yüce Divan’a ilişkin hükümleri geçerli olmuştur.

2. 1961 Anayasası Dönemi (Anayasa Mahkemesi)

1961 Anayasası’nın hazırlık sürecinde iki farklı Anayasa ön tasarısı ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından (İstanbul Tasarısı), ikincisi ise Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi tarafından (Ankara Tasarısı) hazırlanmıştır³³. İstanbul Tasarısında siyasi partilere ve genel oya güvenilmemekte, genel oydan oluşmayan ikinci bir meclis yaratılarak siyasal iktidarın etkinliği kısıtlanmaktaydı. Buna karşın Ankara Tasarısında ise siyasal iktidarın gücünü sınırlandırmamaya özen gösterilerek genel oya da şüpheyle yaklaşılmamıştır.

MBK ise yeni Anayasa’nın kamuoyunu daha iyi temsil eden bir organ tarafından hazırlanmasına özen göstererek, çıkardığı 157 ve 158 sayılı Kanunlarla bir Kurucu Meclis kurulmasına karar verdi. Kurucu Meclis, MBK ve Temsilciler Meclisi olarak iki ayrı kanattan meydana gelmekteydi. Temsilciler Meclisi üyelerinin bir bölümü bir nevi iki dereceli bir seçimle seçilen üyelerden, bir bölümü siyasi partilerce belirlenen temsilcilerden, bir bölümü de çeşitli kurum ve kuruluşların temsilcilerinden teşekkül etmekteydi. Bununla birlikte, Temsilciler Meclisi’nin üyelerinden bir bölümü de Devlet Başkanı ve MBK tarafından belirlenmişti. Kurucu Meclis’in asli görevi yeni Anayasa’yı ve seçim kanunlarını hazırlamaktı, ancak bunun yanında TBMM’nin diğer yetkilerine de sahipti³⁴. Bu çerçevede Kurucu Meclis tarafından hazırlanan anayasa, 9 Temmuz 1961 tarihinde halkoylamasına sunulurken, %61, 5 “evet” oyu ile kesinleşmiştir.

1961 Anayasası, birçok alanda köklü değişiklikler yapmış ve Türk Hukukuna bazı yeni kurumlar getirmiştir. Kanunların ve TBMM İçtüzüğü’nün Anayasa’ya uygunluğunu denetlemekle görevli bir Anayasa Mahkemesi’nin kurulması ve Yüce Divan görevinin de bu mahkemeye verilmesi 1961 Anayasasının getirdiği yeniliklerden biridir. 22 Nisan 1962 tarih ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 1. maddesiyle 1961 Anayasası’nın kendisine verdiği görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak üzere Ankara’da bir Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Bu mah-

33 GÖZLER, s. 82-83.

34 ÖZBUDUN, s. 36.

kemenin asli görevi kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek iken söz konusu kanun ile Yüce Divan yetkisi de aynı mahkemeye verilmiştir. 1961 Anayasası ile Yüce Divan, 1876 ve 1924 Anayasalarında olduğu gibi ihtiyaç duyulduğunda toplanan olağanüstü bir mahkeme olmaktan çıkartılmış ve tabii hâkim ilkesine uygun hareket edilerek, daimi statüde kurulan Anayasa Mahkemesine Yüce Divan yetkisi tanınmıştır. Ayrıca, 1924 Anayasasına göre Yüce Divan, bakanların mali ve hukuki yükümlülüklerini de incelerken; 1961 Anayasasına göre Yüce Divan yalnızca görev suçlarından dolayı bakanları yargılamıştır³⁵.

a. Anayasa Mahkemesi'nin Oluşumu

1961 Anayasası 145. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi onbeş asıl ve beş yedek üyeden oluşur ve asıl üyelere dört Yargıtay, üçü Danıştay Genel kurullarınca kendi Başkan ve üyeleriyle Cumhuriyet Başsavcısı ve Başkanun-sözcüsü arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ve gizli oyla seçilirdi. Bir üye Sayıştay Genel Kurulunca kendi Başkan ve üyeleri arasından yine aynı usulle belirlenirdi. Ayrıca üç üye Millet Meclisi, iki üye Cumhuriyet Senatosu ve iki üye de Cumhurbaşkanı tarafından seçilir ve Cumhurbaşkanı üyelere birini, Askeri Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla belirleyeceği üç aday arasından seçerdi.

44 sayılı Kanun'un 5. maddesi gereğince; her iki yasama meclisi de seçecekleri üyelere birini, üniversitelerin hukuk, iktisat ve siyasal bilimler öğretim üyelerinin teşkil ettikleri kurul tarafından gösterilecek adaylar arasından seçerdi. Yasama meclisleri genel kurullarında yapılacak seçimde seçilebilmek için, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun oyu gerekli olup ilk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, daha sonraki oylamalarda üye tamsayısının salt çoğunluğuyla yetinilirdi. Seçim gizli oyla yapılır ve TBMM üyeleri, yasama meclisleri tarafından, Anayasa Mahkemesi asıl ve yedek üyeliklerine seçilemezlerdi. Bu şekilde ortaya çıkan Anayasa Mahkemesi, kendi üyeleri arasından gizli oy ve üçte iki çoğunlukla, bir başkan ve başkanvekili seçerdi. Bir kez için başkan veya başkanvekili seçilen kişinin yeniden seçilmesi mümkündü. 44 sayılı Kanun madde 7'ye göre; Anayasa Mahkemesine, Yargıtay iki; Danıştay, Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu birer yedek üye seçerler. Yedek üyelerin seçiminde de, asıl üyelerin seçimindeki usuller uygulanırdı.

44 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre; Anayasa Mahkemesi'ne asıl veya yedek üye olabilmek için kırk yaşını doldurmuş ve altmış beş yaşını doldurmuş olmak ve Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay veya Sayıştay'da Başkanlık,

35 YANIK, s. 33.

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

üyelik, Başsavcılık, Başkanunsözcülüğü; ya da üniversitelerde hukuk, iktisat veya siyasal bilimler alanlarında en az beş yıl öğretim üyeliği veya onbeş yıl avukatlık yapmış olmak şarttı.

b. Anayasa Mahkemesi’nin Yüce Divan Olarak Çalışması

1961 Anayasasının 147. maddesi ikinci fıkrasına göre Anayasa Mahkemesi; Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Yüksek Hâkimler Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini, Cumhuriyet Başsavcısını, Başkanunsözcüsünü, Askeri Yargıtay Başsavcısını ve kendi üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılama yetkisine sahipti. 1961 Anayasası’nın 147. maddenin son fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılamalarda savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı yapardı. 44 sayılı Kanun’un 35. Maddesi gereğince fiili veya hukuki sebeplerle Cumhuriyet Başsavcısının bu görevi ifa edememesi halinde, Yüce Divan Savcılığını geçici olarak yapacak şahıs, Yargıtay İkinci Başkan ve üyeleri arasından Yargıtay Büyük Genel Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilirdi.

1961 Anayasası’nın uygulandığı dönemde, görev suçları sebebiyle Yüce Divan’da yargılanması gereken Başbakan veya Bakanlar Kurulu üyelerinin soruşturması TBMM tarafından, diğer üst düzey kamu görevlilerinin soruşturması ise kendi kurulları tarafından yapılırdı³⁶. 1961 Anayasası’nın 98. maddesine göre Cumhurbaşkanı göreviyle ilgili işlemlerinden dolayı sorumsuz olup 99. maddeye göre Cumhurbaşkanı yalnızca vatana ihanet suçundan dolayı meclis tarafından suçlandırılabilirdi. TBMM üye tam sayısının üçte birinin teklifi üzerine ve üye tam sayısının dörtte üçünün kararıyla suçlanan Cumhurbaşkanı böylece Yüce Divan’a sevk edilirdi.

44 sayılı Kanun’un 34. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla yargılama yaparken yürürlükteki kanunlara göre hareket eder ve hüküm verirdi. İlgili kanunun 50. maddesine göre ise Anayasa Mahkemesinin kararları kesin olup aleyhine temyiz ya da istinaf yoluna gidilemezdi.

1961 Anayasası döneminde Ticaret eski Bakanı Mehmet Baydur 7 Şubat 1964 tarihinde görevini savsakladığı iddiasıyla Yüce Divan’a sevk edilmiş ve yapılan yargılama sonucunda beraatına karar verilmiştir³⁷.

D. 1982 Anayasası’nda Yüce Divan

12 Eylül 1980 tarihinde Türk Silahlı Kuvvetleri, 27 Mayıs 1960’daki müdaha-

36 YANIK, s. 33.

37 YANIK, s. 355.

leden farklı olarak, “emir ve komuta zinciri içerisinde ve emirle” bir kez daha yönetime el koymuştur. 27 Mayıs 1960 tarihinde orta rütbeli 38 subay yönetime el koyarken; 12 Eylül 1980 tarihinde ise, ordu, genelkurmay başkanının ve kuvvet komutanlarının yönetiminde, bir bütün olarak, yani kendi hiyerarşisi içinde yönetime el koymuştur³⁸. 12 Eylül müdahalesini gerçekleştiren üst düzey komutanlar topluluğu tarafından “Milli Güvenlik Konseyi (MGK)” oluşturulmuştur³⁹. Bu Konsey; Genelkurmay Başkanı Orgeneral Kenan Evren, Kara Kuvvetleri Komutanı Orgeneral Nurettin Ersin, Hava Kuvvetleri Komutanı Orgeneral Tahsin Şahinkaya, Deniz Kuvvetleri Komutanı Nejat Tümerve Jandarma Genel Komutanı Orgeneral Sedat Celasun’dan oluşmuştur. Böylece askeri müdahalenin gerçekleştiği 12 Eylül 1980 tarihinden başlayarak, 1982 Anayasasının yürürlüğe girdiği 7 Kasım 1982 tarihine kadar MGK’nin yönetiminde bir ara dönem yaşanmıştır⁴⁰.

1. 12 Eylül 1980 ve 7 Kasım 1982 arasında Olağanüstü Yüce Divan Yargılaması

Milli Güvenlik Konseyi, 27 Ekim 1980 tarih ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanunu kabul etmiştir. Bu kanunun 2. maddesi gereğince; 1961 Anayasasında yasama meclisine verilmiş bulunan görev ve yetkiler 12 Eylül 1980 tarihinden itibaren geçici olarak Millî Güvenlik Konseyince ve Cumhurbaşkanına verilmiş bulunan görev ve yetkiler de Millî Güvenlik Konseyi Başkanınca yerine getirilir ve kullanılır. Dolayısıyla, suç işlediği iddiasıyla Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bakanlar hakkında soruşturma açma ve soruşturma sonucu Yüce Divan’a sevk etme yetkisi MGK’ne geçmiştir.

Böylece 12 Eylül 1980 Askeri Darbesini yapanlar, 27 Mayıs Darbesini yapanlardan farklı olarak; yeni bir olağanüstü mahkeme kurmak yerine, mevcut Yüce Divan yargılamasının kurumsal yapısını değiştirerek olağanüstü bir soruşturma sistemi uygulamasını getirmişlerdir. Bu uygulama da 1960 Askeri Darbesi döneminde olduğu gibi, adil yargılanma hakkına, hukuk devleti ve tabii hâkim ilkesine aykırıdır⁴¹.

Oluşturulan bu olağanüstü yargılama döneminde, MGK dört bakanın Yüce Divan’a sevkine karar vermiştir⁴²: Sosyal Güvenlik eski Bakanı Hilmi İşgüzar 2 Şubat 1981 tarihinde Yüce Divan’a sevk edilmiş ve 5 yıl ağır hapis, 4 yıl sekiz ay hapis ve sürekli olarak memuriyetten mahrumiyet cezasına çarptırılmıştır.

38 GÖZLER, s. 93.

39 TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 4. 2009, İstanbul.

40 YANIK, s. 33.

41 YANIK, s. 34.

42 YANIK, s. 355-356.

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

Gümrük ve Tekel eski Bakanı Tuncay Mataracı 23 Nisan 1981 tarihinde Yüce Divan’a sevk edilerek 36 yıl ağır hapis ve sürekli olarak memuriyetten men cezasına çarptırılmıştır. Bayındırlık eski Bakanı Şerafettin Elçi 17 Mart 1982 tarihinde Yüce Divan’a sevk edilmiş ve iki yıl dört ay hapis ve on dört ay memuriyetten mahrumiyet cezası ile cezalandırılmıştır. 2 Haziran 1982 tarihinde Yüce Divan’a sevk edilen Bayındırlık eski Bakanı Selahattin Kılıç ise delil yetersizliğinden beraat etmiştir.

2. 1982 Anayasası Döneminde Yüce Divan Yargılaması

a. Genel Olarak

1982 Anayasası, 7 Kasım 1982 tarihinde halkoylamasına sunularak halkın %91, 3’ünün “evet” oyu ile kabul edilmiş ve 17863 sayı ve 9 Kasım 1982 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylece 1982 Anayasasının öngördüğü olağan Yüce Divan sistemi, tüm kurumlarıyla birlikte işlemeye başlamıştır.

1982 Anayasası’nda Anayasa Mahkemesi’nin görevleri dört başlık altında toplanmıştır. İlk olarak, Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü’nün Anayasa’ya şekil ve esas bakımından; Anayasa değişikliklerinin ise sadece şekil yönünden Anayasa’ya aykırı olup olmadığını denetler. İkincisi, siyasi partilerin kapatılması amacıyla açılan davalara bakar ve siyasi partilerin gelir ve giderlerini amaçlarına uygun olarak kullanıp kullanmadıklarını denetler. Üçüncüsü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında temel hak ve özgürlüklerden Anayasa’da güvence altına alınmış herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla vatandaşların yaptığı bireysel başvuruları karara bağlar. Cumhurbaşkanı, TBMM Başkanı, Başbakanı, bakanları, yüksek mahkeme başkan ve üyelerini, başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekili’ni, Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet komutanlarını görevleriyle ilgili olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar.

Aslında, 1982 Anayasasının hazırlanması aşamasında kurulan Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu, MGK’ne sunduğu anayasa tasarısında Yüce Divan görevinin Anayasa Mahkemesi’ne değil, Yargıtay’a verilmesini öngörüyordu. Fakat MGK, tasarıdaki bu hükmü değiştirerek Yüce Divan görevinin Anayasa Mahkemesi’ne verilmesini kararlaştırmıştır⁴³.

Ancak, Yüce Divan yargılamasının Anayasa Mahkemesi tarafından mı yoksa Yargıtay tarafından mı yapılması gerektiği hâlâ tartışmalı bir konudur. Yüce Divan yargılamasını Yargıtay’ın yapması gerektiğini savunanlara göre;

43 YANIK, s. 35.

bir ceza hukuku yargılaması olan Yüce Divan yargılaması, ceza hukukçuları tarafından yapılmalıdır. Oysa Anayasa Mahkemesi'nin mevcut yapısı dikkate alındığında değil ceza hukukçusu, hukukçu olmayan kimseler bile Anayasa Mahkemesi'ne üye olarak seçilebilmektedir. Ceza hukukçusu ve hatta hukukçu bile olmayan Anayasa Mahkemesi üyelerinin, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılamalara katılması, tabii hâkim ilkesinin ihlaline yol açtığı düşüncesiyle eleştirilmektedir⁴⁴.

Yüce Divan yargılamasının Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması gerektiği görüşünü savunanlar ise bunun sebebini, burada yargılanacak kişilerden bazılarının işlediği suçların nitelik olarak siyasal yönünün de olduğu ve dolayısıyla yüce divan yetkisinin yasama, yürütme ve yargının üstündeki bir organa yani Anayasa Mahkemesi'ne verilmesi gerektiği olarak izah etmektedirler⁴⁵. Bu görüş doğrultusunda Candemir'e göre, yargılanan kişilerin sıfat ve görevleri göz önünde tutularak, Yüce Divan yargıçlarının ceza hukuku bilgisinin yanında anayasa ve idare hukuku bilgi ve deneyimine de sahip olmaları gerektiğinden dolayı Yüce Divan görevi Anayasa Mahkemesi tarafından ifa edilmelidir⁴⁶. Feyzioğlu ise Yüce Divan yargılamasının konusunu meydana getiren fiilin, sanığın siyasi takdir yetkisiyle doğrudan bağlantılı olduğunu ve Anayasa Mahkemesinin kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken, siyasi takdir yetkisinin sınırlarını belirlemede uzmanlaştığı gerekçesiyle, Yüce Divan görevinin Anayasa Mahkemesi'ne verilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁷.

Yüce Divan yargılaması hakkında bu iki görüşten ayrı olarak, Yüce Divan mahkemesi şeklinde ayrı bir mahkemenin olmaması gerektiği ve Yüce Divan yargılamasının hukuka ve adalete olan güveni sarstığı, inancı zedelediği yolunda üçüncü bir görüş daha mevcuttur⁴⁸. Dinçer'e göre, "Yüce Divan, geçmiş örneklerde de görüldüğü gibi ülkemizde zaman zaman politikanın yargılandığı yer olmuştur. Böyle bir müesseseye gerek yoktur. Herkes kimliğine bakılmaksızın genel yargı düzenine tabi olmalıdır"⁴⁹.

b. Yüce Divan'ın Oluşumu

Yüce Divan yetkisinin hukuka uygun olup olmadığı ya da bu yetkinin Anayasa Mahkemesi'nde mi yoksa Yargıtay'da mı olması gerektiği doktrinde tar-

44 CANDEMİR Taner, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla Yaptığı Yargılama, Ankara Barosu Dergisi, 1995/2, s. 33-35; ASLAN, s. 5; ÖZTÜRK, s. 75, 76.

45 EREM Faruk, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Olarak İncelenmesi, s. 5, 1963, Ankara.

46 CANDEMİR, s. 35.

47 FEYZİOĞLU Metin, Meclis Soruşturması, s. 5, 2006, Ankara.

48 ŞEN/ÖZDEMİR, s. 180.

49 DİNÇER Güven, Türk Yargı Modeli ve Yeni Bir Model Gereği, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (üçüncü Kitap), s. 1035, Çeşitli İdare Hukuku Konuları, 1-4 Mayıs 1990, Ankara.

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

tışmalı olmakla birlikte 1982 Anayasasının 148. maddesi gereğince bu görev Anayasa Mahkemesi’ne verilmiştir. Dolayısıyla teşkilat ve üyeler açısından, Anayasa Mahkemesi ile Yüce Divan özdeştir. Yüce Divan yargılamasını yapacak teşkilat ve üyeler, Anayasa Mahkemesi’nin olağan teşkilat ve üyeleridir⁵⁰.

Anayasamızın 146. maddesi ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanunun 6. maddesi ile Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşu ve üyelerinin seçilme yeterliliği düzenlenmiştir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi on yedi üyeden oluşur. TBMM, iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulu’nun kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için göstereceği üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden gizli oyla seçer. TBMM’de yapılacak seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte ikisi, ikinci oylamada ise üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluğun sağlanamaması hâlinde en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır, bu oylamada en çok oyu alan aday Anayasa Mahkemesi’ne üye seçilmiş olur. Yargıtay’dan üç, Danıştay’dan iki, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nden birer üye; kendi genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanı tarafından seçilir. Ayrıca Cumhurbaşkanı; üç üyeyi en az ikisi hukukçu olmak üzere Yükseköğretim Kurulu’nun kendi üyesi olmayan hukuk, iktisat ve sosyal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden ve dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer. Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim Kurulu’ndan Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday göstermek için yapılacak seçimlerde, her boş üyelik için en çok oyu alan üç kişi; baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday için yapılacak seçimde ise fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.

Anayasa Mahkemesi’ne üye seçilebilmek için kırk beş yaşını doldurmuş olmak şartıyla; yükseköğretim kurumları öğretim üyelerinin doçent veya profesör unvanını kazanmış, avukatların en az yirmi yıl fiilen avukatlık yapmış, üst kademe yöneticilerinin yükseköğrenim görmüş ve en az yirmi yıl kamu hizmetinde fiilen çalışmış, birinci sınıf hâkim ve savcılarının adaylık dâhil en az yirmi yıl çalışmış olması şarttır.

Anayasa Mahkemesi üyeleri kendi aralarından gizli oy ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile bir başkan ve iki başkanvekilini dört yıl için seçerler. Süresi biten başkan veya başkanvekilinin yeniden seçilmesi mümkündür. Ayrıca,

50 YANIK, s. 77.

Haşim Kılıç'a Armağan

Anayasa Mahkemesi üyeleri asli görevleri dışında resmi ya da özel görev almazlar.

Anayasamızın 147. maddesine göre; Anayasa Mahkemesi üyeleri oniki yıl için seçilirler, oniki yılı tamamlamadan altmışbeş yaşını dolduran üyeler emekliye ayrılır ve bir üye ikinci defa seçilemez. Anayasa Mahkemesi üyeliği, bir üyenin hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymesi hâlinde kendiliğinden ve görevini sağlık problemleri nedeniyle yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması hâlinde ise Anayasa Mahkemesi üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ile sona erer.

Anayasanın 149. maddesine göre; Anayasa Mahkemesi, iki Bölüm ve Genel Kurul hâlinde çalışır. Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Genel Kurul ise Mahkeme Başkanı ya da belirleyeceği bir başkanvekili başkanlığında en az oniki üye ile toplanır. Bölümler ve Genel Kurul kararlarını salt çoğunluk ile alır. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla yapacağı yargılamalara Genel Kurul tarafından bakılır.

c. Yüce Divan'da Görev ve Yetki

1982 Anayasası'nın 148. maddesi gereğince, Yüce Divan'ın yargılama görev ve yetkisi bazı üst düzey kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla işlemiş oldukları suçlardan ibarettir. Dolayısıyla, Yüce Divan'ın yetkisi, yargılayacağı kişiler ve görev bakımından kısıtlanmıştır. Biz de çalışmamızın bu bölümünde Anayasa Mahkemesi'nin hangi üst düzey kamu görevlilerini, hangi suçlarından dolayı yargılayacağını ele alacağız.

aa. Kişi Bakımından Yetki

Bilindiği üzere; hangi hâkimin, hangi kişileri, hangi suçları sebebiyle yargılayacağını gösteren yetki kurallarına kişi bakımından yetki kuralları denir. Anayasamızın 148. maddesine göre Cumhurbaşkanı, TBMM Başkanı, Bakanlar Kurulu üyelerini, yüksek mahkeme başkan ve üyelerini, başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet komutanlarını görevleriyle ilgili olarak işledikleri iddia edilen suçlar sebebiyle sıfatıyla yargılama yetkisi Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesine aittir.

aaa. Cumhurbaşkanı

1982 Anayasası'nın 105. maddesine göre; Cumhurbaşkanı, TBMM üye tam sayısının üçte birinin teklifi ve dörtte üçünün kararı ile yalnızca vatana ihanet suçu ile suçlanabilir. TBMM İçtüzüğü'nün 114. maddesi gereğince, Cum-

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

hurbaşkanı’nın görevden ayrılmış olması hâlinde bile vatana ihanet suçu ile suçlanması mümkündür. Buna göre; TBMM üye tamsayısının en az üçte birinin imzası ile Cumhurbaşkanı’nın vatana ihanetten dolayı suçlandırılması için TBMM başkanlığına önerge verilir. Bu önerge derhal TBMM’nin bilgisine sunularak, suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı’na bildirilir ve TBMM’nin bilgisine sunulmasından itibaren yedi gün sonraki birleşimin gündemine alınır. Bu birleşimde suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı’nın da dinleneceği bir görüşmeden sonra TBMM üye tamsayısının dörtte üçünün kararı ile suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı Yüce Divan’a sevk edilebilir.

1982 Anayasası Cumhurbaşkanı’nın ancak vatana ihanet suçu ile suçlanabileceğini kabul etmiş olmakla birlikte vatana ihanet suçunun tanımlamasını yapmamış ve unsurlarını belirlememiştir. Diğer taraftan yürürlükteki ceza kanunlarımızda “vatana ihanet suçu” diye bir suç tipi de düzenlenmiş değildir. Peki, hangi fiiller vatana ihanet suçunu oluşturacaktır ya da Cumhurbaşkanı’nın yaptığı bir eylemin vatana ihanet kapsamına girip girmediğine kim karar verecektir. Doktrinde bu konuda birbirinden farklı üç görüş vardır. Birinci görüşe göre; Yüce Divan, isnat olunan fiilin suç olup olmadığına ve Cumhurbaşkanı’nın bu suçtan sorumlu tutulup tutulamayacağına karar verebilir ancak hangi fiillerin vatana ihanet suçu olduğunu belirleme yetkisi yalnızca TBMM’ne aittir⁵¹. İkinci görüş ise, vatana ihanet suçunu ve unsurlarını niteleme yetkisinin TBMM’ne ait olduğunun kabul edilmesi, mahkûmiyet kararının önceden ilan edilmesi anlamına geldiği gerekçesi ile hangi fiillerin vatana ihanet suçunu oluşturacağını belirleme yetkisinin Yüce Divan’a ait olduğunu iddia etmektedir⁵².

Bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre ise; Cumhurbaşkanı’nın vatana ihanet suçundan dolayı Yüce Divan’da yargılanması mümkün değildir. Zira 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 57. maddesi gereğince, Yüce Divan yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir. Dolayısıyla Anayasa veya ceza kanunlarında “vatana ihanet suçu” adı altında bir suç tanımı yapılarak unsurları belirlenmediği için Cumhurbaşkanı’nın Yüce Divan’da yargılanması ve cezai sorumluluğu yoluna gidilmesi mümkün değildir.

Peki, TBMM üye tam sayısının üçte birinin teklifi ve dörtte üçünün kararı ile Cumhurbaşkanı’nın vatana ihanet suçu ile suçlanmasının herhangi bir müeyyidesi olmayacak mıdır? Bu soruya cevaben Cumhurbaşkanı’nın vatana ihanet suçlamasıyla Yüce Divan’a sevk edilen Cumhurbaşkanı’nın cezai sorumluluğu söz konusu olmasa da siyasi sorumluluğunun bir neticesi olarak

51 DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 1, s. 243,

52 ÖZTÜRK, s. 92.

Cumhurbaşkanlığı vazifesinin sona ereceğini söyleyebiliriz⁵³. Zira TBMM üye tam sayısının salt çoğunluğu ile Yüce Divan'a sevk edilen Başbakan ve bakanların görevleri sona ererken, TBMM üye tam sayısının üçte birinin teklifi ve dörtte üçünün kararı ile Yüce Divan'a sevk edilen Cumhurbaşkanı'nın göreve devam edeceği düşünülemez⁵⁴. Ayrıca, Yüce Divan yargılaması sonucu Cumhurbaşkanı beraat etse bile yeniden seçilmediği sürece göreve dönmesi mümkün değildir⁵⁵.

bbb. Başbakan ve Bakanlar

1982 Anayasası'nın ilk şeklinde TBMM Başkanı'nın Yüce Divan'da yargılanacağı ön görülmemiştir. Ancak 7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12 Eylül 2010 tarihindeki halk oylaması sonucu yürürlüğe girmesiyle, bu kanunun 18. maddesi gereğince, TBMM Başkanı'nın da görevi sebebiyle işlediği suçlardan dolayı Yüce Divan'da yargılanacağı kabul edilmiştir. Ancak TBMM Başkanı'nın göreviyle ilgili olarak işlediği suçlardan dolayı Yüce Divan'a sevk usulü hakkında Anayasa, TBMM İçtüzüğü ve ilgili diğer kanunlarda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple ortada yasal bir boşluk ve bu boşluğun bir sonucu olarak da bir belirsizlik söz konusudur. Bu belirsizliğin kanuni bir düzenleme yapılmak suretiyle ivedilikle ortadan kaldırılması gerekmektedir; kanaatimizce Başbakan ve bakanlar için öngörülen Yüce Divan'a sevk usulü ile TBMM Başkanı'nın da Yüce Divan'a sevk edilmesi mümkündür. Nihayetinde TBMM Başkanı da Başbakan ve Bakanlar gibi bir milletvekilidir ve dolayısıyla Başbakan ve bakanlar hakkında öngörülen Yüce Divan'a sevk usulü TBMM Başkanı için de uygulanabilir.

Anayasamızın 148. maddesine göre, Başbakan ve bakanlar vatana ihanet suçu da dâhil her türlü görev suçlarından dolayı Yüce Divan'da yargılanırlar. TBMM İçtüzüğü'nün 107. maddesi gereğince görevinden ayrılmış bulunan Başbakan veya bakanların da görevleri esnasında işledikleri görev suçlarından dolayı, Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'ne sevk edilmesi mümkündür. Anayasa'nın 100. maddesine göre, Başbakan veya Bakanlar hakkında, TBMM üye tamsayısının en az onda birinin vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, bu istemi en geç bir ay içinde görüşür ve gizli oyla karara bağlar. Soruşturma açılmasına karar verilirse, Meclisteki siyasi partilerin güçleri oranında verdikleri üyelerden oluşan onbeş kişilik karma bir komisyon tarafından Meclis Soruşturması yapılır. Soruşturma Komisyonu

53 YANIK, s. 104.

54 ÖZBUDUN, s. 318.

55 EZİÇ Erdoğan, Cumhurbaşkanı'nın Sorumluluğu, Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan, İstanbul Barosu Yayını, s. 280, 1992, İstanbul.

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

kurulmasından itibaren iki ay içinde soruşturma raporunu TBMM’ne verir. Bu sürede rapor hazırlanamamışsa komisyona iki aylık yeni ve kesin bir süre verilir.

Soruşturma Komisyonu’nun raporu; TBMM Başkanlığı’na verilmesinden itibaren on gün içinde, hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakana gönderilerek TBMM üyelerine dağıtılır. Rapor üyelere dağıtımından itibaren on gün içinde TBMM Genel Kurulu’nda görüşülerek, gizli oy ve TBMM üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ilgili Başbakan ya da bakanın Yüce Divan’a sevkine karar verilebilir.

1982 Anayasası döneminde Yüce Divan’da yargılanan Bakanlar Kurulu üyeleri şunlardır⁵⁶: 15 Mayıs 1985 tarihinde Yüce Divan’a sevk edilen Devlet eski Bakanı İsmail Özdağlar görevi kötüye kullanmak suçundan iki yıl hapis ve 30 bin lira para cezasına mahkûm edilmiştir. Bayındırlık ve İskân eski Bakanları Sefa Giray ve Cengiz Altınkaya 20 Ocak 1993 tarihinde Yüce Divan’a sevk edilmişler ve yapılan yargılama sonucu berat etmişlerdir. Devlet eski Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Hüsamettin Özkan ile Devlet eski Bakanı Recep Önal 15 Haziran 2004 tarihinde Yüce Divan’a sevk edilmiş ve yapılan yargılama sonucunda beraatlarına karar verilmiştir. Eski Başbakan Ahmet Mesut Yılmaz ve Devlet eski Bakanı Güneş Taner görevi kötüye kullanma suçunu işledikleri iddiasıyla 13 Temmuz 2004 tarihinde Yüce Divan’a sevk edilmiş ve yapılan yargılama sonucu haklarındaki iddia kabul edilmiş, fakat davanın kesin hükme bağlanması ertelenmiştir. 13 Temmuz 2004 tarihinde Yüce Divan’a sevk edilen Enerji ve Tabii Kaynaklar eski Bakanları Zeki Çakan ve Cumhur Ersümer’in Yüce Divan’da görülen davaları sonucunda Zeki Çakan iddia edilen tüm suçlardan beraat ederken, Cumhur Ersümer ise 1 yıl 8 ay hapse mahkûm edilmiş ve cezası da ertelenmiştir. Bayındırlık ve İskân eski Bakanları Koray Aydın ve Yaşar Topçu da 9 Kasım 2004 tarihinde Yüce Divan’a sevk edilmiş ve yapılan yargılamaları sonucunda; Koray Aydın beraat ederken, Yaşar Topçu hakkındaki davanın kesin hükme bağlanması ertelenmiştir.

ccc. Yüksek Mahkeme Başkan ve Üyeleri

1982 Anayasası’nın 148. maddesine göre; Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlarından dolayı yargılama yetkisi Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi’ne aittir. Yüksek hâkim ve savcıların Yüce Divan’a sevk usulleri büyük oranda birbirlerine benzemekle beraber, her yüksek mahkemenin soruşturma usulü ve Yüce Di-

56 YANIK, s. 356-358.

van'a sevk etmeye yetkili kurulları, bir kısım farklarla kendi kanunlarında düzenlenmiştir⁵⁷.

6216 sayılı Kanun'un 16. maddesi ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 14 ve 15. maddeleri gereğince, Anayasa Mahkemesi'nin başkan ve üyelerinin görevlerinden doğan ve görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları nedeniyle soruşturma açılmasına karar verme yetkisi Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'na aittir. Gerekli görürse Başkan üyelerden birine soruşturma açılmasına yer olup olmadığına dair bir inceleme yaptırabilir. Genel Kurul hakkında işlem yapılan üyenin katılmadığı bir görüşmede soruşturma açılmasına yer olup olmadığı kararını görür. Görüşme sonucunda soruşturma açılmasına yer olmadığı kararı verilirse, karar ilgililere tebliğ edilir. Soruşturma açılmasına karar verilirse, Genel Kurul, üyeler arasından üç kişi seçerek Soruşturma Kurulu oluşturur. Soruşturma Kurulu, soruşturmayı tamamladıktan sonra kamu davasının açılmasını gerekli görmezse kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verir. Soruşturma Kurulu kamu davasının açılmasını gerekli görürse bir iddianame düzenleyerek dosyayı Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapmak üzere Anayasa Mahkemesi'ne gönderir.

Yargıtay Başkanı, Başsavcısı ve üyelerinin görev suçlarından dolayı Yüce Divan'a sevk edilebilmesi, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 46. maddesine gereğince; Birinci Başkanlık Kurulu'nun bu yöndeki kararına bağlıdır. Birinci Başkanlık Kurulu kendisine ulaşan ihbar ve şikâyetleri inceleyerek soruşturma açılmasını gerektirir nitelikte gördüğü takdirde, ilk soruşturma yapılması için ceza dairesi başkanlarından birini görevlendirir. Aksi takdirde dosyanın işleminden kaldırılmasına karar verir ki bu kararlar kesindir. İlk soruşturma ile görevlendirilen başkan, soruşturmayı tamamlayarak dosyayı Birinci Başkanlık Kurulu'na gönderir. Birinci Başkanlık Kurulu dosyada bir eksiklik bulursa bunu soruşturmayı yapan başkana tamamlattırır. Bundan sonra, Birinci Başkanlık Kurulu, dosyanın işleminden kaldırılmasına ya da kovuşturmanın açılmasına karar verebilir. Kovuşturmanın açılmasına karar verilirse dosya Yüce Divan'a gönderilir.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'na göre; Danıştay Başkanı, Başsavcısı ve üyelerinin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı, Yüce Divan'a sevk edilebilmesi için, Danıştay Başkanı'nın seçeceği bir daire başkanı ve iki üyeden oluşan bir kurul ilk soruşturmayı yapar. Soruşturma Danıştay Başkanı hakkında yapılacaksa, Soruşturma Kurulu üyeleri Başkanlık Kurulu tarafından seçilir. Soruşturma kurulu, soruşturma sonunda düzenleyeceği fezlekeyi ve buna ilişkin dosyayı Danıştay Başkanı'na verir. Bu konudaki dosya Danıştay Başkanı tarafından İdari İşler Kurulu Başkanlığı'na

57 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: YANIK, s. 171 ve devamı.

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

ulaştırılır. İdari İşler Kurulu Başkanlığı’nın yaptığı inceleme ve görüşmeler sonucu vereceği kovuşturma ya da kovuşturmaya yer olmadığı kararı ilgililere bildirilir. Danıştay Genel Kurulu, kovuşturmaya yer olmadığı kararını ressen, kovuşturma kararını ise itiraz yapılması halinde, İdari İşler Kurulu Başkan ve üyelerinin olmayacağı bir oturumda inceler. Yapılan inceleme sonucu verilen kovuşturmanın açılmasına dair kararlar, üst kurulca onanmak veya itiraz olunmamak suretiyle kesinleştikten sonra soruşturma dosyası Yüce Divan’a sevk edilir.

6085 sayılı Sayıştay Kanunu’nun 66. maddesine göre; Sayıştay Başkanı, daire başkanları ve üyelerden birinin görevleri sebebiyle işlediği iddia edilen bir suçtan dolayı Sayıştay Genel Kurulunca seçilecek üç daire başkanı ve iki üyeden kurulu bir heyet tarafından ön inceleme yapılarak hazırlanacak rapor ile sair evrak soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine esas alınmak üzere Daireler Kuruluna verilir. Bu Kurulun soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı kendiliğinden ve soruşturma izni verilmesine ilişkin katılanların üçte iki çoğunluğu ile verilen karar, itiraz üzerine Genel Kurulca incelenir. İtiraz süresi kararın tebliği tarihinden itibaren onbeş gündür. Genel Kurulun soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı kesindir ve soruşturma izni verilmesine dair karar katılanların üçte iki çoğunluğu ile alınır. Soruşturma izni verilmesine ilişkin verilen kesin karar üzerine dosya Yüce Divan’a tevdi olunur.

1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu gereğince; bu mahkemelerin başsavcı ve üyelerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar Başkan, Başkan’ın görevle ilgili suçları ise Milli Savunma Bakanı tarafından Genel Kurul’a intikal ettirilir. Genel Kurul’un belirleyeceği bir veya üç üye soruşturma açılmasına yer olup olmadığına dair bir rapor hazırlarlar. Bu rapor üzerine Genel Kurulda yapılacak görüşme ile kovuşturma veya kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Genel Kurul tarafından soruşturma açılmasına karar verilmesi hâlinde üç üye gizli oyla görevlendirilir. Soruşturma Kurulu’nun yapacağı soruşturma sonucu, Genel Kurul kovuşturmanın açılmasına karar verirse dosya Yüce Divan’a sevk edilir.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerinin soruşturma ve Yüce Divan’a sevk usulü ise 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu’nun 38. maddesine göre yürütülür. Yüce Divan’a sevk talebiyle üyelerden biri hakkında yapılan ihbarname veya şikâyetlerde Başkan, işi Genel Kurula götürmeden önce daire başkanlarından birine ön inceleme yaptırabileceği gibi doğrudan Genel Kurula da sunabilir. Genel Kurulda yapılan görüşme sonucunda soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına yer olmadığına karar verilir. Soruşturma açılmasına karar verilmesi hâlinde üyeler arasından

gizli oyla üç kişilik bir soruşturma kurulu seçilir. Soruşturma kurulu soruşturmayı tamamlayarak kovuşturmaya yer olup olmadığı hakkındaki kanaatini belirten raporunu Genel Kurula sunar. Genel Kurul, kovuşturma açılmasına yer olmadığına dair karar vererek dosyayı işlemiden kaldırabileceği gibi kovuşturma açılmasına karar vererek dosyayı Yüce Divan'a da gönderebilir.

Ülkemizde yaklaşık olarak yüz kırk senelik bir geçmişe sahip olan Yüce Divan'da 2011 senesinden önce herhangi bir yüksek hâkim veya savcı yargılanmış değildir. Bunun sebebi ise yüksek yargı mensuplarının hiçbir şekilde görev suçu işlememiş olmaları değil, kendi kurumları tarafından korunup kollanmış olmalarıdır⁵⁸. Fakat 2011 yılında ilk defa bir yüksek yargı mensubu, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi eski Başkanı Hasan Erdoğan, rüşvet aldığı iddiasıyla Yüce Divan'a sevk edilmiş ve yapılan yargılama sonucu ilgili yüksek hakim ile bu davayla birleştirilen ve rüşvet vermekle suçlanan onbeş sanık hakkında 19.12.2012 tarihinde beraat kararı verilmiştir.

ddd. Genel Kurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanları

1982 Anayasası'nın ilk hâlinde TBMM Başkanı'nda olduğu gibi Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanlarının da Yüce Divan'da yargılanacağına dair herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak, 7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12 Eylül 2010 tarihindeki halk oylaması sonucu yürürlüğe girmesiyle bu kanunun 18. maddesi gereğince, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı Yüce Divan'da yargılanırlar. Anayasa'nın 148. maddesine eklenen bu fıkra hükmüne göre; emekli olsalar bile Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanlarının görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı yargılanmaları, iddiaya konu bu fiil bahsi geçen Anayasa değişikliğinden önce işlenmiş olsa dahi Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır⁵⁹.

Kanaatimizce 12 Eylül 2010 halkoylaması ile Anayasa'ya eklenen bu hüküm isabetli olmamıştır. Zira Yüce Divan yargılamasında maksat; yasama, yürütme ve yargı erkinin en üst makamlarında görev yapan kişilerin genel mahkemelerde yargılanırken içinde yer aldıkları ilişkiler sonucu kayırılmasını önlemektir. Bu çerçevede yasamada TBMM Başkanı; yürütmede Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bakanlar; yargıda ise yüksek mahkemelerin başkan, başsavcı ve üyeleri görevleri sebebiyle işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı Yüce Divan'da yargılanmaktadırlar. Bu sebeple Genelkurmay Başkanı

58 YANIK, s. 106-109.

59 ŞEN/ÖZDEMİR, s. 182.

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

ve kuvvet komutanlarının Yüce Divan’da yargılanması, Yüce Divan yargılamasının temel amacına aykırı düşmektedir. Çünkü Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanları yasama, yürütme veya yargı organlarından birinin en üst makamlarında bulunmamakta, bilakis yürütme organının hiyerarşisi altında bir memur statüsündedirler. Zira Genelkurmay Başkanı görev ve yetkileri bakımından Başbakan’a karşı sorumludur. Diğer taraftan, hiyerarşik olarak Başbakanlığa bağlı bulunan Genelkurmay Başkanı ve onun hiyerarşisi altındaki kuvvet komutanlarının Yüce Divan’da yargılanması; Başbakanlığa veya bakanlıklara bağlı diğer kurum veya kuruluşların üst düzey yöneticilerinin genel mahkemelerde yargılanması karşısında hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Bu mantıkla hareket edecek olursak, Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanları görevleriyle ilgili suçlarından dolayı Yüce Divan’da yargılanıyorsa, bahsi geçen kurum veya kuruluşların üst düzey yöneticilerinin de görevleri sebebiyle işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı Yüce Divan’da yargılanmaları gerekmektedir.

Diğer taraftan, 1982 Anayasası’ndaki bu yeni düzenlemeye göre, Genelkurmay Başkanı ile kuvvet komutanlarının görevlerinden dolayı işledikleri suçlar sebebiyle yargılanmalarının Yüce Divan’da yapılacağı konusunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte, Yüce Divan’a sevk usulleri hakkında yasal bir boşluk bulunmaktaydı. Bu durum ilgili anayasa değişikliğinden hiç de kısa sayılmayacak bir süre sonra (3 yıl) 11 Şubat 2014 tarihinde 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu’nda yapılan değişiklikle açıklığa kavuşturulmuştur⁶⁰.

60 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu (Yüce Divanda yargılanacak asker kişilerle ilgili soruşturma usulü: Madde 15/A – (Ek: 11/2/2014-6519/ 61 md.) Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları ile Jandarma Genel Komutanı, görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar.

Bu suçlardan dolayı soruşturma açılmasına, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları hakkında Başbakan, Jandarma Genel Komutanı hakkında İçişleri Bakanı karar verir.

Bu suçlara ilişkin herhangi bir ihbar veya şikayet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları hakkında Başbakan, Jandarma Genel Komutanı hakkında İçişleri Bakanı, araştırma, gerekiyorsa ön inceleme yaptırarak soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verir. Soruşturma izni verilmiş bulunanlar izin vermeye yetkili merci tarafından soruşturmanın emniyeti ve sıhhatli olarak devam etmesi amacıyla geçici süre ile görevden uzaklaştırılabilir. Anılan kararlara karşı ilgililer on gün içinde Cumhurbaşkanlığına itiraz edebilirler. İtiraz üzerine Cumhurbaşkanlığı tarafından verilen karar kesindir.

İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da belli bir olayı ve nedeni içermeyen, delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikayetler işleme konulmaz.

Araştırma veya ön inceleme, izin vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendireceği denetim elemanları eliyle de yaptırılabilir. Bu şekilde görevlendirilen kişiler, 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda ön inceleme ile görevlendirilen kişilere tanınan yetkilere sahiptir.

Soruşturma izni verilmemesi kararı hakkında ilgililer tarafından yapılan itirazın Cumhurbaşkanlığı tarafından kabul edilmesi veya soruşturma izni verilmesi kararına karşı süresi içinde itiraz edilmemesi ya da bu itirazın Cumhurbaşkanlığı tarafından reddedilmesi üzerine, izin

bb. Görev Bakımından Yetki

Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla Anayasa'da belirtilen kamu görevlilerini yalnızca görevleriyle ilgili suçlardan dolayı yargılamaya yetkilidir. Başka bir ifadeyle Yüce Divan, Anayasa'nın 148. maddesinde sayılan kişileri her türlü eylem ve işlemlerinden dolayı yargılama yetkisine sahip değildir⁶¹. Dolayısıyla Yüce Divan'ın görev suçlarına ilişkin olarak yargılama yetkisine sahip olduğu kişiler, şahsi suçları bakımından genel kurallara tabidir ve bu kişilerin genel mahkemelerde yargılanması gerekir.

Anayasa'da belirtilen kişileri görevleriyle ilgili suçlardan dolayı yargılama yetkisi Yüce Divan'a ait olmakla birlikte; Anayasa'da ve 6216 sayılı Kanun'da "görevle ilgili suç"un herhangi bir tanımı yapılmış değildir. Ancak 2 Aralık 1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un kapsamını düzenleyen 2. maddesinde, yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getiren memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan bahsedilmekte ancak görev suçunun bir tanımı da yapılmamaktadır. 4483 sayılı Kanun'da "görev sebebiyle işlenen suçlar"a dair herhangi bir tanım yapılmamakla birlikte; kanunun lâfzî ve amaçsal yorumundan, "görev sebebiyle işlenen suçlar" kavramının memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevlerini ifa ederken yaptıkları görevle aralarında illiyet bağı bulunan bir suç işlemleri halini ifade ettiği anlaşılmaktadır⁶². Bu sebeple bir kamu görevlisinin, ifa ettiği kamu göreviyle arasında illiyet bağı bulunmayan bir suçu işlemesi durumunda, ortada görev sebebiyle işlenmiş bir suçtan söz edilemeyeceğinden dolayı suçun genel hükümler çerçevesinde muhakeme edilmesi gerekecektir.

Bu çerçevede Yüce Divan yargılamasında da "görevle ilgili suç" kavramı; Anayasa'nın 148. maddesinde belirtilen kamu görevlilerinin yapmış oldukları vazife ile işlemiş oldukları suç arasında bir bağlantının bulunduğu suç tipleridir. Başka bir deyişle Yüce Divan'da yargılanması talep edilen kamu görevlilerinin yaptıkları görev ile işledikleri suç arasında herhangi bir bağlantı ya da illiyet ilişkisi yoksa görevle ilgili bir suç işlenmediğinden dolayı Yüce Divan'da yargılanmaları da mümkün olmayacaktır⁶³. Anlaşılacağı üzere

vermeye yetkili merci tarafından soruşturmayı yapmak üzere denetim elemanlarından üç kişilik bir soruşturma kurulu oluşturulur. Kurul, soruşturma sırasında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Cumhuriyet savcısına tanıdığı bütün yetkilere sahip olup, soruşturma sırasında hâkim kararı alınması gereken hususlarda yetkili mahkemelere başvurur.

Kurul, yaptığı soruşturma sonucunu bir rapor ile tespit ederek izin vermeye yetkili mercie sunar. İzin vermeye yetkili merci kamu davasının açılmasına gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verir. Bu karar kesindir.

İzin vermeye yetkili merci kamu davasının açılmasına gerek görürse, soruşturma dosyasını Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapmak üzere Anayasa Mahkemesine gönderir.

61 ÇAĞATAY, s. 35.

62 ÇAĞATAY, s. 36.

63 ARSLAN, s. 66; YANIK s. 115.

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

Yüce Divan’da yargılanmaya konu edilebilecek kişilerin sahip olduğu yetki-lerle işledikleri suç arasında bir illiyet bağından söz edilebildiği durumlar, bu kişilerin Yüce Divan’da yargılanabilmesi için yeterlidir. Bununla birlikte, göreviyle ilgili bir suç işlediği iddiasıyla Yüce Divan’da yargılanması talep edilen kimse/kimseler için işlendiği iddia edilen suçun görevle ilgili suç olup olmadığına ayrı ayrı karar verilmelidir. Zira kamu görevlisi olmanın suçun kurucu unsurunu oluşturduğu hallerde, başka bir ifadeyle işlenen suçun yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebileceği durumlarda suçun görevle ilgili suçlar kapsamında olduğuna tereddüt yoktur. Ancak diğer taraftan kamu görevlisi olmak suçun asli unsurunu oluşturmuyor ve ilgili suç herkes tarafından işlenebilen suçlar kategorisinde yer alıyorsa görevle ilgili suç olarak kabul edilemez⁶⁴.

2010 tarihli Anayasa değişikliği sonrası Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanlarının görevleri sebebiyle işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı yargılanmaları Yüce Divan tarafından yerine getirilecektir. Anayasa’nın 148. maddesinden de anlaşılabacağı üzere Yüce Divan, Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanlarını görevleri sırasında işledikleri her türlü suçlardan dolayı değil, yalnızca görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı yargı-lama yetkisine sahiptir.

Genelkurmay Başkanı veya kuvvet komutanlarının TCK 302 ile 308. mad-deleri arasında “Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar” ya da TCK 309 ile 316. maddeleri arasında “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenen fiillerden birini işlemeleri durumunda, bu fiillerin görevle ilgili suç kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği büyük tartışma konusu olmakla beraber kanaatimizce bu fiillerden birini işleyen Genelkurmay Başkanı veya kuvvet komutanlarının Yüce Divan’da yargılan-malarına imkân bulunmamaktadır. Zira TCK 302 ile 316. maddeleri arasında sayılan suçlardan birini işleyebilmek için Genelkurmay Başkanı veya kuvvet komutanı olmanın bir önemi bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, bu suçlar herkes tarafından işlenebilen suçlar kategorisine dâhil olup, kamu görevlisi olmak bu suçların kurucu unsurlarından biri değildir. Genelkurmay Başkanı ya da kuvvet komutanları, bahsi geçen fiilleri, görevlerinin verdiği yetkiye dayanarak işleseler bile görevle ilgili suç işledikleri anlamına gelmez. Aksi halde kamu görevlilerinin, görevleri esnasında işledikleri suçların hemen hemen hepsinin kamu görevlisi olmanın verdiği yetkinin kullanılarak işlendiği dikkate alındığında “görevle ilgili suç” ile “ görev sırasında işlenen suç” ay-rımının bir değeri kalmaz⁶⁵.

Arıcan’a göre; görev demek belirli bir kanuni yetkinin veya hakkın kulla-

64 ÇAĞATAY, s. 38.

65 ÇAĞATAY, s. 39-40.

nılması demek olup görev içi veya dışı her türlü faaliyetin görev kapsamında telakki edilmesi mümkün değildir. Örneğin, bir trafik polisinin görevi sırasında bir sürücüye cinsel tacizde veya sarkıntılıkta bulunması görev kapsamında değerlendirilemezken, rüşvet alması veya gereksiz ceza yazması görev kapsamında değerlendirilir. Bu nedenle darbeye teşebbüs veya silahlı örgüt kurmak gibi Genelkurmay Başkanı ya da kuvvet komutanlarının uzaktan yakından görev alanına girmeyen bir suçlama hiç bir şekilde görevle ilgili suç olarak nitelendirilemez⁶⁶.

Diğer taraftan Anayasa'nın 145. maddesine göre; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara; askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından bakılır. İlgili maddenin devamında ise; devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davaların her halde adliye mahkemelerinde görüleceği hükme bağlanmıştır. Böylelikle; devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçların askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili suçlar kapsamında nitelendirilemeyeceği hüküm altına alınmış olmaktadır. Dolayısıyla; Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanlarının devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı işlemiş oldukları suçlar görevle ilgili suç kapsamında değerlendirilemez. Bu sebeple bahsi geçen suçlardan herhangi birini işleyen Genelkurmay Başkanı ya da kuvvet komutanlarının Yüce Divan'da yargılanmalarına imkân bulunmamaktadır.

Bu arada akla şu soru gelebilir; TCK 309 ile 316. maddeleri arasında "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenen fiillerden birini işleyen Genelkurmay Başkanı veya kuvvet komutanlarını yargılamaya hangi mercii yetkilidir? Bu soruya da yine Anayasa'nın 145. maddesinde yer alan "Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür" hükmü çerçevesinden bakıldığında; anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suç işleyen Genelkurmay Başkanı veya kuvvet komutanlarının ağır ceza mahkemelerinde yargılanması gerektiği sonucuna varılabilir⁶⁷. Zira

66 ARICAN Mehmet, Ceza Hukuku Açısından İlker Başbuğ'un Tutuklanması, <http://www.ankarastrateji.org/> yazar/doc-dr-mehmet-arican/ceza-hukuku-acisindan-ilker-basbug-un-tutuklanmasi/ (08.10.2013)

67 Daha önce 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesi gereğince bu tür suçlara bakma görevi özel yetkili ağır ceza mahkemelerine bırakılmıştı. Ancak bu hüküm 6352 sayılı Kanun ile 02.07.2012 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olmakla birlikte ilgili kanunun geçici 2. maddesi ile bu mahkemelerin elinde bulunan davaları bitirene kadar faaliyetlerine devam etmesi öngörülmüştü. Daha sonra çıkarılan 6526 sayılı Kanun ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na geçici 14. madde eklenmiş ve böylece 6352 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi kapsamında faaliyetlerini sürdüren özel yetkili ağır ceza mahkemeleri tamamen kaldırılmış, dosyaların yetkili ve görevli ağır ceza mahkemelerine devredilmesi hükme bağlanmıştır.

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

Anayasa’nın 145. maddesinde, bahsi geçen suçlara ilişkin davaların her halde adliye mahkemelerinde görüleceğine açıkça vurgu yapılmıştır. Genelkurmay Başkanı için sadece görev suçu işlediğinde Yüce Divan’ı adres gösteren Anayasa’nın, devletin güvenliğine karşı suçları görev suçlarından ayırdığı, dolayısıyla görevin ağır ceza mahkemelerine verildiği söylenebilir.

d. Yüce Divan Yargılaması

Yukarıda “kişi bakımından yetki” başlığı altında, Anayasa Mahkemesi’nin Yüce Divan sıfatıyla görev suçlarından dolayı yargılamaya yetkili olduğu kişilerin Yüce Divan’a sevk usullerini ayrı ayrı incelemiştik. Görev suçu işlediği iddia edilen bir kimsenin Yüce Divan’a sevk edilme usulü aynı zamanda Yüce Divan yargılamasının soruşturma evresini oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu bölümde Yüce Divan yargılamasının soruşturma evresini ayrıca ele almak yerine doğrudan kovuşturma yani yargılama aşamasına geçeceğiz.

aa. Kovuşturma Evresi

Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılamalarda Anayasa Mahkemesi, bazı üst düzey kamu görevlilerinin görevlerinden dolayı suç işleyip işlemediklerine hükmederken, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku kurallarını göz önünde bulundurmak zorundadır. Zira 6216 sayılı Kanun’un 57. maddesinin ilk fıkrasına göre; Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, Yüce Divan sıfatıyla çalışırken yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir. Bundan dolayı Yüce Divan, yargılama yetkisine sahip bulunduğu bir kişinin Yüce Divan’a sevk kararı kendisine ulaştığı andan itibaren onbeş gün içinde 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun 174. maddesi gereğince iddianamenin veya iddianame yerine geçen belgenin kabulüne ya da iadesine karar vermelidir. 6216 sayılı Kanun’un 57. maddesine göre; 5271 sayılı Kanun’daki iddianamenin iadesi sebeplerinden başka hukuka aykırı esaslı hâllerin bulunması hâlinde de iddianamenin veya iddianame yerine geçen belgenin iadesine karar verilebilir.

5271 sayılı Kanun’un 175. maddesine göre, iddianamenin Yüce Divan tarafından kabul edilmesiyle kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar. Yüce Divan, iddianame veya iddianame yerine geçen belgeyi kabul ettikten sonra bir duruşma günü belirleyerek ilgilileri duruşmaya çağırır. Sanığa gönderilen davetiyede iddianame veya iddianame yerine geçen belge de ekli olmalıdır. Davetiyenin sanığa tebliği ile duruşma günü arasında, sanığın savunma hakkının ihlal edilmemesi için en az bir hafta olmalıdır.

Haşim Kılıç'a Armağan

6216 sayılı Kanun'un 57. maddesinin üçüncü fıkrasına göre Yüce Divan, sanığın sorgusunu yapmış olmak kaydıyla, yokluğunda da duruşmaya devam ederek hüküm verebilir. Müdafinin her zaman için duruşmada hazır bulunma hakkı vardır. Ayrıca adı geçen maddenin dördüncü fıkrasına göre; duruşma, Başkanın uygun göreceği teknik araçlarla kaydedilerek duruşma tutanaklarının her sayfası Başkan ve tutanağı düzenleyenler tarafından imzalanır.

Yüce Divan yargılama sürecinin soruşturma aşamasında, görev suçu işlediği iddia edilen kamu görevlisini suçlama yetki ve görevi savcılarda değil, suç işlediği iddia edilen kişinin bağlı olduğu kurumlardadır. Yüce Divan yargılama sürecinin kovuşturma aşamasında ise savcılık görevi 6216 sayılı Kanun'un 57. maddesine göre Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili tarafından yerine getirilir. Yargıtay Cumhuriyet savcılarının görevlendirilenler de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili ile birlikte duruşmaya katılabilirler.

6216 sayılı Kanun'un 59. maddesine göre: Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri; kendilerine ait olan veya kendilerini ilgilendiren dava ve işlere; dava ve iş sahiplerinin vekili, vasisi veya kayyımı sıfatıyla hareket ettiği dava ve işlere; hâkim, savcı, hakem sıfatıyla bakmış ya da tanık veya bilirkişi olarak beyanda bulunduğu dava ve işlere; istişari görüş ve düşüncelerini bildirdiği dava ve işlere; aralarında evlilik birliği sona erse bile eşinin üçüncü dereceye kadar kan hısımlarının, kendisinin dördüncü dereceye kadar kan hısımlarının ve aralarında evlatlık ilişkisi bulunan kimselerin dava ve işlerine bakamazlar. Anayasa Mahkemesi Başkanı ve üyeleri 6216 sayılı Kanun'un 60. maddesi gereğince; tarafsız hareket edemeyecekleri kanısını haklı kılan hâllerin varlığı halinde, ret sebeplerinin ve delillerin açıkça belirtildiği bir dilekçe ile reddolunabilirler. Ret talebi, Genel Kurul veya bölümlerde reddolunan üye katılmaksızın kesin karara bağlanır. Ayrıca ret talebi şahsi olup Genel Kurul veya bölümlerin toplanmasına mani olacak sayıda üye aynı anda reddedilemez. Aynı kanunun 61. maddesine göre; davaya bakması yasak olan veya reddedilebilecek olan Başkan veya üyelerin davaya veya işe bakmaktan çekinmeleri halinde, Genel Kurul çekinme talebinde bulunan Başkan veya üyenin de iştirakiyle konu hakkında kesin kararını verir. Ancak, çekinme talebinde bulunan üye oylamaya katılamaz.

6216 sayılı Kanun'un 62. maddesine göre; Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla yargılama yaparken yasama, yürütme, yargı organları, kamu idareleri, kamu görevlileri, bankalar ile diğer gerçek ve tüzel kişilerle doğrudan yazışarak bilgi ve belge istemeye, gerekli gördüğü her türlü belge, kayıt ve işlemi incelemeye, bilgi almak üzere her derece ve sınıftan kamu

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

görevlileri ile ilgilileri çağırma, idare ve diğer tüzel kişilerden temsilci istemeye yetkilidir. Mahkemenin bu taleplerini belirtilen süre içinde yerine getirmeyenler hakkında genel hükümlere göre doğrudan soruşturma yapılır. Mahkemenin bakmakla görevli olduğu dava ve işlerle ilgili bilgiler, Devlet sırrı olduğu gerekçesiyle Mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Tanıklık konusu bilgiler Devlet sırrı niteliğini taşıyorsa tanık, Mahkeme tarafından stenograf ve zabıt kâtabi dahi olmaksızın dinlenebilir. Ayrıca ilgili kanunun 63. maddesi gereğince Yüce Divan yargılamasında duruşmanın gerekli kıldığı durumlarda, Devlet kurum ve kuruluşlarına ait araç, gereç, stenograf ve teknik personelden yararlanmak için Anayasa Mahkemesi Başkanı tarafından istemde bulunulabilir. Bu istemler, ilgili makamlarca derhâl yerine getirilir.

Diğer taraftan; genel mahkemelerde yapılan bir muhakeme esnasında suç, niteliği itibariyle Yüce Divan’da yargılanması gereken bir görev sebebiyle işlenmiş bir suça dönüşürse, mahkeme görevsizlik kararı vererek dosyayı ilgilinin bağlı olduğu kuruma göndermeli ve kurum yapacağı soruşturma sonucunda ilgilinin yargılanmasına karar verirse dosyayı Yüce Divan’a tevdi etmelidir. Aynı şekilde, Yüce Divan’da görülmekte olan bir davada, Yüce Divan, kişi veya görev bakımından ilgiliyi yargılamaya yetkili olmadığını tespit ederse “görevsizlik” kararı vererek dosyayı görevli mahkemeye ya da ilgilinin kurumuna göndermelidir⁶⁸.

Anayasamızın 148. maddesi gereğince, Yüce Divan’ın yetkisi kişi ve görev bakımından sınırlandırılmıştır. Yüce Divan, Anayasa’da belirtilen kamu görevlilerini yalnız görev suçlarından dolayı yargılayabilir. Bu kapsamda 5271 sayılı Kanun’un 8. ve 16. maddesine göre, bir kamu görevlisi birden fazla görev suçu işlemişse, bunların hepsi birleştirilerek Yüce Divan’da görülecektir. Fakat bu kamu görevlileri görev suçu sayılmayan suçlarından dolayı genel mahkemelerde yargılanmaya devam edecektir.

Peki, Yüce Divan’da yargılanması gereken bir kişinin işlediği görev suçu ile genel mahkemelerde yargılanması gereken kişilerin işledikleri fiiller arasında bir bağlantı bulunursa ne olacaktır? 6216 sayılı Kanun ve 5271 sayılı Kanun’da bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde ise bu konuda bir görüş birliği mevcut değildir. Bazı yazarlar, davaların birleştirilmesi kuralının aralarında derece ilişkisi bulunan mahkemeler için geçerli olduğu gerekçesiyle, Yüce Divan’da görülen bir dava ile genel mahkemelerde bakılmakta olan bir davanın birleştirilemeyeceği görüşündedirler. Zira Yüce Divan yalnızca belirli kamu görevlilerini yargılama yetkisine sahip istisnai bir mahkeme olduğu için bu derecelendirmenin dışındadır. Diğer görüşü savunanlara göre ise, Yüce Divan’ın sınırlı yetkisinde kalan kişiler ile bun-

68 YANIK, s. 204.

ların dışında kalan kişilerin işledikleri fiiller arasında bağlantı bulunması hâlinde 5271 sayılı Kanun'un 9. ve 16. maddeleri çerçevesinde davaların birleştirilmesi gerekir. Böylece davalar arasında çekişmeli hükümlerin ortaya çıkması ve genel mahkemelerin Yüce Divan'ın etkisinde kalarak karar vermeleri engellenecektir⁶⁹.

Yüce Divan yargılaması 6216 sayılı Kanun'un 57. maddesi gereğince yürürlükteki kanunlara ve dolayısıyla 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'na göre cereyan edecektir. Bu kapsamda Yüce Divan, yapacağı duruşmada sanık beyanlarını alacak, gerekli görmesi durumunda tanıkları dinleyecek ve diğer delilleri de değerlendirerek Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 227 ila 231. maddeleri uyarınca bir hüküm oluşturacaktır. 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesi gereğince Yüce Divan, muhakemeye katılanların salt çoğunluğu ile karar alır ve oyların eşitliği hâlinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar alınmış sayılır. Son olarak, anılan kanunun 66. maddesine göre Yüce Divan kararları kesin olup yasama, yürütme ve yargı organlarını, idari makamları ve kişileri bağlar.

bb. Kanun Yolları

aaa. Yargılamanın Yenilenmesi

6216 sayılı Kanun'un 67. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla verdiği kararlara karşı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre yargılamanın yenilenmesi istenebilir. Bu çerçevede, 5271 sayılı Kanun'un 311. ve 314. maddelerinde öngörülen şu hallerde yargılamanın yenilenmesi talep edilebilir:

a) Duruşmada kullanılarak hükmü etkileyen bir belgenin sahteliği anlaşılsa,

b) Yemin verilerek dinlenmiş bir tanık veya bilirkişinin, hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiği anlaşılsa,

c) Hükme katılmış olan hâkimlerden biri, hükümlünün neden olduğu kusur dışında, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek biçimde görevlerini yapmada kusur etmişse,

d) Ceza hükmü hukuk muhakemesinin bir hükmüne dayandırılmış olup da bu hüküm kesinleşmiş diğer bir hükümle ortadan kaldırılmışsa,

e) Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına

69 YANIK, s. 201-202.

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren bir kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa,

f) Ceza hükmünün İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme ve eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmişse,

g) Sanık beraat ettikten sonra suçla ilgili hâkim önünde güvenilebilir nitelikte ikrarda bulunmuşsa.

Bu hallerden herhangi birinin varlığı halinde; yargılanmanın yenilenmesi talebi, bu talebin yasal nedenleri ve dayandığı delilleri içeren bir dilekçe ile hükmü veren mercii olan Yüce Divan’dan yargılamanın yenilenmesi istenir. Hükmün infaz edilmiş olması ya da hükümlünün ölmüş olması hâlinde ölenin eşi, altsoyu, üst soyu veya kardeşleri ve bunların yokluğu hâlinde Adalet Bakanlığı tarafından yargılamanın yenilenmesini istenebilir.

Yüce Divan, yargılamanın başvuru dosyasını duruşma yapmadan inceleyerek, talebin kabule değer olup olmadığına karar verir. Yargılamanın yenilenmesi talebi, kanunun belirttiği şekilde yapılmamış veya yargılamanın yenilenmesini gerektirecek kanuni bir sebep gösterilmemiş veya gösterilen nedeni doğrulayacak deliller açıklanmamışsa, bu talep kabule değer bulunmayarak reddedilir. Yüce Divan, yargılamanın yenilenmesi talebini yerinde bulursa, delillerin toplanmasına başlar. Delillerin toplanması sırasında 5271 sayılı Kanun’un soruşturmaya ilişkin hükümleri uygulanır. Deliller tolandıktan sonra, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve hakkında hüküm kurulmuş kişiden görüş ve düşüncelerini yedi gün içinde bildirmeleri istenir.

Yargılamanın yenilenmesi talebinde iddia edilen hususlar yeteri kadar doğrulanmaz ya da bunların hükme etkisi olmadığı anlaşılırsa, yargılamanın yenilenmesi talebi duruşma yapılmaksızın reddedilir. İddia edilen hususlar doğrulanır ve hükmü esaslı şekilde etkilediği anlaşılırsa Yüce Divan duruşmanın açılmasına karar verir. Hükümlünün ölmesi hâlinde yeniden duruşma yapılmaksızın hükümlünün beraatine veya yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine karar verilir. Yeterli delilin bulunması hâlinde Yüce Divan, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın da görüşünü alarak duruşma yapılmaksızın hükümlünün beraatine karar verebilir.

Yeniden yapılacak duruşma sonucunda Yüce Divan, önceki hükmü ya onaylar ya da hükmün iptali ile dava hakkında yeniden hüküm verir. Yargılamanın yenilenmesi talebi hükümlü lehine yapılmışsa yeniden verilecek hüküm, önceki hükümden daha ağır olamaz.

bbb. Yeniden İnceleme

7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12 Eylül 2010 tarihindeki halk oylamasıyla yürürlüğe girmesi sonucu 1982 Anayasası'nın 148. maddesinde yer alan "Yüce Divan'ın kararları kesindir, bunlara karşı hiçbir merciye başvuruda bulunulamaz." hükmü kaldırılmıştır. Diğer taraftan, 6216 sayılı Kanun'un 58. maddesiyle Yüce Divan kararlarının yeniden incelenmesi usulü getirilmiştir.

Buna göre Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla verdiği hükümlere karşı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili, sanık, müdafî katılan veya vekili tarafından hükmün tefhimi veya tebliğinden itibaren on beş gün içinde Yüce Divan'a dilekçe verilerek yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Yüce Divan; yeniden incelemeyi dosya üzerinden yapar. Ancak Yüce Divan'ın resen alacağı bir kararla ya da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili, sanık veya katılanın talebi üzerine yeniden inceleme duruşmalı olarak da yapılabilir. İncelemenin duruşma açılarak yapılmasına karar verilmesi hâlinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekiline, sanığa, katılana, müdafî ve vekile duruşma günü tebliğ edilir. Sanık, duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafî ile temsil de ettirebilir. Duruşmada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili, hazır bulunması hâlinde sanık, müdafî, katılan ve vekili iddia ve savunmalarını açıklar; yeniden inceleme başvurusunda bulunan tarafa öncelikli olarak söz verilir, fakat son söz sanığa aittir. Yeniden inceleme, yalnızca talep edilen hususlarla sınırlı olarak yapılır ve başvuru yerinde görülürse aynı zamanda başvuru konusu hakkında da karar verilir. Yeniden inceleme başvurusu üzerine verilen kararlar kesindir.

IV. SONUÇ

Temellerini 1876 tarihli Kanun-i Esasi'de "Divan-ı Ali" adıyla gördüğümüz Yüce Divan, başlangıçta tabii hâkim ilkesine aykırı olağanüstü bir mahkeme iken, 1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasıyla Yüce Divan sıfatıyla yargılama yetkisi de bu mahkemeye verilmiştir. Böylece Yüce Divan olağanüstü bir mahkeme olmaktan çıkarak, tabii hâkim ilkesine uygun daimi statülü bir mahkeme şekline dönüştürülmüştür.

1982 Anayasası döneminde de Yüce Divan yetkisi 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, kişi ve görev açısından kısıtlanarak Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Gerçekten de 1982 Anayasası'nın 148. maddesine göre; Cumhurbaş-

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

kanı, TBMM Başkanı, Bakanlar Kurulu üyeleri, yüksek hâkim ve savcılar ile Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanları görevleri sebebiyle işledikleri iddia edilen suçlarından dolayı Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi’nde yargılanırlar.

Diğer taraftan, TBMM Başkanı, Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanlarının işledikleri görev suçları sebebiyle Yüce Divan’da yargılanacağına dair hüküm Anayasa’ya 2010 değişikliğiyle eklenmiştir. Kanaatimizce 12 Eylül 2010 halkoylaması ile Anayasa’ya eklenen ve TBMM Başkanı’nın Yüce Divan’da yargılanmasını öngören hüküm yerinde olmakla birlikte, Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanlarının da işlemiş oldukları görev suçları sebebiyle Yüce Divan’da yargılanmalarını mümkün kılan hüküm isabetli olmamıştır. Zira Yüce Divan yargılamasında maksat; yasama, yürütme ve yargı erklerinin en üst makamlarında görev yapan kişilerin genel mahkemelerde yargılanırken içinde yer aldıkları ilişkiler sonucu kayırılmasının önüne geçmektir. Bu çerçevede yasamada TBMM Başkanı; yürütmede Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bakanlar; yargıda ise yüksek mahkemelerin başkan, başsavcı ve üyeleri görevleri sebebiyle işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı Yüce Divan’da yargılanmaktadırlar. Bu sebeple Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanlarının yasama, yürütme ve yargı organlarından herhangi birinin en üst makamlarında bulunmamaları sebebiyle Yüce Divan’da yargılanmaları; Yüce Divan yargılamasının temel amacıyla bağdaşmamaktadır. Diğer taraftan görev ve yetkileri bakımından Başbakan’a karşı sorumlu olan Genelkurmay Başkanı ve onun hiyerarşisi altındaki kuvvet komutanlarının Yüce Divan’da yargılanması; Başbakanlığa veya bakanlıklara bağlı diğer kurum veya kuruluşların üst düzey yöneticilerinin de Yüce Divan’da yargılanmaları hususunu gündeme getirecektir. Bunun kabulü ise Yüce Divan yargılamasının asıl amacından sapmasına ve atıl hâle gelmesine sebep olacaktır.

KAYNAKÇA

ARICAN Mehmet, Ceza Hukuku Açısından İlker Başbuğ'un Tutuklanması, <http://www.ankarastrateji.org/yazar/doc-dr-mehmet-arican/ceza-hukuku-acisindan-ilker-basbug-un-tutuklanmasi/> (08.10.2013)

ARSLAN Çetin, **Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi**, 1999, Ankara.

ASLAN M. Yasin, "Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi", **TBB Dergisi**, S. 82, 2009, Ankara

ÇAĞATAY Mustafa, Yüce Divan Yargılamasında "Görevle İlgili Suç" Kavramı ve Bu Kavramla Bağlantılı Olarak Ortaya Çıkan Sorunlar, **Terazi Hukuk Dergisi**, s. 35, S. 71, Temmuz 2012.

BİLGE Necip, **Bakanların Görev ve Sorumları**, 1956, Ankara.

CANDEMİR Taner, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla Yaptığı Yargılama, **Ankara Barosu Dergisi**, 1995/2

DİNÇER Güven, Türk Yargı Modeli ve Yeni Bir Model Gereği, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (üçüncü Kitap)**, Çeşitli İdare Hukuku Konuları, 1-4 Mayıs 1990, Ankara.

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. 1, 1997, İstanbul.

EREM Faruk, **Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Olarak İncelenmesi**, 1963, Ankara.

FEYZİOĞLU Metin, **Meclis Soruşturması**, 2006, Ankara.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 2000, Bursa

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 2005, Ankara.

ÖZÖN Mustafa Nihat, **Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, s. 24, 1973, Ankara.

ÖZTÜRK Bahri, "Bir Ceza Muhakemesi Olarak Anayasa Mahkemesi-Yüce Divan", **Anayasa Yargısı**, C. 12, 1995, Ankara.

ÖZTÜRK Bahri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2010, Ankara.

ŞEN Ersan/ÖZDEMİR Bilgehan, "Yüce Divan Yargılaması", **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/1.

TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 2009, İstanbul.

E. Abdülhakimoğulları: Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması

TEKEŞ Kerem Çetin, **Yüce Divan Makamı Olarak Anayasa Mahkemesi** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 4, 2009, Ankara.

TEZİÇ Erdoğan, Cumhurbaşkanı’nın Sorumluluğu, **Tarık Zafer Tunaya’ya Armağan**, İstanbul Barosu Yayını, 1992, İstanbul.

YANIK Murat, **Yüce Divan**, 2008, İstanbul.

[http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat &view=bilimsanat&kategori=terim&kelime=divan&hngget=md](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&view=bilimsanat&kategori=terim&kelime=divan&hngget=md) (08.10.2013)

Yrd. Doç. Dr. Gülsün A. AYGÖRMEZ
UĞURLUBAY
(*Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi ğretim yesi*)

ALMAN HUKUKU KARŞILAŞTIRMALI OLARAK BİREYSEL BAŞVURU KABUL EDİLEBİLİRLİK KOŞULLARINDA CEZA HUKUKU SORUNLARI

GİRİŞ

Armağan'ın kendisine ithaf edildiği Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Haşim Kılıç en son Anıtkabir Özel Defteri'ne, "[...] Anayasa Mahkemesi'nin [...] hayata geçirilen bireysel başvuru yolu sayesinde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının özgürlük alanını genişleten anlayışı [...] ve kararlılığıyla milletimizin güvencesi olmaya devam edeceğini yineliyoruz [...]" diye yazmıştı. Gerçekten de bu amaca ulaşma konusunda Anayasa Mahkemesi adından sıkça söz ettirmektedir.

Öğretide¹ "anayasa şikâyeti" ya da "bireysel başvuru" kavramlarıyla anılan ve "istisnâî bir hukuk yolu, olağanüstü bir hukukî çare"², "olağanüstü bir kanun yolu"³, "kendine özgü anayasal bir kanun yolu"⁴, "istisnâî ve ikincil nitelikte bir hak arama yolu"⁵ ve en nihayetinde "en son uğranılabilecek durak"⁶ olarak ifade edilen Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu, Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası m. 148/3; 6216 s. Kanun m. 45 – 51 ve en nihayetinde Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü (kısaca İçtüzük) içerisinde düzenlenerek Türk hukuk sisteminde önemli⁷ bir yer edinmiştir.

Ceza hukuku sadece özgürlüğü bağlayıcı cezalar nedeniyle değil, ayrıca ceza muhakemesi hukuku eliyle hükmedilebilecek tedbirler yoluyla temel hak ve özgürlüklere en ağır şekilde müdahâle eden bir hukuk dalıdır. İşte tam da bu nedenledir ki ceza hukuku, temel hakların etkin bir şekilde korunmasının güvencesi olan bireysel başvurularda sıklıkla konu olabilmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurularda hatırı sayılır bir çoğunluk ceza

1 Aydın, GÜHFD 2011, 121; Kılınc, AY 2008, 19 (22); Ural, s. 124, 125; Göztepe, TBBD 2011, 13 (13).

2 Sabuncu/Esen Arnwine, AY, 1 (1).

3 Kılınc, AY 2008, 19 (23).

4 Ural, s. 127.

5 Ekinci/Sağlam, s. 9.

6 Acı, TBBD 2014, 403 (405).

7 Bu durum, başvuruların alınmaya başlandığı 24.09.2012'den çok kısa bir süre sonra Mahkeme'ye yapılan başvuru sayısında kendini göstermektedir: Sadece 24 Eylül - 31 Aralık 2012 tarihleri arasındaki istatistiklere göre toplam 1642 adet başvuru yapılmış, 23.10.2012-31.03.2014 tarihleri arasında ise toplamda 15710 adet başvuru kayda alınmıştır. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/BireyselBasvuru/Istatistikler/>; erişim tarihi: 06.08.2014.

hukukuyla alâkalıdır.⁸

Tüm bu sebepler, aslında anayasa hukukunun ana konusu olan bir hususun mevcut çalışmaya konu edilmesi cesareti gösterilmesinin ana gerekçesini oluşturmaktadır. Buna ek olarak bireysel başvuru koşullarına ilişkin tartışmaların, ceza hukukunun kendine haslığından kaynaklanan bazı ana farklılıklardan etkilenmesi de kaçınılmaz olacaktır. Bu da kurumun disiplinler arası bir yaklaşımla bir de ceza hukuku açısından incelenmesini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda mevcut çalışmada bireysel başvuru koşullarından sadece ceza hukuku bakımından öncelikle tartışılması gereken bazı koşullar ele alınacaktır. Bireysel başvurunun Almanya'da köklü bir geçmişi ve uygulamasının bulunması, buna bağlı olarak sahip olunan tecrübe zenginliğiyle ziyadesiyle gelişmiş bir hukuk kurumu hâline gelmiş olması sebebiyle, karşılaştırmalı hukuka yer verilerek, Alman hukuku göz önünde bulundurulacaktır.

I. Genel olarak bireysel başvuru kabul edilebilirlik koşulları

Gerek Alman⁹ gerekse Türk¹⁰ hukuk öğretisinde bireysel başvuru şartları, ikili bir ayrıma tâbi tutularak genellikle kabul edilebilirliğe ve esasa ilişkin koşullar olarak incelenmektedir. Türkiye'de¹¹ bireysel başvuru kabul edilebilirlik koşulları olarak incelenen şartlar ise Almanya'da¹² daha çok bireysel başvurunun geçerlilik koşulları olarak ele alınmaktadır. Türk hukukunda koşulların belirlenmesinde 6216 s. Kanun temel teşkil etmektedir.

6216 s. Kanun m. 48/1 hükmü gereği, 45. ve 47. maddeler arasında öngörülen şartlar ile 48. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen önem taşıyama, önemli zarar ve dayanaktan yoksunluk hâlleri ve m. 51 gereği kötüye kullanma yasağı kabul edilebilirlik koşullarıdır. Şu hâlde kabul edilebilirlik koşulları, zaman ve süre bakımından kabule uygunluk, şekil şartlarına uygunluk, yer, konu, kişi bakımından kabule uygunluk, mağdurluk statüsü, başvuru yollarını tüketmiş olma ve hukukî koruma ihtiyacı şartı ve en nihayetinde önem taşıma, önemli zarar, açıkça dayanaktan yoksunluk, başvuru hakkını

8 24.09.2012 - 31.03.2014 arasında yapılan 15.710 başvurudan 6295'i tek başına ceza davaları ile alâkalıdır, bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/BireyselBasvuru/Istatistikler/>; erişim tarihi: 06.08.2014.

9 Zuck, s. 127 dev., 295 dev.; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, m. 90, sn: 123; Jahn, 26 (26 dev.); Badura, ZJS 4/2009, 382 (383 dev.).

10 Kılınc, AY 2008, 19 (28); Aydın, GÜHFD 2011, 121 (154 dev.); Özbey, iç: Yokuş, 185 (185), bunun ayrıca ilk inceleme ve son inceleme olarak ayrılabilceğini de belirtmektedir.

11 Bkz. meselâ Ekinci, iç: Sağlam, s.139 dev.; Ural, s. 204 dev.; Sağlam, TBBĐ 2005, 139 (139 dev.).

12 Schlaich/Korioth, s. 147'a göre geçerlilik şartları başvuru ehliyeti, dava ehliyeti, başvuru konusu, başvuruya yetkililik, süreler, kanun yollarını tüketme ve hukukî koruma ihtiyacıdır; krş. benzer şekilde bkz. Benda/Klein/Klein, s. 193 dev., 214; Jahn, 26 (26 dev.); Badura, ZJS 4/2009, 382 (384).

G. A. A. Uğurlubay: Kabul Edilebilirlik Koşullarında Ceza Hukuku Sorunları
kötüye kullanmama unsurlarına uygunluktur. Bu unsurlardan süre, konu ve kişi bakımından yetkililik, mağdurluk statüsü ve hukukî koruma ihtiyacı unsurlarında ceza hukuku açısından tartışılması gereken önemli hususlar bulunmaktadır. Bu bağlamda mevcut çalışma bu hususlara yoğunlaşacaktır.

A. Kabul edilebilirlik koşulu olarak süre ve CMK'nın süreye etkisi

Türk Anayasa Mahkemesi¹³ tarafından başvurunun her aşamasında dikkate alınması gereken bir kabul edilebilirlik koşulu ve usûl hükmü olarak nitelen-
dirilen süre, 6216 s. Kanun m. 47/5 ve İçtüzük m. 64/1 içerisinde düzenlenmiş-
tir. Buna göre bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği; başvuru
yolu öngörülmemişse ihlâlin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde ya-
pılması lâzımdır. Alman hukukuna göre de belirli bir makamın işlemine ya
da mahkemenin kararına karşı başvurunun bir ay içinde (Alman Mahkemeler
Teşkilâtı Kanunu – kısaca AYMTK - m. 93/1 cümle),¹⁴ kanun, yönetmelik ve
tüzüklere karşı bireysel başvurunun, bunların yürürlüğe girmesinden itiba-
ren bir yıl içinde yapılması gerekmektedir.¹⁵

Alman hukukunda süre, kural olarak kararın, ilgili usûl kanunlarına göre
re'sen tefhimi/tevdii veya tebligatı/bildirimi ile (AYMTK m. 93/1);¹⁶ kanunlarla
ilgili başvurularda ise bunların yürürlüğe girmesi ile başlar.¹⁷ AYMTK m. 93/1
bir aylık sürenin gerekçeli kararın ilgili usûl kanunlarına göre re'sen bildiri-
mini esas aldığından, ceza hukukuyla ilgili olarak ceza muhakemesi huku-
ku hükümleri (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 35 – kısaca ACMK) göz
önünde bulundurulacak ve özellikle kısa - gerekçeli karar ile ilgilinin hazır
bulunduğu hâllere – ve yokluğu hâllerine ilişkin hususların değerlendirilmesi
gerekecektir. Buna göre ilgilinin yokluğunda verilecek olan kararların re'sen
tebliği öngörülmekte ve bunların mutlâka şahsına tebliğ edilmesi gerektiği
ifade edilmektedir.¹⁸ Ayrıca temyiz kararının da aynı şekilde sadece vekile
değil, ayrıca kişisel olarak ilgisine tebliğ edilmesi gerektiği belirtilmektedir

13 TAYM (Türk Anayasa Mahkemesi), BN 2013/307, KT 16/5/2013; Türk Anayasa Mahkemesi (TAYM BN 2013/7759, KT23/7/2014), “başvuru yollarının tüketildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılmayan başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin süre aşımı nedeniyle kabul edilemez olduğuna” karar vermektedir. Bkz. ayrıca. TAYM BN 2014/3895, KT23/7/2014.

14 Schroeder/Verrel, s. 211; Kreuder, NJW 2001, 1243 (1243); Maunz-Dürig, cilt 6, s. 37; Jahn, 26 (98); Meyer-Goßner, s. 65; Zuck, NJW 1993, 2641 (2641); Klein, NJW 1993, 2073 (2075); Badura, ZJS 4/2009, 382 (386).

15 Maunz-Dürig, cilt 6, s. 37; Jahn, 26 (98); Badura, ZJS 4/2009, 382 (386); Schlaich/Korioth, s. 167.

16 Schroeder/Verrel, s. 211; Kreuder, NJW 2001, 1243 (1243); Jahn, 26 (100); Meyer-Goßner, s. 65; Badura, ZJS 4/2009, 382 (386).

17 Jahn, 26 (104).

18 Jahn, 26 (100).

(ACMK m. 35/2).¹⁹ Bunun dışında sanığın varlığında (hâlihazırda) süre başlangıcı, kararın tefhim edilmesiyle ya da ilgisine herhangi bir şekilde bildirilmesiyle başlar.²⁰ ACMK m. 35, soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki tüm kararlar için geçerlidir.²¹ AYMTK m. 93 cümle 3, gerekçeli karar açıklanmadan gerçekleştirilen tefhimler için de uygulanır.²² Aynı durum ilgisinin mevcudiyetinde tefhim edilen temyiz kararlarında da söz konusudur. Bunlarda da tevdi anı değil, tersine tefhim anı esas alınmalıdır.²³ Bununla birlikte bireysel başvurularda özellikle maddî ikincilik ilkesi gereklerini yerine getirebilmek adına karara yön veren gerekçelerin biliniyor olması gerekeceğinden, ilgisinin yargılamayı yapan mahkemeye bir süre tutum dilekçesi ile başvurup bunu da protokole işletmesi suretiyle süre işlemlerini durdurma olanağının bulunduğu ifade edilmektedir.²⁴

6216 s. Kanun m. 47/5 ve İçtüzük m. 64/1'e göre ise süre, başvuru yollarının tüketildiği; başvuru yolu öngörülmemişse ihlâlin öğrenildiği tarihten başlayacaktır. Ancak öğretisi²⁵ ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi²⁶ (kısaca TAYM) daha çok kanun yollarının tüketildiği anı değil, nihaî kararın ilgisine tefhim ya da tebliğ edildiği tarihi (hatta tebliğ tarihi belirsizse kararın öğrenildiği tarihi), diğer hâllerde ihlâlin öğrenildiği²⁷ tarihi esas almaktadır. Bunlara ilişkin ayrıntıların hem Türk Ceza Muhakemesi Kanunu (kısaca TCMK) m. 35 hem de 7201 s. Tebligat Kanunu hükümlerine göre belirlenmesi gerekecektir. Kararın hazır bulunan ilgili tarafa tefhim suretiyle bildiriminde (TCMK m. 35/1), TCMK m. 231 gereği duruşma sonunda duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunacak ve gerekçesi ana çizgileriyle anlatılacaktır. Şu hâlde hazır olan ilgiliye karar TCMK kurallarına göre tefhim edildiği gün bireysel başvuru süresi başlar. Burada kararın gerekçesi yasa gereği tefhim anında ana hatlarıyla anlatılacağı için tevdi anı belirleyici olmayacaktır. Peki, ilgili süre tutum dilekçesi verdirerek gerekçeli kararın kendisine tebliğini isterse Alman hukukunda olduğu gibi başvuru süresinin durması mümkün olabilecek midir? TCMK m. 232/2 emri gereği bu gibi durumlarda hükmün gerekçe-

19 **Jahn**, 26 (100, 101), uygulamada sanık yokluğunda varılan temyiz kararlarının (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu – kısaca ACMK - m. 349/2'ye göre), ACMK m. 145a'e dayanılarak sadece müdafie tebliği ile yetinildiği; ancak sadece müdafie yapılan tebliğin bireysel başvuru süresini belirlemede her zaman esas alınmayacağının göz ardı edildiğine vurgu yapmaktadır. Yazar burada Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin (BVerfG) bu konudaki bir kararına da (BVerfG, 19.07.1966 – 2 BvR 356/66) atıf yapmaktadır.

20 **Jahn**, 26 (101).

21 **Jahn**, 26 (101).

22 **BVerfG** NJW 1959, 572 (572 dev.); **Jahn**, 26 (101).

23 **Jahn**, 26 (101).

24 **Jahn**, 26 (102).

25 **Korkmaz**, s. 114; **Karaman**, s. 240; **Ekinci**, iç: Sağlam, s.145; **Ural**, s. 212; **Turan**, TAAD 2014, 111 (116).

26 **TAYM** BN 2013/307, KT 16/5/2013.

27 **Karaman**, s. 240; **Ekinci**, iç: Sağlam, s.145.

si, (tümüyle tutanağa geçirilmemişse) açıklanmasından itibaren en geç onbeş gün içinde dava dosyasına konulacak ve bu gerekçeli karar ilgililere tebliğ edilecektir. Bu şekilde kurallara göre verilmiş ve tutanaklara geçirilmiş süre tutum dilekçesinin Alman hukukunda olduğu gibi bireysel başvuru süresini durdurması Türk hukuku bakımından da yerinde olacaktır.²⁸ Zirâ bu bekleme aslında yine bireysel başvuru gereklerine – özellikle gerekçeli²⁹ başvuru şartına (İçtüzük m. 59/2 d bendi gereği) vs. - uyma çabasının bir sonucudur. Türk Anayasa Mahkemesi³⁰ gerekçe eksikliğinde “açıkça dayanaktan yoksun olma” nedeniyle kabul edilemeyeceğine karar vermektedir.

Karar ilgisinin yokluğunda verilmişse bu kararın tebliğ edilmesi gerekir (TCMK m. 35/2). TCMK m. 35/2’ye göre “Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur.” Bu hükmün yanında TCMK içerisinde bazı kararlar bakımından özel bildirim kuralları da getirilmiştir. Bu gibi durumlarda bu hükümlere göre bildirimin ilgililerine yapılması gerekir. CMK m. 176 iddianamenin sanığa; m. 172 kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın suçtan zarar görene, önceden ifadesi alınmış ya da sorguya çekilmiş şüpheliye; m. 181 tanık veya bilirkişilerin dinlenmesi için belirlenen günün, Cumhuriyet savcısına, suçtan zarar görene, vekiline, sanığa ve müdafisine; m. 270/1 itiraza cevap verebilmesi için itirazın ilgisine; m. 273 istinaf istemine cevap verebilmek için istemin ilgililere; m. 276/2 istinaf isteminin reddi kararının ilgilinin kendisine; m. 277/1 reddedilmeyen istinaf isteminin karşı tarafa; m. 296/2 temyiz isteminin reddi kararının temyiz edenin kendisine; m. 297/1 reddedilmeyen temyiz isteminin karşı tarafa tebliğini öngörmektedir. Buna ilaveten CMK m. 297/3 “*Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğname, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi hâlinde sanık veya müdafii ile katılan veya vekillerine ilgili dairesince tebliğ olunur.*” hükmünü içermektedir. CMK m. 307/2 bozmaya karşı beyanlarını saptamak için “sanık, müdafii, katılan ve vekilinin dosyada varolan adreslerine de davetiye tebliğ”den bahsetmektedir. Yerleşmiş Yargıtay içtihadına göre de yoklukta verilen mahkûmiyet hükmünün müdafie tebliği gerekmede, sanığa

28 **Karaman**, s. 241, 242, da benzer şekilde başvurucuya kamu güçlerince söz konusu kararın tümü verilmemişse başvurunun bu konudaki talebiyle birlikte sürenin kesildiği ve kararın tamamının başvurucuya verilinceye kadar da işlemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

29 Başvurunun gerekçeli olmasının bir kabul edilebilirlik (geçerlilik) şartı olduğu öğretide belirtilmektedir. Bkz. **Eschelbach/Gieg/Schulz**, NStZ 2000, 565 (567); **Lübbe-Wolff/Geisler**, NStZ 2004, 478 (479); **Badura**, ZJS 4/2009, 382 (386); **Klein**, NJW 1993, 2073 (2075, 2076); **Kreuder**, NJW 2001, 1243 (1246); **Klein/Sennekamp**, NJW 2007, 945 (952); **Meyer-Goßner**, s. 65; **Maunz-Dürig**, cilt 6, s. 37; **Jahn**, 26 (98); ayrıntılar için bkz. **Zuck**, s. 279 dev.; **Kılınç**, AY 2008, 19 (37); **Sağlam**, TBB 2005, 160 dev.; **Aydın**, GÜHFD 2011, 121 (154 dev.); **Gören**, s. 37; **Ekinci**, iç: Sağlam, s.149; **Ekinci/Sağlam**, s. 27; **Kılınç**, AY 2008, 19 (36).

30 **TAYM** BN 2012/1027, KT 12/2/2013.

yapılan tebligat geçersiz sayılmaktadır.³¹

Tebliğat Kanunu m. 11 vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligatın sadece vekile yapılmasını yeterli saymakta, ancak aynı zamanda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kararların ilgilisine tebliğ edilmelerine ilişkin hükümlerini de saklı tutmaktadır. Bu durumda yukarıda anıldığı şekilde TCMK içerisinde bildirimle ilişkin özel bir hüküm yer almadığı sürece tebliğ her hâlde sadece müdafî ya da vekile yapılacaktır. Bu durumda tebliğin ilgili hükümlerde anılan kişilere yapıldığı tarih, bireysel başvuru için de süre başlangıcı tarihi olacaktır. Serbest olmayan – gözaltına, gözlem altına alınmış– ya da tutuklu olan kişi için Türk Ceza Kanunu (bundan sonra TCK) m. 35/3 tebliğ edilen kararın ilgilinin kendisine okunup anlatılmasını şart koştuğundan tebliğ tarihi değil kararın anlatıldığı tarih³² bireysel başvuru süre başlangıcında esas teşkil etmelidir.

Daha önce anıldığı üzere³³ tebliğ kararının dosyadan anlaşılamaması hâlinde Türk Anayasa Mahkemesi³⁴ kararın öğrenildiği tarihi esas almakta ve öğrenmenin vuku bulduğu tarih konusunda ise varsayımsal bir değerlendirme yapmaktadır. Buna göre en geç, Adalet Bakanlığı'na kanun yararına bozma istemiyle başvurulduğu, itiraz yoluna gidilmesi talebi ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurunun yapıldığı ya da yargılamanın yenilenmesi talebi ile başvuruda bulunulduğu tarihte, başvurucunun kararı öğrendiği varsayılmakta dolayısıyla karardan haberi olduğu kabul edilmektedir. Bu açıdan tartışılması gereken hususlardan birisi sadece avukatına yapılan tebliğden ilgilisinin haberdar olmamasının bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği; bu gibi kişiler için de süre başlangıcının tebliğ anı değil, tam tersine tebliğ edilen kararın öğrenildiği an olup olamayacağıdır.³⁵ Yalnızca bireysel başvuru muhakemesinde geçerli olmak üzere öğrenme anına yönelik genişletici bir uygulamanın istisnâi olarak uygunması mümkün olmalıdır.³⁶ Teb-

31 YCGK (Yargıtay Ceza Genel Kurulu), 6/11/1989, 268-338, iç: Yaşar, s. 638, 639; Centel/Zafer, s. 737 ise sanık ve müdafî yokluğunda hüküm açıklanmışsa tebligatın ikisine birden yapılması gerektiğini savunmaktadır; Taşdemir/Özkepir, s. 190, gerekçeli kararın vekile tebliği gerektiğini, asile yapılan tebligatın geçersiz olduğunu düşünmektedirler. Ayrıca "Ancak vekil ya da müdafîye tebligat yapılmıyorsa sanığa tebligat yapılabilir. Sanığın yüzüne karşı tefhim edilen kararın ayrıca müdafîye tebliğine gerek yoktur."

32 Karşı görüşteki Turan, TAAD 2014, 111 (126) ise hapis cezasına ilişkin düzenlenmiş müddetnamenin tebliğini yeterli görmektedir.

33 Bkz. dipnot 27.

34 TAYM BN 2013/781, 26.03.2013; TAYM BN 2013/1610, 13.06.2013.

35 Turan, TAAD 2014, 111 (120)'a göre mevcut düzenleme kaşısında avukatından sonra nihaî kararı öğrenen müvekkilin, bundan dolayı ek süre kazanması mümkün değildir.

36 Zirâ süreyi kaçırın kişi açısından bu durum mevcut mevzuatta haklı bir mazeret de sayılmamaktadır. 6216 s. Kanun m. 47/5 ikinci cümleye ve İltüzük m. 64/2, 3'e göre, haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren 15 gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Ancak haklı sebep mücbir sebep ya da ağır bir hastalık olabilir (İltüzük m. 64/2). Dolayısıyla vekilin ihmâlkârlığı buraya giremeyecektir.

liğden haberdar olunmadığı ve sonradan öğrenildiği iddiâ edilen ve aksinin aşikâr olmadığı hâller bakımından süre başlangıcının öğrenme tarihine kadar genişletilmesinin önünde aslında yasal bir engel yoktur. Süre hesabında posta memurunun ihmâli kadar müdafîin ihmâli de eşitlik ilkesi gereği pekâlâ göz önünde bulundurulabilir. Bu görüşe hakkın kötüye kullanımının önünü açacağı gerekçesiyle karşı çıkılabilecek olsa da bu gibi hâllerde yaptırımın, sadece hakkını kötüye kullanmak isteyeneye yönelik olması daha yerinde olacaktır. Haklı yere ve istemeyerek başvuruyu kaçırarak olanların hak arama özgürlükleri, kötüye kullanımla mücadeleye feda edilmemelidir.

Koruma tedbiri alındığına dair kararlar (TCMK m. 35/2 gereği ilgiliye tebliğden muaf)³⁷ zaten doğa ve amaçları gereği ilgiliye tebliğ edilmezler. Ancak bazı koruma tedbirlerinden ilgilinin yine bunların doğası gereği (meselâ tutukluluk, gözaltına alma vs. gibi) en geç bunların infâzı anında³⁸ haberi olacak, ilgili kişi bu tedbirlere karşı gidilebilecek tüm kanun yollarını tükettikten sonra da artık nihâî karara karşı bireysel başvuru yoluna gidebilecektir. Tutukluluk hâli devam ettiği sürece de özellikle tutukluluğun devamına ilişkin kararlara karşı yapılan itirâzlar hakkında da bireysel başvuruya gidilmesi söz konusu olabilecektir. Türk Anayasa Mahmesi'nin tutukluluğa ilişkin sayısız kararı bulunmaktadır.³⁹ Bununla beraber bazı koruma tedbirlerinden kişi hiçbir zaman haberdar olmayabilir. İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik olarak TCMK m. 136/4, alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur demektir. Böyle durumlarda süre tedbirden sonradan haberdar olunan anda başlamalıdır. İletişimi dinlenen kişi hakkında kamu davası açılması durumunda, ilgili en geç suçlamaya esas teşkil edecek olan iletişim tespitine ilişkin delillerden haberdar olduğunda, bireysel başvuru süresi başlayacaktır. Türk Anayasa Mahkemesi'ne göre⁴⁰ *“başvuru süresinin başlangıç tarihinin belirlenmesi hususunda başvurusunun nihai karardan yeterince bilgi sahibi olması aranacaktır. Bu noktada, nihai kararın tebliğinin öngörüldüğü hallerde tebliğ tarihinin, tebliğ şartı öngörülme hallerde ise başvurusunun kara-*

37 Ancak ayrık ya da sonraki aşamalara ilişkin farklı durumlar da olabilecektir. Postada elkoymaya ilişkin TCMK m. 129/3 gereği soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığı bulunmadıkça, alınmış tedbirler ilgililere bildirilmek zorundadır. Yine gözaltına ilişkin TCMK m. 91/3 gereği gözaltı süresinin uzatılması emri gözaltına alınana derhâl tebliğ edilir. Tutuklama kararına ilişkin TCMK m. 101/2 tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararın içeriğinin şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirileceğini, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verileceğini öngörmektedir.

38 Ceza yargılamasında kararın öğrenilmesinin şekli çok çeşitlidir hatta başvurusunun beyanı bile yeterli görülmektedir diyen **Turan**, TAAD 2014, 111 (126)'a göre de yakalama emrinin infâzıyla karar öğrenilmiş sayılacak ve böylece süre başlayacaktır.

39 Bkz. en son **TAYM** BN 2014/2275, KT 23/7/2014; **TAYM** BN 2013/8694, KT 23/7/2014; **TAYM** BN 2013/ 6437, KT 17/7/2014; **TAYM** BN 2014/9895 KT 2/1/2014; **TAYM** BN 2013/1420 KT 17/7/2014; **TAYM** BN 2014/85 KT 3/1/2014; **TAYM** BN 2014/9 KT 3/1/2014; **TAYM** BN 2012/1137, KT 2/7/2013; **TAYM** BN 2012/349, KT 25/6/2014.

40 **TAYM** BN 2013/2213, KT 8/5/2014.

rın içeriğini kesin olarak öğrenebildiği tarihin esas alınması gerekir.” Mahkeme⁴¹ iletişimin tespiti hususunda yapılan bir başvuruyu ise “özel hayatın gizliliği hakkının ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği yönündeki iddialarının öncelikle derece mahkemelerince incelenmesinin beklenilmesi Anayasa Mahkemesi’nin ikincil nitelikteki rolüne uygun olacaktır” gerekçesi ile “başvuru yollarının tüketilmemesi”nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.

Alman hukukunda gizli telefon dinlenmesi vs. gibi gizli koruma tedbirlerinde bireysel başvuru sahibinin bu karardan bilgisi olamayacağı için sürenin, sonradan bildirme ile işlemeye başlayacağı belirtilmektedir.⁴² Bildirimle birlikte haber de alınmış olacaktır. Eğer herhangi bir bildirim yapılmasından külliyen sarfınazar edilebiliyorsa o zaman süre hesabından da tamamıyla feragât edilmiş olunmalıdır.⁴³

B. Konu bakımından kabule uygunlukta ceza hukuku sorunları

Başvurunun kabul edilebilmesi için, yer ve konu bakımından da kabule uygun olması gerekir. Yer ve konu bakımından kabul edilebilirlik kamu gücü kavramının içeriği ile yakından ilgilidir. Zirâ başvurunun konusunu kamu gücüne dayanarak yapılan hak ihlalleri oluşturmaktadır. Alman hukukunda her ne kadar devlet gücü olarak anlaşılabilirse de aslında kamu gücü kavramının hukuk öznesi olarak doğrudan devlet ile sınırlı olduğu kabul edilmemekte;⁴⁴ kamu gücüne dayandıkları sürece, devlet idaresine dâhil olmayanların yaptıklarını da kapsadığı belirtilmektedir.⁴⁵ Kamu gücü kavramının içerisine doğrudan ya da dolaylı, her türlü Alman devlet gücünü kullanarak devlet içerisinde etki doğuran tedbirler girmektedir.⁴⁶ Devletin üç ana organı olan yürütme, yargı, yasamanın işlemleri, kamu gücü işlemlerini oluşturmaktadır.⁴⁷ Türk hukukunda da kamu gücü yasama, yürütme ve yargı organı⁴⁸ ile bunların denetim ve gözetimi altında bulunan⁴⁹ (bunlara tâbi)⁵⁰ merciler olarak nitelendirilmektedir. Bu bağlamda kamu gücü ile kastedilenin, kamu gücü taşıyıcısı ve kamu gücünü elinde bulundurarak işlem yapan merciler olduğu belirtilmektedir.⁵¹

41 TAYM BN 2014/1572, KT 23/7/2014.

42 Jahn, 26 (103).

43 Jahn, 26 (103).

44 Zuck, s. 182.

45 Zuck, s. 182; Maunz-Dürig, cilt 6, s. 35.

46 Schlaich/Korioth, s. 151.

47 Benda/Klein/Klein, s. 226.

48 Şirin, s. 266; Ekinci, iç: Sağlam, s.141; Korkmaz, s. 133; Aydın, GÜHFD 2011, 121 (136).

49 Korkmaz, s. 133; Aydın, GÜHFD 2011, 121 (136).

50 Aydın, GÜHFD 2011, 121 (136).

51 Korkmaz, s. 133.

1. Gizli soruşturmacı, güvenilir kişi veya bilgi veren işlemleri kamu gücüne mi dayanmaktadır?

Tartışılması gereken konulardan biri, ceza yargılamasında kamu görevlisi olmayan normal vatandaşların da bazı hizmetler konusunda gizli soruşturmacı gibi devreye sokulmasının kamu gücü kavramı altında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Gizli soruşturmacılar devletin kamu görevlileri olduklarından bunların yaptığı işlemlerin kamu gücüne dayandığından şüphe yoktur. Dolayısıyla bunların görevlerini icrâ ederken gerçekleştirecekleri temel hak ihlalleri, kamu gücüne dayalı ihlaller olarak bireysel başvuru konusu kapsamında değerlendirilecektir. Tartışmalı olan daha çok “güvenilir kişi ya da bağlantı kişileri” (Vertrauensperson ya da Verbindungsperson) ve “bilgi veren” (Informant) denilen kişilerin hak ihlali niteliğindeki hareketlerinden dolayı bireysel başvuru yoluna gidilip gidilemeyeceğidir.

Alman hukukunda güvenilir kişi ve bilgi veren kişiler, ACMK m. 110a içerisinde düzenlenen gizli soruşturmacının dışında kalan, sıradan vatandaşlardan oluşmaktadır. Zirâ ACMK m. 110a/2'ye göre sadece bir polis memuru gizli soruşturmacı olabilir. Bununla birlikte gizli soruşturmacı dışında kalan güvenilir kişi ya da muhbirlerin kullanılması Alman hukukuna yabancı bir unsur değildir. Bunların meşrulukları ACMK m. 161 ve 163'e dayandırılmaktadır.

Öğretide⁵² bu gibi kişilerin resmî kurallara uyularak görevlendirilmiş olmaları hâlinde, Alman Ceza Kanunu (kısaca ACK) m. 11/2 2 numaralı bent içerisinde yapılan kamu görevlisi tanımı altında değerlendirilebilecekleri; ayrıca kamu idaresinin bilinçli bir şekilde sıradan vatandaşı bu şekilde kamusal faaliyetlere sokması durumunda, kamusal yükümlülüklerden kurtulamaması gerektiğinden bahisle şüpheli/sanık karşısında sorumlu olacakları, ancak konunun ayrıntılarının tartışmalı olduğu belirtilmektedir.

Bu görüşe katılmak gerekmektedir. Ancak devletin, suçların aydınlatılmasında bir araç olarak kullandığı kişilerin temel hak saldırılarından da sorumlu tutulması zorunluluğu dışında, en önemli husus, devlet adına kamu hizmetinde bulunmakla görevlendirilmiş olmanın devlet gücüne dayanmanın ve egemenliği altında bulunmanın en bariz göstergesi olmasıdır. Bu nedenle bu gibi kişilerin eylemlerinin kamu gücüne dayanılarak yapıldığı, işlemlerinin de bu nedenle bireysel başvuruya konu olabileceği kabul edilmelidir.

Türk ceza yargılaması hukukunda da gizli soruşturmacı kurumuna TCMK m. 139 içerisinde yer verilmiştir. Ancak TCMK m. 139/1 sadece kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olabileceğini öngörmektedir. Benzer bir düzenle-

52 Jahn, 26 (39).

meye sahip 4422 s. Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu m. 5 de suçların soruşturulmasında sadece kamu görevlilerinin gizli görevli olarak görevlendirilebileceğini öngörmektedir. İşlemlerinin kamu gücüne dayanacakları hususu tartışmasız olacak bu gizli görevli ya da soruşturmacı dışındaki, güvenilir kişi ya da bilgi verenler olarak geçen kişiler bakımından her ne kadar 5607 s. Kaçakçılık Kanunu m. 23 içerisinde geçen “muhabir”; 2559 s. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu Ek m. 9/3 içerisindeki “bildiren ve yardımcı olan” ve en nihayetinde 3713 s. Terörle Mücadele Kanunu m. 14 “ihbar eden”, m. 19 “yardımcı olan, bildiren” örnek olarak gösterilebilecek olsalar da burada geçen ihbarcı ya da muhabir, Alman hukukundaki güvenilir kişi ya da bilgi verenle aynı anlama gelmemektedir.⁵³ Gerçekten de düzenlemelerde bilgi veren ve ihbarda bulunan, böylelikle suçların ya da faillerinin ortaya çıkarılmasına yardımcı olanlardan ve bunlara verilecek ödüllerden bahsedilmektedir. Burada devletin talebiyle kamu gücü adına hareket edip bilgi toplama ve bunları devlete bildirmeden ziyade, zaten hâlihazırda sahip olunan bilgilerin devlet ile paylaşılması söz konusudur. Bu faaliyeti de kamu gücü faaliyeti olarak nitelendirmek mümkün olamayacaktır. Ayrıca bu kişiler Alman hukukundaki güvenilir kişi ya da bilgi verende olduğu gibi bilgi toplamak için devlet tarafından görevlendirilmediklerinden bunların hukuka aykırı eylemlerinden kişisel sorumlulukları söz konusu olacaktır.

2. Savcılık işlemleri yürütme işlemleri midir?

Kamu gücü kavramı altında savcılık işlemlerinin hukukî niteliğinin de tartışılması gerekir. Zirâ işlemlerin dayandıkları kamu gücü organının yürütme ya da yargı organı olmasına bağlanan hukukî neticeler, anayasal gerekler birbirinden farklıdır. Ayrıca işlem türüne göre gidilebilecek kanun yolları da ayrıdır.

Alman hukukunda savcılık işlemlerinin yargısal bir işlem değil, aksine yürütme organı işlemi olduğu kabul edilmektedir.⁵⁴ Savcılığın soruşturma ile alâkalı işlemleri (ACMK m. 162) ya da sulh ceza mahkemesine tutuklama ile ilgili (ACMK m. 162) yapacağı başvurular ise doğrudan yapılan yargılamayı ilgilendiren işlemlerdir. Bunların bireysel başvuruya konu olabilmesi için öncelikle hâkim tarafından kabul edilmeleri gerekir; nitekim bundan önce hukukî koruma ihtiyacı henüz daha doğmamıştır.⁵⁵ Aynısı temyiz yargıla-

53 Krş. Erdem, s. 96 dev.

54 BVerfG NJW 2001, 1121 (1123), ceza soruşturma mercilerinin emirlerinin kamu gücü işlemi olduklarını belirterek bunun yürütmenin adalet ayağına dâhil savcılık emirleri için de geçerli olduğuna vurgu yapmaktadır; krş. ayrıca BVerfG NJW, 1959, 871 (871 dev.); Jahn, 26 (39).

55 Jahn, 26 (40).

G. A. A. Uğurlubay: Kabul Edilebilirlik Koşullarında Ceza Hukuku Sorunları malarındaki savcılık başvuruları için de geçerlidir (ACMK m. 349/2).⁵⁶ Zirâ başvuruyu kabul edip etmeme temyiz mercinin takdirindedir. Soruşturma aşamasındaki gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde savcılığın ya da kolluğun bizzat kendisinin karar alması da mümkün olmaktadır. Ancak bunların mahkemece denetimi yapılmakta ve mahkeme kararıyla birlikte bunlara karşı itirazda bulunulabilmektedir.⁵⁷

Türk hukukunda muhakeme makamlarından biri olan savcılık makamını işgal eden ve iddiâ görevini yerine getiren kişi⁵⁸ olarak nitelendirilen Cumhuriyet savcısının hukukî niteliği, tartışmalı olup savcılığın hangi devlet organı içerisinde değerlendirileceğine ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. Aşağıda ayrıntılarına yer verilecek bu görüşlere göre savcılık yürütmeye ve yürütme kapsamında adalete ilişkin bir alana veya yargı organına ya da en nihâyetinde bu iki organa birden dâhil olarak değerlendirmektedir.

Savcılığı yargı erki içinde gören görüşe⁵⁹ göre savcı suç şüphesi alır almaz, adil bir yargılamanın yapılabilmesi ve maddî gerçeğin bulunabilmesi amacıyla kamu adına, şüpheli ve sanığın, sadece gerektiğinde değil, her zaman lehine olarak da araştırma ve soruşturma işlemlerine girişmek, delil toplamak; şüphelinin haklarını korumak, iddiâname düzenlemek, açılmış kamu davasını yürütmek ve verilen kararları yerine getirmek mecburiyetinde olan ve bir dizi yargısal yetkisi olan (TCMK m. 171) bu nedenle de artık yürütme içerisinde anılamayacak olan bir yargı organı kamu görevlisidir.⁶⁰

Savcılığın karma nitelikte bir kurum olduğunu savunan görüşe⁶¹ göre ise savcılık ceza adaletinde işbirliğini sağlayan, suçluların takip ve cezalandırılmasını sağlayan bir kurumdur. Adalet Bakanlığına bağlı bir kurum olarak idarî; ancak adaleti gerçekleştiren bir kurum, ceza adaletinin tarafı olarak da adlî bir kurumdur. O hâlde şeklî açıdan karma nitelikte bir makamdır.⁶²

Savcılığı yürütme organı içerisinde gören yazarlar⁶³ ise görüşlerini çeşitli gerekçelere dayandırmaktadır: Savcının görevi yargılama olmadığı gibi yasama da değildir, dolayısıyla ancak yürütmeye girebilir.⁶⁴ Zirâ yasaların bekçisi⁶⁵ Cumhuriyet savcıları ilke olarak bir yargı organı niteliğinde değildir bilâkis

56 Jahn, 26 (40).

57 Jahn, 26 (40).

58 Toroslu/Fevzioğlu, s. 115; Yurtcan, s. 140; Soyaslan, s. 173.

59 Öztürk, s. 215; krş. aynı şekilde Öztürk/Erdem, s. 296, 297.

60 Öztürk, s. 215.

61 Soyaslan, s. 174.

62 Soyaslan, s. 174.

63 Donay, s. 63; Yurtcan, s. 140 dev.; Toroslu/Fevzioğlu, s. 116; Ünver/Hakeri, s. 199; Kunter, s. 390, 391; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 302; Centel/Zafer, s. 106.

64 Kunter, s. 390; 391; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 302.

65 Yurtcan, s. 140.

yargıya devlet adına katılan⁶⁶, tarafsız⁶⁷ olan yürütmenin bir görevlisidirler⁶⁸. Savcılık teşkilâtı, siyasal bir organ olan Adalet Bakanlığı'na bağlı ve yürütme organı içinde idarî hiyerarşik bir ilişki içinde görev yapan bir süjedir.⁶⁹ Bu nedenle de savcının alt seviyedeki savcılarını denetleme, gözetim vs. yetkisi, bu bağlamda emir verme, görevi bizzat yerine getirme ve ikame yetkisi bulunmaktadır.⁷⁰ İddia faaliyetleri de yürütme faaliyetidir.⁷¹ Savcı devlet⁷² (am-me)⁷³ adına iddiâ görevi yapar, bu nedenle görevi idarî niteliktedir.⁷⁴ Savcılık yargıçlarla birlikte aynı kanunda düzenlenmiş olmasına rağmen "istense de istenmese de"⁷⁵ idare mekanizmasının bir parçasıdır.⁷⁶ Dolayısıyla savcılarının işlemleri kural olarak hâkim denetimine tâbi olup bunların dışındaki işlemleri de idarî işlemlerdir.⁷⁷

Savcılığın işlemlerini yürütme işlemi olarak gören görüşe içeriksel olarak denk gelen, savcılığı adalete ilişkin idarî bir kurum olarak kabul eden son görüşe⁷⁸ göre ise savcılığın yürüttüğü faaliyet adalete ilişkin bir faaliyettir.⁷⁹ Savcılık ceza yargılamasında toplumsal iddiâ makamını işgal etmek ve yasaların uygulanmasını denetlemek suretiyle adalete ilişkin yetkileri kullanmakta ve bu anlamda bir adalet organı olmaktadır. Bu bağlamda savcı da hâkim yanında ve onunla birlikte adaleti gerçekleştirmeye çalışan bir süjedir. Anayasa m. 138 ve 145 yargılama yetkisini hâkim ve mahkemelere tanıdığından savcılık yargı organı olarak değerlendirilemez.⁸⁰ Savcılığın görevini, adalete ilişkin idarî bir görev olarak kabul etmek gerekmektedir.

Memur yargılamasında izin şartının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiâsıyla (yargı yetkisinin mahkemeler dışındaki organlarca kullanılamayacağı gerek-

66 Donay, s. 63.

67 Erem, s. 151; Kunter, s. 390'e göre savcı, makam itibarıyla muhakeme hukuku süjesi olup şahıs itibarıyla taraf olmadığından muhakeme süjesi değildir; Ceza davasındaki taraf kavramı farklı olup taraf bir usûl hizmetini ifa ile yükümlülük manasındadır. Devlet taraf olamaz, zirâ devletin hem alâkalı hem de tarafsız olması mümkün değildir. Bu bağlamda ceza davasındaki faaliyet "Devlet adına ve Devletin temsil ettiği 'üstün menfaat'ten mülhem olan bir faaliyettir." Savcının temsil ettiği sosyal menfaat sanık aleyhine bir mahkûmiyet kararının alınmasında değil tersine doğru bir karar alınmasıdır. Bu nedenle savcılık tarafsızdır; karşı görüşte Donay, s. 63 devlet adına taraf olduğunu fkrindedir.

68 Yurtcan, s. 140, 143.

69 Ünver/Hakeri, s. 199.

70 Yurtcan, s. 144.

71 Ünver/Hakeri, s. 199.

72 Toroslu/Fevzioğlu, s. 116; Kunter, s. 390; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 293, 302.

73 Soyaslan, s. 173.

74 Toroslu/Fevzioğlu, s. 116.

75 Kunter, s. 390; 391.

76 Kunter, s. 390; 391; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 302; Toroslu/Fevzioğlu, s. 116.

77 Ünver/Hakeri, s. 199.

78 Centel/Zafer, s. 106.

79 Centel/Zafer, s. 106; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 293 de aynı ifadelere yer vermektedir: Savcılık mahkemelerden bağımsız hiyerarşik yapıya sahip bir adalet organıdır.

80 Centel/Zafer, s. 106.

G. A. A. Uğurlubay: Kabul Edilebilirlik Koşullarında Ceza Hukuku Sorunları

çesiyle) yapılan anayasal yargılamada Türk Anayasa Mahkemesi⁸¹ de savcılığın soruşturma faaliyetlerini yargı yetkisini kullanma olarak kabul etmemiştir.

Bu görüşlerden savcılığın görevinin yürütmeye tâbi adalete ilişkin idarî bir görev olduğuna yönelik görüşe katılmak gerekmektedir. Gerçekten de savcılık kurumunun yasama organı içerisinde değerlendirilemeyeceği hususunda bir tereddüt yoktur. Yukardaki görüşlerde tartışmaların merkezinde yer alan husus, savcılığın (özellikle soruşturma aşamasındaki) işlemlerinin yargılama faaliyeti teşkil edip edemeyeceğidir. Soruşturma evresinde savcılık ne bir muhakeme yapmakta ne de bir yargıya varmaktadır. Acil durumlarda alınabilecek koruma tedbiri kararlarından, iddiânamenin hazırlanmasına değin hiçbir savcılık işlemi, doğrudan ve tek başına uyuşmazlığı çözmeye yönelik değildir ve sonradan alınacak bir hâkim kararına ya da mahkeme değerlendirmesine ihtiyaç duyar. Yargı işlemlerinin en temel özelliği hâkim eliyle mahkeme tarafından muhakeme edilerek, bir yargıya (karar veya hükme) ulaşılmasıdır. Bu bağlamda savcılık işlemleri yargı işlemi olarak değil, en fazla yargılamayla alâkalı işlemler olarak nitelendirilebilir. Bunun dışındaki savcılık işlemleri (meselâ ast-üst ilişkisinden doğan gözetim/denetim ya da iş bölümünden doğan yetkiye dayalı işlemler vs.) doğası itibariyle doğrudan yargılamayla alâkalı olmayan idarî işlemlerdir. Netice olarak belirtmek gerekirse savcılığın soruşturma evresinde yaptığı işlemler de dâhil olmak üzere tüm işlemleri yargı değil, yürütme organı içerisinde değerlendirilebilecek olan adalete ilişkin idarî işlemlerdir.

Savcılık faaliyetlerinin yürütme organı içerisinde değerlendirilebilecek adalete ilişkin idarî işlem olmasının iki önemli sonucu vardır. Bunlardan birincisi, Anayasa'nın 38. maddesinin onbirinci fıkrası gereği idarenin, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağıdır. Bu nedenle savcılık kararları özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikte olamaz. Ancak bunun tam aksine savcılık, birey özgürlüğünü kısıtlamayacak nitelikte kararlar alabilir (meselâ TCMK m.171 kapsamında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı, TCMK m. 172 gereği kavuşturmaya yer olmadığına dair karar). Mevcut ceza muhakemesi hukuku sisteminde savcılıkça verilebilecek, geçici özgürlüğü kısıtlayıcı kararlara karşı ise (koruma tedbirleri bakımından) hâkim onayı gerekmektedir (meselâ savcılığın gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde verebileceği koruma tedbiri kararlarının – TCMK m. 75/1, 76/1 vs. - hâkim onayına sunulması vs. gibi). Ayrıca savcılıkça hazırlanan iddiânâme mahkeme tarafından incelenecek ve gerektiğinde TCMK m. 174 hükümlerine

81 **TAYM** 27.02.1992-26/11, RG 23.11.1992 No: 21414, s. 21-34 (30): "Yönetmelikler tarafından yürütülen soruşturma 'yargı yetkisine' bağlanamaz. Adı ne olursa olsun salt soruşturma, yargı yetkisini kullanma sayılmaz. Soruşturma ile ilgili kurallar yargı yetkisini kullanma biçiminde yorumlanamaz."

göre iade edilecektir. Son olarak savcının kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran güvenlik tedbiri olarak tedavi altına aldırma ya da denetimli serbestlik kararı alması da mümkün değildir. Bu nedenle 18.6.2014 tarihinde 6545 s. Kanun m. 68 eliyle değiştirilen ve savcılık makamına denetimli serbestlik ve tedavi amaçlı gözlem altına alma kararı verme yetkisi tanıyan TCK m. 191/2 ve 3, Anayasa'nın 38. maddesinin 11. fıkrasına aykırıdır. Bu TCK hükmü, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmez ise bu maddeye dayanılarak verilecek olan kararlara karşı sayısız bireysel başvuruda bulunulacağı, şimdiden öngörülebilir.

Savcılık faaliyetlerinin yürütme organı içerisinde değerlendirilebilecek adalete ilişkin idarî işlem olmasının ikinci önemli sonucu, bunlara karşı kural olarak Anayasa m. 125 gereği idarî yargı yolunun da açık olmasıdır.⁸² Ancak itiraz kanun yolunun tanındığı hâllerde savcılık işlemleri için hak arama mercîi kural olarak ilgili ceza mahkemesi, özellikle soruşturma evresindeki yargılamayla alâkalı savcılık kararlarında da sulh ceza hâkimliği⁸³ olacaktır.

3. Ceza infâz kurumu işlemleri

Türk ceza infâz hukuku ile alâkalı olarak karşılaşılabilecek ilk durum, 5275 s. Kanun'un disiplin cezaları hükümlerine itiraz olabilir. 5275 s. Kanun'a göre (madde 37 dev.) hükümlü hakkında verilebilecek disiplin cezaları ve tedbirleri (kınama, bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma, ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma, hücreye koyma) kural olarak idarî işlemler olup (5275 s. Kanun m. 47) bunlar hakkında itiraz ve şikâyet mercîi infâz hâkimliği olacağından (5275 s. Kanun m. 52; 4675 s. İnfaz Hâkimliği Kanunu m. 4, 5, 6) bunların verdiği kararlar yargı kararı olacaktır. Bireysel başvuruda kanun yolları tüketilmeden Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağından, kurumun idarî kararının ardından infâz hâkimliğine itirazda/şikâyetle bulunulması gerekecektir. Disiplin cezaları dışındaki infâz kurumu ya da memurları ile ilgili hak ihlâline dayalı iddîalar da idarî faaliyet olarak nihaî ve icraî nitelikte, bağlayıcı ve emredici kamu gücü işlemi oldukları sürece bireysel başvuru konusu olabileceklerdir. Ancak bunlara karşı da önce tüm kanun yollarının tüketilmesi lâzımdır.⁸⁴ Alman hukukuna

82 Centel/Zafer, s. 107; Ünver/Hakeri, s. 199.

83 6545 s. Kanun m. 48 ile sulh ceza mahkemelerine son verilerek, "sulh ceza hâkimliği" kurulmuştur. 5235 s. Kanun m. 10'a göre " [...] yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hâkimliği kurulmuştur".

84 Bu işlemlere karşı itiraz veya şikâyetler de çözümün aranacağı makam 4675 s. Kanun m. 5 gereği (Ceza infâz kurumları ve tutukevlerinde hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlerin kanun, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile

G. A. A. Uğurlubay: Kabul Edilebilirlik Koşullarında Ceza Hukuku Sorunları

göre de ceza infâzı tasarrufları⁸⁵ yani ceza infâz kurum ya da görevlilerinin infâz süresince temel hak ihlâlinde bulunmaları, bunlara karşı bireysel başvuruda bulunulmasını caiz kılmaktadır.⁸⁶ Cezaların infâzıyla ilgili kararlar, meselâ hükümlünün mektubunun incelenmesi, infâz müdürünün istemleri red işlemleri, koşullu salıverme isteminin reddi, radyo vs. gibi araçların kullanılmasının kısıtlanması vs. bireysel başvuruya konu olabilir.⁸⁷

Bunların dışında infâz hâkimlerinin 5275 s. Kanun 105/A maddesinin birinci fıkrası gereğince, cezaların koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, infaz hâkimi tarafından karar verilebilir. Ancak bireysel başvurudan önce kanun yolları tüketilmesi gerekeceğinden, önce infâz hâkiminin kararına itiraz edilmeli, itiraz ağır ceza mahkemesince reddedildikten sonra ise bireysel başvuru yoluna başvurulmalıdır. Türk Anayasa Mahkemesi⁸⁸ bu maddeye dayanılarak yapılan ve kanun yolları kurallara uygun bir şekilde tüketilen bir başvuruyu incelemiştir. Ancak başvuruda *“başvurucunun işlediği suç temelinde açık ceza infaz kurumuna ayırlanamamasının hakkındaki mahkûmiyet kararını uzatmadığı gibi sadece infaz hâkiminin takdiri kapsamında uygulanabilecek bir tedbirinin uygulanmamasına ilişkin açık bir keyfilik de tespit edilmemiştir”*. Mahkeme, *“açık ve görünür bir ihlal olmadığı anlaşılmakla başvurunun ‘açıkça dayanaktan yoksun olması’ nedeniyle kabul edilemez olduğuna”* karar vermiştir.⁸⁹

4. Ceza yargılamasında ara kararlar bireysel başvuru konusu olabilir mi?

Alman hukukunda (kural olarak) Federal Anayasa Mahkemesi kararları haricindeki yargısal işlemlere;⁹⁰ Türk hukukunda da Anayasa Mahkemesi kararları dışında (6216 s. Kanun m. 45 III) kalan yargı işlemlerine karşı bireysel başvuruya gidilebileceği öngörülmektedir. Türk⁹¹ ve Alman⁹² hukukunda, ihlâl iddiâsıyla ilgili bir nihâi karar elde edilmesiyle bireysel başvuruya gidilebileceği kabul edilmektedir. Ancak Alman hukukunda bunun yanında, yargılama için önemli olan ama artık başka bir mercî tarafından incelenemeyecek

genelgelere aykırı olduğu gerekçesiyle [...] şikâyet yoluyla infâz hâkimliğine başvurulabilir.) infâz hâkimliği olacaktır. Bunların verdiği kararlar da yargı kararıdır. Tüm yargı kararlarında olduğu gibi ilgili kanun yolları tüketildikten sonra infâz hâkimliği kararları da bireysel başvuru konusu olabilirler.

85 BVerfGE 1, 332 (340); Zuck, s. 202.

86 Jahn, 26 (55).

87 Jahn, 26 (40, 41).

88 TAYM BN 2014/1711, KT 23/7/2014.

89 Karara ilişkin ayrıntılar için bkz. TAYM BN 2014/1711, KT 23/7/2014.

90 Badura, ZJS 4/2009, 382 (385); Maunz-Dürig, cilt 6, s. 35; Meyer-Goßner, s. 63; Klein/Sennekamp, NJW 2007, 945 (948).

91 Doğru, s. 102, 103; Ekinci, iç: Sağlam, s.144.

92 Maunz-Dürig, cilt 6, s. 35, 36; Meyer-Goßner, s. 63.

hukukî bir sorun hakkında verilen ara kararlar için de bireysel başvuru yolu açık kabul edilmektedir.⁹³ Türk hukukunda da ara kararlar hususunda benzer görüşler⁹⁴ dile getirilmektedir. “İlgili aleyhine sürekli bir hukukî durum yaratan, kaldırılması mümkün olmayan, yargılamanın sonraki aşamaları için önemli bir hukukî sorun teşkil eden veya denetleme imkânı bulunmayan ara kararlar aleyhine”, bireysel başvuru yolunun açık olduğu belirtilmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi⁹⁵ de tutuklulukla ilgili başvuruları son kararın verilmesini beklemeden kabul etmektedir. Alman hukukunda da tutuklama kararı⁹⁶, tutuklama kararına dayanılarak verilen geri gönderme kararı⁹⁷, tutukluluğun devamı kararı⁹⁸ ayrı ayrı bireysel başvuru konusu teşkil etmektedir.

Ancak Alman hukukunda ara kararların istisnâ olarak bireysel başvuru konusu olması daha geniş kapsamlı olarak uygulanmaktadır. “Acil korumaya değer bir menfaatin” mevcut olması, “özel ve kamusal menfaatlerin karşılaştırılması” ve en nihayetinde “yargılama ve iş ekonomisi” gibi koşulların varlığında ara kararlar âleyhine başvuruda bulunulabilmektedir.⁹⁹ Örneğin bireysel başvurunun kabul edilmemesinin sonradan ortadan kaldırılması mümkün olmayacak kalıcı zararlar doğuracağı hâllerde¹⁰⁰; kesin olan ve ileride tekrar incelenmesi söz konusu olamayacak türde bir ara karar söz konusu ise¹⁰¹ veya içinde maddî hukuka ilişkin de bir sorun barındıran ve bunun çözülmesinin yargılamanın kaderini de belirleyeceği durumlarda¹⁰² ara kararlara karşı bireysel başvuruda bulunabileceği kabul edilmektedir. Ayrıca hemen karar verilmesinde başvuruçunun menfaatinin bulunduğu ve son kararın beklenmesinin başvuruçudan beklenemeyecek olması gibi durumlar da belirleyici olmaktadır.¹⁰³ Alman Federal Anayasa Mahkemesi¹⁰⁴ tarafından ACMK m. 206a maddesine göre bir ara karar niteliğinde olan (ağır hastalık nedeniyle) kovuşturmanın sonlandırılması kararı verilmemiş olunması hâlinde bireysel başvuru yolu açık kabul edilmiştir.

93 **Badura**, ZJS 4/2009, 382 (386); **Meyer-Goßner**, s. 63; **Maunz-Dürig**, cilt 6, s. 36; **Klein/Sennekamp**, NJW 2007, 945 (948); **BVerfG** NJW 1980, 1095 (1096); **BVerfG** NJW 1968, 1621 (1621); **BVerfG** NJW 1967, 99 (100); ancak ara kararların kural olarak bireysel başvuru konusu olamayacağı hususunda ise bkz. **BVerfG** NJW 1967, 1123 (1123 dev.).

94 **Gürühan**, iç: Yokuş, 111 (124, 125).

95 Bkz. **TAYM** BN 2012/1137, KT 2/7/2013; **TAYM** BN 2014/85 KT 3/1/2014; **TAYM** BN 2014/9 KT 3/1/2014; **TAYM** BN 2014/9895 KT 2/1/2014.

96 **BVerfGE** 9, 89 (89 dev.).

97 **BVerfG** NJW 1955, 1833 (1833, 1834).

98 **BVerfG** NJW 1980, 1448 (1448, 1449).

99 Bunlara ilişkin Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararları bakımından bkz. **Jahn**, 26 (47); **Zuck**, s. 195.

100 **BVerfG** NJW 1952, 777 (777 dev.); **BVerfG** NJW 1982, 507 (507 dev.).

101 **BVerfG** NJW 1968, 1621 (1621); **BVerfG** NJW 1982, 507 (507 dev.); **BVerfG** BeckRS 2007, 25956.

102 **Jahn**, 26 (47); **Benda/Klein/Klein**, s. 232.

103 **BVerfG** NJW 1969, 1104 (1106).

104 **BVerfG** NJW 1979, 2349 (2351); **Jahn**, 26 (49).

G. A. A. Uğurlubay: Kabul Edilebilirlik Koşullarında Ceza Hukuku Sorunları

Türk hukuku bakımından da bu türlü istisnai hâllerin tanınması yerinde olacaktır.¹⁰⁵ Tutuklulukla ilgili başvuruları son kararın verilmesini beklemeden kabul eden Türk Anayasa Mahkemesi¹⁰⁶ bunu “*kanun veya Anayasa’ya bariş şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik*” bulunması ile gerekçelendirmekte ve aksinin kabulünü bireysel başvurunun getiriliş amacıyla bağdaşmaz bulmaktadır. Bu gerekçenin, başka birçok karar için de söz konusu olabileceği yadsınamaz bir gerçektir. Özellikle kanunî düzenlemelere açıkça aykırı hareket edilen, keyfilik boyutundaki hukuka aykırı hareketlerde ya da telafisi mümkün olmayacak veya çok zor telafi edilebilecek ağır hasarların doğacağı durumlarda, hükmün açıklanmasını beklemenin tarafsız bir bakış açısıyla başvurucudan beklenemeyecek olması hâlinde, ara kararlara bireysel başvuru yolunun açılması gerekir. Bireysel başvuru kurumu böylelikle, hukuk devletinde, hukukî güvencelerin korunarak adalete duyulan inancın güçlendirilmesine yönelik nesnel işlevine hizmet edecektir.

C. Kişi bakımından kabule uygunluk: Herkes bireysel başvuruda bulunabilir mi?

Türk Anayasası m. 148/1 ve aynı şekilde Alman Anayasası m. 93/1 4a bendi “jedermann” yani “herkes”in Anayasa Mahkemesi’ne başvurabileceğini belirtmektedir. Ancak gerçekten herkes bireysel başvuru yoluna başvurabilir mi, bunun özellikle taraf ve dava ehliyeti kavramları bakımından değerlendirilmesi gerekecektir.

Bireysel başvuru yargısı bakımından Alman ve Türk hukukunda ne taraf ehliyeti ne de dava ehliyeti hususunda doğrudan yasal bir düzenleme bulunmaktadır. Alman öğretisinde¹⁰⁷ taraf ehliyeti daha doğrusu bireysel başvuru ehliyeti kavramının bireysel başvuru yargılamalarına has, kendine özgü bir karakterinin olduğu, bu nedenle de diğer yargılama hukuku terminolojisinden uzak bir değerlendirmeye tâbi tutulması gerektiği belirtilmektedir. Bu nedenle taraf ehliyeti kavramı yerine bireysel başvuru/anayasa şikâyeti eh-

105 Türk Anayasa Mahkemesi TCMK m. 19/2 kapsamında Yargıtay tarafından verilen davanın nakli ile alakalı bir kararında (TAYM BN 2013/8975 KT 23/7/2014) davanın derdest olması gerekçesi ile “başvuru yollarının tüketilmemiş olması” nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Ancak aynı kararda karşıoy bildiren **Osman Alifeyyaz PAKSÜT**’ün karşıoyu yerinde gerekçelere dayanmaktadır. **Paksüt**’e göre “Davanın nakli konusu nihai hükümle birlikte de temyiz incelemesine tabi tutulamayacaktır. Öldürme olayına ilişkin dava nihai kararlar sonuçlandığında yaşam hakkının yeterince gözetilip gözetilmediği konusunda yapılabilecek sonraki bir değerlendirme, bu safhada meydana gelen ihlali ortadan kaldırmayacaktır. Bu nedenle Yargıtay’ın davanın nakline ilişkin kararına karşı başvuru yollarının tüketilmediğinden söz edilemez.”

106 TAYM BN 2014/85 KT 3/1/2014; krş. ayrıca TAYM BN 2014/9 KT 3/1/2014; TAYM BN 2014/9895 KT 2/1/2014.

107 Bkz. hepsinin yerine **Zuck**, s. 221.

liyeti ya da “Grundrechtsfähigkeit”¹⁰⁸ yani “temel hak ehliyeti” kavramları önerilmekte ve kullanılmaktadır. Benzer durum dava ehliyeti bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda dava ehliyetinin, fiil ehliyetinden bağımsız düşünülmesi salık verilmekte,¹⁰⁹ gerçek kişiler bakımından dava ehliyetinde yer yer “Grundrechtsmündigkeit”¹¹⁰ yani “temel hakka ehillik” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Her ne kadar kavramlar konusunda öğretilde tam bir fikir birliğinin oluştuğunu¹¹¹ söylemek zor olsa da, çoğunlukça¹¹² hemfikir olunan husus, dava ehliyeti kurumunun her bir temel hakka göre ayrı ve somut olaya göre özerk bir şekilde belirlenmesi gerektiğidir.

Türk hukukunda da taraf ve dava ehliyetlerin belirlenmesi hususundaki görüşler Medenî usûl hukukunu ve Anayasa Mahkemesi yargılamasının özerkliğini esas alacak şekilde iki temelde toplanmaktadır. Medenî usûl hukuku merkezli görüşe¹¹³ göre taraf ehliyeti “medenî hukuktaki haklardan yararlanma (hak) ehliyetinin medenî usûl hukukunda büründüğü şekildir”¹¹⁴. “Hak ehliyeti taraf olabilme ehliyetini de içerir. Buna göre hak (medenî haklardan yararlanma) ehliyeti bulunan her gerçek (Medenî Kanun – kısaca MK - m. 8) ve tüzel kişi (MK m. 48) davada taraf (olabilme) ehliyetine sahiptir.”¹¹⁵ Aynı durum dava ehliyeti bakımından da geçerlidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (kısaca HMK) m. 71 merkezli olarak dava ehliyeti “kişinin kendisinin veya yetkili kılacağı bir temsilci (vekil) aracılığı ile bir davayı (davacı veya davalı olarak) takip etme ve usûl işlemlerini yapabilme ehliyeti”¹¹⁶ olarak tanımlanmaktadır. “Dolayısıyla dava ehliyeti, fiil ehliyetinin (MK m. 9) medenî usûl hukukunda büründüğü şekildir.”¹¹⁷

Anayasa Mahkemesi yargılamasının özerkliği merkezli başka bir görüşe¹¹⁸ göre ise Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi ve normlar hiyerarşisi gereği, altta kalan yasalar anayasal normların yorumunda mutlak bağlayıcı olamaz. Ayrıca alt normları bireysel başvuruya doğrudan aktarmak, ancak

108 Benda/Klein/Klein, s. 216.

109 Bkz. sadece Jahn, 26 (34).

110 Schlaich/Korioth, s. 151; Benda/Klein/Klein, s. 224.

111 Benda/Klein/Klein, s. 216; Jahn, 26 (34); Maunz-Dürig, cilt 6, s. 34, dava ehliyeti kavramı için “başvuruya hakkı olanlar ve şikâyet hakkı bulunanlar” kavramlarının da kullanılabileceğine dikkat çekmektedir.

112 Schlaich/Korioth, s. 151; Benda/Klein/Klein, s. 216; ayrıntılı olarak Zuck, s. 139, 232, 233 dev.; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, madde 90, satır no: 168 dev.; dava ehliyeti kavramını bu kavramlar bağımsız değerlendirmeye vurgu yaparak bkz. Jahn, 26 (34).

113 Karaman, s. 140; Korkmaz, s. 98 dev. ise taraf ve dava ehliyeti kavramları yerine hak ve fiil ehliyeti kavramlarını tercih ederek ayrıntıları HMK hükümlerine göre belirlemektedir.

114 Karaman, s. 140.

115 Karaman, s. 140, 141; Kılınc, AY 2008, 19 (28, 29).

116 Karaman, s. 143.

117 Karaman, s. 143, 144.

118 Şirin, s. 152, 153; temel hakların belirleyiciliğine vurgu yaparak sonuçta aynı neticede bkz. Aydın, GÜHFD 2011, 121 (151).

G. A. A. Uğurlubay: Kabul Edilebilirlik Koşullarında Ceza Hukuku Sorunları

başvurunun niteliğine uygun olduğu ölçüde söz konusu olabilir. Buna ilâveten AYM'nin usûlî özerkliği bulunmaktadır ve önündeki yargılamanın efendisi Anayasa Mahkemesi'dir. Anayasa'yı yorumlayan organ olarak da Anayasa Mahkemesi'nin, kendi yargılama usûlünü kendi tasarrufları yoluyla geliştirme takdiri olmalıdır.

Aktarılan görüşlerden sonuncusuna katılmak yerinde olacaktır. Bir anayasal yargılama kurumu olarak bireysel başvuru kurumunun kendi varoluş amacı, işlev ve ilkeleri bulunmaktadır. Bu amaç, işlev ve ilkelerdeki temel farklılıklar ister istemez kabul edilebilirlik koşullarına da etki edecektir. Zirâ diğer usûl hukuku normlarının koruduğu amaçlar (ceza yargılaması, hukuk yargılaması, idarî yargı), temel hak koruması amacıyla olan bireysel başvuru muhakemesinden tamamiyle farklıdır. Her ne kadar ehliyeteye ilişkin hususlardan bazıları diğer usûl kuralları ile benzerlikler gösterip yer yer örtüşecek olsalar da aslında esas bakımından uyuşmayacaklardır. Meselâ özel hukuktaki fiil ehliyeti ya da ceza hukukundaki kusur ehliyeti olmadığı gerekçesiyle bir küçüğün bireysel başvuruya dava ya da taraf ehliyeti olmadığını söyleyerek onun adına kanunî temsilcisinin karar vermesini beklemek, özellikle kanunî temsilcisiyle menfaat çatışmalarının olacağı hâllerde (meselâ aile içi şiddete uğrayan bir çocuğun, suç faili olan kanunî temsilcisi hakkında verilmiş mahkeme kararını bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne taşımak istemesi gibi), küçüğün temel haklarının yeteri kadar korunmamasına yol açacaktır. Yine aynı şekilde bir yıl ve daha fazla özgürlüğü bağlayıcı bir ceza aldığı için kısıtlanan kimsenin herhâlde bu cezaya karşı başvurma hakkının sırf kısıtlanmadan dolayı ortadan kalkmamış olması gerekir.¹¹⁹ Bu gerekçelerle diğer usûl hukuku kurallarının bireysel başvuru kurallarına topyekün aktarılması, bireysel başvuru normlarının amacı ve işlevleri ile çelişkiler yaratacak ve ondan beklenecek faydanın da sağlanmasına engel olacaktır. Buna ilâveten anayasa hukukunun bir alt dalı niteliğindeki bireysel başvuru hukukunun gelişmesi de önlenecektir. Bu nedenle de sadece hukuk usûlü değil, aynı derecede idarî ve ceza usûl hukuku, bireysel başvuru hukuku bakımından yeri geldikçe ve boşluk bulundukça yorumda yardımcı, tamamlayıcı ve talî olarak göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bireysel başvuru kurumunun özerkliğinin en doğal sonucudur.

Bu sebeple burada taraf ehliyeti¹²⁰ kavramı yerine bireysel başvuru ehliyeti, dava ehliyeti¹²¹ kavramı yerine de bireysel başvuruda bulunma ve başvurusunu takip edebilme ehliyeti kavramına öncelik verilecektir.

119 Krş. aynı görüşte Aydın, GÜHFD 2011, 121 (152).

120 Bu kavramı tercih edenler bakımından bkz. Karaman, s. 140; Kılınç, AY 2008, 19 (28); Ekinci, iç: Sağlam, s.147; Ural, s. 223; Gören, s. 38 “katılma ehliyeti” kavramını tercih etmektedir.

121 Bu kavramı tercih edenler bakımından bkz. Gören, s. 40; Karaman, s. 143; Kılınç, AY 2008, 19 (29); Ural, s. 223.

1. Bireysel başvuru ehliyeti

Bireysel başvuru ehliyeti ilgilinin bireysel başvuruda bulunup bulunamayacağı yetkinliğine ilişkin¹²² bir husustur. Bireysel başvuru kural olarak temel hak taşıyıcısı tarafından yapılabileceğinden,¹²³ bu unsur daha çok kimin ne ölçüde hakları bakımından başvuruda bulunabileceği ile ilgilenir. Bu nedenle de bireysel başvuruda bulunma ve başvurusunu takip edebilme ehliyeti kavramı ile karıştırılmamalıdır.

Her hak sahibi (hak taşıyıcısı)¹²⁴ bireysel başvuru ehliyetine sahiptir.¹²⁵ Hak sahibi, her gerçek kişidir.¹²⁶ Gerçek kişi kural olarak doğumla bireysel başvuru ehliyeti elde edebilecektir.¹²⁷ Cenin ve çocuğun bireysel başvuru ehliyeti vardır, ancak bu onlara tanınan hakla sınırlı olacaktır. Ceninin, Alman Anayasası m. 1/1 (insan haysiyetinin dokunulmazlığı), m. 2 II cümle 1 (kişiliğin geliştirilmesi hakkı) ve m. 14/1 cümle 1 (miras hakları);¹²⁸ T.C. Anayasası m. 17¹²⁹, m. 20, 35, 36, 37, 40, 56, 60¹³⁰ içerisindeki hakları bakımından başvuru ehliyeti bulunmaktadır. Çocuklar da ihlâl edilen temel hak kendilerine tanındığı sürece bireysel başvuru ehliyeti sahibidirler.¹³¹ Ceza hukuku ile ilgili yargılamalar bakımından çocuklar için sorunlu olabilecek husus, bunlara verilecek ceza ile Alman Anayasası m. 6/2 içerisinde anılan ailenin çocuk üzerindeki eğitim hakkına bir müdahâlede bulunabileceğidir. Bu nedenle Alman hukukunda bu gibi durumlarda ailenin de kural olarak kendi haklarının ihlâlê uğradığını iddiâ etme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir.¹³² Türk hukuku bakımından ailenin cezanın çocuk üzerindeki terbiye/egitim hakkına müdahâle ettiğini iddiâ ederek hükmedilen cezaya karşı bireysel başvuruda bulunamayacağı belirtilmek gerekir. Zirâ Türk Anayasası m. 41/3, “Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.” demekle çocuğa hak bahşetmiş; aileye dönük bir “kendi çocuğunun eğitimi” temel hakkından doğrudan söz etmemiştir.

122 Bkz. Kılınc, AY 2008, 19 (28); Ural, s. 224; Zuck, s. 222.

123 Şirin, s. 154; Klein/Sennekamp, NJW 2007, 945 (948); Benda/Klein/Klein, s. 216.

124 Maunz-Dürig, cilt 6, s. 33; Klein/Sennekamp, NJW 2007, 945 (948); Schlaich/Korioth, s. 148; Benda/Klein/Klein, s. 216.

125 Klein/Sennekamp, NJW 2007, 945 (948); Maunz-Dürig, cilt 6, s. 33; Zuck, s. 222; Jahn, 26 (27); Badura, ZJS 4/2009, 382 (385); Schlaich/Korioth, s. 148; Benda/Klein/Klein, s. 216; (medenî) hak ehliyeti bulunan bkz. Karaman, s. 140, 141; Ekinci, iç: Sağlam, s. 147; Ural, s. 225; Aydın, GÜHFD 2011, 121 (151).

126 Badura, ZJS 4/2009, 382 (385); Maunz-Dürig, cilt 6, s. 94; Zuck, s. 223; Jahn, 26 (27); Benda/Klein/Klein, s. 216.

127 Jahn, 26 (27); Zuck, s. 223; Benda/Klein/Klein, s. 217.

128 Zuck, s. 223; Benda/Klein/Klein, s. 217, 218.

129 Şirin, s. 189 dev.; Gören, s. 38 sadece yaşama hakkını anmaktadır.

130 Şirin, s. 189 dev., 192 dev.

131 Zuck, s. 223; Jahn, 26 (29); Şirin, s. 189 dev.

132 BVerfGE 107, 104 (117); Jahn, 26 (29).

Alman hukukuna göre kişi öldükten sonra başvuru hakkı ortadan kalkar.¹³³ Ancak devam eden bir yargılama sırasında ölüm vuku bulduğunda münferit olay için temel hakka yapılan müdahâlenin ağırlığı ve türü göz önünde bulundurularak özel bir değerlendirme yapılmalıdır.¹³⁴ Miras hukuku ile ilgili olaylarda, tereke üzerindeki haklar konusundaki talepler Mahkeme tarafından yerinde kabul edilmiştir¹³⁵ ki bu husus ceza yargılaması hukukunda özellikle müsadere ve muhafaza altına alma/elkoyma bakımından önem kazanabilir. Buna ilâveten yine devam eden bir yargılamada şahsa sıkı sıkıya bağlı maddî ceza hukuku ile alakalı hakların kullanılmasında, ölenin ardında kalan kişinin böyle bir başvuruda menfaatinin olması aranmaktadır.¹³⁶ Bunun yanında ACMK m. 361 birinci fıkrası yargılamanın yenilenmesi başvurusunun ölümle son bulmayacağını; ikinci fıkrası ise ölüm hâlinde ölenin eşi, hayat arkadaşı, alt ve üst soyu ve kardeşlerinin bu başvuruyu yapmaya yetkili olduklarını öngörmektedir. Bu hüküm göz önünde bulundurularak ölümden sonra hükme karşı bireysel başvuruda bulunma hakkının, burada anılan kişiler eliyle kullanılabilmesi yetkisinin tanınması gerektiğine dikkat çekilmektedir.¹³⁷

Türk hukukuna göre de ölümle bireysel başvuru ehliyeti ortadan kalkmaktadır. Yargılamanın yenilenmesi bakımından benzer bir durum Türk hukuku için de geçerlidir. TCMK m. 313/1 hükümlünün ölümünün, yargılamanın yenilenmesi istemine engel olmayacağı ikinci fıkra da ölenin eşi, üstsoyu, altsoyu ve kardeşlerinin yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabilecekleri, ayrıca üçüncü fıkra da bunların yokluğu hâlinde, Adalet Bakanının da yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabileceği öngörülmektedir. Ayrıca Türk Anayasası m. 17/1 ve 3 içerisinde koruma altına alınan manevi varlığını koruma ve geliştirme temel hakkı kapsamında “şeref”e karşı suçlar bakımından Ceza Kanunu Özel Hükümler kısmında özel bir düzenlemeye de gidilmiştir. Gerçekten de TCK m. 131/2 “Mağdur, şikâyet etmeden önce ölürse veya suç ölmüş olan kişinin hatırasına karşı işlenmiş ise; ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşleri tarafından şikâyetle bulunulabilir.” hükmünü içermektedir. Netice olarak belirtmek gerekir ki, ölenin şerefi ve hatırası gibi haklarının¹³⁸ korunması açısından yukarıda anılan kişiler eliyle ölen adına bireysel başvuruda bulunmak ya da mevcut başvuruyu devam ettirmek söz konusu olmalıdır. Böyle bir durum yoksa varolan başvuru kendi haklarını da koruyorsa bu kişilerce devam ettirilebilecektir.

133 Meyer-Goßner, s. 66; Benda/Klein/Klein, s. 218; Zuck, s. 223; Jahn, 26 (28).

134 Bkz. BVerfG NJW 1957, 865 (869); krş. ayrıca Jahn, 26 (28).

135 BVerfGE NJW 1954, 27 (27 dev.); Benda/Klein/Klein, s. 218 şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarda değil, sadece mirasla ilgili maddî menfaatler için başvuru ehliyeti tanımaktadır.

136 Meyer-Goßner, s. 66.

137 BVerfG NJW 1957, 865 (869); Jahn, 26 (28).

138 Gören, s. 38, insan onuru söz konusu olduğunda ölenin de başvuru hakkı olduğunu belirtmektedir.

2. Bireysel başvuruda bulunma ehliyeti

Bireysel başvuru ehliyetine sahip birisinin ayrıca, temel hak taşıyıcısı olması dolayısıyla ilgili temel hakkı kullanımı bakımından belirli bir olgunluğa, yetkinliğe, dolayısıyla da bireysel başvuruda bulunabilme ve başvurusunu sürdürebilme kabiliyetine sahip olması gerekir.¹³⁹ Bireysel başvuruda bulunma ve başvuruyu takip etme ehliyeti, başvurusunu ve bunun sonuçlarını kavrama gücüne sahip olmayı, dolayısıyla da anlama ve kavrama ehliyeti ile temel haklarını kullanabilme yetkinliğini aramaktadır. Bu ehliyetin tespitinde “ölçü, kişinin davaya dayanak olan temel hakkı tek başına kullanıp kullanamayacağı”¹⁴⁰ olmalıdır. Ne tek başına fiil ehliyeti¹⁴¹ ne de tek başına kusur ehliyeti burada belirleyici olabilir.

Ceza hukuku bakımından kusur ehliyetinin olmadığı hâllerde kural olarak bu yeteneğin de olamayacağı belirtilebilecekse de¹⁴² (TCK m. 31 vd. hükümlerine göre yaş küçüklüğü – meselâ 12 yaşın altındaki çocuk -, akıl hastalığı vs.) bu gibi hâllerde dahi ilgili temel hak ve menfaatler merkezli olarak hareket etmek gerekir.¹⁴³ Buna ilâveten kendi geleceğini belirleme hakkı Türk Anayasası m. 17/1 içerisinde güvence altına alınmış, ayrıca insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi ile de doğrudan bağlantısı olan bir haktır.¹⁴⁴ Bu bağlamda başvuruda bulunabilme ve yaptığı başvuruyu takip edebilme yeteneği bulunduğu ve ihlâl edilen hak niteliği itibarıyla tek başına başvuruyu makul kıldığı (meselâ velisinden istismara uğrayan bir çocuğa ilişkin ilgili temel haklar) sürece, ilgili tam ehliyetsiz, sınırlı ehliyetli ya da çocuk vs. ayrımı yapmadan, başvuruçunun bireysel başvuruda bulunma ve başvurusunu sürdürme ehliyetinin bulunduğu kabul edilmelidir. Bunun dışında kalan ve menfaat çatışmasının olmadığı hâllerde ehliyeti bulunmayanların velisi, vasisi, kanunî temsilcisi onun adına başvuruda bulunabilir.

D. Mağdurluk statüsü

Almanca'da Beschwerdebefugnis¹⁴⁵, Türkçe'ye “başvuruya yetkililik”¹⁴⁶ olarak çevrilebilecek olan, öğretide kendisine “mağdurluk statüsü”¹⁴⁷ de denilen

139 Krş benzer **Benda/Klein/Klein**, s. 224.

140 **Kılıç**, AY 2008, 19 (30).

141 **BVerfGE** 28, 243 (255); **Schlaich/Korioth**, s. 151; **Benda/Klein/Klein**, s. 224.

142 Meselâ bkz. **Jahn**, 26 (34); kural olarak çocukların dava ehliyeti yoktur diyen **Zuck**, s. 233, özellikle efektif bir temel hak koruması gerektiği durumlarda çocuklara da dava ehliyetinin tanınması gerektiğine işaret etmektedir.

143 **Şirin**, s. 185 dev., “çocuk özgürlükçülüğü” ve “çocuk korumacılığı” gibi kavramlara vurgu yapmaktadır.

144 **Aygörmez**, YÜHFD 2009, 135 (138).

145 **Schlaich/Korioth**, s. 153; **Zuck**, s. 233; **Klein/Sennekamp**, NJW 2007, 945 (949); **Eschelbach/Gieg/Schulz**, NStZ 2000, 565 (567); **Badura**, ZJS 4/2009, 382 (386); **Benda/Klein/Klein**, s. 233.

146 Bu unsura **Gören**, s. 38 “şikâyet yetkisi”; **Karaman**, s. 155 “taraf sıfatı” demektedir.

147 Bkz. örneğin **Doğru**, s. 100.

unsura göre başvuruçunun “mağdur sıfatı”nı taşıması gerekir. Türk Anayasa Mahkemesi¹⁴⁸ uygulamasında mağdur sıfatındaki eksiklik, “kişi yönünden yetkisizlik” sebebiyle kabul edilemezlik kararı verilmesine neden olmaktadır.

6216 s. Kanun m. 46/1 ve İçtüzük m. 59/2 e bendi merkezli olarak mağdur, temel hak ihlali ile güncel, kişisel bir hakkı doğrudan etkilendiği iddiasında bulunan başvuruçudur.¹⁴⁹ Bu koşullar (gegenwärtige, unmittelbare Betroffenheit, Selbstbetroffenheit) Alman hukukunda da aranmaktadır.¹⁵⁰ Doğrudan etkilenmiş olmaktan, kural olarak söz konusu düzenlemeden ya da işlemten dolayı, ilgilinin hukukî durumunun başka bir işlem/eyleme ihtiyacı duyulmaksızın değişmiş olması,¹⁵¹ hâlihazırda - güncel olarak etkilenmiş olması, ihlâl işleminin başvuruçunun hukukî konumunu sanal olarak değil¹⁵², aksine güncel olarak sınırlamış olması¹⁵³ anlaşılmaktadır. Bizzat etkilenmiş olma, başvuruçunun söz konusu normun muhatabı olması¹⁵⁴ dolayısıyla başvuruda bulunan kişinin hangi şekilde olursa olsun şikâyet konusu ile bir ilgisinin olması ya da bu konunun ona yönelik¹⁵⁵ olması demektir. Türk Anayasa Mahkemesi¹⁵⁶ suç mağduru ya da suçtan zarar görenlerin şikâyetiyle başlatılan

148 TAYM BN 2012/95, KT 25/12/2012.

149 Doğru, s. 100; Ekinci, iç: Sağlam, s.142; Ekinci/Sağlam, s. 21.

150 Bkz. BVerfG NJW 1980, 759 8759 dev.); BVerfG NJW 1986, 1742 (1742); BVerfG 1982, 2551 (2551); Eschelbach/Gieg/Schulz, NStZ 2000, 565 (567); Maunz/Dürig, m. 93, satır no: 67; Klein/Sennekamp, NJW 2007, 945 dev.; Badura, ZJS 4/2009, 382 (386); Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, m. 90, sn: 351 dev.; Jahn, 26 (55); Schlaich/Korioth, s. 160; Benda/Klein/Klein, s. 233; Zuck, s. 328 dev.

151 BVerfGE 1, 97 (102); Schlaich/Korioth, s. 163; Maunz-Dürig, cilt 6, m. 93 (Maunz), s. 34 st. no: 67; Jahn, 26 (65); Klein/Sennekamp, NJW 2007, 945 (949); Badura, ZJS 4/2009, 382 (386).

152 Maunz-Dürig, cilt 6, s. 34; Zuck, s. 249; Schlaich/Korioth, s. 161; Jahn, 26 (65); Gören, s. 46; krş. aynı neticede Kuş, iç: Yokuş, 75 (81, 82); Karaman, s. 157, 263, 264; Kılınç, AY 2008, 19 (33); Ekinci/Sağlam, s. 22

153 Schlaich/Korioth, s. 161.

154 BVerfGE 102, 197 (306); Zuck, s. 239; Schlaich/Korioth, s. 161.

155 BVerfGE 97, 157 (164, 165); Schlaich/Korioth, s. 161; Jahn, 26 (61); Doğru, s. 101; Ekinci, iç: Sağlam, s.142.

156 TAYM BN 2012/917, KT 16/4/2013; eşinin trafik kazasında ölmesi ile ilgili başlatılan soruşturmanın kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar sonlandırılması nedeniyle yapılan bireysel başvuruda, başvuruçunun yaşam hakkının ihlâl edildiğini iddia etmiş, Türk Anayasa Mahkemesi (TAYM BN 2012/1017, KT 18/9/2013) başvuruyu “açıkça dayanaktan yoksun olması” gerekçesi ile kabul edilemez bulmuştur; bireysel başvuruya konu olan başka bir olayda şikâyetçi babasının ölümünden sorumlu gördüğü kamu görevlisi doktor hakkında görevi kötüye kullanma ve taksirle ölüme sebebiyet verme suçlarından soruşturma izni verilmediğini belirterek Anayasa’nın 17. ve 56. maddelerinde güvence altına alınan yaşam hakkının ve sağlık hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştü, Türk Anayasa Mahkemesi (TAYM BN 2013/2839, KT 3/4/2014) şu gerekçelerle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur: “Usul yükümlülüğünün bir olayda gerektirdiği soruşturma türünün, yaşam hakkının esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım gerektirip gerektirmediğine bağlı olarak tespiti gerekmektedir. Buna göre, genel olarak ihmal suretiyle ortaya çıkan diğer ölümlerde olduğu gibi tıbbi ihmal sonucu meydana geldiği ileri sürülen ölüm olaylarında “etkili bir yargısal sistem kurma” yönündeki pozitif yükümlülük her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir.”

soruşturmalar sonrasında savcılıkça verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı yapılan bireysel başvuruları “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez bulmaktadır. Mahkeme’ye göre bu gibi durumlarda “Başvurucu, suç işlediğini düşündüğü bir üçüncü kişi hakkında soruşturma açılmasını sağlamak amacıyla suç duyurusunda bulunmuş olup, talebi üçüncü kişinin cezalandırılmasıyla sınırlıdır. Başvurucu, üçüncü kişinin fiili nedeniyle medeni haklarına yönelik bir müdahalenin bulunduğunu düşünüyor ve buna ilişkin zararının giderilmesini istiyorsa, hukuk mahkemeleri önünde dava açma imkânı vardır.”¹⁵⁷

Bunlara ilâveten bir başkasının ya da başkalarının temel haklarına dayanmak (toplu davalar yani yurttaş başvurusu - actio popularis, Popularklage) kural olarak mevzubahis olamaz.¹⁵⁸ Türk Anayasa Mahkemesi¹⁵⁹ de başvuru-
cunun “ya kişisel olarak doğrudan etkilenmiş olması ya da başvuru ile doğrudan mağdur arasında şahsi ve özel bir bağ bulunması” gerektiğine dikkat çekmektedir.

1. Savcılık kurumu ya da kamu mağdur olabilir mi?

Alman hukukunda savcılığın bireysel başvuru ehliyetinin olmayacağı dile getirilmektedir.¹⁶⁰ Zirâ kendisi mahkemenin yargılama iktidarı altında değil, tersine içerisinde yer almaktadır.¹⁶¹ Türk hukukunda ise TCMK m. 309 içerisinde düzenlenen kanun yararına bozma müessesesi temel alınarak, savcılara bireysel başvuru ehliyeti yolunun açılması gerektiğini savunan yazarlar¹⁶² bulunmaktadır. Ancak bu görüşe katılmak yerinde olmayacaktır. Zirâ savcı yargılamaya bizzat kendi adına değil, bilâkis kamu adına ancak tarafsızca katılmaktadır. Yani savcı ceza hukukunda bir taraf değildir.¹⁶³ Savcının bizzat kendisinin kişisel olarak haklarının ihlâl edilmesi de söz konusu olmamaktadır. Kanun yararına bozma kurumunda hukuka aykırı olarak verilmiş bir karardan dolayı yara alan kamu vicdanının ve kamu düzeninin yeniden tesisi hedeflenmektedir. Amaç, kamu gibi belirsiz kişilerden oluşan bir topluluğun ya da savcının belirli bir hakkının ihlâl edilmesinden bahisle bu ihlâlin ortadan kaldırılması değildir ki bu düşünce bile bireysel başvuru yolunun doğasına aykırıdır. Adından da anlaşıldığı üzere Anayasa Mahkemesi’ne başvuru bireyseldir ve ihlâlden kişisel olarak etkilenme kabul edilebilirlik koşullarındandır. Tüm bu nedenlerle savcının bireysel başvuru ehliyetinin olduğundan söz etmek de lege lata mümkün değildir.

157 TAYM BN 2012/917, KT 16/4/2013.

158 Maunz-Dürig, cilt 6, s. 34; Jahn, 26 (61); Karaman, s. 155; Kılınc, AY 2008, 19 (32); Sağlam, TBBD 2005, 159 dev.; Korkmaz, s. 103; Aydın, GÜHFD 2011, 121 (154).

159 TAYM BN 2012/95, KT 25/12/2012.

160 Meyer-Goßner, s. 63; Jahn, 26 (33, 34).

161 Jahn, 26 (33, 34).

162 Şirin, s. 260.

163 Bkz. dip not 68.

E. Her koşulda hukukî koruma ihtiyacı bulunmakta mıdır?

Öğretide genel hukukî koruma ihtiyacı¹⁶⁴ ya da hukukî yarar¹⁶⁵ olarak da adlandırılan bu koşul aslında bireysel başvuru mevzuatında yazılı olarak yer almamaktadır. Bu unsura ait birçok alt husus aslında, “esasa ilişkin kabul edilebilirlik koşulları” başlığı altında yine inceleme konusu yapılabilmektedir.

Başvurucunun dava açmakta hukukî bir yararının olması zorunluluğu¹⁶⁶ ceza davalarında kusur ile fiilin ağırlığı arasındaki orantısızlık ve dolayısıyla da cezanın infâziyla meydana gelecek özel ve ağır zarar olarak somutlaştırılabilir.¹⁶⁷ Temel hakka yönelik ağır zarar öncelikle temel hakların yargılama yoluyla korunması gerektiği gerekçesiyle bu görevin hâkime (Alman Anayasası m. 13/2 ve 104/2, 3) yüklendiği durumlar bakımından gündeme gelebilir.¹⁶⁸ Bu nedenle tutukluluğa son verilmesi hâlinde ya da tutukluluktan hapis cezasına geçilmesi durumunda hukukî koruma ihtiyacı bulunmaktadır.¹⁶⁹ Ceza infâziyla ilgili olarak özellikle bu kurumların içerisindeyken verilebilecek özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler bakımından – çok basit nitelikli özgürlük kısıtlamaları hariç – hukukî koruma ihtiyacı bulunmaktadır.¹⁷⁰

Bununla birlikte beraat kararına¹⁷¹ karşı ya da kusur içeriği çok düşük, çok basit suçlardan dolayı¹⁷² bireysel başvuruda böyle bir ihtiyaç kabul edilmemektedir. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesinde özellikle bir hukukî koruma ihtiyacı bulunmamaktadır.¹⁷³ Ancak istisnâ olarak özellikle keyfilik yasağının (Alman Anayasası m. 3/1) ihlâl edildiği, somut olayla alâkasının ve açık bir şekilde savunulacak bir yanının olmadığı, anlaşılması zor, hatalı, haksız hukuk uygulamalarında hukukî koruma ihtiyacının olduğu kabul edilecektir.¹⁷⁴

Benzer hususların Türk Anayasa Mahkemesi¹⁷⁵ tarafından dayanaktan yoksunluğa istisnalar hususunda göz önünde bulundurulduğu görülmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi¹⁷⁶ 5320 s. Kanun’da öngörülen “Bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar hapis cezasından çevrilenler hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dâhil adlî para cezasına

164 Meyer-Goßner, s. 64; Benda/Klein/Klein, s. 237.

165 Kılınç, AY 2008, 19 (35); Klein/Sennekamp, NJW 2007, 945 (949).

166 BVerfG NJW 1990, 1033 (1034 dev.); Meyer-Goßner, s. 64; Kılınç, AY 2008, 19 (35, 36).

167 Badura, ZJS 4/2009, 382 (385).

168 Jahn, 26 (108, 109).

169 BVerfG NJW 1980, 1448 (1449); Jahn, 26 (109).

170 BVerfG NStZ-RR 2004, 220 (221); Jahn, 26 (110).

171 Meyer-Goßner, s. 64.

172 Meyer-Goßner, s. 65; Klein, NJW 1993, 2073 (2074).

173 BVerfG NStZ 1984, 228 (229); Jahn, 26 (110).

174 Jahn, 26 (110).

175 TAYM BN 2012/1027, KT 12/2/2013; ayrıca bkz. TAYM BN 2012/799, KT 26/3/2013;

176 TAYM BN 2012/799, KT 26/3/2013.

mahkûmiyet hükümlerine karşı temyiz yoluna başvurulamaz.” hükmü ile alâkalı olarak verdiği kararda “az önemli suçlar kategorisi içerisinde müta-laa edilmesi mümkün suçlar yönünden temyiz sınırı öngörülmesinin, adalet duygusunu rencide edecek veya hukuk devleti kavramıyla bağdaşmayacak sonuçlara yol açacak boyutta bulunmaması nedeniyle anayasal hakları ihlâl etmediği açıktır” ifadelerini kullanmıştır.

Açıkça dayanaktan yoksun bulunan kararda aslında, korunmaya muhtaç bir yarar bulunmaması yani “önemli bir zarara uğranmaması” söz konusudur. Zirâ kanun koyucu doğrudan kişi hak ve özgürlüğüne ilişkin bir yaptırım açısından böyle bir sınırlama getirmemiş, özgürlüğü bağlayıcı cezaları kapsam dışında bırakarak sadece belirli seviyedeki adli para cezaları (yani malvarlığı değerleri) açısından bir kısıtlamaya gitmiştir. Belirli bir seviyenin altında kalan ve sadece adlî para cezası öngörülmüş bir suçtan dolayı bireye temyiz hakkı tanınmasında, ne esaslı derecede bireysel bir menfaat ne de toplumu yakından ilgilendiren özel bir kamu menfaati bulunmaktadır. Böylelikle Anayasa m. 13 koşullarına uyularak vuku bulan bu türlü temel hak sınırlandırmalarında esaslı olmayan bireysel menfaatler kamu menfaatlerinin gerisine çekilebilir ve bireyden buna katlanması beklenebilir. Bu toplum içinde yaşayan sosyal bir varlık olmanın da bir gereğidir. O nedenle Anayasa Mahkemesi’nin varmış olduğu netice son derece yerindedir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru, başlı başına ele alınması gereken, özerk bir hukuk alanıdır. Bu sebeple de kendine özgü koşul ve ilkeleri bulunmaktadır. Bu durum, bireysel başvuru kabul edilebilirlik koşullarına da yansımıştır. Bu çalışma kapsamında ele alınan özellikle ceza hukuku açısından tartışılması gereken hususlar göstermiştir ki sorunların çözümünde her hukuk dalı mutlâka ayrı ayrı göz önünde bulundurulacak, ancak son sözü daima bireysel başvuru hukukunun temel prensipleri söyleyecektir.

G. A. A. Uğurlubay: Kabul Edilebilirlik Koşullarında Ceza Hukuku Sorunları

KAYNAKÇA

Acu, Melek, Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar, iç: Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2014 (110), s. 403-434.

[Alıntı: Acu, TBB Dergisi 2014 (110), 403 (s.)]

Aydın, Öykü Didem, Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, iç: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sa. 4. S. 121- 170.

[Alıntı: Aydın, GÜHFD 2011, 121 (s.)]

Aygörmez, Gülsün Ayhan, Hukukî Kurum rızanın Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması, iç: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, cilt VI, sayı 2, 2009, 135-171.

[Alıntı: Aygörmez, YTÜHFD 2009, 135 (s.)]

Badura, Martin, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, iç: Zeitschrift für das Jura Studium, 4/2009, s. 382 – 388.

[Alıntı: Badura, ZJS 4/2009, 382 (s.)]

Çakmaz, Eylem, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu, s. 43-74, iç: Yokuş, Sevtap (Editör), Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), Ankara, 2014.

[Alıntı: Çakmaz, iç: Yokuş, s.]

Çelik, Mustafa Selman, Anayasa Şikâyeti (Bireysel başvuru) Kabul Edilebilirlik İncelemesi ve Bu Kapsamda Önemli Zarar Kriteri, s. 155-186, iç: Yokuş, Sevtap (Editör), Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), Ankara, 2014.

[Alıntı: Çelik, iç: Yokuş, s.]

Centel, Nur, Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. baskı, İstanbul, 2012.

[Alıntı: Centel/Zafer, s.]

Doğru, Osman, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, 1 baskı, İstanbul, 2013.

[Alıntı: Doğru, s.]

Donay, Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2012.

[Alıntı: Donay, s.]

Haşim Kılıç'a Armağan

Ekinci, Hüseyin, Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usûlü, s. 137-160; Sağlam, Musa (Editör), Bireysel Başvuru “Anayasa Şikâyeti”, HUKAB Sempozyum Serisi, Ankara, 2011.

[Alıntı: Ekinci, iç: Sağlam, s.]

Ekinci, Hüseyin, Sağlam, Musa, 66 Soruda Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, 2012.

[Alıntı: Ekinci/Sağlam, s.]

Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, 1. baskı Ankara, 2001.

[Alıntı: Erdem, s.]

Erem, Faruk, Ceza Usûlü Hukuku, 5. bası, Ankara, 1978.

[Alıntı: Erem, s.]

Ergül, Ergin, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Ankara, 2012.

[Alıntı: Ergül, s.]

Eschelbach, Ralf, Gieg, Georg, Schulz, Hansjürgen, Begründungsanforderungen an die Urteilsverfassungsbeschwerde in Strafsachen, iç: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2000, s. 565-574.

[Alıntı: Eschelbach/Gieg/Schulz, NStZ 2000, 565 (s.)]

Gören, Zafer, Bireysel Başvuru Türk Anayasa Yargısında, 1. baskı, Ankara, 2013.

[Alıntı: Gören, s.]

Göztepe, Ece, Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, iç: Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2011 (95), s. 13-40.

[Alıntı: Göztepe, TBBD 2011, 13 (s.)]

Gürühan, Caner, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunun Ceza Mahkemelerinden Verilen Kararlar Bakımından Değerlendirilmesi, s. 111-132, iç: Yokuş, Sevtap, (Editör), Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel başvuru (Anayasa Şikâyeti), Ankara, 2014.

[Alıntı: Gürühan, iç: Yokuş, (s.)]

Jahn, Matthias; Krehl, Christoph; Löffelmann, Markus; Güntge, Georg-Friedrich, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, Hamburg, 2011.

G. A. A. Uğurlubay: Kabul Edilebilirlik Koşullarında Ceza Hukuku Sorunları

[Alıntı: Jahn, s.]

Karaman, Ebru, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, 1. baskı, İstanbul, 2013.

[Alıntı: Karaman, s.]

Kılınç,, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, iç: Anayasa Yargısı 25, 2008, 19-59, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/bahadir_kilinc.pdf, erişim tarihi: 15.05.2014.

[Alıntı: Kılınç, AY 2008, 19 (s.)]

Klein, Eckart, Konzentration durch Entlastung? Das Fünfte Gesetz zur Aenderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, iç: Die Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, s. 2073-2077.

[Alıntı: Klein, NJW 1993, 2073 (s.)]

Klein, Oliver; Sennekamp, Christoph, Aktuelle Zulässigkeitsprobleme der Verfassungsbeschwerde, iç: Die Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2007, s. 945 - 956.

[Alıntı, Klein/Sennekamp, NJW 2007, 945 (s.)]

Kreuder, Thomas, Praxisfragen zur Zulaessigkeit der Verfassungsbeschwerde, iç: Die Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2001, s. 1243-1248.

[Alıntı: Kreuder, NJW 2001, 1243 (s.)]

Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 1986.

[Alıntı: Kunter, s.]

Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun, Nuhoglu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı, 17. bası, İstanbul, 2009.

[Alıntı: Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s.]

Kuş, Mustafa, Örnek Uygulamalar Işığında Bireysel Başvuru Yolu ve Geleceği, s. 75-110, iç: Yokuş, Sevtap (Editör), Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), Ankara, 2014.

[Alıntı: Kuş, iç: Yokuş, s.]

Korkmaz, Ramazan, Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, 1. Baskı, İstanbul, 2014.

[Alıntı: Korkmaz, s.]

Lübbe-Wolff, Gertrude, Geisler, Claudius, Neuere Rechtsprechung des BVerfG zum Vollzug von Straf- und Untersuchungshaft, Bericht mit Hinweisen zu einigen häufig übersehenen Erfolgsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde, iç: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2007, s. 450-461.

[Alıntı: Lübbe-Wolf/Geisler, NStZ, 450 (s.)]

Maunz, Theodor; Dürig, Günter, Grundgesetz-Kommentar, Münih, 2014.

[Alıntı: Maunz/Dürig, m., sn.]

Maunz, Theodor; Schmidt-Bleibtreu, Bruno; Klein, Franz; Bethge, Herbert, Bundesverfassungsgerichtsgesetz-Kommentar, madde numarası, satır no, Münih, 2014, [Alıntı: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, m., sn.]

Meyer-Goßner, Lutz, strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 55. Basi, Münih 2012.

[Alıntı: Meyer-Goßner, s.]

Özbek, Veli Özer, Kanbur, Mehmet Nihat, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. baskı, Ankara, 2012

[Alıntı: Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.]

Özbey, Özcan, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Kabuledilemezlik Nedenleri, s. 185-228, iç: Yokuş, Sevtap (Editör), Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), Ankara, 2014.

[Alıntı: Özbey, s.]

Özçelik, Bekir, Bireysel Başvuru Yolunun İdari Yargı Bakımından Değerlendirilmesi, s. 133-154, iç: Yokuş, Sevtap (Editör), Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), Ankara, 2014.

[Alıntı: Özçelik, iç: Yokuş, s.]

Öztürk, Bahri (Editör), Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Sırma, Özge, Kırıt, Yasemin F. Saygılar, Özaydın, Özdem, Akcan, Esra Alan, Erden, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. baskı, Ankara, 2013.

[Alıntı: Öztürk, s.]

Öztürk, Bahri, Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. baskı, Ankara, 2008.

[Alıntı: Öztürk/Erdem, s.]

G. A. A. Uğurlubay: Kabul Edilebilirlik Koşullarında Ceza Hukuku Sorunları

Roxin, Claus, Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht, 27. baskı, Münih, 2012.

[Alıntı: Roxin/Schünemann, s.]

Sabuncu, M. Yavuz; Esen Arnwine, Selin, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, 1-12, iç: “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Tartışma Paneli”, 1- 12; iç:

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg21/tbby.pdf, erişim: 11.05.2014.

[Alıntı: Sabuncu/Esen Arnwine, AY, 1 (s.)]

Sağlam, Fazıl, Anayasa Hukuku Ders Notları, Lefkoşa, 2013.

[Alıntı: Sağlam, s.]

Sağlam, Musa, Bireylerin Anayasa Mahkemesi’ne Başvurusu (Bir Reform Önerisi), iç: Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 60, 2005, s. 139-168.

[Alıntı: Sağlam, TBBD, 2005, 139 (s.)]

Sağlam, Musa, Bireysel Başvuru, İnceleme usûlü ve Kabul Edilebilirlik Kriteri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), 2. baskı, Ankara, 2013.

[Alıntı, Sağlam, s.]

Şahin, Cumhur, Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. baskı, Ankara, 2013.

[Alıntı: Şahin/Göktürk, s.]

Schroeder, Friedrich-Christian, Verrel, Torsten, Strafprozessrecht, 5. baskı, Münih, 2011.

[Alıntı: Schroeder/Verrel, s.]

Şirin, Tolga, Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması İle Mukayeseli Bir İnceleme, 1. baskı, İstanbul, 2013.

[Alıntı: Şirin, s.]

Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. baskı, Ankara, 2010.

[Alıntı: Soyaslan, s.]

Taşdemir, Kubilay, Özkepir, Ramazan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi Cilt I, 4. bası, Ankara 2010.

Haşim Kılıç'a Armağan

[Alıntı: Taşdemir/Özkepir, s.]

Toroslu, Nevzat, Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. baskı, Ankara, 2013.

[Alıntı: Toroslu/Feyzioğlu, s.]

Turan, Hüseyin, Ceza Mahkemelerince Verilen Kararlar Bakımından Bireysel Başvuruda Başvuru Süresi, iç: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2014, sayı 17, yıl 5, s. 111-140.

[Alıntı: Turan, TAAD 2014, 111 (s.)]

Ünver, Yener, Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. baskı, Ankara, 2012.

[Alıntı: Ünver/Haker, s.]

Ural, Sami Sezai, Hak ve Özürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru, 1. baskı, Ankara, 2013.

[Alıntı: Ural, s.]

Yaşar, Osman, Ceza Muhakemesi Kanunu Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumu I. cilt, 5. baskı, Ankara 2011.

[Alıntı: Yaşar, s.]

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. bası, İstanbul, 2007.

[Alıntı: Yurtcan, s.]

Zuck, Rüdiger, Das recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Bası, Münih, 2006.

[Alıntı: Zuck, s.]

Zuck, Rüdiger, Der Zugang zum BVerfG: Was laesst das 5. Aenderungsgesetz zum Gesetz über das BVerfG von der Verfassungsbeschwerde noch übrig, iç: Die Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, s. 2641-2646.

[Alıntı: Zuck, NJW 1993, 2641 (s.)]

Dr. Hasan BAKIRCI

(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türk Filtraj Bölüm Şefi)

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE TARAF DEVLETLERİN ÜLKELERİ DIŞINDAKİ EYLEMLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

I. GENEL OLARAK

Yirminci yüzyılın sonunda dünya tarihinde benzeri görülmemiş olaylara şahit olduk. Amerika Birleşik Devletleri'nin öncülüğündeki askeri koalisyonun önce Kuveyt'ten işgalci Irak ordusunu çıkarmak için ve daha sonra Somali'de barış ve düzeni yeniden tesis etmek amacıyla yaptığı askeri müdahaleler ve yine sonrasında NATO Devletleri'nin tek taraflı ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin izni olmaksızın Kosova'da yaptığı müdahale yeni bir dünya düzeninin habercisiydiler. Bu askeri müdahaleler, her ne kadar insani amaçlarla yapılmış olsalar da, eski hukuki normların yerini yeni ortaya çıkan fikirlerin ve kuralların almaya başladığının bir habercisiydiler.¹

11 Eylül 2001 tarihinde yaşanan trajik terör saldırıları sonrasında Amerika Birleşik Devletleri ve Büyük Britanya'nın öncülüğündeki askeri koalisyonun Afganistan ve Irak'a yönelik "terörizme karşı savaş" amacıyla başlattıkları askeri saldırılar ise yeni dünya düzenine farklı bir boyut kazandırdılar. Bir başka ifadeyle, yeni "müdahalecilik" çağı diyebileceğimiz bu yeni dönem ve pek çok devletin terörle mücadele amacıyla almış oldukları askeri ve hukuki önlemler uluslararası hukuk düzenini ve insan hak ve özgürlüklerini ciddi olarak tehdit etmeye başladı. Yine bazı devletlerin yabancı toprakları işgali, sınır ötesi sıcak takip ya da insansız hava araçlarıyla yaptıkları saldırılar sonucunda, ve ayrıca yabancı topraklarda kurulmuş askeri kamplarda şüpheli şahısları hiçbir hukuki hak tanımadan tutma ve kötü muamele yapma gibi eylemleri² neticesinde bireylerin temel hak ve hürriyetleri daha da fazla tehdide maruz kaldı.

Bahsettiğimiz bu olağan dışı örnekler devletlerin taraf oldukları insan hakları sözleşmelerinin hükümleri uyarınca ülkeleri dışındaki eylemlerinden dolayı sorumlu tutulabilirler mi sorusunu akla getiriyor. Bir diğer ifadeyle, bu sözleşmelerin bağlayıcılığı ve getirdiği yükümlülükler devletlerin ülkeleriyle mi sınırlı yoksa ülkeleri dışında da aynı ölçüde bağlayıcı mı? Hiç şüphesiz

1 N. Chomsky, *The New Military Humanism, Lessons from Kosovo* (Pluto Press, London, 1999).

2 F. Coomans and M. Kamminga, "Comparative Introductory Comments on the Extraterritorial Application of Human Rights Treaties" in F. Coomans and M. Kamminga (eds) *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Intersentia, Antwerp-Oxford 2004) 1.

bu sorular “yetki” (*jurisdiction*) konusunda düzenleyici hükümler içeren ve tanınan insan hak ve hürriyetlerinin uygulanma alanına ülkesel sınırlama getiren sözleşmeler bakımından daha da önem kazanıyor. Bu tür sözleşmeler arasında en iyi bilinen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“Sözleşme”) de benzer bir yetki sınırlaması ihtiva etmektedir, fakat 1. maddede tanımlanan “yetki” kavramı devletler, hukukçular ve akademisyenler arasında oldukça tartışmalıdır. Bu tartışmalara bir ışık tutabilmek amacıyla, bu makale Sözleşme’ye Taraf Devletlerin ülkeleri dışındaki eylemlerinden dolayı hangi ölçüde sorumlu tutulabilecekleri sorusuna bir cevap arayacaktır. Doğal olarak, bu konuda öncelikle Sözleşme organlarının, yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM” ya da “Mahkeme”) ve 1998’de ortadan kaldırılan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (“Komisyon”) tarafından verilen kararlara bakılacaktır.

II. 1. maddenin kapsamı ve önemi

Sözleşme’nin 1. maddesi “Yüksek Sözleşen Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanır” demektedir. Sözleşme’ye ek 1, 4, 6, 7, 12 ve 13. protokolleri onaylayan devletler açısından bu yükümlülük belirtilen protokollerdeki hak ve özgürlükleri de kapsar. Zira ek protokollerde yer alan haklar ve özgürlükler Sözleşme’nin tamamlayıcı maddeleri olarak kabul edilmektedir ve Sözleşmedeki hükümlerle aynı şekilde uygulanmaktadır.³

Sözleşme’nin getirdiği insan hakları koruma sistemi içerisinde 1.maddenin çok önemli bir yeri vardır; çünkü Sözleşme’nin kapsamını ve Sözleşen Devletlerin yükümlülüklerinin çerçevesini belirlemektedir. Bu madde, her bir Sözleşen Devlete yetki alanlarında bulunan her kişi için iki temel yükümlülük getirmektedir. Bir taraftan, Sözleşen Devletlere güvence altına alınan hakları ihlâl etmeme konusunda “negatif yükümlülük”; diğer taraftan ise yetki alanları içerisinde bulunan her kişinin bu haklardan yararlanabilmesini sağlamak konusunda “pozitif yükümlülükler” de yüklemektedir.⁴

Ancak, belirtilen yükümlülükler sadece devletlerin yetki alanlarındaki kişiler bakımından geçerlidir. Bir diğer ifadeyle, Sözleşme ve ek protokollerin tanıdığı hak ve özgürlüklerinin ihlâl edilmesi nedeniyle mağdur olduğunu ileri süren bir kişinin öncelikle söz konusu ihlâl olduğu tarihte davalı Devlet’in yetki alanında bulunduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Anlaşıldığı üzere, “yetki alanı” konusu Sözleşme bakımından bir ön şart niteliğindedir. Dev-

3 Pvan Dijk and GJH Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1998, s. 3.

4 Jacobs, White, & Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 5.baskı, 2010, s. 86.

H. Bakırcı: Taraf Devletlerin Ülkeleri Dışındaki Eylemlerden Sorumluluğu
let'in sorumlu tutulabilmesi ancak Mahkeme'nin şikâyet konusu olayların davalı Devlet'in yetki alanında meydana geldiğine kanaat getirdiği takdirde söz konusu olabilmektedir.⁵

Bu durumda, “[devletlerin] yetki alanları içinde” cümlesinden ne anlaşılması gerektiği sorusu önem kazanmaktadır. Zira Mahkeme'nin içtihatlarında görülebileceği üzere, Sözleşen Devletlerin ulusal sınırları - yani kara, hava ve deniz sahaları - dışında meydana gelen Sözleşme ihlâlleri nedeniyle istisnai durumlarda sorumlu tutulabilmektedirler. Bu soruya yanıt verebilmek için, bir sonraki bölümde “yetkialanı” (*jurisdiction*) kavramının anlamı ve kapsamı irdelenecektir.

III. Yetki alanı kavramı

Yetki alanından ne anlaşılması gerektiği sorusuna Büyük Daire *Banković ve Diğerleri* davasındaki kabul edilebilirlik kararıyla açıklık getirmiştir.⁶ Bu karar, Sözleşme organlarının içtihatlarının Mahkemece gözden geçirildiği bir “kilometre taşı” olarak kabul edilmektedir.

Banković davasının konusu, 1999 yılında Kosova savaşı sırasında Belgrad'daki Sırbistan Radyo Televizyon Kuruluşu binasının NATO uçaklarınca bombalanması neticesinde yakınlarını kaybeden ya da bu hava saldırısında bizzat yaralanan kişilerin Sözleşme'ye taraf 17 NATO devletine karşı yaptıkları başvuru ile ilgilidir.

Bu davada başvuruçular hava saldırısı sonucunda ihlâl edilen haklarının davalı Devletlerin yetki alanlarında gerçekleştiğini, çünkü bu Devletlerin eski Yugoslavya (şimdiki Sırbistan) üzerinde etkili kontrol icra ettiklerini ya da kendi topraklarında alınan kararların icrasının ya da etkilerinin eski Yugoslavya'da gerçekleştiğini iddia etmişlerdir. Bir başka ifadeyle, davalı devletlerin eski Yugoslavya hava sahası üzerinde uçan ve bomba yağdırarak başvuruçuların yaralanmasına ve yakınlarının ölümüne sebep olan uçaklar üzerindeki kontrolü nedeniyle Sözleşme'ye göre sorumlu olduklarını ileri sürmüşlerdir.

Davalı Devletler ise, başvurunun *kişi bakımından Sözleşme'ye uygun olmadığı* (incompatible *ratione personae*) için Mahkemece incelenemeyeceğini, çünkü olayın gerçekleştiği tarihte başvuruçuların Sözleşme'nin 1. maddesi bakımından kendi yetki alanlarında bulunmadıklarını savunmuşlardır. Büyük Daire, bu davada incelenmesi gereken öncelikli konunun davalı devletlerin ulusal

5 M. O'Boyle, “Comment on Life after Bankovic”, in F Coomans and MT Kamminga (eds) *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Intersentia Antwerp-Oxford 2004).

6 *Banković ve Diğerleri/Belçika ve 16 diğer Sözleşmeciler Devlet* (k.k.) [BD], no. 52207/99, ECHR 2001XII.

sınırları dışında gerçekleştirdikleri bir eylem nedeniyle yaralanan ya da yakınlarını kaybeden başvurucuların bu devletlerin yetki alanlarında olup olmadığı sorunu olduğunu belirtmiştir.

Buna göre, Mahkeme 1. maddedeki “yetki alanı” kavramının, uluslararası hukukta tanımlandığı gibi, esasen bir devletin ulusal ya da siyasi sınırları içinde bulunan coğrafi bölge (ülke) anlamına geldiğini (*territorial notion of jurisdiction*), bu kavramın istisnai durumlarda ve durumu haklı kılan özel şartlarla genişletilebileceğini ifade etmiştir.⁷ Ayrıca, bu konuda Sözleşen Devletler arasındaki uluslararası teamüle ve Sözleşme’nin hazırlık çalışmalarına (*travaux préparatoires*) da bakan Mahkeme, Sözleşen Devletler arasında bu davadaki koşullara benzer durumlarda ulusal sınırları dışında gerçekleştirebilecekleri eylemlerden dolayı sorumlu tutulabileceklerine ilişkin bir anlayış da bulunmadığını da vurgulamıştır.⁸

Sonuç olarak, Mahkeme başvurucuların davalı Devletlerin yetki alanında bulunmadıklarını çünkü şikayet konusu olayın bu devletlerin ulusal sınırları, hatta Avrupa hukuk alanı (*espace juridique européenne – european legal space*),⁹ dışında gerçekleştiğini ve dolayısıyla da başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Aksine bir kararın, Sözleşen Devletlerin dünyanın herhangi bir yerinde gerçekleştirdikleri eylemlerinden ya da işlemlerinden etkilenen kişileri Sözleşme’nin 1. Maddesi bağlamında yetki alanları içine sokacağını, böyle bir durumun ise kabul edilemeyeceğini de kararda vurgulanmıştır. Mahkeme bu konuda, Sözleşme’nin tüm dünyada uygulanmak üzere hazırlanmadığının da altını çizmiştir.¹⁰

Bu noktada dikkat çeken önemli bir konu ise, Sözleşen Devletlerin ulusal sınırları dışındaki bir bölgede etkili kontrol icra etmeleri hâlinde meydana gelebilecek Sözleşme ihlallerinden sorumlu olduklarını Kıbrıs davalarında¹¹ kabul eden Mahkeme’nin, *Banković* kararında “ulusal sınırlar dışında etkili kontrol icra etmek”ten doğan sorumluluğa yeni bir sınırlama getirerek söz konusu coğrafi bölgenin “Avrupa hukuk alanı”nın içinde ve dışında olmasına göre farklı bir uygulama yapmış olmasıdır. Mahkeme bunun gerekçesini etkili kontrol icra edilen ülkede ya da coğrafi bölgede yaşayanların daha önce sahip olmadıkları haklara işgal sonrasında kavuşabileceklerine ve bu konuda işgali gerçekleştiren Sözleşen Devletin sorumlu olacağına ilişkin Sözleşmeden

⁷ *Banković*, § 61.

⁸ *Banković*, § 62.

⁹ Avrupa hukuk alanından anlaşılması gereken, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin tümünün oluşturduğu coğrafi bölgedir.

¹⁰ *Banković*, § 80.

¹¹ *Loizidou/Türkiye* (ilk itirazlar), 23 Mart 1995, Series A no. 310, *Kıbrıs/Türkiye* [BD], no. 25781/94, ECHR 2001-IV.

H. Bakırcı: Taraf Devletlerin Ülkeleri Dışındaki Eylemlerden Sorumluluğu doğan bir yükümlülük bulunmadığı şeklinde açıklamıştır.¹²

IV. Ulusal sınırlar dışında yetki kullanımı (*extraterritorial jurisdiction*)

Yukarıda belirtildiği üzere, “yetki alanı” kavramı Sözleşen Tarafların ülkesiyle sınırlı değildir. Komisyon’un 25 Eylül 1965 tarihli X/*Federal Almanya*¹³ kararından bu güne kadar Sözleşme organları ulusal sınırlar dışında yetki konusunu ilgilendiren pek çok başvuruyu incelemişlerdir. Bu başvurulardan pek çoğu kabul edilebilirlik şartlarına sahip olmadıkları ya da hukuki dayanaktan yoksun oldukları için reddedilmiş olmasına rağmen, Komisyonun ve Mahkemenin oluşturduğu geniş içtihat, Sözleşen Devletlerin toprakları dışındaki eylemlerinden ve işlemlerinden de sorumlu tutulabileceklerini göstermektedir.

Sözleşme organlarının içtihatları incelendiğinde ulusal sınırlar dışında yetkinin ve bu duruma bağlı sorumluluğunun iki ana durumda kabul edildiği görülmektedir. Bunlardan ilki Sözleşen Devletlerin görevlilerinin ulusal sınırlar dışında bir birey üzerinde yetki ve kontrol icra etmesi; ikincisi ise yine yabancı bir ülkede ya da bölgede etkili kontrol icra etmesidir. Belirtilen iki istisnai durum aşağıda sırasıyla incelenecektir.

1. Ulusal sınırlar dışında devlet görevlilerinin bireyler üzerinde yetki kullanması ve kontrol icra etmesi

Sözleşmeye Taraf bir Devletin askeri veya sivil görevlileri yabancı bir ülkede bulunan kişiler üzerinde güç veya yetki kullandığı takdirde Sözleşen Devlet, 1.madde bağlamında, yetki kullanıyor kabul edilir.

(a) Komisyon kararları

Ulusal sınırlar dışında yetki alanı konusunu ilgilendiren ilk başvuruları inceleyip karara bağlayan Komisyon bu konuda oluşan içtihadın temellerini atmıştır denebilir. Komisyon önüne gelen bu tür davaların konusunu genelde Sözleşen Devletlerin diplomatlarının ya da görevlilerinin ülke dışında yaptıkları eylem ve işlemlerden¹⁴, *ad hoc* polis operasyonlarından¹⁵ veya yabancı bir

12 Banković, § 80; Sarah Miller, “Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention”, EJIL Vol. 20 no. 4, 2010.

13 Başvuru no. 1611/62, X/*Federal Almanya*, 25 Eylül 1965, (1965) 8 Yearbook 158.

14 Bkz. Danimarka Büyükelçisinin Doğu Almanya’da Danimarka büyükelçiliğine sığınarak Batı Berlin’e geçmek isteyen başvuruçuyu Demokratik Almanya makamlarına teslim etmesinden doğan sorumluluğu konu alan *WM/Danimarka*, K.K., başvuru no. 17393/90, 14 Ekim 1992, 73 DR 193.

15 Bkz. İtalyan ve Fransız kolluk kuvvetlerinin Kosta Rika’da ve St. Vincent adasında yaptıkları operasyonları konu alan *Freda/İtalya* (K.K., başvuru no. 8916/80, 7 Ekim 1980, 21 DR 25) ve *Reinette/Fransa* (K.K., başvuru no. 14009/88, 2 Ekim 1989, 63 DR 169) başvuruları.

ülkede işletilen hapisanelerden kaynaklanan sorumluluklar oluşturmuştur.

Diplomatik temsilcilerin sorumluluğunu ilgilendiren *X/Birleşik Krallık* davasında, İngiliz vatandaşı olan başvuran Ürdün'deki İngiliz konsolosluk görevlilerinin çocuğunun velayetini bu ülkede yaşayan kocasından almasına yardımcı olmadığı için şikâyetle bulunmuştur. Komisyon, İngiliz konsolosluk görevlilerinin ellerinden gelen her şeyi yaptıklarına kanaat getirdikten sonra başvurunun hukuki esastan yoksun olduğuna karar vermiştir. Buna rağmen, Komisyon bir Sözleşen Devletin görevlilerinin, diplomatlar ya da konsolosluk görevlileri de dâhil olmak üzere, üzerlerinde yetki ve kontrol icra ettikleri şahısları veya malları o devletin yetki alanına soktuklarını belirtmiştir. Böylesine bir durumda söz konusu görevlilerin eylemlerinden veya ihmallerinden dolayı Sözleşen Devletin sorumlu olacağını vurgulamıştır.¹⁶

Yurtdışındaki bir polis operasyonunu ilgilendiren *Illich Sanchez Ramirez/Fransa* (Çakal Carlos olarak da tanınan başvuran) davasında¹⁷, Komisyon Fransız yetkililerin başvuranı Sudan'da yakalayıp gözaltına almalarının hukukiliğini incelemiştir. Komisyon, başvuranın Sudan'da Fransız yetkililere teslim edildiği andan itibaren fiilen onların yetkisi ve kontrolü altına girmesi nedeniyle Fransa'nın yetki alanında bulunduğuna hükmetmiştir.¹⁸

Ülke dışında işletilen hapisanenin yönetiminden doğan sorumluluğu konu alan *Hess/Birleşik Krallık* davasında ise, Komisyon, ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilen ünlü Nazi savaş suçlusı Rudolf Hess'in salıverilmesinin Sözleşme'nin 3. ve 8 maddelerini ihlâl ettiğine ilişkin şikâyetleri içeren başvuruyu incelemiştir. Komisyon, Berlin'deki Spandau hapisanesinin işletilmesinde görev alan İngiliz makamlarının eylemlerinden dolayı sorumlu tutulmalarının ilke olarak mümkün olduğunu kabul etse de, bu davada İngiliz makamlarının tek başlarına hareket etmediklerini, hapisanenin işletilmesinin ittifak devletlerine ait dört gücün (İngiltere, Fransa, Amerika Birleşik Devletleri ve Sovyetler Birliği) ortak sorumluluğunda bulunmasından dolayı hapisane yönetiminin İngiltere'nin yetki alanında sayılamayacağına kanaat getirmiş ve başvurunun kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir.¹⁹

Yukarıda incelenen Komisyon kararları göstermektedir ki Sözleşen Devletlerin yetki alanları ülkeleriyle sınırlı değildir. Aksine, bu devletlerin görevlilerinin yurt içinde ya da dışında kontrolleri altına alarak üzerinde yetki kullandıkları her şahıs Sözleşme'nin 1. maddesi bakımından ilgili devletin yetki alanında sayılır.

16 *X/Birleşik Krallık*, K.K., başvuru no. 7547/76, 15 Aralık 1977.

17 *Ramirez Sanchez/Fransa*, no. 28780/95, 24 Haziran 1996 tarihli Komisyon kararı.

18 *İbid.*

19 *Hess/Birleşik Krallık*, K.K., başvuru no. 6231/73, 28 Mayıs 1975, 2 DR 72.

(b) Mahkeme kararları

Komisyonun oluşturduğu geniş içtihatla kabul edilen ilkeler ve ölçütlerin Mahkeme tarafından da benimsendiği görülmektedir. Ülke dışında operasyon yapan görevlilerinin bireyler üzerinde yetki kullandığı ve kontrol icra ettiği için Sözleşen Devletlerin sorumlu tutulması gerektiğine ilişkin pek çok şikâyet Mahkeme tarafından incelenmiştir.

Türk güvenlik güçlerinin 1995 yılında Irak'ta yaptığı ve üç hafta süren sınır ötesi operasyonlar sırasında altı çobanı öldürdüğüünün iddia edildiği *Issa/Türkiye* davasında, Mahkeme öldürülen kişilerin Türk askerlerinin yetkisi ve kontrolü altında olduklarına dair yeterli delil olmadığı için 1. madde bağlamında Türkiye'nin yetki alanına girmediklerine karar vermiştir. Ancak, Mahkeme konuyla ilgili olarak şunu belirtmiştir:

“Bir Devlet, başka bir Devletin topraklarında – hukuka uygun veya aykırı olarak – operasyon yapan görevlilerinin yetkisi ve kontrolü altındaki kişilerin Sözleşmede yer alan haklarının ve özgürlüklerinin ihlalinden sorumlu tutulabilir. Böyle durumlardaki sorumluluk, Sözleşme'nin 1.maddesinin bir Devletin kendi topraklarında gerçekleştiremediği Sözleşme ihlallerini başka bir Devletin topraklarında gerçekleştirmesine izin verecek şekilde yorumlanamayacağı ilkesinden kaynaklanır.”²⁰

Mahkeme'nin *Issa* davasında yaptığı bu yorum *Banković* kararındaki içtihadından ayrıldığı şeklinde yorumlanmıştır.²¹ Zira *Banković* kararında ulusal sınırlar dışında kullanılan yetki ve bundan doğan sorumluluğa “Avrupa hukuk alanıyla” sınırlı olarak getirilen kısıtlamaya bu kararda yer verilmemiştir. Aksine, ispat edildiği takdirde, davalı Devletin sınırötesi eylemleri nedeniyle, Avrupa hukuk alanında dışında olsa bile sorumlu tutulabileceği kabul edilmiştir.

PKK terör örgütü liderinin Türk güvenlik güçlerince Kenya'da yakalanmasının ve gözaltına alınmasının hukuka uygun olmadığının iddia edildiği *Öcalan/Türkiye* davasında, ²² Mahkeme başvuranın Nairobi uluslararası havalimanında Kenyalı yetkililer tarafından doğrudan Türk güvenlik güçlerine teslim edildiği andan itibaren Türkiye'nin yetki alanında bulunduğunu kabul etmiştir. Ancak gerek yakalamanın hukukiliği gerekse Kenya'dan Türkiye'ye getirilişi sırasında maruz kaldığı muamele bakımından başvuranın Sözleşme tarafından korunan haklarının ihlâl edilmediğine karar vermiştir.

Birleşmiş Milletler kontrolündeki ara bölgelerde yetki kullanımı ve sorum-

20 *Issa/Türkiye*, başvuru no. 31821/96, 16 Kasım 2004 § 71.

21 Marko Milanovic, “From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties”, Human Rights Law Review, Vol 8 no. 3, 2008, s. 447.

22 *Öcalan/Türkiye* [BD], no. 46221, ECHR 2005-IV.

luluğa ilişkin ilginç bir başvuru ise Kıbrıs Rum Yönetimi vatandaşı Anastassios Isaak isimli şahsın yakınları tarafından yapılmıştır.²³ Bu davanın konusu 1996 yılında Kıbrıs'taki ara bölgede Türk ve Rum göstericiler arasında yaşanan şiddet olaylarıdır. Başvurucuların yakınları, Anastassios Isaak'ın Türk göstericiler tarafından dövülerek öldürüldüğünü, dolayısıyla Sözleşme'nin 2., 8. ve 14. maddelerinin Türkiye tarafından ihlâl edildiğini iddia etmişlerdir. Tarafların ve Birleşmiş Milletler Barış Gücü görevlilerinin bu olayla ilgili sundukları delilleri ve belgeleri inceleyen Mahkeme, Türk ordusuna mensup askerlerin KKTC vatandaşı göstericilerin ve polislerinin ara bölgeye girmelerine izin verdiğini, KKTC polislerinin Rum göstericilere karşı şiddet kullandığını ve Türk güvenlik güçlerinin, dövülerek öldürülen mağdura yapılan saldırıyı engellemek ya da durdurmak için hiç birşey yapmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle kararda, "her ne kadar şikâyetçi olunan eylemler Birleşmiş Milletler kontrolündeki tarafsız ara bölgede meydana gelmişse de, Mahkeme mağdurun olay anında Davalı Devlet'in görevlilerinin yetkisi ve kontrolü altında olduğunu ve dolayısıyla şikâyetçi olunan eylemlerin Türkiye'nin yetki alanında gerçekleştiğine kanaat getirmiştir" denmiştir. Sonuçta, Mahkeme Anastassios Isaak'ın ölümünden dolayı Türkiye'nin Sözleşme'nin 2. maddesini ihlâl ettiğine karar vermiştir.

Yine Türkiye'ye karşı yapılan bir başka başvuruda (*Pad ve Diğerleri/Türkiye*),²⁴ Türk askerlerinin İran sınırında yaptıkları bir askeri operasyon sırasında helikopterlerden açtıkları ateş sonucu yedi İran vatandaşını öldürdüğü iddia edilmiştir. Her ne kadar bu başvuru iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle reddedilmiş olsa da, sınır ötesinde gerçekleşen ya da sınır ötesi etki doğuran bir eylemden doğan sorumluluk söz konusu olduğu için Mahkeme yetki konusuna değinmiş ve şunu belirtmiştir:

"...istisnai durumlarda Sözleşen Devletlerin ulusal sınırları dışında gerçekleştirdiği ya da sınır ötesinde etki yaratan eylemleri ("sınırötesi eylem"), 1. Madde bakımından yetki kullanımı anlamına gelebilir... Bu suretle, bir Devlet, **mutlaka Sözleşen Devletlerin oluşturduğu [Avrupa] hukuk alanında yer alması gerekmeyen**, başka bir Devletin topraklarında – hukuka uygun veya aykırı olarak – operasyon yapan görevlilerinin yetkisi ve kontrolü altındaki kişilerin Sözleşmede yer alan haklarının ve özgürlüklerinin ihlalinden sorumlu tutulabilir..."

Pad ve Diğerleri kararı, Mahkeme'nin *Banković* içtihadından ayrıldığı *Issa ve Diğerleri* davasındaki görüşünün bir devamı niteliğindedir. Hatta Mahkeme, Türk Hükümeti'nin kendi hava sahasında uçan helikopterlerinden açılan ateş sonucu olay anında İran topraklarında bulunan başvuranların yakınlarının

23 *Isaak/Türkiye* (k.k.), no. 44587/98, 28 Eylül 2006.

24 *Pad ve Diğerleri/Türkiye* (k.k.), no. 60167/00, ECHR 2007-VI.

H. Bakırcı: Taraf Devletlerin Ülkeleri Dışındaki Eylemlerden Sorumluluğu öldürülmesini kabul ettiği savunmasına dayanarak, ölen yedi kişinin Türkiye'nin yetki alanında olduğu sonucuna varmıştır. Bu sonuç, aslında Mahkeme'nin daha da ileri giderek sebep sonuç ilişkisinden kaynaklanan yetki kullanımı ve sorumluluk prensibini de kabul ettiğini göstermektedir.²⁵

Başvuranın, yakalanması, alıkonulması ve Iraklı yetkililere teslim edilmesinden sonra yapılan yargılama ve sonucu hakkında şikâyetlerde bulunduğu Irak eski diktatörü Saddam Hüseyin'in başvurusundan da bahsetmemiz gerekir. Bu davada, başvuran, Davalı Devletlerin Irak üzerinde *de facto* kontrolünü devam ettirdiğini, bu nedenle Haziran 2004'te Iraklı yetkililere teslim edilmesinden sonra bu Devletlerin yetki alanına girdiğini iddia etmiştir. Buna karşın, Mahkeme, başvuranın her bir Davalı Devletin rolünü ve sorumluluklarını veya aralarındaki ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ile olan iş/güç paylaşımını izah etmediğini söylemiştir. Mahkeme ayrıca şunları belirtmiştir:

“Eleştirilen eylemlerin ABD tarafından gerçekleştirildiği, bu eylemlerin gerçekleştiği bölgedeki güvenlikten ABD'nin sorumlu olduğu ve koalisyonun tüm komutasının ABD'de olduğu bir zamanda, sadece Davalı Devletler (açıkça belirtilmeyen farklı seviyelerde) sözde ABD ile olan koalisyona katıldıkları gerekçesiyle, başvuranın Davalı Devletlerin yetki alanlarında bulunduğu anlamına gelecek, Sözleşme içtihadında hiçbir dayanak yoktur ve başvuran bu konuda hiçbir yerleşik uluslararası hukuk ilkesini dayanak gösterememiştir.

Buna göre Mahkeme, başvuran ile Davalı Devletler arasında herhangi bir yetkisel bağın geçmişte veya halen bulunduğu ve başvuranın, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında, bu devletlerin yetki alanında olduğunun ispatlanmış sayılamayacağını düşünmektedir.”²⁶

Sözleşen Devletlerin ülkeleri dışında işlettikleri hapishanelerin yetki alanlarına girip girmedikleri sorununun ele alındığı *Al-Sadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık* davasında, Irak'ta görev yapan İngiliz kuvvetlerince gözaltına alınan ve daha sonra Basra'daki İngiliz askeri hapishanesinde güvenlik tehdidi oluşturdukları gerekçesiyle tutulan başvuruçuların şikâyetlerini incelemiden önce, Mahkeme kabul edilebilirlik kararında başvuruçuların İngiltere'nin yetki alanında bulunup bulunmadıkları sorununu incelemiştir.²⁷ İngiliz kuvvetlerinin fiziksel güç kullanarak başvuruçuları gözaltına almalarını ve daha sonra sadece askeri güç kullanarak ya da tehditle alıkoydukları başvuruçular

25 Doktrinde bazı yazarlarca bu görüş, “kontrol sorumluluk gerektirir” şeklinde savunulmaktadır. Bkz. Rick Lawson, “Life after Banković: on the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights”, F Coomans and MT Kamminga (eds) *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Intersentia Antwerp-Oxford 2004).

26 *Saddam Hüseyin/Arnavutluk, Bulgaristan, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Macaristan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Letonya, Litvanya, Hollanda, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Türkiye, Ukrayna ve Birleşik Krallık* (dec.), no. 23276/04, 14 Mart 2006.

27 *Al-Sadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık* (k.k.) no. 61498/08, 30 Haziran 2009.

üzerinde kontrol icra etmelerini ve yetki kullanmalarını dikkate alan Mahkeme, başvurucuların Birleşik Krallığın (İngiltere'nin) yetki alanına girdiklerine hükmetmiştir. Bu konuda, Mahkeme şu hususları vurgulamıştır:

“Mahkeme, İngiliz makamlarının söz konusu [hapishanede] mutlak ve münhasıran *defacto*, nihayetinde ayrıca *de iure*, kontrol icra etmesini dikkate alarak, [başvurucuların] Birleşik Krallığın yetki alanında olduğuna kanaat getirmiştir (bkz. *Hess/Birleşik Krallık*, no. 6231/73, 28 Mayıs 1975 tarihli Komisyon kararı, DR 2, s.72).”²⁸

Al-Sadoon ve Mufdhi kararından sonra, yine Irak'ta Birleşik Krallık ordusu kuvvetlerinin eylemleri ile ilgili, artık bir dönüm noktası diyebileceğimiz üç karar daha verilmiştir. Bunlar sırasıyla, *Al-Skeini ve Diğerleri*,²⁹ *Al-Jedda*³⁰ ve *Hassan/Birleşik Krallık*³¹ davalarıdır.

Al-Skeini davasının konusu, Irak'ın güneyinde yer alan Basra'da 2003 tarihinde başvurucuların altı yakın akrabalarının ölümüne ilişkindir. Kurbanlardan üçü Birleşik Krallık askerleri tarafından vurularak öldürülmüş, ya da vurulmuş ve ölümcül bir şekilde yaralanmışlardır. Dördüncüsü, Birleşik Krallık devriyeleri ile kimliği bilinmeyen silahlı kişiler arasındaki çatışma sırasında ölümcül şekilde yaralanmış; beşincisi ise Birleşik Krallık askerleri tarafından dövülerek nehre atılarak boğulmuş; sonuncusu ve altıncısı Birleşik Krallık güçleri tarafından işletilen bir askeri hapishanede ölmüş ve vücudunda 93 yara tespit edilmiştir.

Mahkeme, istisnai koşulların bulunduğu 1 Mayıs 2003 tarihinden 28 Haziran 2004 tarihine kadar, Güney Doğu Irak'ta Birleşik Krallığın güvenliği sağlama yetkisine sahip olduğunu varsayarak, Basra'da güvenlik operasyonlarını yürüten askerlerin öldürdükleri kişiler üzerinde kontrol icra etmelerini ve yetki kullanmalarını dikkate almış ve başvurucuların Birleşik Krallığın yetki alanına girdiklerine hükmetmiştir. Daha sonra ise, altı başvurucudan beşinin yakınlarının ölümüne ilişkin olarak bağımsız ve etkili bir soruşturma yapılmadığı için Sözleşme'nin 2. maddesinin (yaşam hakkı) ihlaline hükmetmiştir.

Al-Jedda davasının konusu ise bir Iraklı sivilin terör eylemlerine karıştığı şüphesiyle üç yıldan fazla bir süre boyunca (2004-2007) Britanya güçlerinin sorumluluğundaki bir hapishanede tutulması hakkındadır. Davalı Hükümet başvurucunun hapishanede tutulmasının kendilerine değil Birleşmiş Milletler'e atfedilebilir bir olgu olduğunu, dolayısıyla 1. Madde bağlamında kendi yetki alanlarına girmediğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu savunmayı oybir-

28 Ibid., §§ 87 ve 88.

29 *Al-Skeini and Diğerleri/Birleşik Krallık*, [BD], no. 55721/07, ECHR 2011.

30 *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no. 27021/08, ECHR 2011.

31 *Hassan v. the United Kingdom* [GC], no. 29750/09, 16 September 2014.

H. Bakırcı: Taraf Devletlerin Ülkeleri Dışındaki Eylemlerden Sorumluluğu

liğı ile reddetmiştir. Bu konuda, öncelikle Mart 2003 tarihli işgal sırasında, mevcut rejim yıkılırsa Irak'taki rollerin dağıtımını düzenleyen bir Güvenlik Konseyi (BMGK) kararı bulunmadığı Mahkeme tarafından not edilmiştir. Önceki rejim Mayıs 2003 tarihinde yıkıldığında ise, ABD ve Birleşik Krallık Irak'ta güvenliği sağlama görevini üstlenmiştir. Birleşmiş Milletler'e ise sadece insani yardım sağlama, Irak'ın yeniden inşasına destek olmak ve geçici Irak hükümetinin oluşumuna yardımcı olmak görevi verilmiştir. Ancak güvenliğe ilişkin herhangi bir rol üstlenmemiştir. Dolayısıyla, Çok Uluslu Güç içindeki askerlerin eylem ya da ihmalleri üzerinde BMGK'nin ne etkili bir denetimi, ne de asli bir yetkisi bulunmadığından, BayAl-Jedda'nın belirtilen hapisanede tutulmasının BM'ye atfedilemeyeceği Mahkeme tarafından vurgulanmıştır. Sonuç olarak başvuranın Birleşik Krallık güçleri tarafından kontrol edilen ve Basra Şehrinde bulunan bir hapisanede tutulduğu dikkate alındığında Sözleşme'nin 1. maddesinin amaçları bakımından Birleşik Krallığın yetkisi alanında bulunduğuna hükmedilmiştir.

Basra davalarından sonuncusu ve en yenisi diyebileceğimiz *Hassan/Birleşik Krallık* davasında ise, daha önce Irak Baas partisinde üst düzey yönetici ve aynı zamanda Irak ordusunda General olarak görev yapmış olan başvurucuyu teslim olmaya zorlamak amacıyla, erkek kardeşi Birleşik Krallık askerleri tarafından 23 Nisan 2003'de gözaltına alınmış ve Amerika Birleşik Devletleri güçleri tarafından işletilen Bucca Kampına götürülmüştür. Resmi kayıtlara göre 2 Mayıs 2003'te serbest bırakıldığı belirtilse de Eylül 2003'de tutuklu olduğu yerden yaklaşık 700 kilometre uzakta cesedi bulunmuştur. Başvurucu 2007'de kardeşinin ölümünden Birleşik Krallık güçlerinin sorumlu olduğu gerekçesiyle İngiltere'de dava açmışsa da bu dava belirtilen Bucca kampının o tarihte Amerikan güçlerinin denetiminde olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

Daha önceki davalarda olduğu gibi, AİHM öncelikle yetki konusunu incelemiş, ve Birleşik Krallık askerlerinin başvuranın erkek kardeşinin gözaltına aldığı tarihten serbest bırakıldığıının iddia edildiği 2 Mayıs 2003 tarihine kadar Birleşik Krallık yetki alanında bulunduğuna hükmetmiştir. Ancak, mağdurun cesedinin Eylül 2003'te *Bucca* Kampından çok uzakta bulunması ve ölüm olayının mağdurun Birleşik Krallık güçlerinin denetiminde olduğu bir dönemde gerçekleştiğinin ispatlanamaması nedeniyle bu davada Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerini kabul edilemez bulmuş ve 5. madde altında ileri sürülen iddialar bakımından ise ihlal bulmamıştır.

Son olarak, Mahkeme'nin açık denizlerde kişiler üzerinde "yetki ve kontrol icra etmeden dolayı yetki bağının oluşması" testini uyguladığı *Medvedyev/Fransa* davasından da bahsetmeden geçemeyeceğiz.³² Bu davada Fransız

32 *Medvedyev/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29 Mart 2010.

makamlarının açık denizlerde seyreden Kamboçya bandıralı bir ticaret gemisini, Kamboçya makamlarından izin aldıktan sonra, uyuşturucu kaçakçılığı yapıldığı şüphesiyle durdurarak mürettebatını Fransa'ya götürünceye kadar 13 gün boyunca tutmasının Sözleşme'nin 5. Maddesini ihlâl ettiği ileri sürülmüştür. Bu davada da Mahkeme (Büyük Daire), öncelikli olarak başvuru-cların açık denizlerde yakalandıkları andan Fransa'ya götürülenceye kadarki zaman diliminde Fransa'nın yetki alanında olup olmadığı sorusunu incelemiş ve bu konuda olumlu bir sonuca varmıştır. Mahkeme bu konuda şunları söylemiştir:

“... bu davada Fransa, Winner [isimli gemi] ve mürettebatı üzerinde ele geçirildikleri andan Fransa'ya götürülüp yargılandıkları ana kadar, kesintisiz ve sürekli olarak, tam ve münhasır kontrol icra ettiği için, başvuruclar Sözleşme'nin 1. Maddesi bağlamında fiilen Fransa'nın yetki alanındadır.”

Sonuç olarak, yukarıda incelediğimiz kararlar göstermektedir ki, Sözleşen Devletlerin sivil ya da askeri görevlileri dünyanın herhangi bir yerinde bir kişiyi kontrolleri altına alarak yetki kullanmışlarsa, o kişi ilgili Devletin yetki alanına girmiş sayılır ve Sözleşme'nin sağladığı korumadan tam olarak yararlanır.

2. Yabancı bir ülkede ya da ulusal sınırlar dışındaki bir bölgede etkili kontrol icra edilmesi

Sözleşen bir Devletin yabancı bir ülkede etkili kontrol icra etmesinden dolayı 1. Madde bağlamında o ülkede bulunanları yetki alanına sokmuş sayılacağına ve bu nedenle meydana gelen Sözleşme ihlallerinden de sorumlu olacağına ilişkin ilk karar Mahkeme tarafından *Loizidou* davasında verilmiştir.³³

Loizidou davasının konusu, Türkiye'nin 1974 yılında yaptığı askeri müdahale sonrasında Kıbrıs'ın ikiye bölünmesi ve başvuranın Kuzey Kıbrıs'ta bulunan evine ve diğer gayrimenkullerine ulaşamamasıdır. Bu davada başvuran yaşam alanına dönememesinden dolayı uğramış olduğu maddi ve manevi zarardan Türkiye'nin sorumlu olduğunu, çünkü Kuzey Kıbrıs'ın Türkiye'nin kontrolü altında olduğunu ileri sürmüştür. Türk Hükümeti Kuzey Kıbrıs'ta askeri birliklerinin bulunmasının kişiler ve mülkiyet üzerinde yetki kullandığı anlamına gelmediğini, esasen o bölgenin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin (KKTC) yetki alanında bulunduğunu, dolayısıyla şikâyetçi olunan konuların Türkiye Cumhuriyeti'ne değil sadece KKTC'ye atfedilebileceğini savunmuştur.

Mahkeme kararında Türk Hükümeti'nin savunmasındaki tezini reddetmiş şunlar belirtmiştir:

33 *Loizidou/Türkiye* (ilk itirazlar), y.b.k., § 62.

H. Bakırcı: Taraf Devletlerin Ülkeleri Dışındaki Eylemlerden Sorumluluğu

“...Sözleşme’nin hedefi ve amacı göz önüne alındığında, Sözleşen Devletin sorumluluğu askeri bir eylem neticesinde – hukuka uygun ya da aykırı olarak - toprakları dışındaki bir bölgede etkili kontrol icra ettiğinde de söz konusu olabilir. Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri o bölgede yaşayanlara sağlama yükümlülüğü [davalı Devletin] doğrudan, güvenlik güçleri vasıtasıyla veya kendisine tabi yerel bir idare aracılığıyla o bölgede etkili kontrol icra etmesinden kaynaklanır.”³⁴

Yukarıdaki alıntıdan anlaşıldığı üzere, Türkiye’nin Kuzey Kıbrıs’ta yetki kullandığına karar verirken Mahkeme tarafından dayanan temel gerekçe o bölgede etkili kontrol icra etmesidir. Bu yetkinin nasıl kullanıldığı önemli değildir. Mahkeme davayı incelerken KKTC’nin siyaseti ve eylemleri üzerinde Türkiye’nin detaylı kontrol icra edip etmediğine de bakmamış, Kuzey Kıbrıs’ın tamamını kontrolü altında bulundurmasını sorumlu tutulması için yeterli görmüştür.

Loizidou davasının devamı olarak nitelendirebileceğimiz *Kıbrıs (Rum Yönetimi)/Türkiye*³⁵ devlet başvurusunda ise “yabancı bir ülkede etkili kontrol icra etmeden kaynaklanan yetki kullanımı” doktrinini biraz daha genişleten Mahkeme şu hususları belirtmiştir:

“...Kuzey Kıbrıs’ın tamamında etkili kontrol icra ettiği dikkate alındığında, Türkiye’nin sorumluluğu [orada] görev yapan askerlerinin ve görevlilerinin eylemleriyle sınırlandırılmaz. Vermiş olduğu askeri ve diğer her türlü destekle ayakta kalan yerel yönetimin eylemlerinden de Türkiye sorumludur. Dolayısıyla, Sözleşme’nin 1. Maddesi bakımından, Türkiye’nin yetki kullanmaktan kaynaklanan yükümlülüğü Sözleşme ve onayladığı Protokollerde yer alan maddi hakların tümünü sağlayacak şekilde genişletilmiştir; ve bu hakların ihlâlinin sorumluluğu Türkiye’ye atfedilmiştir.”

Yukarıdaki paragrafta en dikkat çekici nokta, Türkiye’nin 1. Madde altındaki yükümlülüğünün Kuzey Kıbrıs’ta bulunan herkesi kapsayacak şekilde genişletilmiş olmasıdır. Bir başka ifadeyle, Kuzey Kıbrıs’ta bulunan bir birey Sözleşmede ve ek Protokollerde yer alan haklardan ve özgürlüklerden tam olarak yararlanacaktır. Belirtilen haklar Türkiye’nin Kuzey Kıbrıs’ta görev yapan askerlerinin ve görevlilerinin ya da KKTC makamlarının eylemleri nedeniyle ihlâl edildiğinde yine Türkiye sorumlu olacaktır. Mahkeme, Türkiye’nin normalde kendi ülkesiyle sınırlı olan Sözleşmedeki hakları sağlama yükümlülüğünün Kuzey Kıbrıs’da kapsayacak şekilde genişletmesinin gerekçesini açıklarken, 1974 yılındaki müdahaleden önce o bölgede yaşayanların Sözleşme’deki haklardan yararlanabildiklerini, aksine bir kararın Kuzey Kıbrıs’ta

³⁴ *Ibid.*, 62.

³⁵ *Kıbrıs/Türkiye* [BD], y.b.k., § 77.

bir boşluk yaratarak bölge halkını insan hakları koruma sisteminin dışında bırakacağını belirtmiştir.³⁶

Mahkemenin yukarıda incelediğimiz Kıbrıs davalarındaki görüşünü teyit ettiği önemli kararlardan birisi de *Ilaşcu ve Diğerleri/Moldavya ve Rusya* davasında verilmiştir.³⁷ Bu davanın konusu ise Moldavya'nın bir bölgesi olan Transdinyester'de Rusya'nın desteğiyle kurulan "Transdinyester Moldavya Cumhuriyeti" ("TMC") isimli Devletin yetkililerinin dört Moldavya vatandaşını hukuka aykırı olarak insanlık dışı koşullarda bir hapisanede tutmaları ve adil yargılama yapmamalarıdır. Başvuranlar Transdinyester'de kendilerine yapılan hukuka aykırı muameleden Moldavya'nın ve Rusya'nın ortak sorumlu olduklarını iddia etmişlerdir. Başvuranlara göre, bölge Moldavya Hükümeti'nin kontrolü altında olmasa bile, Moldavya makamları Sözleşme tarafından korunan haklarının korunması için yeterli önlem almamıştır. Rusya Federasyonu da bu ihlâlden sorumludur çünkü Transdinyester bölgesini askeri birlikleri aracılığıyla kontrolü altında tutmakta ve TMC'ye destek sağlamaktadır. Davalı her iki Devlet de Mahkeme'ye sundukları savunmalarında olayda davalıların yetki alanlarında bulunmadıklarını ve sorumlu tutulamayacaklarını iddia etmişlerdir.

Mahkeme bu davada öncelikle Moldavya Hükümeti'nin gerek hukuka aykırı bir eylemden kaçınma, gerekse Sözleşme'den kaynaklanan pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemeden doğan bir sorumluluğu bulunup bulunmadığını araştırmıştır. Ancak, Moldavya Hükümeti'nin Transdinyester bölgesinde etkili kontrol icra etmediğini tespit etmiştir. Buna rağmen, Moldavya Hükümeti'nin, Sözleşme'nin 1. Maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüğü gereğince, imkânları dahilinde diplomatik, ekonomik, hukuki ve diğer önlemlerle ve uluslararası hukuka uygun olarak başvuruların Sözleşme tarafından korunan haklardan yararlanmalarını sağlama yükümlülüğü bulunduğunu vurgulamıştır. Söz konusu pozitif yükümlülük gereğince, ve Moldavya'nın tüm ülkesi üzerinde yetki kullanmasının doğal sonucu olarak, Transdinyester bölgesinde yeniden otorite tesis etmesi ve başvuruların haklarını koruması gerektiğini belirtmiştir. Moldavya Hükümeti'nin bu pozitif yükümlülüğü yerine getirmediği için de başvuruların haklarının ihlâl edilmesinden sorumlu olduğu sonucuna varmıştır.

Mahkeme bu olayda Rusya'nın sorumluluğunu irdelerken öncelikle başvuruların yakalanmasında ve tutulmasında Rus birliklerinin rolünü not etmiştir. Daha sonra TMC'nin Rusya Federasyonu'nun desteğiyle kurulduğunu, kendi organlarını ve yönetimini oluşturduğunu, Rusya'nın etkili otoritesi veya en azından belirleyici bir etkisi altında olduğunu, ve her halükârda Rus-

36 Ibid. § 78.

37 *Ilaşcu ve Diğerleri/Moldavya ve Rusya* [BD], no. 48787/99, ECHR 2004-VII.

H. Bakırcı: Taraf Devletlerin Ülkeleri Dışındaki Eylemlerden Sorumluluğu

ya Federasyonu'nun verdiği askeri, ekonomik, mali ve siyasi destekle varlığını sürdürdüğünü tespit etmiştir. Bu nedenlerle ve görevlilerinin eylemleri sonucunda başvuranların maruz kaldıkları hukuka aykırı durumu sona erdirmek için Rusya Federasyonu'nun hiçbirşey yapmamasını da dikkate alarak, başvuranların olayda 1. Madde bağlamında Rusya Federasyonu'nun yetki alanına girdiklerine kanaat getirmiş ve şikâyetçi olunan eylemlerden dolayı da Rusya Federasyonu Hükümeti'nin sorumlu tutulabileceğine hükmetmiştir.³⁸

Ilaşcu kararından çıkarılması gereken iki önemli sonuç vardır. Bunlardan ilki, topraklarının bir kısmı işgal altında olduğu ya da özerk bir yönetime söz geçiremediği için Sözleşen bir Devlet ülkesindeki bir durumu kontrol altına alamayacak durumda olsa bile, Sözleşme ilgili bölgede uygulanmaya devam eder ve ilgili Devletin Sözleşme'nin 1. Maddesindeki yükümlülüğünü yerine getirmek için elinden gelen her şeyi yapması gerekir. Bir başka ifadeyle, Sözleşen bir Devlet ülkesinin bir kısmı üzerinde hakimiyet kuramadığı gerekçeyle Sözleşme'nin 1. Maddesinden doğan yükümlülüğünü yerine getirmekten imtina edemez.³⁹

İkinci olarak ise, Kıbrıs davalarında olduğu gibi, Sözleşen bir Devlet yabancı bir ülkede, vermiş olduğu askeri, ekonomik, siyasi veya diğer her türlü destekle ayakta kalabilen, kendisine bağlı bir yönetim vasıtasıyla 1. Madde bağlamında yetki kullanıyor sayılabilir. Dolayısıyla, Sözleşen Devlet sadece kendi görevlilerinin değil, aynı zamanda kendisine bağlı olan yerel yönetimin eylemleri, kararları veya ihmâllerinden dolayı da sorumlu tutulabilir. Her ne kadar *Ilaşcu* kararı ile Kıbrıs kararları arasında bir benzerlik olsa da, Mahkeme'nin sınır ötesi yetki kullanılmasını tespit ederken kullandığı "belirleyici etki" ölçütü nedeniyle farklıdır ve bu ilk kez kullanılan bir testtir.

Ilaşcu davasındaki karara benzeyen bir diğer karar *Assanidze/Gürcistan* davasında verilmiştir.⁴⁰ Bu davanın konusu kendisine iki ayrı suç isnat edilen başvuranın bunlardan ilkinde Devlet Başkanı tarafından affedilmesine, ikincisinde ise Gürcistan Yüksek Mahkemesi tarafından beraat ettirilmesine rağmen Gürcistan'ın ulusal sınırları içerisinde bulunan Acaristan Özerk Cumhuriyeti makamları tarafından hukuka aykırı olarak serbest bırakılmamasıdır. Başvuranın üç yıldan fazla bir süreyle haksız ve hukuka aykırı olarak Acaristan'da halâ tutuklu bulunmasından Gürcistan Hükûmetinin sorumlu olduğu iddiası karşısında, Gürcistan Hükûmeti bu olaydan dolayı kendilerinin sorumlu tutulamayacaklarını çünkü Acaristan Özerk Cumhuriyeti'nde etkili kontrol icra edemediğini ve buna rağmen Acar makamlar nezdinde başvura-

38 Ibid., §§ 393-394.

39 De Schutter, "Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights", Centre for Human Rights and Global Justice Working Paper, NYU School of Law, Number 9, 2005, p. 223.

40 *Assanidze/Gürcistan* [BD], no. 71503/01, ECHR 2004-II.

nın serbest bırakılması için gerekli girişimleri yaptığını savunmuştur.

Mahkeme *Assanidze* davasında da, *Ilaşcu*'da olduğu gibi, Gürcistan'ın Acaristan'da etkili kontrol icra edemediği yönündeki savunmasını reddetmiştir. Bu kararın gerekçesini açıklarken öncelikle Gürcistan'ın Sözleşmeyi onaylarken Acaristan ile ilgili olarak, o bölgede kontrolü olmadığı yönünde, hiçbir çekince ileri sürmediğini not etmiştir. Acaristan özerk bölgesinin tartışmasız Gürcistan Devleti'nin ayrılmaz bir parçası olduğunu ve ayrıca yetkisi ve kontrolüne tabi bulunduğunu vurgulamıştır. Ayrıca, Acaristan özerk yönetiminin ayrılıkçı emellerinin bulunmadığının ve bir başka devletin o bölgede etkili kontrol icra etmediğinin de altını çizmiştir. Mahkeme, bunların yanı sıra, Sözleşen bir Devletin ülkesinin her yerinde Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini yerine getirmede sorun yaşayabileceğini kabul etse de, her Devletin kendi topraklarında meydana gelen ihlâllerden sorumlu olacağını belirtmiştir. Sonuç olarak, Gürcistan'ın Acaristan'da etkili kontrol icra ettiği varsayımından hareket eden Mahkeme, başvuranın haklarının ihlâlinden iç hukukta Acar makamları sorumlu olsa da, uluslararası hukuk bakımından bu sorumluluğun ancak Gürcistan Hükûmetine atfedilebileceğine hükmetmiştir.

Yukarıda bahsettiğimiz *Issa* davasına geri dönecek olursak, Mahkeme öldürülen kişilerin olay anında Türkiye'nin yetki alanında olup olmadıklarını araştırırken Türkiye'nin yaptığı askeri harekât neticesinde Kuzey Irak'ın belirli bir kısmı üzerinde etkili ve tam bir kontrol icra etmiş olma ihtimalini göz ardı etmemiş ve şunu söylemiştir:

"Buna göre, belirtilen tarihte mağdurların o bölgede olduklarını gösterecek yeterli delil varsa, mantıken, Türkiye'nin yetki alanında oldukları sonucuna varılacaktır."⁴¹

Buna karşın, dosyadaki bilgi ve belgelerin tümüne bakarak Mahkeme, Türk Silahlı Kuvvetlerinin belirtilen bölgede operasyon yaptıklarını ispatlamaya yeterli delil bulunmadığı sonucuna varmış ve öldürülen kişilerin Türkiye'nin yetki alanında bulunmadıklarına hükmetmiştir.⁴²

Bu başlık altında yukarıda incelediğimiz kararlar göstermektedir ki, sınır

41 *Issa*, y.b.k., § 74.

42 Altı kişinin İngiliz askeri operasyonları sırasında Irak'ta öldürülmesiyle ilgili bir davayı incelediği sırada yaptığı bir yorumda, İngiliz ilk derece mahkemesi, AİHM'nin *Issa* davasında vardığı sonucun *obiter*, yani bağlayıcı olmadığı sonucuna varmıştır. (bkz *R. v. Secretary of State for Defence Ex. p. Al Skeini*, 14 Aralık 2004). Ancak, belirtmek gerekir ki, *Issa* kararının Büyük Daire tarafından incelenmesi talebi reddedilmiş ve karar 30 Mart 2005 tarihinde kesinleşmiştir. Bu da demektir ki, Büyük Daire Kurulu, Sözleşme'nin yorumunu etkileyen ciddi bir sorun bulunmadığı ve Daire kararının yerleşik içtihada uygun olduğu sonucuna varmıştır. Her ne olursa olsun, *obiter* doktrini AİHM tarafından tanınmamaktadır. Bkz. Nuala Mole, *Issa v. Turkey: Delineating the Extra-territorial Effect of the European Convention on Human Rights* (2005) E.H.R.L.R. Issue 1, Sweet & Maxwell, s. 86-91.

H. Bakırcı: Taraf Devletlerin Ülkeleri Dışındaki Eylemlerden Sorumluluğu

ötesi bir bölgede ya da ülkede etkili kontrol icra etmekten dolayı Sözleşen Devletler 1. Madde bağlamında yetki kullanıyor sayılabilir. Her ne kadar *Banković* kararında sınırötesi bölgelerin ya da ülkelerin *Avrupa hukuk alanının* (*europaean legal space/espace juridique européenne*) içerisinde olması gerektiği şeklinde yorumlar yapılmışsa da, *Issa* kararı *Avrupa hukuk alanı* dışında da etkili kontrol icra etmekten dolayı yetki alanı oluşturulabileceğini ortaya koymuştur. Bu gelişme doktrinde Sözleşme'nin "yaşayan bir belge olduğu" konusundaki teze uygun olduğu şeklinde yorumlanmıştır.⁴³

V. 1. Maddedeki yetki alanının 56. maddeye dayanarak Taraf Devletlerce genişletilmesi

Sözleşme kurumlarının içtihatlarına bakarak 1. Maddedeki yetki kavramının sadece Sözleşen Devletlerin ulusal sınırlarıyla kısıtlı olmadığını, istisnai durumlarda, ulusal sınırlar dışında da bu Devletlerin yetki kullanıyor sayılabileceklerini belirtmiştik. İchtihatla ortaya çıkan bu sonuç dışında, Taraf Devletlerin gönüllü olarak ulusal sınırları dışında da Sözleşmeyi uygulama ve kendilerine karşı bireysel başvuru yapma hakkını tanıma olanağı vermektedir.

Koloni maddesi olarak da adlandırılan 56. maddeye göre, "her devlet, onaylama sırasında veya daha sonraki herhangi bir zamanda, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne göndereceği bir bildirimle bu Sözleşme'nin uluslararası ilişkilerinden sorumlu bulunduğu bütün ülkelere veya bunlardan herhangi birine uygulanacağını beyan edebilir".

56. maddenin tanıdığı bu imkânı Belçika, İngiltere, Portekiz ve Hollanda gibi eski sömürgeci devletler kullanmışlar ve yaptıkları bildirimlerle uluslararası ilişkilerinden sorumlu oldukları ülkelere kendilerine karşı bireysel başvuru yapılmasını kabul etmişlerdir.

Bu konuya örnek olarak *Tyrer/Birleşik Krallık* davasında, İngiltere'ye bağlı bir ada olan Isle of Man'da yaşayan başvuran okulunda bir disiplin suçu nedeniyle kamışla dövülerek cezalandırılmasının Sözleşme'nin 3. Maddesini ihlâl ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu davanın esasını incelemeyi önce, ön mesele olarak yetki konusunu incelemiş, İngiltere'nin bu başvurunun yapıldığı tarihten önce yaptığı bildirimle Isle of Man'dan bireysel başvuru yapılmasına olanak tanıdığına kanaat getirdikten sonra davanın esasını incelemiştir.⁴⁴

43 Wilde, "The Legal Space or Espace Juridique of the European Convention on Human Rights: Is it Relevant to Extraterritorial State Action?", *European Human Rights Law Review* 2005, no. 2, 115124, p. 9.

44 *Tyrer/Birleşik Krallık*, başvuru no. 5856/72, 25 Nisan 1978, § 23.

Yonghong/Portekiz davasında bir Portekiz kolonisi olan Makau'da Tayvan vatandaşı olan başvuran, dolandırıcılık suçu işlediği şüphesiyle, uluslararası yakalama emri üzerine gözaltına alınmış ve Çin'e iade edilmek istenmiştir.⁴⁵ Başvuran Çin'e iade edilmesi durumunda Portekiz'in Sözleşme'nin 3. ve 6. Maddeleri ile 6 nolu Protokolün 1. Maddesinin ihlâl edeceğini iddia etmiştir. Bu olayda ise, Portekiz'in 56.maddeye binaen Sözleşme'nin Makau'da uygulanacağına dair herhangi bir beyanda bulunmadığını dikkate alan Mahkeme bu davada yer bakımından yetkisi olmadığına karar vermiş ve başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

Quark Fishing Ltd./Birleşik Krallık başvurusunda İngiltere'ye bağlı Falkland Adalarının yönetimine tabi Güney Gürcistan ve Sandvich Adaları (GGSA) açıklarında balık avlama iznine sahip olan başvuru şirketi izninin uzatılmaması nedeniyle Sözleşmeye ek 1 nolu Protokolün 1. Maddesinin ihlâl edildiği iddia edilmiştir.⁴⁶ Başvuru şirketi bu olayda İngiltere'nin 56. Maddeye dayanarak bir bildirimde bulunmamış olmasına rağmen, sorumluluktan kaçamaması gerektiğini, çünkü II.Dünya savaşı bu yana şartların değiştiğini, esasen koloniler için öngörülen 56. Maddedeki beyan sisteminin artık çağdışı olduğunu savunmuştur.

Mahkeme başvuru şirketi bu iddialarını reddetmiş, ve İngiltere'ye bu olayda sorumluluk atfedilebilmesi için 56. Maddeye göre açık bir irade beyanıyla Sözleşme'nin o bölgede uygulanabileceğini ve bireysel başvuru yapılabileceğini kabul etmiş olması gerektiğinin altını çizmiştir. İngiltere'nin böyle bir beyanının olmadığını tesbit eden Mahkeme başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

VI. SONUÇ

Yakın tarihe baktığımızda bireylerin hiçbir sınır tanımayan askeri ya da adli devlet faaliyetleri karşısında daha fazla korunaksız kaldıklarını görmekteyiz. Her ne kadar devletler taraf oldukları bağlayıcı insan hakları sözleşmeleri nedeniyle en azından kendi ülkelerinde artık istedikleri gibi rahat davranamamaları da, milli sınırları dışında neredeyse hiçbir hesap vermeden ve sorumsuzca insan hakları ihlalleri gerçekleştirebilmektedirler.⁴⁷ Bu kabul edilemez

45 *Yonghong/Portekiz* (k.k.), başvuru no. 50887/99, 25 Kasım 1999. Aynı konuda benzer bir karar Komisyon tarafından verilmiştir: *Bui van Thanh and Others v. the United Kingdom* (k.k.), başvuru no. 16137/90, 12 Mart 1990, *Decisions and Reports* 65, s. 330

46 *Quark Fishing Ltd./Birleşik Krallık* (k.k.), başvuru no. 15305/06, 19 Eylül 2006. Benzer bir karar Komisyon tarafından *X/Belçika* başvurusunda (no. 1065/61, 30 Mayıs 1961, *Yearbook* 4, s. 261-269) verilmiştir.

47 M. Gibney, K. Tomaševski and J. Vensted-Hansen, "Transnational Responsibility for Violations of Human Rights", <http://law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss12/gibney.shtml/>, (18 February 2004).

H. Bakırcı: Taraf Devletlerin Ülkeleri Dışındaki Eylemlerden Sorumluluğu

durumun en önemli nedenlerinden birisi insan haklarını koruma amacıyla kabul edilmiş sözleşmelerde devletlerin milli sınırları dışındaki sorumluluklarıyla ilgili bir açıklık olmaması, adeta bu sözleşme metinlerinde kara delikler bulunmasıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf Devletlerin milli sınırları dışında her geçen gün artan sayıdaki askeri ya da adli faaliyetleri, kendi ülkelerinde Sözleşme ihlallerinden sorumlu oldukları gibi, ülke dışında da sorumlu tutulabilirler mi, tutulabilirlerse bunun sınırı nedir sorularını akla getirmiştir.⁴⁸ Bu sorulara bir cevabın arandığı, AİHM'nin *Banković* davasında vermiş olduğu karar Sözleşme'nin sağladığı korumanın coğrafi sınırları konusunda hukukçular, akademisyenler ve mahkemeler arasındaki tartışmayı alevlendirmiştir. Kimine göre, *Banković* kararı Sözleşme'nin 1. maddesinde tanımlanan "yetki" kavramını son derece dar yorumlayan ve hukuki anlamda yanlış bir karardır.⁴⁹ Başkalarına göre ise, bu dava AİHM'ye uluslararası hukuk kuralları ışığında Sözleşme'de yer alan "yetki" kavramını yeniden gözden geçirme ve yorumlama imkânı veren ve daha önceki kararlarla tutarlı olarak milli sınırlar dışında yetki kullanımının ve sorumluluğun istisnai ve sınırlı olduğunu vurgulayan bir "kilometre taşı" diyebileceğimiz önemli bir karardır.

Kanımızca, *Banković* kararı AİHM'nin Avrupa coğrafyası dışından, yani Sözleşmeye Taraf Devletlerin çok sayıda askeri operasyon yaptıkları Afganistan, Irak, Suriye, Fildişi Sahili gibi ülkelere gelen şikâyetleri de incelemek zorunda kalan ve adeta bir dünya mahkemesi haline gelme korkusunu açığa vuran bir karardır. Bu karar AİHM'nin daha önceki içtihadını ortadan kaldırmamış, fakat 1. maddedeki dar yetki yorumunun haklılığını savunabilmek için yanlış çıkarımlar yapmıştır.

Nitekim *Banković*'ten sonra Mahkeme'nin önüne gelen, Sözleşme'ye taraf iki Devletin Irak'ın kuzeyinde ve güneyindeki askeri faaliyetlerini ilgilendiren *Issa/Türkiye, Al-Sadoon ve Mufdhi, Al-Skeini ve Diğerleri, Al-Jedda, Hassan/ Birleşik Krallık* davalarında Avrupa hukuk alanı dışında kalan insan hakları ihlalleri nedeniyle Sözleşme'ye taraf bir devletin sorumlu tutulabileceğini AİHM kabul etmiştir. Bu nedenle, 1. maddede yer alan "yetki alanları içerisinde" cümlesindeki "yetki" kavramını sadece milli sınırlar ya da bir devletin kara, hava ve deniz alanlarından oluşan ülkesi anlamında yorumlamak artık mümkün değildir. Bu tez, devletlerin ülkeleri dışındaki vatandaşları üzerinde yargı yetkisi kullanabilmeleri örneğinde olduğu gibi, uluslararası hukukta ki yetki kavramının olağan anlamından da anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra,

48 J. Cooper, "Today the U.S. Supreme Court Tomorrow, the House of Lords?", www.ilexjournal.co.uk/special_features/article.asp?theid=915&themode=2/, (15 December 2004).

49 "Life After Banković: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights", cited in D. McGoldrick, "Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights", (n 3). 71.

“yetki” kavramını sadece taraf devletlerin ülkesiyle sınırlı olarak yorumlamak Sözleşme’nin ruhuna ve amacına da aykırıdır. Ayrıca, Sözleşme’nin hazırlık çalışmalarına (*travaux préparatoires*) baktığımızda, Sözleşmeyi hazırlayanların 1. maddedeki yükümlülüğü taraf devletlerin ülkesiyle sınırlamak istediklerine dair hiçbir belirti bulunmamaktadır.

Sözleşme’nin Taraf Devletlerce nasıl yorumlandığına ve uygulandığına baktığımızda, yani uluslararası hukuk bağlamında devlet uygulamasına baktığımızda, 1. maddedeki yetki kavramının milli sınırlar dışındaki devlet faaliyetlerini de kapsayabileceği şeklinde yorumlandığı görülmektedir. Bu konuda örnek olarak, Hollanda Yüksek Mahkemesi 6Eylül 2013 tarihli kararıyla, Srebrenica’da Hollanda barış gücü askerlerinin 3sivili koruma altına almaları ve nihayetinde bu kişilerin Bosna’daki Sırp ordusu ya da paralı askerlerince öldürülmeleri nedeniyle Hollanda Hükümetinin sorumlu olduğuna hükmetmiştir.

Yine, AİHM’ye benzer görev yapan diğer uluslararası mahkeme ya da hukuk kurumlarının kararlarına bakıldığında, milli sınırları dışındaki faaliyetlerinden dolayı devletler yetki kullanıyor kabul edilmiş ve bu suretle taraf oldukları insan hakları belgelerinde tanınan hak ve özgürlükleri ihlal etmeleri durumunda sorumlu tutulmuşlardır.⁵⁰

Sonuç olarak, 1. maddedeki yetki kavramının Taraf Devletlerin ülkesiyle sınırlı olması ilkesinin bazı istisnaları olduğu AİHM tarafından kabul edilmiştir. İlk olarak, Sözleşmeye Taraf bir Devlet – hukuka uygun ya da aykırı olarak – kendi milli sınırları dışındaki bir bölgede etkili kontrol icra ediyorsa, 1. madde bağlamında yetki kullanıyor kabul edilebilir. Bu durumda, o devletin 1. madde altındaki yükümlülüğü Sözleşme ve taraf olduğu ek protokollerdeki tüm hakları kapsayacak şekilde genişletilmiş kabul edilir. Yabancı bir bölgede icra edilen etkili kontrolün doğrudan olması şart değildir. İlgili devletin dolaylı olarak, yani vermiş olduğu askeri ve diğer her türlü destekle ayakta kalan yerel yönetimlerin – KKTC ve Transdinyester Moldova Cumhuriyeti örneklerinde olduğu gibi - eylemlerinden de sorumlu olabileceği kabul edilmiştir.

İkinci olarak, *Illich Sanchez Ramirez, Freda, Reinette, Öcalan ve Issa* kararlarında olduğu gibi, Sözleşmeye Taraf bir Devletin askeri veya sivil görevlileri yabancı bir ülkede bulunan kişiler üzerinde güç veya yetki kullandığı takdirde Sözleşen Devlet, 1.madde bağlamında, yetki kullanıyor kabul edilir.

50 Bkz. Inter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu’nun *Coard et al. v. the United States* kararı (Report No. 109/99, case No. 10.951, 29 September 1999). Ayrıca, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi’nin *López Burgos v. Uruguay* ve *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay* kararları (Decisions Nos. 52/79 and 56/79, 29 July 1981).

H. Bakırcı: Taraf Devletlerin Ülkeleri Dışındaki Eylemlerden Sorumluluğu

Üçüncü olarak, uluslararası hukuk kuralları ve Sözleşme'nin 1. maddesi gereğince, bir devletin diplomatik temsilcilerinin ya da konsolosluk görevlilerinin yurtdışındaki faaliyetlerinden dolayı ya da uluslararası bir bölgede kendi bayrağını taşıyan deniz, hava ve uzay araçlarındaki faaliyetleri nedeniyle Sözleşen Devlet yetki kullanıyor kabul edilebilir.

Son olarak, yukarıda bahsedilen istisnai örnekler Sözleşmeye Taraf Devletlerin hukuk alanıyla (Avrupa hukuk alanıyla) sınırlanamaz. Sözleşme'nin amacı dikkate alındığında, Taraf Devletler milli sınırları dışında faaliyet gösteren görevlilerinin kontrolü altındaki kişilerin Sözleşme ve ek protokollerde tanınan haklarına saygı göstermeye devam etmeleri gerekir. Aksi takdirde, Sözleşen Devletler kendi ülkelerinde gerçekleştiremedikleri insan hakları ihlallerini milli sınırları dışında yapma ve sorumluluktan kaçma imkânı bulurlar ve bu durum ahlâken ve hukuken yanlış olur.

İbrahim ÇINAR
(*Anayasa Mahkemesi Raportörü*)

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI İLE MAHKEMENİN KİŞİ BAKIMINDAN YARGI YETKİSİ KONUSUNDA VERDİĞİ KARARLAR

GİRİŞ

Ülkemizde 2010 yılında yapılan referandum sonucu 5982 sayılı Kanun ile Anayasamızın bazı maddeleri değiştirilmiş, insan hakkı ihlallerinin giderilerek hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla gerçek ve tüzel kişiliklere Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesine bireysel başvurular 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren yapılmaya başlanmış ve Mahkemeye ilk yılda 8486¹, iki yıllık sürenin sonunda ise, 26641 başvuru yapılmış ve başvuruların 11146'sı incelenerek karara bağlanmıştır². Anayasa Mahkemesi bu süreçte iş yükünün azaltılması ve içtihat birliğinin sağlanması için Bölümler tarafından ilkesel nitelikte kararlar vermiş ve bu kararlar kamuoyunun bilgilendirilmesi amacıyla Mahkemenin internet sitesinde de yayımlanmıştır³. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında verdiği kararların çoğu kabul edilemezlik nedenlerine ilişkindir. Mahkeme bu şekilde birinci yılda 1869, iki yıllık sürenin sonunda ise 6460 başvuruyu kabul edilemez bularak reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bir başvuruyu esastan inceleyebilmesi için başvurunun olağan başvuru yollarını tükettikten sonra süresinde yapılması ve açıkça dayanaktan yoksun bulunmaması gibi diğer kabul edilebilirlik şartlarının yanı sıra başvurunun öncelikle Mahkemenin yer, zaman, konu ve kişi bakımından yargı yetkisi kapsamında olması gerekmektedir. Bu kapsamda da başvuru Anayasa Mahkemesine başvuru hakkının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi hususu Mahkemece çözüme kavuşturulması gereken konuların başında gelen meselelerden biridir.

Bu nedenle bu çalışmada öncelikle Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı

- 1 Anayasa Mahkemesine bir yıllık süre içerisinde yapılan başvurular ve verilen kararlar hakkındaki istatistikler için bkz. Erişim Tarihi: 01.12.2013. <http://www.anayasa.gov.tr/Haber/detay/238/>
- 2 Anayasa Mahkemesine iki yıllık süre içerisinde yapılan başvurular için bkz. Erişim Tarihi: 12.12.2014. http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselBasvuru/23_eylul_2012_23_eylul_2014_istatistikleri.pdf
- 3 Bireysel Başvuru hakkında verilen kararlara erişim için bkz. Erişim Tarihi: 01.12.2013. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>

konusu irdelenip Mahkemeye kimlerin başvuru yapabileceği hususuna yer verilerek bu hakkın istisnaları ile değişik ülke uygulamaları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AHİM) içtihadı ile karşılaştırma yapılacaktır. İkinci olarak ise Mahkemenin kişi bakımından verdiği kabul edilemezlik kararları irdelenecektir⁴.

1. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI VE MAHKEMENİN KİŞİ BAKIMINDAN YARGI YETKİSİ

Anayasa Mahkemesine yapılan bir başvurunun kabul edilebilir bulunması için öncelikle Mahkemenin yer, zaman, konu ve kişi bakımından yargı yetkisi kapsamında olması gerekir.

Bu kapsamda ihlale neden olan nihai işlem ya da kararın kamu gücü tarafından devletin egemenlik yetkisini kullandığı bir yerde gerçekleşmesi ve 23 Eylül 2012 tarihinden sonra tesis edilmiş ya da verilmiş olması zorunludur. Yine söz konusu işlemin ya da kararın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Anayasa'da korunan bir hakkı ihlal etmesi ve bu ihlalin mağduru olan ya da mağduru olduğunu iddia eden kişi ya da kişi grubu veya tüzel kişilik tarafından başvurunun yapılmış olması şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapabilme hakkı genel olarak herkese tanınmış bir haktır. Bu hakkın kullanımı genel olarak sadece kamu gücünü kullanan kamu tüzel kişilikleri bakımından sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte bazı hakların kullanılması konusunda istisnai olarak bazı kişi ya da kişi gruplarına sınırlamalar getirilmiştir. Anayasa Mahkemesine gerçek kişilerin başvuru yapma imkânı olduğu gibi, kişi grupları ya da özel hukuk tüzel kişileri de başvuru yapabilir.

6216 sayılı Kanun'un "*Bireysel Başvuru Usulü*" başlıklı 47. maddesinin (3) numaralı ve (4) numaralı fıkrasında yer verilen düzenlemelere göre; Anayasa Mahkemesine gerçek kişiler bizzat başvuru yapabilecekleri gibi, kanuni temsilcileri aracılığıyla başvuruda bulunabilirler. Yine gerçek kişiler kendilerinin veya kanuni temsilcilerin vekâlet verdikleri avukatlar vasıtasıyla da başvuru yapabilirler. Bunun yanı sıra özel hukuk tüzel kişileri ise ancak tüzel kişiliği temsile yetkili kişi veya kişiler tarafından ya da bunların vekâlet verdiği avukatlar aracılığıyla başvuruda bulunabilirler.

4 Bu çalışmada öncelikle bölümler tarafından verilen kararlardan yararlanmıştır. Zira bu kararlar hem Resmî Gazete'de hem de mahkemenin internet sitesinde yayımlanması nedeniyle herkes tarafından erişebilir niteliktedir. Bununla birlikte bir konu hakkında Bölümler tarafından karar verilmemiş ise Mahkeme görüşünü aktarabilmek bakımından Komisyonlar tarafından verilen kararlardan da yararlanılmış ve bu kararları Bölüm kararlarından ayırt edebilmek için kararlara komisyon kararı (K.K.) kısaltması kullanılmıştır.

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

6216 sayılı Kanun'un "*Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar*" başlıklı 46. maddesinde de kimlerin bireysel başvuru yapabileceği sayılmış olup anılan maddenin (1) numaralı fıkrasına göre; bir kişinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmesi için başvuruya konu ettiği ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı, "*güncel bir hakkının ihlal edilmesi*" ve bu ihlalden dolayı kişinin "*kişisel olarak*" ve "*doğrudan*" etkilenmiş olması gerekmektedir.

1.1. Kişi Bakımından Bireysel Başvurunun Temel Şartları

Anayasa Mahkemesine başvuru yapabilmek için başvuru için güncel bir hakkının kamu gücü tarafından ihlal edilmesi ve başvuru için bu ihlalden doğrudan etkilenmesi gerekir. Bu şartları genel olarak "*kişisel*", "*doğrudan ilgili olma*" ve "*güncellik*" olarak sınıflandırabiliriz.

Bu şartlar değişik ifadelerle hemen her ülkede uygulanmaktadır. İhlalden yeterli derecede etkilenmiş olma şartı (*hinreichende Betroffenheit*) Federal Alman Anayasası'nda ve yasalarda düzenlenmemiş olmakla birlikte Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarıyla kabul edilmiştir ⁵.

Güney Kore, Avusturya, İspanya ve Meksika ülkelerinin uygulamalarından ve bu ülke Anayasa Mahkemelerinin geliştirdikleri içtihatlarından da başvuru konuları eylemden kişisel olarak ve doğrudan etkilenmesi gerektiği şartını aradıkları⁶ anlaşılmaktadır.

1.1.1. Kişisel Şartı

Anayasa Mahkemelerinin içtihat ve uygulamayla geliştirdikleri şartlardan ilki "*kişisel*" şartıdır. Bu kurala göre şikâyet konusu işlem, eylem veya kandan başvuru için kendisinin etkilenmesi bir başka anlatımla başvuru için bizzat kendi haklarının şikâyetle bulunulan ihlalden etkilenmesi gerekmektedir.

Bu kural uyarınca kişi başkasının mağduriyetini kendi başvurusu kapsamında ileri süremez. Kişisel şartı niteliği gereği bir başvuru için *actio popularis* (soyut başvuru) tarzı bir şikâyetten ayırt edilmesinde önemli bir kriterdir⁷.

5 KILINÇ, "*Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.25,2008,s.31,KORNBICHLER, Hendrik – POLSTER, Julian – TIEDE, Wolfgang – Urabl, Armin: *Verfassungsrecht Schnell Erfasst*, Berlin Heidelberg New York 2001, s.251-252.

6 KILINÇ, *a.g.m.*, s.31-32.

7 ŞİRİN, Tolga, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul- 2013, s.384.

Söz konusu kural uyarınca dernekler ve meslek kuruluşları üyelerinin haklarıyla ilgili olarak başvuru yapamazlar, bunlar sadece tüzel kişiliğin haklarıyla ilgili konularda başvuru yapabilirler ⁸.

Bu kapsamda bir kişinin hakkında tesis edilmeyen bir işlem ya da bizzat kendisine yöneltilmeyen bir eyleme karşı ya da kişisel olarak hakkını ihlal etmeyen eylem veya işleme karşı başvuruda bulunması mümkün değildir⁹.

Bununla birlikte uygulamada bu kuralın farklı istisnaları ortaya çıkmıştır. Örneğin Federal Alman Anayasa Mahkemesi eşlerden birinin sınır dışı edilmesi hâlinde diğer eşin, çocuğun okuldaki eğitimine ilişkin önlemlerden anne babanın, telefonu dinlenen kişiyle telefonda konuşan üçüncü kişilerin kişisel olarak etkilendiklerini kabul etmiş, yine aynı şekilde vasiyet nedeniyle tenfiz memurunun yaptığı bireysel başvuruyu da kabul etmiştir ¹⁰.

1.1.2. Doğrudan İlgili Olma Şartı

Bu kavramlardan ikincisi “doğrudan ilgili olma” şartıdır. Bu kural, kanunlara ve diğer normlara karşı yapılan başvurular açıdan önem taşımaktadır. Oysa 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin kapsamda yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

8 KILINÇ, a.g.m., s.31-32, Bu konuda özel hukuk tüzel kişisi olan derneğin üyelerinin haklarının ihlal edildiğinden bahisle bireysel başvuru yapamayacağından bahisle verilen kabul edilemezlik kararı için bkz. Anayasa Mahkemesinin 25/12/2012 tarih ve 2012/95 sayılı kararı.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/68f23b55-0002-442e-9236-1a777e40b1e8?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

9 Bu konudaki kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesinin 23/7/2014 tarih ve 2014/11438 sayılı kararı.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/b30d930c-4dc5-4e0e-ae42-3f8b2e2e209d?highlightText=mahmut%20tanal&wordsOnly=False>

Anayasa Mahkemesinin 23/7/2014 tarih ve 2014/11368 sayılı kararı.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/1ede44e9-6bd9-4764-9292-57857128cea4?highlightText=mahmut%20tanal&wordsOnly=False>

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararlarından en çarpıcı olanı Sayıştay yargılamasında avukatla temsil edilmesine rağmen vekâlet ücretine hükmedilmediğinden bahisle yapılan başvuruda; vekâlet ücretinin davası lehine sonuçlananın hakkı olduğu, bu nedenle temsil eden avukatın mağdur sıfatı bulunmadığından bahisle verdiği kişi bakımından yetkisizlik kararıdır. Anayasa Mahkemesinin 21/11/2013 tarih ve 2012/615 sayılı kararı <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/baceaf71-f4ee-4482-9da6-13018a0c13f6?wordsOnly=False>

Anayasa Mahkemesi; ilk derece mahkemesinde hükmedilen vekâlet ücretinin temyiz aşamasında aleyhine düşürülmesi nedeniyle yapılan başvurularda da aynı şekilde avukatın mağdur sıfatı bulunmadığı tespitini yapmıştır. Bu konudaki kararlara örnek olarak Anayasa Mahkemesinin 8/1/2014 tarihli ve 2013/4536, 28/11/2014 tarih ve 2014/392 sayılı (K.K.) kararları verilebilir.

10 KILINÇ, a.g.m., s.32-33, GÖZTEPE, Ece, **Anayasa Şikâyeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No.530.AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 45 Ankara 1998, s.60-61.

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

Kanunlara ve diğer normlara karşı yapılan başvuruların kabul edildiği ülke uygulamalarına göre bu kural, temel hak ihlalinin anayasa şikâyetine konu olan kanun, eylem veya işlem tarafından gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu nedenle, kanunların veya düzenleyici normların uygulanması için başka idari işlemler gerekiyorsa, ancak bu işlem veya eylemlere karşı yapılan anayasa şikâyeti başvuruları kabul edilmektedir. Ancak uygulamada, başvurunun kanun yollarını hiçbir şekilde kullanma imkânı yoksa veya olmamışsa, düzenleyici işlemlere karşı anayasa şikâyeti başvurularında doğrudan ilgili olma şartının karşılandığı kabul edilmektedir¹¹.

Bu kapsamda bir kişinin doğrudan hakkında tesis edilmeyen bir işlem tesis edilmeden soyut bir norma ya da uygulamaya karşı başvuru yapmasına imkân bulunmamakla birlikte kişinin hakkını ihlal eden uygulama ya da kural doğrudan soyut norm ile düzenlenmiş ise kişinin bu normdan doğrudan etkilenmesi nedeniyle buna karşı başvuru yapabileceği değerlendirilmektedir.

Yasama işlemleri ile genel düzenleyici işlemlere karşı başvuru hakkının sınırlandırılması öğretide de oldukça eleştirilmiştir¹². Zira bazı durumlarda yasama işlemleri ile genel düzenleyici işlemler bizzat kişinin hukuki durumlarını doğrudan olumsuz bir şekilde etkileyerek ihlale neden olabilmektedir. Yine bu işlemlere bağlı olarak kişiler hakkında tesis edilen işlemler rutin ve sıradan işlemler olması nedeniyle hakkın özünü zedeleyen genel düzenleyici kuralın göz ardı edilmesini sorununu doğurmaktadır¹³.

6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinde belirtilen kanunu düzenlemeler ile genel düzenleyici işlemler ve Anayasa yargısı kısıtlamalarına karşı bireysel başvurunun yapılamayacağına düzenlenmesinin, hak ve özgürlükleri koruma amaçlı getirilen bireysel başvuru sistemiyle çeliştiği, ancak Anayasa Mahkemesinin bu kapsamda yapılan başvurularda geliştireceği yorum yönteminin belirleyici olacağı değerlendirilmektedir¹⁴.

1.1.3. Güncellik Şartı

Bu kavramlardan üçüncüsü ise “güncellik” şartıdır. Güncellik, bireysel başvuru konusu eylem, işlem veya normun başvuru sahiplerine ne zaman uygulandığı

11 KILINÇ, a.g.m., s.33.

12 ODER, Bertil Emrah, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda (Anayasa Şikâyeti) Etkin ve Etkili Kullanım Sorunları”, Bireysel Başvuru, “Anayasa Şikâyeti” HUKAB Sempozyum Serisi 1, HUKAB Yayınları, 2011., s. 96.

13 ATASOY, Hakan, “Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Kabul Edilebilirlik Koşulları” Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli - 2014, s. 87-88.

14 YOKUŞ, Sevtap, “Türkiye’de Anayasa Şikâyetini Hazırlayan Koşullar” Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), Editör: Sevtap YOKUŞ, Seçkin Yayınları, Ankara-2014, s. 36-37.

veya uygulanacağı konusuyla ilgili olup, başvurunun yapıldığı anda temel hak ihlaline neden olan yasa, işlem veya eylem mevcut olmasını ifade etmektedir. Başvurucunun temel haklarının ihlal edilip edilmediği hususunun her başvuruda yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda kendilerine hiçbir zaman uygulanmamış ve uygulanma ihtimali olmayan işlem, eylem veya normların bireysel başvuruya konu edilmesi söz konusu değildir¹⁵. Bununla birlikte başvuru tarafından ileri sürülen ihlal iddiasının başvurunun temel haklarını etkileyip etkilemediği veya başvuru üzerindeki etkisi bakımından hususunun her bir başvuruda yeniden değerlendirilmesi gerekir.

“Güncellik” ilkesi öğretide potansiyel mağdurların başvuru yolunu engelleyip engellemeyeceği konusunda tartışmalara neden olmuştur. Bu kapsamda sadece gerçekleşmiş olan hak ihlallerinin bireysel başvuruya konu edilebileceğini kabul edilerek 6216 sayılı Kanun’da öngörülen güncellik şartının dar bir şekilde yorumlanması hâlinde hem hak ihlallerine yol açabileceği hem de AİHM içtihatlarıyla çelişkiye düşüleceği yönünde endişeler bulunmaktadır¹⁶. Potansiyel mağdur konusunda Anayasa Mahkemesince henüz bir karar verilmemiş olmakla birlikte Mahkemenin bu şekilde bir başvuru yapılması hâlinde olayın kendine özgü koşullarını dikkate alarak, ihlalin potansiyel olarak varlığını da mağdurluk statüsü için değerlendirmesi gerektiği düşünülmektedir¹⁷.

1.2. Kişi Bakımından Bireysel Başvuru Hakkı

Anayasamızın 148. maddesindeki hükme göre Anayasa’da ve AİHS’de yer alan temel hak ve özgürlüklerin herhangi birisinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini ileri süren herkes Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma hakkına sahiptir.

Bu hükme ilişkin kanunî düzenleme 6216 sayılı Anayasa ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un “*Bireysel başvuru hakkı*” başlıklı 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yapılmıştır. Buna göre; kamu gücünün bir işlemi nedeniyle Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin ihlal edildiğini iddia eden herkes bireysel başvuruda bulunabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nin “*Bireysel Başvurular*” başlık-

15 KILINÇ, a.g.m., s.33, GÖZTEPE, Ece, a.g.e., s.61.

16 ODER, Bertil Emrah, a.g.m., s.93-94.

17 DOĞRU, Osman, “*Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*”, Legal Yayıncılık, İstanbul - 2012, s.101.

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

lı 34. maddesinde de dava ehliyeti düzenlenmiştir. Buna göre de Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeci Taraflar'dan biri tarafından ihlal edildiğinden bahisle mağdur olduğunu ileri süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde 6216 sayılı Kanun'da AİHS'e paralel düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

Anayasamızın 12. maddesinde *“Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.”* hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle herkesin Anayasa'da yer alan tüm haklardan aynı düzeyde yararlanacağı sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Zirâ; bazı hak ve özgürlüklerden herkes, bazılarında sadece vatandaşlar, bazılardan ise çalışanlar veya işçiler gibi belli statüdekiler yararlanabilir. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinde yer alan düzenlemelere göre Anayasa Mahkemesi'ne kişi özgürlüğü ve güvenliği (md.19) ya da özel hayatın gizliliği (md.20) gibi belli haklar bakımından vatandaş ya da yabancı ayrımı yapılmaksızın *“herkes”* tarafından, seçme ve seçilme ve siyasi faaliyetlerde bulunma hakkı (md.67) vb. haklar bakımından sadece *“vatandaşlar”* tarafından, sendika kurma hakkı (md.51/1.) grev hakkı (md.54/1) vb. haklar bakımından ise *“belli kategoride bulunan kişi ya da tüzel kişilikler”* tarafından başvuru yapılabilecektir. Bununla birlikte Anayasa'nın 16. maddesi kapsamında bazı temel hak ve hürriyetler *“yabancılar”* bakımından milletlerarası hukuka uygun bir şekilde kanunla sınırlanabilir¹⁸.

Bu kapsamda 6216 sayılı Kanun ve yukarıda yapılan açıklamalar kapsamında öncelikle dava ve taraf ehliyeti konusunun daha sonra da mahkemeye başvuru hakkı bakımından gerçek kişi ya da kişi grupları, özel hukuk tüzel kişileri ve kamu tüzel kişilerinin başvuru haklarının ve bunların istisnalarının irdelenerek değerlendirilmesi gerekmektedir.

1.3. Başvuru Hakkına Sahip Olma (Dava ve Taraf Ehliyeti)

Anayasa Mahkemesinin kişi bakımından yetkisinin yani bireysel başvuru hakkına kimlerin sahip olduğunun belirlenmesinde öncelikle dava ve taraf ehliyetinin irdelenmesi gerekir¹⁹.

Anayasa'nın *“Temel hak ve hürriyetlerin niteliği”* başlıklı 12. maddesinde, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu ve bu temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da kapsadığı, kurala

18 ÖZBEY, Özcan, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara- 2013, s.209- 211.

19 ÖZBEY, Özcan, *a.g.e.*, s.228- 229.

bağlanmış olup dava hakkı ya da bireysel başvuru hakkı da temel hak ve hürriyetlerdendir. Ancak bu hak ve özgürlüklerden herkesin aynı şekilde yararlanacağını düşünmek mümkün değildir. Bazı haklar bazı kişiler bakımından sınırlandırılabilir. Bu kapsam dava ya da başvuru hakkı için de geçerlidir.

6216 sayılı Kanun'da gerçek kişiler bakımından medeni hakları kullanma hakkına haiz herkese bireysel başvuru yapmalarına imkân tanındığı, bu konuda dava ehliyeti bakımından temyiz kudretine sahip olmak veya reşit olmak gibi bir sınırlama yapılmadığı, sadece yabancılar açısından başvuru konusu yapılabilecek haklar bakımından bir sınırlama yapıldığı görülmektedir.

Medeni hakları kullanma ehliyetine haiz olan gerçek ve tüzel kişiler dava açma ve bireysel başvuru yapma ehliyetine ve hakkına sahiptir. Şayet bir kişi davaya ya da başvuruya konu hakkı tek başına kullanabiliyorsa, dava açan veya başvuru yapan kişi dava açma ve bireysel başvuru yapma ehliyetine de sahiptir²⁰.

6216 Kanun'un 45. maddesine göre, "*herkes*"in bireysel başvuruda bulunabileceği anlaşılmakta olup buradaki "*herkes*" kavramından temel hak sahibi olma yeteneğine sahip gerçek ve tüzel kişileri anlamak gerekir. Bu kapsamda sadece vatandaşlar değil, yalnızca vatandaşlara tanınan haklar haricinde diğer haklar bakımından yabancılar ve vatansızlar da başvuru yapma hakkına sahiptir. Bununla birlikte yabancılar ve vatansızlara bazı haklar bakımından kanunla sınırlama getirilmesi hâlinde başvuru yapma ve taraf ehliyeti konusunun yapılan sınırlamalar kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir²¹.

6216 sayılı Kanun'da gerçek kişiler bakımından yabancılar dışında dava ehliyeti ve taraf ehliyeti konusunda bir sınırlama yapılmamakla birlikte 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (7) numaralı bendine göre; "*.. bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümlerinin uygulanacağı...*", yönündeki kural uyarınca 6100 sayılı Hukuk Usulü Kanunu ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan düzenlemelere başvurmak gerekir.

6100 sayılı Kanun'un 50. maddesinde; "*Medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir.*" düzenlemesine yer verilmiş olup, anılan Kanun'un 51. maddesinde de "*dava ehliyetinin medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirleneceği*", kurala bağlanmıştır.

2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde de idare mahkemesine iptal ve tam yargı davası açabilmek için dava konusu işlem ya da eylem nedeniyle doğrudan hak ve menfaatinin etkilenmiş olması koşulu bulunmaktadır. Bu koşulu

20 ATASOY, Hakan, *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu*, TAA, Yıl: 3, Sayı: 9. s. 77, KILINÇ, a.g.m., s.30.

21 ATASOY, Hakan, a.g.m. s.76.

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

taşımayan kişiler tarafından açılan davalar 2577 sayılı Kanun'un 15. maddesinin (1) numaralı bendinin (c) fıkrası hükmü uyarınca dava açma ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle reddedilecektir.

Ancak, AİHM ehliyet konusunu oldukça esnek bir şekilde ve hakları korunma ekseninde başvuru lehine değerlendirmektedir. AİHM'e başvuru yapabilmek için genel olarak AİHS'in 34. maddesi hükmüne göre başvuru Söleşme ve eki protokollerde sayılan bir hakkının ihlal edilmiş olması ve kişinin de doğrudan bu ihlalden etkilenmesi gerekmekte ise de, Mahkeme bu kuralı çok katı ve şekilci bir biçimde uygulamamakta olaya özgü değerlendirmelerle sürekli içtihadını yenilemektedir. Örneğin Mahkeme bazen olayın mağduru ile aralarında bağ bulunun dolaylı mağdurlar tarafından yapılan başvuruları kabul etmekte bazen de olayın mağduru olmamakla birlikte potansiyel olarak mağduru olma ihtimali bulunan kişiler tarafından yapılan başvuruları da kabul etmektedir. Yine mahkeme mağdur olmak için mutlaka zarara uğramak gerekmediğini, ihlalden kısa süreli etkilenmeyi yeterli görmekte ve mağdur olduğunu ispat etmesini istememekte sadece mağdur olduğunun ileri sürülmesini yeterli görmektedir²².

2. GERÇEK KİŞİLER BAKIMINDAN BAŞVURU HAKKI

6216 sayılı Kanun'da gerçek kişiler yönünden yukarıda belirtilen kısıtlamalar dışında başkaca bir kısıtlama olmaması nedeniyle Anayasa Mahkemesi de kişi bakımından yetkiyi bazı istisnalar hariç AİHM gibi oldukça esnek bir şekilde yorumlamıştır.

Bu kapsamda velayet sahibi olmayan ebeveynlerden birisinin çocuğu ile ilgili olarak başvuru yapma hakkı bulunduğu gibi, reşit olmayan bir küçük çocuk da vasisi olmaksızın Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabileceği değerlendirilmektedir. Ancak şimdiye kadar küçüklerin sadece kendisi tarafından yapılmış bir başvuru bulunmamakta olup bu kapsamda küçüklerin veli veya vasileri ile birlikte başvuru yapmayı tercih ettikleri görülmektedir²³. Beyin sarsıntısı veya başka nedenlerle akıl sağlığı yerinde olmayanların kanuni temsilcileri olmaksızın yaptıkları bireysel başvurular Anayasa Mahkemesince incelenmiştir²⁴. Bazı vesayet altına alınan kısıtlıların

22 ÇINAR, İbrahim, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü", Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul edilebilirlik Kriterleri, (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), **Anayasa Mahkemesi Yayınları**, Ankara- 2013, s.198-221.

23 Reşit olmayan başvuruocular öğrencisi oldukları lisenin ...Kilisesi Vakfı adına tescil edilmesi nedeniyle eğitim haklarının ihlal edildiğinden bahisle yapılan başvuruda velileri ile birlikte başvuru yapmıştır. Anayasa Mahkemesinin 10/1/2014 tarihli ve 2013/5256 sayılı (K.K.) kararı.

24 Bu konuda Anayasa Mahkemesince bölümler tarafından verilmiş kararlar bulunmamakla

da başvurularını vasileri aracılığıyla yaptıkları görülmektedir²⁵. Yine hükümlü ve tutukluların vasileri olmaksızın yaptıkları başvurular da Mahkemece kabul edilmiştir. Ancak hükümlülere ilişkin olarak verilen yargı kararlarına karşı eşlerin yaptığı başvurular da Mahkeme daraltıcı bir yorumlama yaparak başvurucuların mağduriyet statüsü bulunmadığından bahisle kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle başvurular kabul edilemez bulunarak reddedilmiştir²⁶.

6216 sayılı Kanun'un "*Bireysel başvuru usulü*" başlıklı 47. maddesinin (3) numaralı ve (4) numaralı fıkrasında yer verilen düzenlemelere göre; Anayasa Mahkemesine gerçek kişiler şahsen başvurabilecekleri gibi, vasi ya da kanuni temsilcileri aracılığıyla başvuruda bulunabileceklerdir. Yine başvurucular veya vasi ve kanuni temsilcileri isterlerse vekâlet verdikleri avukatlar vasıtasıyla da başvuru yapabilirler. Bireysel başvuru yapılması için özel bir vekâletname düzenlenme zorunluluğu bulunmamakta olup genel vekâletname ile başvuru yapılması mümkündür.

Anayasa Mahkemesine bir yıllık süre içinde yapılan başvurulara bakıldığında bir yıl içinde (23 Eylül 2012 - 23 Eylül 2013 tarihleri arasında) yapılan 8486 başvurulardan 3209'unun bizzat başvurucular tarafından, 5155'inin avukatlar aracılığıyla yapıldığı, 85 başvurunun kanuni temsilci, 37 başvurunun da vasi tarafından yapıldığı tespit edilmiştir²⁷. Anayasa Mahkemesine 23 Eylül 2012 - 23 Eylül 2014 tarihleri arasında yapılan toplam 26641 başvurudan 10097'sinin bizzat başvurucular, 16169'unun avukatlar, 241'inin kanuni temsilciler, 134'ünün ise vasiler aracılığıyla yapıldığı görülmektedir²⁸.

Bu istatistikî verilere göre, bireysel başvuru yapmak için avukatla temsil zorunluluğu olmamasına rağmen, hukukumuzda yeni bir usûl olması nedeniyle başvurucuların genelde avukatla başvuru yapmayı tercih ettikleri ya da bizzat başvuru yapmayı benimsedikleri görülmektedir. Yine bu verilere göre başvurularını kanuni temsilci ve vasi aracılığıyla yapan başvuru sayısının

birlikte vesayet altına alınmış bir başvuru tarafından vesayet altına alınmasına ilişkin işlem ve buna bağlı işlemlere karşı Anayasa Mahkemesine 2012/462 başvuru numarası ile başvuru yapıldığı ancak tespit edilen eksiklikler süresinde tamamlanamadığı için başvurunun idari ret kararı ile reddedildiği ve yine idari ret kararına karşı yapılan itiraz başvurusunun da reddedildiği tespit edilmiştir.

25 Anayasa Mahkemesinin 31/7/2014 tarih ve 2014/4067 sayılı (K.K) kararı.

26 Anayasa Mahkemesinin 20/3/2014 tarih ve 2013/7530 ve 25/7/2013 tarih ve 2013/9796 sayılı (K.K) kararları.

27 Anayasa Mahkemesine bir yıllık süre içerisinde yapılan başvuruların başvuru yapan kişilere göre durumu ile ilgili istatistik için bkz. Erişim Tarihi: 01/12/2013 <http://www.anayasa.gov.tr/Haber/detay/238/>

28 Anayasa Mahkemesine iki yıllık süre içerisinde yapılan başvurulara ilişkin istatistik için bkz. Erişim.12/12/2014. http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselBasvuru/23_eylul_2012_23_eylul_2014_istatistikleri.pdf

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

çok az sayıda olduğu gözlemlenmiştir. Bireysel başvurunun her döneminde hemen hemen aynı şekilde başvuruların yapıldığı, sadece bireysel başvurunun başladığı ilk dönemlerde bizzat başvuru yapanlar ile avukat aracılığı ile başvuru yapanların oranı yaklaşık olarak eşit iken, son zamanlarda avukatlar aracılığıyla başvuru yapılma oranının arttığı tespit edilmiştir²⁹.

Gerçek kişilere ilişkin yetki konusunun, doğmamış kişiler bakımından, reşit olmayanlar (çocuklar) bakımından, kısıtlılar açısından, ölen ve kaybolan kişiler açısından, ihlalden dolayı olarak etkilen kişiler ve potansiyel mağdurlar ile yabancılar bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

2.1. Doğmamış Kişiler (Cenin, Fetus, Dölüt) Bakımından Başvuru Hakkı

Bireysel başvuru kapsamında doğmamış kişilerin durumu konusunda bir belirlilik bulunmakta ve bu husus gerek öğreti de gerekse uygulamada farklı şekilde yorumlanmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesinde; *"Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder."* hükmü yer almaktadır.

4721 sayılı Kanun'un anılan düzenlemesine göre; gerçek kişiler sağ doğmak koşuluyla ölünceye kadar temel hak ehliyetine sahiptirler³⁰.

Doğmamış kişilerin (cenin, fetus, dölüt) hak ehliyeti konusu mukayeseli hukukta 1960'lı yıllardan itibaren tartışmalı konulardan birisi olmasına karşın ülkemizde bu konuda pek tartışma yaşanmamıştır. Mukayeseli hukuktaki tartışmalara göre hayat, kimilerine göre döllenme anından, kimilerine göre potansiyel insandan bahsedildiği andan itibaren, kimilerine göre ise doğumdan sonra bebeğin bağımsız yaşamaya başladığı andan itibaren başlatılması gerekir³¹.

Ülkemizde 4721 sayılı Medeni Kanun'un 28. maddesi kapsamında doğmamış kişiler doğdukları anda yani kişiliklerinin oluştuğu sırada dava ehliyetine hak kazanırlar, ancak bir görüşe göre hakları geriye yürür ve ana rahmine düşme anından itibaren sonuç doğurur. Bu görüşe göre 4721 sayılı Medeni Kanun'daki düzenleme ile doğmamışlara kişilik kazandırılmak istenilmemiş ancak bunların gelecekte kişilik kazanacakları düşüncesiyle haklarının korunması kaygısıyla bu şekilde düzenleme yapılmıştır³². Bir başka görüşe

29 ÇINAR, İbrahim, "Bireysel Başvurunun Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Yapılan Bireysel Başvuruların İstatistikî Verilerle Analizi", *HUKAB Dergisi*, Ekim- Aralık 2013, Sayı:7, s. 50- 51.

30 ŞİRİN, Tolga, *a.g.e.*, s.152.

31 ŞİRİN, Tolga, *a.g.e.*, s.155.

32 ZEVKLİLER, Aydın, ERTAŞ, Şeref, HAVUTÇU, Ayşe, GÜRPINAR, Damla, *Medeni Hukuk*

göre doğmamış kişiler temel hak taşıyıcısı oldukları ölçüde taraf ehliyetine sahiptirler. Bu kapsamda da Anayasa'nın 17., 20., 35., 36., 37., 40., 56., ve 60. maddelerinde sayılan hakların taşıyıcısı ve bakılacak davalarda da yargısal güvencelere sahip temel hak taşıyıcısı olarak kabul edilmeleri gerekir³³.

Anayasa hukukunda da, ceninin temel hak taşıyıcısı olup olamayacağı konusu tartışmalıdır. Öğretide cenine kanuni düzenlemelerle bir takım haklar tanınmış bulunmasının, ceninin anayasal açıdan temel hak taşıyıcısı olduğu sonucunu doğurmayacağı düşüncesini savunanlar olduğu gibi, ceninin temel hakların taşıyıcısı olduğu düşüncesini savunanlar da bulunmaktadır. Bu husus yaşam hakkı kapsamında yapılacak başvurular açısından önemlidir. Bu kapsamda ceninin temel hak taşıyıcısı olduğunun kabul edilmesi, yaşam hakkının mutlak olarak korunmasını ve annenin sağlık sorunları nedeniyle bile olsa, kürtaja izin verilmemesi düşüncesini doğuracak, buna karşın, kürtajın bir hak olduğu yönündeki görüşler karşısında yeni tartışmalara sebebiyet verecektir. Ceninin bu tartışmalı durumu, sadece yaşam hakkı kapsamında değil, miras hakkı, mülkiyet hakkı ve bu hakların korunmasına yönelik yargısal haklar bakımından da somut olaya özgü bir şekilde irdelenmesi gerekir³⁴.

Ülkemizde durum bu şekilde tartışma konusu iken mukayeseli hukukta da doğmamış kişilerin (cenin, fetus, dölüt) temel haklara sahip olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Örneğin Almanya'da Alman Ceza Kanunu'nun 218. maddesi hükmüne göre kürtaj yasaklanmıştır. Bu yasağa karşı olanlar kadar savunanların da bulunması doğmamış kişilerin hukuki statüsünü belirlemede güçlükler meydana getirmektedir. Alman Anayasa'sının 1. maddesinin (r) bendindeki insan onurunun dokunulmazlığına ilişkin düzenleme, 2. maddesinin (II-d) bendindeki kendini özgürce geliştirme hakkı ve son olarak 14. maddesinin (I) bendindeki mülkiyet hakkına dayanarak doğmamış kişilerin bireysel başvuru yapma hakkı olduğunu savunanlar bulunmaktadır. Bunlara göre, doğmamış kişiler mirasçı olabilir, bunlara yapılacak tıbbi müdahale vücut bütünlüğünün ihlali ve insanlık onurunun ihlali sonucunu doğurur. Alman Anayasa Mahkemesi bu görüşlere paralel kararlar vermiş ve doğmamış kişilerin anneye karşı korunması gerektiği sonucuna varmıştır³⁵.

AİHM verdiği kararlarda ise; Sözleşme'de (AHİS) belirtilen "herkes" ifadesinin içerisinde doğmamış kişilerin yer almadığı ve AHİS'de doğmamışların korunacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığı kabul edilmiştir. Annenin sağ-

Temel Bilgiler, Seçkin Yayıncılık 8. Baskı, Ekim-2013, Ankara, s. 213, Aktaran ŞİRİN, Tolga, a.g.e., s.167.

33 ÇOBAN, Aykut, **Türkiye'de Ana Rahmindeki Embriyonun Hukuki Statüsü**, 6. Ankara Biyoteknoloji Günleri; Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-Ekonomik Yaklaşımlar 16-17 Kasım 2007, Ankara Üniversitesi Biyoteknoloji Enstitüsü Yayınları, Ankara- 2007., s. 94.

34 ATASOY, Hakan, a.g.e., s. 100-102.

35 GÖZTEPE, Ece, a.g.e., s.56, 57, Aktaran ÖZBEY, Özcan, a.g.e., s. 232.

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

lığı ya da doğumun anneyi zor duruma düşürmesi gibi sosyal ve ekonomik nedenlerle doğmamış kişinin kürtaj yoluyla aldırılması durumunu AHİM Sözleşme'ye aykırı bulunmadığı gibi, *A, B ve C, v. İrlanda*, 25579/05 kararı ile sağlık nedenlerine bağlı olarak kürtaja izin verilmemesi doğmamış kişinin değil, annenin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki hakkının ihlali anlamını taşıyacağından bahisle ihlal kararı vermiştir. Mahkeme bazı kararlarda annenin menfaati ile doğmamış kişinin korunmasının güvencelenmesi ihtiyacı arasında adil bir denge kurulmasından bahsetmekte ise de AHİM hiçbir kararında doğmamış kişiyi AİHS'in 8. maddesinin (2) numaralı bendindeki "başkası" anlamında veya 2. maddesindeki "kişi" anlamında tanımlamamış, hatta böyle bir tanımanın kürtajın Sözleşme ile çelişeceğine vurgu yapmıştır³⁶.

Anayasa Mahkemesine bu konuda yapılmış bir başvuru ve verilmiş bir karar bulunmadığı için ne şekilde karar vereceği bilinmemektedir.

2.2. Reşit Olmayan Kişilerin (Çocuklar) Başvuru Hakkı

Anayasamızda reşit olmayanlara (çocuklara) ilişkin bazı düzenlemeler yer almaktadır. Bunlar Anayasa'nın 10/3., 41/3., 42., 58., 61/4. ve 68. maddelerde düzenlenmiş olup bu konulardaki çocuk haklarının korunması ve kullanımı hususunun Anayasa'nın 12. maddesi ile birlikte yorumlanması gerekir. Çünkü bu madde ebeveynlere çocuğun devlet veya üçüncü kişilere karşı haklarını korumak için gerekli işlemleri yapma konusunda yükümlülükler getirmektedir. Çocukların bu haklarının korunması ve kullanımı konusunda ebeveynlerin yanı sıra devletin de pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Çocuklara bu haklarını korunması ve kullanılması konusunda gerek devlet tarafında gerekse ebeveynler tarafından yapılacak sınırlamalar ancak çocuğun yüksek menfaatlerinin korunması amacıyla yönelik olması gerekir. Bu konudaki ispat külfeti sınırlamada bulunan kamu gücü ya da ebeveyne aittir³⁷.

Reşit olmayan birinin Anayasa Mahkemesine başvuru yapmasına ilişkin olarak bireysel başvuru mevzuatında bir sınırlama bulunmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesine başvuru yapabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekeceğinden, başvuru öncesindeki bu süreçleri reşit olmayan birinin yapabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle olağan kanun yolları tüke-

36 ŞİRİN, Tolga, *a.g.e.*, s.155- 158, Bu konudaki kararlarda AİHM ise *X. v. Birleşik Krallık*, 8416/79, *H. v. Norveç*, 170004/90, *Boso v. İtalya*, 50490/99, *Open Door ve Dublin Well Woman v. İrlanda*, 14234/88, 14235/88, *Vo v. Fransa*, 14235/88, *x.v. Birleşik Krallık* davasında AİHS'nin 2. maddesinin doğmamış kişileri korumadığını belirterek, doğmamış kişilerin yaşam hakkının olmadığını belirtirken, *H.v. Norveç* davasında doğmamış kişinin belli şartlar altında yaşam hakkının olduğuna değinmiş, *Vo v. Fransa* davasında da doğmamış kişinin Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında yaşam hakkına sahip bir kişi olmaksızın, insanlık adına korunması gerektiğine karar vermiştir.

37 ŞİRİN, Tolga, *a.g.e.*, s.194-195.

Haşim Kılıç'a Armağan

tilmiş nihai işlem ve kararları reşit olmayan kişilerin Anayasa Mahkemesine getirmesine bir engel bulunmamakla birlikte başvuru aşamasından önceki aşamalarındaki hukuki süreçlerin veli ya da vasi tarafından yürütülerek sonuçlandırılması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunabilmek için de bir yaş sınırlaması yani rüşt yaşı bulunmamaktadır. AİHM taraf devletlerin yargı mercilerine başvurma yetkisi konusunda ülkelerin takdir yetkisi bulunduğunu kabul etmekle birlikte, AİHS'de yer alan hakların çocuklar bakımından da geçerli olduğu ve korunduğu tespitinden hareketle bu hakları ihlal edilen çocukların ebeveynleri olmaksızın bizzat başvuru yapabileceklerini içtihatlarıyla benimsemiştir³⁸.

Almanya'da bir çocuğun anne ya da babasını aracı kılmaksızın doğrudan başvuru yapmasına imkân bulunmaktadır. Ancak böyle bir durumda Mahkeme başvuru konusu şikâyet ile ilgili olarak ebeveynlerin görüşünü alır. Anne ya da baba başvuruyu uygun görebilir, değişiklik yapabilir ve ya çocuğun beyanlarına ilişkin olarak maddi ve hukuki açıklamalarda bulunabilir. Bununla birlikte Mahkeme ebeveynlerin çocuğun beyanlarının aksine ileri sürülen iddialar ya da taleplerle bağlı değildir. Çocuğun başvurusunun anne ve babanın muvafakat etmemesi nedeniyle bir çatışma olması durumunda Anayasa Mahkemesi çocuğun haklarını koruması ve gerekli önlemleri alması bakımından aile mahkemesini harekete geçirir³⁹.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi reşit olmayan ancak askerlik hizmeti yapmaları gereken kişiler açısından, vicdani ret, disiplin cezaları ve askerlikle ilgili diğer konularda yapılan anayasa şikâyeti başvurularında dava ehliyetini tanımıştır⁴⁰.

Yine Almanya'da ailesi Katolik olan 15 yaşında bir öğrenci Müslüman olmuştur. Bu öğrenci ebeveynlerinin muvafakat etmemesine rağmen okulda başörtüsü yasağı uygulayan okul yönetimine karşı Anayasa Mahkemesine başvuru yapmış ve Mahkeme bu başvuruyu incelemiştir⁴¹.

Anayasa Mahkemesine şimdiye kadar küçüklerin velisi ya da vasisi olmaksızın sadece kendisi tarafından yapılmış bir başvuru bulunmamakta olup bu kapsamda küçüklerin veli veya vasileri ile birlikte başvuru yapmayı tercih ettikleri görülmektedir⁴².

38 REİD, Karen **Article 25 of the Convention: Applications by Children, The Birth of European Human Rights Law**. L'eclosion du Droit européen des Droits de l'Homme, SALVIA Michele, VILIGER Mark.E, Baden –Baden, 1998, s.301. Aktaran ŞİRİN, Tolga, **a.g.e.**, s.194.

39 ŞİRİN, Tolga, **a.g.e.**, s.196.

40 KILINÇ, **a.g.m.**, s. 30, GÖZTEPE, Ece, **a.g.e.**, s.56, 57.

41 ŞİRİN, Tolga, **a.g.e.**, s.197.

42 Anayasa Mahkemesinin 10/1/2014 tarihle ve 2013/5256 sayılı (K.K.) kararı.

2.3. Kısıtlıların Başvuru Hakkı

Reşit olan kişilerin akıl hastalığı, akıl zayıflığı, madde bağımlılığı, mahkûmiyet, ağır hastalık ve yaşlılık vb. sebeplerle fiil ehliyetinin kaldırılması veya sınırlandırılması durumuna “kısıtlılık” denir. Hukukumuzda kısıtlılık sebepleri 4721 sayılı Medeni Kanun’un 405- 408. maddelerinde düzenlenmiştir. Yukarıda bazı örnekleri verilen ve 4721 sayılı Kanun’un anılan maddelerdeki durumlardan biri ya da daha fazlasının reşit olan bir kişide bulunması hâlinde onun adına fiil ehliyetini kullanması için vasi veya kayyım atanır⁴³.

Anayasamızın 76. maddesine göre kısıtlıların milletvekili seçilme hakkı bulunmamaktadır. Yine Anayasa’nın 67. maddesinde seçme seçilme ve siyasi faaliyetlerde bulunma hakkının kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun’un 7. maddesinde oy kullanamayacak olanlar arasında ceza ve infaz kurumlarında hükümlü olarak bulunan kişiler de sayılmıştır. Söz konusu Kanun’un 8. maddesinde de kısıtlıların seçmen olamayacakları düzenlenmiş bulunmaktadır.

AIHM *Hirst v. Birleşik Krallık*⁴⁴ davasında hükümlülerin kategorik olarak seçme hakkından mahrum bırakılmalarını AIHS’e aykırı bularak ihlal kararı vermiştir. Bu karardan hareketle 298 sayılı Kanun’un 7. maddesinin Sözleşme’ye aykırı olduğunu savunanlar⁴⁵ olduğu gibi, kanun koyucunun, Anayasa’nın 67. maddesindeki yetkiye dayanarak ve temel hakların sınırlanmasıyla ilgili genel esaslara bağlı olmak şartıyla, seçme hakkının kullanım esaslarını düzenleme ve kimlerin bu haklardan yararlanamayacağını belirleyebilme yetkisi bulunduğundan, kısıtlılara yönelik bu düzenlemenin Anayasa bakımından sorunlu olmadığı görüşünü ileri sürenler de bulunmaktadır⁴⁶.

Zaten AIHM “Söyler/Türkiye” kararında “*Hirst v. Birleşik Krallık*” kararına atıf yaparak ihlal kararı vermiştir. Bunun üzerine Yüksek Seçim Kurulu (YSK) 30 Mart 2014 Mahalli İdareler seçimi öncesi verdiği 21/12/2013 tarih ve 590 sayılı kararla; sadece kasıtlı suçtan dolayı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanamayacağına, hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşmiş olup da henüz cezaevine alınmayanlarla, ceza infaz kurumlarından koşullu salıverilen ancak hak ederek tahliye edileceği süreyi daha doldurmayan ve mahkemesince uzun süreli cezasının ertelenmesine karar verilen hükümlülerin cezaevinde bulunmamaları nedeniyle, bu süre içinde yapılacak olan seçimlerde seçmen olabileceklerine⁴⁷ karar vermiştir. Yine 10 Ağustos

43 ŞİRİN, Tolga, a.g.e., s.198-199.

44 *Hirst v. Birleşik Krallık*, 06.10.2005, 74025/2001.

45 ŞİRİN, Tolga, a.g.e., s.199.

46 KONTACI, Ersoy, Türk Hukukunda Kısıtlılık hâli ve Seçme Hakkı, **Yaşayan Anayasa**, Erişim Tarihi:11/12/2013 <http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/kisitlilik.pdf>

47 Yüksek Seçim Kurulu’nun 21/12/2013 tarih ve 590 sayılı kararı için bkz. Erişim Tarihi: 15/12/2014.

2014 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçiminde önce ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutukluların durumu ile ilgili yaptığı görüşme sonucunda verdiği 20/6/2014 tarih ve 3002 sayılı kararda⁴⁸; 21/12/2013 tarih ve 590 sayılı kararını tekrarlamıştır. Bu şekilde YSK tarafından AİHM içtihadına göre alınan bu kararlar sayesinde hükümlüler ve tutuklular tarafından seçme ve seçilme hakkının ihlal edildiğinden bahisle Anayasa Mahkemesine yapılabilecek başvuruların bir kısmının önüne geçilmiştir.

Bu kapsamda seçme ve seçilme hakkının kısıtlandığından bahisle hükümlüler tarafından Anayasa Mahkemesine vasileri aracı kılınmaksızın başvuru yapılmasına bir engel olmadığı düşünülmektedir. Bununla birlikte Mahkemeye bu konuda bir başvuru yapılmadığı için ne şekilde karar vereceği bilinmemektedir.

Almanya'da kısıtlılara genel olarak başvuru imkânı tanınmamış ise de bazı durumlarda ve örneğin kişinin kısıtlı sayılmasına esas alınan ve akıl hastası olduğunu tespit eden işlemlere karşı başvuru yapması ve başvuruyu vasisi aracı olmaksızın devam ettirmesi mümkündür. AİHM'de 65 yaşında bir kısıtlının yaptığı *Zehetner v. Avusturya*⁴⁹ başvurusunda fiil ehliyeti bulunmayan kişilerin kendi haklarını korumak için başvuru yapmalarına Sözleşme açısından bir engel olmadığına, yargılamanın başlangıç aşamasında da özel olarak bir temsilci vasıtasıyla temsil edilme zorunluluğu bulunmadığına karar vermiştir⁵⁰.

Kısıtlıların Anayasa Mahkemesine başvuru yapmasına ilişkin olarak bireysel başvuru mevzuatında bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu nedenle 4721 sayılı Kanun'un 405., 406., ve 408. maddelerinde yer alan sebeplerle kısıtlanan kişilerin ve söz konusu Kanun'un 407. maddesinde yer alan hüküm uyarınca haklarında verilen mahkumiyet nedeniyle vasi atanan hükümlülerin vasileri olmaksızın bireysel başvuru yapabileceği düşünülmektedir.

Ancak Anayasa Mahkemesine başvuru yapabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekeceğinden, başvuru öncesindeki bu süreçleri kısıtlı birinin vasi ya da kayyumu olmaksızın yürütebilmesi mümkün değildir.

Bu kapsamda akıl hastalığı ve yaşlılık gibi sebeplerle kısıtlanan kişilerin kısıtlılığına hükmedilen vesayet kararlarının kesinleşmesi üzerine buna ilişkin

<http://www.ysk.gov.tr/ysk/content/conn/YSKUCM/path/Contribution%20Folders/Kararlar/2013-590.pdf>

48 Yüksek Seçim Kurulu'nun 20/6/2014 tarih ve 3002 sayılı kararı için bkz. Erişim Tarihi:15/12/2014.

<http://www.ysk.gov.tr/ysk/content/conn/YSKUCM/path/Contribution%20Folders/Kararlar/2014-3002.pdf>

49 *Zehetner v. Avusturya* 16.07.2009, 20082/02 pr.39.

50 ŞİRİN, Tolga, a.g.e., s.200-201.

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

kararları adil yargılanma, mülkiyet ile seçme ve seçilme haklarının ihlal edildiğinden bahisle başvuruya konu yapmaları mümkündür.

Yine Ceza ve İnfaz Kurumlarında bulunan ve haklarında verilen bir yıldan fazla mahkûmiyet cezalarına ilişkin kararların kesinleşmesi nedeniyle vasi atanmış hükümlülerin kendileri hakkında verilmiş mahkûmiyet kararlarının kesinleşmesi üzerine bu kararlara karşı adil yargılanma hakkı kapsamında bireysel başvuru yapmalarına bir engel bulunmamaktadır.

2.3.1. Kısıtlıların Başvuru Hakkı Konusundaki Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesince şimdiye kadar verilen kararlarda vasileri olmaksızın başvuru yapan kişilere ilişkin olarak bir irdeleme yapılarak bu kişilerin vasileleri olmaksızın başvuru yapabileceklerine ilişkin bir gerekçeye yer verilmemekle birlikte vasi aracı kılınmaksızın kısıtlılarca yapılan başvurular kişi bakımından yetkisizlik kapsamında reddedilmeyerek kayda alınmış ve incelenmiştir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi kısıtlı kişilere ilişkin olarak vasileri tarafından yapılan başvuruları da inceleyerek karar vermiştir. Bu kararlarda da başvurunun kısıtlı adına vasi tarafından yapıldığına ilişkin bir gerekçeye yer verilmemiştir. Mahkemenin 26/3/2013 tarih ve 2013/781 başvuru numaralı kararında⁵¹ başvuru ve temsilci (vasi) olarak bir ayırım yapılmış ve başvurunun vasi tarafından kısıtlı olan hükümlü adına yapıldığı sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin 5/3/2013 tarih ve 2012/73 başvuru numaralı kararında⁵² başvurunun konusu; başvuruvasinin vasisi olduğu özürü oğluna aldığı motorlu araç nedeniyle ödediği verginin muafiyet kapsamında değerlendirilerek iadesini talep etmesinden sonuç alamadığından ve anayasal haklarının ihlal edildiğinden bahisle yapılmış bir başvuru olup, başvurunun kısıtlı adına vasi tarafından mı yapıldığı, yoksa vasiinin kendisinin adına mı başvuru yaptığı belli değildir.

Yine hakkında verilen mahkûmiyet kararı nedeniyle ceza ve infaz kurumlarında bulunan hükümlüler adına eşleri tarafından başvuru yapıp yapılmayacağı konusu tartışmalıdır. Bu konuda henüz bölümler aşamasında verilen bir karar bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinde Komisyonlar aşamasında verilen iki karar ile eş hakkında verilen mahkûmi-

51 Mahkemenin 26/3/2013 tarih ve 2013/781 başvuru numaralı kararı için bkz. Erişim Tarihi 12.12.2013.

http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000393&content=vasi

52 Mahkemenin 5/3/2013 tarih ve 2012/73 başvuru numaralı kararı için bkz. Erişim Tarihi 12.12.2013.

http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000359&content=vasi

yet kararı nedeniyle yapılan başvurularda Mahkeme başvuruları hükümlüler adına değil, eşlerin kendileri adına yapılmış bir başvuru gibi yorumlanmış ve eşlerin hükümlüler adına verilmiş kararlar nedeniyle “mağdur” sıfatı taşımadıkları gerekçesiyle kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararı vererek başvuruları reddetmiştir⁵³.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi burada kişi bakımından yetkiyi dar bir şekilde yorumlayarak başvuru hakkını kısıtlayıcı bir karar vermiştir. Mahkeme hükümlülere ilişkin olarak verilen yargı kararlarına karşı eşlerin yaptığı başvurularda daraltıcı bir yorumlama yapmıştır. Anayasa Mahkemesi 2013/7530 başvuru numaralı dosyada; başvuruda bulunan eşin kendi adına mı, yoksa eşi adına mı başvuru yaptığını irdelememiş ve başvuru yapanın hükümlünün vasisi olup olmadığı da araştırılmadan başvuruyu eşin kendi adına yapılmış bir başvuru olarak yorumlamak suretiyle karar verilmiştir. Mahkeme 2013/9796 başvuru numaralı dosyada ise; Bireysel Başvuru Bürosu tarafından başvurunun eşin kendisi adına mı, yoksa hükümlü eş adına mı yapıldığı sorulmuş, başvurunun hükümlü eş adına yapıldığı başvuru yapanın vekili tarafından belirtilmesine rağmen, başvuru hükümlü adına değil, başvuru yapan eşin kendi adına yapılmış gibi kabul edilerek ve başvuru yapanın mağduriyet statüsü bulunmadığından bahisle kişi bakımından yetkisizlik kapsamında başvuru kabul edilemez bulunmuştur. Mahkemece verilen bu kararlar isabetli olmamış ve eşleri hakkında başvuru yapan kişilerin hakkı kısıtlanmıştır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 262. maddesi eşi şüpheli ve sanık olanın, eşine tanınan kanun yollarına başvuruya cevaz verdiğine göre; hükümlü ve tutukluların eşlerinin, ceza ve infaz kurumlarında bulunan ve başvuru yapma konusunda bazı kısıtlılıkları bulunan hükümlü ve tutuklular adına başvuru yapmalarına bireysel başvuru mevzuatı ve uygulaması açısından da engel bir durumun olmadığı değerlendirilmektedir. Kanaatimizce hükümlü ve tutukluların eşleri, hükümlü ve tutuklular adına Anayasa Mahkemesine başvuru yapabilirler.

2.4. Yabancıların Başvuru Hakkı

6216 sayılı Kanun’un 46. maddesinin (3) numaralı fıkrasında “Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz.” hükmü yer almaktadır.

Yukarıdaki yasal düzenlemeye göre yabancılar bireysel başvuru hakkını her

53 Anayasa Mahkemesinin 20/3/2014 tarih ve 2013/7530 ve 25/7/2013 tarih ve 2013/9796 sayılı (K.K.) kararları.

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

konuda değil, sadece kendilerine tanınan haklar bakımından kullanabileceklerdir. Şayet yabancı biri sadece Türk vatandaşlarına tanınan haklar (örneğin kamu hizmetine girme hakkı ya da seçme ve seçilme hakkı gibi) kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunması hâlinde Mahkeme bu başvuruyu kişi bakımından bağdaşmazlık kapsamında reddedecektir. Bununla birlikte yabancılar yaşam hakkı gibi vatandaş olsun olmasın herkese tanınan temel haklar kapsamında veya çalışma, yerleşme ve seyahat özgürlüğü gibi yabancılara da tanınan sınırlı haklar kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilirler.

Bu kapsamda yabancılar, Anayasa'da sadece vatandaşlara tanınan haklar (sınır dışı edilmeme, kamu hizmetine girme hakkı vb.) konusunda başvuruda bulunamayacakları gibi, yabancılara kısıtlanan haklar konusunda (toplantı ve gösteri yürüyüşü, çalışma, yerleşme ve seyahat özgürlüğü vb.) ancak Anayasa'da kendilerine tanınan sınırlar çerçevesinde başvuru yapabilirler⁵⁴.

Öte yandan, Anayasamızın “ *Yabancıların durumu* ” başlıklı 16. maddesine göre; bazı temel hak ve hürriyetlerin yabancılar bakımından milletlerarası hukuka uygun bir şekilde kanunla sınırlandırılması mümkündür. Bu madde kapsamında yukarıda sayılan haklar dışında yabancılara özellikle mülkiyet hakkı, basın hürriyeti, dernek kurma hakkı vb. hakların kullanımı bakımından vatandaşlara göre bazı sınırlamalar getirilmiştir⁵⁵.

Örneğin yabancıların mütekabiliyet koşulu aranmaksızın mülk edinmelerine imkân tanıyan 21/6/1984 tarih ve 3029 sayılı Kanun'un iptali istemiyle açılan davada; Anayasa Mahkemesi 13/6/1985 gün ve E.1984/14; K.1985/7 sayılı kararıyla⁵⁶ söz konusu düzenlemeyi oyçokluğu ile Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Söz konusu karara muhalif kalan üyeler ise; “...Anayasa'nın 16. maddesine bu konuda düzenleme yapma yetkisinin kanun koyucuya ait olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucunun Anayasa ile verilen takdir yetkisini kullanarak çıkarılan kanunların yerinde ve gerekli olup olmadığını denetleme yetki ve görevinin bulunmadığı” yönünde gerekçelere yer vererek çoğunluk görüşüne katılmamışlardır⁵⁷.

Bununla birlikte Anayasamızın özellikle ikinci kısmında yer alan “*siyasi*

54 KILINÇ,, a.g.m., s. 29, EKİNCİ, Hüseyin, “Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü”, **HUKAB Yayınları**, Ankara-2011, s.148, EKİNCİ, Hüseyin, SAĞLAM, Musa, **66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru** Avrupa Konseyi, Ankara-2012, s.14-15.

55 TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 **Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul-2002, s. 162, GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 11 Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa-2011, s.121, ÖZBEY, Özcan, a.g.e., s. 229.

56 Anayasa Mahkemesinin 13/06/1985 gün ve E.1984/14; K.1985/7 sayılı kararı için bkz. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=709&content= (Erişim tarihi 15 Ocak 2014)

57 ÖZBEY, Özcan, a.g.e., s. 229-230.

hak ve ödevler” başlıklı dördüncü bölümündeki 66 ilâ 72. maddelerinde sayılan haklardan, yine ikinci kısmın *“sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler”* başlıklı üçüncü bölümünün 42., 59., ve 62. maddelerinde yer alan haklardan, son olarak ta aynı kısmın *“kişinin hak ve ödevleri”* başlıklı ikinci kısımdaki 23. ve 38. maddeleri hükümlerinde yer alan haklardan sadece Türk vatandaşları yararlanabilecek olup bu haklara ilişkin olarak yabancıların bireysel başvuru yapma hakları bulunmamaktadır⁵⁸.

2.4.1 Yabancıların Başvuru Hakkı Kapsamındaki Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesince yabancı uyruklu kişiler tarafından yapılan başvurularda kişi bakımından yetkisizlik kapsamında verdiği bir karar bulunmamaktadır. Öte yandan Anayasa Mahkemesi yabancı uyruklu kişilerce yapılan başvuruları kabul etmiştir⁵⁹. Örneğin Anayasa Mahkemesi 16/4/2013 tarih ve 2013/1243 başvuru numaralı kararında⁶⁰ ABD vatandaşı olan başvurusunun hakkındaki sınır dışı edilmesi ve ülkeye giriş yasağı konulmasına ilişkin işleme karşı açtığı davadan sonuç alamadığından bahisle yaptığı başvuruyu incelemiştir.

2.5.Mağdurun Ölümü veya Kaybolması hâlinde Yakınlarının Başvuru Hakkı

Anayasa Mahkemesi AİHM içtihadına paralel olarak mağdurun ölümü hâlinde yakınlarının başvuru yapabilmeleri için bu kişilerin mülkiyet hakkının ihlalinde olduğu gibi doğrudan veya dolaylı olarak menfaatinin olmasını aramaktadır. Mahkeme, mağdurun kaybolması hâlinde yakınları tarafından kaybolma olayına ilişkin yapılan şikâyetler veya açılan davaların aleyhlerine sonuçlanması üzerine yapılan başvuruları incelemiştir.

Bu konuda Anayasa Mahkemesince sınırlı sayıda karar verilmiş olup değişik durumlarda ne şekilde karar verileceği bilinmemektedir. AİHM ise mağdurun ölümü ve kaybolması ile ilgili olarak değişik durumlara ilişkin verdiği pek çok kararla içtihadını geliştirmiştir⁶¹.

AHİM'e göre; başvurusunun açtığı bir dava karara bağlanmadan önce ölümü hâlinde mirasçılardan davaya devam etmeleri doğrudan doğruya miras-

58 ÖZBEY Özcan, a.g.e., s. 225-227.

59 Bu konuda yabancılar tarafından yapılmış pek çok başvuru bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin 7/4/2014 tarih ve 2013/7653 sayılı (K.K.) kararı.

60 Anayasa Mahkemesinin 16/4/2013 tarih ve 2013/1243 başvuru numaralı kararı için bkz. Erişim Tarihi: 27/12/2013.

http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000465&content=

61 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. ÇINAR, İbrahim, a.g.e., s.208-217.

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

çılara tanınan bir hak değildir. Mirasçılarının davaya devam edebilmeleri için mülkiyet hakkının ihlalinde olduğu gibi doğrudan veya dolaylı olarak menfaatinin olması gereklidir. Eğer davanın mirasçılar tarafından devam ettirilmemesinde Sözleşme bakımından genel bir yarar yoksa Mahkeme resen söz konusu başvuruyu kayıttan düşürebilir⁶².

Bununla birlikte mağdurun ölümü, Mahkeme tarafından otomatik olarak başvurunun düşürüleceği anlamına gelmez. Genel olarak söylenecek olursa, Mahkemeye başvuru yapıldıktan sonra başvurunun ölmesi halinde, başvurunun aile üyelerinin başvuruyu devam ettirmekte yeterli menfaatlerinin bulunduğunu ispat etmeleri koşuluyla, Mahkeme başvurunun görülmesine devam edebilir⁶³.

AİHM genel olarak başvurunun ölmesi üzerine yakınlarından hiçbirisi davaya devam etmek istemezse ölüm olayını “*konuyu bir nevi çözüme kavuşturarak*” bir gelişme olarak kabul etmek suretiyle başvurunun kayıttan düşmesine karar verir. Bu konuya örnek olarak *Scherer/İsviçre*⁶⁴ davası verilebilir⁶⁵. Ancak bu durumun istisnası da vardır. Şayet davanın konusu genel anlamda önemliyse, davaya sahip çıkacak bir mirasçı ya da aile yakınının yokluğuna rağmen AİHM davayı incelemeye devam edebilir⁶⁶. Bu konuya *Karner/Avusturya*⁶⁷ davası örnek olarak verilebilir.

Mağdurun dava açmadan hayatını kaybetmesi veya kaybolması durumlarında ölen veya kaybolanın mirasçıları veya yakınlarının da AİHM’e başvuru hakkı vardır.

Bazı durumlarda ise AİHM, davası devam ederken ölen bir başvurunun ailesinden bir kişinin başvuruyu devam ettirmesini kabul edebilir. *Aksoy/Türkiye*⁶⁸ davası bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu davada başvuru polisteki gözaltı esnasında işkence gördüğünden bahisle yapılmış ancak AİHM tarafından başvurunun incelendiği tarihte başvuru bilinmeyen kişilerce vurularak öldürülmüş ve Mahkeme başvurunun babasının davaya devam

62 PORAY, Mehmet Akif, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Başvuru ve Mağdurluk Statüsü” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:66, Yıl:2006, s.131, TEZCAN,, D./ERDEM, M.R./ SANCAKTAR, .O., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2004. s.111.

63 Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, Avrupa Konseyi, 2011, Erişim Tarihi:27/12/2013 s.13.
http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_TUR.pdf

64 *Scherer/İsviçre*, no. 17116/90, 25 Mart 1994 & 32.

65 ERDAL Uğur, BAKIRCI Hasan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. Maddesi, Uygulama El Kitabı*, World Organisation Against Torture (OMCT), Cenevre- Kasım- 2006, s.72.

66 ERDAL Uğur, BAKIRCI Hasan, *a.g.e.*, s.72.

67 *Karner/ Avusturya*, no. 40016/98, 24 Temmuz 2003.

68 *Aksoy Türkiye*, no. 21987/93, 18 Aralık 1996.

etmesini kabul ederek başvuruyu incelemeye devam etmiştir⁶⁹.

Mahkemenin ölenin yakınları tarafından yapılan başvurularda verdiği değişik pek çok kararı bulunmaktadır. Örneğin Mahkeme *Kaya ve Polat/ Türkiye*, kararında “*Sadece hayatta olan kimseler tarafından veya onların namına başvuru yapılabilir; ölü bir kimse bir temsilciyle de olsa bir başvuru yapamaz (k.k.)*” şeklinde gerekçeye yer vermiştir.

Öte yandan Mahkeme, bir başvuruyu insan haklarının korunması amacıyla incelemeye devam etmenin uygun olup olmadığını değerlendirme yetkisine sahiptir⁷⁰. Bu yetkinin kullanılması, genel yarar meselesinin bulunup bulunmamasına bağlıdır⁷¹. Bu mesele, özellikle bir başvurunun davalı devletin mevzuatı veya hukuk sistemi veya uygulamasıyla ilgili olması hâlinde ortaya çıkabilir⁷².

Bazı durumlarda mağdurun bizzat kendisinin başvuruda bulunmasına imkân bulunmayabilir. Mahkeme bir kişinin ölmesi, kaybolması veya başvuruda bulunamayacak şekilde beden ve ruh sağlığının yerinde olmadığı durumlarda mağdurun yakınları tarafından başvuru yapılmasını kabul etmiştir. Mahkeme *Süheyla Aydın/Türkiye*⁷³ ve *Salman/Türkiye*⁷⁴ davasında ölenin karısının, *İpek/Türkiye*⁷⁵ davasında babasının, *Koku/Türkiye*⁷⁶ davasında kardeşinin, *Akkum ve Diğerleri /Türkiye*⁷⁷ davasında oğlunu, *Yaşa/Türkiye*⁷⁸ davasında yeğeninin başvuru olarak dava ehliyetleri olduğunu kabul etmiştir⁷⁹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. ve 3. maddesi kapsamında ülkemize karşı yapılan başvurulara baktığımızda Mahkemenin iki oğlunun kaybolması ve kendilerine ne olduğunun bulunamaması olayı ile ilgili olarak babanın yaşadığı acı ve üzüntü nedeniyle babayı⁸⁰ kardeşlerden birinin ölümü nedeniyle diğer kardeşi⁸¹ ölenin yeğenini⁸², gözaltında kaybedilen kişinin annesini⁸³ mağdur kapsamında kabul ettiği, ancak gözaltında kaybedilen kişinin karde-

69 ERDAL Uğur, BAKIRCI Hasan, **a.g.e.**, s.72.

70 Bkz. *Karner/ Avusturya*, no. 40016/98, 24 Temmuz 2003, §25 vd.

71 Bkz. *Marie-Louise Loyer ve Bruneel/Fransa*, no. 55929/00, 5 Temmuz 2005, §29.

72 Bkz. *Karner /Avusturya*, no. 40016/98, 24 Temmuz 2003§26 ve 28; *Léger /Fransa* (davanın düşmesi) [BD], no. 19324/02, 30 Mart 2009, §51.

73 Bkz *Süheyla Aydın/ Türkiye*, no.25660/94, 25 Mayıs 2005.

74 Bkz *Salman/Türkiye*, no.21986/93, | Judgment (Merits and just satisfaction) | Court (Grand Chamber) | 27 Haziran 2000.

75 Bkz. *İpek/Türkiye*, no.25760/94, 14 Mayıs 2002.

76 Bkz. *Koku/Türkiye*, no.27305/95, 31 Mayıs 2005.

77 Bkz. *Akkum ve Diğerleri /Türkiye*, no.21894/93, 24 Mart 2005.

78 Bkz. *Yaşa/Türkiye*, no.22495/93, 2 Eylül1998.

79 ERDAL Uğur, BAKIRCI Hasan, **a.g.e.**, s.70-71.

80 Bkz *İpek/ Türkiye*, no.25760/94, 14 Mayıs 2002.

81 Bkz *Çelikkilek/ Türkiye*, no.27693/95, 22 Haziran 1999.

82 Bkz *Yaşa/Türkiye*, no.22495/93, 2. Eylül.1998.

83 Bkz *Kurt/Türkiye*, no.24276/94, 25 Mayıs 1998.

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

şini⁸⁴ mağdur olarak kabul etmediği görülmektedir.⁸⁵

Alman Anayasa Mahkemesi de ölenin hak ehliyetine sahip olmamasına rağmen ölümden sonra da insan onurunun varlığını sürdürdüğünü, bu nedenle ölümler adına Anayasa Mahkemesine başvuru yapılabileceğine karar vermiştir⁸⁶.

2.5.1. Konuya İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi başvuruçuların yakınlarının ölümü üzerine yapılan başvuruları incelemiştir. Bunlardan ilki başvuruçuların yakınının çalışma saatlerinde geçirmiş olduğu trafik kazası sonucu yaşamını yitirmesi üzerine, bünyesinde çalıştığı şirket ile kazaya karışan aracın bağlı olduğu firma yetkilileri hakkında Cumhuriyet Başsavcılığınca etkili bir soruşturma yürütülmeden “kovuşturmaya yer olmadığı” kararı verilmesi nedeniyle Anayasa’nın 17. maddesinde tanımlanan yaşam hakkı ile 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama hürriyetinin ihlal edildiğinden bahisle yapılan başvurudur⁸⁷.

Bu konuda yapılan bir başka başvuruda başvuruçular, yakınlarının 9/11/2011 tarihinde Van ilinde meydana gelen depremde otel enkazında kalarak vefat ettiğini ve hukuk yollarına başvurmalarına rağmen sonuç alamadıklarını belirterek, yaşam hakkının ve hak arama hürriyetinin ihlal edildiğinden bahisle ölenin iki kardeşi, eşi ve çocukları tarafından yapılan başvuruyu da Anayasa Mahkemesi incelemiştir⁸⁸.

Anayasa Mahkemesince olayda yaşamını yitirenin eşi ve çocukları tarafından ileri sürülen Anayasa’nın 17. maddesinin ihlaline ilişkin şikâyetlerin kabul edilebilir olduğuna, Anayasa’nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usuli boyutunun ihlal edildiğine, Anayasa’nın 17. maddesi ve 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince, başvuruçuların eşi ve çocuklarına 20.000 TL manevi tazminat ödenmesine, karar verilmiştir.

84 Bkz Çakıcı/. Türkiye, 23657/94, 12 Mart 1998.

85 ERDAL Uğur, BAKIRCI Hasan, a.g.e., s.71-72, Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, s.13.

86 PESTALOZZA, Christian, **Verfassungsprozessrecht**, 3. Auflage, München, Verlagen, Beck, 1991, Aktaran: ÖZBEY, Özcan, a.g.e., s. 232.

87 Anayasa Mahkemesinin 7/11/2013 tarih ve 2013/1845 başvuru numaralı kararı için bkz. Erişim Tarihi: 27/12/2013.

http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000652&content=ölenin

88 Anayasa Mahkemesinin 17/9/2013 tarih ve 2012/752 başvuru numaralı kararı için bkz. Erişim Tarihi: 27/12/2013.

http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000590&content=ölenin

Haşim Kılıç'a Armağan

Bununla birlikte, olayda yaşamını yitirenin S.K.'nın iki kardeşinin ne Van Cumhuriyet Başsavcılığı'na ne de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na olayla ilgili olarak şikâyet dilekçesi vermedikleri ve soruşturma yapılması yönünde çaba gösterdiklerine ilişkin bir belge de sunmadıkları gerekçesiyle başvuru yollarının tüketilmediğinden bahisle S.K.'nın iki kardeşi bakımından *"başvuru yollarının tüketilmemiş olması"* nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmiştir.

Son olarak yine Van İlinde meydana gelen depremde yaşamını yitirenlerin yakınları olan başvuru sahipleri tarafından birlikte yapılan başvuruyu da Anayasa Mahkemesi incelemiştir⁸⁹. Başvuru sahipleri, sadece Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının usuli boyutunun ve 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin ihlal edilmiş olduğunun tespiti ni isterken herhangi bir tazminat talebinde bulunmamışlardır. Bu nedenle Mahkeme başvuru sahipleri tarafından ileri sürülen Anayasa'nın 17. maddesinin ihlaline ilişkin şikâyetlerin kabul edilebilir olduğuna, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usuli boyutunun ihlal edildiğine, karar vermiştir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'ne ihlalin mağduru olduğu ileri sürülen kişinin başvuru yapmadan önce ölmesine rağmen ölenin vekilleri tarafından yapılan başvurular bulunmaktadır.

Örneğin başvuru sahibi, 1985 yılından itibaren tapu tahsis belgesine dayanarak elinde bulundurduğu taşınmaz hakkında İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından hukuka aykırı olarak tasfiye kararı verildiğini, açtığı iptal davalarından da olumlu sonuç alamadığını belirterek anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek başvuru vekili tarafından yapılan başvuruda⁹⁰ Mahkemece UYAP kayıtlarının incelenmesi üzerine başvuru sahibinin 14/5/2010 tarihinde vefat etmiş olduğu, başvuru vekilinin 26/3/2008 tarihli vekaletnamesini ekleyerek ve başvuru sahibinin ölümü hakkında hiç bir beyanda bulunmadan başvuru yaptığının anlaşılması sonucunda; Mahkeme başvuru sahibinin bireysel başvuru yapmadan önce vefat ettiği tespit edildiğinden bahisle başvurunun, *"kişi yönünden yetkisizlik"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

Yine başvuru sahibinin 18/11/2010 tarihinde vefat etmiş olmasına rağmen, başvuru vekilinin formda başvuru sahibinin ölümü hakkında hiç bir beyanda bulunmadan başvuru yaptığının anlaşılması nedeniyle başvuru sahibinin bireysel

89 Anayasa Mahkemesinin 7/11/2013 tarih ve 2012/850 başvuru numaralı kararı için bkz. Erişim Tarihi: 27/12/2013.

http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000646&content=van, deprem

90 Anayasa Mahkemesinin 14/7/2014 tarihli ve 2013/6353 başvuru numaralı (K.K) kararı.

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

başvuru yapmadan önce vefat ettiği tespit edildiğinden bahisle başvurunun, “kişi yönünden yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiş ve aynı zamanda Mahkemeyi yanıltıcı şekilde başvuru yapıldığı gerekçesiyle başvurucunun vekili olan avukata 6216 sayılı Kanun’un 51. maddesi hükmü uyarınca 2.000, 00 TL disiplin para cezası verilmiştir⁹¹.

3. TÜZEL KİŞİLİKLERİNİN BAŞVURU HAKKI

3.1. Kamu Tüzel Kişiliklerinin Başvuru Hakkı

6216 sayılı Kanun’un 46. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan hükme göre; kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapması mümkün değildir. Kamu tüzel kişileri kamu gücünün bizzat uygulayıcısı olduklarından dolayı kendi tüzel kişiliğinin haklarının ihlal edildiğinden bahisle bir başka kamu tüzel kişiliğini şikâyet etme veya bir başka anlatımla bireysel başvuruda bulunma hakkı bulunmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin içtihatlarıyla da kamu gücünü kullanan kamu tüzel kişiliğinin bir başka kamu gücünü kullanan kamu tüzel kişiliği aleyhine başvuruda bulunamayacağı konusu ilke olarak benimsenmiştir.

Bu konuya Türkiye’ye karşı verilen kabul edilemezlik kararlarından en belirgin örnek olarak Döşemealtı Belediyesi’nin yaptığı başvuru üzerine verilen *Döşemealtı Belediyesi- Türkiye*⁹² kararı örnek olarak gösterilebilir.

Bayındırlık ve İskân Bakanlığı’nın bazı köy ve sanayi bölgesini Antalya Kepez ilçesine bağlanmasına karar vermesi üzerine idare mahkemesinde açılan davanın belediye aleyhine kesinleşmesi sonucunda Döşemealtı Belediyesi tarafından AİHM’e başvuruda bulunulmuştur. Bu başvuruda; Mahkeme iç hukuk düzenine göre ilçenin kamu tüzel kişiliği olduğu, belediyenin yerel halkın müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere oluşturulan bir organ olduğu ve yöneticilerinin de halk tarafından seçildiği, bütçesinin büyük bir kısmının Hazine tarafından karşılandığı, buna kamu gelirleri, vergiler ve para cezalarının da dâhil edildiği, belediyelerin kamulaştırma düzenlemeleri yayınlama ve yürürlükteki düzenlemelere aykırı fiilleri cezalandırma gibi kamu gücünü kullandıkları, davaya konu işlemin sadece birkaç köyün ilçelere bağlanması ile ilgili “kamusal” bir işlem olduğu, bu durumun Sözleşme’nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca hukuki anlamda hak ve yükümlülük olarak değerlendirilemeyeceği, gerekçesiyle başvuru belediyenin kişi bakımından

91 Anayasa Mahkemesinin 5/11/2014 tarihli ve 2013/6140 başvuru numaralı kararı. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/235adcf5-e16f-4cdf-997d-2b1458bd5024?wordsOnly=False>

92 *Döşemealtı Belediyesi/ Türkiye*, 23 Mart 2010 tarihli kabul edilemezlik kararı.

Haşim Kılıç'a Armağan

“*ratione persone*” yetki şartını taşımadığından bahisle başvurunun kabul edilemez olduğuna⁹³, karar vermiştir.

AIHM’e benzer bir başvuru da Sur Belediyesi Başkanı Abdullah Demirbaş ve belediye meclis üyeleri tarafından yapılmış ve Mahkeme benzer gerekçelerle başvuruyu kabul edilemez bularak reddetmiştir⁹⁴.

Bu olayda da Sur Belediyesi “*farklı dillerde belediye hizmeti*” için 6 Kasım 2006 tarihinde aldığı bir karar sonrasında, belediyenin 2004 ilâ 2006 yıllarına ilişkin dönem faaliyetleri hakkında Türkçe dışında Kürtçe, Süryanice, Arapça ve Ermenice binlerce kitap ve broşür basıp dağıtması sonucunda Danıştay’a açılan davada belediye meclisinin feshedilmesine karar verilmiştir. Belediye Başkanı Abdullah Demirbaş ve 18 belediye meclis üyesinin Danıştay kararının AIHS ve Avrupa Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi kararlarına aykırı olduğu gerekçesiyle 2007 sonunda AIHM’e başvurması üzerine Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 34’üncü maddesi kapsamında yerel yönetimlerin AIHM’e başvuru hakkına sahip olmadıkları gerekçesine yer vererek başvuruçuların mağdur sıfatını taşımadıklarından bahisle bu başvuruyu da reddetmiştir⁹⁵.

Öte yandan 6216 sayılı Kanun’da kamu tüzel kişilerine başvuru imkânı verilmemesi öğretide bazı akademisyenler tarafından eleştirilmiştir.

6216 sayılı Kanun’un 46. maddesinde; “*Bireysel başvurunun kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanınan bir yol olması nedeniyle kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınması, bu anayasal kurumun hukuki niteliği ile bağdaşmamaktadır.*” şeklinde bir gerekçeye yer verilmiştir⁹⁶.

Bu gerekçeye katılmayan akademisyenler tarafından, “*kamu tüzel kişilerinin de kamu gücü kullanmaksızın tamamen özel hukuk işlemlerine tabi pek çok işlemi bulunduğunu, örneğin mülkiyet hakkının ihlali sebebiyle kamu tüzel kişilerine kamu gücü kullanmadığı bir hukuki ilişki dolayısıyla dava hakkı tanımamanın bireysel başvurunun bir başka ifadeyle anayasa şikâyetinin objektif hukuk düzenini koruma işlevini yerine getirmesine engel olacağı*”⁹⁷ şeklinde görüşler ileri sürülmüş ve 6216 sayılı

93 Döşemealtı Belediyesi-Türkiye, 23 Mart 2010 tarihli kabul edilemezlik kararının (k.k) Türkçe tercümesinin internet adresi için bkz. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/dosemealtibelediye.pdf> Erişim tarihi: 10 Kasım 2012

94 Abdullah Demirbaş ve Diğerleri/ Türkiye, no.1093/08, 9 Kasım 2010.

95 Kürtçe Belediye Hizmetine AIHM freni, Sabah gazetesi, 3.12.2010, İnternet erişimi için bkz. http://www.sabah.com.tr/Gundem/2010/12/03/kurtce_belediye_hizmetine_ahhm_freni Erişim tarihi: 10 Kasım 2012

96 6216 sayılı Kanun’un madde gerekçelerine internet erişimi için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yılı/kanmetni/6216-1ss.pdf> s- 8, Erişim tarihi: 10 Kasım 2012.

97 GÖZTEPE Ece, Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2011, Sayı 95, s.29.

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

Kanun'da kamu tüzel kişilerine başvuru imkânı verilmemesi eleştirilmiştir.

Yine öğretilerde kamu denetçiliğine ve sivil toplum kuruluşlarına da bu hakkın tanınması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Örneğin kamu denetçiliğine ilişkin görüşe göre; *“yasa gibi genel nitelikte işlemlerin denetlenmesinde kamu denetçiliği kurumuna bireysel başvuru yapma hakkının tanınması insan hakları ile uyumsuz bu tarz düzenlemelerin henüz uygulanmaya başlamadan ya da uygulama hemen başladığında denetlenmesini sağlayacağı, Böylece bu tarz bir işlemin ileride yaratacağı birçok ihtilafın en başta önlenmiş olacağı”*⁹⁸, yönünde öneride bulunulmuştur.

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu 14 Haziran 2012 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Ancak, söz konusu kurumun görevlerine ilişkin 5. maddesinin incelenmesinden kurumun bireysel başvuruya ilişkin bir görevinin olmadığı görülmektedir⁹⁹.

Bununla birlikte farklı ülkelerde kamu tüzel kişiliklerine sınırlı da olsa bazı haklar bakımından başvuru hakkı verilmiştir.

Örneğin Almanya'da üniversiteler, enstitüler, radyo televizyon gibi devlet yapısı ile bağlantılı olmalarına rağmen, bir dereceye kadar devletten bağımsız faaliyet yürüten kuruluşların taşıyıcısı oldukları haklarla (bilgi edinme hakkı vb.) sınırlı olarak başvuruda bulunabilecekleri kabul edilmektedir¹⁰⁰. Almanya'da kamu tüzel kişileri yalnızca temel hakkın korunduğu yaşam alanının ilgili hak sahibine doğrudan özgülenmesi hâlinde şikâyetle bulunabilirler. Örneğin bilim özgürlüğü nedeniyle üniversiteler başvuru yapabilirler¹⁰¹. İspanya'da amparo başvurusu hakkı gerçek ve tüzel kişilerin yanında kamu denetçisi ve savcılık makamına da tanınmaktadır¹⁰². İspanya Anayasa Mahkemesi'ne göre özel hukuk tüzel kişileri ile kamu tüzel kişileri de amparo hakkına sahiptir. Ancak, kamu tüzel kişilerinin bu hakkı bir istisna olarak değerlendirilmektedir (STC 175/2001, 26 Temmuz 2001)¹⁰³. İspanya Anayasa'nın 14 ilâ 30. maddelerinde düzenlenen temel hak ve özgürlükler ile sınırlı olmak üzere amparo başvurusu yapılabilir. İspanya Anayasası'nın 53. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre; ihlalden etkilenebilecek gerçek ve tüzel kişilikler amparo başvurusunda bulunabilirler. İspanya Anayasa Mahkemesi içtihadı-

98 NALBANT, Atilla, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru**, Anayasa Şikâyeti ve Avrupa İnsan Hakları Uygulaması, Uluslararası Sempozyum, Ankara, 10 Aralık 2010, s.229

99 6328 sayılı Kanun'un madde metnine internet erişimi için bkz. <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Kanunlar.aspx> Erişim tarihi: 29.12.2013.

100 KILINÇ, a.g.m., s. 29, GÖZTEPE, Ece, a.g.e., s.50, 55.

101 EKİNCİ, Hüseyin, a.g.m., s. 147, (Hassemire, s.3).

102 BAAMONDE, Maria Emilia Casas, **“Amparo Başvurusu”** Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 26, Yıl, 2009, s.102, EKİNCİ, Hüseyin, a.g.e., s.147.

103 BAAMONDE, Maria Emilia Casas, a.g.m., s.102.

na göre de; tüzel kişiliklere ilişkin başvuruda esas olarak özel hukuk tüzel kişilerinin başvuru hakkına vurgu yapılmakta birlikte meslek odalarının, üniversitelerin, siyasi partilerin, sendikaların, belediyelerin de başvuru hakkı olduğu kabul edilmiştir¹⁰⁴.

3.2. Anayasa Mahkemesinin Kamu Tüzel Kişilerine İlişkin Kararları

3.2.1. Mahalli İdareler

3.2.1.1. Köy Tüzel Kişiliği

Anayasa Mahkemesi kamu tüzel kişileri tarafından yapılan başvurulara ilişkin olarak ilk kararını 25 Aralık 2012 tarihinde 2012/22 sayılı kararı ile vermiştir¹⁰⁵.

İki köy tüzel kişiliği arasındaki yayla ve mera uyuşmazlığı ile ilgili davanın, yargılama ve kanun yolu incelemeleri sürecinde usul hükümlerinin yanlış uygulandığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden bahisle yapılan başvuruda Mahkeme; Anayasa'nın 148. maddesi ile 127. maddesi ve 6216 sayılı Kanun'un 45 ve 46. maddesinin ve 442 sayılı Köy Kanunu'nun konuya ilişkin hükümlerine yer verdikten sonra *"Bireysel başvurunun, kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanınan bir yol olduğu"* belirtilmiş ve kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınmasının, bu anayasal kurumun hukuki niteliği ile bağdaşmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Mahkeme kararın sonuç kısmında ise; *"Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yöneticileri doğrudan seçimle işbaşına gelen ve kamu tüzel kişiliğini haiz mahalli idare birimi olan köye, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapamayacaklarını hükme bağlayan 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca bireysel başvuru yapma hakkı tanınmamıştır. Açıklanan nedenlerle kamu tüzel kişisi olan başvurucunun bireysel başvuru ehliyeti bulunmadığı anlaşıldığı..."* gerekçelerine yer vermek suretiyle *"kişi yönünden yetkisizlik"* nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.

104 ESEN, Selin, *"Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)"*, Türkiye Barolar Birliği, Panel, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Sayı: 201, Ankara-2011, s.46.

Bu konuda farklı ülke uygulamaları için bkz. KUŞ, Mustafa *"Örnek Uygulamalar Işığında Bireysel Başvuru ve Geleceği"*, *Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)*, Editör: Sevtap YOKUŞ, Seçkin Yayınları, Ankara-2014, s. 101.

105 Anayasa Mahkemesinin 25.12.2012 gün ve 2012/22 sayılı kararına internet erişimi için bkz. Erişim tarihi: 29.12.2013.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000294&content=

3.2.1.2. Belediyeler

Kamu tüzel kişilerinden olan belediyeler tarafından yapılan başvurular da kişi bakımından yetkisizlik kapsamında kabul edilemez bulunarak reddedilmiştir. 12/11/2012 tarih ve 6360 sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca ... İli, ... İlçesi, ... Belediyesinin tüzel kişiliğinin ilk mahalli idareler genel seçiminden geçerli olmak üzere kaldırılarak köye dönüşecek olması nedeniyle "yerel yönetim ilkesi"nin ihlal edildiği ileri sürülerek yapılan başvuru Anayasa Mahkemesinin 12/02/2013 tarih ve 2012/1327 başvuru numaralı kararı¹⁰⁶ ile reddedilmiştir.

Mahkeme kararda; "Somut olayda başvuru, kamu tüzel kişisi olan ... Belediyesini temsilen yapılmıştır. Oysa başvurunun kamu tüzel kişisi olması nedeniyle bireysel başvuru ehliyeti bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kamu tüzel kişisi olan başvurunun bireysel başvuru ehliyeti bulunmadığı anlaşıldığından, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "kişi yönünden yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir." şeklinde gerekçelere yer vermiştir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi aynı yasal düzenlemeye karşı kapatılması öngörülen yerleşim yerlerinde yaşayan kişiler tarafından yapılan başvuruları da yasama işlemi aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gerekçesiyle "konu yönünden yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir¹⁰⁷.

Anayasa Mahkemesine 12/11/2012 tarih ve 6360 sayılı Kanun'dan kaynaklı 400 civarında başvuru yapılmıştır¹⁰⁸. Bu başvuruların büyük bir çoğunluğu kapatılacak köy ya da belediyelerde ikamet eden sakinler tarafından yapılmış ve başvuru icarlar ikamet ettikleri yerleşim yerlerinin kapatılmasına ilişkin mağdur statüsünde olduklarını ciddi bir şekilde ispat etmemişlerdir. Anayasa Mahkemesi de kararında bunların söz konusu yasal düzenleme ile mağdur olup olmadıklarını irdelememiştir. Kabul edilemezlik hiyerarşisine göre¹⁰⁹

106 Anayasa Mahkemesinin 12/02/2013 tarih ve 2012/1327 sayılı kararına internet erişimi için bkz. Erişim Tarihi:29.12.2013.

http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000329&content=

107 Anayasa Mahkemesinin 16/4/2013 tarih ve 2013/469 sayılı kararı kararına internet erişimi için bkz. Erişim Tarihi:29.12.2013.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/832cd482-2973-436a-900c-4a20222b9e68?wordsOnly=False>

108 ÇINAR, İbrahim, a.g.m., s.49.

109 AHİM'in Kabul Edilemezlik Hiyerarşisi için bkz. DURMAZ, Cüneyt, "Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Nedenleri", Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), **Anayasa Mahkemesi Yayınları**,

mağdur statüsü olmayan başvuruçular yönünden “kişi bakımından yetkisizlik” kararı verilmesi gerekirken “konu bakımından yetkisizlik” kararı verilmesi kanaatimizce doğru olmamıştır.

Kaldı ki mahkeme kararında “Somut olayda başvuruçucu, güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilendiğine ilişkin güçlü ve ikna edici gerekçeler ileri sürmek-sizin 6360 sayılı Kanun uyarınca ikamet ettiği beldenin köye dönüştürülmesi ne-deniyile eğitim, sağlık, ulaşım, çevre gibi temel kamu hizmetlerine erişimde sorun yaşayabileceği ihtimalinden bahsetmektedir. Buna karşılık anılan Kanun, yalnızca mahalli idare birimi değişikliği öngörmekte olup, başvuruçunun belirttiği kamu hiz-metlerine erişim ile ilgili bir sonuç meydana getirmiş değildir. Kaldı ki bahsedilen kamu hizmetleri, bir yerleşim yerinde belediye kurulmasına bağlı olmaksızın ilgili idari birimlerin yerine getirmeleri gereken hizmetlerdir. Bu nedenle başvuruçunun salt söz konusu düzenleme nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkının ihlal edildiğin-den bahsetmek mümkün değildir.”¹¹⁰ şeklinde gerekçelere yer vermekle kendi karar sonucuyla çelişmiştir. Böyle bir gerekçe olan kararın sonucu “konu ba-kımından yetkisizlik” değil, “kişi bakımından yetkisizlik” kararı olmalıydı.

3.2.2. Meslek Kuruluşları

Kamu tüzel kişiliğine haiz meslek örgütlerinin de kamu tüzel kişileri gibi baş-vuru hakkı bulunmamaktadır.

Bu konuda Anayasa Mahkemesine yapılmış pek çok başvuru bulunmaktadır. Örneğin;Ticaret ve Sanayi Odası tarafından 18/5/2004 tarih ve 5174 sa-yılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu’nun 16. maddesinin beşinci fıkrasında ve 18. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, üst üste iki dönem meclis başkanlığı ve yönetim kurulu başkanlığı yapmış olanların, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve yeniden seçileme-yeceklerini öngören hükümler nedeniyle anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürülerek yapılan başvuruya da Anayasa Mahkemesi 05/03/2013 tarih ve 2012/743 sayılı kararı¹¹¹ ile Ticaret ve Sanayi Odası’nın kamu tüzel kişiliğine haiz meslek örgütü olduğundan ve bireysel başvuru yapma hakkı bulunma-dığından bahisle kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bul-muştur.

Yine Türkiye Tabipler Birliği ile Devrimci İşçi Sendikası Konfederasyo-

Ankara- 2013, s.225.

110 Anayasa Mahkemesinin 16/04/2013 tarih ve 2013/469 sayılı kararı

111 Anayasa Mahkemesinin 05/03/2013 tarih ve 2012/743 sayılı kararına internet erişimi için bkz. Erişim Tarihi:29.12.2013.

http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000364&content=

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

nu'nun birlikte yaptığı başvuruda¹¹² Türkiye Tabipler Birliği, Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrası kapsamında kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olduğundan bahisle başvuru kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulunarak reddedilmiştir.

Bu kapsamda mahalli idare birlikleri de kamu tüzel kişiliğine haiz meslek örgütleridir. Anayasa Mahkemesine 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'nun 15. maddesine göre kurulmuş bir sulama birliği başvuru yapmıştır. Mahkeme 6172 sayılı Kanun ile 5355 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinin yürürlükten kaldırılması nedeniyle, 6172 sayılı Kanuna tabî olarak faaliyetlerini sürdüren.... Sulama Birliğinin kamu tüzel kişiliğine haiz meslek kuruluşu olduğundan bahisle kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir¹¹³.

Bir meslek örgütü olan baroların da bireysel başvuru yapması mümkün değildir. Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunan bir baro tarafından, üyesi olan avukatın suça sürüklenen tutuklu çocuğa müdafii olarak ceza yargılamasında görevlendirildiğini, duruşma öncesinde avukatın çocukla görüşmesinin kolluk tarafından engellendiğini, ilgili kolluk görevlisi hakkında yapmış olduğu suç duyurusu ile ilgili olarak kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verildiğinden bahisle başvuru yapması üzerine Mahkeme Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrası ve 1136 sayılı Kanun'un 76. maddesine göre karar organları seçimle işbaşına gelen ve kamu tüzel kişiliğini haiz meslek kuruluşu olan ...Barosu'nun, 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca bireysel başvuru yapma hakkı tanınmadığı gerekçesiyle "*kişi bakımından yetkisizlik*" nedeniyle kabul edilemezlik kararı vererek başvuruyu reddetmiştir¹¹⁴.

3.2.3. Üniversiteler

Bir vakıf üniversitesi tarafından hissedar olduğu taşınmaza kamulaştırmasız el attığı iddiasıyla aleyhine açılan dava sonucunda tazminata hükmedilmesinin mülkiyet ve adil yargılanma haklarını ihlal ettiği ileri sürülerek yapılan başvuru da kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulunarak reddedilmiştir. Kanaatimizce bu karar da özellikle adil yargılanma hakkı şikâyeti bakımından doğru olmamıştır. Kararda bizim de iştirak ettiğimiz en-dişeler azlık oyu gerekçesinde yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 21/11/2013 tarih ve 2013/1430 başvuru numaralı¹¹⁵

112 Anayasa Mahkemesinin 9/1/2014 tarih ve 2013/7497 sayılı (K.K.) kararı.

113 Anayasa Mahkemesinin 31/12/2014 tarih ve 2014/15894 sayılı (K.K.) kararı.

114 Anayasa Mahkemesinin 12/2/2014 tarih ve 2013/6136 sayılı (K.K.) kararı.

115 Anayasa Mahkemesinin 21/11/2013 tarih ve 2013/1430 sayılı kararına internet erişimi için

kararında; “*Vakıf üniversitesi, gelirlerini, sadece kendi üniversitelerini ve mülkiyeti üniversitelere ait kurum ve kuruluşları geliştirmek amacıyla harcamak kaydıyla, vakıflar tarafından kanunla kurulmuş bulunan, kamu tüzel kişiliğine sahip, yüksek düzeyde araştırma, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan kuruluş ve birimlerden oluşan yükseköğretim kurumu olarak tanımlanmaktadır... Vakıf üniversiteleri, devlet tarafından, kanunla ve kamu tüzel kişisi olarak kurulmaktadır. Yasayla kurulma zorunluluğunun doğal sonucu olan ‘kamu tüzel kişiliği’ niteliği, üniversitelerin yapısına has bir özellik olduğundan, vakıflar tarafından kurulan üniversitelerin de kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu açıktır...*” şeklinde gerekçelere yer vererek vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğine haiz kurumlar olduğu tespitinde bulunmuş ve kararın sonuç bölümünde de; “*kamu tüzel kişiliğini haiz üniversite olan başvurucunun bireysel başvuru ehliyeti bulunmadığı anlaşıldığından, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “kişi yönünden yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.*” şeklinde gerekçelere yer vermek suretiyle başvuruyu kabul edilemez bularak reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesinin ... Üniversitesi tarafından yapılan başvuruda 6216 sayılı Kanun’u dar bir şekilde yorumladığı görülmekte olup, şayet bir içtihat değişikliği olmazsa Mahkemenin kamu tüzel kişilikleri tarafından yapılan hiçbir başvuruyu kabul etmeyeceği, 6216 sayılı Kanun’u geniş olarak yorumlayarak içtihadını değiştirmesi hâlinde Almanya ve İspanya uygulamasında olduğu gibi, üniversiteler, enstitüler, radyo televizyon kuruluşları, meslek odaları ve belediyeler gibi devlet yapısı ile bağlantılı olmalarına rağmen, bir dereceye kadar devletten bağımsız faaliyet yürüten kuruluşların taşıyıcısı oldukları haklarla (bilgi edinme hakkı vb.) sınırlı olarak başvuruda bulunmalarına cevaz verebileceği düşünülmektedir.

4. ÖZEL HUKUK TÜZEL KİŞİLERİNİN BAŞVURU HAKKI

6216 sayılı Kanun’un 46. maddesinin (2) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan; “...Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.” şeklindeki düzenlemeye göre; özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ilişkin örgütlenme ve hak arama hürriyeti gibi temel haklar bakımından Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunabileceklerdir. Özel hukuk tüzel kişilerinin üyelerinin haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle yaptıkları başvurular ise kişi bakımından bağdaşmazlık kapsamında reddedilecektir.

Özel hukuk tüzel kişileri de doğalarına ve faaliyet alanlarına uygun olan

bkz. Erişim Tarihi:29.12.2013

http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000660&content=universite

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

temel haklar konusunda (eşitlik, çalışma özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı, doğal hâkim ilkesi, hak arama özgürlüğü vb) bireysel başvuruda bir başka ifadeyle anayasa şikâyetine başvurabileceklerdir¹¹⁶.

AIHM kendine bu kapsamda yapılan başvurularda özel hukuk tüzel kişiliklerini hükümet dışı kuruluş ya da kişi grupları olarak tasnif etmekte ve yapılan başvurularda ilk olarak tüzel kişiliğin ihlalden doğrudan etkilenip etkilenmediği sorusuna cevap aramaktadır. Tüzel kişiliğin haklarına doğrudan bir müdahale olmayan durumlarda yani üyelerinin hak ve menfaatlerinin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda mağdur statüsünün bulunmadığından bahisle kabul edilemez bularak reddedildiği, tüzel kişiliğin bir hakkının ihlal edildiğinin tespit edildiği durumlarda ise tüzel kişiliğin mağdur statüsünün bulunduğu karar verilerek inceleme yapıldığı görülmektedir¹¹⁷.

4.1. Anayasa Mahkemesinin Özel Hukuk Tüzel Kişiliğine İlişkin Kararları

4.1.1. Dernekler

Anayasa Mahkemesi özel hukuk tüzel kişileri yönünden ilk kararını 25 Aralık 2012 gün ve 2012/95 sayılı kararı ile vermiştir.

Başvurucu çocuk onkolojisi konusundaki bilimsel, teknolojik, mesleki ilerlemeleri desteklemek ve çocuk onkolojisi tedavi uygulamalarının kalitesini yükselterek tıbbın bu dalında hizmet alan toplum bireylerinin çıkarlarını korumak amacıyla kurulmuş olan bir dernektir.

Olayda; Yükseköğretim Genel Kurulu tarafından alınan bir karar ile tıp fakültelerini oluşturan bölüm, ana bilim ve bilim dallarının çocuk sağlığı ve hastalıkları ana bilim dalına bağlı çocuk hematolojisi ve çocuk onkolojisi yan bilim dalları “*çocuk hematolojisi ve onkolojisi bilim dalı*” olarak birleştirilerek tek yan dal hâline getirilmiş ve başvuru söz konusu idari işlemin iptali istemiyle, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı aleyhine Danıştay dava açmış olup, söz konusu dava başvuru tarihi itibarıyla derdesttir.

Bu arada 18/7/2009 tarih ve 27292 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği ile çocuk sağlığı ve hastalıkları ana bilim dalına bağlı olan çocuk hematolojisi ve çocuk onkolojisi yan dalları, “*çocuk hematolojisi ve onkolojisi*” adı altında birleştirilerek tek yan dal hâline getirilmiştir. Yönetmelik’in geçici 11. maddesinde, çocuk hematolojisi ya da çocuk onkolojisi yan dallarında uzmanlık eğitimi almakta olanların, bu eğitimlerine çocuk hematolojisi ve onkolojisi adı altında devam edeceği dü-

116 KILINÇ,, a.g.m., s- 29, GÖZTEPE, Ece, a.g.m., s-50, 55, EKİNCİ, Hüseyin, a.g.m. s.147,

117 SAĞLAM, Musa, Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Bireysel Başvuru Hakkı, **HUKAB Dergisi**, Ocak-Mart 2014, Sayı:8, s.4-6.

zenlenmiştir. Ayrıca maddede, bu dallarda uzmanlık belgesi almış olanların Yönetmelik'in yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde başvurmaları hâlinde uzmanlık belgelerinin çocuk hematolojisi ve onkolojisi olarak değiştirileceği kuralına yer verilmiştir. Başvurucu, anılan Yönetmelik'in iptali istemiyle, Başbakanlık ve Sağlık Bakanlığı aleyhine dava açmıştır. Bu davada Danıştay'da başvuru tarihi itibarıyla derdesttir.

Bu konuda yapılan son düzenleme de 6225 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile yapılmış ve 1219 sayılı Kanun'un bazı maddeleri değiştirilerek tıpta uzmanlık ana dalları ile bağlı yan dalları ve eğitim süreleri yeniden belirlenmiş, ayrı yan dallar olan çocuk hematolojisi ve çocuk onkolojisi, Kanun'a ekli 3 sayılı çizelge ile tek yan dal hâline getirilmiştir. Aynı Kanun'un 12. maddesi ile de 1219 sayılı Kanun'a eklenen geçici 8. maddenin dördüncü fıkrasının (ç) bendi uyarınca çocuk hematolojisi ya da çocuk onkolojisi adıyla uzmanlık belgesi almış olanların uzmanlık belgelerinin "*çocuk hematolojisi ve onkolojisi*" olarak değiştirileceği, çocuk hematolojisi ya da çocuk onkolojisi yan dallarında uzmanlık eğitimi yapmakta olanların eğitimlerine "*çocuk hematolojisi ve onkolojisi*" adı altında devam edecekleri düzenlenmiştir.

Başvurucu çocuk onkolojisi disiplininin çalışma alanının oldukça geniş ve bu alanda hasta sayısının ülkemizin genç nüfusa sahip olması nedeniyle çok fazla olduğunu, çocuk hematolojisi ile çocuk onkolojisi disiplinlerinin lösemi hastalığı dışında ortak çalışma alanının bulunmadığını, iki ayrı disiplin için toplam üç yıl eğitim süresi öngörülmesinin bilimsel bir temelini olmadığını, bu alanda nitelikli uzman yetişmesinin de mümkün olamayacağını ve birbirlerinden farklı olan bu iki disiplinin birleştirilmesiyle sunulacak sağlık hizmetinin kalitesinin düşeceğini belirterek başvuru konusu kanuni düzenleme nedeniyle üyelerinin, Anayasa'nın 10, 12, 27, 36, 40, 42, 48, 56, 125 ve 138. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğinden bahisle başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi bu konudaki başvuruya ilişkin kararında, 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan hüküm uyarınca, özel hukuk tüzel kişilerinin (dernekler, vakıflar, ticari ortaklıklar vb.) bireysel başvurunun niteliği gereği sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabileceklerini belirttikten sonra söz konusu maddenin (1) numaralı fıkrası uyarınca bireysel başvuru yapılabilmesi için güncel ve kişisel hakların doğrudan ihlal edilmiş olmasının gerekli olduğunu ve bireysel başvuruda bulunacakların, başvuruya konu ettiği kamu gücü işlemi, eylemi ya da ihmali nedeniyle ya kişisel olarak doğrudan etkilenmiş olmasının ya da başvuru ile doğrudan mağdur arasında şahsi ve özel bir bağ bulunmasının başvuruda bulunmak için zorunlu oldu-

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

ğunu vurgulamıştır.

Öte yandan Mahkeme soyut dava açma (actio popularis) konusuna da vurgu yapmak suretiyle “Anayasa ve 6216 sayılı Kanun’un anılan hükümleri gözetildiğinde, Öte yandan, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunda bir düzenlemenin soyut biçimde Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülmesine imkân vermediğine” dikkat çekmiştir.

Mahkeme kararın sonuç kısmında ise; “Somut olayda kanuni düzenleme “çocuk hematolojisi” ve “çocuk onkolojisi” bilim dallarının birleştirilmesine yönelik olup, çocuk hematolojisi ya da çocuk onkolojisi yan dallarında uzmanlık eğitimi ni 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. Açıklanan nedenlerle, özel hukuk tüzel kişisi olan başvuru Derneğin mağdur sıfatı taşımadığı anlaşıldığından başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “kişi yönünden yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.” gerekçelerine yer vermek suretiyle başvurunun, “kişi yönünden yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.

4.1.2. Vakıflar

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi özel hukuk tüzel kişilerinden olan Mardin Süryani Katolik Kilisesi Vakfı tarafından daha önce maliki olduğu, kilise ve patrikhane olarak kullanılan taşınmazın bir bölümünün 1987 yılında yapılan kadastro çalışması sonucunda Hazine adına tescil edilmesinin ardından 2009 yılında açtığı tapu tescil ve iptal davasının reddedilmesi nedeniyle din ve vicdan hürriyeti, hak arama hürriyeti ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden bahisle yapılan başvuru kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle reddedilmemiş, bölümler tarafından kayda alınarak incelenmiş ancak başvuru açıkça dayanakten yoksun bulunarak reddedilmiştir^{118, 119}.

4.1.3. Siyasi Partiler

Anayasa’nın 68. maddesinde yer alan düzenlemelere göre; siyasi partiler de-

118 Anayasa Mahkemesinin 13/6/2013 tarih ve 2013/753 başvuru numaralı kararına erişim için bkz. Erişim Tarihi: 27/12/2013. http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000498&content=

119 Karar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. SAGLAM, Musa, a.g.m., s. 7.

mokratik hayatın vazgeçilmez unsurlarından olup önceden izin alınmadan kurulabilmesine imkân bulunan ve Anayasa ve kanun hükümleri içinde faaliyetlerini sürdüren tüzel kişiliklerdir.

Anayasa Mahkemesinin 10/2/1994 tarih ve E.1992/2, K.1994/1 sayılı kararında; Anayasa'nın siyasî partileri kamu kurumları olarak nitelendirmediği tespiti yapılmış, 30/7/2008 tarih ve E. 2008/1, K. 2008/2 sayılı kararında ise; siyasi partilerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) "örgütlenme özgürlüğü" ile "düşünce ve ifade özgürlüğünü" düzenleyen 10. ve 11. maddelerinin koruması altında oldukları, belirtilmiştir.

Bu belirlemelerden siyasi partilerin hukuki nitelikleri bakımından kamu tüzel kişisi olmadıkları anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin yukarıda bahsi geçen kararlarında siyasi partilere ilişkin Anayasa'da yer alan özel düzenlemeler dikkate alınarak, siyasi partilerin olağan derneklerden farklı oldukları vurgulanmışsa da bu tespit siyasi partilerin özel hukuk tüzel kişileri olarak bireysel başvuru yapabilmelerine engel bir durumları bulunmamaktadır.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'ne 30/3/2014 tarihinde yapılan Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçimlerinde hukuka aykırılıklar bulunduğu iddiasıyla Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) aday Mansur Yavaş ve CHP tarafından Yüksek Seçim Kurulu'na (YSK) başvurulmuş, söz konusu seçimin iptalini talep etmişler ve bu taleplerinin YSK tarafından reddi üzerine de hem Mansur Yavaş hem de CHP bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesinin 23/7/2014 tarihli ve 2014/5425 başvuru numaralı kararında¹²⁰; *"Cumhuriyet Halk Partisi, Demokratik hayatın vazgeçilmez ögesi kabul edilen siyasi partilerin kendilerini ifade etmelerinde en önemli yol olan seçimlere ilişkin hususların siyasi partilerin tüzel kişiliğine ait haklardan olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçiminde birtakım usulsüzlükler yapıldığı iddialarıyla YSK'ya yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin bir siyasi parti olan CHP'nin tüzel kişiliğine ait haklarını etkilediği açıktır. Bu nedenle başvuru ehliyeti bakımından bir eksiklik bulunmamaktadır."* şeklinde gerekçelere yer verilmek suretiyle CHP'nin tüzel kişilik olarak başvurusu kabul edilmiş, ancak Mahkeme seçimlere ilişkin olarak AİHS kapsamında korunan hakkın, yasama organının seçimi ile ilgili olduğu ve Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca mahalli idare niteliğinde olan Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçimiyle ilgili ihlal iddiaların, bağımsız bir hak

120 Anayasa Mahkemesinin 23/7/2014 tarihli ve 2014/5425 başvuru numaralı kararının tam metni için bkz.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/f2be0ce5-74de-47d9-b43a-3b3d8dfe9581?wildCardText=ki%C5%9Fi%20bak%C4%B1m%C4%B1ndan&wordsOnly=False>

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

olarak AIHS kapsamında değerlendirilmediğinden ve bu hakka yönelik ihlal iddialarının bireysel başvuru konusu yapılabilmesine imkân bulunmadığından bahisle başvuruyu “*konu bakımından yetkisizlik*” nedeniyle kabul edilemez bularak reddetmiştir.

4.1.4. Şirketler

Özel hukuk tüzel kişileri olarak şirketlerin Anayasa Mahkemesine yapmış olduğu pek çok başvuru bulunmaktadır. Şirketlerin tüzel kişiliklerini ilgilendiren konularla ilgili olarak başvuru yapmalarına bir engel bulunmamaktadır¹²¹. Sadece şirketler tarafından yapılan başvurularda şirketi temsile yetkili kişi ya da kişiler veya bunların vekâlet vereceği avukatlar aracılığıyla başvuru yapılması gerekir. Aksi takdirde şirketi temsile yetkili olmayanlar tarafından açılan davalar kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle reddedilmektedir¹²².

Anayasa Mahkemesine başvuru konusunda Türkiye’de kurulmuş şirketler ya da uluslararası faaliyette bulunan şirketler açısından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Örneğin bir video paylaşım sitesi youtube.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair 27/3/2014 tarihli Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) işlemi nedeniyle Anayasa’nın 22., 26., 27., 40., 48. ve 67. maddelerinin ihlal edildiği iddiasıyla gerçek kişilerin yanı sıra “*Youtube LLC Corporation Service Company*” şirketi de bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesinin 29/5/2014 tarih ve 2014/4705 başvuru numaralı¹²³ dosyasında yapılan inceleme sonucunda; youtube.com sitesine erişimin tümüyle engellenmesine yönelik müdahalenin, yeterince açık ve belirgin bir kanuni dayanağa sahip olmadığı ve bu yönüyle başvurucular açısından öngörülebilir nitelikte bulunmadığı dolayısıyla, siteden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan söz konusu idari işlemin, Anayasa’nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine, karar verilmiştir.

Bununla birlikte şirket tüzel kişiliğini ya da şirketin doğrudan menfaatinin olmadığı durumlarda ise mağdur olmadığından bahisle kişi bakımından yetkisizlik kararıyla başvurular reddedilmektedir. Örneğin şirketlerin vergi

121 Anayasa Mahkemesinin 15/10/2014 tarihli ve 1660 başvuru numaralı kararı. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/9d16f8cf-4396-4c0e-ac4f-a4ecd7616298?wordsOnly=False> Anayasa Mahkemesinin 4/12/2013 tarih ve 2013/1213 başvuru numaralı kararı. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/1ffccbc6-1dc7-4de8-95aa-50fa25992078?wordsOnly=False>

122 Anayasa Mahkemesinin 23/1/2014 tarihli ve 2013/1056 başvuru numaralı (K.K.) kararı.

123 Anayasa Mahkemesinin 29/5/2014 tarihli ve 2014/4705 başvuru numaralı kararının tam metni için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?highlightText=%C5%9Firket&wordsOnly=False>

sorumlusu sıfatıyla çalışanın ücretlerinden yapılan vergi kesintisini vergi da-iresine ödemekle mükellef olan şirketin vergi kesinti oranının yüksek oldu-ğundan bahisle yapılan başvuruda başvurucu şirketin güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenmediği için tüzel kişiliğe ait bir hakkı da ihlal edil-miş olmadığından mağdur statüsü bulunmamaktadır. Bu kapsamda yapılan başvurular da Anayasa Mahkemesince kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle reddedilmektedir. Anayasa Mahkemesinin 6/2/2014 tarih ve 2013/5554 başvu-ru numaralı¹²⁴ dosyasında yapılan inceleme sonucunda; başvurucu şirketin iş-çilerine ödediği ücretlerden kesinti yapmak suretiyle ödediği gelir vergisinin Anayasa Mahkemesi kararı gerekçe gösterilerek fazla ödendiği ileri sürülmek suretiyle yapılan başvuruda, özel hukuk tüzel kişisi olan şirketin güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenmediği gibi tüzel kişiliğe ait bir hak da ihlal edilmiş olmadığından, başvurucu şirketin mağdur sıfatı taşımadığı gerekçe-siyle “*kişi yönünden yetkisizlik*” nedeniyle başvuru kabul edilemez bulunarak reddedilmiştir.

4.1.5. Sendikalar ve Konfederasyonlar

Sendika ve Konfederasyonlar da diğer özel hukuk tüzel kişileri gibi sadece kendi haklarının ihlal edildiğinden bahisle başvuru yapabilirler. Bunların üyelerinin haklarının ihlal edildiğinden bahisle başvuru yapmalarına imkân bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesine iki sendika tarafından başvuru yapılmış ise de he-nüz bir karar verilmemiştir. Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonunun bir kamu görevlisi hakkında yapılan şikâyet üzerine verilen “*soruşturma ve kovuşturmayla yer olmadığına*” dair karar sonucunda yapılan bireysel başvuru-da konfederasyonun mağdur sıfatı taşımadığı gerekçesiyle başvurunun “*kişi yönünden yetkisizlik*” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir¹²⁵.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları inceleme yetkisinin başladığı tarih-ten bugüne kadar verdiği kararlarda -birkaç istisna hariç- Avrupa İnsan Hak-ları Mahkemesi’nin içtihadı ile örtüşen nitelikte kararlar vererek temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olarak önemli bir misyonu yerine getirmiş, ül-kemizde ve uluslararası kamuoyunda ilgi ile izlenen bir Mahkeme olmuştur.

124 Anayasa Mahkemesinin 29/5/2014 tarihli ve 2014/4705 başvuru numaralı kararının tam metni için bkz.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?highlightText=%C5%9Firket&wordsOnly=False>

125 Anayasa Mahkemesinin 29/5/2014 tarihli ve 2013/7497 başvuru numaralı (K.K.) kararı.

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

Anayasa Mahkemesi bir taraftan aşırı iş yükü nedeniyle Mahkemenin çalışamaz durumla karşı karşıya kalması endişesi, diğer taraftan da hak ve özgürlükleri koruyarak etkili bir iç hukuk mekanizması olma görevi nedeniyle iki yönlü bir baskı altında bulunmasına rağmen genel olarak verdiği kararlarda adil bir denge gözetmeye çalışmıştır. Aynı zamanda Mahkeme hem AİHM gibi bireysel başvuru mevzuatını geniş yorumlayarak hak ve özgürlüklerin koruyucusu olmuş, hem de bazı konularda mevzuatı dar bir şekilde yorumlayarak iş yükünü azaltmaya çalışmıştır.

Bilindiği üzere bireysel başvuru hakkı genel olarak herkese tanınan bir haktır. 6216 sayılı Kanun'da gerçek kişiler açısından olağan kanun yollarında olduğu gibi, dava ehliyeti için temyiz kudretine sahip olmak, kısıtlı olmak veya reşit olmak gibi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu kapsamda, söz konusu kanunda gerçek kişilere ilişkin sadece yabancılar açısından başvuru konusu yapılabilecek haklar bakımından bir sınırlama yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesi de gerçek kişilerden reşit olmayan küçüklerin velileri, akıl hastalığı veya zayıflığı, yaşlılık, madde bağımlılığı vb. nedenle ya da haklarında verilen hüküm nedeniyle fiil ehliyeti kısıtlanan kişilerin de vasileleri olmaksızın yaptıkları başvurular ile veli ve vasileleriyle birlikte yaptıkları başvuruları kabul etmiştir. Yine yabancılar tarafından sınırlama kapsamında olmayan haklar ile ilgili olarak yapılan başvurular da Mahkemece incelenmiştir. Bu kapsamda yakınlarının ölümü nedeniyle olaydan dolayı olarak etkilenen kişiler tarafından yapılan başvurular da incelenerek karar verilmiştir. Gerçek kişiler tarafından mağdur oldukları konusunda Mahkemeyi ikna edici deliller sunulmaksızın doğrudan kanuna veya genel düzenleyici işlemlere karşı yapılan başvurular ise; mahkemece başvuru sahiplerinin mağdur statüsü incelenmeksizin konu bakımından kabul edilemezlik kararı verilmek suretiyle reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin kanun veya düzenleyici işleminden doğrudan etkilenen ya da potansiyel olarak etkilenme durumunda olan kişiler tarafından yapılan başvuruları inceleyerek başvuru sahipleri lehine henüz bir karar vermediği görülmekle birlikte, mahkemenin bu konuda yapılan başvurularda başvuru sahiplerinin doğrudan ve kişisel olarak ihlalden etkilenme haline ilişkin öznel durumlarını irdeleyeceği ve başvuruları şablon bir şekilde kişi ya da konu bakımından yetkisizlik nedeniyle reddetmeyerek AİHM içtihadına benzer bir şekilde mağdur kavramını esnek yorumlayarak kararlar vereceği düşünülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin başvuru hakkı bulunan kişiler ve başvuru şartları kapsamında (özellikle ceza infaz kurumlarındaki hükümlü ve tutuklular tarafından yapılan başvurularda) mevzuatı geniş yorumlamakla birlikte, hüküm-

lülerin eşleri adına yaptıkları başvurularda bireysel başvuru mevzuatını dar bir şekilde yorumladığı görülmektedir. Mahkemenin bu konudaki yorumunu zamanla içtihatlarıyla genişleteceği değerlendirilmektedir.

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin özel hukuk tüzel kişilerince yapılan başvurulara ilişkin verdiği kararların AİHM içtihadı ile örtüştüğü gözlemlenmektedir. Bununla birlikte Mahkemenin kamu tüzel kişileri tarafından yapılan başvurularda iş yükü kaygısı veya mevzuatı daraltıcı yorumlaması nedeniyle tüm başvurularda kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararları vererek reddettiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin gelecekte mevzuatı geniş bir şekilde yorumlayacağı ve bazı kamu tüzel kişilerinin (üniversiteler, enstitüler, radyo televizyon kurumu, meslek odaları, ticaret borsaları, barolar ve birlikler gibi devlet yapısı ile bağlantılı olmalarına rağmen bir dereceye kadar devletten bağımsız faaliyette bulunan kuruluşlar) adil yargılanma hakkı veya taşıyıcısı oldukları haklar bakımından başvuru yapmalarına imkân tanıyacağı ümit edilmektedir.

Sonuç olarak bireysel başvuru sisteminin ülkemizde hem etkili hem de etkin bir iç hukuk mekanizması olarak işleyebilmesi için Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru mevzuatını ve normları geniş bir şekilde yorumlayarak kararlar vereceği, bu kararlarıyla hak ve özgürlükleri genişleteceği ve bunların koruyucusu olacağı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

ATASOY, Hakan, **Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Kabul Edilebilirlik Koşulları**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli – 2014.

ATASOY Hakan, “*Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu*”, **TAA**, Yıl: 3, Sayı: 9.

BAAMONDE, Maria Emilia Casas, “*Amparo Başvurusu*” **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 26, Yıl, 2009.

ÇINAR, İbrahim, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü*”, Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), **Anayasa Mahkemesi Yayınları**, Ankara- 2013

ÇINAR, İbrahim, “*Bireysel Başvurunun Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Yapılan Bireysel Başvuruların İstatistikî Verilerle Analizi*”, **HUKAB Dergisi**, Ekim- Aralık 2013, Sayı:7.

ÇOBAN, Aykut, **Türkiye’de Ana Rahmindeki Embriyonun Hukuki Statüsü**, 6. Ankara Biyoteknoloji Günleri; Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-Ekonomik Yaklaşımlar 16-17 Kasım 2007. Ankara Üniversitesi Biyoteknoloji Enstitüsü Yayınları, Ankara- 2007.

DOĞRU, Osman, “**Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi**”, Legal Yayıncılık, İstanbul – 2012.

DURMAZ, Cüneyt, “*Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Nedenleri*”, Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), **Anayasa Mahkemesi Yayınları**, Ankara- 2013.

EKİNCİ, Hüseyin, SAĞLAM, Musa, **66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru** Avrupa Konseyi, Ankara- 2012.

ERDAL Uğur, BAKIRCI Hasan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. Maddesi, Uygulama El Kitabı**, World Organisation Against Torture (OMCT), Cenevre- Kasım- 2006.

ESEN, Selin, “*Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)*”, Türkiye Barolar Birliği, Panel, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Sayı: 201, Ankara-2011.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 11 Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa- 2011.

GÖZTEPE, Ece, **Anayasa Şikâyeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No.530.AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 45 Ankara 1998.

GÖZTEPE Ece, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2011, Sayı 95.

KILINÇ,, “Karşılaştırmalı Anayasa yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C- 25, 2008, s.31,

KONTACI, Ersoy, Türk Hukukunda Kısıtlılık hâli ve Seçme Hakkı, **Yaşayan Anayasa**. <http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/kisitlilik.pdf>

KORNBICHLER, Hendrik – POLSTER, Julian – TIEDE, Wolfgang – Urabl, Armin:**Verfassungsrecht Schnell Erfasst**, Berlin Heidelberg New York 2001.

KUŞ, Mustafa “ Örnek Uygulamalar Işığında Bireysel Başvuru ve Geleceği”, **Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)**, Editör: Sevtap YOKUŞ, Seçkin Yayınları, Ankara-2014.

NALBANT, Atilla, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru**, Anayasa Şikâyeti ve Avrupa İnsan Hakları Uygulaması, Uluslar arası Sempozyum, Ankara, 10 Aralık 2010.

ODER, Bertil Emrah, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda (Anayasa Şikâyeti) Etkin ve Etkili Kullanım Sorunları”, Bireysel Başvuru, “Anayasa Şikâyeti” **HUKAB Sempozyum Serisi 1**, HUKAB Yayınları, 2011.

ÖZBEY, Özcan, **Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara- 2013.

PESTALOZZA, Christian, **Verfassungsprozessrecht**, 3. Auflage, München, Verlag, Beck, 1991.

PORAY, Mehmet Akif, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Başvuru ve Mağdurluk Statüsü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:66, Yıl:2006.

REİD, Karen **Article 25 of the Convention: Applications by Children, The Birth of European Human Rights Law**.L’eclosion du Droit europeen des Droits de l’Homme, SALVIA Michele, VİLİGER Mark.E, Baden –Baden, 1998.

SAĞLAM, Musa, Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Bireysel Başvuru Hakkı, **HUKAB Dergisi**, Ocak-Mart 2014, Sayı:8.

ŞİRİN, Tolga, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan**

İ. Çınar: Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul- 2013.

TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 **Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul- 2002.

TEZCAN, D./ERDEM, M:R./ SANCAKTAR, .O., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2004.

YOKUŞ, Sevtap, *“Türkiye’de Anayasa Şikâyetini Hazırlayan Koşullar” Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)*, Editör: Sevtap YOKUŞ, Seçkin Yayınları, Ankara-2014.

ZEVLİLER, Aydın, ERTAŞ, Şeref, HAVUTÇU, Ayşe, GÜRPINAR, Damla, **Medeni Hukuk** Temel Bilgiler, Seçkin Yayıncılık 8. Baskı, Ekim- 2013, Ankara.

Sinan ÇINAR
(*Anayasa Mahkemesi Raportörü*)

BİREYSEL BAŞVURUDA HAKLI MAZERET VE SONUÇLARI

ÖZET

12/9/2010 tarihinde yapılan referandum sonucu kabul edilen 5982 sayılı Kanun ile 1982 Anayasası'nın bazı maddeleri değiştirilmiş, bu kapsamda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları inceleme görev ve yetkisi verilmiştir.

Kesinleşen nihai karar ve işlemlere karşı bireysel başvuruda bulunmak için belli bir süre öngörülmüştür. Bu itibarla, 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, bireysel başvuruların; başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten otuz gün içinde yapılması gerektiği hususu kurala bağlanmıştır.

Ağır hastalık veya mücbir sebep gibi haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuru yapamayanlar açısından ise, mazeretin sona erdiği tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvuru yapabilme olanağı tanınmıştır. Hangi hallerin haklı mazeret sayılacağı, Anayasa Mahkemesi içtihatları ile belirlenmektedir.

Bu çalışmada, mevcut düzenleme ve konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları ışığında haklı mazeret kavramı ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Başvuru Süresi, Haklı Mazeret, Ağır Hastalık, Mücbir Sebep.

GİRİŞ

Anayasa'nın 148. maddesi ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve buna ek Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu protokoller kapsamına giren herhangi birisinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden herkesin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceğine dair bireysel başvuru hakkı kabul edilmiştir.

Özellikle, ihlal iddialarının uzun süre belirsizlik içinde kalmaması amacıyla bireysel başvuruların belli bir süre içerisinde yapılması öngörülmüştür. 6216

1 Çalışmada, 6216 sayılı Kanun olarak kısaltılmıştır.

sayılı Kanun'un 47. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre; bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması kurala bağlanmıştır.

Başvuru süresi AİHS ve mukayeseli hukuk düzenlemesine kıyasen oldukça kısa olarak belirlenmiş ancak süresinde başvuru yapamayanlar açısından çok önemli bir güvenceye de yer verilmiştir. Bu bağlamda, haklı mazeret nedeniyle süresi içerisinde başvuru yapılamaması halinde, başvuru süresinin mazaretin kalktığı tarihten itibaren on beş gün uzaması kabul edilmiştir.

Çalışmada öncelikle bireysel başvuru süresinin niteliği, amacı ve özelliği hakkında açıklama yapılacak, ardından mazeret kavramının hukuki niteliği, benzer kurumlardan farkı hakkında bilgi verilecek, mücbir sebep, ağır hastalık ve diğer haklı mazeret kavramları mevcut düzenleme ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde ayrıntılı olarak incelendikten sonra mazeret talebinin incelenme usulüne yer verilecektir.

1. GENEL OLARAK BİREYSEL BAŞVURU

Bireysel başvuru; kamu gücüne karşı temel hak ve özgürlükleri korumayı amaçlayan, diğer olağan kanun yollarının tüketilmesinden sonra son hukuki çare olarak başvurulabilen, konusu ve tarafları ilk mahkemedeki yargılamadan ya da idari işleminden tamamen farklı, Anayasa yargısı koluna tabi, kendine özgü, ikincil nitelikte bir dava türü olarak tanımlanabilir².

Bir diğer tanıma göre bireysel başvuru; Anayasada ve anayasal belgelerde yer alan hak ve özgürlüklerin, yasama, yürütme veya yargı organları tarafından ihlal edilmesi üzerine, hakkı ihlal edilenler tarafından ihlalin önlenmesi amacıyla olağan kanun yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesine dava edilmesi imkânı tanıyan bir haktır³.

Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevidir. Bu ödevin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi, öncelikle idari ve yargısal makamların görevidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması gerekir⁴. Ancak ihlal iddialarının derece mahkemeleri önünde çözüme kavuşturulamaması veya ihlalin bilakis derece mahkemeleri aşamasında

2 Özcan ÖZBEY, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s.71.

3 Tolga ŞİRİN, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), On İki Levha Yayınları, İstanbul-2013, s.11.

4 AYM kararı, Başvuru No:2013/1205, 17/9/2013, §29.

ortaya çıkması durumunda, başvuru süresi içerisinde Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir.

Almanya, Avusturya, İspanya, Macaristan, Polonya, Çek Cumhuriyeti, Slovak Cumhuriyeti, İsviçre, Belçika, Meksika, Brezilya, Arjantin, diğer Latin Amerika ülkeleri, Doğu Avrupa ülkelerinin birçoğu ve Güney Kore gibi ülkeler başka olmak üzere dünyada oldukça geniş bir alanda bireysel başvuru sistemi uygulanmaktadır⁵.

2. BİREYSEL BAŞVURU SÜRESİ

Bireysel başvuru sisteminin uygulandığı bütün ülkelerde, başvurular bazı şekil şartlarına bağlanmıştır⁶. Bu konuda uygulama birliği olmayıp her ülke bireysel başvuru mekanizmasını farklı usullerle belirlemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), her başvurucunun kendi ülkesindeki hukuki yolları tüketirken oradaki şekil şartlarına uyması gerektiğini benimsemektedir. Bireysel başvuruya konu kamu gücü nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuru, AİHM tarafından etkili ve tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edildiği için bu yolun usulüne uygun olarak tüketilmesi gerekir, aksi halde AİHM'e yapılan başvuru usulden reddedilir⁷.

Bireysel başvurunun şekil ve kabul edilebilirlik şartlarından biri de başvuru süresidir. Bu itibarla, başvurucular tarafından zorunlu kanun yolları tüketildikten sonra, yasal süresi içerisinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilir.

Süresi içerisinde başvuru yapılmadığının ön inceleme aşamasında tespiti hâlinde başvuru süre aşımı nedeniyle idari yönden reddedilir. Bu hususun kabul edilebilirlik veya esas incelemesi aşamasında tespiti hâlinde ise başvuru süre aşımı nedeniyle kabul edilemez bulunarak yine reddedilir.

Süresi içerisinde bireysel başvuru yapılmadığı reddedilen bir başvuru, Anayasa Mahkemesi'nce esas yönünden incelenmez. Anayasa Mahkemesi kararından sonra AİHM'e yapılan aynı yöndeki başvuru; AİHM tarafından iç hukuk yollarının usulüne uygun olarak tüketilmediği gerekçesiyle reddedilebilir. Bu nedenle, başvuru süresi içerisinde bireysel başvuru yapılması oldukça önemli bir konudur.

5 KILINÇ, Karşılaştırmalı Anayasa yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Sayı:25, s.23.

6 Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız Ebru KARAMAN, Karşılaştırmalı Anayasa yargısında Bireysel Başvuru Yolu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.234-236.

7 Tolga ŞİRİN, a.g.e., s.544.

2.1. Başvuru Süresinin Amacı

6216 sayılı Kanun gerekçesinde bireysel başvurunun belirli bir süre ile sınırlandırılmasına ilişkin gerekçe, şu şekilde açıklanmıştır.

“Bireysel başvurunun kişisel ve güncel bir temel hak ihlalinin ortadan kaldırılmasına yönelik bir anayasal kurum olması, başvuruların belli bir sürede yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bireysel başvurunun gerçek bir güvence teşkil edebilmesi, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılabilir nitelikte olmasıyla yakından ilintilidir. Bu nedenle başvurunun, kanun yollarını tüketen nihai işlemin başvurucaya tebliğ edildiği tarihten veya kanun yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten başlayarak otuz gün içinde yapılması öngörülmüştür.”

Başvuru süresi ile bireysel başvuruların Anayasa Mahkemesince incelenmesinin süre yönünden sınırları belirlenerek ihlal konusu temel hak ve hürriyetlerin hangi süreler içerisinde incelenebileceği açıklığa kavuşturulmuştur. Bu durum, ayrıca ihlal iddialarının kamu veya bireyler yönünden uzun sürelerle belirsizlik içinde kalması yönündeki sakıncaları ortadan kaldırmaktadır⁸. Başvuruların belli bir süre içerisinde yapılması kuralı ile yargı kararlarının kesinliği ve hukuk güvenliği ilkeleri korunmuştur⁹.

2.2. Başvuru Süresinin Uzunluğu

AİHS'in 35. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca; uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen prensiplerine göre, ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde AİHM'e başvurulabilir¹⁰. Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak başvurularda ise bu süre, belirtilen süreye kıyasen oldukça kısa tutulmuştur.

Doktrinde, bireysel başvuru süresinin daha soğukkanlı düşünerek nitelikli bir başvuru dilekçesi hazırlamak isteyen başvuruca için yetersiz olduğu

8 Atilla NALBANT, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru, AİHM ve Türkiye-II Uluslararası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No:8, Ankara 2010, s.235-236.

9 Musa SAĞLAM, Bireylerin Anayasa Mahkemesine Başvurusu (Bir Reform Önerisi), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül-Ekim 2005, Sayı:60, s.160.

10 AİHS'e ek 15 nolu protokol 24/6/2013 tarihi itibarıyla imzaya açılmış olup, belirtilen protokol ile AİHM'e başvuru süresi dört ay olarak yeniden belirlenmiştir. 13/9/2013 tarihinde Türkiye tarafından imzalanan protokolün, sözleşmeciler devletlerin tamamının imzalamasından üç ay sonra yürürlüğe gireceği öngörüldüğünden, protokol henüz yürürlüğe girmemiştir. Bu nedenle AİHM'e başvuru süresi halen altı ay olarak uygulanmaktadır.

S. Çınar: Bireysel Başvuruda Haklı Mazeret ve Sonuçları

ileri sürülmektedir¹¹. Başvuru süresinin idari yargıda iptal davalarında dava açma süresi olarak uygulanan altmış gün olarak belirlenebileceği, bu sürenin iç hukuk yolları bakımından oldukça kısa olduğu yönlerinden eleştirilmektedir¹². Diğer bir görüş, bireysel başvuru sisteminin özelliği dikkate alındığında bu sürenin altı ay veya üç ay olarak belirlenmesi gerektiği şeklindedir¹³.

Bireysel başvuruda bulunabilmek için idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi koşulu arandığından, bireysel başvuruların tamamına yakın bir bölümü yargı kararları kesinleştikten sonra yapılmaktadır. Bu bakımdan nihai karardan sonra işlemeye başlayacak olan otuz günlük sürenin, kişilerin başvuruda bulunup bulunmayacaklarını değerlendirmeleri ve başvuruda bulunmaları hâlinde şikâyetlerini ve delillerini belirlemeleri açısından yeterli olduğu ileri sürülmektedir¹⁴.

Kanaatimce başvuru süresinin uzun bir süre olarak belirlenmesi, hukuk güvenliğini zedeleyebilir. Ayrıca sürenin uzun belirlenmesi, insan hakları konusundaki sorunların uzun bir süre çözümsüz kalmasına sebep olabilir.

Kaldı ki, 6216 sayılı Kanun'da, haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanların mazeretin kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvuruda bulunabilecekleri belirtilerek, başvuru hakkının sırf usulü bir gerekçeyle kaybedilmesinin önüne geçecek önemli bir güvenceye de yer verilmiştir¹⁵.

Dolayısıyla, belirlenen otuz günlük başvuru süresi ile başvuru formu ve eklerini hazırlamaları için yeterli zaman sunulduğu düşünülmektedir. Nitekim AİHM de Uzun/Türkiye kararında, başvuru yollarından mazeret kurumunun düzenlenmesi nedeniyle, Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvurular için öngörülen otuz günlük sürenin makul ol-

11 Öykü Didem AYDIN, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, 2011, Sayı:4, s.155 vd; İbrahim ŞAHBAZ, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru", Türkiye Barolar Birliği Yayınları:201, Ankara 2011, s.99; Ersan ŞEN-Bilgehan ÖZDEMİR, "Anayasa Mahkemesi Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi", Terazi Dergisi, Sayı:5, Mart 2011, s.85.

12 Işıl KARAKAŞ, Anayasa Şikâyeti ve AİHM, AİHM ve Türkiye-II, Uluslararası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No: 8, Ankara 2010, s. 42.

13 Ersan ŞEN, Adli Tatilde Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Süresi, <http://www.hukukihaber.net/m/?id=3161&t=makale>, Erişim Tarihi:9/12/2014.

14 Hüseyin EKİNCİ, "Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü", Bireysel Başvuru, "Anayasa Şikâyeti" HUKAB Sempozyum Serisi 1, HUKAB Yayınları, 2011, s.145; Hakan ATASOY, "Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2012, s. 81.

15 Okan TAŞDELEN, "Biri Sizi Gözetliyor: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Penceresinden Bireysel Başvuru Hakkı", HUKAB Yayınları, Sayı:2, Temmuz-Eylül 2012, s.9.

duğuna karar vermiştir¹⁶.

2.3. Başvuru Süresinin Özellikleri

Otuz günlük başvuru süresi hak düşürücü süre niteliğinde olup usulü karşılığı “*itiraz*” kavramı ile açıklanabilir¹⁷. Bu nedenle, başvuru süresi kesin ve kamu düzenine ilişkin olup bireysel başvurunun bütün aşamalarında Anayasa Mahkemesi’nce re’sen dikkate alınmaktadır¹⁸. Bu husus ön inceleme aşamasında tespit edilir ise başvuru idari yönden reddedilir, ön inceleme aşaması geçtikten sonra, ancak nihai karar verilmeden önce herhangi bir aşamada tespit edilir ise komisyon veya bölüm tarafından süreaşımı nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilebilir.

Başvuru süresinin hesaplanmasına dair belgelerin başvuru tarafından forma eklenmesi gerekir. İspat külfeti kural olarak başvuru kadardır. Başvurunun süresinde olup olmadığı, Adalet Bakanlığı görüşünde ileri sürülmesi bile Mahkemece re’sen incelenir. Diğer bir ifadeyle, Adalet Bakanlığı tarafından bu husus belirtilmesi bile başvuru süreaşımı yönünden değerlendirilir. Ancak başvuru tarafından süre hesabına ilişkin belge eklenmesine rağmen başvurunun süresinde yapılmadığı ileri sürülmüş ise bu hususun Bakanlık tarafından ispatı gerekir.

Kural olarak işlemeye başlayan başvuru süresinin durması veya kesilmesi söz konusu değildir. Ancak haklı mazerete dayalı başvurularda, başvuru süresinin uzaması söz konusu olup bu husus çalışmada ayrıntılı olarak incelenecektir.

3. BİREYSEL BAŞVURUDA MAZERET

3.1. Genel Olarak

Yukarıda da değinildiği üzere, otuz günlük başvuru süresi hak düşürücü süre niteliğinde olduğundan bu sürenin kesilmesi ya da durması söz konusu değildir¹⁹. Bu nedenle, haklı bir mazeret dahi kural olarak sürenin işleyerek

16 “...Otuz günlük başvuru süresi, ilk bakışta makul bir süredir ve ilgili şahsın başvurusunu olağan süreç içerisinde yapamaması durumunda geçerli bir mazeret sunulması hâlinde olağandışı bir durum olarak 15 günlük bir ek süre bulunmaktadır.” AİHM kararı, Hasan Uzun/Türkiye, Başvuru No:10755/13, 30/04/2013, §57.

17 Tolga ŞİRİN, a.g.e., s.537.

18 Bkz. AYM kararı, Başvuru No:2012/947, 12/2/2013; AYM kararı, Başvuru No:2013/2001, 16/5/2013; AYM kararı, Başvuru No:2013/1582, 7/11/2013, §19; Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Belaousof ve Diğerleri/Yunanistan, Başvuru No:66296/01, 27/5/2004, §38.

19 Burhan KUZU, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli”, Anayasa Yargısı, Sayı:21, Yıl 2004, s.260; Ahmet KIRTEPE, “Bireysel Başvuru Hakkının Kapsamı, Kullanılması”, HUKAB, Nisan-Haziran 2012, Sayı:1, s. 9.

S. Çınar: Bireysel Başvuruda Haklı Mazeret ve Sonuçları

sona ermesine engel teşkil etmez²⁰. Ancak bu durum, haklı mazereti nedeniyle süresinde yapılmayan başvurulara dair şikâyetlerin incelenmemesi sonucunu doğurur ki doğal olarak kusuru olmayan başvuru sahiplerinin mağduriyetine sebebiyet verir.

Yasa koyucu, bu hususu göz önünde bulundurarak haklı bir mazeret kavramına yer vermiştir. Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekmekte ise de mevzuatta başvuru mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvurusunu yapamadığı takdirde, başvuru sahiplerine mazeretinin kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretini belgeleyen delillerle birlikte başvuru yapılmasına olanak tanınmıştır.

Haklı mazeret durumunda işlemeye başlayan başvuru süresi durmaz veya kesilmez. Mazeret halinin başvuru süresini keseceği kabul edilir ise, haklı mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren otuz günlük süre içerisinde başvuru yapılabilir. Mazeret halinin başvuru süresini durduracağı kabul edilir ise, haklı mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren kalan başvuru süresi içerisinde başvuru yapılabilir. Ancak bireysel başvuruda mazeret halinin, başvuru süresini kesici veya durdurucu etkisi yoktur. Aksine haklı mazeretin, başvuru süresini uzatıcı bir etkisi vardır. Bu nedenle, haklı mazeret hâlinde öngörülen on beş günlük süre, ek süre niteliğindedir.

3.2.Tanımı

6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, *"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 on beş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvuru yapabilirler. Mahkeme, öncelikle başvuru sahibinin mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder."* düzenlemesine yer verilmiş, ancak haklı mazeret kavramı tanımlanmamıştır.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü²¹'nin 64. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise yasal düzenleme doğrultusunda yine *"haklı mazeret"* kavramı tanımlanmamıştır²². Madde metninde, *"mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir*

20 Tolga ŞİRİN, a.g.e., s.538.

21 Çalışmada, İçtüzük olarak kısaltılmıştır.

22 6216 sayılı Kanun'un 5. maddesinin "c" bendine ise Mahkemenin çalışma, yargılama usul ve esasları, müzakere ve duruşmaların yönetimi ve kayda alınmasının genel kurulca kabul edilecek İçtüzükle düzenleneceği ve İçtüzük'ün Resmi Gazetede yayımlanacağı belirtilmiştir. Bu doğrultuda genel kurulca kabul edilen Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, 12/7/2012 tarihli

mazeret” kavramına yer verilmiş ancak hangi hallerin haklı mazeret olarak kabul edileceği hususu ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiştir. Böylece, hangi hallerin haklı mazeret olarak kabul edileceği hususu, mahkeme içtihatlarına bırakılmıştır.

3.3. Kapsamı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, mazeret kavramı, otuz günlük bireysel başvuru süresi ile ilgilidir. Bu nedenle başvuru konusu nihai karar tebliğ edilmesine rağmen başvuru, süresi içerisinde yapılamamış ve bu durum mücbir sebep ve ağır hastalık gibi haklı bir mazeretten kaynaklanmış ise mazeret beyanında bulunulabilir.

Diğer taraftan 6216 sayılı Kanun’un 47. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, başvuru evrakında herhangi bir eksiklik bulunması hâlinde, Mahkeme yazı işleri tarafından eksikliğin giderilmesi için başvuru veya varsa vekiline on beş günü geçmemek üzere bir süre verileceği ve geçerli bir mazereti olmaksızın bu sürede eksikliğin tamamlanmaması durumunda başvurunun reddine karar verileceği belirtilmiştir. Nitekim İktüzük’ün 66. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da, aynı husus tekrarlanmıştır.

Ön inceleme aşamasında, başvuru veya vekiline on beş günlük kesin süre verilmesine rağmen bu süre içerisinde eksikliklerin geçerli bir mazeret nedeniyle tamamlanmaması durumunda; başvuru, mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren on beş günlük süre içerisinde mazerete dayanak belgeler ile birlikte başvuruda bulunabilirler.

Mevzuatta, sadece süresinde başvuru yapamayan ya da eksiklikleri süresi içerisinde tamamlayamayan başvuru sahiplerinin mazeret beyanında bulunabileceği belirtilmiştir. Ancak başvuru taleplerinin belli bir süre içerisinde yapılması zorunluluğunun bulunduğu durumlarda, başvuru sahipleri tarafından mazeret talebinde bulunulup bulunulmayacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kanaatimce başvuru sahiplerinin beyanda bulunmalarının belirli süreler ile sınırlandırıldığı benzeri diğer hallerde de başvuru sahipleri mazeretlerinin dikkate alınması gerekir.

Nitekim ilgili mevzuatta; başvuru sahiplerine, komisyonlar başkanlıkları tarafından verilen idari ret kararlarına yedi günlük süre içerisinde itiraz etme olanağı tanınmış olup, idari ret kararına itiraz süresi içerisinde geçerli bir mazereti nedeniyle itiraz talebinde bulunamayan başvuru sahiplerinin bu taleplerinin mahkemece incelenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Yine İktüzük’ün 69. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, bireysel başvuru

ve 28351 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

S. Çınar: Bireysel Başvuruda Haklı Mazeret ve Sonuçları

dosyalarının tekemmül ettirilmesi amacıyla duruma göre Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği, komisyon ya da bölümler tarafından başvuruçulara süre verilebileceği belirtilmiştir. En az on beş gün olarak belirlenen bu süreler kesindir. Ancak verilen süre içerisinde mazeret nedeniyle talep edilen hususlar yerine getirilmemiş ve mazeret talebinde bulunarak dayanak belgeler eklemiş ise bu yöndeki başvuru talebinin de incelenmesi gerektiği düşünülmektedir.

3.4. Şartları

Mazeretin kabul edilebilmesi için haklı bir sebebe dayanması ve başvurunun süresi içerisinde yapılamaması gerekir. Mazerete dayalı başvuru, süresi içerisinde yapılmışsa zaten işin esası incelenebileceğinden, bu durumda başvuru mazereti incelenmez. Ancak ilk başvuru dilekçesinde ileri sürülmeyen bazı şikâyetler, başvuru süresi geçtikten sonra ek başvuru dilekçesi ile sunulmuş ve mazeret talebinde bulunulmuş ise bu husus komisyon tarafından incelenir²³.

Mazeretin kabul edilebilmesi için ya başvuru süresinden önce başlaması ve başvuru süresi içerisinde devam etmesi ya da başvuru süresi içerisinde ortaya çıkması gerekir. Başvuru süresi sona erdikten sonra ortaya çıkan mazeret hâli dikkate alınmaz²⁴.

Süresi içerisinde başvuru yapılamaması durumunun haklı bir mazeretten kaynaklı olması gerekir. İçtüzük'te "*mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazeret*" kavramına yer verilmiş ise de, hangi hallerin mazeret olarak değerlendirileceği hususu her olayın özelliğine dikkate alınarak mahkeme tarafın-

23 İçtüzük'ün 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "p" bendinde, komisyon; bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini yapmak üzere iki üyeden oluşan kurul olarak tanımlanmıştır.

24 Anayasa Mahkemesi, başvuru süresi sona erdikten sonra ortaya çıkan mazereti, haklı bir mazeret olarak değerlendirmemektedir. "*Somut olayda, başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 6/6/2013 tarih ve E.2013/8183, K.2013/10609 sayılı ilamı başvuru vekiline 9/7/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. Olağan koşullarda 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereği bireysel başvurunun bu tarihten itibaren otuz gün içinde en geç 8/8/2013 tarihine kadar yapılması gerekmektedir, başvurunun 28/11/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunduğu ve başvuru formunda 15/6/2013 tarihi ile 20/11/2013 tarihi arasında mazeretli olduğunu belirttiği görülmektedir. Mazeret konusu hastalığı kanıtlamak üzere başvuru formuna eklenen belge el yazısıyla yazılmış ve p. curettage (probe küretaj) uygulaması yapıldığını ve hastanın tedavi altına alındığını gösteren 15/11/2013 tarihli bir doktor raporudur. Belge üzerinde sadece zikredilen tarih bulunmakta olup, bu uygulamanın ne zaman yapıldığına, tedavinin ne kadar sürdürüldüğüne dair bir bilgiye rastlanmamıştır. Başvuru formunda mazeretin başlangıç tarihinin 15/6/2013 tarihi olarak gösterilmesi, olağan koşullarda bireysel başvurunun en geç 8/8/2013 tarihine kadar yapılması gerekliliği ve mazereti kanıtlamak üzere eklenen belgenin 15/11/2013 tarihli olması karşısında başvuru süresinde başvuru yapmamasına ilişkin mazeretinin haklı bir mazeret olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.*" AYM kararı, Başvuru No:2013/8610, 29/1/2014, §18.

dan belirlenir²⁵. Bu husus, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Başvurucu mazeretinin kabul edilebilmesi için mazeretin ortaya çıkmasında başvuru sahibinin kabul edilemez bir kusuru bulunmamalıdır. Başvurucunun süresi içerisinde bireysel başvuruda bulunması tamamen kendi kusurundan kaynaklanmakta ise mazeret talebi reddedilir. Ancak hastalık halinin geniş yorumlanması gerekir²⁶.

Başvurucu tarafından mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren on beş günlük süre içerisinde mazeretini belgeleyen deliller ile birlikte başvuru yapılmalıdır. Bu süre kesindir. Bununla birlikte, mazeretin ortadan kalktığı tarihi izleyen günden itibaren başlayacak süre içerisinde başvuru sahibinin mazeret hâli tekrarlar veya başkaca bir sebepten kaynaklı yeni bir haklı mazeret hâli ortaya çıkar ise on beş günlük süre yeni mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren başlar. Mazeretin ortadan kalktığı tarihi izleyen günden itibaren on beş günlük süre içerisinde başvuru yapılmamış ise başvuru mazereti hakkında değerlendirme yapılmaksızın başvuru doğrudan süre aşımı nedeniyle kabul edilemez bulunur²⁷.

Bazı ağır hastalık durumlarında başvuru mazereti uzun yıllar sürebilir. Başvurucuların bu süre içerisinde bireysel başvuruda bulunmalarına herhangi bir engel yoktur. Diğer bir ifadeyle haklı mazeret durumu devam ederken bireysel başvuruda bulunulabilir.

İlgili mevzuatta mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren on beş günlük süre içerisinde başvuru yapılması gerektiği belirtilmesine rağmen mazeret süresi ile ilgili olarak herhangi bir üst sınır belirlenmemiştir²⁸. Örneğin başvuru süresi içerisinde devam eden ve iki yıl sonra sona eren ağır hastalık nedeniyle bu hastalığın sona erdiği tarihten itibaren on beş günlük süre içerisinde ma-

25 “Hangi hâllerin haklı mazeret olduğunun önceden belirlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle Mahkemenin, ileri sürülen mazeretin haklı olup olmadığını her başvuruda, olayın özelliklerini dikkate alarak değerlendirmesi gerekir.” AYM kararı, Başvuru No:2012/1075, 12/2/2013, §21.

26 Aynı durum, başvuru yolları açısından da geçerlidir. Başvurucu kendi hatasından kaynaklanan kusur veya ihmali nedeniyle dava, itiraz veya temyiz süresini kaçırmış ise kanun yollarının usulüne uygun bir şekilde tüketilmesinden bahsedilemeyeceği için başvuru yolları tüketilmediği gerekçesiyle başvuru reddedilir. KILINÇ, a.g.e., s.24.

27 “Somut olayda başvuru Yargıtay’ın nihai kararının 9/4/2013 tarihinde tebliğ edildiğini ancak 1/5/2013 ile 22/7/2013 tarihleri arasında dış tedavisi olduğundan süresinde başvuru yapmadığını belirterek bu durumun haklı mazeret olarak kabul edilmesini istemiştir.

6216 sayılı Kanun’un 47. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile İçtüzük’ün 64. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca, başvuru sahibine ait haklı mazeret olması durumunda başvuru süresinin on beş gün uzaması mümkündür. Ancak, somut olayda ileri sürülen mazeretin haklı mazeret olarak kabul edilmesi hâlinde dahi başvuru sahibinin mazeretin bittiği tarihten itibaren on beş günlük ek sürenin sona erdiği 6/8/2013 tarihinden sonra 6/9/2013 tarihinde yapıldığı anlaşıldığından, mazeretin kabul edilebilirliği incelenmeksizin, başvuruda süre aşımı bulunduğu sonucuna varılmaktadır” AYM kararı, Başvuru No:2013/6953, 16/1/2014, §16-17.

28 Alman Anayasa Mahkemesi’ne, başvuru süresinin sona ermesinden itibaren en geç bir yıl içinde mazeret beyanlı başvuru yapılabilir. Aktaran Tolga ŞİRİN, a.g.e., s.545.

S. Çınar: Bireysel Başvuruda Haklı Mazeret ve Sonuçları

zeret talebinde bulunulabilir.

Diğer taraftan süresi içerisinde başvuru yapılamaması durumunun mazeretten kaynaklanması gerekir. Bu nedenle süresinde başvuruda bulunmama ile mazeret arasında uygun bir illiyet bağı olmalıdır. Başvuru süresi, mazeret hâli dışında başkaca bir sebep nedeniyle kaçırılmış ise başvuru reddedilir.

Başvurunun mazeret nedeniyle süresinde yapılamadığı, başvuru tarafından ispatlanmalıdır. Bu bağlamda, mazerete dayanak bütün bilgi ve belgelerin aslı veya onaylı örneklerinin mazeret dilekçesi ekinde başvuru tarafından mahkemeye sunulması gerekir. Bu belgelere başvuru tarafından haklı bir nedenle erişilemiyor ise bu husus başvuru formunda belirtilmelidir. Başvuru beyanı mahkemece yerinde görülür ise mazerete dayanak belgeler ilgili kurumlardan talep edilir, kabul edilmez ise hem mazeret talebi, hem de başvuru reddedilir.

3.5. Benzeri Kurumlardan Farkı

3.5.1. Eski hâle Getirme

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 95. maddesinde²⁹, kanunun veya hâkimin belirlediği kesin süre içerisinde yapılması öngörülen işlemi yapamayan kimsenin, eski hâle getirme talebinde bulunabileceği belirtilmiş ve devamı maddelerde eski hâle getirmenin usul ve esasları belirlenmiştir.

29 HMK'nın eski hâle getirme ile ilgili yasal düzenleme şöyledir:

TALEP

Madde 95- (1) Elde olmayan sebeplerle, kanunda belirtilen veya hâkimin kesin olarak belirlediği süre içinde bir işlemi yapamayan kimse, eski hâle getirme talebinde bulunabilir.

(2) Süresinde yapılamayan işlemle ulaşılmak istenen aynı sonuca, eski hâle getirme dışında, başka bir hukuki yoldan ulaşılabiliyorsa, eski hâle getirme talebinde bulunulamaz.

SÜRE

Madde 96- (1) Eski hâle getirme, işlemin süresinde yapılamamasına sebep olan engelin ortadan kalkmasından itibaren iki hafta içinde talep edilmelidir.

(2) İlk derece ve istinaf yargılamalarında, en geç nihai karar verilinceye kadar eski hâle getirme talebinde bulunmak mümkündür. Ancak, nihai karar bir tarafın yokluğunda verilmişse, tahkikat aşamasında kaçırılan süreler için kararın verilmesinden sonra da eski hâle getirme talebinde bulunulabilir.

TALEBİN ŞEKLİ VE KAPSAMI

Madde 97- (1) Eski hâle getirme, dilekçeyle talep edilir. Dilekçede, talebin dayandığı sebepler ile bunların delil veya emareleri gösterilir. Süresinde yapılamayan işlemin de eski hâle getirme talebinde bulunmak için öngörülen süre içinde yapılması zorunludur.

TALEP VE İNCELEME MERCİİ

Madde 98- (1) Yapılamayan işlem için eski hâle getirme, bu işlem hakkında hangi mahkemede inceleme yapılacak idiyse, o mahkemeden talep edilir.

(2) Eski hâle getirme, istinaf yoluna başvuru hakkının düşmesi hâlinde, bölge adliye mahkemesinden; temyiz yoluna başvuru hakkının düşmesi hâlinde ise Yargıtaydan talep edilir.

TALEBİN YARGILAMAYA VE HÜKMÜN İCRASINA ETKİSİ

Madde 99- (1) Eski hâle getirme talebi, yargılamanın ertelenmesini gerektirmez ve hükmün icrasına engel olmaz. Ancak, talebi inceleyen mahkeme, talebi haklı görürse, teminat gösterilmek şartıyla, yargılamanın ertelenmesine veya hükmün icrasının geri bırakılmasına karar verebilir. Mahkeme, gerektiğinde teminat gösterilmeden de yargılamanın ertelenmesine veya icranın geri bırakılmasına karar verebilir.

İNCELEME VE KARAR

Madde 100- (1) İlk derece mahkemeleri veya bölge adliye mahkemelerinde eski hâle getirme talebi, ön sorunlar hakkındaki usule; Yargıtayda ileri sürülecek eski hâle getirme talebi ise temyiz usulüne göre yapılır ve incelenir.

(2) Mahkeme, eski hâle getirme talebinin kabulü hâlinde, hangi işlemlerin geçersiz hâle geldiğini kararında belirtir. İslahla geçersiz kılınamayan işlemler, eski hâle getirme talebinden de etkilenmez.

GİDERLER

Madde 101- (1) Eski hâle getirme talebi sebebiyle ortaya çıkan giderler, talepte bulunan tarafa yükletilir. Ancak, karşı taraf eski hâle getirme talebine karşı asılsız itirazlar ileri sürerek giderlerin artmasına sebep olmuşsa, hâkim, giderlerin tümünün veya bir kısmının karşı tarafa yükletilmesine karar verebilir.

S. Çınar: Bireysel Başvuruda Haklı Mazeret ve Sonuçları

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 40. maddesinde³⁰, medeni usul yargılamasına benzer şekilde, kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişinin, eski hâle getirme isteminde bulunabileceği belirtilmiş ve yine devamı maddelerde konu ile ilgili usul ve esaslara yer verilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda ise, eski hâle getirme veya benzeri bir düzenlemeye yer verilmemiştir³¹.

Eski hâle getirme hükümleri ile hâkim veya kanun tarafından belirlenen kesin sürelerin kaçırılması hâlinde doğabilecek olumsuz sonuçların ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Bu yol, istisnai bir hukuki çözüm yoludur.

Eski hâle getirme, davanın taraflarından birinin, kanunun veya hâkimin belirlediği kesin süre içinde, kusuru olmaksızın, dava ile ilgili bir işlemi süresinde yapamaması halinde, talep üzerine, mahkemenin, yapılamayan işlemin tekrar yapılabilmesi için, kendisine bir hak daha verilmesini sağlayan hukuki bir çare olarak tanımlanabilir³².

6216 sayılı Kanun veya İçtüzük'te, bireysel başvuru süresi içerisinde başvuruda bulunmayanların, eski hâle getirme talebinde bulunabileceklerine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığı gibi yukarıda belirtilen hükümlerin uygulanacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İlgili mevzuatta, eski hâle getirme kurumundan farklı ve kendine özgü bir mekanizma olarak mazeret kurumuna yer verilmiştir. Bu nedenle süresinde bireysel başvuru yapılamaması hâlinde doğrudan yukarıda belirtilen usul kanunlarının eski hâle getirmeye ilişkin hükümleri uygulanmaz. Öncelikle mazeret ile ilgili

30 CMK'nın eski hâle getirmeye ilişkin mevcut düzenlemesi şöyledir.

ESKİ HÂLE GETİRME

Madde 40 - (1) Kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişi, eski hâle getirme isteminde bulunabilir.

(2) Kanun yoluna başvuru hakkı kendisine bildirilmemesi hâlinde de, kişi kusursuz sayılır.

ESKİ HÂLE GETİRME DİLEKÇESİ

Madde 41 - (1) Eski hâle getirme dilekçesi, engelin kalkmasından itibaren yedi gün içinde, süreye uyulduğunda usule ilişkin işlemleri yapacak olan mahkemeye verilir.

(2) Dilekçe sahibi, sürenin geçmesinde kusuru olmadığına ilişkin olguları, varsa belgelerini de ekleyerek açıklar. Dilekçe verildiği anda usule ilişkin yapılamayan işlemler de yerine getirilir.

ESKİ HÂLE GETİRME DİLEKÇESİ ÜZERİNE VERİLECEK KARAR

Madde 42 - (1) Süresi içinde usul işlemi yapılsaydı, esasa hangi mahkeme hükmedecek idiyse, eski hâle getirme dilekçesi hakkında da o mahkeme karar verir.

(2) Eski hâle getirme isteminin kabulüne ilişkin karar kesindir; reddine ilişkin karara karşı itiraz yoluna gidilebilir.

(3) Eski hâle getirme dilekçesi, kararın yerine getirilmesini durdurmaz; ancak, mahkeme yerine getirmeyi erteleyebilir.

31 Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız Erdal TERCAN, Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski hâle Getirme-Hali Sabıka İrca, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, s.168-170.

32 Erdal TERCAN, a.g.e., s.51.

düzenlemelere göre inceleme yapılır.

Eski hâle getirme ile haklı mazeret kurumları birbirine benzemekle birlikte farklı yönleri de bulunmaktadır. Eski hâle getirme talebinin, engelin ortadan kalktığı tarihten itibaren iki hafta içerisinde yapılması gerekir iken, haklı mazeret hâlinde bu süre on beş gün olarak belirlenmiştir. Eski hâle getirme, kanunda belirtilen veya hâkimin kesin olarak belirlediği süre içinde yapılmayan bir işlem ile ilgili olmasına rağmen haklı mazeret, temelde başvuru süresi ile ilgilidir. Hangi hallerin eski hâle getirme sebebi olduğu hususunda ilgili mevzuatta herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden, yargı mercilerince her olayın somut özelliğine göre değerlendirme yapılmaktadır. Haklı mazerette ise *“ağır hastalık ve mücbir sebep gibi”* kavramlarına yer verilmiş olup haklı mazeret sebeplerinin eski hâle getirme sebeplerine göre daha dar olarak yorumlanması gerektiği düşünülmektedir.

6216 sayılı Kanun ve İhtüzük'ün mazerete ilişkin düzenlemelerinin yetersiz olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle mazeret incelemesi sırasında, 6216 sayılı Kanun veya İhtüzük'te hüküm bulunmayan bir konu hakkında, eski hâle getirme kurumunun, bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanabilir. Çünkü 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (7) numaralı fıkrasında, bireysel başvuruların incelenmesinde, Kanun ve İhtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

3.5.2. Belgelere Erişememe

İhtüzük'ün 59. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, başvuru formuna hangi belgelerin eklenmesi gerektiği açık bir şekilde belirtilmiştir. Madde metninde yer verilen belgelerin aslı veya onaylı örneklerinin başvuru formuna eklenmesi gerekir. Ön inceleme aşamasında forma eklenmeyen belgelerin tamamlattırılması amacıyla verilen on beş günlük kesin süre içerisinde de bu belgelerin gönderilmediği tespit edilir ise başvuru idari yönden reddedilir.

Aynı maddenin (4) numaralı fıkrasında ise başvuru formuna, ihlal iddiasına dayanak gösterdiği belgelere herhangi bir nedenle erişememesi hâlinde başvuru gerekçelerini başvuru formunda belirtmesi gerektiği belirtilmiştir.

Başvurucunun dayandığı belgeler bir resmî kurumun elinde bulunuyor ve başvuru bunları temin için her türlü hukuki girişimlerini yapmasına rağmen bu bilgi ya da belgeler kendisine verilmiyorsa, başvuru formuna bunlara erişememe nedenlerini delilleri ile birlikte formda belirtmesi gerekmektedir³³.

33 Hüseyin EKİNCİ-Musa SAĞLAM, Sorularla Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014, s.37-38.

S. Çınar: Bireysel Başvuruda Haklı Mazeret ve Sonuçları

Başvurucunun belgelere erişememe nedeni Mahkemece kabul edilir ve Mahkeme gerekli görür ise bu bilgi ve belgeler re'sen toplanır.

Mazeret durumu, sadece başvuru süresi ile ilgili olup bu yönüyle belgelere erişememe halinden farklıdır. Başvuruya dayanak belgelere erişememe kavramı ise başvuru formuna eklenmesi gereken belgeler ile ilgilidir. Belgelere erişememe nedeni mazeretten kaynaklanabileceği gibi başkaca herhangi bir nedenden de kaynaklanabilir. Ancak bu durum genellikle hukuki veya teknik sebeplerden kaynaklanır.

3.6. Mazeretin Başlangıcı ve Sona Ermesi

Başvuru formunun üçüncü bölümünde, başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların, başvuru yollarının tüketildiği veya başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihin açık bir şekilde belirtilmesi, başvuru mazeret nedeniyle süresi içinde yapılamamışsa mazeret nedeninin açık bir şekilde yazılması, mazeretin başlangıç ve bitiş tarihlerinin belirtilmesi gerekir. Ayrıca mazeretin hangi tarihte başladığı ve hangi tarihte sona erdiğinin başvuru tarafından dayanak belgeler ile kanıtlanması gerekir.

Bununla birlikte, mazeretin başlangıç ve bitiş tarihi her bir başvuru açısından Mahkemece ayrıca değerlendirilerek karar verilir.

Mazeret, başvuru süresi başlamadan önce ortaya çıkmış ve başvuru süresi içerisinde bu durum sona ermiş ise, kalan başvuru süresi içerisinde bireysel başvuru yapılmalıdır. Yine mazeret hâli başvuru süresi içerisinde başlamış ve sona ermiş ise kalan süre içerisinde başvuru yapılmalıdır. Bu durumda, başvuru süresi henüz sona ermemiştir. Dolayısıyla mazeret talebi dikkate alınmaz.

Örneğin başvuru konusu nihai kararın 1/10/2014 tarihinde tebliğ edilmesinden sonra başvuru ağır hastalık nedeniyle 10-20/10/2014 tarihleri arasında başvuru yapamadığını belirtmiş ise başvuru süresi 31/10/2014 tarihinde sona erer. Mazeretin sona erdiği tarihten itibaren on beş günlük süre içerisinde, ancak başvuru süresi sona erdikten sonra, yapılan başvuru (örneğin 3/11/2014 tarihinde yapılan başvuru) reddedilir. Çünkü mazeretin sona erdiği tarihte başvuru süresi henüz sona ermemiştir. Hastalığın ortadan kalktığı tarihten sonra başvuru süresi on günlük süre içerisinde başvuru yapılmasına imkân vardır.

Başvuru süresi başlamadan önce ortaya çıkan mazeret, başvuru süresi sona erdikten sonra da devam ediyor ise bu mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren on beş günlük süre içerisinde başvuru yapılabilir. Bu konuda mevzu-

Haşim Kılıç'a Armağan

atta herhangi bir üst sınır belirlenmemiştir.

Örneğin başvuru konusu nihai karar 1/10/2014 tarihinde tebliğ edilmiş ise en son 31/10/2014 tarihinde bireysel başvuru yapılması gerekir. Ancak başvurucu 1/9/2014-1/12/2014 tarihleri arasında mücbir sebepten kaynaklı haklı mazereti nedeniyle başvuru yapamamış ise en son mazeret halinin ortadan kalktığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlayan on beş günlük sürenin sona erdiği 16/12/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmalıdır.

Mevzuatta on beş günlük sürenin kesin olup olmadığı veya sadece bir defa mazeret talebinde bulunulabileceği konusunda herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Kanaatimce, mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren on beş günlük süre içerisinde aynı veya farklı bir sebepten kaynaklı yeniden haklı bir mazeret hâli ortaya çıkmış ise mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren yine on beş günlük süre içerisinde başvuru yapılabilirdir. Örneğin başvuru süresi içerisinde mücbir sebep nedeniyle başvuru yapılamamış, mücbir sebebin ortadan kalktığı tarihten sonraki on beş günlük süre içerisinde başvurucu ağır hastalık nedeniyle başvuruda bulunamamış ise ağır hastalık halinin ortadan kalktığı tarihten itibaren on beş günlük süre içerisinde başvuru yapılabilir.

Yine başvuru süresi ile ilgili olarak mazeret beyanında bulunulduktan sonra örneğin eksikliklerin tamamlanması amacıyla öngörülen sürede de mazeret talebinde bulunulabilir. Aksi yöndeki yorumun, başvurusunun mahkemeye erişim hakkını engelleyeceği düşünülmektedir.

3.7. Mazeret Beyanında Bulunabilecekler

Mevzuatta, sadece başvurusunun haklı mazeretten yararlanabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla başvuru, vekil veya temsilci aracı kılınmaksızın doğrudan başvurusu tarafından yapılmış ise başvurusu mazereti dikkate alınarak karar verilir.

Anayasa Mahkemesi'ne vekil veya kanuni temsilci aracılığı ile de başvuru yapılabilir. Başvuru, vekil veya temsilci aracılığı ile yapılmış ise bu kişilerin de haklı mazeretlerinin dikkate alınması gerekir. Nitekim mahkeme, temsil veya vekâlet yoluyla yapılan başvurularda temsilci veya avukatın da haklı mazeretlerinin dikkate alınması gerektiği görüşündedir³⁴. Haklı mazeret kav-

34 “6216 sayılı Kanun ve İktüzük'te, haklı mazerete muhatap olan kişinin başvurusu olduğu ifade edilmekte ise de, temsil veya vekâlet yoluyla yapılan başvurularda temsilci veya avukatın da haklı mazeretlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Temsilci veya avukatın haklı mazeretinin dikkate alınması, başvuru süresinin kaçırılmasında hiçbir kusuru bulunmayan ve bu kişiler aracılığıyla bireysel başvuru yapan başvurusu açısından mahkemeye erişimi baştan engelleyebileceğinden, hakkın, te-lâfisi imkânsız bir şekilde kaybına neden olabilir.” AYM kararı, Başvuru No:2013/6325, 15/4/2014, §21.

S. Çınar: Bireysel Başvuruda Haklı Mazeret ve Sonuçları

ramının bu şekilde geniş yorumlanmasının mahkemeye erişim hakkının korunması bakımından önemli olduğu düşünülmektedir.

Başvuru konusu ilk derece yargılamasının bütün aşamaları avukat ile temsil edilmiş ve başvuru da bu vekil aracılığı ile yapılmış ise başvuru süresi içerisinde ortaya çıkan başvuru mazereti haklı mazeret kapsamında değerlendirilmez³⁵. Çünkü başvuru süresi içerisinde başvuru yapması zorunlu değildir. Daha önce tayin edilen vekil aracılığı ile başvuru yapılmasına engel bir durum yoktur.

Başvurucunun kısıtlı olması durumunda kanuni temsilcisi tarafından başvuru yapılabileceğinden, kanuni temsilciden kaynaklanan sebepler nedeniyle de haklı mazeret ileri sürülebilir.

Bireysel başvuru süreci ile doğrudan ilgisi bulunmayan kişi veya kurumlar bakımından mazeret söz konusu olmaz. Mahkemece, bireysel başvurunun herhangi bir aşamasında; yasama, yürütme, yargı organları, kamu idareleri, kamu görevlileri, bankalar ile diğer gerçek ve tüzel kişilerden süre tayin edilmek suretiyle bilgi ve belge talep edilmesine rağmen bu süre içerisinde cevap verilmez ise mazeret hükümleri uygulanmaz. Ancak mahkemece talep edilen ancak gönderilmeyen bilgi ve belgelerin niteliği ve başvurunun özelliğine göre bilgi ve belgeler ilgili kişi veya kurumdan yeniden talep edilebilir.

Mahkeme, başvuru ya da kamu otoritesinin, 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. Örneğin, konu ile ilgili olarak Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurulabilir.

4. MAZERET SEBEPLERİ

İçtüzük'ün 64. maddesinin (2) numaralı fıkrasında mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazeret kavramına yer verilmiş, ancak bu hususlara ilişkin bir belirleme veya tanımlama yapılmamıştır. Bu nedenle, hangi hâllerin haklı mazeret olduğunun önceden belirlenmesi mümkün değildir.

Hangi hâllerin haklı mazeret olduğunun önceden belirlenmesi mümkün olmadığından Anayasa Mahkemesi, ileri sürülen mazeretin haklı olup olmadığını her başvuruda, ileri sürülen mazereti ve olayın özelliklerini dikkate

35 “Öte yandan başından beri vekille takip edilen davada tüm tebliğ işlemlerinin vekile yapıldığı ve bireysel başvurunun da aynı vekil tarafından yapıldığı anlaşıldığından ve kendisi hastalık mazeretine sahip olsa da avukatıyla davayı takip eden başvuru vekiline ait herhangi bir haklı mazereti ileri sürülmediğinden, başvuru şahsına ait sağlık mazeretinin kabulü mümkün değildir.” AYM kararı, Başvuru No:2014/5924, 31/10/2014.

olarak değerlendirmektedir³⁶.

4.1. Ağır Hastalık

En sık rastlanan mazeret hali, hastalık olup, kural olarak bir hastalığın haklı mazeret olarak değerlendirilebilmesi için başvuru hastalığının iş göremezlik boyutunda olması gerekir. Bu husus ise ancak resmi sağlık raporları ile kanıtlanabilir³⁷.

İçtüzük'te hangi hallerin ağır hastalık olduğu konusunda herhangi bir düzendirme yapılmamıştır. Ağır hastalık kavramı, tıbbi ve teknik bir konudur. Bu kavramın ne olduğunun Anayasa Mahkemesi kararları ışığında açıklığa kavuşturulması gerekir.

Mahkeme, ağır hastalık halinin haklı mazeret olarak kabulü için hastalığın başvuru yapılmasına engel teşkil edecek ağırlıkta olması gerektiği görüşündedir. Ağır hastalık kavramı geniş bir şekilde yorumlanarak her türlü sağlık problemi haklı mazeret olarak değerlendirilmemektedir³⁸. Konu ile ilgili olarak mahkemeye kanser hastası olan ve tedavisi devam eden bir başvuru tarafından başvuru süresi geçtikten sonra yapılan başvuru, mazeret halinin başvuru yapılmasına engel teşkil etmediği gerekçesiyle mazeret talebi reddedilmiş ve başvuru sürecini nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur³⁹.

Bir hastalığın haklı mazeret olarak kabul edilebilmesi için iki farklı ölçüt kullanılmaktadır. Bu ölçütlere uygun olmayan hastalıklar, haklı mazeret kap-

36 AYM kararı, Başvuru No:2012/1075, 12/2/2013, §21.

37 Tolga ŞİRİN, a.g.e., s.549.

38 "Başvurucu, 8/3/2013 tarihinde nihai kararın tebliğ edildiğini, 8/4/2013 tarihinde dışındaki rahatsızlık sebebiyle beş gün istirahat verilmesine ilişkin sağlık raporunu başvuru formu ekinde sunduğunu, bu sebeple durumunun haklı mazeret kapsamında olduğunu ileri sürmekteyse de, yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinde her türlü sağlık probleminin değil, ancak "ağır hastalık" halinin mazeret olarak kabul edilebileceği düzenlenmiş olup, başvurucağın sunduğu belgelerin incelenmesinden mazereğinin haklı bir mazeret olarak görölmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır." AYM kararı, Başvuru No:2013/2258, 24/1/2014.

39 Mahkeme, başvurucağın durumunu haklı mazeret olarak değerlendirmeme gerekçesini şu şekilde açıklamıştır.

"Başvurucağın anılan hastalık nedeniyle infazın ertelenmesini talep etmiş olduğu dikkate alındığında söz konusu hastalık bireysel başvuru yapmayı engeller nitelikte değildir ve haklı mazeret olarak değerlendirilemez. Aksi bir düşünce, bireysel başvuruda kural altına alınan otuz günlük başvuru süresinin bütün hastalar açısından hiçbir şekilde işletilememesi sonucunu doğurur. Bu nedenle başvurucağın ileri sürdüğü mazereğinin haklı görölmesi mümkün değildir." AYM kararı, Başvuru No:2013/8676, 24/1/2014.

samında değerlendirilmemektedir⁴⁰. Bu ölçütlerden ilki, tıbbi kurumlarca hastalığın ağır hastalık mahiyetinde olduğuna dair tespit yapılmasıdır. İkinci ölçüt ise, hastalığın hastane veya sağlık kurumlarında yatarak tedavisinin yapılmasına dair bir tanının konulması, hastalık nedeniyle yatak istirahatının gerekli olmasıdır⁴¹. Mahkeme bazı kararlarında bu iki ölçütün birlikte gerçekleşmesini aramakta iken bazı kararlarında ise iki ölçütten sadece birinin gerçekleşmesini yeterli görmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, ağır hastalığa dayalı haklı mazeret halinin hastalık süresinin tamamında devam etmesi gerekir. Ağır hastalığın ilk evresinde başvuru yapamayacak ölçüde engel bir durum söz konusu olmasına rağmen iyileşme sürecinde başvuru yapamama durumu ortadan kalkmış ise, ikinci süreç mazeret süresinde dikkate alınmaz⁴².

Ağır hastalık kapsamında olmayan ve basit rahatsızlıklara bağlı olarak ve-

40 “Başvurucunun avukatı tarafından mazeret olarak ileri sürülen hastalığına ilişkin sağlık kurulu raporunda, hastalığın ağır hastalık olduğuna dair bir tespiti yer verilmediği gibi hastane veya sağlık kuruluşlarında yatarak tedavisinin yapılması yönünde bir tanının da konulmadığı görülmekle, başvuru tarafından mazeret olarak ileri sürülen hastalığın haklı mazeret olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.” AYM kararı, Başvuru No:2014/5924, 31/10/2014.

“Başvuru konusu olayda, başvuru hakkında düzenlenen sağlık raporunda akut trakeobronşit hastalığı tanısı konulduğu ve 7 günlük istirahatın uygun görüldüğü, hastalığının ağır olup olmadığı hususunda bir tespit yapılmamakla birlikte hastalığın hastane veya sağlık kuruluşunda yatarak tedavisinin yapılmasını gerektirmemesi nedeniyle yatış işlemlerinin uygulanmadığı anlaşılmıştır.

Başvurucu tarafından mazeret olarak ileri sürülen hastalığına ilişkin Küçükçekmece Belediye Başkanlığı Sağlık İşleri Müdürlüğü tarafından verilen, tek hekim tarafından düzenlenen sağlık raporunda, hastalığın ağır hastalık olduğuna dair bir tespiti yer verilmediği gibi hastane veya sağlık kuruluşlarında yatarak tedavisinin yapılması yönünde bir tanının da konulmadığı görülmekle, ileri sürülen rahatsızlığın haklı mazeret olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.” AYM kararı, Başvuru No:2013/5305, 24/7/2014.

41 “Başvurucunun ibraz ettiği 28/8/2013 tarihli doktor raporunun çalıştığı kurum doktorunca düzenlendiği 2 gün yatak istirahatının gerekli olduğunun belirtildiği görülmüştür. Başvurucunun belge ibraz ederek ispatladığı mazereti, haklı ve kabul edilebilir bulunmuştur.” AYM kararı, Başvuru No:2013/7088, 30/6/2014.

“Başvurucunun ibraz ettiği 22/1/2012 tarihli doktor raporunun nöroloji uzmanınca düzenlendiği ve raporda servikal spazim ve dorsal fibromiyozit teşhisi konulduğu, 10 gün yatak istirahatının gerekli olduğunun belirtildiği görülmüştür. Başvurucunun belge ibraz ederek ispatladığı mazereti mevzuata uygun ve kabul edilebilir bulunmuştur.” AYM kararı, Başvuru No:2013/2305, 3/1/2014.

42 “Başvuru konusu olayda, başvuru hakkında düzenlenen sağlık raporları ve tıbbi belgelerde başvurunun rahatsızlığının mazeret süresinin tümünü kapsar şekilde yatarak tedavisinin yapılması gerektirdiğine dair bir tespitin bulunulmadığı görülmektedir. Bu nedenle başvuru tarafından mazeret olarak ileri sürülen hastalıkların haklı mazeret olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.” AYM kararı, Başvuru No:2013/4902, 25/11/2014.

rilen sağlık raporları mazeret kapsamında değerlendirilmemektedir⁴³. Yine başvuru kriterlerinin kronik rahatsızlığına dayalı olarak sürekli ilaç kullanma durumu da mazeret kapsamında değerlendirilmemiştir. Kararda, kronik rahatsızlığın ve ilaç kullanımının, bireysel başvuruda bulunmaya engel olmadığı vurgulanmıştır⁴⁴.

4.2. Mücbir Sebep

Mücbir sebep “Herhangi bir kimse tarafından alınacak önlemlere karşı, önüne geçilmesi olanaksız, borcun yerine getirilmesine engel, borçlunun iradesi dışında beklenmedik olaylar” olarak tanımlanabilir⁴⁵. Diğer bir tanıma göre mücbir sebep, tarafların iradesi dışında ortaya çıkan, önceden öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan, ödev, yükümlülük ve borçların veya bir Sözleşme’nin yerine getirilmesini engelleyen dışsal bir olaydır⁴⁶.

Bu dışsal olaylar; doğal afetler (deprem, sel, seylâp, kasırga vb.), sosyal patlamalar (büyük çaplı sokak isyanı, genel grev, cezaevi isyanı, sokağa çıkma yasağı, başvuru yapılacak adliyenin çeşitli sebeplerle kapalı olması vb.) büyük ekonomik krizler, kazalar, hırsızlıklar, yangınlar gibi sayısız türde ve çok değişik şekillerde ortaya çıkabilmektedir.

Mücbir sebep kavramı, hukukun temel kavramlarından olup hukukun neredeyse bütün dallarında uygulanmaktadır. Kamu hukuku veya özel hukuk alanında mücbir sebeplere yönelik düzenlemeleri birbirine yakındır. Gerek kamu hukuku gerek özel hukuk bağlamında mücbir sebep kavramına yönelik ortaya konulan görüşlerden mücbir sebep kavramının anlamı, çerçevesi,

43 “Başvurucunun avukatı tarafından mazeret olarak ileri sürülen hastalığına ilişkin sağlık kurulu raporunda, hastalığın ağır hastalık olduğuna dair bir tespiti yer verilmediği gibi hastane veya sağlık kuruluşlarında yatarak tedavisinin yapılması yönünde bir tanının da konulmadığı görülmekle, avukat tarafından mazeret olarak ileri sürülen hastalığın haklı mazeret olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.” AYM kararı, Başvuru No:2013/6325, 15/4/2014, §28; “Başvurucu vekili eksikliklerin süresinde tamamlanmamasına gerekçe olarak, özel bir tıp merkezi acil polikliniği doktoru tarafından 6/5/2013 tarihinde gastro enterit teşhisiyle beş gün; 13/5/2013 tarihinde de akut tonsilit ve gastro enterit teşhisiyle verilen on gün istirahat raporunu sunmuş ve mazeretinin bitiminden itibaren süresi içinde başvurduğunu belirterek mazeretinin kabul edilmesini talep etmiştir. Buna göre, anılan sağlık raporlarının incelenmesi sonucunda başvuru vekili tarafından ileri sürülen mazeretin, geçerli bir mazeret kapsamında olduğu değerlendirildiğinden kabulü gerekir.” AYM kararı, Başvuru No:2013/2404, 30/9/2013.

44 “Bu durumda, nihai karar başvuru kriterlerinin avukatına 9/12/2013 tarihinde tebliğ edilmiş olup, bu tarihten itibaren en son 8/1/2014 tarihine kadar başvuru yapılması gerekirken, haklı mazeret olarak değerlendirilmeyen hastalığa ilişkin “ilaç kullanımı ve hasta katılım payından muaf ilaç raporu” süresi içerisinde ve 112 gün sonra yapılan başvuruda süre aşımı bulunduğu sonucuna varılmıştır.” AYM kararı, Başvuru No:2014/5924, 31/10/2014.

45 Türk Dil Kurumu Sözlüğü, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=m%C3%BCb%C3%BCbir%20sebe%C3%BCp&guid=TDKGTS.540772e71ed707.75307629 Erişim Tarihi:9/12/2014.

46 Kemal GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 6.Baskı, Bursa 2007, s.489.

S. Çınar: Bireysel Başvuruda Haklı Mazeret ve Sonuçları

temeli, sınırları, etki ve sonuçları konusunda her hukuk alanında yararlanılabilir⁴⁷. Bu nedenle bireysel başvuruda mücbir sebep kavramı açıklanırken, özel hukuk ve kamu hukuku düzenlemeleri ile Yargıtay ve Danıştay kararlarından yararlanılabilir.

Mücbir sebep nedeniyle başvurunun süresi içerisinde yapılamaması halinde, bu durum haklı mazeret olarak kabul edilir. İleri sürülen mazeretin haklı görülebilmesi için önceden öngörülememesi ve objektif mahiyette olması gerekir. Mücbir sebebin ortadan kalktığı ve başvurucunun başvuru yapabilme olanağına kavuştuğu tarihten itibaren on beş günlük süre içinde başvuru yapılabilir.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruların alınmaya başladığı tarihten bugüne kadar mücbir sebebe bağlı olarak herhangi bir başvuru incelememiştir. Ancak bu yöndeki bir başvurunun, mahkemenin mevcut ilke ve içtihatları doğrultusunda inceleneceği açıktır.

4.3. Benzeri Sebepler

İçtüzük'te haklı mazeret halleri, sadece ağır hastalık ve mücbir sebep kavramları ile sınırlı bir şekilde sayılmamış aksine, *"ağır hastalık ve mücbir sebep gibi"* kavramına yer verilmiştir. Bu nedenle, haklı mazeret olarak değerlendirilecek objektif nitelikteki hukuki veya fiili her türlü engel, haklı mazeret olarak değerlendirilebilir.

Mücbir sebep ve ağır hastalığa benzer başkaca sebepler de haklı mazeret olarak kabul edilebilir. Bu sebeplerin neler olduğu her bir başvuru açısından başvurunun ve mazeretin özelliği dikkate alınarak Anayasa Mahkemesi tarafından ayrıca değerlendirilir. Benzeri sebeplerin neler olduğu, hangi hallerin haklı mazeret olarak kabul edildiği hususları Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda açıklanacaktır.

Mahkeme, mesai saatleri içerisinde çalışılması durumunu, bireysel başvuruda kural altına alınan otuz günlük başvuru süresinin çalışanlar açısından hiçbir şekilde işletilememesi sonucunu doğuracağı gerekçesiyle haklı mazeret kapsamında görmemiştir.

Mahkeme, 2012/1075 başvuru numaralı kararında, *"Başvurucunun anılan tarihler arasında Eskişehir'de çalışıyor ve iş sahasından ayrılmıyor olması bireysel başvuru yapmasını engeller nitelikte bir husus değildir ve haklı mazeret olarak değerlendirilemez. Aksi bir düşünce, bireysel başvuruda kural altına alınan otuz günlük başvuru süresinin çalışanlar açısından hiçbir şekilde işletilememesi sonucunu doğu-*

47 Ahmet EROL, Mükellef Hakkı Olarak Mücbir Sebepler ve Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012, Sayı:103, s.201.

Haşim Kılıç'a Armağan

rur. Bu nedenle başvurucunun ileri sürdüğü mazeretin haklı görülmesi mümkün değildir...” gerekçesiyle bu hususu haklı mazeret kapsamında değerlendirmemiştir⁴⁸.

Başka bir başvuruda, başvurucunun başvuru süresine dair tarihler arasında yurt dışı uçuşlarda görevlendirilmiş olması mazeret olarak ileri sürülmüş, ancak Mahkeme, bu durumun bireysel başvuru yapılmasını engeller nitelikte bir husus olmadığı gerekçesiyle haklı mazeret olarak değerlendirmemiştir⁴⁹.

Başvurucunun vekil ile temsil edildiği yargılamalarda nihai kararlar vekile tebliğ edilmektedir. Nihai kararın vekile tebliğ edildiği ve bu durumdan yeni haberdar olduğuna dair mazeret beyanları mahkemece haklı mazeret olarak değerlendirilmemektedir. Mahkeme, 7201 sayılı Kanun'un 11. maddesinde yer alan kural uyarınca vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılacağı ve tebliğ edilen evrakın içeriğine göre bir kanun yoluna başvurulması söz konusu ise kanunda öngörülen sürelerin bu tarih itibarıyla işlemeye başlayacağı ve bu hususun haklı mazeret olarak değerlendirilmeyeceği görüşündedir⁵⁰.

Yine mahkeme nihai kararı tebliğ alan vekil tarafından, müvekkili başvurucuya mazereti nedeniyle geç ulaşıldığı, bu nedenle başvuru süresi içerisinde başvuruda bulunulamadığı yönündeki mazeret beyanını da haklı mazeret olarak görmemiştir. Karara konu başvuruda, Yargıtay ilamından sonra dağda hayvancılık ve çobanlık yapan başvurucuya vekili tarafından 31/5/2013 tarihinde ulaşılmış olması bireysel başvuru yapmasını engeller nitelikte bir husus ve haklı mazeret olarak değerlendirilmemiştir. Mahkeme, aksi bir düşüncenin, bireysel başvuruda kural altına alınan otuz günlük başvuru süresinin mevzuata aykırı olarak uzayabileceği sonucunu doğuracağını belirtmiştir⁵¹.

Başvurucunun vekili aracılığıyla temsil edildiği bir başvuruda, başvuru vekili; nihai kararın kendisine 26/12/2012 tarihinde tebliğ edildiğini ancak başvurucunun Muğla Cezaevinden Milas Cezaevine nakledilmesi ve kararlara yaptığı itiraz incelemesi için infaz dosyasının İstanbul'a gönderilmesi sebebiyle başvuruya konu belge asıllarının farklı yerlerde olduğundan evrakların onaylı suretlerini temin etmenin zaman aldığını belirterek süresinde başvuru yapamadığını belirtmiş ve mazeret beyanında bulunmuştur.

Başvurucunun talebini değerlendiren Mahkeme, başvurucunun farklı bir cezaevine naklinin ve infaz evraklarının İstanbul'a itiraz incelemesine gönderilmesinin bireysel başvuru yapılmasını engeller nitelikte bir husus olmadığı

48 AYM kararı, Başvuru No:2013/7168, 15/10/2014.

49 AYM kararı, Başvuru No:2013/7511, 16/1/2014.

50 AYM kararı, Başvuru No:2013/7656, 22/1/2014.

51 AYM kararı, Başvuru No:2013/4176, 28/2/2014.

S. Çınar: Bireysel Başvuruda Haklı Mazeret ve Sonuçları

nı belirtmiş ve bu durumu haklı mazeret olarak değerlendirmemiştir. Mahkeme, başvuruya konu olan İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi kararlarının başvuru vekiline tebliğ edildiğini, eksik evrakların başvurudan sonra da tamamlanabileceğini kararda ayrıca belirtmiştir⁵².

Yurt dışında kurulu ancak Türkiye’de vekil aracılığıyla temsil edilen bir şirket tarafından yapılan başvuruda, şirket vekili tarafından; başvurunun yurt dışında mukim bir şirket olduğu, şirket yetkililerine bulundukları ülkedeki dini bayramlar nedeniyle 3/4/2013 tarihinden önce ulaşamadığı, bu nedenle başvurunun süresinde yapılamadığı belirtilmiş ise de Mahkeme; belirtilen bu hallerin mazeret olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle başvuruyu, süreaşımı nedeniyle kabul edilemez bulmuştur⁵³.

Başvuru süresinin kaçırılma mazeretlerinden birisi de başvuru süresinin başlangıcına ilişkin sorunlardır. Tebligata dair sorunların olması ve buna bağlı olarak tebliğ tarihinin açık bir şekilde tespit edilememesi hâli en sık rastlanılan örnektir.

Bazen hukuki engeller, başvurunun başvuru süresi içerisinde başvuru yapmasına imkân vermeyebilir. Bu engellerin haklı mazeret kapsamında olup olmadığı her başvuru açısından ayrıca değerlendirilmektedir.

Mahkeme, nihai karar tebliğ edilmesine rağmen başvurucuya henüz vasi atanmadığı ve bu kararın beklendiği gerekçesiyle süresi içerisinde yapılmayan bir başvuruyu haklı mazeret kapsamında görmemiştir. Kararda, başvurunun vasi tayini dosyasının sonucunu beklemesinin bireysel başvuru yapmasını engeller nitelikte bir husus olmadığı, aksi düşüncenin, bireysel başvuruda kural altına alınan otuz günlük başvuru süresinin, herkesin hukuk anlayışına göre değişmesi sonucunu doğuracağı vurgulanmıştır⁵⁴.

Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bir başvuruda, başvuru; vekilinin 30/3/2014 mahalli idare seçimlerinde belediye başkanı seçildiğini, belediye başkanlığı ile avukatlık mesleğinin bağdaşmadığını, bu nedenle 11/4/2014 tarihinde vekile yapılan tebligatın geçerli olmadığını, durumunun haklı mazeret kapsamında değerlendirilerek başvurusunun süresinde yapıldığının kabul edilmesi gerektiğini ifade ederek bireysel başvuruda bulunmuştur.

Mahkeme, başvuru dosyasını incelemiş ve başvurunun haklı mazeret olarak ileri sürdüğü hususun, 19/3/1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanu-

52 AYM kararı, Başvuru No:2013/1698, 17/3/2014.

53 AYM kararı, Başvuru No:2013/2559, 31/10/2014.

54 “Başvurucunun, hukuki hataya düşerek, Sulh Hukuk Mahkemesinde hükümlüler hakkında resen yürütülen vasi tayini dosyasındaki kararın kesinleşmesini bekleyip, kesinleşme tarihini otuz günlük sürenin başlangıç tarihi olarak değerlendirdiği ve bunu mazeret olarak ileri sürdüğü anlaşılmaktadır.” AYM kararı, Başvuru No:2013/8839, 28/1/2014.

nu'nun “avukatlıkla birleşemeyen işler” başlıklı 11. maddesinde düzenlendiğini, bu düzenlemeye göre avukatlık mesleği ile belediye başkanlığı sıfatlarının bağdaşmadığını, bu nedenle de 11/4/2014 tarihinde vekile yapılan tebligatın başvurusunun öğrendiği tarihten itibaren muteber hâle geldiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, belirtilen durumun avukatın sorumluluğu kapsamında yer aldığı düşünülse dahi başvurucuya yüklenilecek bir kusur bulunmadığından başvuruca mazeretini, haklı ve kabul edilebilir bulmuştur⁵⁵.

Bireysel başvurunun süresinde yapılamamasının sebeplerinden biri de başvuru formu ve eklerinin Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi sırasında oluşan sorunlardır. 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (1) numaralı fıkrası ve İçtüzük'ün 63. maddesinin (1) numaralı fıkrasında bireysel başvuruların mahkemelere veya yurt dışı temsilciliklerine ya da bizzat Anayasa Mahkemesine yapılabileceği öngörülmüştür.

Belirtilen usuller dışında posta, faks, elektronik posta, mektup, telgraf, elektronik iletişim araçları v.b. yollarla bireysel başvuru yapılmasına imkân tanınmamıştır. Bu şekilde yapılan başvurular kayda alınmamaktadır. Usulüne uygun yöntemlerle yapılan başvurularda eksikliklerin süresi içerisinde usulüne aykırı yöntemlerle giderilmesi hâlinde bu hususlar mazeret olarak değerlendirilmemektedir.

Bununla birlikte başvuru evraklarını teslim alan mercilerce (mahkemeler, yurt dışı temsilcilikler, ceza infaz kurumu müdürlükleri) başvuru evraklarının teslim alınması sırasında bir takım sorunlar yaşanmaktadır. Özellikle ceza infaz kurumlarında hükümlü veya tutuklu olarak kalan başvuruca'nın başvuru yapma imkânları oldukça sınırlıdır. Başvuru evraklarının teslim alınmaması, form doldurmak için gerekli imkânların sunulmaması en sık rastlanılan engellerdir. Bazen bu yöndeki kısıtlamalar da başvuru konusu olabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, başvuruca'nın kısıtlı imkânlar ile başvuruda bulunduğu hususunu göz önünde bulundurarak başvuruca lehine yorum yaparak bu sorunları çözmekte ve başvuru tarihini belirlemektedir.⁵⁶ Ancak sorun,

55 AYM kararı, Başvuru No:2014/7584, 18/9/2014.

56 “İtirazının değerlendirilmesi neticesinde, başvuruca'nın 14/11/2012 tarihinde eksiklik giderme yazısında belirtilen noksanlıkları giderdiği görülmüştür. Eksik belgelere ilişkin Kayseri 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 1/11/2012 tarihli yazısı ceza infaz kurumu tarafından başvuruca'ya 14/11/2012 tarihinde bildirilmiştir. Bu kapsamda ceza infaz kurumunda hükümlü olarak bulunan ve belgeleri ceza infaz kurumu idaresi aracılığı ile temin etmek zorunda kalan başvuruca'nın belgeleri geç temin etmesinde kendisine atfedilebilecek herhangi bir kusur veya ihmale rastlanmamıştır. Bununla birlikte, ceza infaz kurumu idaresinin ihmali sonucu belgelere geç ulaşan başvuruca, belgeleri temin eder etmez Anayasa Mahkemesine göndermiştir. Bu kapsamda başvuruca'nın ileri sürdüğü mazeret kabul edilmelidir.” AYM kararı, Başvuru No:2012/289, 28/2/2014.

başvurucu kusur veya ihmalden kaynaklanıyor ise bu durum haklı mazeret olarak değerlendirilmemektedir⁵⁷.

Öte yandan, bireysel başvuru mekanizmasının başladığından yeni haberdar olunduğu, başvuru harcının ödeme gücünün bulunmadığı gibi hususlar da Mahkemece haklı mazeret kapsamında dikkate alınmamaktadır.

4.4. Adli Tatil

Başvuru konusu nihai karar tebliğ edildikten sonra başvuru süresinin adli tatil süresi içerisinde sona ermesi durumunda, işlemeye başlayan başvuru süresinin adli tatil süresi içerisinde durup durmayacağı ve bu hususun mazeret olarak kabul edilip edilmeyeceğinin ayrıca irdelenmesi gerekmektedir.

Adli tatilin hangi mahkemelerde uygulanacağı ilgili usul kanunlarında belirtilmiştir. 6216 sayılı Kanun ve İçtüzük'te ise, Anayasa Mahkemesinin adli tatile tabi olduğu yönünde herhangi bir hükme yer verilmemiş aksine Kanun'un 70. maddesinde, mahkeme başkan ve üyelerinin yıllık izinden yararlanacağı belirtilmiştir. Mahkeme, adli tatil süresi içerisinde de yargısal faaliyetlerine devam etmektedir⁵⁸. Bu sebeple bireysel başvuru açısından adli tatil hükümleri süre hesabında dikkate alınmaz.

Anayasa Mahkemesi de, adli tatil süresi içerisinde nihai kararın tebliğ edilmiş olmasını bireysel başvuru yapmasını engeller nitelikte bir husus olarak kabul etmemekte ve bu durumu haklı mazeret olarak değerlendirilmemektedir⁵⁹.

57 “Somut olayda, başvuru, 8/1/2013 tarihinde posta yolu ile başvuru yaptığını ancak 17/1/2013 tarihinde başvurunun adli merciler vasıtasıyla yapılması gerektiği gerekçesiyle dilekçesinin iade edildiğini ve daha sonra 5/2/2013 tarihinde Bolu 2. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla tekrar başvuru yaptığını belirtmiştir. Ayrıca başvuru ceza infaz kurumu şartları altında evrakın temini ile ilgili kısıtlı imkânlarla başvuru yaptığını ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi ceza infaz kurumundan yapılan başvurularda, başvurunun mahkemeler vasıtasıyla yapılmasını aramamaktadır. Ceza infaz kurumu idaresi vasıtasıyla ya da ceza infaz kurumu kaşe veya mühür ile açılmadan gönderilen başvurular usule uygun olarak gönderilmiş kabul edilmektedir. Ancak başvurunun ceza infaz kurumunu aracı kılma ve kurum kaşesi veya mühür olmadan yapılan başvurular usule uygun kabul edilmediğinden idari yönden iade edilmektedir. Bu kapsamda, başvurunun 8/1/2013 tarihindeki başvurusu Mahkemenin uygulamasına uygun olarak iade edilmiştir. Başvurucunun kurumun kısıtlı imkanlarına yönelik iddialarının ise başvurunun, ilk olarak 8/1/2013 tarihinde posta yoluyla gönderilmesi karşısında dayanaksız olduğu açıktır.” AYM kararı, Başvuru No:2013/1191, 28/2/2014.

58 Bu husus ayrıca Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği tarafından Mahkemeye ait resmi internet sitesinden kamuoyuna duyurulmuştur <http://www.anayasa.gov.tr/Haber/detay/114/> Erişim tarihi:10/12/2014.

59 AYM kararı, Başvuru No:2013/7168, 15/10/2014.

5. MAZERETİN İNCELENME USULÜ

5.1. Ön İnceleme-Bireysel Başvuru Bürosu Aşaması

İçtüzük'ün 65. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, bireysel başvuru bürosunun görevleri; *“mahkemeye ulaşan bireysel başvuruların kaydını yapıp başvurulara numara vermek, başvuruları dosyalamak, başvurulardaki idari yönden tamamlattırılması gereken eksiklikleri tespit etmek ve bunların giderilmesi için gerekli yazışmaları yapmak, bireysel başvurularla ilgili yazışmaların kaydı, takibi, ilgili birimlere sevk edilmesi ve diğer işlemleri yapmak”* olarak belirlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bütün başvurular, bireysel başvuru bürosu tarafından kayda alınmakta, daha sonra ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Bu bağlamda, başvuru dosyasında şekli eksiklikler bulunmakta ise bu eksikliklerin giderilmesine yönelik yazışmalar yine büro tarafından yapılmaktadır.

Ön inceleme aşamasında başvurunun süresi içerisinde yapılmadığının tespit edilmesi durumunda başvuru idari yönden reddedilir. Başvurunun süresinde yapılmadığı tespit edilmesine rağmen, başvuru tarafından mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren on beş günlük süre içerisinde mazeretini belgeleyen deliller ile birlikte başvuru yapılmış ve başvuru dosyasında başka- ca şekli eksiklik bulunmadığı sonucuna varılmış ise dosya, mazeret hakkında karar verilmek üzere ilgili komisyona⁶⁰ gönderilir.

Önemle belirtmek gerekir ki ön inceleme aşamasında, bireysel başvuru bürosu tarafından başvuru mazeretinin değerlendirilmesi mümkün değildir. İçtüzük'ün 3. maddesinin (s) bendinde Mahkeme; genel kurul, bölümler ve komisyonlar ile bunlardan oluşan Anayasa Mahkemesi olarak tanımlanmış olup Mahkeme adına karar verme yetkisi ancak genel kurul, bölüm veya komisyona tanınmıştır. Bu nedenle, mazeret talebi hakkında karar verme yetkisinin, komisyon veya bölümde olduğu açıktır. Nitekim İçtüzük'te açık bir şekilde mazeret talebi hakkında komisyon tarafından karar verileceği belirtilmiştir.

Diğer taraftan, mahkemeye yapılan bazı bireysel başvurularda, başvuru formunun mazerete ilişkin kısmının, teknik olarak mazeret olarak değerlendirilemeyecek beyanlar ile doldurulduğu görülmüştür. Örneğin başvuru formunun üçüncü bölümünde, bireysel başvurunun başladığından yeni haberdar olunduğu, başvuruya konu bilgi ve belgelerin ancak toparlanabildiği, başvuru harcına dair paranın henüz tamamlanabildiği, bireysel başvuru ya-

60 6216 sayılı Kanun ve İçtüzük uyarınca, bireysel başvurular hakkında karar vermek üzere iki bölüm ve her bir bölüme bağlı üç komisyon olmak üzere toplam altı farklı komisyon oluşturulmuştur. 6216 sayılı Kanun'un 14. maddesinin (2) numaralı fıkrasının “c” bendinde, bölüm içinden oluşturulacak komisyonlarda, üyelerin dönüşümlü olarak görev yapmalarını sağlamak başkanvekillerinin görev ve yetkileri arasında sayılmış olup, mazeret incelemesini yapacak komisyon üyeleri her ay başkanvekili tarafından ayrıca belirlenmektedir.

S. Çınar: Bireysel Başvuruda Haklı Mazeret ve Sonuçları

pılmasına yeni karar verildiği gibi hususlar mazeret olarak belirtilmektedir. Kanaatimce teknik olarak mazeret mahiyetinde olmayan bu tür beyanların usul ekonomisi ilkesi uyarınca ön inceleme aşamasında dikkate alınmaması gerekir.

Ön inceleme aşamasında, başvuru mazereti dikkate alınmadan süresinde başvuru yapılmadığı gerekçesiyle idari ret kararı verilir ve bu karara itiraz edilir ise ilgili komisyon tarafından öncelikle mazeret talebi hakkında karar verilir. Mazeret talebi kabul edilir ise idari ret kararı kaldırılarak başvuru, diğer yönlerden incelenir. Mazeret talebi ret edilir ise başvuru süreaşımı yönünden kabul edilemez bulunur.

Yine ön inceleme aşamasında, başvuru mazereti dikkate alınmadan eksikliklerin süresi içerisinde giderilmediği gerekçesiyle idari ret kararı verilir ve bu karara itiraz edilir ise ilgili komisyon tarafından öncelikle mazeret talebi hakkında karar verilir. Mazeret talebi kabul edilir ise idari ret kararı kaldırılır ve başvuru, diğer yönlerden incelenir. Mazeret talebi ret edilir ise idari ret kararına yapılan itiraz reddedilir.

5.2. Komisyon Aşaması

Başvurunun mazeret nedeniyle süresi içerisinde yapılmaması hâlinde dosya mazeret talebi hakkında karar verilmesi amacıyla Komisyonlar başraportörlüğüne gönderilir. Komisyonlar başraportörü tarafından dosya bir raportöre tevzi edilir. Komisyonlar raportörlüğünce, öncelikle başvuru ileri sürdüğü mazeret ve sunulan belgeler incelenir ve bu konuda mazeretin kabulünün gerekip gerekmediği yönünde karar taslağı hazırlanır.

İlgili komisyon⁶¹; başvuru mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek mazereti kabul veya reddeder. Mazeret talebi ret edilir ise süre aşımı nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilir. Başvuru mazeret beyanı kabul edilirse başvuru hakkında kabul edilebilirlik ve esas yönlerinden inceleme yapılır. Ayrıca dosyada şekli eksiklikler bulunmakta ise bu eksikliklerin tamamlanması için dosya bireysel başvuru bürosuna gönderilebilir.

Başvurunun niteliğine uygun düştüğü takdirde mazeret ve kabul edilebilirliğe ilişkin tek bir taslak hazırlanıp bu iki husus birlikte karara bağlanabilir,

61 Başvurunun kayda alınması sırasında sistem tarafından başvuruya otomatik olarak başvuru numarası verilir. Ayrıca, bu aşamada başvuru evraklarını inceleyecek bölüm ve komisyon, otomatik olarak belirlenir. İçtüzük'ün "Bireysel Başvuruların Bölümlere ve Komisyonlara Tevzi" başlıklı 67. maddesinin (1) numaralı fıkrasında bu husus, bireysel başvuru bürosu tarafından kaydı yapıp numara verilen başvuruların dağıtımının, Bölümler ve Komisyonlar arasında otomatik olarak yapılacağı belirtilmek suretiyle açıklanmıştır. Mazeret talebi de, bireysel başvuru bürosu tarafından kayıt işlemleri sırasında otomatik belirlenen komisyon tarafından yapılır. Bu nedenle, mazeret talebi hakkında karar verilmek üzere yeniden bir komisyon tespiti yapılmaz.

örneğin tek taslakta başvuru mazeretinin reddi ile başvurunun süre aşımı nedeniyle reddine ilgili komisyon tarafından karar verilebilir. Diğer taraftan, mazeret hakkında karar verilip kabul edilebilirlik incelemesi hakkında daha sonra karar verilebilir.

Ön inceleme aşamasında, başvuru verilecek olan beş günlük süre içerisinde eksikliklerin mazeret nedeniyle tamamlanamadığı tespit edilir ise bireysel başvuru bürosu tarafından mazeret hakkında karar verilmek üzere dosya ilgili komisyona gönderilir. Talep ilgili komisyon tarafından incelenir. Komisyon mazeret talebini kabul veya reddeder. Mazeret beyanının kabul edilmesi durumunda başvuru dosyasında, kabul edilebilirlik incelemesi yapılır. Mazeret talebinin reddi durumunda ise dosya idari ret kararı hazırlanmak üzere bireysel başvuru bürosuna geri gönderilir.

İdari ret kararına, mazeret nedeniyle süresi içerisinde itiraz edilemediği yönündeki başvuru taleplerinin de ilgili komisyon tarafından incelenmesi gerekir. Talep hakkında karar verilmek üzere dosya komisyonlar başraportörlüğüne gönderilir. Komisyon, mazeret talebini kabul ederse itiraz talebi incelenerek bu konuda karar verilir. Mazeret talebi reddedilir ise itiraz talebi süre aşımı nedeniyle reddedilir.

İçtüzük'ün 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında belirtildiği üzere bütün komisyon kararları kesindir. Dolayısıyla mazeret talebi ile ilgili olarak komisyon tarafından verilen kararlar da kesin olup, bu yönde verilen kararların yeniden incelenmesine veya bu kararlara karşı başka bir mercie başvuru yapılmasına olanak yoktur.

5.3. Bölüm Aşaması

İçtüzük'ün 33. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca, mazeret talebinin karara bağlanması için bölüm tarafından ilke kararı alınması gerekli görülür ise, kabul edilebilirlik incelemesinin bölüm tarafından yapılmasına ve dosyanın ilgili bölüme gönderilmesine karar verilebilir⁶². İlgili komisyon tarafından, bu doğrultuda bir karar alınırsa dosyanın ilgili bölüme gönderilmesine karar verilir ve mazeret talebi, bölüm tarafından karara bağlanır.

İçtüzük'ün 33. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, komisyonların oybirliği ile karar alacağı, oybirliği sağlanamadığında konunun, oybirliği sağlanama-

62 Madde metni şöyledir. "Komisyonlar, önlerindeki bir başvurunun Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyıp taşımadığının, başvuru 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."

S. Çınar: Bireysel Başvuruda Haklı Mazeret ve Sonuçları

dığı belirtilmek suretiyle bölüme havale edileceği belirtilmiştir⁶³. İki üyeden oluşan ilgili komisyonca, başvuru mazereti hakkında oybirliği ile karar verilemez ise konu, oybirliği sağlanamadığı belirtilmek suretiyle bölüme havale edilir. Bu durumda, mazeret talebi ilgili bölüm tarafından karara bağlanır.

Bireysel başvuru dosyalarının tekemmül ettirilmesi amacıyla Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği, komisyon ya da bölümler tarafından başvuruca- ra süre verilebilir. Başvuru, verilen sürede mazereti nedeniyle yazıya cevap veremeyebilir. Başvuru mazereti kabul edilir ise başvurucuya yeniden yazı yazılır ya da süresinden sonra gönderilen bilgi ve belgeler dikkate alınır. Ancak mazeret talebi reddedilir ise talep edilen bilgi ve belgelerin bu süreler içinde usulüne uygun olarak gönderilmediği kabul edilerek, bu bilgi ve belgeler başvurunun değerlendirilmesinde dikkate alınmaz ve dosyaya dâhil edilmez.

SONUÇ

Bireysel başvurunun kabul edilebilirlik koşullarından biri de başvuru süresi olup, hukuk güvenliği ilkesine uygun bir şekilde Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak başvurular belli bir süre ile sınırlandırılmıştır. Bu itibarla, 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre; bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten veya başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten otuz gün içinde yapılması gerektiği öngörülmüştür.

Bireysel başvuru süresi, mukayeseli hukuk ve AİHM düzenlemesi ile kıyaslandığında oldukça kısadır. Ancak ağır hastalık veya mücbir sebep gibi haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuru yapamayanlar açısından, mazeretin kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvuru yapılabilir. AİHM; haklı mazeret kurumuna yer verildiği gerekçesiyle, bireysel başvuru süresini makul düzeyde görmektedir.

İçtüzükte, hangi hallerin haklı mazeret kapsamında olduğu hususu açık bir şekilde belirtilmemiştir. Başvuru beyanının haklı mazeret olarak kabul edilip edilmeyeceği, her olayın özelliği dikkate alınarak Anayasa Mahkemesi tarafından ayrıca belirlenmektedir.

Mahkeme, ağır hastalık kapsamında olmayan ve basit rahatsızlıklara bağlı olarak verilen sağlık raporlarını mazeret kapsamında değerlendirmemektedir. Mahkemenin konu ile ilgili kararları incelendiğinde, mahkemenin haklı mazeret kavramını başvurunun özelliği ve mazeretin niteliğine göre incelediği görülmüştür.

63 İçtüzük'ün 69. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir. "Bireysel başvuru dosyalarının tekemmül ettirilmesine ilişkin olarak duruma göre Genel Sekreterlik, Komisyon ya da Bölümler tarafından verilen ve asgari on beş gün olan süreler kesin olup bu süreler içinde usulüne uygun olarak gönderilmeyen bilgi ve belgeler, başvurunun değerlendirilmesinde dikkate alınmaz ve dosyaya dâhil edilmez."

KAYNAKÇA

Ahmet EROL, Mükellef Hakkı Olarak Mücbir Sebepler ve Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012, Sayı:103.

Ahmet KIRTEPE, “Bireysel Başvuru Hakkının Kapsamı, Kullanılması”, HUKAB, Nisan-Haziran 2012, Sayı:1.

Atilla NALBANT, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru, AİHM ve Türkiye-II Uluslararası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No:8, Ankara 2010.

KILINÇ, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Sayı:25.

Burhan KUZU, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli”, Anayasa Yargısı, Sayı 21, Yıl 2004.

Ebru KARAMAN, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013.

Erdal TERCAN, Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski hâle Getirme-Hali Sabıka İrca, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006.

Ersan ŞEN, Adli Tatilde Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru ve Süresi, <http://www.hukukihaber.net/m/?id=3161&t=makale>

Ersan ŞEN-Bilgehan ÖZDEMİR, “Anayasa Mahkemesi Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi”, Terazi Dergisi, Sayı:5, Mart 2011.

Hakan ATASOY, “Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2012.

Hüseyin EKİNCİ, “Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü”, Bireysel Başvuru, “Anayasa Şikâyeti” HUKAB Sempozyum Serisi 1, HUKAB Yayınları, 2011.

Hüseyin EKİNCİ-Musa SAĞLAM, Sorularla Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014.

Işıl KARAKAŞ, Anayasa Şikâyeti ve AİHM, AİHM ve Türkiye-II, Uluslararası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No: 8, Ankara 2010.

İbrahim ŞAHBAZ, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:201, Ankara 2011.

S. Çınar: Bireysel Başvuruda Haklı Mazeret ve Sonuçları

Kemal GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 6.Baskı, Bursa 2007.

Musa SAĞLAM, Bireylerin Anayasa Mahkemesine Başvurusu (Bir Reform Önerisi), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül-Ekim 2005, Sayı:60.

Okan TAŞDELEN, “Biri Sizi Gözetliyor: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Penceresinden Bireysel Başvuru Hakkı”, HUKAB Yayınları, Sayı:2, Temmuz-Eylül 2012.

Öykü Didem AYDIN, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, 2011, Sayı:4.

Özcan ÖZBEY, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2013.

Tolga ŞİRİN, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013.

Dr. Hüseyin EKİNCİ
(*Anayasa Mahkemesi Komisyonlar Başkanportörü*)

MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI BAĞLAMINDA ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU HARCİ VE ADLİ YARDIM

ÖZET

Temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin önlenmesinde önemli bir güvence olarak görülen bireysel başvurunun harca bağlanması bu miktarı ödeme gücü bulunmayanlar bakımından önemli bir sorundur.

Harç ya da başka herhangi bir masraf ödenmeksizin başvuru yapılabilmesi bu yolun niteliği bakımından en idealidir. Ne var ki, bu durumun ortaya çıkarılabileceği başvuru enflasyonunun engellenmesi amacı, artan ağır iş yükü nedeniyle kurumun işlevini yitirme tehlikesinin önlenmesi ve yargılama giderlerinin devlet bütçesi üzerinde ciddi bir yük oluşturmaya gibi gerekçelerle bireysel başvuru için harç alınması bir ölçüde makul görülebilmektedir.

Ekonomik açıdan güçsüz durumda bulunan kişilerin de temel hak ve özgürlüklerinin korunması bağlamında, bu hak arama yoluna erişim imkânlarının sağlanması sosyal hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle söz konusu kişilere adli yardım sağlanması insan haklarının korunması sorunu olarak ele alınmak durumundadır.

GİRİŞ

Temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin önlenmesinde önemli bir güvence olarak görülen bireysel başvuru yoluna erişimin öncelikle harç ödenmesine bağlanması, bu bedeli ödeme gücünden yoksun ya da ekonomik durumu iyi olmayan kişiler bakımından önemli bir sorundur. Bu durum, bireysel başvuru için gerekli harç ve giderleri ödeme gücü bulunmayan kişileri ya bu yolu kullanmaktan vazgeçmeye sevk edecek ya da harç ödenmeksizin yapılan başvurunun esasına ilişkin herhangi bir inceleme yapılmadan kabul edilebilirlik aşamasında başarısızlıkla neticelenmesine neden olabilecektir.

Başvuru harcı ve giderlerinin karşılanamaması nedeniyle bireysel başvuru yoluna erişilememe tehlikesi, Anayasa'nın 148/(3). maddesinde herkese açık olarak düzenlenmiş bireysel başvurunun, en azından bu giderleri ödeyeme-

yecek kişiler bakımından ulaşılması imkânsız bir yol olarak kalmasına yol açabilecektir. Başvuru harcı yüzünden anayasal bireysel başvuru hakkının pratikte belli toplumsal kesimler açısından sembolik ve işlevsiz bir hukuksal mekanizma hâline dönüşme riski söz konusudur. Ülkemizdeki toplum katmanları arasındaki gelir düzeyindeki adaletsizlikler ve işsizlik sorunu vs. dikkate alındığında bu olasılığın hiç de göz ardı edilmemesi gerektiği ortadadır. Bu tehlikenin ortadan kaldırılması ve Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olan "*mahkemeye erişim*" hakkının işlerliği için, söz konusu giderleri ödeme gücü bulunmayan kişilere yönelik olarak adli yardım kurumunun etkin biçimde hayata geçirilmesi gerekir.

Makalede, öncelikle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda ödenmesi gereken başvuru harcına ilişkin düzenlemeler ve başvuruların harca bağlanmasının gerekçeleri açıklanmıştır. Söz konusu harcın miktarının belirlenmesi, ödenme yer ve zamanı, harcın ödenmemesi ya da eksik ifasına bağlanan sonuçlar Kanun, İçtüzük ve Mahkeme içtihadı doğrultusunda ortaya konulmaktadır.

Çalışmanın ikinci kısmında bireysel başvuru harcının mahkemeye erişim hakkı açısından sakıncaları, özellikle ödeme gücünden yoksun kişiler yönünden ortaya çıkabilecek sorunların ortadan kaldırılması amacıyla getirilen düzenlemeler inceleme konusu edilmektedir. Makalede ayrıca, AİHM içtihadı ve Türk hukukundaki yeni yaklaşımlar, Anayasa Mahkemesinin başvuru harcı konusundaki uygulamaları, Mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir.

I. BİREYSEL BAŞVURU HARCİ

A. Genel Olarak

Gerçek ya da tüzel kişilerin, özel çıkarlarına yönelik, kamu kuruluşlarının hizmetlerinden yararlanmaları karşılığında yaptıkları ödemeler şeklinde tanımlanan harç; yargılama hukukunda devletin, yargılama işlemlerini yaparken gördüğü hizmet dolayısıyla ilgisinden tahsil ettiği parayı ifade etmektedir¹. Bir hizmetin harç konusu olabilmesi için kişilere kamu eliyle özel bir yararın sağlanması, kamu idaresinin bireyin özel bir işiyle uğraşması ve kişilerin bir kamu kurumundan yararlanmaları gerekir². Kural olarak harcın, ilgili işlemin ya da hizmetin yapılması talebinde bulunan kişi tarafından ödenmesi gerekmekte olup, söz konusu harç ödemedikçe, talep ettiği işlem yerine getirilmez³.

1 Hüsni Aldemir, Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 350.

2 AYM, T. 1/11/2012, E.2011/64, K.2012/168.

3 Erdal Tercan, Cumhuriyet Rüzgaresi, "*Harçlar Kanunu m. 28/a ve m. 32'nin Mahkeme Kararları ve Yeni Kanunî Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi*", EÜHFD, C. XIV, S. 1-2 (2010),

H. Ekinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

Mahkeme harçlarının da dâhil olduğu yargılama giderleri kavramı ise bir davanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması için taraflarca doğrudan yapılan masrafların tamamını ifade etmektedir. Devletin Anayasa Mahkemesi vasıtasıyla sunduğu bireysel başvuru hakkının kullanılmasına dair adli hizmete karşılık ondan yararlanan bireyin vermek durumunda olduğu katkı olan bireysel başvuru harcı, geçerli bir başvuru yapılabilmesinin ön koşullarından birini oluşturmaktadır. Yargılama giderleri kapsamındaki başvuru harçları ve diğer zorunlu masraflar muhatabı tarafından hiç ödenmediği ya da eksik ödendiği takdirde, söz konusu eksiklik mahkemece verilen süreler içinde de giderilmemişse, kural olarak harç ya da masraf konusu başvurunun yapılmadığı⁴, davanın açılmadığı ya da talepte bulunulmadığının kabulü anlamına gelmektedir⁵.

Savunma ve hak arama özgürlüğünün korunması, hukuk devletinin en temel unsurlarından biridir. Hak arama özgürlüğü, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olması itibarıyla toplumsal barışı güçlendiren, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının aracıdır. Bu nedenle ilgisinden harç adı altında tahsil edilen paranın adalet organizasyonu içinde yer alan pek çok harcama kalemini ve dolayısıyla da kamunun yargılama sürecindeki giderlerin tam karşılığı olması söz konusu değildir⁶.

B. Başvuru Harcı, Ödenmesi Gereken Hâller

1) Hukuki Dayanağı ve Miktarı

Harç ödeme yükümlülüğü, yalnızca yasal düzenlemenin bulunduğu durumlarda söz konusu olup, kanunsuz olarak harç tahsili imkânı yoktur. Nitekim Anayasa'nın 73/(3). maddesine göre vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülükler ancak kanunla konulur, değiştirilir ya da kaldırılabilir. Harç ve benzeri malî yükümlülüklerle dair Anayasa'nın bu hükmü karşısında yargı harçları da yalnızca kanunda belirtilen durumlarda ve bu işlerin yapılması hâlinde ilgi-

s. 142.

4 Bireysel başvuruda, başvuru harcının eksik yatırılması durumunda ilgisine bu durum bildirilmekte ve verilen azami 15 günlük süre içinde söz konusu eksikliği gidermesi istenmektedir. Bu verilen süre kesin nitelikte olup, bu zaman diliminde eksikliğin giderilmemesi başvurunun yargısal herhangi bir incelemeye tâbi tutulmaksızın idarî açıdan reddiyle sonuçlanmasını gerektirir (İçtüzük m. 66/3).

5 Müslüm Akıncı, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 196.

6 Hakan Arslaner, Demet Şekerci, "Türkiye'de Adalet Hizmetlerinin Niteliği ve Bu Hizmetlerin Bütçe Üzerindeki Yüklü", Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1 (s.31-48); Tercan, Rüzgaresen, s. 139; "... Devletin, mahkemelerin faaliyetlerine karşılık olmak üzere bu hizmetten yararlanan kişiden almış olduğu paraya yargı harcı denir." (Aldemir, s. 350).

lisinden tahsil edilebilir. Dolayısıyla kanunda harç öngörülmemiş olan yargı işlemlerinin kıyas yoluyla ya da yorum yöntemiyle harç konusu yapılması imkânı bulunmamaktadır⁷.

6216 sayılı Kanun'un 47/(2) numaralı fıkrasında bireysel başvurunun harca tâbi olduğu belirtilmekte olup, bunun miktarı 492 sayılı Harçlar Kanunu'na bağlı (I) sayılı Tarifenin "*Mahkeme Harçları*" başlıklı bölümünde düzenlenmiştir. Yine aynı 6216 sayılı Kanun'un 64. maddesinde, "*Mahkemeye yapılacak bireysel başvurular dışındaki başvurular, alınacak kararlar ve bunlarla ilgili yapılacak işlemler harca tabi değildir.*" denilerek, bireysel başvuruların harca tâbi olduğu bir kez daha vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün "*Bireysel başvuru harcı ve adli yardım*" başlıklı 62/(1). maddesinde ise; "*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 verilmiştir.

492 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yargı harçlarının bu Kanun'a göre alınmasının gerektiği; 2. maddesinde ise yargı işlemlerinden bu Kanun'a bağlı (I) sayılı Tarifede yazılı olanların, yargı harçlarına tâbi olduğu vurgulanmıştır. Bakanlar Kuruluna, anılan Kanun'a bağlı tarifelerde yer alan harçları, maktu harçlarda yirmi katına, nispi harçlarda ise bir katına kadar artırmaya; maktu harçları yarisına, nispi harçları ise Kanun'la belirlenen oranların onda birine kadar indirmeye, bu had ve miktarlar arasında yeni had, miktar ve nispetler tespit etmeye yetki verilmiştir (Mükerrer m. 138). Bakanlar Kurulu, Kanun'da tanınan harç miktarlarında değişiklik yapma yetkisini kullanmak suretiyle hemen hemen her yılsonunda, takip eden yeni yılın başından geçerli olmak üzere, maktu harç miktarları ile nispi harçların asgari ve azami miktarlarını tespit etmektedir.

Yargı harçlarını düzenleyen 492 sayılı Kanun'un hükümleri, ilgililere iradeleri dışında bir kısım malî yükümlülükler getirmeleri nedeniyle kamu düzenine ilişkindirler. Dolayısıyla mahkemeler ya da diğer merciler, söz konusu harçları tahsil etme, ilgilileri ise ödeme yükümlülüğü altındadırlar. Yukarıda da vurgulandığı üzere bu Kanun'da belirtilen işlemler dışındaki talep ve işlemlere ilişkin olarak, yargı mercilerince kendiliğinden harç tahsili yoluna gidilmesi ya da bu tarifenin dışına çıkılması imkânı bulunmamaktadır⁸.

492 sayılı Kanun'a bağlı tarifenin, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında artırıldığı hususu dikkate alınmalıdır. Bu miktarlar, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesinin (B) fıkrasında yer alan "*Yeniden değerlendirme ora-*

7 Aldemir, s. 351.

8 Aldemir, s. 351.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

nı, yeniden değerlendirme yapılacak yılın Ekim ayında (Ekim ayı dâhil) bir önceki yılın aynı dönemine göre Türkiye İstatistik Kurumunun Üretici Fiyatları Genel Endeksinde meydana gelen ortalama fiyat artış oranıdır. Bu oran Maliye Bakanlığınca Resmî Gazete ile ilan edilir.” hükmü uyarınca her yıl yeniden tespit edilen yeniden değerlendirme oranına bağlı olarak artmaktadır. Bu prensipler, yargı harçları içinde yer alan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru harcı bakımından da geçerlidir. Başvuru harcının, harçlara ilişkin hükümler çerçevesinde tahsilinin yapılması; başvuru harcının da harç tarifesi gereğince ödemesi gerekmektedir. Nitekim 30/3/2011 tarihi itibarıyla 6216 sayılı Kanun’un 75. maddesinin (8) numaralı fıkrasıyla 492 sayılı Harçlar Kanunu’na bağlı ilgili tarifeyle 150 TL olarak eklenen bu harç yıllar içinde yukarıda belirtilen yöntemle artarak 2015 yılı itibarıyla 226.90 TL’ye ulaşmıştır.

Yargı harçlarının miktarı, kural olarak harcın doğum anı esas alınarak belirlenir⁹. Bu nedenle harca konu edilen usuli işlem olarak başvurunun yapıldığı tarih esas alınacağından, ödenmesi gereken harç miktarı başvurunun yapıldığı andaki tarife üzerinden hesaplanır. Dolayısıyla başvurunun yapıldığı tarihte eksik harç yatırılmış ya da ilgilinin adli yardım talebinin yetkili merci tarafından reddedilmesi nedeniyle başvuru harcının yatırılması gerekmiş ise, bu tarih itibarıyla tarifiede değişiklik ortaya çıkmış dahi olsa, başvurunun yapıldığı tarihteki tarifenin esas alınmak suretiyle harcın tahsili ya da eksikliğin giderilmesi gerekmektedir. Çünkü başvuru formunun yetkili mercilere teslimi anında evrak ve eklerinde eksiklik bulunsa dahi usuli bir başvuru yapılmış sayılmakta, örneğin bu eksikliklere rağmen başvuru sürelerinin hesabında bu tarih, başvurunun yapıldığı gün olarak kabul edilmektedir.

2) Başvuru Harcı Ödenmesi Gereken Hâller

Usulüne uygun bir bireysel başvuru yapılabilmesi için başvuru harcı yatırma zorunluluğu bulunmakta olup, bunun dışında herhangi bir harç öngörülmemiştir. Dolayısıyla sonraki işlemler bakımından harç yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu nedenle örneğin dosyaya yeni bilgi ya da belge ibrazı, eksiklik giderilmesi, bir kısım ilâve talep ve açıklamalar yapılması, Bakanlık görüşüne karşı cevap dilekçesi sunulması, tavzih ya da maddi hataların düzeltilmesi talepleri vs. için ayrıca harç ödenmesine gerek yoktur.

Burada özellikle idari ret kararlarına karşı yapılan itiraz başvurularında yeniden bir harç ödenmesinin gerekip gerekmediği konusunun üzerinde durulması gerekmektedir. İdari ret kararına itiraz için harç ödenmeyeceği konusunda Kanun ya da İçtüzük’te bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Kanun’un 64. maddesinde mahkemeye yapılacak bireysel başvurular dışındaki

9 Aldemir, s. 354.

başvurular, alınacak kararlar ve bunlarla ilgili yapılacak işlemlerin harca tabi olmadığı açıkça vurgulanmıştır. Yukarıda da vurgulandığı üzere vergi ve harç gibi malî yükümlülüklerin ancak Kanun'la konulabileceği kuralı karşısında, idari redde itiraz için Kanun'da harç yükümlülüğünün de düzenlenmemiş olması nedeniyle bu talep için harç alınması Kanun'a aykırılık oluşturur¹⁰. Bu nedenle idari ret kararına karşı yapılan itirazlarda harç alınmamakta¹¹, idari ret kararı başvurucuya tebliğ edilirken itiraz usulüne ilişkin verilen bilgiler arasında itiraz için herhangi bir harç ödenmesi gerekmediği de kendisine bildirilmektedir¹².

İdari ret kararlarına karşı yapılacak itirazlardan harç alınmaması, bu kararın yargısal yetkisi bulunmayan Komisyonlar Başraportörü tarafından verilmiş olması nedeniyle yerinde bir düzenlemedir. Bu itiraz nedeniyle başvurucuya yeni bir harç yükümlülüğü getirilmemesi, idari nitelikteki kararın itiraz sebebiyle ilk kez yargısal süreçten geçecek olması ve ilk defa Mahkemenin yargısal birimlerinde incelenmesi imkânı bulması nedeniyle işin tabiatının da bir gereğidir¹³.

3) Harcın Ödenme Zamanı ve Yatırılabilceği Yerler

Başvuru harcının başvuru yapılmadan önce tamamının peşin olarak Maliye Veznesine yatırılması ve ödeme belgesi olan makbuzun başvuru formuna eklenmesi (m. 47/(3)) gerekmektedir. Maliye Vezneleri, bireysel başvurunun yapılabildiği adliyeler, yurt dışı temsilcilikleri ve Anayasa Mahkemesinde yer almaktadır. Dolayısıyla başvuru harcının, harç ödeme işi için başka yere gitmelerine gerek kalmamaktadır. Buna karşılık başvuru harcının Maliye Vezneleri ve internet vergi dairesi dışında, örneğin posta ya da banka havalesi yoluyla

10 Hakan Atasoy, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesinde Bireysel Başvurunun Kabul Edilebilirlik Koşulları, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 66.

11 Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğince Mahkemenin internet sitesinden kamuoyuna yapılan, “İdari ret kararlarına itirazlarda yapılan hata ve yanlışlıklara ilişkin duyuru”da, 6216 sayılı Kanun ve AYM İçtüzüğü’nün bireysel başvuru hükümlerine göre, başvuru harcının itiraz edilen idari ret kararları için yeniden bireysel başvuru formu doldurma ya da itiraz incelemesi için harç yatırma zorunluluğunun bulunmadığı belirtilmiştir. <http://www.anayasa.gov.tr/Haber/detay/229/index.html> (Erişim Tarihi: 4.12.2014).

12 İdari ret kararlarında başvurunun hangi gerekçelerle reddedildiği belirtildikten sonra, “(...) Bu idari ret kararının tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde Anayasa Mahkemesine itiraz hakkınız bulunmaktadır. İdari ret kararına karşı yapılan itirazlar harca tabi olmayıp varsa itirazlarımızın dilekçeyle ve bireysel başvuru yapılmasındaki usul izlenerek yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde dilekçeniz işleme konulmayacaktır. (...)” şeklindeki ifadelerle başvuru itiraz konusunda temel prensipler konusunda aydınlatılmaktadır. (Örn. B.No: 2013/5039, 20.9.2013. (http://www.anayasa.gov.tr/BireyselBasvuru/Kararlar/Yayinlanan_Kararlar/30_gun_1.html) (Erişim Tarihi: 4.11.2014).

13 Atasoy, s. 66.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

ödenmesi imkânı yoktur¹⁴.

4) Eksik ya da Yersiz Harç Tahsili

Anayasa Mahkemesine ulaşan başvuruların incelemesi, öncelikli olarak herhangi bir şekli eksikliğinin olup olmadığı yönüyle yapılmaktadır. Şekli incelemede kontrol edilmesi gereken hususların başında başvuru harcının tam olarak yatırılıp yatırılmadığı yer almaktadır. Bu incelemede harca ilişkin herhangi bir eksiklik, başvuru harcının hiç yatırılmadığı ya da eksik ödendiği tespit edilirse (adli yardım talebi de yoksa) bu eksikliğin giderilmesi için başvuru ya da varsa avukatına bildirim yapılmaktadır. Bu bildirimde söz konusu eksiklikleri gidermesi için onbeş günü geçmemek üzere kesin bir süre verilmekte, geçerli bir mazereti olmaksızın bu süre içinde belirtilen eksikliklerin giderilmemesi ve dolayısıyla da başvuru harcının ödenmemesi hâlinde başvurusunun reddine karar verileceği hususunda ihtarda bulunmaktadır. Bu koşullara uyulmadığı takdirde başvurunun incelemesinde ileriki aşamalara geçilmemekte, ihtarla rağmen buna uyulmadığı ve eksikliğin giderilmediği gerekçesiyle idari ret kararı verilmektedir.

Harçlar konusunda usuli kazanılmış haktan söz edilemeyeceğinden¹⁵, harcın ödenmediği ya da eksik ödendiği hususu incelemenin hangi aşamasında tespit edilirse edilsin derhal usulünce tamamlattırılması gerekmektedir.

Başvuru harcı başvuru sürecinin başlatılması için alındığından, fazla ya da yersiz olarak tahsilât yapılması hâlleri hariç başvuru yapıldıktan sonra harç iadesi söz konusu değildir. Bu açıdan başvuru sürecinin ön inceleme, kabul edilebilirlik incelemesi veya esas hakkında incelemede sonuçlanması ya da başvurudan feragat edilmesi nedeniyle düşme kararı verilmesinin bir önemi yoktur¹⁶. Bu nedenle başvuru feragatinden dolayı başvurusu hakkında düşme kararı verilmesi, başvurunun kabul edilemezlik ya da red ile sonuçlanmış olması gibi sonuç doğurmakta ve yargılama giderlerinden sorumlu tutulması gerekmektedir.

Öte yandan, bireysel başvuru harcı alınmaması gereken hâllerde, harç tahsili yoluna gidilmişe kanunsuz olarak tahsil edilen bu miktarın ilgisine iadesi gerekmektedir. Aynı kural fazla tahsilât bakımından da geçerlidir. Zira harç alınmaması gereken bir işlem için harç alınmasının yanı sıra alınması gerekenden fazla bir tahsilâtın yapılması durumunda fazla kısım bakımından

14 Özcan Özbey, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 318; Ebru Karaman, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, XII Levha, İstanbul, 2013, s. 226.

15 Y. 5. HD 22/6/1981, E. 1981/646, K. 1981/7075 (Aldemir, s. 355, dn. 1104 naklen).

16 AYM. B. No: 2012/69, 12/2/2013.

da Yasa'ya aykırı bir harç tahsili söz konusudur. Bu gibi hâllerde fazla ya da yersiz olarak kendisinden harç tahsil edilmiş olan kişinin Anayasa Mahkemesinden iadeyi talep etmesi ve Mahkemenin de fazla ya da haksız tahsil edilen miktarı ilgisine iade etmesi gerekir. Bu konudaki talep niteliği itibarıyla bir şekil şartına bağlı değildir. Dolayısıyla bir dilekçeyle yapılabileceği gibi, bu yöndeki istemin Mahkeme görevlisine sözlü olarak iletilmesi ve hazırlanacak olan tutanağın başvuru tarafından imzalanması suretiyle de yapılabilir. Fazla ya da yersiz tahsil edilen harç, Mahkeme tarafından ilgili vergi dairesine yazılan yazı üzerine iade edilmektedir¹⁷.

C. Başvuru Harcından Sorumluluk

Daha önce de vurgulandığı üzere başvuru harcının kural olarak bireysel başvuru yapıldığı anda başvuru tarafından ilgili mercilere ödenmesi ve buna dair belgenin başvuru formu ekinde Anayasa Mahkemesine sunulması gerekmektedir. Buna karşılık başvurunun incelenmesinin kesin olarak karara bağlanmasıyla birlikte bu harçtan sorumluluğun başvuru üzerinde kalıp kalmayacağı hususu üzerinde durulması gerekmektedir.

Bilindiği üzere, genel usul kuralı uyarınca yargılama giderlerinden sorumluluğun kime ait olduğu hususu, yargılamanın sonucuna göre belirlenir ve bu yükümlülük ilke olarak haksız çıkan, aleyhine hüküm verilen tarafın üzerindedir (HMK. m. 326/(1)). Yargılama giderleri kapsamındaki başvuru harcı, varsa yapılan diğer giderler ve bu arada başvuru kendini bir avukatla temsil ettirmiş ise vekâlet ücretinden sorumluluk aynı yöntemle belirlenmekte ve davayı kaybedene yükletilmektedir¹⁸.

Bireysel başvuru harcı da bir yargılama gideri olması itibarıyla, başvurunun Anayasa Mahkemesince yapılan incelemesinde başvuru lehine ya da aleyhine sonuçlanmasına bağlı olarak bu giderlerden sorumluluğun kimin üzerinde olacağı da belirlenmektedir. Bu bağlamda başvurunun süre aşımı ve şekil şartlarında eksiklik nedeniyle idari yünden reddine karar verilmesi ya da sonraki aşamalarda kabul edilemez olduğuna, reddine, düşmesine ya da herhangi bir ihlalin bulunmadığına karar verilmesi durumunda bir bütün olarak bu giderler başvuru üzerinde bırakılmaktadır. Başvurucunun talep sonucundan vazgeçmesi nedeniyle başvurunun düşmesine karar verildiğinde de aynı şekilde başvuru harcı ve giderlerden sorumluluk başvuru üzerinde kalmaktadır.

Buna karşılık, talep sonucundan kısmen vazgeçilmesi ya da iddialarından bir bölümü hakkında kabul edilemezlik, düşme ya da ihlal olmadığı yönünde

17 Aldemir, s. 386.

18 Aldemir, s. 63.

H. Ekinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

karar verilmekle birlikte diğerlerinin esası incelenip ihlal tespit edilmişse yargılama giderlerinden sorumluluğu tespit bakımından başvuruda haklılık oranına göre değerlendirme ve paylaşımına gidilmemekte, tüm bu giderler kamu üzerinde bırakılmaktadır. Hukuk yargılamasında yargılama giderlerinden sorumluluğun kabul-ret oranına göre (HMK. m. 326/(2)) tahsili yoluna gidildiği dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru harcının esas itibarıyla yargılama faaliyeti nedeniyle yapılan giderlerin karşılanması amacıyla değil, başvuru sahiplerinin ciddi nitelikteki ihlal iddialarını ve yöntemine uygun biçimde Mahkeme önüne getirmeye sevk edilmesi, dayanaksız iddiaların ise başvuru konusu yapılmasına engel olunması için konulduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

D. Başvuru Harcının Mahkemeye Erişim Hakkı Üzerinde Etkisi

Dünyadaki yaygın uygulama, mahkemeye erişim hakkı açısından her zaman tartışmalı olsa da ilgililerce adalet hizmetlerinden yararlanılması karşılığında cüz-î de olsa belirli bir ücret alınması yönündedir¹⁹. Bu şekilde, yargılamanın yürütülmesinde maddi yükümlülüğün hiç olmazsa belli bir kısmının²⁰ bu yola başvuranlarca karşılanması prensibinin benimsendiği görülmektedir²¹.

Yargı mercilerine başvurularda harç ya da ücret alınması, ilgilinin yargıya erişimi açısından sınırlayıcı bir etki doğurması nedeniyle, mahkemeye erişim hakkı ile bağlantılı temel hakların ihlali tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Mahkemeye erişim hakkı, kişilerin uğradıkları haksızlıklara ve kamu gücünün hak ve özgürlükleri kısıtlayan ya da engelleyen uygulamalarına karşı önemli olmakla birlikte mutlak bir hak değildir. Devletlerin bu alanda söz konusu hakkın doğasının gerektirdiği düzenlemeleri yapabilmeleri imkânı her zaman vardır. Nitekim AİHM içtihadı da üye devletlerce konulan yargılama harçları gibi malî bir kısım mükellefiyetlerin, Sözleşme'nin 6/(1). maddesinde-

19 Avrupa Adaletlik Etkililiği Komisyonu'nun (CEPEJ) 2008 yılı araştırmasına göre Avrupa Konseyine üye ülkelerin tamamında ceza hukuku davalarında hukuki temsile yönelik adli yardım sağlanmaktadır. Sadece iki ülke (Azerbaycan, Ukrayna) adli yardımı ceza davalarıyla sınırlamıştır. Üye devletlerin çoğunluğunda hukuki temsil, hukuki görüş ve diğer (hukuki) yardım türleri için adli yardım kurumu işletilmektedir. Üye ülke veya birimlerin pek çoğunda adli yardım mahkeme ücretlerinden muaf tutulmak şeklinde olmaktadır (CEPEJ, s. 60-62).

20 Avrupa Konseyine üye ülke ve birimler tarafından mahkeme harçlarından ya da vergilerinden elde edilen yıllık gelir ile mahkemelere tahsis edilen bütçeler kıyaslandığında, Konseye üye ülkelerin üçte birinde girdilerin mahkemelere tahsis edilen bütçenin yaklaşık üçte birini bulduğu (örn. Polonya, Bosna Hersek, Moldova, Makedonya, Birleşik Krallık (İngiltere ve Galler), Slovakya, Karadağ, Sırbistan, Danimarka), bazı ülkelerde ise bütçenin yarısından fazla olduğu (Türkiye) diğer bazı ülkelerde ise (Malta) bütçenin yaklaşık tümünü karşıladığı görülmektedir CEPEJ (Avrupa Adaletlik Etkililiği Komisyonu) Çalışmaları, No: 12, Avrupa Yargı Sistemleri, Avrupa Konseyi Yayınları, 2010, (<http://www.sgb.adalet.gov.tr/cepej/turkce.pdf>, Erişim Tarihi: 29.10.2014). s. 68 vd.

21 Ayşe Kılıç, Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım, Adalet, Ankara, 2013, s. 1.

ki adil yargılanma hakkı bağlamında bir sorun oluşturmadığı yönündedir²².

Bu yaklaşımın bireysel başvuru kurumunun niteliğiyle hangi ölçüde uyumlu olduğu konusu tartışmalı olup bu hususta farklı görüşler bulunmaktadır. Şöyle ki;

1) Başvuru Harcının Bireysel Başvuru Kurumunun Niteliğine Aykırı Olduğu Görüşü

Bireysel başvurunun temel hakların korunmasına yönelik mekanizma olması nedeniyle bu yola başvuruda harç ödeme yükümlülüğü getirilmesinin kurumun bu işlevi ile uyumlu olmadığı ileri sürülmekte ve eleştiri konusu edilmektedir. Ayrıca bu kurumun temel hakların korunması amacına hizmet ettiği, buradaki yararın maddi bir değerle ölçülemeyeceği vurgulanmaktadır. Bu görüş sahiplerince bireysel başvurunun, anayasa yargısındaki iptal ve itiraz davaları gibi, bireysel adaletin sağlanmasının yanı sıra objektif hukuk düzeninin korunmasının önemli aracı olduğu ve harca tabi olmaması gerektiği savunulmaktadır²³.

Öte yandan, temel hakların korunması bağlamında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı tanınmış olan diğer ülkeler arasında başvuruclardan harç ya da başka adlar altında ücret alınması istisnai bir durumdur²⁴. Almanya ve İspanya uygulamasında ya da AIHM'e başvurularda harç ya da gider adı altında herhangi bir ödeme talep edilmemesi de gerekçe gösterilmek suretiyle, başvuru harcının insan hakları yargılamalarının niteliğiyle uyumlu olmadığı ileri sürülmektedir²⁵.

2) Başvuru Harcının Temel Hakların Korunmasına Engel Olduğu Görüşü

Adalete erişimin maliyet boyutu kimi durumlarda başvuruclular bakımından önemli bir sorun hâline gelebilmektedir. Başvurucunun kişisel olarak katlanamayacağı miktarlara ulaşan harç ve yargılama giderleri hak ihlali iddiala-

22 Bakan/Türkiye, 12.6.2007, (No: 50939/99); Hiç kuşkusuz bu noktada AIHS'nin gereklerine riayet edilip edilmediği konusunda bir karar verilmesi görevi AIHM'ye aittir (Airey/İrlanda, 9.10.1979, No: 6289/73; Z. vd./Birleşik Krallık, 10.5.2001, No: 29392/95, §§ 91-93).

23 Karaman, s. 226.

24 Gadik Harutyunyan, Angelika Nussberger, Peter Paczolay, "Study on Individual Access to Constitutional Justice", Adopted by the Venice Commission at its 85 th Plenary Session, (Venice, 17-18 December 2010), s. 33 ([http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-e)); Buna karşılık Amerika Birleşik Devletlerinde Yüksek Mahkeme önünde *writ of certiorari* olarak ifade edilen başvuru yolunu kullanmak için 300\$ ödeme yapılması gerekmektedir. Bu miktar İsviçre'de asgari 200 CHF, azami 5000 CHF; Avusturya'da 220 Euro; İsrail'de yaklaşık olarak \$ 400; Rusya'da bir, Ermenistan'da ise beş asgari ücret tutarıdır.

25 Tolga Şirin, Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 475.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

rının mahkemelere sunulamaması ve adalete erişimin engellenmesine neden olabilecektir²⁶. Başvuru harcı ve diğer yargılama masraflarının bireyin ekonomik gücünü aşacak nitelikte olması, Mahkemeye erişimin makul olmayan bir ölçüde zorlaştırılması anlamına gelmektedir²⁷.

Bireylerin ekonomik durumlarına göre erişebilecekleri hukuki güvencenin değişmemesi sosyal hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Hak arama özgürlüğünün kullanımını zorlaştıran ekonomik ve sosyal engellerin ortadan kaldırılması devletin başlıca görevlerindendir. Bu nedenle, mahkemeler önünde tarafların sahip olduğu hak ve yükümlülüklerde ekonomik açıdan güçsüz durumda olanlar yönünden bir denge sağlanamaması, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkesi ile bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma yükümlülüğü getirmiş olan Anayasa'nın 5. maddesine aykırılık oluşturur²⁸.

3) AİHS ve Anayasa Bağlamında Başvuru Harcı ve Yargılama Giderleri

Başvuru harcı konusundaki düzenlemelerin bu hukuksal başvuru yolunun etkinliği ve erişilebilirliği açısından sorun oluşturup oluşturmadığı hususu somut düzenlemenin AİHS'e ve Anayasa'nın 13. maddesine uyumluluğunun değerlendirmesini gerektirir. Bu açıdan yapılacak incelemede özellikle konuya dair AİHM içtihatlarının, Venedik Komisyonunun yaklaşımının ve Anayasa Mahkemesinin kararlarının göz önünde tutulması, bu ilkeler çerçevesinde bir sonuca varılması uygun olacaktır.

a) AİHM'in Başvuru Harcı ve Yargılama Giderlerine Yaklaşımı

AİHS'in "*Adil yargılanma hakkı*" kenar başlıklı 6. maddesinde mahkemeye erişim hakkı açık biçimde düzenlenmemiştir. Ancak AİHM içtihadında mahkemeye erişim hakkının hukukun temel prensibi olduğu vurgulanmakta; bu hak güvence altına alınmadığı takdirde hakkaniyete uygun, aleni yargılama ve kişinin gecikmeksizin dinlenilmesinden de söz edilemeyeceği için adil yargılanma hakkının içerdiği güvencelerden yararlanılmasının da imkânsız hâle geleceği belirtilmektedir²⁹.

Mahkemeye erişim hakkı, hak aramak için mahkeme önüne gidebilme imkânının gerçekte mevcut, uygulanabilir ve etkili biçimde varlığını sağlayan uygun bir sistemin varlığını gerektirmektedir³⁰. Bu hak yalnızca huku-

26 Akıncı, s. 191.

27 Atasoy, s. 58.

28 Akbal, s. 149.

29 Golder/Birleşik Krallık, 20/5/1975, No: 4451/70, § 35.

30 Geouffre de La Pradelle v. France, 16/12/1992, No. 12964/87, § 34-35.

ken konulmuş olanları değil, aynı zamanda fiilen var olan sınırlamaların da kaldırılmasını gerektirir³¹. Buna karşılık mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak olarak görülmemekte, bu hakkın yapısından kaynaklanan bir kısım sınırlamaların bulunduğu, devletlerin bu alanda düzenlemeler yaparken takdir haklarının olduğu ve bu çerçevede bunun kullanımına ilişkin uygun araçları seçmesi imkânının varlığı kabul edilmektedir. Bu kapsamda Devletin bireylerin yargı hizmetlerinden yararlanabilmelerini belirli miktarda harç ya da maddi nitelikteki bir yükümlülüğe bağlanması da doğaldır³².

Bireysel başvurunun harca bağlanması, bu anayasal hakkın belli ölçüde kayıtlanması anlamına gelmekle birlikte, harç tek başına bu yolun etkinliği ve erişilebilirliği açısından kategorik bir sorun oluşturmamaktadır. AİHM'e göre mahkemeye erişim hakkının her durumda mutlak bedelsiz olması zorunluluğu yoktur. Başka bir ifadeyle mahkemeye başvurma hakkının sınırlamalar getirilerek harç ya da yargılama masraflarının ödenmesi gibi bazı koşullara bağlanması, hakkın kullanımını fiilen ortadan kaldırmadıkça Sözleşme'nin ihlalini oluşturmaz. AİHM bu konudaki sınırlamanın Sözleşme'ye uygunluğunu denetlerken, yargılama giderlerinin tahsilindeki kamu çıkarı ile bireyin davasının mahkeme önünde görülebilmesi arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını incelemekte, sözleşmecî devletin bu alandaki takdir marjını Sözleşme'ye uygun kullanıp kullanmadığını değerlendirmektedir³³. Buradan mahkeme harçlarının sabit olmayıp, her somut olayın koşullarına ve yargılamanın aşamasına göre belirlenmesinin mahkemeye erişim hakkının korunması bakımından daha elverişli bir uygulama olarak görüldüğü sonucuna varılabilir.

Mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamanın Sözleşme'ye aykırılık oluşturmaması, bu sınırlamada meşru bir amacın güdülmesi, hakkın özünü zedelememesi ve getirilen sınırlamanın güdülen amaçla orantılı olması koşullarının varlığına bağlıdır. Ancak bu ölçütleri karşılaması durumunda getirilen malî yükümlülükler Sözleşme'nin 6. maddesiyle uyumlu kabul edilmektedir³⁴. Devletlerce yargıya erişime ilişkin olarak getirilen malî yükümlülüklerin, adil yargılanma hakkını ihlal eder boyutta olup olmadığının denetiminin somut başvuru bağlamında AİHM tarafından yapılacağı açıktır.

31 Airey/İrlanda, 9/10/1979, no. 6289/73, § 25.

32 Atasoy, s. 59.

33 Kreuz/Polonya, 19/6/2001, no. 28249/95, §§ 62, 67; Ali Rıza Çoban, "Yeni Anayasa Mahkemesi Kanununun Mahkemenin İş Yüküne Etkisi Açısından Değerlendirilmesi", *Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti)*, HUKAB Yayınları, Ankara, 2011, s. 167.

34 Ülger/Türkiye, No: 25321/02, 26.6.2007; Kaplan/Türkiye, No: 24240/07, 20.3.2012; Ashingdane/Birleşik Krallık, 28/5/1985, no. 8225/78, § 57; Sibel İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Editör: Sibel İnceoğlu), Ankara, Avrupa Konseyi, Ankara 2013, s. 215- 216.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

Bu nedenle incelemenin konusunu oluşturan bireysel başvuru harcının AİHM içtihadı çerçevesinde mahkemeye erişim hakkı ve dolayısıyla da adil yargılanma hakkını zedelememesi bakımından miktarı itibarıyla genel geçer bir yorum yapılması mümkün değildir. Bunun için başvuru bazında değerlendirme yapılması, hak mağduru olan kişilerin harç miktarını ödeyemeyecekleri ya da ödemelerinin beklenmesinin başvuru hakkının özüne dokunduğu yahut başvuru için ölçüsüz bir yükümlülük getirdiği anlaşıldığında, bu durumun bireyin adil yargılanma hakkını ihlal edeceği gözden uzak tutulmalıdır. Bu gibi olası temel hak ihlallerinin önüne geçilebilmesi, başvuru mekanizması sayesinde sağlanabilir³⁵. Dolayısıyla bireysel başvurular için harç uygulamasının AİHM kriterlerine uyumlu olabilmesinin en önemli koşulu, belirtilen nitelikteki bir adli yardım sisteminin kurulmasıdır.

b) Venedik Komisyonunun Başvuru Harcı ve Yargılama Giderlerine Yaklaşımı

Bireysel başvuru harç ve ücretleri konusunda uygulama farklılıklarını dikkate alan Venedik Komisyonu tek başına başvuru harç ya da ücretinin bu yolun etkin ve erişilebilirliği açısından kategorik bir sorun oluşturmadığı görüşündedir. Komisyona göre belirli kriterlere uymak koşuluyla başvurunun harca bağlanması mümkündür. Bunlar; başvuru ücretinin amacının bu yolun kötüye kullanımını önleme olması³⁶, bireysel başvurunun insan haklarının korunması alanında sahip olduğu önemli işlev dikkate alınmak suretiyle bu ücretin nispeten düşük olarak belirlenmesi, başvuru ücretinin ödeme gücünün zayıflığıyla orantılı olarak azaltılması imkânının da bulunması olarak sıralanabilir³⁷.

c) Anayasa Mahkemesinin Mahkeme Harçlarına İlişkin Yaklaşımı

Anayasa'nın 148/(5). maddesinde bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği; 6216 sayılı Kanun'un 47/(2). maddesinde ise bireysel başvuruların harca tâbi olduğu hükmü yer almaktadır. Kanun'la getirilen ve maddi nitelikte bir sınırlama olan başvuru harcının ancak ölçülü ve hakkın özü kriterlerine uygun olması koşuluyla Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığı ve mahkemeye erişim hakkını engellemediği sonucuna varılabilir.

Anayasa Mahkemesinin mahkeme harçlarına ilişkin yaklaşımının AİHM'in içtihadıyla aynı doğrultuda olduğu görülmektedir. AYM'nin bir kararında bu husus, "(...) Harç, kamu kurum ve kuruluşlarının sunduğu hizmetlerden ya-

35 Şirin, s. 477.

36 Harutyunyan, Nussberger, Paczolay, § 10.

37 Harutyunyan, Nussberger, Paczolay, § 33.

Haşim Kılıç'a Armağan

rarlananlardan, bu yararlanmaları karşılığında alınan bedeldir. Temyiz, istinaf ve itiraz mercileri tarafından verilen kanun yolu incelemesi biçimindeki yargı hizmeti, bu yollara başvurma hakkı bulunanların kendi iradesiyle yaptığı başvuru üzerine verilmektedir. Söz konusu hizmeti talep edenlerden, bunun karşılığında harç alınması, harçlara ilişkin genel prensiplere aykırı değildir. (...)” denilmek suretiyle açıkça vurgulanmıştır³⁸. Kararda da belirtildiği üzere, yargı hizmetlerinden yararlanmada harç alınması konusu yasama organının takdir yetkisi kapsamındadır³⁹.

Başvuru harcının mahkemeye erişim hakkı önünde engel oluşturup oluşturmadığı konusunda yapılacak değerlendirmede, öncelikle bireysel başvurunun anayasal hak, Türkiye Cumhuriyetinin niteliklerinden birinin de sosyal hukuk devleti, eşitlik ilkesinin anayasal prensip olduğu göz önünde tutulması gerekir. Bunun yanında harcın ölçülü, konulan harç ile ulaşılmak istenen amacın meşru; harcın gerekli, elverişli ve orantılı olup olmadığı da incelenmelidir. Bu kriterlere uygunluk söz konusu olduğu takdirde başvuru harcının Anayasa’ya uygun olduğu sonucuna varılabilir⁴⁰.

Anayasa’nın 141. maddesinin son fıkrasında, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması düzenlenerek usul ekonomisi kurallarına yer verilmiştir. Harçların, küçük uyuşmazlıkların mahkemelere taşınması ve bu nitelikteki başvuruların önlenmesine olan katkısı bilinmektedir. Bu sayede yargı mercilerinin iş yükü azalacağından, davaların daha az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının da yolu açılacaktır. Bununla birlikte, başvuranın ödeme gücü ve özel koşullarının dikkate alınması, getirilen sınırlamanın Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınmış olan mahkemeye erişim hakkını engellemeyecek nitelikte olması gerekir. Bu nedenle, kişilerce ödenmesi istenen harcın miktarı itibarıyla makul, alınmasındaki amacın meşru, ulaşılmak istenen amaç ile alınan harç miktarının orantılı ve son olarak da ödeme gücü bulunmayanlar bakımından etkili bir adli yar-

38 AYM. 1.11.2012, E. 2011/64, K. 2012/168.

39 AYM. 20.10.2011, E. 2011/54, K. 142; Anayasa Mahkemesince, bölge adliye mahkemeleri ceza dairelerine yapılacak istinaf başvurularından, idari yaptırımlar konusunda sulh ceza mahkemelerince verilen son karara karşı itirazın yapılacak başvurulardan ve icra mahkemelerinin kararlarına karşı itirazın yapılacak başvurulardan harç alınmasına ilişkin kural, Anayasa’ya aykırı bulunarak iptaline karar verilmiştir. Kararda kanun yolu başvurularından alınacak harçlar yönünden, ödeme gücü olmayanlara etkili adli yardım sağlayacak bir sistemin dava konusu kurallarla birlikte düzenlenmediği gibi, hukukumuzda adli yardıma ilişkin tek düzenleme olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ilgili hükümlerinin, anılan harçlar bakımından uygulanmasını sağlayacak herhangi bir atıf da yapılmadığı tespiti yapılarak, 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la 492 sayılı Kanun’a eklenen temyiz harçlarına dair düzenleme, ödeme gücü olmayanlar bakımından mahkemeye erişim hakkını engelleyecek nitelikte görülmüştür (AYM. 1/11/2012, E. 2011/64, K. 168).

40 Akıncı, s. 192; Şirin, s. 476.

H. Ekinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

dım sisteminin var olması gerekmektedir⁴¹.

4) Değerlendirme

Bireysel başvurunun harca bağlanmasının başvurucular açısından belli ölçüde kısıtlayıcı nitelikte olduğu, söz konusu maliyetlerin bazı durumlarda bireyler için ciddi bir sorun hâline gelmesi ve hatta bu yola erişimi imkânsızlaştırması mümkündür⁴². Bu yükümlülük, özellikle ekonomik olarak zayıf konumdaki bireylerin, kamu gücünün temel hak ihlallerine karşı hak arama girişimleri önünde engel oluşturabilecektir.

Bireysel başvuru için harç ya da ücret alınması, temel hakların korunması amacıyla ilk bakışta uyumlu gözükmemesine rağmen, sistemin düzenli işleyişi ve etkinliği bunu zorunlu kılabilir. Ancak başvuru harcının bireylerin Anayasa Mahkemesine erişimlerine yönelik olarak ortaya çıkardığı sınırlamanın mahkemeye erişim hakkının ihlali sonucunu doğurmaması bazı koşulların varlığını gerektirir. Bunlar; harcın mahkemeye erişim hakkını ihlal edecek nitelikte olmaması, kullanılan araçlarla gözlenen hedef arasında makul bir oranın varlığı, ödeme gücü olmayanlar bakımından etkili adli yardım sisteminin bulunması olarak sıralanabilir⁴³.

Bu bağlamda başvuru harcının gerekli ya da makul sayılmasını gerektiren durumlar özellikle, Mahkemenin sahip olduğu potansiyelin çoğunlukla dayanaksız, soyut ve ilk etapta reddedilecek nitelikteki başvurularla tüketilmesi yerine somut ve tehdit altındaki hak ihlallerini gidermede kullanabilmesine imkân tanımak; başarı şansı çok düşük olan başvurularla zaman ve emek kayıplarının önüne geçilmesi; kötü niyetli sayılabilecek başvuruların engellenmesi; yargılama sürecinde yapılan kamu giderlerini karşılayabilmek amacıyla maliyeye kaynak üretilmesi olarak sıralanabilir⁴⁴.

Ülkemiz bakımından yeni olan bu kurumun başarıya ulaşabilmesi için öncelikle Anayasa Mahkemesinin ciddi olmayan, gereksiz ve dayanaksız başvurular nedeniyle aşırı iş yükü altında kalmasının önlenmesi gerekmektedir⁴⁵. Özellikle Kanun'un 64. maddesinde mahkemeye yapılacak bireysel başvuru-

41 AYM, 1.11.2012, E.2011/64, K.2012/168.

42 Frank I. Michelman, "The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right To Protect One's Rights", Duke Law Journal, Vol. 1974, August, Number 3, 527, s. 558.

43 Bellet/Fransa 4.12. 1995, No: 23805/94.

44 Ali Rıza Çoban, "Bireysel Başvuru: Türk Anayasa Mahkemesi İçin Ağır İş Yükü Sorunu", AİHM ve Türkiye-II Anayasa Şikayeti ve AİHM, TAA Yayınları, Ankara, 2012, s. 19; Alparlan Altan, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru", TBB Yayınları, Ankara, 2011, s. 147; Atasoy, s. 58, 62; Michelman, s. 558-559.

45 Hüseyin Ekinci, "Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü", Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), HUKAB Yayınları, Ankara, 2011, s. 146.

ruhar dışındaki başvuruların, alınacak kararların ve bunlarla ilgili işlemlerin harca tabi olmadığına ilişkin hüküm, bireysel başvuruların harca bağlanmasındaki öncelikli amacın iş yükü ile ilgili endişeler olduğunun göstergesidir. Kanunkoyucu bu saiklerle, harca tabi tutmadığı iptal ve itiraz davalarından farklı olarak, bireysel başvuruları harca bağlamıştır⁴⁶. Bu nedenle başvuru harcının meşru bir amacının bulunduğu söylenebilir.

Bu çerçevede üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise başvuru harcının bu hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesinde sağlayacağı katkıdır. Bu yolla, bireysel başvurunun gereksiz kullanımının önüne geçilerek etkinliği ve sürdürülebilir olmasının sağlanması beklentisi, harcın belli oranda haklı ve meşru sayılmasını gerektirebilir. Bu noktada, ödenmesi gerekli harcın miktar itibarıyla bu amaca ulaşmada elverişli ve orantılı olup olmadığı da üzerinde tartışılması gereken bir konudur. Ne var ki bu tartışma ancak somut olayın nitelikleri göz önüne alınarak yapılabilir⁴⁷.

Öte yandan başvuru harcının miktarının mahkemeye erişim hakkı bağlamında incelenmesinde yarar bulunmaktadır. Gerçekten de başvuru harcının miktarı, harcın kuruluş amacını ortaya koyması bakımından önemli bir göstergedir. Zira harcın yüksek olması, bireylerin hak aramaları ve dolayısıyla temel hakların korunması önünde engel oluşturabilirken bu miktarın düşüklüğü harç ile amaçlanan, Mahkemenin temelden yoksun ya da önemsiz nitelikteki dosyalarla zaman ve emek kaybının önüne geçilmesi gayesine hizmet etmemiş olacaktır. Bu şekilde belirlenen miktarın iki uç arasında adil bir denge oluşturacak nitelikte olması zorunluluğu vardır. Bütün bu açılardan bakıldığında harç miktarının davanın konusu, türü, niteliği ve her şeyden önemlisi talep sonucundan bağımsız sabit bir miktar olması nedeniyle pek de işlevsel olduğu savunulamaz⁴⁸. Bu nedenle harç miktarının kişinin ekonomik durumu ve başvurunun niteliği dikkate alınmaksızın sabit bir rakam olarak belirlenmiş olması, adil olmadığı gerekçesiyle eleştiri konusu yapılmaktadır⁴⁹. Gerçekten de 2014 yılı için başvuru harcı miktarı olan 226.90 TL'nin ekonomik durumu iyi olan kişiler açısından ciddi bir maddi fedakarlık gerektirmediği açık ise de yoksul ya da yeterli gelire sahip olmayanlar için aynı şeyi ifade etmediği tartışmasızdır.

Özellikle dayanaksız başvuruların önlenmesi ve caydırıcılık fonksiyonu açısından konuya bakıldığında, başvuru harcının ekonomik durumları arasın-

46 Karaman, s. 228; Burada özellikle yoksul ve ödeme gücünden yoksun kişiler bakımından, maruz kaldıkları temel hak ihlallerine karşı Anayasa Mahkemesinde hak arama yoluna erişim önünde büyük bir engel teşkil eden başvuru harcının neden olabileceği adaletsizliğinin önlenmesi için getirilen adli yardım kurumundan çok şey beklenmektedir.

47 Şirin, s. 476.

48 Mehmet Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-93-691>, s. 149.

49 Şirin, s. 476.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

daki farklılık nedeniyle çok farklı sonuçlar doğurabilecektir. Ödenmesi gereken sabit miktardaki harç, benzer konudaki bir talebin Mahkemeye taşınması açısından ekonomik ve sosyal konumu itibarıyla bazıları bakımından karşılanmasının güçlüğü nedeniyle ciddi fedakârlık gerektiren ve dolayısıyla başvuru yapma fikrine uzak durulması sonucu doğurabilirken, diğerleri için ise önemsiz ve üzerinde durulmasını dahi gerektirmeyecek bir bedel olarak görülebilecektir⁵⁰. Bu nedenle ekonomik gücü zayıf konumda olanlar bakımından bu miktar kişilerin gözünü korkutan ve başvurudan vazgeçmeye sevk eden bir işlev görürken, ekonomik olarak iyi durumda olanlar açısından ise aynı miktarın dayanaksız başvuruları engelleme gibi bir işlevinden söz edilemeyecektir. Yasama organının bireysel başvuruyu harca bağlamadaki amacının yoksul ya da ödeme gücü olmayan kimselerin Mahkeme önünde başvuru yapmalarının önüne geçilmesi olmadığı açık olmakla birlikte, uygulamada böyle bir sonucun ortaya çıkmaması için gerekli hassasiyetin gösterilmemesi, ödeme gücü olmayanlar açısından bu riski ortaya çıkarabilir. Bu gibi nedenlerle doğabilecek olan sınırlamanın orantısızlığı sorunu ve hakkın özüne zarar verilmesi tehlikesinin ortadan kaldırılması, sosyal devlet ilkesi ve adil yargılanma hakkının etkinleştirilmesi ile mümkün olabilecektir⁵¹.

Bu bağlamda Kanun'un "Bireysel başvuru usulü" kenar başlıklı 47/ (2). maddesinde yer alan "Bireysel başvurular harca tâbidir." kuralının gerekçesinde yer alan ifadeler dikkat çekicidir. Fıkra ile ilişkin gerekçede, "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." değerlendirmeleri yer almaktadır. Buradan yasama organının da söz konusu düzenlemenin adalete erişimi engelleyici yönünü gözeterek, bu sakıncaları ortadan kaldırmaya yönelik olarak, harç miktarının nispeten düşük olmasına özen gösterdiği ve ayrıca etkin bir adli yardım sistemi sayesinde bu sakıncaların ortadan kalkacağı öngörüsünde bulunduğu anlaşılmaktadır⁵².

50 Michelman, s. 559.

51 Şirin, s. 477.

52 AİHM, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru için öngörülen harç miktarını, bu masrafları ödeme gücünden yoksun olanların adli yardımdan yararlandırılmalarının da mümkün olduğu gerekçesiyle aşırı olmadığına ve bu yolun ulaşılabilirliğini hiçbir şekilde etkilemediğine karar vermiştir (Hasan UZUN/Türkiye, No: 10755/13, 3.1.2013, § 58).

II. ADLİ YARDIM

A. Genel Olarak

Bir anayasal hak olan bireysel başvuru yolunu kullanmak isteyenlerin harç ödemek zorunda olmasının, bazı durumlarda bu yola erişim açısından önemli bir engel oluşturması mümkündür. Başvuru koşulları arasında yer alan harcın ödenememesi özellikle ödeme gücünden yoksun kişiler bakımından, bireysel başvuru konusundaki düzenlemelerin yaşama geçirilememesi ve teoride kalmasına neden olabilecektir.

Bu durumdaki kişiler açısından mahkemeye erişim hakkının etkili kullanımı için en elverişli hukuki mekanizma kuşkusuz adli yardımdır. Ekonomik açıdan zayıf kişilerin, başvuru harcı ve yargılama giderlerinden geçici de olsa muafiyetini sağlayan adli yardım kurumu sayesinde başvuru harcının bu hakkın özünü zedelemesi ya da orantısız bir kısıtlama oluşturmasının önüne geçilebilecektir⁵³. Aksi yöndeki uygulama, başvuru harcını ödeme gücü bulunmayan bireylere bu hak arama yolunun kapatılması sonucunu doğuracağından, ekonomik açıdan yeterli olmayan bireylerle bu bedeli ödeyebilecek olanlar arasında temel haklara erişim konusunda farklı adalet standardını ortaya çıkaracaktır⁵⁴. Bu ise başlı başına adil yargılanma hakkının bir unsurunu oluşturan yargıya erişim hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Bireylerin gerçek anlamda adalete erişimlerinin sağlanamadığı durumlarda, hukukun yerine getirilemeyen bir vaatten ibaret olarak kalması kaçınılmazdır⁵⁵.

Hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi için bireyin ekonomik açıdan güçsüzlüğü nedeniyle karşı karşıya kaldığı engellerin kaldırılması esas itibarıyla bir iç hukuk sorunu olarak görülmektedir. Bununla birlikte uluslararası düzenlemelerde de bu husus genel ilke ve prensiplere bağlanmıştır⁵⁶. Adli yardım bir hak olarak 20. yy. ortalarına doğru tartışılmaya başlanmış, 1945 yılında Birleşmiş Milletlerin yapılanmasından sonra devletlere bu konuda yükümlülükler öngörülmüştür. Ceza yargılamasında devletin cezalandırma kudreti ve kişi özgürlüğünün kısıtlanması söz konusu olduğunda, bireylerin yeterli savunma gücünden yoksun olmaları hâlinde haksızlığa maruz bırakılma tehlikesinin ortaya çıkması, adli yardımın kurumsallaşmasının gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle insan haklarının ulusal üstü nitelik kazanmasıyla birlikte etkili koruma mekanizmaları

53 Akıncı, s. 201; Şirin, s. 478; Özbey, s. 316.

54 Akıncı, s. 201; Kılıç, s. 146.

55 Ronald T.Y. Moon, Access to civil justice: Is there a solution? (Judicature 2005, Vol. 88, s. 155-157, 188), s. 155. (Mustafa Özbek, "Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim", http://www.turkhukuksitesi.com/makale_804.htm atfen. (Erişim Tarihi: 17.12.2014).

56 Kılıç, s. 18.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

arayaşına bu kurum da dâhil edilmiştir⁵⁷. BM Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, İnsan Hakları Komitesinin geliştirdiği içtihatlar ve 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi adli yardımın işlevsel hâle getirilmesi için uluslar üstü nitelikte önemli girişimlerdir⁵⁸.

AIHM önündeki başvurular bakımından Mahkemenin adli yardım uygulaması ise AIHM İçtüzüğü'nün 10(X) Bölümündeki kurallara dayanmaktadır. Her ne kadar AIHM'e başvuru için başvurucu tarafından harç ya da benzeri nitelikte bir ödeme yapılması gerekmeseydi de başvurunun özellikle belli aşamasından sonra avukatla temsil zorunluluğu olması nedeniyle başta avukatlık ücreti olmak üzere çeşitli giderlerin yapılması kaçınılmazdır. Mahkeme İçtüzüğü'nün 91. maddesinde, kabul edilebilirlik kararının ardından Mahkeme Başkanının başvurusunun talebi üzerine ya da kendiliğinden davacının kendisini temsil ettirebilmesi bakımından adli yardımdan yararlandırılmasına karar verebileceği hükmü yer almaktadır. Bu nedenle AIHM'de adli yardıma ilişkin talepler başlangıçta değil, ancak başvurunun kabul edilebilir nitelikte bulunup ilgili hükümete bildirilmesinden sonraki aşamada karara bağlanmaktadır. Başvurucular, davaları bu aşamaya geçtiği takdirde eğer maddi imkânları yeterli değilse Mahkemede mevcut bir tabloya göre adli yardım verilmesi için talepte bulunabilecekleri konusunda bilgilendirilmektedir. Ayrıca bu bildirim ekinde başvurucuya ekonomik durumuna dair bilgilerin doldurulması için hazırlanmış bir beyanname formu gönderilmektedir. Başvurucu tarafından bu formun eksiksiz biçimde doldurulması ve imzalanmasının yanı sıra ek olarak resmî kurumlara sunduğu gelir beyannamesi, böyle bir belge yoksa formda bildirdiği gelir durumunu ispata yarayan maaş bordosu, vergi beyannameleri, banka hesap dökümü gibi belgelerin de sunulması gerekir⁵⁹.

Adli yardım kararı ile avukatlık ücreti, iletişim, posta, faks giderleri, çeviri ve kırtasiye masrafları, temsilcinin seyahat ve gündelik giderleri yargılama gideri olarak Mahkemenin Adli Yardım Miktarı cetveline göre karşılanmaktadır⁶⁰. Süreye göre değil, iş kalemine göre hesaplanan bu giderler Avrupa Konseyinin bütçesinden ödenmektedir⁶¹. AIHM'e yapılan başvurularda harç ya da masraf adı altında başvurucudan herhangi bir ücret talep edilmemektedir. Bu nedenle bu konudaki kararın kabul edilebilirlik kararı ve ilgili hükümetin savunmasının alınması koşuluna bağlanmasında başvurucu açısından

57 Ulusalüstü hukuk metinlerinde bildirge (declaration), ilke (principle), kural (rule), öneri (recommendation), rehber (guidance), karar (resolution) metinlerinde adli yardıma ilişkin gereklilikler serpiştirilmiştir. Bunlar ülkeler bakımından bağlayıcı nitelikte olmayıp, yol gösterici manevi kurallardır. (Akıncı, s. 203, dn. 194).

58 Akıncı, s. 203.

59 Uğur Erdal/Hasan Bakırcı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi Uygulama El Kitabı, (Dizi Editörü: Boris Wijkström, OMCT, Genevre, 2006, s. 49-50.

60 Erdal/Bakırcı, s. 49; Karaman, s. 229.

61 Akıncı, s. 209.

herhangi bir hak kaybına neden olduğu söylenemez.

B. Hukuksal Niteliği

Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak devlet, hak arama yoluna erişim için ödenmesi gereken harç ve diğer giderleri ödeme gücünden yoksun bireylerin, hukuki korunmadan yoksun kalmalarının önüne geçebilecek nitelikte etkili bir adli yardım sistemi oluşturmak zorundadır⁶². Bu açıdan adli yardım Devletin güçsüz bireylere sunduğu bir lütuf değil sosyal hukuk devleti olmasının bir gereğidir⁶³. Başka bir ifadeyle yeterli gelir düzeyine sahip olmayan bireylerin adalete erişimleri önündeki engellerin kaldırılması amacıyla Devletin bu kişilere destek sağlama konusunda edim yükümlülükleri vardır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, kendisinin ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, yargılama ve takip giderlerini karşılamaktan kısmen veya tamamen yoksun kimselerin iddia ve savunmalarının açıkça dayanaksız olmaması koşuluyla adli yardımdan yararlandırılmaları mümkündür.

AİHS'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkının bir gereği ve güvencesi olarak düzenlenen adli yardım hakkının, maddenin lafzına bakıldığında yalnızca ceza hukuku işlemlerine özgü olduğu yönünde bir algı oluşmaktadır. Ancak AİHM'in pek çok kararında bu hakkın diğer uyumsuzluk türleri bakımından da korunduğu görülür. Örn. Johanna Airey/İrlanda davasında Mahkeme, adaletin yararı gerektiriyorsa mahkemeye etkili başvurma hakkı için medeni uyumsuzluklarda da adli yardımın verilmesi gerektiği, bu yükümlülüğe uyulmamasının Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlalini neticelendireceğine hükmetmiştir⁶⁴.

Diğer yandan, yargılamanın gerektirdiği masrafları ödeme gücünden yoksun olan kişilerin geçici olarak bu giderlerden muaf tutulmaları ve gerektiğinde kendilerine hukuki yardım sağlamak üzere avukat görevlendirilmesi olarak ifade edilse de adli yardım hiçbir zaman bu yolla sağlanan hukuki korumanın, yargılama giderlerini ödememe hakkını tanıdığı şeklinde anlaşılamaz. Bu sistemin özünde yargılama giderlerinden tamamen değil, ancak geçici bir muafiyet söz konusudur. Bu yolla yargılama giderleri bir süreliğine ertelenmiş olmaktadır⁶⁵. HMK'nın 336/(2) maddesi gereğince Mahkemenin yapacağı inceleme sonucunda yargılama giderlerinin tahsilinin adli yardım-

62 Kılıç, s. 144.

63 European Conference of Ministers, Legal Aid and Advice: Resolution 78(8), 2 Mart 1978 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararı.

64 Airey/İrlanda, 9/10/1979, no. 6289/73.

65 Kılıç, s. 8.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

dan yararlananın mağduriyetine neden olacağı gerekçesiyle hükümde bu giderlerden tamamen ya da kısmen muaf tutulması imkanı da bu durumu değiştirmemektedir.

Bilindiği üzere adli yardım, “*hukuki yardım*” ve “*yargılama giderlerine ilişkin yardım*” olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Adli yardımdan yararlanılacak kişiye hukuki yardım sağlanması söz konusu ise ilgilinin, ücreti devlet tarafından karşılanan bir avukatın hukuki yardımından yararlandırılması yoluna gidilmektedir. Buna karşılık yargılama giderlerine ilişkin yardımda ilgilinin başta harçlar olmak üzere yargılama giderlerini ödemekten geçici muaf tutulması sağlanmakta ya da bu tür giderler avans olarak devlet tarafından ödenmektedir. Dolayısıyla başvuru harç ve diğer giderleri ödeyememesi nedeniyle adli yardım verilmesi gerektiğinde, “yargılama giderlerinden geçici muafiyet” ya da “yargılama giderlerinin devlet tarafından avans olarak ödenmesi” söz konusu olur. Bu bağlamda harç gibi devlete ödenmesi gereken masraflara yönelik olarak başvuru harcının ödemediği geçici muaf tutulması söz konusu iken; yargılama sürecinde yatırılması gereken tanık, bilirkişi ücreti vb. başkalarına ödenecek yargılama giderleri ise Devlet tarafından bu kişi adına avans olarak ödenmektedir⁶⁶.

Adli yardım, başvuru harcının temel hak ihlali iddialarını içeren bireysel başvurusunun geçerli olarak yapılabilmesi koşullarından biri olan başvuru harcını ödemediği başvurusunun kabul edilebilirlik ve esasının incelenmesi yönündeki bir ön talebidir. Dolayısıyla işin esasından önce incelenip karara bağlanmak durumundadır. Adli yardım talep eden başvuru harcını, başkasına yönelik herhangi bir iddiada ya da diğer bir şahıstan elde edilebilecek bir hakka yönelik girişimde bulunmamaktadır. Bu imkândan yararlandırılmadığı takdirde, ödenmeyen harç ve diğer giderler nedeniyle, temel hak ihlali iddiasına yönelik herhangi bir değerlendirme yapılabilmesi imkânı da söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle başvuru harcını ödeme imkânı bulunmayanların da bireysel başvuru yoluyla hak arama yolunu kullanabilmelerine olanak sağlayan bu yol, bir çekişmeli yargı işi değil, çekişmesiz yargı işidir⁶⁷.

Anayasa Mahkemesi önünde adli yardım talebi, başvuru harcı ve diğer giderlerden geçici de olsa muafiyet imkânı sağlaması nedeniyle asıl başvurusunun kabul edilebilirliği ve esasına yönelik herhangi bir inceleme yapılmadan önce çözümlenmesi gereken ön sorun niteliğindedir. Adli yardım talebi üzerine Mahkemece yapılan inceleme faaliyeti yargısal bir işlemdir. İncelemenin amacı, bireysel başvuru harcı ve diğer giderlerine yönelik olarak adli yardımdan

66 Abdullah Çelik, “*Bireysel Başvuru Kapsamında Adli Yardım*”, *Bireysel Başvuru İncelemeleri 1*, Editörler: Musa Sağlam, Serdar Güler, Recep Kaplan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 88.

67 Kılınç, s. 216.

yararlanabilmek için öngörülen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmaktır. Bu talebe ilişkin Mahkemenin vereceği karar, bir ara karar niteliğindedir. Mahkemenin bu kararına karşı itiraz imkânı tanınmamış (6216 S.K. m. 66/(1)) ise de söz konusu adli yardım kararının maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği söylenemez. Bu kararın sonradan haksız olduğu ya da kararın verilmesinden sonra ortaya çıkan yeni vakıalara göre kararın başvuru lehine ya da aleyhine değiştirilebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir⁶⁸.

C. Bireysel Başvuruda Adli Yardıma İlişkin Yasal Düzenlemeler

Temel hakların korunması ve hukuk devleti bağlamında bireylere sağlanan güvencelere anayasa ya da yasa metinlerinde yer verilmesi, başka bir ifadeyle yalnızca şekli ve teoride kalan bir hukuki korumanın varlığı, günümüz insan hakları öğretisi tarafından yeterli görülmemektedir. Bu alanda hukuksal metinlerdeki düzenlemelerin yanı sıra fiili uygulamaya da önem verilmekte etkili bir hukuksal korumanın varlığı aranmaktadır. Dolayısıyla bir hakkın yalnızca hukuki metinlerde yer alması yeterli olmayıp aynı zamanda bu haktan yararlanılmasının önündeki hukuki ve fiili engellerin kaldırılması ve bu konudaki tedbirlerin alınması gerekmektedir⁶⁹.

Bu nedenle temel hakları güvence altına alan hukuk devleti olmanın gereklerinden biri de ekonomik açıdan başvuru harcını ödeme gücünden yoksun bireylerin bu yola erişimlerinin önündeki engellerin ortadan kaldırılmasına yönelik gerekli hukuki düzenlemelerin yapılması ve fiili uygulamanın da bu yönde gelişmesinin sağlanmasıdır⁷⁰. Zira Anayasa'nın 36. maddesi ve AİHS'nin 6. maddesi bireylerin hak arama hürriyetinin güvence altına alınabilmesi bakımından etkili yargısal mekanizmanın kurulması konusunda devlete pozitif görevler yüklemektedir.

Adli yardım kurumuyla, ekonomik açıdan güçsüz durumda olan bireyler açısından adil yargılanma hakkının, teoride kalmasının önüne geçilmekte ve onlar bakımından da anılan yolun işlevsel olmasının yolu açılmaktadır⁷¹. Adli yardım kurumunun anayasal haklar ve ilkelerle olan ilişkisinin dayanağını Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ve sosyal devlet ilkesi, 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı, 10. maddedeki eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Aynı zamanda devletin temel amaç ve görevlerinin düzenlendiği Anayasa'nın 5. maddesinde de sosyal devlet olgusuna vurgu yapılmaktadır. Bu bağlamda sosyal devletin en önemli görevleri arasında, bireyler arasındaki sosyal eşitsizliklerin ortadan kaldırılması, korunmaya muhtaç olan kesimle-

68 Kılınc, s. 217.

69 Kılınc, s. 136, 149.

70 Kılınc, s. 149.

71 Kılınc, s. 19.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

rin durumlarının düzeltilerek asgari bir eşitliğin sağlanması yer almaktadır. Özellikle bireylerin temel haklara erişim konusunda hukuksal korunma taleplerinin karşılanması bakımından yargıya erişim hakkının korunması amacıyla gerekli tedbirlerin alınması, etkili mekanizma kurma yükümlülüğü bulunmaktadır⁷².

Hukukumuzda adlî yardım kurumunu düzenleyen kurallar ve bunun gereği olarak uygulamaya bakıldığında, farklı yargılama dallarında değişik hükümlerin ve ayrı işleyişinin olduğu görülmektedir. Bu da doğal olarak yeknesak olmayan ve çelişkili uygulamaları ortaya çıkarmakta, dolayısıyla tartışmaları da beraberinde getirmektedir⁷³.

Bireysel başvuru için harç ödenmesi zorunluluğuna rağmen bunu ödeme gücünden yoksun kişilerin adli yardımdan yararlandırılmaları konusunda ne Anayasa ne de 6216 sayılı Kanun'da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi de ilk bakışta duraksamaya neden olabilecek niteliktedir. Buna karşılık bireysel başvuruda adli yardım uygulamasına dair AYM Kanunu'nda ya da başka bir kanunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi bu kuruma başvurularda adli yardım uygulamasının kapatıldığı şeklinde yorumlanmalıdır.

Kanun'un bireysel başvuruların harca bağlı olduğu hükmünü içeren 47. maddesinin (2) numaralı fıkrasının gerekçesinde ekonomik durumu nedeniyle bu harcı karşılayamayacak durumda olanların adlî yardımdan yararlandırılmalarının gerektiği vurgulanmıştır. Kanun'da bireysel başvuruda adli yardım konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemesine rağmen yukarıda vurgulanan prensipler ve madde gerekçesi nazara alındığında, bu gibi durumlar için adli yardımın Devletin doğal bir yükümlülüğü olarak görüldüğü sonucuna varılmaktadır. Bu kabulün bir sonucu olarak adli yardım uygulaması ve taleplerin inceleme usulünün İktüzük'te açıkça düzenlendiği görülmektedir. Nitekim İktüzüğün 62. maddesinde, adli yardım taleplerinin genel hükümlere göre başvuruların kabul edilebilirliği hakkında karar verecek olan bölüm ya da komisyonlarca hükme bağlanacağı vurgulanmaktadır. Kanun ve İktüzük'te yer alan bu düzenlemelerden yola çıkarak, adli yardımdan yararlanma ve bunun uygulamasında bazı alanlarda boşluklar olduğu ileri sürülebilir ise de Anayasa Mahkemesi önünde adli yardım imkânının varlığı konusunda herhangi bir duraksama yoktur⁷⁴. Kanun'un 49/(7) maddesindeki AYM Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde, diğer usul kanunlarının

72 Akıncı, s. 205; Şirin, s. 478; İdil Elveriş, Serçin Kutucu, İmmihan Yaşar, *"Türkiye'de Adli Yardım Sisteminin Değerlendirilmesi"*, *Türkiye'de Adli Yardım Karşılaştırmalı İnceleme ve Politikalar*, (Editör: İdil Elveriş), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Şubat, 2005, s. 39-40; Kılınç, s. 146.

73 Kılınç, s. 2.

74 Şirin, s. 478.

bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümlerinin uygulanacağı kuralına başvurulması⁷⁵ ve sosyal hukuk devleti ilkesi ışığında diğer usul kurallarıyla anoloji yapılmak suretiyle meselenin çözüme kavuşturulmasının gerektiği açıktır⁷⁶. Bu anlamda müracaat edilebilecek hükümlerin 6100 sayılı HMK, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer aldığı görülmektedir⁷⁷. Bunlardan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 176. vd. maddelerinde avukatlık hizmeti sağlanması; 6100 sayılı HMK'nın 334 ilâ 340. maddelerinde ise yargılama giderleri ve harç ödemedenden geçici muafiyete yönelik adli yardım konusu düzenlenmiştir.

1086 sayılı HUMK'ı yürürlükten kaldırarak 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın 334 ilâ 340. maddeleri arasında düzenlenen adli yardım kurumunun mahkemeye erişim hakkı bağlamında ortaya çıkan sorunlara çözüm sunması mümkün olmamıştır. Kanun her ne kadar yeni tarihli ise de HMK'nın anılan maddeleri arasındaki düzenlemelerde, esasen 1086 sayılı HUMK'un hükümlerin dilinin sadeleştirilmesi ve öğretide dile getirilen bazı hususların düzeltilmesiyle yetinildiği, adli yardım konusundaki önceki sistemin temel olarak korunduğu, esaslı bir değişiklik getirmediği gerekçesiyle eleştiri konusu yapılmıştır⁷⁸. Bu haliyle söz konusu düzenlemelerin mevcut sorunlara çözüm getirmemesi nedeniyle daha sonra 11.4.2013 tarihli ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile bu hükümlerde yenilikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle, adli yardım sisteminin AİHM içtihatlarıyla büyük ölçüde uyumlaştırılmasının sağlandığı görülmektedir.

Bu noktada bir yasama tercihi olarak 6216 sayılı Kanun'da bireysel başvuruda adli yardım konusunun açıkça düzenlenmemiş olması, üzerinde tartışılması gereken bir durumdur. Bilindiği üzere ilgisinden dava ya da başvuru harcı alınmasına yönelik hükümler bulunan 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 56. maddesinde, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 32/1. maddesinde ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 25/2 (B) bendinde hukuk yargılamasındaki adli yardım hükümlerine atıf yapılmakla yetinilmiştir.

Adli yardım konusunun doğrudan ve ayrıntılı olarak Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda düzenlenmeyerek bu kurumun niteliğiyle uyumlu diğer usul kanunlarına yollama yapılmak suretiyle çözümlenmesi kanaatimizce yerinde bir yasama tercihi olmuştur. Öncelikle 6216 sayılı Kanun'un temel itibarıyla bir usul kanunu değildir; genel nitelikte bir kanunda ayrıntılı olarak yer alan

75 Şirin, s. 479.

76 Almanya'da anayasa şikayeti harca tabi olmamakla birlikte gerektiğinde başvuru sahiplerine adli yardım verilebilmektedir. BVerfGE I, 109 (110), (Şirin, s. 477, dn. 52 atfen).

77 Şirin, s. 479.

78 Kılınç, s. 2-3.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

konunun kendine özgü yanları dışında burada yeniden düzenlenmesi mevzuat enflasyonu olmaktan öte bir yarar sağlamayacağı gibi, uygulama farklılıklarına da neden olabileceği bir gerçektir. Anılan Kanun'da hüküm bulunmayan durumlarda diğer usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümlerinin uygulanacağı kuralı, bireysel başvurular incelenirken karşılaşılan daha önceden öngörülemeyen sorunların Kanun'un sınırlı düzenlemeleri ile çözülmediği hallerde kolaylık sağlayacağı gibi, diğer yargı mercilerinin içtihatlarından da yararlanılmasının yolu açılmış olacaktır.

D. Adli Yardımdan Yararlanabilecek Kişiler

1) Gerçek Kişiler

Adli yardımdan yararlanabilecek kişilere ilişkin olarak HMK'nın 334. maddesinde açıkça *"kendisi ve ailesinin geçimini (sağlayacak ölçüde) ödeme gücünden yoksun kimseler"*den söz edilmesi karşısında adli yardım ile ilgili hükümlerin amacının gerçek kişilerin haklarının korunması olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü kendisi ve ailesinin geçiminin zor duruma düşmesi olgusu, yalnızca gerçek kişiler bakımından söz konusudur. Bu nedenle adli yardımın gerçek kişiler bakımından söz konusu olduğu konusunda herhangi bir duraksama bulunmamaktadır.

2) Tüzel Kişiler

Tüzel kişiler ile ilgili olarak Kanun'daki düzenlemede (m. 334/(2)) yalnızca kamuya yararlı dernek ve vakıflar ile sınırlı olarak adli yardım imkânı sağlanmaktadır. Bu düzenleme ile kamuya yararlı dernek ve vakıf kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayan tüzel kişilerin adli yardımdan yararlandırılması mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla dernek ya da vakıflardan kamuya yararlı statüsü bulunmayanlar ile şirketler, tüzel kişiliği olmayan iflas idareleri, gerçek ya da tüzel kişiliği haiz kişiler arasından atanan vasiyeti tenfiz memurunun adli yardımdan yararlandırılması mümkün değildir⁷⁹. AİHM, Sözleşme'ye taraf ülkelerde tüzel kişilerin de adli yardımdan yararlandırılmaları konusunda bir konsensüs bulunmadığı gerekçesiyle, başvuru şirketin mahkemeye erişim hakkına yönelik sınırlamayı izlenen amaçla orantılı bulmuş ve Sözleşme'nin 6(1). maddesine aykırılık oluşmayacağı sonucuna varmıştır⁸⁰.

Kanaatimizce tüzel kişiler yönünden yalnızca kamuya yararlı dernek ve vakıflarla sınırlı olarak adli yardım imkânı tanınması bireysel başvurunun nite-

⁷⁹ Kılınç, s. 196-197.

⁸⁰ Granos Organicos Nacionales s.a./Germany, No. 19508/07, 24.9.2012, §53.

liği ile uyumlu değildir. Bireysel başvurunun amacının temel anayasal hakların korunması olması itibarıyla, anayasal temel hakkının ihlal edildiğini ileri süren herhangi bir özel hukuk tüzel kişinin de eğer diğer koşulları varsa adli yardımdan yararlandırılması uygun olacaktır.

3) Yabancıların Durumu

Yabancılar bakımından HMK'nın 334/(3). maddesinde bu olanaktan yararlanabilmenin karşılıklılık şartına bağlandığı görülmektedir. Buna göre yabancı gerçek ya da tüzel kişinin adli yardımdan yararlandırılabilmesi için aranan karşılıklılık durumu hukuki olabileceği gibi, fiili bir uygulamaya da dayanabilir. Türkiye'de adli yardımdan yararlanmak isteyen yabancı gerçek ya da tüzel kişilerin, Türkiye ile ülkeleri arasında diğerinin vatandaşlarının adli yardımdan yararlandırılması konusunda var olan iki taraflı bir anlaşmaya dayanabilmesi yahut ülkelerinde yabancıların ve bu arada Türk vatandaşlarının adli yardımdan yararlandırılmalarına dair fiili bir uygulamanın bulunduğunu ispatlamaları gerekir. Buradaki yabancılar düşenin teknik olarak tam bir ispat faaliyeti olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, bu hususu araştırması gereken hâkime yardımdan ibarettir (MÖHUK. m. 2). Mahkemenin yabancı hukuktaki bu durumu araştırmasına rağmen, yabancıların adli yardımdan yararlandırıldıkları konusundaki kurala erişememiş olması durumunda karşılıklılığın var olduğu olgusuna dayanan taraf bunun sonuçlarına katlanmak durumunda kalacaktır⁸¹.

Hukuk yargılaması bakımından bir yabancıнын adli yardımdan yararlanması için bu kişinin vatandaşı olduğu ülkede Türk vatandaşlarının da adli yardımdan yararlanma imkânının varlığı şartının aranması her ne kadar makul bir durum ise de, bu yaklaşım tarzının insan haklarının korunması amacıyla yargılama ve denetimin söz konusu olduğu bireysel başvurunun ruhuna uygun düştüğü söylenemez. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak bireysel başvuru uygulamasında vatandaş olmayan gerçek kişilerin de adli yardımdan yararlanabilmelerinin mümkün olması gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi cezaevlerinde tutuklu ve hükümlü bulunan pek çok yabancı ülke vatandaşının başvurusunda adli yardım taleplerini karşılıklılık yönünden herhangi bir değerlendirme yapmaksızın diğer unsurlar yönünden incelemiş ve koşulları bulunanlar lehine adli yardıma hükmetmiştir.

E. Adli Yardımdan Yararlanmanın Koşulları

Adli yardımdan yararlanabilmek açısından belirli şartların bulunması gerekmektedir. Bunlar özetle, yoksulluk, başvurunun açıkça dayanaksız olmaması

81 Kılınc, s. 236.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

ve hakkın kötüye kullanılmaması olarak ifade edilebilir. Başvurucunun yoksulluğu kişiye bağlı bir durum iken, başvuru konusunun açıkça dayanaksız olmaması ise davaya bağlıdır. Bu şartlardan öncelikli olanı kuşkusuz ekonomik açıdan bireysel başvuru için gereken başta başvuru harcı olmak üzere yargılama giderlerinin tamamını ya da bir kısmını ödeme gücünden yoksunluktur.

Adli yardımdan yararlandırılmak için yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksunluk ve taleplerin dayanaksız olmaması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir⁸².

1) Yoksulluk

a) Yoksulluk düzeyi

Anayasa Mahkemesine usulüne uygun şekilde bireysel başvuru yapılabilmesi için Yasa'da düzenlenen başvuru harcının ilgili birimlere ödenmesi gerekmektedir. Başvurucunun içinde bulunduğu ekonomik koşullar, objektif olarak bu bedelin tamamını ya da belli bir bölümünü ödeyememesine neden olmuşsa, ortaya çıkan imkânsızlık bireysel başvuru yoluyla temin edilmek istenen temel hakların korunmasına engel oluşturur. Ekonomik açıdan yetersiz durumda bulunmak, adli yardımdan yararlanmanın objektif, başka bir deyişle maddi koşulunu oluşturmaktadır⁸³.

Demokratik hukuk devletinde temel hakların korunması, bu amaçla bireylere tanınan hukuksal korumadan yararlanmada ekonomik açıdan güçsüzler bakımından ortaya çıkan engellerin kaldırılmasını ve onlar açısından bu anayasal güvencenin teoride değil, aynı zamanda fiili olarak da erişilebilir olmasını, bu konudaki engellerin kaldırılmasını gerektirir.

Adli yardımdan yararlanmada yoksulluk kriteri, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının bulunduğuna dair kural doğrultusunda değerlendirilmelidir. Bu nedenle yeme içme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür gibi kişiliğini geliştirmek açısından zorunlu masrafları karşılayacak düzeyde geliri olmayanların yoksul kabul edilmesi gerekmektedir⁸⁴. Bu nedenle adli yardımdan yararlanma bakımından yoksul olma koşulu bireyin tamamen fakr-u zaruret içinde bulunması anlamına gelmez. Normalde kendisi ve ailesinin geçimini sağlayacak kadar mal ve haklara veya gelire sahip olmakla birlikte bireysel başvuru için harcamak durumunda kaldığı parayı, kendisi veya ailesinin geçimini önemli ölçüde zora düşürmeksizin karşılama gücünden yoksun kişiler adli yardımdan

82 AYM, B. No: 2012/1181, 17/9/2013, § 23.

83 Kılınç, s.198.

84 Şirin, s. 480.

yararlanabilme bakımından yoksul sayılır⁸⁵. Aynı şekilde başvuru, normal koşullarda başvuru harcını ödeme gücünden yoksun olmamasına rağmen geçici nedenlerle, örneğin nakit para ya da paraya çevrilebilecek kaynağa sahip olmaması nedeniyle acz hâlinde bulunuyorsa, kişinin bu durumunun da ödeme gücünden yoksunluk olarak değerlendirilmesi gerekir⁸⁶.

Adli yardım talebinde bulunan kişinin ekonomik durumu itibarıyla adli yardımdan yararlandırılmasının gerekip gerekmediği konusunda yapılacak değerlendirmede, sahip olduğu malvarlığı, geliri, borçları ve sosyal durumu göz önünde tutulmalı; kendisi ve ailesinin yaşam düzeyi ve ihtiyaçları ile bireysel başvuru için yapması için gereken harcamalar da dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede başvuru, kendisine ait bir evi olup olmadığı, ödediği kira bedeli, bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sayısı, eğer çalışıyorsa maaşı, çalışmıyorsa malî kaynakları, kira, faiz, sosyal yardım gibi diğer gelirleri, kendi ya da aile fertleri üzerinde kayıtlı malvarlığının bulunmadığı, banka hesabı olup olmadığı, varsa bakiyesi, araba ya da benzeri değerli malvarlığı bulunup bulunmadığı, birlikte yaşadığı kişilerin iş durumu ve aylık giderlerinin tespiti gerekir. Kişinin ekonomik durumunun belirlenmesinde, sahip olduğu her türlü parasal hak ve alacaklar, malik olduğu taşınır ve taşınmaz mallar, bu değerlerden aylık geçim giderleri çıkarıldığında kalan kısmın ödenmesi gereken başvuru harcı başta olmak üzere diğer yargılama giderlerini karşılamaya yetip yetmediği incelenmelidir. Başka bir ifadeyle bu hesaplamada, başvuru, şahsi ihtiyaçlarını karşılaması için gerekli zorunlu giderleri, sahip olduğu haline münasip evi ve asgari geçimini sağlayacak miktardaki parası dikkate alınmaz⁸⁷.

Diğer taraftan, velayet altında bulunan küçükler adına yapılan başvuruda velinin de ekonomik durumu itibarıyla başvuru harcını ödeme gücünden yoksun olması şarttır. Çünkü küçüklerin malvarlıkları velinin idaresi ve gözetimi altında olduğu gibi, velinin velayeti altında bulunan küçük adına yapılması gereken bu gibi giderlere katlanma yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla, velayet altındaki küçüğün adli yardım kurumundan yararlanabilmesi, küçükten daha ziyade onun velisinin ekonomik açıdan başvuru harcını ödemede güçsüz olmasını gerektirir. Vesayet altındaki kişiler bakımından ise böyle bir durum söz konusu değildir. Zira vasiinin görevi, vesayeti altındaki kişinin malvarlığını onun adına yönetmekle sınırlandırılmış olup, vesayeti altındaki kişinin mal varlığından yararlanması imkânı yoktur. Bu nedenle başvuru harcı gibi giderleri kendi bütçesinden karşılama yükümlülüğü de bulunmamaktadır⁸⁸.

85 Kılınc, s. 199.

86 Tercan, Rüzgaresen, s. 148, dn. 32.

87 Karşılaştırmalı hukukta ekonomik anlamda yetersizlik halinin kabulü açısından bkz. Kılınc, s. 199.

88 Akbal, s. 154.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

Tüzel kişiler bakımından ise yoksulluk koşulu, başvuru harcı ve yargılama giderlerinin tüzel kişilik bütçesi, malvarlığı değerlerinden veya duruma göre ortakları tarafından karşılanamayacak durumda olunmasını ifade etmektedir. Tüzel kişilerin adli yardım talepleri değerlendirilirken tüzel kişiliğin olağan gelirleri, borçları, harcamaları ve gerçekleştirdikleri faaliyetler dikkate alınmak suretiyle bireysel başvuru harç ve giderlerini ödemede güçlük çekip çekmeyeceklerinin araştırılması gerekmektedir.

Bireysel başvurunun bir anayasal hak olarak düzenlendiği ve bu kurumun temel felsefesi dikkate alındığında Mahkemece yapılan ödeme gücünden yoksulluk değerlendirmesinde mümkün olduğunca esnek ve başvuru lehine yorum yaklaşımının benimsenmesi gerekir⁸⁹. Adli yardım ile başvurucuya, başvuru harcından geçici bir muafiyet sağlandığı düşünüldüğünde, adli yardım koşullarına ilişkin esnek yorum yerine başvuru aleyhine yorum yapılmasında kamu yararı olmadığı gibi, katı yaklaşımı gerektirecek bir durumun da bulunmadığı açıktır⁹⁰. Zira Mahkeme, başvuru hukukunun ekonomik durumu ile ilgili tam bir kanaate ulaşmadığı takdirde inceleme sonunda haksız çıkması durumunda yargılama giderlerini başvuru üzerinde bırakarak başvuru lehine oluşan bu avantajın ortadan kalkmasını sağlayabilecektir. Bu nedenle Mahkemede yoksulluk konusunda tam bir kanaat oluşmadığı takdirde bile başvuru hukukunun adli yardım kurumunun sağladığı harç ve giderlerden geçici muafiyetten yararlanması sağlanmalıdır. Başvurusunun incelenmesi sonucunda başvuruda haksız olduğu için başvurunun kabul edilemezliğine ya da ihlalin bulunmadığı neticesine ulaşırsa yargılama giderlerinin başvuru hukukunun üzerine bırakılabileceği ise açıktır.

b) Yoksulluğun ispatı

Başvuru hukukunun bireysel başvuru harcını ödeme gücünden yoksun olduğu gerekçesiyle adli yardımdan yararlandırılabilmesi için yoksulluğunu uygun ispat araçlarıyla belgelendirmesi gerekmektedir. Başvuru hukukunun adli yardımdan yararlandırılmasına gerekçe olarak gelir ve giderleri ile aile durumu, varsa nafaka yükümlülüğü ve diğer giderlerini belirtmesi gerekir. Kural olarak yoksulluğun ispatı, başvuru harcını ödeme gücünden yoksun olduğunu iletilen başvuru hukukuna düşer. Burada ekonomik anlamda yetersizlik şartının, Mahkemede kanaat uyandırmaya elverişli her türlü delille ispatı söz konusu olduğundan, serbest ispattan söz edilir⁹¹. Adli yardımla ilgili kuralların ko-

89 Şirin, s. 481.

90 Akbal, s. 163.

91 Kılınç, s. 229; 26; AİHM, babasının velayeti altında olan başvuru hukukunun, asgari ücretin yaklaşık 5 katı olan yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğu için adli yardım talebinin, babasının herhangi bir gelirinin bulunmadığına ilişkin ulusal makamlarca tanzim edilmiş bir belgeyi yargılama mercilerine sunduğu halde reddedilmesi nedeniyle ihlal

nulmasındaki amaç bu yorum biçimini gerektirmektedir⁹².

Başlıca ispat araçları olarak ise, başvurunun ikamet ettiği yer belediyesi, idari birimleri ya da muhtarlıklarınca⁹³ tanzim edilmiş fakirlik belgeleri sayılabilir⁹⁴. Bu anlamda, adli yardım talebinde bulunan kimsenin ekonomik olarak başvuru harcını ödemek gücünden yoksun olduğunu gösteren idari makamlarca verilen yoksulluk belgesi dışında sosyal güvenlik kurumu, çalıştığı kurum veya tapu dairesi, vergi dairesi, trafik sicili gibi kurumlardan aldığı belgeler de ispat aracı olarak kullanılabilir⁹⁵. Hatta Mahkeme tarafından başvurunun ekonomik durumuna dair sunduğu belgelerin doğruluğu tapu sicili, vergi kayıtları, ticaret sicili gibi idari kurumlarla yapılan yazışmalar ya da UYAP sistemi ile entegre veri tabanlarından denetlenmekte, resen araştırma yoluna gidilebilmektedir⁹⁶.

Başvurunun avukatla temsil edilmesi tek başına başvuru harcını ödeme gücünden yoksun olmadığına karine olarak görülemez⁹⁷. Başvurunun bu

kararı vermiştir. Kararda, Türkiye'deki adli yardım sisteminin işleyişindeki daha önceki kararlarda da tespit edilen eksiklik ve keyfiliklere de vurgu yapmak suretiyle bu kararın başvurunun mahkemeye erişim hakkının orantısız şekilde sınırlandırdığı ve bu durumun Sözleşme'nin 6 § 1 maddesine aykırı olduğu vurgulanmıştır. (Alkan/Türkiye, No: 17725/07, §§ 27-19, 7.2.2012)

92 Kılınç, s. 227; İdari birimlerce tanzim edilen fakirlik belgelerinin günümüz koşullarında ekonomik durumun ispatlanmasında yeterli bir ispat aracı olma niteliğini yitirmiş olduğu gerekçesiyle HMK'nın 336. maddesinde ispat konusunda kısıtlamadan vazgeçilmiştir. Bunun yerine başvurunun ekonomik durumun ispatı bakımından kanaat uyandırmaya elverişli her türlü belgenin delil olarak kullanılması mümkündür. (Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s. 973) .

93 Eski HUMK'nın 468. maddesinde yoksulluğun ispatı için sunması gereken belgeler olarak "mahalli belediyesinden veya hey'eti ihtiyarisinden alınmış bir şahadetname" sayılmış olmasına rağmen öğretilerde bunun fakirliğin ispatında tek delil olarak öngörülmediği yani kanuni delil kuralının geçerli olmadığı savunulmaktaydı. (Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2011, s. 631).

94 Şirin, s. 481; HUMK'un 468. maddesi uygulaması bakımından ekonomik anlamda yetersizliğin ispatı için gereken belgelerden birisi "yoksulluk belgesi" olarak kabul edilmekteydi. Bu belgeler, adli yardım talebinde bulunmak isteyen kişilerin müracaatları üzerine belediyelerce yahut köy ya da mahalle muhtarlıklarınca düzenlenmektedir. Bu belgede, talepte bulunanın ekonomik geliri, malvarlığı, ödemekle yükümlü olduğu vergiler, birlikte yaşadığı aile bireylerinin ekonomik gelirler ve olağan giderleri ile başvuru için gerekli olan harcı ödemesinde ekonomik anlamda yetersizlik içerisinde bulunduğuna ilişkin bilgiler yer alır (Kılınç, s. 225).

95 AYM'nin bir kararında, "Yabancı ülkede ikamet eden Türk vatandaşının başvurusuyla ilgili olarak Almanya sosyal güvenlik sistemi kapsamında malulen emekli olduğu, Türkiye'de ise herhangi bir sosyal güvenlik kaydının ve kayıtlı taşınmaz malvarlığının bulunmadığı, Türkiye'deki ikametgah adresi olan Bolu Dereceören Köyü muhtarlığı ve aza heyeti tarafından imzalı 25/2/2012 tarihli belgede başvurunun dava masraflarını ödeyecek maddi durumunun olmadığı kesin olarak tespit edildiğinin belirtildiği görüldüğü başvurunun geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğu anlaşılmıştır." denilerek, muhtarlıkça tanzim edilen fakirlik belgesinin, SGK ve tapu kayıtlarıyla da desteklenmesi nedeniyle başvurunun bu talebinin kabulüne karar verilmiştir. (AYM, B. No: 2012/1181, K.T: 17/9/2013, § 32).

96 Akbal, s. 163; Kılınç, s. 227-229.

97 AYM, avukatla temsil edilmiş olmayı adli yardım talebinin reddi sebebi olarak görmemek-

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

ilişki nedeniyle hâlihazırda herhangi bir ödeme yapmamış olması ve ekonomik durumu itibarıyla söz konusu harcı ödeme kudretinden yoksun olması mümkündür⁹⁸.

Adli yardım talebinde bulunan başvuru hukukunun ekonomik durumunun yargılama giderlerini karşılama konusunda yeterli olmadığı konusunda resmi kurumlardan alınmış belgeleri başvuru formunun ekinde sunması gerekmektedir. Bu belgelerin niteliği, Mahkemenin ilgili birimlerince değerlendirilmekte ve UYAP üzerinden başvuru hukukunun taşınır ya da taşınır malvarlığı, sosyal güvenlik kapsamında düzenli bir geliri olup olmadığı araştırılmaktadır. Bölümler veya Komisyonlar, adli yardım taleplerini değerlendirirken başvuru hukukunun özellikle bireysel başvuruya konu olayla ilgili diğer yargılama safhalarında adli yardımdan yararlandırılıp yararlandırılmadığını ve bu tür yardımdan yararlandırılmamış olması hâlinde geçen süre içinde ekonomik durumunda esaslı bir değişikliğin olup olmadığı gibi konuları dikkate almaktadır⁹⁹. Başvuru hukukunu, olağan yargılama sırasında bir kez adli yardım talebi kabul edilip bu haktan yararlandırılmışsa bireysel başvuru hukukunun yapıldığı tarihle arada uzunca bir süre de geçmemişse bu hususun bireysel başvuru yargılaması için de yeterli sayılması usul ekonomisinin bir gereğidir¹⁰⁰. Buna karşılık başvuru hukukunu, daha önce adli yardımdan yararlandırılmamış ise, maddi durumundaki esaslı değişikliği belgelendirmiş olması aranır.

Başvuru harcını ödeme gücünden yoksunluğun ispatı konusunda tutuklu ve hükümlülerin durumu, üzerinde ayrıca durulması gereken bir konudur. Bu kişilerin mahkemeye erişim bağlamında yargı mercilerine, avukata ve diğer adliye görevlilerine fiziksel olarak ulaşmalarının yanı sıra bu merciler önünde usulüne uygun biçimde hak aramaları için gerekli olan bilgi ve belgeleri temin etmelerindeki güçlükler ortadadır. Bu nedenle başvuru harcını ödeme gücünden yoksun olduğunu beyan eden başvuru hukukunun sunduğu belgelerin diğerlerine nazaran daha esnek yorumlanması gerekmektedir. Nitekim AYM'nin uygulamasında, cezaevi idaresinde tutulan kayıtlardan düzenli geliri olmadığı, yakınlarından nadir ve ancak cüzi miktarlarda malî destek gördüğü anlaşılan kişilerin, SGK ve tapu kayıtlarının da bu bilgiyi desteklemesi hâlinde başvuru harcını ödeme gücünden yoksun olarak kabul edildiği

tedir. Bkz. B.No: 2013/2738, K.T: 16/7/2014.

98 AİHM, avukatla temsil edilmiş olmanın adli yardımdan yararlandırılmaya engel olmayacağı, dava açmak için mahkeme harcını ödeyemeyen ve böylece mali yönden yükümlülüğünü yerine getiremeyen başvuru hukukunun bundan muaf tutululmasının mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. (Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye, No: 52658/99, 17 Temmuz 2007).

99 Hüseyin İkinci, Musa Sağlam, Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, AYM Yayınları, Ankara, 2014, s. 41; Karaman, s. 229.

100 Şirin, s. 483.

görölmektedir¹⁰¹.

Tüzel kişilere gelince, bunların bireysel başvuru harç ve giderlerini ödeme-ye yeterli gelire sahip olmadıkları tüzel kişiliğe ait defterler, hesap özetleri, makbuzlar vb. her türlü yazılı delille ispatlanabilir. Ayrıca tapu sicili, vergi dairesi ya da trafik sicili gibi kurumlardan alınacak bilgi ve belgeler de tüzel kişiliğin ödeme gücünden yoksunluğu ispatlamak için kullanılabilir¹⁰².

Yabancılar da benzer ispat araçları vasıtasıyla yoksulluk koşulunu ispatlayabilmektedirler. Mahkeme ispat konusunda bu kişiler bakımından da esnek ispat yaklaşımını sürdürmektedir. Özellikle hükümlü, tutuklu olan ya da gönderme merkezlerinde tutulan yabancıların kendi ülkelerindeki resmi makamlara erişim imkanları bulunmaması nedeniyle ekonomik açıdan güçsüz durumda olduklarını belgeleyebilmeleri söz konusu olmadığında AYM, sıkı ispat kuralı uygulamamaktadır.

Başvurucular bakımından ekonomik açıdan güçsüzlüğün ispatı ve bunun için sunulması gerekli belgelerin hazırlanmasının bürokrasi, zaman ve emek kaybı olduğu açıktır. Bilindiği üzere bireysel başvuru için öngörülen nihai karar ya da işlemin tebellüğü ya da duruma göre öğrenilmesinden itibaren 30 günlük sürenin uzun olduğu da söylenemez. Her ne kadar mevzuat ve Mahkeme içtihadı buna imkan tanımasa da doktrinde bazı yazarların¹⁰³ da savunduğu gibi adli yardım talepleri bakımından ekonomik açıdan güçsüzlük konusunda başvurunun beyanının ispat açısından yeterli sayılması uygun olurdu. Kaldı ki, yargıya erişim hakkının gecikme nedeniyle zedelenmemesi, resmi makamlardan belge temin yükümlülüğünün başvurudan vazgeçmeye sevk etme tehlikesi ve bireye güvenin demokratik toplumun temelini oluşturması da başvurunun bu yöndeki beyanının yeterli görülmesini gerektirir. Bu durumda adli yardım mekanizmasının bazı kişilerce suiistimal edilebileceği ileri sürülmek suretiyle bunun kabul edilemez bir öneri olduğu da düşünülmemelidir. Zira olası suiistimallerin önüne geçilebilmesi için Mahkemenin bu beyanın doğruluğunu araştırması ve yalan beyanda bulunulduğunun tespiti hâlinde bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması nedeniyle İçtüzük'te bu konuya dair yer alan ciddi yaptırımın uygulanabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

101 Anayasa Mahkemesi, hükümlü olarak ceza infaz kurumunda bulunan başvurunun, sosyal güvenlik kapsamında bir geliri, adına kayıtlı taşıtı veya taşınmaz malı olmadığı yönünde sunulan belgeleri, geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğu konusunun ispatı açısından yeterli görmektedir. (B.N: 2012/1181, K.T: 17/9/2013).

102 Kılınc, s. 230.

103 Haluk İnancı, *"Uluslararası Gelismeler Işığında Adli Müzaheret"*, s. 11, http://inanici-tekan.av.tr/pdf/adli_muzaharet.pdf (erişim tarihi: 8/11/2014).

2) Başvurunun açıkça dayanaksız olmaması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda adli yardımdan yararlanmanın ikinci koşulu olarak *başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmaması* sayılmaktadır. HMK'nın 334. maddesinde geçen açıkça dayanaktan yoksun olmama kavramından neyin anlaşılması gerektiği açık değildir. Zira özellikle bireysel başvuruda bu kavram, başvurunun maddi içeriği açısından yapılan ön incelemede, Sözleşme ve Anayasa'da güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği görüntüsü veren hiçbir durum saptanamamasını ifade etmektedir¹⁰⁴. Dolayısıyla bu kabul edilemezlik koşuluna dayanarak bir başvurunun reddedilebilmesi için öncelikle başvurunun diğer kabul edilebilirlik nedenlerini karşıladığının belirlenmesi, daha sonra derinlemesine olmasa da belli ölçüde esasa yönelik inceleme sonucunda görünür bir temel hak ihlalinin olmadığı sonucuna varılmış olması gerekir. Başvuru harcı bireysel başvurunun şekil şartlarından olup bunun yatırılmaması, başka bir inceleme ya da değerlendirmeye girilmeden başvurunun reddini gerektirir. Başvurucunun adli yardım talebinin kabul edilmesi bunun istisnasını oluşturduğundan, bu talebin işin esasına geçmeden önce çözümlenip karara bağlanması zorunludur. **Çünkü** adli yardım talebinin hüküm altına alınabilmesi için belli ölçüde de olsa işin esasına ilişkin bir değerlendirme yapılması, harcın konulmasındaki amaçla ve adli yardım kurumunun niteliğiyle bağdaşmaz.

Yukarıda da değinildiği üzere HMK'nın 334. maddesinde geçen "*haklı oldukları konusunda kanaat uyandırmak*" ibaresi, 6459 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle "*taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması*" şeklinde değiştirilmek suretiyle daha önce "*haklılık koşulu*" olarak ifade edilen bu koşul yumuşatılmıştır. HMK'nın 334. maddesinin önceki halindeki "*haklı oldukları konusunda kanaat uyandırmak*" şeklinde düzenleme yürürlükte olduğu dönem itibarıyla eleştirilere konu edilmiştir. Bu düzenleme nedeniyle yargılamanın başında yapılan geçici bir incelemeyle ekonomik anlamda yetersiz olan kişinin elinden hukuki dinlenilme hakkının alınmış olacağı¹⁰⁵, bu aşamada uygulanacak düşük ispat ölçütü nedeniyle haklılık koşulunun gerçekleşmediği yönünde oluşan kanaatin yanlış olma olasılığının neden olabileceği hak ihlalleri üzerinde durulmuştur¹⁰⁶.

HMK'nın anılan hükmünde değişiklik yapan Kanun'un genel gerekçesinde, "*Tasarı ile, insan haklarına saygı ve bu konuda ortaya çıkan aksaklıkları iç hukukumuzda çözüme bağlama ilkelerinin gereğinin yerine getirilebilmesi ve ülkemizin*

104 Mehmet Öncü, AİHM'nde Usul İncelemesi ve "Dördüncü Derece Türünden Şikâyetler", Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Ankara, 2012, s. 391.

105 Hakan Pekcanıtez, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2000, s. 784. (753-791).

106 Muhammet Özkes, *Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara, Yetkin, 2003, s. 307.

AİHM önündeki davalar açısından görünümünün daha iyi bir noktaya taşınabilmesi amacıyla, AİHS tarafından koruma altına alınan hakların ihlaline sebebiyet verebilen çeşitli kanunlardaki ilgili hükümlerde değişiklik yapılması ve söz konusu olabilecek ihlal durumlarının ortadan kaldırılması hedeflenmektedir.” denilmiştir. Söz konusu değişikliğin madde gerekçesinde ise “AİHM, adli yardım talep eden kişinin haklılığı kriterinin aranmadığı bir sistemi tavsiye etmekte ve adli yardım talebinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla kişilerin adli yardımdan yararlandırılması gerektiğini vurgulamaktadır. Maddede yapılan düzenlemeyle, dava veya takibin açıkça dayanaktan yoksun bulunmaması kaydıyla adli yardımdan yararlanılabilmesi sağlanarak adli yardımın kapsamı genişletilmektedir.” ifadeleri yer almaktadır. Buna göre Anayasa Mahkemesinin kararlarında da vurgulandığı üzere, değişikliğin amacının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına uyumun sağlanması olduğu açıktır. Bu nedenle değişiklikle getirilen “taleplerin açıkça dayanaktan yoksun olmaması” şartının anlamını tespit bakımından AİHM kararlarının göz önünde tutulması gerekir¹⁰⁷.

AİHM, adli yardım talepleri bakımından kamunun parasının “makul bir başarı şansına sahip talep”te bulunan kimselere tahsis edilmesi amacının meşru olduğunu belirtmiş, yerel mahkemenin esasa ilişkin talebin temelsiz olduğu yönündeki kararının tazminat talebinin yerindeliğine ilişkin bir karar olduğunu vurgulamıştır¹⁰⁸. AİHM, Belçika’ya karşı yapılan bir başvuruda, adli yardım hususunda karar vermeye yetkili olan Adli Yardım Bürosunun, başvuruçunun adli yardım talebini, davasını dayandıracığı iddianın esası yönünden “haklı olmadığı”nı gerekçe göstererek reddetmesinin, mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır¹⁰⁹. Bunun üzerine Belçika, adli yardıma ilişkin Kanun’da değişiklik yaparak bu yöndeki taleplerin yalnızca açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle reddedilmesi kuralını yürürlüğe koymuştur¹¹⁰.

Kanaatimizce bu değişiklik özü itibarıyla doğru ve yerinde olmasına rağmen düzenlemenin ifade biçimi bireysel başvuru uygulamasında çeşitli sıkılıklara neden olabilecek mahiyettedir. Çünkü bireysel başvurunun “açıkça dayanaktan yoksun olmaması” ile adli yardımdan yararlandırılma koşulu olarak “açıkça dayanaktan yoksun olmama” kavramı birbirlerinden farklıdırlar. Bu açıdan bir başvuruçunun “yoksulluk” ve “başvurusunun açıkça dayanaktan yoksun olmaması” koşulları bulunduğu gerekçesiyle adli yardımdan yararlandırılmasına rağmen, başvurusunun şekil ve esas yönünden yapılan incelemesi sonucunda “açıkça dayanaktan yoksun” olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulun-

107 AYM, B. No: 2013/1977, 9/1/2014, § 32.

108 Bakan/Türkiye, 12/6/2007, No: 50939/99, § 74.

109 Aerts/Belçika, No: 25357/94, 30/7/1998, § 60.

110 Debeffe/Belçika (kk), No: 64612/01, 9/7/2002.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

ması mümkündür.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında bu husus açıkça vurgulanmaktadır. Nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında, “Adli yardıma ilişkin koşullardan ikincisi olan ve 6100 sayılı Kanun’un 334. maddesinin 6459 sayılı Kanunla değişik (1) numaralı fıkrasında yer alan “taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması” koşulunun, bireysel başvurulara ilişkin 6216 sayılı Kanun’un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında belirtilen “Mahkemenin açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebileceği” şeklindeki kuralda belirtilen “açıkça dayanaktan yoksunluktan” farklı bir anlam taşıdığını belirtmek gerekir.”¹¹¹ denilmek suretiyle bu hususa dikkat çekilmiştir.

Başvurunun dayanaksız olmaması hususu, başvuru formu ve ekleri ile ilişkilendirilmiş olan yargılama dosyaları incelenmek suretiyle değerlendirilmektedir. Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun dayanaksız olması bu kapsamda yapılacak incelemeyle sınırlı bir anlam taşımakta olup, zorunlu olarak adli yardıma konu talebin açıkça dayanaktan yoksun olması sonucunu doğurmaz. Aynı şekilde adli yardım kurumundan yararlandırılmak için yapılan incelemede başvurunun dayanaktan yoksun bulunmayarak bu talebin kabul edilmiş olmasının, bireysel başvurunun kabul edilebilirliği hususunda belirleyici olmayacağı da açıktır.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında da vurgulandığı üzere, 6459 sayılı Kanun’un genel ve 22. maddesinin gerekçeleri ile AİHM içtihatları dikkate alındığında, HMK’nın 334/(1) fıkrasında yapılan değişikliklerle getirilen “taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması” **şartının**, “ilk bakışta başvurunun başarsız olacağının açıkça görülmemesi” şeklinde anlaşılması gerekir¹¹².

3) Kötü niyetli olmama

Hukuk devletinde bireylerin haklarını kötüye kullanmama yükümlülükleri bulunmakta olup, hukuk düzeni hakkın kötüye kullanılmasını korumaz. Bireysel başvuruda hangi durumların hakkın kötüye kullanımı sayılacağının önceden sınırlı bir şekilde sayılmasına imkân bulunmadığından bu husus ancak başvurunun özel koşulları dikkate alınarak tespit edilebilir. Mahkemece yapılan incelemede, başvurucunun kötü niyetli olduğu tespit edildiğinde adli yardımdan yararlandırılması mümkün olmadığı gibi, duruma göre başvurusu tümüyle de reddedilebilir. Burada başvurucunun başvuru konusu edilen olay ve olgular yönünden ya da adli yardım talebine ilişkin sunduğu bilgi ya da belgelere ilişkin olmak üzere iki konuda kötü niyetinden söz edilebi-

¹¹¹ AYM, B.No: 2012/1081, 17/9/2013.

¹¹² AYM, B.No: 2013/7324, K.T: 20/3/2014; B. No: 2013/1977, 9/1/2014, § 34.

lir. Ancak adli yardım talebinin reddi bakımından, başvurunun kötü niyetle yapılmasının ya da lehine adli yardıma hükmedilebilmesi için Mahkemenin yanıtılması arasından fark yoktur.

Mahkeme kaydına giren her bir başvurunun belirli birimler önünde incelenmesi gerekir. Başvuru konusu edilen kamu gücü işlemine ilişkin yanıtıcı bilgiler verilmesi ya da bu amaçla bazı bilgilerin kasıtlı olarak saklanması Mahkemenin esas göreviyle bağdaşmayan gereksiz işlerle emek ve zaman kaybetmesine neden olmaktadır. Bu da Mahkeme önünde incelenip karara bağlanmayı bekleyen çok sayıda başvurunun ele alınmasını geciktirmektedir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı niteliği itibarıyla, hiçbir geçerli hukuksal dayanağı bulunmayan ve memnuniyetsiz beyanlar içeren şikâyetlerin incelenmesini gerektirmez.

Daha önce bireysel başvuru konusu edilen ve ihlal bulunmadığı tespit edilen hususun yeni bir durum ortaya çıkmamasına rağmen tekrar tekrar başvuru konusu yapılması, başvurunun makul bir kişi tarafından yapılması mümkün olmayacak nitelikte olması, başvuru formunda Mahkemeyi yanıtıcı bilgiler verilmesi, sahte ya da tahrif edilmiş belgeler sunulması, başvuru sürecinde işin esasına etki edebilecek nitelikte yeni vakıalar ortaya çıkmasına rağmen bu konuda Mahkemenin bilgilendirilmemesi vs. durumlar başvurucunun başvuruda kötü niyetli olduğunu göstermektedir. Aynı zamanda Anayasa Mahkemesi ya da görevlilerine karşı kırıcı, saldırgan, hakaret ya da tahrik içeren bir dil kullanılması da başvuru hakkının kötüye kullanımı sayılır¹¹³.

Öte yandan başvuru konusu itibarıyla kötü niyetli sayılmamakla birlikte başvuru harç ve yargılama giderlerinden geçici de olsa muafiyet elde edebilmeye yönelik olarak lehine adli yardıma hükmedilebilmesi için ekonomik durumuna dair Mahkemenin yanıtılması da kötü niyetli olması anlamına gelmektedir. Başvurucunun bilinçli olarak ekonomik durumuna ilişkin başvuru form ve eklerinde gerçeği yansıtmayan bilgiler vermesi, sahte ya da eksik belgeler sunması, ekonomik durumunu kasıtlı olarak kötüleştirilmesi yahut bu hususta henüz adli yardım talebine ilişkin bir kararın verilmediği dönemde ortaya çıkan iyileşmeden Mahkemeyi doğru biçimde bilgilendirmemesi, hakkın kötüye kullanılması konusunda örnek olarak sayılabilecek durumlardır.

F. Adli Yardım Talebinde Bulunma Usulü ve Zamanı

Adli yardım taleplerinin şekli konusunda İçtüzük'ün 62. maddesinde her-

113 Hüseyin Ekinci, “Kabul Edilebilirlik Kriterleri”, Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi) Editör: Musa Sağlam, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s. 160.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

hangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, adli yardım meselesini ortaya çıkartan husus başvuru harcı olduğundan, bu talebin başvuru formunda yapılması gerektiği açıktır. Zira başvuru harcının başvuru yapılmadan önce Maliye Veznesine yatırılıp ödeme belgesinin forma eklenmesi gerekmektedir. Kanun'un 47. maddesinin (3) numaralı fıkrasında bireysel başvuru yapılırken harcın ödendiğine dair belgenin forma eklenmesi bir şart olarak düzenlenmiştir. Ancak bu kural, başvuru formunun adli yardım talebi varsa, harcı ödeme gücünün bulunmadığına dair açıklamalar ile bunu ispata yarayan belgelerin sunulması şeklinde anlaşılmalıdır¹¹⁴. Adli yardım kararı Anayasa Mahkemesince re'sen değil, yalnızca talep üzerine verilmektedir. Bu nedenle başvuru harcını ödeme gücü bulunmayan başvuru formunun son sayfasındaki sonuç talepleri bölümünde adli yardım isteğini belirtmeli ve ödeme gücünden yoksun olduğunu gösteren belgeleri de bu forma eklemelidir.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmadan önce, başvuru harcı ve başvuru yapabilmek için gerekli diğer giderleri karşılama gücünden yoksun olduğu ileri sürülerek sırf bu konuda karar verilmesi talebiyle bağımsız bir adli yardım talebi içeren müracaat yapılması imkânı bulunmamaktadır. Bu talebin yalnızca asıl başvuru ile birlikte Mahkeme önüne getirilmesi mümkündür. Başvurucunun bu gibi durumlarda harç dışındaki diğer hususları tamamlamak suretiyle süresi içinde usulüne uygun başvurusunu yapması gerekir. Şayet yoksulluk nedeniyle bir kısım belge ya da hususlar tamamlanamamışsa bu durum gerekçeleriyle birlikte başvuru formunda ilgili bölümde belirtilmelidir. Mahkeme uygun görürse bunları resen tamamlama yoluna gidebilecek ya da bunların başvuru tarafından tamamlanması gerektiği değerlendirilmişse eksiklik giderilmesi için ilgisine 15 günü geçmemek üzere kesin süre verebilecektir.

Bireysel başvuru niteliği bulunmayan ve yalnızca adli yardım talebi içeren müracaatlar, başvuru süresini durdurmadığı ya da kesmediğinden asıl başvurunun yapılacağı ana kadar 30 gün geçerse, başvuru süresi kaçırılmış olur. Başka bir ifadeyle başvuru yapılmadan önce adli yardımdan yararlandırılma talebiyle verilmiş dilekçenin, başvuru süresini kesme ya da durdurma etkisi yoktur¹¹⁵.

Bireysel başvuruda başvuruculara yargılama gideri olarak harç ve diğer mahkemeler vasıtasıyla yapılan başvurularda formun Mahkemeye iletimi için ödenen posta masrafı dışında herhangi bir külfet yüklenmemiştir. Bu nedenle başvuru, harç ve posta giderlerini ödedikten sonraki aşamada adli

114 Şirin, s. 482.

115 Akbal, s. 161; Krş. Postacıoğlu ve Umar, bu çözüm tarzının adalet ve hakkaniyete uygun olmadığı, adli yardım talebinin süre tutum olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedirler. İlhan E. Postacıoğlu, Medenî Usul Hukuku Dersleri, İÜHF Yayınları, 6. Bası, İstanbul, 1975, s. 676; Umar, s. 973; Krş. Şirin, s. 483.

yardım talebinde bulunsa dahi, geçmişte yapılan giderler bakımından adli yardım kurumunun işletilmesi imkânı bulunmadığından bu talep inceleme konusu yapılmamaktadır¹¹⁶.

Öte yandan, adli yardımın bir diğer unsuru olan avukat yardımı konusunda 6216 sayılı Kanun'da bir düzenleme yoktur. Bireysel başvuruda avukatla temsil zorunluluğunun bulunmaması nedeniyle bu konuda bir düzenleme yapılması ihtiyacı duyulmadığı değerlendirilmektedir. Bununla birlikte başvurunun bu yönde bir isteğinin bulunması ve adli yardım koşulları taşıdığının tespiti halinde, Avukatlık Kanunu'nun 176. vd. maddelerindeki hükümler gereğince başvuru yapılan Baro'nun ilgili adli yardım bürosu tarafından avukat yardımından yararlandırılabilir¹¹⁷.

G. Adli Yardım Talebinin İncelenmesi

1) Adli Yardım Kararı Vermeye Yetkili Birim

Genel kural gereğince bireysel başvurunun adli yardım talebi, başvurunun kabul edilebilirliğine karar verecek olan Bölümlere bağlı komisyonlarca karara bağlanmaktadır¹¹⁸. Daha önce de vurgulandığı üzere, adli yardım talebi konusunda yapılan değerlendirme bir dava niteliğinde değildir. Bu incelemede delil serbestliği ilkesi esastır. Başvurucunun yoksulluğu ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmaması konusundaki değerlendirmede yaklaşık ispat ölçütü uygulanır¹¹⁹.

Bu talebi inceleyen komisyon, kabul edilebilirliğin Bölüm kararını gerektirmesi durumunda adli yardım konusunu kabul edilebilirlikten ayrı olarak karara bağlayabileceği gibi her iki konunun birlikte incelenmesi için adli yardım talebini de karara bağlamadan dosyayı Bölüme sevk edebilir. Adli yardım talebinin Bölüm tarafından karara bağlanmasını gerektirebilecek bir diğer durum ise komisyon üyelerinin başvurunun ekonomik durumu ya da başvurunun niteliği itibarıyla adli yardım talebinin reddi ya da kabulü konusunda uzlaşmamış olmaları hâlidir. Komisyon üyelerinin karar alabilmeleri oybirliğini gerektirdiğinden, adli yardım talebinin kabulü ya da reddi konusunda farklı görüşler ortaya çıkmışsa, komisyon kıdemli üyesince uyuşmazlık konusu da belirtilmek suretiyle dosya bu konuda karar vermek üzere bağlı olunan Bölüme sevk edilmektedir.

Başvurucunun adli yardım talebi konusunda karar verecek olan birimin

116 AYM, B.No: 2013/906, K.T: 16/4/2013, § 21.

117 Şirin, s. 482-483.

118 AYM, (İkinci Bölüm, İkinci Komisyon) B.No: 2014/8515, K.T: 30.9.2014; Birinci Bölüm, İkinci Komisyon, B.No: 2013/9450, K.T: 30. 5.2014.

119 Kılınç, s. 42.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

aynı zamanda başvurunun kabul edilebilirliği konusunu da karara bağlayacak olması, bu kararı alan üyelerin ihsası reyde bulundukları konusunda endişeye neden olabilecektir. Başvurucunun adli yardım talebine yönelik yapılan incelemede kişinin malî durumu ile ilgili değerlendirmeler yapıp yoksulluk şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle talebin reddi hâlinde böyle bir endişe yersizdir. Buna karşılık adli yardımdan yararlandırılmanın bir diğer koşulu olan başvurunun dayanaksız olmaması şartının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda yapılacak inceleme ve bunun sonucunda oluşan kanaate dayalı olarak adli yardım talebinin reddi durumu tartışmalıdır. Başka bir ifadeyle farkırlık şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle değil de başvurunun dayanaksız olduğu gerekçesiyle adli yardım talebi reddedilmişse, heyet üyelerinin başvurunun kabul edilemez nitelikte olduğu konusunda bir kanaate ulaştıkları ve adli yardım talebini reddetmekle bunu dışı vurdıkları söylenebilir.

Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi, adli yardım talebinde başvurunun açıkça dayanaksız olmaması koşulunu, bireysel başvurulara ilişkin 6216 sayılı Kanun'un 48/(2) maddesinde yer alan "açıkça dayanaktan yoksunluktan" farklı bir anlam taşıdığını kabul etmektedir. Mahkemeye göre yapılan bir bireysel başvurunun dayanaksız olması bu kapsamda yapılacak incelemeyle sınırlı bir anlam taşımakta olup, adli yardım talebi bakımından dayanaksız olmayan bir başvuru, bireysel başvuru bakımından açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemez bulunabilir. Mahkemenin bu ikinci koşulu, büyük ölçüde başvurucunun bireysel başvuruyu yapmada kötü niyetli olmasına yaklaştırdığı, bireysel başvuru yargılaması açısından değil, hayatın olağan akışına göre bu nitelikte bir başvuru makul görülebilecekse bu koşulun gerçekleştiği sonucuna vardığı söylenebilir.

Buna rağmen adli yardıma yönelik incelemede talebin bu gerekçeyle reddi hallerinde bu kararı veren heyetin başvuruya ilişkin ihsası reyde bulunduklarına ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edileceğine yönelik endişeler tamamıyla yersiz de değildir. Ancak komisyon üyelerinin dönüşümlü olarak görev yapmaları nedeniyle, adli yardım konusunda karar verenler ile kabul edilebilirlik incelemesi yapan üyelerin aynı kişiler olması olasılığı her inceleme tarihleri farklı olacağından oldukça düşüktür. Bu gibi durumlarda da başvurunun kabul edilebilirlik incelemesini yapacak olan kurulun, adli yardım talebinin dayanaksız olduğu gerekçesiyle reddi kararına katılmış olanlar varsa onların yerine yedek üyeler dahil edilerek oluşturulması kanaatimizce yerinde olur¹²⁰.

120 AİHM, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunda, temyiz incelemesi kararına katılmış olan üç üyenin (birinin de İdari Dava Daireleri Kurulu Başkanı olarak müzakereyi idare etmiştir) yer almasını, bu durumu zorunlu kılan hiçbir ciddi zorunluluk da bulunmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali teşkil ettiğine karar vermiştir. (Fazlı Aslaner/Türkiye, B.No: 36073/04, 4/3/2014).

Öte yandan, başvurunun adli yardım talebi, fakirlik koşulu gerçekleşmesine rağmen dayanaksız bulunarak reddedilmişse, başvurunun bu kararı davasının başarı şansının bulunmadığı mesajı olarak değerlendirmesi kaçınılmazdır. Hatta bu nitelikte başvurunun incelemesinin sürdürülmesi durumunda, başvurunun kötü niyetli olduğu gerekçesiyle disiplin cezasına çarptırılabilmesi dahi söz konusu olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu durumdaki başvurunun kendisine verilen kesin süre **içinde** başvuru harcını tamamlama hususunda yeni bir çabaya girişmemesi beklenmelidir.

2) Derece Mahkemelerinde Adli Yardımdan Yararlandırılmış Olma

Adli yardım talebini inceleyen Komisyon ya da duruma göre Bölüm, başvurunun özellikle bireysel başvuruya konu olayla ilgili diğer yargılama safhalarında adli yardımdan yararlandırılıp yararlandırılmadığını da göz önünde tutar¹²¹. Başvurucunun daha önceki aşamalarda adli yardım talebinde bulunup bulunmadığı; adli yardımdan yararlandırılmış ise ekonomik durumunda iyileşme meydana gelip gelmediği incelenir. Başvurucu daha önceki aşamalarda adli yardımdan yararlandırılmamış ise bu kez geçen süreçte maddi durumundaki esaslı değişikliği belgelendirmiş olması aranmaktadır¹²².

Buna karşılık başvurunun derece mahkemeleri önünde adli yardım kurumundan yararlandırılmış olması, bireysel başvuru sürecinde başka bir işleme gerek bulunmaksızın doğrudan adli yardımdan yararlandırılması ve dolayısıyla başvuru harcından muaf tutulması sonucunu doğurmaz. Bu durumdaki başvurunun bireysel başvuru harcını ödeme gücünün bulunup bulunmadığı ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olup olmadığının incelenerek şartları varsa yeni bir adli yardım kararı alınması gerekir.

3) İnceleme Usulü ve Adli Yardım Talebi Hakkında Karar

Adli yardım talebi konusunda inceleme yaparken gerekli koşulların varlığının tespiti konusunda sınırlı araştırma ilkesi benimsenmiştir. İnceleme, başvuru evrakı üzerinden yapılmakta, gerekli görüldüğü takdirde başvuru ya da ilgili kurumlarla yazışmalar yapılabilmekte, UYAP ve bağlantılı kamu kurumlarından davaya ve başvurunun ekonomik durumuna ilişkin gerekli

121 AYM, bu nitelikteki bir başvuruda, "...Başvurucu 29/4/2013 tarihli başvuru dilekçesinde adli yardım talebinde bulunmuş ve yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğuna dair fakirlik kağıdı kapsamında Diyarbakır 3. İdare Mahkemesince verilen adli yardım talebinin kabulüne dair 28/3/2011 tarihli ara karar başvuru formu ekinde ibraz edilmiştir. Bu belge ve karar kapsamında geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğu anlaşılan başvurunun, adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir" biçiminde karar vermiştir.(B.No: 2013/2738, K.T: 16/7/2014, § 34).

122 Şirin, s. 482.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

bilgi ve belgeler alınabilmektedir.

Yukarıda da vurgulandığı üzere Mahkemenin adli yardım talebinin kabul ya da reddine ilişkin verdiği karar işin esasına yönelik olmadığından bir “*ara karar*” niteliğindedir. Adli yardım konusunun, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinden önce ve bağımsız olarak ele alınması gerekmektedir¹²³. Bu talebin reddi ya da kabulünün farklı sonuçları bulunmakla birlikte her iki durumda da Mahkeme önündeki süreç tamamlanmış değildir. Kararın niteliğine göre sonuçlarının ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

a) Adli Yardım Talebinin Reddi

Başvurunun kabul edilebilirliği hakkında karar verecek olan Komisyon ya da Bölüm, başvurunun adli yardım talebini reddettiği takdirde, bunun nedenlerini kararında göstermesi gerekmektedir (HMK. m. 337/(1)). Yapılan incelemede adli yardım talebinin reddine karar verilmişse, başvurucuya İhtüzüğün 66/(1) maddesi uyarınca 15 (onbeş) günü aşmamak üzere verilen kesin süre içinde eksik olan harcı tamamlaması ihtarını içeren tebligat yapılmaktadır. Bu durumda başvurunun eksik olan başvuru harcını verilen kesin sürede yatırarak tamamlaması gerekecek, aksi takdirde İhtüzüğün 66/(2) maddesindeki kurala dayanılarak eksiklik nedeniyle başvurusu reddedilecektir¹²⁴.

Buna karşılık bazı durumlarda adli yardım talebi Mahkemece kabul görmemiş dahi olsa başvurunun reddine karar verilmesi söz konusu olmaz. Örneğin başvuru harcını yatırmış olmasına rağmen, ayrıca adli yardım talebi varsa başvuru harcı **bu harç dışında herhangi bir ödeme yapması** gerekmediğinden bu talep hakkında karar verilmesine yer olmadığına¹²⁵ ya da bu talebin reddine karar verilebilmektedir. Bu takdirde Mahkemece başvurunun kabul edilebilirlik ve gerekirse esasının incelenip karara bağlanması gerekir.

b) Adli Yardım Talebinin Kabulü ve Adli Yardımın Kapsamı

Adli yardım talebinin kabulüne karar veren Komisyon ya da duruma göre Bölüm, başvuru harcı ve diğer masrafları ödemekten geçici olarak muaf tutar. Adli yardımdan yararlandırılma kararı verilmesi üzerine başta başvuru harcı olmak üzere tüm yargılama giderleri ertelenir¹²⁶. Harcın

¹²³ AYM, B. No: 2012/1181, K.T: 17/9/2013, § 26.

¹²⁴ Atasoy, s. 65.

¹²⁵ AYM, B. No: 2013/906, 16/4/2013, § 21.

¹²⁶ Kural olarak adli yardım tüm yargılama giderleri ve harçlarına yönelik olabileceği gibi, kısmi nitelikte de olabilir. Bu yüzden adli yardım konusunu karara bağlayan birimin yaptığı inceleme neticesinde, başvurunun ekonomik durumuna göre kısmi bir adli yardım kararı da vermesi imkanı bulunmaktadır. Bu takdirde, kararda hangi miktar ve giderler için adli

ödenmesi, başvurunun koşullarından biri olması nedeniyle bu konudaki eksiklik hâlinde başvurunun idari yönden reddi gerekmesine rağmen adli yardım talebi kabul edildikten sonra başvurunun diğer yönleri itibarıyla incelenmesine geçilir. Bundan sonra başvurunun kabul edilebilirlik ve ardından da işin niteliği gerektiriyorsa esası Mahkemece değerlendirilmekte ve karara bağlanmaktadır.

Adli yardım talebinin kabulünün sağladığı harç ödemekten geçici muafiyet, AYM'nin bu konudaki nihai kararına dek başvurucaı harç ödemekten kurtarmaktadır. Buna karşılık adli yardım kararı ileriye dönük olarak hüküm ve sonuç doğurduğundan bu karar alınmadan önce başvurucaının yaptığı harç ödemesi ya da giderlerin geriye dönük olarak iadesi söz konusu olmaz.

4) Adli Yardım Koşullarında Değişiklik

Kural olarak verilen adli yardım kararı Mahkemenin bu başvuruya ilişkin nihai kararına kadar hüküm ve sonuç doğurur. Bu karar Mahkemece ortadan kaldırılmadığı sürece başvurucaı tarafından ödenmesi gerekli harç ve diğer masraflar talep edilmez. Ancak istisnai olarak Mahkemece verilen bu kararın değiştirilmesi gereğı ortaya çıkabilmektedir. Şöyle ki;

a) Sunulan Bilgi ve Belgelerin Gerçeğe Aykırı Olduğunun Ortaya Çıkması

Mahkemenin adli yardım talebinin kabulü ya da reddine yönelik verdiği kararlar kesin hüküm niteliği taşımasına rağmen bağlayıcı etkiye sahip kararlardır. Mahkemenin bu konudaki kararına itiraz imkânı bulunmamaktadır. Buna karşılık adli yardıma dair karar, şartlar farklılaştığında bu kararın kesin hüküm niteliği taşıması nedeniyle sonradan yeni duruma uygun olacak şekilde değiştirilmesi ya da kaldırılması mümkündür. Özellikle adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesine rağmen, başvuru dosyasındaki bilgiler ya da sunulan belgelerin gerçeğe aykırı olmasının başvurucaının ekonomik durumuna ilişkin yanlış algının oluşmasına ve bu kararın alınmasına yol açtığı sonucuna varılmışsa, bu da başvurucaının kusurundan kaynaklanmaktaysa adli yardım kararı, baştan itibaren hüküm doğuracak şekilde ortadan kaldırılabilir¹²⁷.

b) Başvurucaının Ekonomik Durumundaki İyileşme

Adli yardım talebi kabul edilen başvurucaının yargılamanın devamı süresinde ekonomik durumunda önemli bir iyileşmenin meydana geldiğinin tespit

yardıma hükmedildiğinin belirtilmesi gerekir (Akbal, s. 165).
127 Kılınç, s. 276.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

edilmesi durumunda da yine Mahkemenin önceki kararını geri alabilmesi imkânı bulunmalıdır. Yargılama süresinde başvurunun ekonomik durumundaki iyileşme hâlinde adli yardımdan yararlanma koşulları ortadan kalkmış olacaktır (HMK. m. 38/(1). Bu gerekçeyle adli yardım kararı kaldırılmışsa başvurunun ödemekten geçici olarak muaf tutulduğu başvuru harcı ve diğer giderleri, adli yardım talebinin reddi hâlinde olduğu gibi, bu konudaki kararın kendisine tebliğinden itibaren 15 günlük süre içinde ödemek zorundadır. Başvurunun bu kararın gereği olarak söz konusu harcı süresinde ilgili mercie yatırmaması hâlinde Mahkeme incelemeye devam etmeyerek başvuru hakkında duruma göre idari ret ya da kabul edilemezlik kararı verebilecektir.

Bu gibi durumlarda AYM tarafından adli yardım kararı geri alınmayıp incelemeye devam olunduğunda dahi şayet başvurunun bir temel hak ihlalinin bulunmadığı sonucuna varılacak olursa ertelenen harç ve giderlerin başvuru üzerine bırakılacağı da açıktır.

H. Adli Yardımın Sona Ermesi

1) Başvurunun Hükme Bağlanması

HMK'nın 339. maddesinde, *“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.*

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 ödemedi muaf tutulmasına karar verebilir.” hükmü yer almaktadır.

Nihai kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınmaktadır. Başvuruya ilişkin nihai kararda, başvurunun temel hakkının ihlal edildiğinin tespitine karar verilmişse, bütün giderler kamu üzerinde bırakılmaktadır¹²⁸. Dolayısıyla adli yardıma hükmedilen başvuruda, temel hak ihlali tespit edilmiş ve ihlale hükmedilmişse başvurunun harç ödemesi söz konusu olmayacaktır.

Başvurunun incelenmesinde herhangi bir hak ihlali tespit edilmemişse bazı istisnai durumlar dışında yargılama giderleri başvurunun üzerinde bırakılmaktadır. Bu nedenle başvurunun kabul edilemezlik kararıyla sonuçlanması, reddi ya da düşmesi, herhangi bir ihlal bulunmadığının tespiti arasında fark

128 AYM, B.No: 2014/2275, K.T: 23/7/2014.

bulunmamaktadır¹²⁹. Kural olarak bu giderlerin defaten ödenmesi gerekir. Buna karşılık Mahkemece yapılan değerlendirmede adli yardım kararından dolayı Devletçe ödenen veya muaf tutulan yargılama giderlerinin tahsilinin, adli yardımdan yararlananın mağduriyetine neden olacağı anlaşılırsa, hükümde başvurucunun tamamen veya kısmen bunları ödemediği muaf tutulmasına (HMK. m. 339/2) ya da en çok bir yıl içinde aylık eşit taksitler hâlinde tahsil edilmesine de karar verilebilmektedir (HMK. m. 339/1).

Uygulamada adli yardımdan yararlanan başvurucunun bireysel başvurusu kabul edilemezlik, düşme ya da ihlalin olmadığı tespit ile sonuçlandırıldığında ve yargılama giderlerinin başvuru üzerine bırakılmasına karar verilmişse, karar örneği bir müzekkere ile birlikte Maliye'ye gönderilmektedir. Adli yardım kararı nedeniyle alınmayan harç ve varsa diğer yargılama giderlerinin tahsilât işlemleri Maliye tarafından gerçekleştirilmektedir.

2) Gerçek Kişi Başvurucunun Ölümü

Adli yardım kararı kişisel nitelikte olup, bu karardan ancak kendi lehine karar verilen kişi yararlanabilir. Adli yardımdan yararlanan kişinin mirasçıları, cüzi halefleri ya da dosyasında birleştirme kararı verilen diğer dava arkadaşları bakımından hüküm doğurmaz. Aynı şekilde, adli yardım kararı hangi başvuruya ilişkin olarak hükmedilmişse yalnızca o başvuruya özgü olarak hüküm ifade eder. Bu nedenle hükmolunan adli yardım kararı, başvurucunun birleştirme kararı verilmiş bile olsa başka başvuruları bakımından geçerli değildir¹³⁰.

Adli yardımın kişisel nitelikte olması nedeniyle gerçek kişi başvurucunun bireysel başvurusuna ilişkin incelemenin henüz sonuçlanmadığı bir aşamada ölmüş olması hâlinde, adli yardım kararı hükümsüz kalmakta ve adli yardım kendiliğinden sona ermektedir. Aynı şekilde gerçek kişilerde ölümle aynı sonuçlar bağlanmış olan gaiplik kararının kesinleşmesi (TMK m. 35) ve ölüm karinesi içinde kaybolma (TMK m. 31) durumları da aynı hüküm ve sonuçları doğurur.

Başvurucunun ölümünden sonra başvurunun konusunun, ölenin kişiliğiyle sıkı ilişki içinde olmaması ve incelemeye devam edilmesinde mirasçıların meşru bir menfaatinin özellikle de miras haklarına yönelik doğrudan bir etkinin bulunması durumunda başvuru hakkında düşme kararı verilmeyip incelemeye devam olunabilir. Bu takdirde, mirasçıların başvurucunun yerini alması ve bireysel başvuruyu bu sıfatla takip edebilmeleri mümkündür. Ancak burada başvurunun kişiliğine bağlı olarak hükmolunmuş olan adli

129 AYM, B. No: 2013/1977, 9/1/2014, § 32.

130 Akbal, s. 167.

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

yardım kararı kendiliğinden ortadan kalkmış olacağından başvuruyu devam ettirecek olan mirasçılarının bu karardan yararlanmaları söz konusu değildir. Murislerinden geçici olarak tahsil edilmemiş olan başvuru harcını ödemeleri gerekecektir.

Buna karşılık başvurucunun ölümünden sonra bu kişinin mirasçılarınca herhangi bir istemde bulunulmamasına rağmen Mahkemece, Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kıldığı hâllerde incelemeye devam edilmesi mümkündür (İçtüzük m. 80/2). Bu gibi bir durum söz konusu olduğunda elbette adli yardım kararının hükümsüz hâle geldiğinden bahisle mirasçı ya da başkasından harç ya da yargılama giderlerini ödemesi istenemez.

3) Tüzel Kişiliğin Sona Ermesi

Tüzel kişiliğin sona ermesiyle birlikte bireysel başvuru ehliyeti ortadan kalktığı gibi bu kişiler hakkında hükümlenmiş olan adli yardım kararı kendiliğinden hükümsüz hâle gelmektedir. Prensip itibarıyla gerçek kişilerin ölümüne bağlı sonuçlar tüzel kişiliğin sona ermesi bakımından da geçerli olur¹³¹

Buna karşılık tüzel kişiliğin Mahkeme önündeki bireysel başvurusuna dair inceleme sonuçlanmadan önce sona ermesi durumunda davanın koşullarına göre eski idareci veya üyelerinin, hatta devir ya da malvarlığının temlikî söz konusu ise bu tüzel kişiliğin başvuruyu sürdürebilmesi mümkün olmalıdır. Özellikle başvurunun konusunun mülkiyet hakkı temelli olması halinde, şikâyeteye dair incelemenin devamında bu kişiler yönünden önemli bir menfaat söz konusu olabilir¹³². Dolayısıyla adli yardımdan yararlandırılan tüzel kişilik tarafından bu karara dayanarak ödenmemiş olan başvuru harcı ve diğer giderlerin onun yerine başvuruyu takip eden kişiler tarafından ödenmesi gerekir. Dolayısıyla incelemenin kaldığı yerden devam edilebilmesi için bu konudaki bildirimden itibaren verilen süre içinde söz konusu harç ve giderlerin Maliye Veznesine yatırılması gerekecektir.

SONUÇ

Temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla hukuk sistemine dâhil edilmiş olan bireysel başvuru hakkının kullanımının harca bağlanması ve belli masraflar gerektirmesi, ekonomik olarak zayıf ve güçsüz durumda bulunan kişiler için erişim bakımından belli oranda engel oluşturduğu kuşkusuzdur. Toplumu oluşturan kişilerden ekonomik olarak güçlü olanların olduğu ka-

131 Şirin, s. 253.

132 Şirin, s. 253.

dar, yoksul olanların da birey olarak varlıklarının tanınması, saygı duyulması, devlet organları karşısında dikkate alınması ve saygı gösterilmesini talep hakları bulunmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından önemli bir işleve sahip olan bireysel başvuru yolunun, başvuruculara harç ya da başka herhangi bir masraf ödenmeksizin açık olmasının bu yolun niteliği bakımından en ideali olduğu bir gerçektir. Ne var ki, bu durumun ortaya çıkarabileceği başvuru enflasyonunun engellenmesi amacı, artan ağır iş yükü nedeniyle kurumun işlevini yitirme tehlikesinin önlenmesi ve yargılama giderlerinin devlet bütçesi üzerinde ciddi bir yük oluşturmaya gibi gerekçelerle bireysel başvuru için harç alınması bir ölçüde makul görülebilmektedir. Bu durumda, ekonomik açıdan güçsüz durumda bulunan kişiler açısından bu yolun soyut ve erişilemeyen, yalnızca ekonomik açıdan belli düzeyin üzerindeki bireylerin kullanabileceği bir mekanizma olduğu yönünde eleştirilerin ve algının ortaya çıkabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

Ekonomik açıdan güçsüz durumda bulunan kişilerin de temel hak ve özgürlüklerinin korunması bağlamında, maruz kaldıkları kamu gücünün temel hak ihlali iddialarını Anayasa Mahkemesi önüne taşıyabilmeleri, bu konuda karşılaşılabilecekleri engellerin ortadan kaldırılması ve erişim imkânlarının sağlanması sosyal hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle söz konusu kişilere adli yardım sağlanması insan haklarının korunması sorunu olarak ele alınmak durumundadır.

Adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından birinin adalete erişim olduğu göz önünde tutulduğunda, bireyler bakımından kanun önünde eşitlik ve eşit hukuksal korumadan yararlanma imkânının temin edilmesi ekonomik açıdan yetersiz olan kişilere adli yardım sağlanmasını zorunlu kılmaktadır. Başvurucuların bu konudaki talepleri değerlendirilirken özellikle ekonomik durumu itibarıyla harç ödeme gücünden yoksunluk meselesinin ispatı açısından başvuru lehine yorum prensibi benimsenmelidir. Başvuru harcının önemsiz başvuruların Mahkemeye taşınması ve aşırı iş yükünün engellenmesi amacı meşru görülebilirse de ekonomik açıdan güçsüz bireyler bakımından adalete erişim hakkını ortadan kaldıracabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Adalete erişimin esaslı güvencelerinden olan adli yardım kurumunun düzenli biçimde uygulanıp ona işlerlik kazandırılmasıyla, anayasal güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkının teoride kalmasının önüne geçilmiş olacaktır. Aksi yaklaşım bireylerin hukuk yoluyla hak aramalarına engel teşkil edeceğinden demokratik hukuk devleti prensibiyle de uyumlu değildir.

KAYNAKÇA

AKBAL, Mehmet, “Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım”, <http://tbb-dergisi.barobirlik.org.tr/m2011-93-691>

AKINCI, Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008

ALDEMİR, Hüsnü, Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2012

ALTAN, Alparlan, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, TBB Yayınları, Ankara, 2011

ARSLANER, Hakan/ŞEKERCİ, Demet, “Türkiye’de Adalet Hizmetlerinin Niteliği ve Bu Hizmetlerin Bütçe Üzerindeki Yükü”, Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1

ATASOY, Hakan, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesinde Bireysel Başvurunun Kabul Edilebilirlik Koşulları, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, (Yayımlanmamış Doktora Tezi)

ÇELİK, Abdullah, “Bireysel Başvuru Kapsamında Adli Yardım”, Bireysel Başvuru İncelemeleri 1, Editörler: Musa Sağlam, Serdar Güleler, Recep Kaplan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013

ÇOBAN, Ali Rıza, “Bireysel Başvuru: Türk Anayasa Mahkemesi İçin Ağır İş Yükü Sorunu”, AİHM ve Türkiye-II Anayasa Şikayeti ve AİHM, TAA Yayınları, Ankara, 2012

ÇOBAN, Ali Rıza, “Yeni Anayasa Mahkemesi Kanununun Mahkemenin İş Yüküne Etkisi Açısından Değerlendirilmesi”, Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti), HUKAB Yayınları, Ankara, 2011

EKİNCİ, Hüseyin, “Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü”, Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), HUKAB Yayınları, Ankara, 2011

EKİNCİ, Hüseyin, “Kabul Edilebilirlik Kriterleri”, Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi) Editör: Musa Sağlam, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013

EKİNCİ, Hüseyin/SAĞLAM, Musa, Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, AYM Yayınları, Ankara, 2014

ELVERİŞ, İdil/KUTUCU, Serçin/YAŞAR, İmmihan “Türkiye’de Adli Yardım Sisteminin Değerlendirilmesi”, Türkiye’de Adli Yardım Karşılaştırmalı İnceleme ve Politikalar, (Editör: İdil Elveriş), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları,

Şubat, 2005

ERDAL, Uğur/BAKIRCI, Hasan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi Uygulama El Kitabı, (Dizi Editörü: Boris Wijkström, OMCT, Genevre, 2006

HARUTYUNYAN, Gadik/NUSSBERGER, Angelika/PACZOLAY, Peter, "Study on Individual Access to Constitutional Justice", Adopted by the Venice Commission at its 85 th Plenary Session, (Venice, 17-18 December 2010), s. 33 ([http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfid=CDL-AD\(2010\)039rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfid=CDL-AD(2010)039rev-e))

İNANICI, Haluk "Uluslararası Gelismeler Işığında Adli Müzaheret", s. 11, http://inanici-tekcan.av.tr/pdf/adli_muzaharet.pdf (erişim tarihi: 8/11/2014).

İNCEOĞLU, Sibel, "Adil Yargılanma Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Editör: Sibel İnceoğlu), Ankara, Avrupa Konseyi, Ankara 2013

KARAMAN, Ebru, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, XII Levha, İstanbul, 2013

KILIÇ Ayşe, Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım, Adalet, Ankara, 2013

MİCHELMAN, Frank I. "The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right To Protect One's Rights", Duke Law Journal, Vol. 1974, August, Number 3, 527

ÖNCÜ, Mehmet, AİHM'nde Usul İncelemesi ve "Dördüncü Derece Türünden Şikâyetler", Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Ankara, 2012

ÖZBEY, Özcan, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013

ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara, Yetkin, 2003

PEKCANITEZ, Hakan, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2000

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Bası, Ankara, 2011

POSTACIOĞLU, İlhan E., Medenî Usul Hukuku Dersleri, İÜHF Yayınları, 6. Bası, İstanbul, 1975

ŞİRİN, Tolga, Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013

H. İkinci: Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım

TERCAN Erdal/ RÜZGARESEN, Cumhuriyet “Harçlar Kanunu m. 28/a ve m. 32’nin Mahkeme Kararları ve Yeni Kanuni Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi”, EÜHFD, C. XIV, S. 1-2 (2010)

UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014

Dr. Selami ER

(Anayasa Mahkemesi Raportörü)

BİREYSEL BAŞVURU İNCELEMESİNDE MÜLKİYET HAKKI

ÖZET

2010 Anayasa değişikliği ile bireylere Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı verilmiştir. Mahkeme 23/9/2012 tarihinden itibaren başvuruları kabul etmeye başlamıştır. Mülkiyet hakkı AİHM'ne ve Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurulara konu olabilen tek ekonomik nitelikli haktır. Mülkiyet hakkı, mutlak bir hak olmayıp, Anayasa ve Sözleşmede benzer şekilde düzenlenen koşullarda devletin müdahalesine konu olabilmektedir. Bireysel başvuruda mülkiyet hakkına yönelik şikâyetler, öncelikle kişi, konu ve zaman bakımından yetki ile başvuru yollarının tüketilmesi gibi kabul edilebilirlik koşulları kapsamında incelenmektedir. Mahkemenin konu bakımından yetkiyi ve hakkın konusu objeleri belirleme konusunda henüz erken bir aşamada olduğu, ancak AİHM içtihadıyla uyumlu olarak bu alanda belirlemeleri yapacağı gözlemlenmektedir. Mahkeme, esas yönünden yine Anayasa ve Sözleşme hükümlerine dayanarak mülkiyet hakkına yönelik bir müdahaleyi kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük veya orantılılık sıralaması ile incelemektedir. Mülkiyet hakkının doğası ve başvuruçuların taleplerinin tazminat konusunda yoğunlaşması nedenleriyle daha çok ölçülülük ilkesine dayanılarak ihlale ve başvuruçulara tazminat ödenmesine karar verilmektedir. Mahkemenin kanunilik ilkesi yönünden verdiği ihlal kararları, Mahkemenin hakkın koruma güvencelerini geniş yorumladığını göstermektedir. Bununla birlikte, Mahkemenin başvuruçular lehine verdiği kararlar, Ülkemizin birikmiş mülkiyet sorunlarına Mahkemenin bir ölçüde çözüm olması beklentisini de arttırmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER

Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi, Mülkiyet Hakkı, AİHM

THE PROPERTY RIGHT IN INDIVIDUAL APPLICATION REVIEW

SUMMARY

By means of the Constitutional amendment in 2010, individuals were granted the right to file individual applications to the Constitutional Court. The Court started to accept the applications as from 23/9/2012. The property right is the sole right of economic nature which can be the subject matter of the individual applications lodged to the ECtHR and the Constitutional Court. The property right, not being an absolute right, can constitute a subject matter for state intervention under the conditions set out in the Constitution and the Convention in a similar way. The complaints regarding the property right in the individual application are reviewed under admissibility conditions such as primarily jurisdiction *ratione personae*, jurisdiction *ratione materiae* and jurisdiction *ratione temporis*, and exhaustion of remedies. It is observed that the Court is still at an early stage concerning determination of the objects of the right and jurisdiction *ratione materiae*, yet, it will carry out the determinations in this area in compliance with the case-law of the ECtHR. The Court, again relying on the provisions of the Constitution and the Convention, reviews on the merits an intervention aimed at the property right in order of legality, legitimate aim and proportionality. Due to the nature of the property right and the applicants' demands getting stronger in respect of compensation, mostly judgments of violation and award of damages to the applicants are rendered pursuant to the principle of proportionality. The judgments of violation which the Court renders in terms of the principle of legality indicate that the Court interprets the protection guarantees of the right extensively. Besides, the judgments which the Court renders in favour of the applicants also increase the expectation that the Court will be a solution to some extent for the accumulated property problems of our country.

KEY WORDS

Individual Application, the Constitutional Court, Right to Property, the European Court of Human Rights

1. GİRİŞ

Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkıyla ilgili olarak maddede gerekçesinde mülkiyet hakkı devletten önce var olan bir gerçek şeklinde ifade edilmiştir. Gerçekten de bir malı sahiplenme şeklinde en iptidai anlamda mülkiyetin insanoğlunun var olduğu günden beri var olduğunu söylemek yanlış bir önerme olmayacaktır.

Mülkiyet hakkı, hayat, özgürlük ve güvenlik hakkı gibi temel haklar arasında sayılmakta ve bu hakka yapılan müdahalelerin çokluğu nedeniyle Anayasalar ve uluslararası sözleşmelerce güvence altına alınmaktadır. Mülkiyet hakkını güvence altına alan uluslararası sözleşmelerden ülkemiz açısından en önemlisi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir (Sözleşme).

Cumhuriyet Anayasalarının hepsinde mülkiyet hakkına yer verilmiştir. 1924 Anayasası'nda hakların topluca sayıldığı 70 ve 71. maddelerinde mülkiyet hakkına yer verilirken, 1961 Anayasasının sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler bölümünde mülkiyet hakkı ayrı bir maddede düzenlenmiş, 1982 Anayasasında ise 1961 Anayasasında düzenlenen mülkiyet hakkıyla birebir aynı ifadelerle yer verilmiş, ancak bu defa kişinin hakları ve ödevleri bölümüne alınmıştır.

Daha önce sadece iptal ve itiraz davaları yoluyla Anayasa Mahkemesinin inceleme alanına giren mülkiyet hakkının 2010 Anayasa değişikliği ile kişilere bireysel başvuru hakkının verilmesiyle Anayasa Mahkemesince (Mahkeme) somut davalar ve bu davaların özellikleriyle birlikte tartışılması mümkün hâle gelmiştir.

Çalışmada mülkiyet hakkının Anayasa ve Sözleşmede kabulü ve gelişimi kısaca ele alınarak hakkın kapsamı ve kabul edilemezlik kararları ile hakkın koruma alanı, yapılan bireysel başvurularda Mahkemenin bu konuda verdiği kararlar ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları çerçevesinde karşılaştırılarak incelenecektir.

Ne var ki mülkiyet hakkının doğası, Sözleşmeye ek (1) numaralı protokolün düzenlendiği yılların ekonomik, sosyal ve siyasi koşulları nedeniyle Sözleşmede oldukça muğlak bir şekilde düzenlenmesi ile kadastro çalışmalarının önemli bir kısmının 2000'li yıllarda yapılması ve kanunların sürekli değiştirilmesi gibi sebeplere bağlı birikmiş mülkiyet sorunları bulunan ülkemizde koruma alanıyla ilgili problemleri çözmenin kolay olmadığı söylenebilir.

Çalışmada daha sonra bireysel başvuruda mülkiyet hakkına yönelik şikâyetleri Mahkemenin inceleme yöntemi, esastan incelenen kararlar ve bu kararların sonuçları özellikle Mahkeme bir kısmı oy çokluğu ile alınan tazminat kararları çerçevesinde yine AİHM kararları ile karşılaştırılarak incelenecektir.

Ülkemizde mülkiyete ilişkin karmaşık düzenlemelerin ve mülkiyet sorunlarının bulunduğu, mülkiyet hakkı kapsamında hak ihlallerinin yoğun yaşandığı göz önünde bulundurulduğunda bireysel başvuru, mülkiyet hakkı yönünden ayrıca önem kazanmakta ve Mahkemenin bireysel başvuru incelemesinde, haklar yönünden yaptığı incelemenin görev ve yetkisi kapsamında bu sorunların hiç değilse bir kısmını çözüme kavuşturması beklentisini artırmaktadır.

2. MÜLKİYET HAKKININ GELİŞİMİ, ANAYASA VE SÖZLEŞMEDE MÜLKİYET HAKKI

İnsanlığın gelişimine paralel olarak ülkelerin kralın mülkü kabul edildiği devirlerden serbest piyasa ekonomisinin benimsendiği günümüze kadar mülkiyet kavramının içeriği, mülkiyete bağlı haklar ve uyumsuzluklar ile bu hakların korunması ve uyumsuzlukların çözümü önemli değişimler geçirmiştir. Mülkiyet hakkı, bu günün dünyasında gelişmiş, modern ülkelere egemen olan liberal düşünce tarafından hayat, özgürlük ve güvenlik gibi temel ve doğuştan kazanılan haklar arasında kabul edilmektedir. Nitekim Hayek'e göre özel mülkiyet ve bu özel mülkiyeti düzenleyen kurallar, modern toplumun belkemiğini oluşturan temel değerlerden olup, modern toplumun sağlıklı bir şekilde, düzen ve barış içinde sürdürülebilmesi için özel mülkiyet ve bunu düzenleyen kuralların bulunması gerekmektedir.¹

Mülkiyet hakkının korunması yönündeki çabaların temel nedeni bu hakka yapılan müdahalelerin fazlalığı ve yoğunluğudur. Devletler uygulayacakları politikaların ve reformların hayata geçirilmesi için kaynak ihtiyacı duyarlar ve birer işletme olmadıklarından bunu vatandaşlarından sağlarlar. Bunun yanında politikaların uygulanabilmesi için bazen belli düzenlemeler yaparak hakların kullanımını kontrol edebilir veya sınırlandırabilir. Mülkiyet hakkına yapılan müdahaleleri Raz'ın özerk temelli özgürlük teorisinden yola çıkılarak kurma ya da oluşturma, sürdürme ve geliştirme amacı taşımakta olup temel olarak vergilendirme, mülkiyeti kamulaştırma gibi bir sebeple devralma ve mülkiyetin kullanımını kontrol etme şeklinde üç farklı müdahale biçimine ayırmak mümkündür.²

Bu müdahalelerin karşısında bireyleri koruyabilmek için temel haklarla ilgili birçok belgede mülkiyet hakkına yer verilmektedir. Bu belgelerden ilki olarak kabul edilen Magna Carta Libertatum'da hayat ve özgürlük haklarının yanında kralın istediği gibi vergi salamayacağı ve tacirlerin serbestçe ticaret

1 Eamonn Butler, Hayek, İberte Yayınları, Çev: Yusuf Ziya Çelikkaya, Ankara, 2001, s.53-54

2 Çoban, Ali Rıza, Protection Of Property Rights Within The European Convention Of Human Rights, Ashgate, Aldershot, England, 2004, s.80

yapabileceği şeklinde ekonomik haklara yer verilmiş ve bunların korunması için kralın verdiği garantinin yanında bir Baronlar Meclisi kurulması öngörülmüştür. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Evrensel Bildirgesinin 17. maddesinde herkesin mal ve mülk edinme hakkı olduğu ve kimsenin mal ve mülkünden keyfi biçimde yoksun bırakılamayacağı hükmü yer almıştır.³ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının ise II-77. maddesinde mülkiyet hakkı temel haklar arasında kabul edilmiştir.⁴

Günümüzde mülkiyet hakkı, özel hukuk, idare hukuku, anayasa hukuku ve uluslararası hukukun kapsamında olan bir hak görünümündedir. Bu alanlarda mülkiyet hakkına yönelik çalışmaların bütün olarak ele alınması, belirlenen ilke ve yaklaşımların ortak biçimde kullanılması ve insan hakları bakış açısıyla hakkın sağladığı güvence ve koruma ışığında değerlendirme yapması gerektiği ifade edilmektedir.⁵

Bir ülkede liberal hukuk sisteminin kabul edilip edilmediği o devlette mülkiyet ve miras hakları ile sözleşme hürriyetinin var olup olmadığına bakılarak belirlenmektedir. Bu haklar Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan yaşama, maddi ve manevi bütünlüğünü koruma ve geliştirmenin bir anlamda garantisini olarak kabul edilmektedir.⁶ Bu husus Alman doktrininde "mülkiyet, diğer bütün hürriyetlerin de temelini teşkil eder" şeklinde kabul edilmektedir.⁷

Nitekim 1950 yılında kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hazırlık sürecinde de mülkiyet hakkının Sözleşmede yer alması tartışılmış, ancak üzerinde anlaşma sağlanamadığından Sözleşme'nin ilk metninde mülkiyet hakkına yer verilmemiştir. Bunun biri ideolojik diğeri günün koşullarında uygulamaya yönelik pratik diyebileceğimiz iki temel nedeni bulunmaktadır.

İlk neden, Sözleşme'nin hazırlık süreci Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinde ülkeleri temsil eden bakanların ve iktidarda olan siyasi partilerin ideolojik görüş farklılığından ileri gelmiştir. Bahsedilen dönemde Sözleşmeye taraf olacak ve hazırlık sürecinde yer alan ülkelerden bir kısmında sosyal demokrat partiler iktidarda iken bir kısmında Hristiyan demokrat partiler iktidarda olup, ilk gruptakiler mülkiyet hakkını sosyal ve ekonomik içerikli bir

3 Bkz., Aktan, Coşkun Can ve Diğerleri, Haklar ve Özgürlükler Antolojisi, Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu Yayınları, 2 Baskı, Ankara 2003, s.160

4 AB Resmi web sayfası, http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_establishing_a_constitution_for_europe/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_en.pdf, (4/1/2014)

5 Bkz., Altan, Alparslan, Mülkiyet Hakkı, Güvencesi ve Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008, s.1-69

6 Başpınar, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Akademi hukuk Bürosu Yayınları, Ankara, 1998, s. 13-15

7 Mangoldt, H., Klein, F., Das Bonner Grundgezets, Bd. 1, München 1999, s.1634, Aktaran: Başpınar, Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal eden Müdahaleler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 65-66

hak olarak kabul ederken diğerleri kişinin temel haklarından kabul etmekte idiler. Bu dönemde Sözleşme'nin hazırlık sürecinde bulunan ülkelerin anayasalarında mülkiyet hakkının ele alınışında kaynaklanan farklılıklar da ortak bir metin üzerinde uzlaşılmasını güçleştirmiştir.⁸

İkinci neden ise Sözleşme'nin hazırlık sürecinin 2. Dünya Savaşı sonrası yıllara denk gelmesidir. Bu dönemde savaş sonrası tamamen tahrip olmuş ve yıkılmış şehirlerin yeniden imar çalışmaları ve ciddi bunalımlara maruz kalmış ekonomilerin tekrar ayağa kaldırılması gerektiğinden devletler, müdahaleci ve aktif politikalar sürdürmek istemişlerdir. Sözleşme'nin hazırlık süreci incelendiğinde, çok sayıda ülkenin mülkiyet hakkının Sözleşmeye dâhil edilmesini istemediği ve direndiği görülmektedir. Bunun sonucu olarak 1950 tarihli Sözleşmede mülkiyet hakkına yer verilmemiş, daha sonra 20/3/1952 tarihinde imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (Sözleşme) ek (1) numaralı protokolün kabulüyle koruma yönü zayıf ve muğlâk bir metin üzerinde ülkelerin anlaşabilmesi mümkün olmuştur.⁹ Uzlaşılan ve bugün geçerli olan metinde devletlere mülkiyet hakkına müdahalede geniş bir takdir yetkisi verilirken tazminat yükümlülüğü metinde yer almamaktadır.

Sözleşmenin ekonomik nitelikli tek hakkı olarak mülkiyet hakkı da korunan haklar arasında yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran ve hakları korumak bakımından daha güvenceli konuma getiren faktör, AİHS'nin ayrı bir uluslararası yargı organı tarafından verilen kararlara konu olarak haklara yargısal güvence vermesidir.

Sözleşmeye ek 1 numaralı protokolün 1. maddesinde mülkiyet hakkı;

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi ni isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasa da öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez." şeklinde belirlenmiştir. Düzenlemede dikkati çeken ilk nokta mülkünden mahrum bırakılma sonucunda tazminat ödenmesinin kesin bir kurala bağlanmaması ve devletlere kamu yararı şeklinde kişileri mülkiyetten yoksun bırakmak için geniş bir takdir yetkisi verilmesidir. Ayrıca

8 Geniş bilgi için bkz. Draft European Convention on Human Rights, European Movement, Travaux, Vol:1 Appendix p.296, Aktaran: Çoban, Ali Rıza, Protection Of Property Rights Within The European Convention Of Human Rights, s.127-142

9 Bayar, Oya, "Mülkiyet Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ed.: Sibel İnceoğlu, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s.495

mülkiyetin kullanılmasını düzenleme ile vergi ve başka katkıların veya para cezalarının ödenmesi konusunda devletlerin zaten geniş olan takdir yetkisi daha da genişletilmiştir.

Mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki ilk karar 1982 yılında verilen Sporrongve Lönnroth/İsveç(B.No.7151/75) kararıdır. Bununla birlikte AİHM bu tarihten sonra içtihat yolu ile Sözleşme metninde yer alan güvenceleri geniş yorumlayarak mülkiyet hakkının kapsamını genişletmiştir.

Ülkemizde ise 1924 Anayasasının “Türklerin hukuku âmmesi” bölümünde 70 ve 71. maddelerinde haklar topluca sayılmış ve bu haklara dokunulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrı bir başlık altında mülkiyet hakkından bahsedilmese de 1924 Anayasasında çalışma, mülk edinme, malını ve hakkını kullanma, ortaklık kurma gibi mülkiyet hakkı kapsamında haklara yer verilmiştir. 1924 Anayasasında yer alan düzenleme, o günün dünyasına hâkim olan liberal dünya görüşüne ve Anayasacılık hareketlerinin yeterince gelişmediği, hakların bu günkü gibi detaylı bir biçimde anayasalarda korunma altına alınmadığı günün koşullarına uygun bir düzenlemedir.

1961 Anayasasının 36. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, 1982 Anayasasında düzenlenen mülkiyet hakkıyla birebir aynı ifadelere yer vermekte ise de, 1961 Anayasasının temel haklar ve ödevler kısmının sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler bölümünde yer alan mülkiyet hakkı, 1982 Anayasasının yine temel haklar ve ödevler kısmında, ancak kişinin hakları ve ödevleri bölümünde yer almıştır. Böylece 1982 Anayasası mülkiyet hakkını liberal hukuk görüşündeki yerine, yani kişiye bağlı haklar arasına alarak daha güvenceli bir konuma yükseltmiştir.

1961 Anayasası, İkinci Dünya Savaşı sonrası sosyal ve refah devleti görüşünün hâkim olduğu bir dönemde kaleme alınmıştır. O dönemde mülkiyetin sosyal teorisi benimsenmekte ve mülkiyetin sosyal ve ekonomik yönü ağır basan bir hak olduğu kabul edilmekte idi.¹⁰ Bu düşüncenin 1980’li yıllara doğru değişmesine paralel olarak 1982 Anayasasında bahsedilen değişiklik gerçekleştirilmiştir.

1982 Anayasasının 35. maddesinde ise mülkiyet hakkı;

“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” şeklinde belirlenmiştir.

10 Geniş bilgi için bkz. Çoban, Ali Rıza, “The Right to Property in the Turkish Constitutional Law”, Staatliche Finanzmarktregulierung und Eigentumsschutz, Ed: Otto Depenheuer, Lit Verlag, Berlin, 2010, s..108-109

Haşim Kılıç'a Armağan

Anayasa Mahkemesi klasik bir tanımla mülkiyet hakkını hak sahibine tanıdığı yetkiler yönüyle tanımlamakta ve hakkın sınırsız, bir diğer ifade ile mutlak bir hak olmadığını ifade etmektedir.¹¹ Mahkemenin mülkiyet hakkını sınırlama ile ilgili olarak kararın devamında sosyal yapıdan bahsetmesi, karar tarihi itibarıyla 1961 Anayasası'nın mantığının sürdürüldüğüne de işaret etmekte ve mülkiyet hakkını kişi hakları arasına alan 1982 Anayasasının mantığı ile çalışmaktadır. 1982 Anayasasının hazırlık çalışmalarında Danışma Kurulu toplantılarında da benzer düşüncelerin tartışıldığı görülmektedir.¹²

1982 Anayasası ve Sözleşme karşılaştırıldığında; her iki düzenlemenin de devleti/devletleri muhatap aldığını ifade etmek gerekmektedir. Dolayısıyla devletin herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu gerçeği ile işlem ve eylemlerde bulunması, mülkiyet hakkını sınırlamak gerektiğinde bunu hangi koşullara uyarak gerçekleştireceği anlatılmaktadır.

Her iki düzenleme de üç kural ihtiva etmektedir. Her iki düzenlemenin de ilk cümleleri herkese mülkiyet hakkını tanımaktadır. Ne var ki Anayasa "herkes mülkiyet hakkına sahiptir" diyerek geniş bir koruma sağlarken, Sözleşme herkese mülkünden barışçıl bir şekilde yararlanma hakkı vermektedir. Sözleşme'nin bu zayıf ifade biçimine rağmen AİHM tarafından yorum ve içtihat yoluyla Sözleşme'nin mülkiyet hakkı güvenceleri zamanla geliştirilmiştir.

Her iki düzenlemenin de ilk cümleleri mülkiyetten müdahalesiz olarak yararlanma hakkını belirlediklerinden normatif yapılarından hareketle pozitif yükümlülükler bağlamında tali kaynak olarak değerlendirilebilirler.¹³ Anayasa'nın 35. maddesindeki hüküm, Anayasa'nın 5. maddesindeki kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan engelleri kaldırmayı ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı hukuk devletinin gereği olarak kabul eden hükümle beraber okunduğunda mülkiyet hakkı yönünden devlete daha net pozitif yükümlülük çıkartılabilir.

Düzenlemelerin ikinci cümleleri ise devlete negatif yükümlülükler getirerek kişilere ait mülkiyetin hangi koşullarla sınırlandırılabilceğini ya da kişilerin hangi koşullarda mülkünden yoksun bırakılabileceğini hüküm altına almaktadır. Buna göre mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla belirlenmiş koşullara sınırlandırılabilir. Sözleşme bu hususlara ek olarak uluslararası hukukun genel ilkelerine uygunluğu da şart olarak saymaktadır.

11 AYM, E.1988/34, K.1989/26, K.T. 21/6/1989

12 Bkz., Şimşek, Suat, Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Maliye Bakanlığı Yayınları, Yayın No: 2011/412, Ankara, 2011., s.232-242 ve TBMM Resmi web Sayfası, Danışma Meclisi tutanakları, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c010/dm_02010154.pdf, (05/01/2015)

13 Gemalmaz, Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 417-418

Bununla birlikte düzenlemelerin üçüncü kuralları ise mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da düzenlenmesine ilişkindir. Anayasa'nın 35. maddesinin son fıkrası mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamaya çağış şeklinde hakkın kullanımına ilişkin genel bir ilkeye yer verirken, protokolün birinci maddesinin ikinci fıkrası devletlere mülkiyeti kamu yararına düzenleme ile vergiler ve diğer katkılar ile cezaların tahsili konusunda gerekli gördükleri yasaları uygulama konusundaki haklarını saklı tutarak bu durumun mülkiyet hakkı kapsamına girmediği belirtilmektedir. Bununla beraber Anayasa'nın birçok maddesinin ilgili olduğu hususta devlete düzenleme yetkisi verdiği de göz ardı edilmemelidir.

3. BİREYSEL BAŞVURU İNCEMESİNDE KABUL EDİLEMEZLİK KARARLARI VE MÜLKİYET HAKKININ KAPSAMI

2010 Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 148. maddesine eklenen 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. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.” denilerek Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma imkânı tanınmıştır.

6216sayılıAnayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanundaise bireysel başvuru hakkı 45. maddesinin (1) numaralı 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 düzenlenmiştir. 6216 sayılı Kanun, Anayasada belirtilen Sözleşmeye ilave olarak ek protokolleri de bireysel başvuru kapsamına almıştır. Ek protokollerin de Sözleşme'nin bir parçası olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu genişletici düzenlemenin aslında Anayasa koyucu tarafından Anayasa yapım sürecinde kabul edilen kapsamı daha belirgin hâle getirdiği söylenebilir. Nitekim bu konu ciddi bir tartışma konusu olmamıştır.

Düzenlemeler incelendiğinde bireylere tanınan bireysel başvuru hakkının Anayasada yer alan tüm hakları kapsamadığı açıkça görülmektedir. Anayasa koyucu bireysel başvuruyu Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerden Sözleşmede (eki protokoller dâhil) olanlar ile sınırlamıştır. Dolayısıyla bir hakkın bireysel başvuruya konu olabilmesi için bu hakkın hem Anayasada ve

hem de sözleşmede yer alması gerekmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de 2012/1049 sayılı bireysel başvuru kararında bu konu şu şekilde açıklanmıştır (p.18):

“...yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa’da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir.”

Bireysel başvuru konusu haklar, Anayasa ve 6216 sayılı Kanunun açık hükmü gereği Anayasa ve Sözleşmede çakışan haklardır. Bu hakların kapsamının (içeriğinin) belirlenmesi ise bu kadar açık değildir. Anayasa’nın koruma alanının doğası gereği bir uluslararası sözleşmeye göre daha geniş olduğu gözetildiğinde, mevcut düzenlemelere göre daha dar olan Sözleşme’nin koruma alanının bireysel başvuru konusu haklarda hakkın kapsamının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği söylenebilir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin durum ve koşulların gerektirmesi hâlinde hakların kapsamını Sözleşmeye göre daha geniş yorumlayabileceği ve böyle yapması gerektiği yönünde eleştiri ve yorumlar da bulunmaktadır. Bu yorumu yapanlar ayrıca Sözleşme’nin 53. maddesine dayanarak ulusal mekanizmalarda daha geniş bir koruma var ise bunun tercih edilmesi gerektiğini iddia etmektedirler.¹⁴ Bir kısım uzmanlar ise Türkiye’nin sürecini başlattığı, ancak henüz süreci bitmediğinden taraf olmadığı Sözleşmeye ek protokollerin de bireysel başvuru kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler.¹⁵

Bu konudaki temel sorun, ortak koruma alanındaki hakların kapsamının ne olduğu ve ilgili hakkın alt unsurlarından hangisinin bireysel başvuru kapsamında inceleneceğidir. Zira Sözleşme Anayasa gibi bazı hakları kısaca garanti altına aldığını belirtmekte, ancak bu hakkın kapsamının ne olduğunu detaylandırmamaktadır. Sözleşme’nin koruduğu hakkın kapsamı AİHM içtihatları ile şekillendirilmiş ve açıklığa kavuşmuştur. Bu durumda Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruması altında bulunan hakkın kapsamını tespit edebilmek için Sözleşme’nin neyi ne kadar koruduğu, yani AİHM içtihatları göz önünde bulundurulmalıdır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin gerektiğinde yorum yoluyla hakların kapsamını genişletebileceği gerçeğini de göz ardı edilmemelidir.

Bu konuda en çarpıcı örneklerden biri Mahkemenin vergi ve benzeri mali

14 Oder, Bertil Emrah, İnsan Hakları Ulusal Koruma Mekanizması olarak Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Konferansı, 27-28/11/2014, Antalya, yayınlanmamış tebliğ

15 Kontacı, Ali Ersoy, İnsan Hakları Ulusal Koruma Mekanizması olarak Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Konferansı, 27-28/11/2014, Antalya, yayınlanmamış tebliğ

yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıkların bireysel başvuruya konu olması hâlinde adil yargılanma hakkının güvencelerine dâhil olarak başvuruyu kabul etmesidir.

Bilindiği gibi AİHM, vergi uyuşmazlıklarının konusu olan vergi ve tarafları olan bireyle devlet arasındaki ilişkinin kamusal nitelikte olması dolayısıyla vergi meselelerinin kamusal ayrıcalıkların sert çekirdeği olduğunu kabul etmekte ve başvurucular açısından vergi uygulamaları ve yargılamaları sonucunda zorunlu olarak maddi etkiler ortaya çıkarsa da vergi uyuşmazlıklarını “medeni hak ve yükümlülükler” kapsamında değerlendirmemektedir.¹⁶ Ancak AİHM, bazı kararlarında vergi para cezasını “suç isnadı” kapsamında değerlendirerek, bazı kararlarında ise vergi aslına ilişkin konunun suç isnadı sayılan kaçakçılık cezasından ayrılmasının çok zor olduğunu değerlendirerek vergi tarhiyatını da 6. madde kapsamında incelemiştir.¹⁷

Anayasa Mahkemesi vergi aslı ve cezaları arasında organik bir bağ bulunduğu, bu bağın tahsil aşamasında da sürdüğü, ayrıca daha çok kamusal niteliği ağır basan bir ilişki olarak kabul edilen salt vergisel uyuşmazlıkların, başta mülkiyet hakkı olmak üzere medeni hak ve yükümlülükler alanında önemli yansımaları bulunan bir ilişki olduğu, bu konuda makul sürede yargılanma hakkının işlevsel bir rol oynayabileceği gerekçesiyle vergi uyuşmazlıklarının adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.¹⁸

Kararla Mahkeme, adil yargılanma hakkının kapsamını genişletmiş olmakla birlikte, kararda da ifade edildiği gibi başvurular bazen her iki hakkı birlikte ilgilendirdiğinden biri yönünden verilen karar diğerini etkileyebilmekte, sonuç olarak adil yargılama hakkının güvenceleri mülkiyet hakkının korunmasına etki edebilmektedir.

a. Kişi Yönünden Yetki ve Mağdur Statüsü

Kişi bakımından yetki, öncelikle hakka sahip olan kişi, yani hakkın süjesi kavramıyla ilgilidir. Kişinin öncelikle hakka konu objenin sahibi ya da bu obje üzerinde bir hakka sahip olması gerekmektedir. İnsan hakları yargılamasında bir hakka kamu gücü ile müdahale edilmesi (bu müdahale olumlu ya da olumsuz olabilir) hâlinde inceleme yapıldığından başvurucunun aynı zamanda bu müdahalenin mağduru olması gerekmektedir.

AİHM, başvurunun kabulü için başvuranın, ihlalin doğrudan ve gerçek

16 AİHM, *Bendenoun/Fransa*, B. No:12547/86, 24/2/1994, §47, *Ferrazzini/İtalya*[BD], B. No:44759/98, 12/6/2001, §29

17 AİHM, *Georgioul/Birleşik Krallık*, B. No: 40042/98, 16/5/2000

18 AYM, B. No. 2013/596, 8/5/2014, § 28

mağduru olması koşulunu aramaktadır. Bununla birlikte AİHM, istisnai olarak doğrudan mağdur olmayan kimselere bu statüyü verebilmektedir. Bir kimse doğrudan mağdurla kişisel ve özel bir bağı olduğunu, ihlal ile bir zararın meydana geldiğini ve ihlale son verilmesinde kişisel menfaati olduğunu kanıtlarsa bu kişiye de mağdur statüsü tanıyabilmektedir.¹⁹

Bu konuda dile getirilmesi gereken bir husus ta Sözleşmeye ek (1) numaralı protokolün 1. maddesinde yer alan uluslararası hukukun genel ilkelerinin AİHM tarafından yalnız yabancılar için uygulanması, vatandaşın kendi ülkesi tarafından gerçekleştirilen kamulaştırma gibi işlemlerde uygulanmasıdır.²⁰ Bu hususta Anayasa'nın 16. maddesi yabancıların haklarının milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlanabileceğini ifade ettiğinden ayırım açık yapılmıştır. Ancak mülkiyet hakkı açısından bireysel başvuruda mevcut mülkler korunduğundan ve yabancılarla ilgili sınırlandırmalar daha çok mülk edinmeyle ilgili bulunduğundan²¹ bu durumun korumanın kapsamına çok etkisi bulunmayacaktır. Yabancılarla ilgili önemli bir husus ta 6216 sayılı Kanunun 46. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yabancıların yalnızca vatandaşlara tanınan haklarla ilgili başvuru yapamayacağı şeklinde hüküm altına almıştır.

Anayasanın 35. maddesi mülkiyet hakkını ayırım yapmaksızın herkese tanımaktadır. Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrası ile 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası, herkesin ortak koruma alanındaki haklarından birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuru yapabileceğini hüküm altına almış ve bireysel başvuruda kişi bakımında yetki, kamu müdahalesiyle hakları ihlal edilen herkese tanınmıştır. Dolayısıyla mülkiyet hakkına kamu gücü ile müdahalede bulunulan herkes bireysel başvuruda bulunabilmektedir.

6216 sayılı Kanunun 46. maddesi ise ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenlerin başvuru yapabileceğini, kamu tüzel kişilerinin başvuru yapamayacağını, özel hukuk tüzel kişilerinin ise sadece tüzel kişiliğe ait haklarla ilgili başvuru yapabileceğini hüküm altına almıştır. Kamu gücü kullanımı veya kamu müdahalesi olumlu veya olumsuz olabilir, yani kamu gücü kullanan bir otoritenin veya idari ajanın bir eylemi, kararı, işlemi veya yapılması gereken bir eylemin yapılmaması da bazı durumlarda ihlale sebebiyet verebilir.

Anayasa herkes dediği için vatandaş/yabancı, tüzel kişi/gerçek kişi ayırımı

19 Bkz. AİHM, *Agrotexim ve Diğerleri/Yunanistan*, 19/6/2001, B.No: 34049/96, § 59

20 Bkz. AİHM, *James ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 21/2/1986, B.No: 8793/79, § 66

21 Geniş bilgi için bkz., Er, Selami, 1982 Anayasasında ve Türk Anayasa Yargısında Yabancıların Hak ve Özgürlüklerine Bakış, Anayasa Mahkemesinin 50. Kuruluş Yılına Armağan (Editörler Alparslan Altan ve diğerleri), Ankara, 2012

yapılamaz. Bununla birlikte kamu tüzel kişilerinin sahibi oldukları mal ve mülkler için hakkın süjesi olma vasıfları tartışılabilir. Ancak Mahkemenin, özelleştirme ile ilgili bir düzenlemeyi incelediği kararında mülkiyet hakkının kamunun mülkiyetinde bulunan varlıklar için de geçerli olduğunu yönünde bir gerekçeye dayandırması²² dışında kamuya ait varlıkları da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirdiği bir kararı bulunmamaktadır. Bu gerekçe ciddi şekilde eleştiri konusu yapılmış ve bu yorumunun anayasacılığın ruhuna aykırı olduğu, zira anayasaların amacının devletin haklarını bireylere karşı korumak değil, bireylerin haklarını devlete karşı korumak olduğu ifade edilmiştir²³

Bireysel başvuru konusunda yukarıdakine benzer bir çelişki yaşanmamıştır. Bireysel başvuru adından da anlaşılacağı gibi bireylerin kamu müdahalelerine karşı kullanabilecekleri bir haktır. Kural olarak kamu tüzel kişilerinin kendileri kamu gücü kullandıkları ve bireysel başvuru bireye getirilmiş bir hak olduğundan yaptıkları başvurular kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulunmaktadır.²⁴

Özel hukuk tüzel kişilerinin ise tüzel kişilik adına kayıtlı veya tüzel kişiliğe ait mal ve mülkler için veya daha geniş bir ifadeyle tüzel kişiliğe ait bir ekonomik değer kamuya maruz kalması nedeniyle başvuru hakları vardır. Mahkeme bu tür başvuruları kişi yönünden kabul edilebilir bularak incelemektedir.²⁵

Kişi yönünden yetki mağdur statüsü ile ilgili bir kavramdır ve gerek AİHM gerekse Anayasa Mahkemesi bir müdahaleden doğrudan etkilenen kişilere başvuru hakkı tanımaktadır. Bahsedilen etki konusunda belirtiler olması, örneğin ihlal bir yasa hükmünden kaynaklanıyorsa bu hükmün başvurucuya uygulanmış olması gerekmektedir.

Kişi yönünden yetkisizlik, kişinin başvuru yaptığı tarihte veya başvuru sürecinde hak ihlalinin tamamen giderilmesiyle mağdur statüsünün kalktığını veya bu statünün başından beri olmadığını anlatmaktadır. Mülkiyet hakkına yönelik şikâyetlerin kişi yönünden yetkisiz bulunması, dava konusu olan ve müdahaleye maruz kalan mülk kaynaklı hak ile başvurucunun ilişkisinin olmaması veya ihlalin sonuçlarıyla birlikte giderilmesi durumlarında ortaya çıkmaktadır. Örneğin, başvurucunun açtığı tazminat davasında davanın kabul edilerek lehine karar verilmesine rağmen, idarece yargı kararının icra edilmemesi ve kamu mallarının haczinin mümkün olmaması nedenleriyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasını inceleyen Mahkeme, bireysel baş-

22 AYM, E.1994/49, K.1994/45, K.T. 7/7/1994

23 Erdoğan, Mustafa, Demokrasi, Laiklik, Resmi İdeoloji, Siyasal Kitapevi, Ankara, 1995, s.214

24 Bkz., AYM, B. No. 2012/743, 5/3/2013, § 17

25 Bkz., AYM, B. No. 2013/845, 20/11/2014, § 27

vuruda bir hakkın ihlaline karar verilebilmesi için mağdurluk statüsünün ve/veya başvuruya konu olan kamu gücü kullanımına dayalı temel nedenlerin başvuru hakkında karar verileceği zamana kadar devam etmesi gerektiğini, somut başvuruda başvuru yapıldıktan sonra başvurunun ibraname imzalayarak alacağının tamamını faiz ve yargılama giderleriyle birlikte tahsil ettiğini ve tazminatın ödenmemesinden kaynaklanan maddi mağduriyetin tamamen giderildiğini, göz önünde bulundurarak mülkiyet hakkına yönelik şikâyet yönünden başvurunun mağdurluk statüsünü kaybettiğine ve başvurunun “kişi yönünden yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.²⁶

b. Konu Bakımından Yetki: Mülkiyet Hakkı Kapsamında Mal ve Mülk Kavramları, İspat Külfeti ve Meşru Beklenti

i. Hakkın Konusu

Mülkiyet hakkına konu şeyler (objeler), esas olarak sahip olunabilen objelerdir. Sahip olunabilen objeler, eşyalar ve servete dâhil olan unsurlar olarak da ifade edilebilir. Dolayısıyla sahip olunamayan şeyler mülkiyet hakkının konusu olamazlar. Bu varlıkların para ile ifade edilebilen bir değere sahip olmaları da gerekmektedir.²⁷ Mülkiyet hakkına konu olan şeyler, günümüzde temel olarak taşınır, taşınmaz mallar ile maddi olmayan varlıklar şeklinde temel bir tasnife tabi tutulabilir.

Sözleşmeye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinde korunan menfaati tanımlamak için mülk kavramı kullanılmaktadır. Sözleşme'nin Fransızca metninde “*biens*” kelimesi kullanılarak taşınır ve taşınmaz mülkler ile şirket hisseleri ve fikri mülkiyet gibi maddi olan ve olmayan menfaatler de kapsama alınmıştır. Esasen bu kelimenin Türkçe'deki mülk kavramında daha geniş bir anlamı olup, miras yoluyla geçebilen tüm hakları ifade etmek için kullanılmaktadır.²⁸ Sözleşme'nin İngilizce metninde geçen “*possession*” kavramı da mülkten daha geniş olarak mal, mülk, servet, malik ve zilyet olma gibi anlamlara gelmektedir. Maddenin başlığında geçen “*property*” ise mal, mülk, emlak, arazi, emtia, eşya, servet gibi anlamlara gelmektedir. AİHM mülkün temel niteliğinin bireysel menfaat, elde edilmiş ekonomik değer olduğunu ve bu kapsamda kiralari, hüküm altına alınmış borçları da içeren sözleşmeden doğan borçları, markaları, içki ve işletme ruhsatını da mülk olarak kabul etmektedir.²⁹

26 Bkz., AYM, B. No. 2013/1752, 26/6/2014, § 41-46

27 Çoban, Ali Rıza, The Right to Property in The Turkish Constitutional Law, s.118-120

28 Şimşek, s.617-618

29 İlgili AİHM Kararları için bkz., Harris, David J., O'boyle, Michael Vd., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Çev: Kılıç, Mehveş Bingöllü ve Kıran, Ulaş, Şen Matbaa, Ankara, 2003, s.676

S. Er: Bireysel Başvuru İncelemesinde Mülkiyet Hakkı

Sözleşmenin koruduğu mülkiyet hakkının konusu olan şeyler taşınır ve taşınmaz mallarla sınırlı olmayıp, hisse senetleri, patent, telif hakları, emeklilikte ve kiralanan mülkten gelir elde etme hakkı, belli bir mesleği icra etme hakkı, işletmelerin müşteri çevresi gibi somut ve soyut varlık ve değerler de AİHM tarafından hakkın kapsamında kabul edilmektedir.³⁰

Bir tasnife tabi tutulursa Sözleşme tarafından kapsamda görülen ya da Sözleşmede yer alan mülkiyet hakkının nesneleri olan şeyler aşağıdaki şekilde sıralanabilir:³¹

1. Taşınmazlar

2. Taşınurlar (para ve kıymetli madenler; özel sicile kayıtlı taşınmazlar; şirket hisseleri, menkul kıymetler ve kıymetli evraklar; canlı organizmalar; enerji ve doğal güçler; taşınır kültür varlıkları)

3. Gayri maddi nesneler (a fikri mülkiyet: telif hakkı, patent, marka, sanal mülkiyet

b. çalışma hakkı ve girişim özgürlüğü bağlamındaki gayri maddi varlıklar: ticari itibar, mesleki unvan ve buna bağlı ayrıcalıklar, ruhsatlar ve izinler, müşteri çevresi, know-how ve ticari sırlar, sosyal güvenlik gelirleri; c. haklar: alacak hakları, irtifak hakları, kiracılık hakları)

4. Miras hakkı

AİHM, neyin mülkiyet hakkının korumasından yararlanacağı konusunda iki kritere sahiptir. Öncelikle mülk kavramı AİHM'e göre özerk bir kavram olup, iç hukuktan bağımsız olarak belirlenebilir. Dolayısıyla iç hukukta mülk olarak kabul edilmeyen bir varlık da mülk olarak kabul edilerek Sözleşme'nin korumasından yararlandırılabilir (Örneğin, Itaris/Yunanistan ve Beyeler/İtalya kararları). Bununla birlikte hakkın elde edildiğini, yani mevcut olduğunu ve iç hukukta yeterli ulusal temeli bulunduğunu başvurucunun kanıtlaması gerekmektedir. Birbiriyle çelişir görünmekle birlikte P-1 1'in sağladığı korumadan yararlanabilmek için aynı menfaate iç hukukta sahip olmak gerektiğini, ancak iç hukukta bu menfaatin mülk olarak kabulünün zorunlu olmadığını söyleyebiliriz.³²

Türk özel hukukunda mülkiyetin konusu taşınır ve taşınmaz mülkiyetini kapsayan eşyalar, bağımsız ve sürekli nitelikli haklar ile edinmeye elverişli tabii kuvvetler şeklinde sıralanabilir.³³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 704. maddesine göre taşınmaz mülkiyetinin konusu;

30 Nalbant, Atilla ve Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, Pozitif Matbaa, Ankara, 2013, s.651

31 Gemalmaz,, s.229-399

32 Bkz., Şimşek, s.620-626

33 Altan, s.82-87

Haşim Kılıç'a Armağan

"1. Arazi,

2. Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar,

3. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler."

şeklinde sıralanmıştır. Aynı Kanunun 762. maddesi ise taşınır mülkiyetinin konusunu;

"Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir."

şeklinde izah etmiştir. Kanunun 683. maddesi ise mülkiyet hakkının içeriğini ve sahibine tanıdığı hakları;

"Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir."

Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir."

şeklinde belirtmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ise kişi lehine alacak doğuran durumlar; sözleşmeden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar olarak sıralanmıştır.

Günümüzde teknolojik gelişme, yeni ekonomik ilişkiler ve yapılar nedeniyle mülkiyet hakkının içeriğinin yasal düzenlemelerle önceden kesin olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı, elastiki bir yapıda olduğu, her hukuk düzeninin kendine özgü mülkiyet kavramı olduğu ve bunun zamanla değişebileceği dile getirilmektedir.³⁴

Anayasal mülkiyet hakkı özel hukukta yer alan mülkiyet hakkından daha geniş bir anlama ve koruma güvencesine sahiptir.³⁵ Bu yaklaşım Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi ve AİHM'in mülkiyet kavramını otonom bir şekilde bilânçoda aktif ve pasif olarak görünen tüm varlıkları kapsadığı yorumunu ile uyumludur.³⁶

Anayasa Mahkemesi klasik bir tanımla; *"mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme hatta yok etme) yetkilerini anlatır."* şeklinde hakkın hak sahibine tanıdığı yetkiler yönüyle tanımlamakta ve hakkın sınırsız, bir diğer ifade ile mutlak bir hak olmadığını

34 Altan, s.105-106

35 Tiryaki, Refik, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.68

36 Çoban, Ali Rıza, Protection Of Property Rights Within The European Convention Of Human Rights, s.31-34

ifade etmektedir.³⁷

Anayasanın koruduğu mülkiyet hakkının konusunu tespit etmek için öncelikle Anayasa'nın neyin özel mülke konu olamayacağı hakkındaki hükümlerine bakılması gerekmektedir. Anayasa'nın 43. maddesine göre kıyılar, devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, kıyılardan yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilmelidir. Kişilerin kıyılardan yararlanma hakları olabilir, ancak kıyılara sahip olamazlar. Anayasa'nın 168. maddesine göre ise tabii servetler ve kaynaklar da devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, bunların aranması ve işletilmesi hakkı devlete aittir. Ancak bunların aranması ve işletilmesi hakkı belli bir süre için gerçek ve tüzel kişilere devredilebilir. Anayasa'nın 169. maddesine göre bütün ormanlar devletin gözetimi altındadır. Devlet ormanları devletçe yönetilir ve işletilebilir, zaman aşımı ile mülkiyete konu olamazlar. Ancak kamu yararı amacıyla irtifak hakkına konu olabilirler.

Özel mülkiyete konu olamayacak objeler yanında Anayasa bazı varlıkların üzerindeki mülkiyet hakkını sınırlandırmıştır. Örneğin Anayasa'nın 63. maddesine göre tarih, kültür ve tabiat varlıkları özel mülkiyete konu olabilirler, ancak bu varlıkları ve değerleri korumak devletin görevi olduğundan kanunla sınırlandırılmaları mümkündür. Anayasa'nın 45. maddesi tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek şeklinde bir ödevi devlete yüklemekte ve bunun için alınacak tedbirlerden bahsetmektedir. Bu hükümle ilgili olarak 5403 sayılı Kanunun 13. maddesinin 1. fıkrası mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ile sulu tarım arazilerinin tarımsal üretim amacı dışında kullanılamayacağı hükmünü ihtiva etmektedir.

Neyin mülk olduğu konusunda Mahkeme, *"Mülkiyetin Anayasal teminatı tek tek menkul ve taşınmaz malları, para ile değerlendirilebilen hakları ve mal varlığını toplu olarak ve tabii olarak üretim araçlarını içine alır."*³⁸ şeklindeki hükmü ile geniş bir mülkiyet tanımı yapmaktadır. Bir kararında ise Mahkeme, alacak hakkını da mülkiyet hakkı kapsamında kabul etmektedir.³⁹ Mahkeme ayrıca çalışanların aylık ve ücretlerinden 3417 sayılı Kanun uyarınca kesilen ve tasarrufu teşvik hesabında toplanan tasarruf tutarları üzerinde mülkiyet hakları bulunduğu,⁴⁰ iskân hakkı sahipliğinin "alacak hakkı" niteliğinde ve mülkiyet hakkı kapsamında olduğunu kabul etmiştir.⁴¹

Bireysel başvuru incelemesinde ise Mahkeme, taşınmaz mülkiyetinin Anayasa'nın 35. maddesinin güvence kapsamına girdiğinde kuşku bulun-

37 AYM, E.1988/34, K.1989/26, K.T. 21/6/1989

38 AYM, E.1997/37, K.1997/69, K.T. 27/11/1997

39 AYM, E.2008/58, K.2011/37, K.T. 10/2/2011

40 AYM, E.1997/59, K.1998/71, K.T. 18/11/1998

41 AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 24/9/2008

madığını⁴² ve kural olarak kişilerin sahibi oldukları taşınmazı diledikleri gibi kullanma hakları olduğunu kabul etmektedir.⁴³ Yine alacak hakkı, mülkiyet hakkı kapsamında görülmektedir.⁴⁴

Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkıyla ilgili yukarıda ifade edilen tanımlardan ve ekonomik değere yaptığı atıflardan yola çıkarak para ile ifade edilebilen menkul, gayr-ı menkul varlıklar ve maddi olmayan varlıkların mülkiyete konu objeler olduğunu söyleyebiliriz. AİHM'nin yaptığı detaylı belirlemeye göre oldukça genel bir çerçeve olsa da ilerleyen yıllarda bireysel başvuru yoluyla Mahkemenin de hakkın konusu objeleri detaylandıracağı söylenebilir.

Mülkiyet hakkının Anayasa ve Sözleşmede düzenlenişleri ile bireysel başvuruya konu hakların Anayasada düzenlenişine bağlı olarak her iki mahkeme kararlarında neyin mülk olarak kabul edilip, mülkiyet hakkının güvencesinden yararlanacağı konusunda önemli bir farklılık doğacağı düşünülmektedir.

Bireysel başvuruda ortak koruma alanı kabul edildiğinden gelecekte elde edilecek bir varlık bugün mülkiyet hakkının konusu olamayacaktır. Gelecekte elde edilecek gelirle ilgili iddiayı mülkiyet hakkı kapsamında inceleyen Mahkeme, AİHM'in, *"bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün, bu mülkte gelecekteki değer artışını da içerecek şekilde mülkiyetini kazanma hakkı, kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun Sözleşme'yle korunan mülkiyet kavramı içerisinde değildir. Gelecekte elde edileceği iddia edilen bir kazanç, kazanılmadığı veya bu kazançla yönelik icrası mümkün bir iddia mevcut olmadığı sürece mülk olarak değerlendirilemez."*⁴⁵ içtihadına atıf yaparak başvuruları konu bakımından yetkisizlikle sonuçlandırmaktadır.⁴⁶

Ancak mevcut mal ve mülk kavramının AİHM kararlarında "meşru beklenti" şeklinde ifade edilen istisnası bulunmakta olup, neyin meşru beklenti kapsamına gireceği oldukça tartışmalı bir konudur. Ayrıca korunmaya değer bir hakkın varlığı da kimi durumlarda tartışma konusu olabilmektedir. Bu nedenle çalışmanın bu bölümünde meşru beklenti ve ispat külfeti konularına değinilecektir.

42 AYM, B. No. 2013/382, 16/4/2013, § 25

43 AYM, B. No. 2013/1301, 30/12/2014, § 53

44 AYM, B. No. 2013/845, 20/11/2014, § 35

45 AİHM, *Denimark Ltd/Birleşik Krallık*, B. No: 37660/97, 26/9/2000; *Kopecky/Slovakya*, B. No: 44912/98, 28/9/2004, § 35

46 AYM, B. No. 2013/1122, 26/6/2014, § 42

ii. İspat Külfeti

Anayasa Mahkemesi, başvuruclar tarafından ileri sürülen objeye bağı mülkiyet hakkının başvuruclar tarafından ispat edilmesi gerektiğine karar vermektedir. Örneğin, yapılan bir başvuruda adlarına tescil edilmiş taşınmaza ilişkin tapu senetlerinin yapılan kadaastro çalışmasında uygulanamayan tapu kayıtları listesine alınması ve açtıkları itiraz davasında kadaastro mahkemesinin taşınmazın kıyı olarak tescil edilmesine karar vermesi sonucu mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri süren başvurucların iddiaları incelenmiştir. Mahkeme, öncelikle bir taşınmaz üzerinde hak iddia eden kişinin söz konusu hakkın varlığını mahkeme önünde ispat etmesi gerektiğini, mülkiyet hakkının varlığının tespitinin yerel mahkemelere bırakıldığını ve buna göre, kıyıları dâhil taşınmaz mallarda mülkiyet hukukuna yönelik uyuşmazlıkların çözümünün adli yargının görev alanı içerisinde kaldığını vurgulamıştır. Mahkeme, başvurucların ilk derece mahkemesine sundukları belgenin yapılan inceleme sonucunda taşınmaza uygulanması mümkün olmadığından ve satıcının zilyetliği bulunmadığından hukuki kıymetini kaybettiği kabul edilerek ve yeterli gerekçe gösterilerek taleplerinin reddedildiğini belirtmiş ve somut başvuruya konu davada taşınmazın kıyı-kenar çizgisi içinde kaldığı, davalı olan Hazinenin dayandığı tapu kaydının taşınmaza tam olarak uyduğu ve Hazinenin zilyetliği bulunduğu gözetilerek taşınmazın Hazine adına tesciline karar verildiğini, bu durumda başvurucların mahkeme önünde mülkiyet iddialarını ispat edemedikleri sonucuna ulaşarak başvuruyu konu bakımından kabul edilemez bulmuştur.⁴⁷ Bu başvuruyla ilgili olarak başvurucların tapu kaydını satış vaadi sözleşmesine dayanarak açtıkları davada karşılıklı feragat ile mahkemeden elde ettiklerini, taşınmazın kadaastro görmediğini, taşınmazı başvuruclara satan kişinin taşınmazda zilyetliğinin bulunmadığını, aynı yer ile ilgili olarak Hazinenin de tapu kaydı bulunduğunu ve zilyetliğinin bulunduğunu ifade etmek gerekmektedir.

Mahkeme ortak murislerinin uzun süredir kullandığı ve tasarrufu altında bulundurduğu taşınmazın kadaastro çalışmaları sırasında başka şahıslar adına tespiti nedeniyle açılan kadaastro tespitine itiraz davası 22 yılda tamamlanan başvurucların bu süre zarfında taşınmazdan yararlanma ve gelir elde etme haklarını kullanamadıklarına dair şikâyetleriyle ilgili olarak ise:

“Başvurucların şikâyetçi olduğu taşınmaz üzerinde inşaat yaparak bundan gelir elde etme, mülkiyet konusunda üzerinde tartışma bulunmayan ve imar izni olan taşınmazlarda taşınmaz sahipleri için kullanılabilen bir haktır. Başvuru konusu taşınmaz bu özelliklere sahip olmadığından böyle bir imkânın kullanılması mümkün olmamıştır. Bu durumda başvurucların şikâyet ettikleri gelir kaybı, henüz sahibi

47 AYM, B. No. 2012/636, 15/4/2013, § 38, 51, 52 ve 56

oldukları netleştirilmemiş bir taşınmazda henüz kendisi mevcut olmayan binaların daire veya işyeri olarak kiraya verilmesiyle elde edilebilecek gelir olduğundan farazi ve gelecekte elde edileceği iddia edilen gelir kaybı şikâyetidir. Gelecekte elde edileceği iddia edilen gelirin Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi ise mümkün değildir.” yorumuyla başvurunun “konu bakımından yetkisizlik” nedeni ile kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.⁴⁸ Kararla Mahkeme henüz kime ait olduğu kesinleşmemiş taşınmazların sahibi olduklarını iddia edenlerin bu taşınmazdan yararlanma haklarının bu konudaki karar kesinleşmeden doğmadığına, bu nedenle de bireysel başvuru kapsamında iddia edilen menfaatin korunmayacağına karar vermiştir. Kararda yer alan “Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanındaki mülkiyet hakkı”, mülkiyet hakkı şikâyeti içeren bireysel başvurularda kapsamı belirlemek için ifade edilmektedir.

iii. Meşru Beklenti

AİHM kararlarında meşru beklenti, makul bir şekilde ortaya konmuş ve icra edilebilir bir iddianın doğurduğu, ulusal mevzuatta belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma şansının yüksek olduğunu gösteren yerleşik ve istikrarlı bir yargı içtihadına dayanan, yeterli somutluğa sahip nitelikteki bir beklenti olarak tanımlanmış ve temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya sadece ulusal hukukta mülkiyet hakkı kapsamında savunulabilir bir iddianın varlığının meşru beklentinin kabulü için yeterli olmadığı ifade edilmiştir.⁴⁹

Meşru beklenti ile ilgili olarak Mahkeme, AİHM ile benzer bir kabulü dile getirmektedir. Mahkemenin meşru beklenti ile ilgili tanımlaması şu şekildedir:

“Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı, mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir. Bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün, mülkiyetini kazanma hakkı, kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun Anayasa ve Sözleşme'yle korunan mülkiyet kavramı içerisinde değildir. Bu hususun istisnası olarak belli durumlarda, bir “ekonomik değer” veya icrası mümkün bir “alacak” iddiasını elde etmeye yönelik “meşru bir beklenti”, Anayasa'nın ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir.”⁵⁰ Görüldüğü gibi Mahkeme de AİHM gibi meşru beklentiye bireysel başvurularda kapsamı belirleyen mevcut mal ve mülk kavramının istisnası olarak kabul etmektedir.

48 AYM, B. No. 2013/1122, 26/6/2014, § 42

49 Bu konudaki AİHM kararları için bkz., *Kopecky/Slovakya*, B. No: 44912/98, 28/9/2004, § 52; *Saghinadze/Gürcistan*, B. No: 18768/05, § 103, 27/5/2010; *SADangeville/Fransa*, B. No: 36677/97, 16/4/2002, §§ 44-45

50 AYM, B. No. 2012/636, 15/4/2013, § 36-37

Mahkeme, kadrosunun değiştirilmesi nedeniyle alamadığı ücret kalemlerini meşru beklenti kapsamında ileri süren başvuruçunun başvurusuyla ilgili olarak da aynı kriterlere dayanarak konu yönünden yetkisizlik kararı vermiştir.⁵¹

Bir başka başvuruda ise başvuruçunun kendisine bir emniyet müdürlüğü tarafından teslim edilen ve otopark ücreti ödenmeyen yakalamalı ve hacizli araçların otopark ücreti talepli alacak davasının reddedilmesi nedeniyle ileri sürdüğü meşru beklenti iddiasıyla ilgili olarak Mahkeme, başvuruçunun iddia ettiği alacağın açık yasal dayanağı bulunmadığı, bu konuda içtihatların da farklılık gösterdiği ve başvuruçunun somut başvuruya konu davada alacak hakkının kabul edilmeyerek davanın reddedildiğini gerekçe göstererek meşru beklenti iddiasını yerinde görmemiştir. Kararda yasal düzenlemelerde otopark ücreti dâhil giderlerin araç sahipleri tarafından karşılanacağı, araç sahiplerinin araçlarını sormaması hâlinde ise yasal boşluk bulunduğu, başvuruçunun zararlarının tazmini gibi bir dava yerine doğrudan alacak davası açtığı göz önünde bulundurulmuştur.⁵²

Meşru beklenti konusunda Mahkeme, üç temel kriteri göz önünde bulundurmaktadır. Bunlardan ilki iddiaya konu ekonomik menfaatin mevzuatta açık bir hükme dayanmasıdır. Bir ekonomik menfaatin açık bir yasa hükmüne dayanılarak ve somut iddiayla ilişkisi kurularak ileri sürülmesi hâlinde başvuruçunun meşru beklentisi bulunduğu kabul edilebilir. İkinci kriter, ekonomik menfaatin başvuruçunun davasını kazanma ihtimalinin yüksek olduğunu gösterir yerleşik yargı içtihadına dayandırarak ileri sürmesidir. Mahkemece kabul edilen üçüncü kriter ise, başvuruya konu somut davada mahkemelerin başvuruçuların ekonomik menfaat üzerindeki haklarını tespit ya da kabul etmeleridir.⁵³

Başvuruçuya iddiasını bireysel başvuruya konu davada ispat etme külfeti getiren bu yaklaşım, bireysel başvuru sisteminin ikincilliği veya “*subsidiarity*” ilkesi ile bağlantılıdır. Zira hakları korumak öncelikle ilk derece ve temyiz mahkemelerinin görevidir. Hak iddialarını somut olarak inceleyen ve davanın taraflarına muhatap olan konuyla ilgili uzman mahkemelerin yapacağı tespiti elbette Anayasa Mahkemesinin yapması beklenemez. Bununla birlikte, Mahkemenin gerektiğinde ilk derece mahkemelerinin tespitini mülkiyet hakkı kapsamında doğru bulmayarak mülkiyet hakkı konusunu esastan inceleme ve ihlal kararı verebilme ihtimali her zaman bulunmaktadır.

Bir başvuruda, Anayasa Mahkemesinin 193 sayılı Kanun’un 103. maddesinde yer alan “...fazlası % 35 oranında...” ibaresini, ücret gelirleri yönünden

51 AYM, B. No. 2013/5049, 28/5/2014, § 25-28

52 AYM, B. No. 2013/845, 20/11/2014, § 43-50

53 AYM, B. No. 2012/636, 15/4/2013, § 37-52 ve AYM, B. No. 2013/614, 25/6/2014, § 33-41

Anayasa'ya aykırı bularak iptal ettiği⁵⁴ belirtilerek 2006-2009 yılları arasında üst dilimden ödenen vergi fazlasının iade edilmemesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür.

Mahkeme öncelikle, iptal kararının Resmî Gazete'de 8/1/2010 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girdiğini, iptal üzerine TBMM tarafından çıkarılan 6009 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle % 35 oranına tabi ücretler bakımından matrah dilimi tutarının artırıldığını ve getirilen düzenlemenin yürürlük tarihinin, vergiye tabi gelirin "yıllık olması ilkesi"ne uygun olarak 1/1/2010 tarihi olarak belirlenmiş olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, Anayasa'nın 153. maddesinin ikinci fıkrası gereği, iptal edilen kanun hükmünün, iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte, Anayasa Mahkemesince daha ileri bir tarih belirlenmiş ise o tarihte yürürlükten kalkacağı, aynı maddenin dördüncü fıkrası gereği ise Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği, dolayısıyla iptal edilmiş kanun hükmüne göre tesis edilmiş işlemlerin geçerliliklerini sürdüreceği, iptal kararının geçmişe dönük olarak vergi iadesi şeklinde alacak hakkı doğurucu bir etkiye sahip olmadığı, aynı zamanda, bu konuda meşru beklenti oluşturmak bakımından da elverişli olmadığı gerekçesiyle meşru beklentinin bulunmadığına ve başvuru konusu şikâyetin mülkiyet hakkına konu olamayacağına karar vermiştir.⁵⁵

Bahsedilen kararda AİHM'in Almanya Federal Anayasa Mahkemesi için kabul ettiği "hukuki kesinlik ilkesi gereği Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye dönük olarak haklar tesis etmeyeceği" hükmüne atıfta bulunulmuştur.⁵⁶

Bir başka başvuruda ise başvurucu, bir kamu bankası emekli sandığından aldığı emekli aylığının artış oranlarının daha önceki yargı kararlarına dayanarak Sosyal Güvenlik Kurumunun yaptığı artış oranlarında olması gerektiği iddiasıyla açtığı dava devam ederken ve bu davayı yerleşik içtihadı göre kazanması kuvvetle muhtemelken 13/2/2011 tarih ve 6111 sayılı Kanunla 506 sayılı mülga Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesine yapılan ilave ile müdahale edilerek emekli maaşı artışının engellendiğini ve mülkiyet hakkı ve silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme, öncelikle başvurucunun bireysel başvuru kapsamında mülkiyet hakkının bulunup bulunmadığını meşru beklenti çerçevesinde incelemiştir. Bu incelemede Mahkeme AİHM kararlarına atıfla⁵⁷ mülkiyet hakkını güven-

54 AYM, E.2006/95, K.2009/144, K.T. 15/10/2009

55 AYM, B. No. 2013/5660, 20/3/2014, § 32-34

56 AİHM, H.R./Almanya, B. No: 17750/91, 30/6/1992; J.R./Almanya, B. No: 22651/93, 8/10/1995; Mika/Avusturya, B. No: 26560/95, 26/6/1996

57 AİHM kararları için bkz. Arras ve Diğerleri/İtalya, B. No: 17972/07, 14/2/2012, § 76; Klein/Avusturya, B. No. 57028/00, 3/3/2011, § 41-47

ce altına alan Anayasa'nın 35. maddesinin, belirli bir miktar emekli aylığı almaya ilişkin olarak bireylere talep hakkı sağlamadığının açık olduğunu ifade etmiş, ancak bu yöndeki bir talebin, kanuni düzenleme ve içtihatlarla yeterli dayanağa sahip olması hâlinde ise, Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülk oluşturduğunun kabul edilebilir olduğunu belirtmiştir. Bu belirlemeden sonra başvuru tarafından ileri sürülen beklentiye Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin, *"açıldığı tarihteki mevzuat hükümlerine uygun olan davanın kanuni dayanağını oluşturan düzenlemenin, yargılama sürecindeki kanun değişikliğiyle ortadan kalkması nedeniyle davanın reddedildiğini"* vurgulayan kararı⁵⁸ çerçevesinde destekleyen yerleşik içtihat şeklinde bir hukuksal temelin ve dolayısıyla başvuru lehine meşru bir beklentinin bulunduğuna karar vererek başvuruyu esastan incelemiştir.

Kararda bir açıklık getirilmemiş olsa da Mahkeme, devlet bankalarının emeklilik sandıklarının kamu gücü kullandığı, dolayısıyla bireylerin mülkiyet haklarına müdahale edildiği kabul edilmiştir. Aksi düşünce özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda mülkiyet hakkı sorununun doğrudan ve dolaylı yatay etki gibi bir değerlendirme ile incelenmesini ve müdahalenin varlığının ve etkilerinin tartışılmasını gerektirmektedir.⁵⁹

Hangi nesnelerin veya şeylerin mülkiyet hakkı kapsamına girdiği konusunda Mahkemenin henüz AİHM gibi geniş bir içtihadı bulunmamaktadır. Bunun en önemli nedeni Mahkemenin daha önce sadece norm denetimi yapıyor olması, bireysel başvuru sisteminin geçen iki yıllık süreye rağmen henüz yeni olması ve sınırlı sayıda uyuşmazlığın bu kapsamda incelenmiş olmasıdır. Ülkemizde mülkiyet hakkını ilgilendiren mevzuatın karmaşık olması ve uygulama sorunlarıyla beraber uyuşmazlık konularının da karmaşık olmasının bu konuda çok sayıda karar verilmesini gerekli kılacağı ve Mahkemede AİHM gibi mülkiyete konu şeylerin kapsamını zamanla belirleyeceği söylenebilir.

c. Zaman Bakımından Yetki ve Kapsam

Mahkemenin zaman bakımından yetki konusunda verdiği kararlar esas olarak Anayasa'nın 35. maddesine değil, 148. maddesinde yer alan; *"Bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemeler iki yıl içinde tamamlanır. Uygulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireysel başvurular kabul edilir."* hükmü ve uygulama kanunu olan 6216 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrasında yer alan; *"Mahkeme, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler."* hükmüne dayanmaktadır.

58 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 9/10/2012 tarih ve E.2012/11783, K.2012/18117 sayılı karar

59 Yatay etki konusunda Bkz. Bayar, s.56-80

Mahkeme mülkiyet hakkı iddiasıyla yapılan başvurularda başvuruya konu somut mülkiyet iddiasının tartışıldığı davanın 23/9/2012 tarihinden önce kesinleşmesi hâlinde bu başvuruları esasına girmeksizin zaman bakımından yetki yönünden kabul edilemez bulmaktadır.⁶⁰ Mahkemenin kesinleşme ve olağan kanun yollarıyla ilgili farklı içtihatları bulunsa da bu husus makalenin esas konusunu oluşturmadiğundan detayına girilmeyecektir.

Zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulunan mülkiyet hakkına ilişkin bazı başvurularda verilen kararların anlaşılmasını zorlaştıran durumlar olabilmektedir. Bu durum özellikle mülkiyete dayalı iki farklı davanın olduğu ve ilk dava zaman bakımından yetki öncesinde kesinleştikten ve başvuruçuların mülkiyet hakkını kaybettikten uzun bir süre sonra tekrar mülkiyeti elde etmek amacıyla açtıkları davaların reddedilmesi sonrasında yaptıkları bireysel başvurularda görülmektedir. Esasen bu konu bireysel başvuruya konu mülkiyet hakkının mevcut mal ve mülkler için güvence sağlanması, yani konu bakımından yetkiyle de ilgilidir.

Örneğin başvuruçuların sahibi oldukları taşınmaz 1992 yılında Mahkeme kararıyla ellerinden çıksa da üzerindeki binanın yıkımının 2010 yılında yapılması nedeniyle zararın bu tarihte doğduğunu ileri sürerek açtıkları tazminat davasının reddedilmesi nedeniyle mülkiyet haklarına yönelik şikâyetlerini inceleyen Mahkeme, 1992 yılında kesinleşen mahkeme kararı sonrasında taşınmazın mülkiyetinin artık başvuruçuların hak alanından çıktığını, davaya konu evin yıkımının daha sonraki bir tarihte yapılmasının bu hukuki durumu değiştirmeyeceğini, zaman bakımından yetki sınırı içinde kalan ikinci davanın konusunun ise taşınmaza bağlı tazminat istemi olduğunu ve bu davanın 10 yıllık zamanaşımı süresinin geçmiş olmasına bağlı olarak reddedildiğini göz önünde bulundurarak 1992 yılında kesinleşen mahkeme kararıyla başvuruçularla hukuki ilişkisi kesilmiş taşınmaza bağlı 2010 yılında açılan ve 2012 yılında kesinleşen mahkeme kararıyla reddedilen bir tazminat talebinin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı kanaatine ulaşmış ve mülkiyet hakkı yönünden başvuruyu zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme başvuruçunun ikinci yargılama ile ilgili şikâyetlerini ise adil yargılanma hakkı kapsamında incelemiştir.⁶¹

Bu tür davalarda Mahkemenin göz önünde bulundurduğu ve dikkat edilmesi gereken husus, zaman bakımından yetkinin başladığı tarihten önce kesinleşen ilk yargılamada mülkiyet konusunun esasının görüşülerek karara bağlanması, ikinci yargılamada ise başvuruçuların daha önce kaybettikleri mülkiyeti tekrar kazanma taleplerine dair iddialarının genellikle zaman aşımı

60 Bkz., AYM, B. No. 2012/388, 25/12/2012, § 19-20; B. No. 2012/388, 5/3/2013, § 17-18

61 Bkz., AYM, B. No. 2012/1143, 17/7/2014, § 34-37

süreleri geçtiğinden esastan görüşülmemesidir. Dolayısıyla zaman bakımından yetki sınırları içinde kalan ikinci davalar, hem mevcut olmayan mülkiyetin elde edilmesi talepli olduğundan ve hem de esasa girilmeden süre yönünden reddedildiklerinden bu davalara bağlı olarak Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların mülkiyet hakkı yönünden esastan incelenmesi mümkün olamamaktadır.

d. Başvuru Yollarının Tüketilmesi

Anayasanın 148. maddesinin 4. fıkrası bireysel başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin 2. fıkrasına göre ise idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmesi gerekmektedir. Anayasa olağan kanun yolları ifadesini kullanırken 6216 sayılı Kanunda idari ve yargısal başvuru yolları ifadesi kullanılmıştır. Kanunda geçen başvuru yolları ifadesi Mahkemenin de AİHM gibi diğer kanunlarda geçen olağan olmayan kanun yolları ayrımı her zaman kesin bir şekilde kabul etmeyeceği ve tüketilmesi gereken yolları kendisinin belirleyeceği izlenimini vermektedir. Nitekim Mahkeme, hukuk davalarında karar düzeltme yolu olağan bir kanun yolu olarak kabul edilse de bu yolun kullanılmasını başvuru sahiplerinin takdirine bırakmakta ve bu yol tüketilmeden yapılan başvuruları da kabul etmektedir.⁶² Konunun dağılmaması açısından bu konuda daha fazla detaya girmeye gerek görülmemektedir.

Başvuru yollarının tüketilmesi, bireysel başvuru sisteminin ikincilliği veya “*subsidiarity*” ilkesinin öncelikli gereğidir. Zira bir hak ihlalinin önce idare tarafından idareye yapılan başvurularla giderilmesi, bu yoldan sonuç alınmaması hâlinde yargısal yollara başvurulması ve ilk derece ve temyiz mahkemelerinin ihlali gidermesi gerekmektedir.

Mahkeme, başvuru yollarının tüketilmesi kuralından yola çıkarak iki sonuç üretmektedir. İlki bireysel başvurunun ikincil niteliği gereği, başvuru sahiplerinin, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarını öncelikle yetkili idari mercilere ve derece mahkemelerine usulüne uygun olarak iletmeleri, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtları zamanında bu mercilere sunmaları, aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olmaları gereğidir.⁶³ İkincisi ise, olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler önünde ileri sürülmeyen iddiaların Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet konusu edilemeyeceği ve genel mahkemelere sunulmayan yeni bilgi ve belgelerin de Anayasa Mahkemesine sunulamayacağı kuralıdır.⁶⁴

62 Bkz., AYM, B. No. 2013/2511, 22/1/2015

63 B. No: 2012/946, 26/3/2013, § 19

64 B. No: 2012/946, 26/3/2013, § 20

Başvuru yollarının tüketilmesi konusundaki genel belirlemenin diğer başvurulardan farklı olarak mülkiyet hakkını ilgilendiren başvurulara konu olan özel durumların üzerinde durulması gerekmektedir. Bu durumlar özel mülkiyete konu olamayan kıyı ve orman alanlarında bulunan taşınmazların tapu iptali sonrasında yapılan başvurularda görülmektedir. Bahsedilen başvurularda başvuru sahipleri, kadastro tespitine itiraz davası açmışlar, ancak mahkemeler ormanların özel mülkiyete konu olamayacağı ve zilyetlikle iktisaplarının mümkün olmadığı gerekçesiyle davalarını reddetmiş ve bu davaların kesinleşmesinden sonra mülkiyet haklarının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

Mahkeme, Yargıtay'ın tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki kadaströ işlemleri ile tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan, bu kayıtlarda yapılan hatalardan 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesine göre Devletin kusursuz sorumluluğu bulunduğu⁶⁵ ve bu işlemler nedeniyle zarar görenlerin, 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesi gereğince, zararlarının tazmini için 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresinde, Hazine aleyhine adlî yargıda dava açabilecekleri yönündeki⁶⁶ içtihatlarına atıf yaparak başvuru sahiplerinin tazminat davası yolunu kullanmadan başvuru yaptıklarını belirterek başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvuruları kabul edilemez bulmaktadır.⁶⁷ Mahkeme bu tür başvurularda AİHM'in benzer kararına atıf yaparak aynı sonuca ulaştığına da işaret etmektedir.⁶⁸

4. Mülkiyet Hakkına Yönelik Başvuruların Esastan İncelenmesi

Mahkemenin kabul edilebilir bulduğu başvurularda mülkiyet hakkına yönelik esastan incelemesinde bir inceleme yöntemi, diğer bir deyişe takip ettiği bir sıralama bulunmaktadır. Bu yöntemin AİHM'in benimsediği yöntemle benzeştiği ve/veya Anayasa Mahkemesinin AİHM'nin yöntemini benimsediği de söylenebilir. Esasen bu yöntem Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinin kaleme alınışından da çıkartılan bir sonuçtur. Madde hükmü mülkiyet hakkı tanıyan ilk cümlesinden sonra ikinci cümlesinde yapılacak sınırlandırmanın koşullarını, kamu yararı amacı ve kanunla yapılmak şeklinde sıralamıştır. Dolayısıyla ilk bakılması gereken koşullar bunlardır. Anayasa'nın hakların sınırlandırmasında genel koşulları ve yaygın bir kullanımla sınırlandırmanın sınırlarını belirleyen 13. maddesi ise orantılılığı ve demokratik bir toplumda gerekliliği koşul olarak saymaktadır. Bu koşullar Sözleşme'nin meşru amaç, hukukilik ve orantılılık koşullarıyla paralellik gös-

65 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2009/4-383, K.2009/517, 18/11/2009

66 Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, E.2012/7876, K.2012/14598, 18/12/2012

67 B. No: 2012/1315, 16/4/2013, § 29-30

68 B. No: 2012/1315, 16/4/2013, § 31, AİHM, *Altunay/Türkiye*, 15/5/2012, B.No: 42936/07

termekte, ancak Anayasa biraz daha ayrıntı vererek korumayı geniş tutmaktadır.

Buna göre bir kamu gücü kullanımı ile bir kişinin mülkünü kullanması, ondan yararlanması, onun üzerinde tasarruf etmesi engellenir veya mülkü kendisinden alınarak kamuya devredilirse Mahkeme, bu işlemlerin mülkiyet hakkını ihlal edip etmediğini önce kanunilik (hukukilik), sonra meşru amaç (kamu yararı) ve en son olarak orantılılık yönünden incelemektedir. Bu sıralamanın bir aşamasında ihlal bulunması hâlinde diğer aşamaya geçilmeyip ihlal kararı bu aşamada verilmektedir. Bununla birlikte ilk aşamada ihlal bulunduğundan sonra tazminatın ödenmemesi gibi bir sebeple orantılılık incelemesinin de yapılmasını gerektiren durumların bulunması mümkündür.

a. Mülkiyet Hakkına Yapılan Müdahale

Anayasanın 148. maddesi herkese ortak koruma alanındaki haklarından biri kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuru hakkı tanımaktadır. Başvurunun esastan incelenebilmesi için öncelikle başvuru hakkının mülkiyet hakkına kamu gücü kullanımına bağlı bir müdahalenin bulunması gerekmektedir. Kamu müdahalesi bir şey yaparak olumlu şekilde olabileceği gibi bir şeyi yapmayarak olumsuz da olabilir.

Mülkiyet hakkına devlet tarafından yapılan müdahaleler amaçlarına göre;

1. Devletin vergilendirme yetkisinden kaynaklanan müdahaleler,
2. Mülkiyetin zarar veren kullanımını yasaklamaya yönelik müdahaleler,
3. Kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılan müdahaleler

şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir.⁶⁹ Kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılan müdahaleler genellikle kamulaştırma gibi mülkiyetin devri sonucunu doğuran müdahalelerdir. Bunun yanında mülkiyetin kullanımını önemli ölçüde sınırlayan enerji nakil hattı geçirmek amacıyla irtifak hakkı kurulması gibi müdahaleler de bu çerçevede değerlendirilebilir. Zararlı kullanımı yasaklayan müdahaleler ise daha çok düzenleyici müdahalelerdir. Tarım arazilerinin tarım dışında kullanımının yasaklanması ve mesken olan taşınmazların iş yeri olarak kullanımının yasaklanması bu tür müdahalelerdendir.

AİHM'in yaklaşımında ise Sözleşmede geçen ifadelerle bağlı olarak mülkiyetten yoksun bırakma sonucunu doğuran müdahaleler ve mülkiyetin kullanımını kontrol eden düzenlemeler (vergi ve benzeri yükümlülükler ile cezaların tahsilini de içerecek şekilde) sıralanmıştır. AİHM, bunun dışında mülkiyet hakkına yapılan müdahaleleri mülkiyet hakkının ilk kuralı olan kişinin mül-

69 Altan, s.123

künden barışçıl yararlanma ilkesi çerçevesinde değerlendirmektedir.

Mahkeme bireysel başvurularda kamulaştırma⁷⁰ ve kamulaştırmasız el atma⁷¹ gibi mülkiyetin el değiştirmesi sonucunu doğuran müdahaleleri ile irtifak hakkı kurmak⁷² gibi kullanımı önemli ölçüde sınırlayan müdahaleleri Anayasa'nın 35. maddesiyle beraber bu konuda özel düzenleme olan Anayasa'nın 46. maddesi kapsamında incelemekte ve müdahale yapılırken gerçek karşılığının peşin ödenmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır. Mülkiyetin el değiştirmesi sonucunu doğuran bir başka müdahale biçimi olan ve Anayasa'nın 47. maddesinde yer alan devletleştirme, henüz böyle bir uygulama olmadığından bireysel başvuru konusu olmamıştır.

Mülkiyet hakkının kullanımının kontrolü ya da mülkiyeti düzenleme yetkisi, mülkiyet hakkının üçüncü kuralı olarak kabul edilmektedir. Sözleşmeye ek (1) nolu Protokolün 1. maddesine göre mülkiyet hakkının tanınması ve sınırlandırılmasında öngörülen koşulların varlığı devletlerin mülkiyeti kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergiler ile diğer katkı ve cezaların ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka (takdir) hanel getirmez. Anayasa'nın 35. maddesinde ise "mülkiyet hakkının kullanımı toplum yararına aykırı olamaz" şeklinde genel bir hüküm kullanılmıştır. Ancak Anayasa'nın başka maddelerinde devletin mülkiyet hakkının kullanımının düzenlemesine yönelik hükümler bulunmaktadır. Örneğin kıyıların kullanımı, toprak mülkiyeti, piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi, tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi, ormanların ve orman köylüsünün korunması, kooperatifçiliğin geliştirilmesi gibi konularda Anayasa devlete mülkiyet hakkının kullanımını düzenleme yetki ve görevi vermektedir.

Mülkiyetten mahrum bırakma veya sınırlama ile kullanımın kontrolü denetimi incelendiğinde; AİHM'in, kullanımın kontrolünü denetlerken de müdahaleyi kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük sıralamasıyla incelediği, ancak yaptığı denetimde daha esnek davrandığı görülmektedir. AİHM'in kullanımın kontrolü incelemesinde mülkiyetten yoksun bırakmadan farklı olarak kabul ettiği en dikkat çekici husus, kullanımın kontrolü maksadıyla getirilen sınırlandırmada her zaman sınırlandırmanın ağırlığıyla orantılı bir tazminat ödenmesinin zorunlu olmadığı görüşüdür.⁷³

Anayasa Mahkemesi, norm denetimi bağlamında yapılan bir başvuruda 6570 sayılı Kanuna 4531 sayılı Kanunla ilave edilen geçici 7. maddeyle kira artışlarını ilk yıl %25 takip eden yıl %10'a sınırlayan hükmünü, "*Taşınmaz*

70 Bkz. AYM, B. No. 2013/817, 19/12/2013

71 Bkz. AYM, B. No: 2013/1436, 6/3/2014

72 AYM, B. No: 2013/2511, 22/1/2015

73 Nalbant ve Doğru, s.671-672; *James ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 21/2/1986, B.No: 8793/79, § 54

S. Er: Bireysel Başvuru İncelemesinde Mülkiyet Hakkı

mal darlığının, Devletçe önlem alınmaması durumunda kiralara normalin üstünde artacağı açıktır. Kira olgusunun bu bakımdan toplumsal bir sorun olduğu kabul edildiğinde Devletin kira konusunda kamu yararı amacıyla kimi hak ve özgürlükleri sınırlandırmasında Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 48. maddelerine aykırılık yoktur." gerekçesiyle mülkiyet hakkına aykırı bulmayarak iptal istemini reddetmiştir.⁷⁴

Tarım arazisi niteliğindeki taşınmazına taş ocağı işletmek için yaptığı ruhsat başvurusu reddedilen başvuruçuların mülkiyet hakkı şikâyetini Mahkeme, kullanımın kontrolü ya da düzenlenmesi kapsamında incelemiştir.⁷⁵

Bazı durumlarda olumlu veya olumsuz kamu müdahalesi olmaksızın mülkiyet hakkına üçüncü kişiler tarafından yapılan müdahalelerde devletin sorumluluğu bulunabilir. Böyle hallerde de başvuru esastan incelenebilir.

Yapılan bir bireysel başvuruda, sahibi olduğu apartman dairesini dernek şubesi olarak kullanması komşusunun şikâyeti ve sonrasında yapılan yargılama sonucunda engellenen başvuruçunun şikâyeti esastan incelenmiştir. Mahkeme, bu şikâyeti mülkiyet hakkının üçüncü kuralı yönünden incelemiştir. Kararda müdahalenin doğrudan kamu gücü kullanımıyla gerçekleşmediği, özel bir kişinin şikâyeti ile yapılan yargılama sonucu başvuruçunun mülkiyet hakkının etkilendiği ifade edilerek kimi durumlarda özel kişiler arası ilişkiler sonucu özel kişilerin birbirlerinin haklarına yaptıkları müdahalelerde devlete atfedilebilecek sorumluluklar bulunabileceği kabul edilmiştir. Mahkeme bu kabulden sonra AİHM'nin istisnai olarak kullandığı ve devletin pozitif yükümlülüklerinden hareketle geliştirdiği doktrinde dolaylı yatay etki olarak yer alan konuya temas etmiş ve AİHM'nin mahkemelerin ulusal hukuku uygularken Sözleşmeye en yakın yorumu tercih etmeleri gerektiği görüşüne atıf yapmıştır.⁷⁶

Mahkeme dolaylı yatay etkide devletin pozitif sorumluluğunu; *"Bireylerin Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında bulunan temel haklara özel hukuk kişileri tarafından yapılan müdahaleler sonucu bireylerin haklarının zarar gördüğü kimi durumlarda devlete atfedilebilecek sorumluluklar bulunabilir. Devletin bu tür haksız müdahalelere karşı bireylerin mülkiyet hakkının korunması için etkili iç hukuk yolları ihdas ederek yapılan müdahalelere karşı özellikle mahkemelere başvurmak suretiyle koruma talep edebilmelerini sağlaması ve yapılacak yargılamalarda özel kişilerin çatışan hakları arasında tercih yaparken mahkemelerce anayasal yorumla temel hakların korunması gerekmektedir. Böylelikle Devlet, etkili bir iç hukuk yolu ihdas ederek adalet ve hakkaniyete uygun bir yargılama ortamı oluşturup üzerine düşen görevi yerine getirmiş olacaktır."* şeklinde açıklamıştır.

Bazı durumlarda Mahkeme mülkiyet hakkını başvuruçunun şikâyet ettiği

74 E.2000/26, K.2000/48 K.T. 16/11/2000

75 AYM, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 24

76 Bkz., AYM, B. No: 2012/1035, 17/7/2014, § 34, 35, 36

başka bir hakla birlikte inceleyerek karar verebilmektedir. Bu tür kararlardan en çok görüleni yargı kararlarının icra edilmemesine yönelik kararlardır. Mahkeme yargı kararlarının icra edilmemesine yönelik şikâyetleri esas olarak adil yargılanma hakkından incelemekle birlikte, kararın icra edilmemesi sonucu başvurucuların mülkiyet haklarının da ihlal edildiğine karar verebilmektedir.⁷⁷

b. Müdahalenin Kanuniliği ya da Hukukilik

Hak ve özgürlüklerin ve bunlara yapılacak müdahalelerin ve sınırlandırmaların kanunla düzenlenmesi, bu haklara ve özgürlüklere keyfi müdahaleyi engelleyen ve hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli güvencelerinden biridir.⁷⁸

Sınırlandırmanın kanuniliği ya da AİHM'nin kullandığı tabir ile hukukiliği, kamu gücü kullanan otoritelerin bu gücünün kaynağını usulüne uygun olarak yapılmış kanunlardan almasını gerektirmektedir. Sözleşme "yasanın öngördüğü koşullar" ifadesini kullanmaktadır. Anayasa ise "kanunla" ifadesini kullanmaktadır. Bir yönüyle birbirinden farklı anlamları amaçlamadıkları söylenebilirse de Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin yorumları bu konuda biraz farklılaşabilmektedir.

AİHM, Sözleşmeye tabi bazı ülkelerin hukuk sistemlerinin farklılığı nedeniyle kanunilik veya hukukiliği yasama organlarının çıkardığı yasalar ve bu yasalara dayanılarak çıkarılmış ikincil düzenlemelerden daha geniş yorumlamaktadır. Bunun en temel nedeni sadece kanunun veya düzenleyici işlemlerin kanunilik şartını sağladığını kabul etmenin, yargı kararlarının hukukun bir parçası kabul edildiği *anglo-sakson* sistemlerde birçok işlemi hukuksuz duruma düşürebilme ihtimalidir. Bu sebeple AİHM, yasada öngörülen koşullar ifadesini (hukukiliği) geniş yorumlayarak istikrar kazanmış yargı kararlarının da bu şartı karşılayabileceğini kabul etmektedir.⁷⁹

Anayasa'nın 35. ve 13. maddeleri mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kamu yararı amacıyla ve kanunla yapılması gerektiği hüküm altına almaktadır. Mahkeme, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin bir kanun hükmüne dayandırılmasını birinci şart olarak aramaktadır.

Ülkemizin benimsediği hukuk sisteminde içtihadı birleştirme kararları dışında kalan diğer yargı kararları, konusu oldukları somut davaları bağladıkları için tek başına yargı kararları kanunilik ilkesini sağlamak için yeterli olmayacaktır.

77 Bkz., AYM, B.No: 2013/711, 3/4/2014, § 74-75

78 AYM, B. No: 2012/931, 26/6/2014, § 62-63

79 Bkz. AİHM, *Malone/Birleşik Krallık*, B. No: 8691/79, 2/8/1984, §§ 66-68

Kanunilik ilkesi gereği hakları sınırlandıran tüm kamu işlemlerinin mutlak manada bir kanuna dayanması gerektiği açık olmakla birlikte haklara yapılacak bir kamu müdahalesinin dayandığı kanun hükmünü detaylandıran ve somutlaştıran ikincil düzenlemeler de kanunun bütünleyici unsurları olarak kabul edilebilir. Mahkeme, kanunla düzenleme zorunluluğunun, hakka yapılacak müdahalenin uygulanmasının kanun çerçevesini aşmayacak şekilde tüzük, yönetmelik, tebliğ ve genelge gibi yürütme organının çıkardığı ikincil düzenlemelerle somutlaştırılması ve detaylandırılmasına mani olmadığı görüşünü kabul etmektedir.⁸⁰ Mutlak manada kanunla düzenlenmesi gereken hususlar ile neyin ikincil düzenlemelere konu olabileceği konusunda Mahkemenin klasik anayasa yargısı denetiminde geniş bir içtihadı bulunmaktadır.

Yapılan müdahalenin mutlak manada bir kanuna dayandırılmasının yanında kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu önceden öngörebilecekleri kadar hukuki belirlilik taşıması gerektiği, başka bir ifadeyle kanunun kalitesinin de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz ettiği belirtilmektedir.⁸¹

Mahkeme, hakkı sınırlandıran düzenlemenin taşıması gerektiği koşulları, iptal/itiraz davalarında hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik ilkelerine dayanarak Anayasa'nın 2. maddesinden türetmiştir. Anayasa yargısında, Mahkeme kararlarında ve gerekse doktrinde hukuk güvenliği ve hukuki belirliliğin sağlanması hukuk devletinin koşullarından biri olarak sayılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin formül haline gelmiş ve yakın zamanda bir miktar değiştirilmiş olsa da içeriğini koruyan hukuk devleti tanımında bu ilkeler hukuk devletinin şartları arasında sayılmaktadır.⁸²

Mahkemeye göre; *“belirlilik ilkesi yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.”*⁸³

Bir başka kararında Mahkeme belirlilik ilkesini geniş yorumlayarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gereklilikleri karşılaması koşuluyla yasalar

80 AYM, B. No: 2012/1246, 6/2/2014, § 60

81 AYM, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55-556

82 Bkz., AYM, E.2014/24, K.2014/122, K.T.3/7/2014

83 AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013

gibi mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemlerinin de hukuki belirliliği sağlayabileceğine karar vermiştir.⁸⁴

Mahkemenin kanunilik yorumu, AİHM'in kanunilik şartını yerine getiren yasanın yeterince ulaşılabilir, bireylerin davranışlarını düzenlemelerine imkân verecek açıklıkta ve eylemlerinin sonucunu öngörebilmelerini sağlayacak nitelikte olması gerektiğini ifade eden içtihadıyla da uyumludur.⁸⁵

Kanunilik ilkesinden incelenen bir başvuruda, 2942 sayılı Kanun'un 11. maddesinin (f) bendinde "mevkii" kelimesinin Yargıtay içtihatlarıyla tüm Türkiye'de ilçe sınırları olarak kabul edilmesine rağmen Ermenek ilçesi için çevresindeki ilçelerle il merkezinin birlikte değerlendirilerek buraların tarımsal getirilerinin ortalamasının kamulaştırma bedelinin tespitinde kullanılmamasından şikâyetçi olunmuştur.⁸⁶

Mahkeme öncelikle hukuki güvenlik ile belirlilik ilkelerine değinerek "2942 sayılı Kanun'un 11. maddesinin (f) bendinde açıkça ilçe düzeyini temel alacak bir hesaplama yapılmasının öngörülmediği, bunun yerine arazinin mevkii ve şartlarına göre belirleme yapılması öngörülerek uygulayıcılara ve mahkemelere takdir yetkisi tanındığı, ülkemizde arazilerin ürün verisi istatistiklerinin düzenli olarak resmi kurumlar olan il ve ilçe tarım müdürlüklerince tutulması nedeniyle Yargıtay içtihatları doğrultusunda mahkemelerin bu verileri esas aldıkları, büyük kamulaştırma projelerinin kabul edildiği alanlarda kamulaştırma bedelini arttırmaya yönelik gayretlerin yasama organının dikkatini çektiği ve buna karşı bazı yasal düzenlemeler yapıldığı, Ermenek ilçesinde tarım müdürlüğü ürün verimlerinde büyük baraj ve HES projesinin kabul edildiği 2002 yılından sonraki yıllarda günlük hayatın olağan akışıyla izah edilemeyecek derecede artışlar meydana geldiği ve Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin bahsedilen bölge için 2006 yılından itibaren farklı bir yöntemle bedel tespiti yapılması yönünde içtihat geliştirdiği anlaşılmıştır."tespitinde bulunmuş, uygulamanın oluşmasındaki şartları ve yeni içtihadın gerekçesini ortaya koymuştur.⁸⁷

Bu tespitten sonra Mahkeme, Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin mevkii kavramını daha geniş yorumlayan bedel tespiti yönteminin, 2942 sayılı Kanun'un 11. maddesinin (f) bendine açıkça aykırı olmadığını belirterek, 2006 yılından beri istikrarlı olarak uygulanan bu yöntemin bireyler için erişilebilir ve bilinebilir olduğu ve başvuru konusu olayda 2010 yılında açılan davada başvurucaunun, bahsedilen yerleşik içtihadı önceden öngörebileceği gerekçesiyle hukuki belirlilik bağlamında kanunilik ilkesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkemenin mülkiyet hakkıyla ilgili olarak kanunilik ilkesinin ihlal edildiği yönünde verdiği ilk karar kamulaştırmaz el atma uygulamasına iliş-

84 AYM, E.2009/9, K.2011/103, 16/6/2011

85 Bkz., AİHM, *Sunday Times/Birleşik Krallık*, B.No:6538/74, § 49

86 AYM, B. No: 2012/1246, 6/2/2014

87 AYM, B. No: 2012/1246, 6/2/2014

kindir. Mahkeme bu kararda hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine atfı yaparak el atma uygulamasını değerlendirmiştir. Mahkeme Anayasa'nın 46. maddesi ve 2942 sayılı Kanun gereği idarelerin kamulaştırma işlemi yapmak suretiyle taşınmazları iktisap etmeleri gerektiğini, Anayasa ve yasalar bu yöntemi öngörmüşken dayanağını Anayasa ve yasalardan almayan kamulaştırmасız el atma ile bireylerin mülkiyet hakkına son verilmesinin taşınmaz sahipleri için öngörülemez olduğuna ve kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁸

Mahkeme, ihlal kararında kamulaştırma ve el atma uygulamalarının taşınmaz sahiplerine sağladığı güvenceleri karşılaştırmıştır. Zira kamulaştırmасız el atma uygulamasında belli bir hukuki güvence sağlama imkânı sunan tek unsur, idare tarafından kullanımın yasal olmadığını tespit eden ve bireylere “kamulaştırmасız el atma nedeniyle tazminat” ödenmesine hükmeden mahkeme kararlarıdır. Kamulaştırma uygulamasında idare dava açarken el atma işlemine karşı taşınmaz sahipleri dava açmak zorunda bırakılmakta ve yargılama giderlerine katlanmak zorunda kalmaktadırlar. Bahsedilen başvuruda, idarenin esasen dere güzergâhında yaptığı ıslah çalışmasında hesap hatası nedeniyle başvurucunun taşınmazına şerit hâlinde el atıldığı ve hatanın anlaşılması ile bunun düzeltilmeye çalışıldığı göz önünde bulundurularak daha yumuşak bir dil kullanılmıştır.⁸⁹

Mahkemenin mülkiyet hakkının kanunilik ilkesine uyulmadığı gerekçesiyle ihlal edildiği yönündeki bir diğer kararı ise vergilerle ilgili hayli ilginç bir karardır. Başvuru konusu olayda daha önce özel sigorta fonksiyonu gördüğü gerekçesiyle vergi idaresi ve vergi mahkemelerince vergiye tabi olarak değerlendirilmeyen banka munzam sandıkları tarafından yapılan katkı payı ödemelerinin 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 63. maddesi anlamında ücret kabul edilerek vergilendirilmesi ve vergiye bağlı ceza tahakkuk ettirilmesi ile bu işlemin ilk derece mahkemesi ve Danıştay tarafından hukuka uygun görülmesinden şikâyetçi olunmuştur. Kararda Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri yanında verginin kanuniliği ilkesinin düzenlendiği 73. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü ile vergi mükellefi bakımından vergisel yükümlülüklerin “belirliliği” ve “öngörülebilirliği” ve bu bağlamda vergi mükelleflerinin hukuki güvenliğinin sağlanmak istendiği belirtilmiştir. 193 sayılı Kanun'un 61. maddesi çerçevesinde katkı payı ödemelerinin ücret olup olmadığı hususunun mahkeme kararlarında ayrıntılı bir şekilde ve tüm yönleriyle tartışıldığı ve bu ödemelerin ücret olarak vergilendirilmesi gerektiği sonucuna varıldığı ve hukuk kurallarının yorumlanması yetkisi derece mahkemelerine ait olduğundan söz konusu ödemelerin ücret olarak kabulü gerektiği sonucuna varılmış,

88 AYM, B. No: 2013/1436, 6/3/2014, § 58

89 AYM, B. No: 2013/1436, 6/3/2014, § 57, 59, 60

ancak katkı payı ödemelerinin ücret olarak kabul edilerek vergilendirilmesi işleminin geriye yürütülerek uygulanmasının, müdahalenin kanun tarafından öngörülmüş olması koşulu bakımından değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁹⁰

Mahkeme bu incelemede neyin vergi olduğu konusuna müdahale etmemiş, bunun derece mahkemelerinin yetkisinde olduğunu ifade etmiş, ancak öngörülebilirliğin sağlanıp sağlanamadığını incelemiştir. Daha önce verilmiş konuyla ilgili mahkeme kararlarının ve Maliye Bakanlığının vermiş olduğu muktezaların başvuru lehine olması ile 2012 yılına kadar katkı payı ödemelerinin vergiye tabi tutulmaması göz önünde bulundurularak, bu tarihten önce bahsedilen ödemelerin gelir vergisine tabi tutulması gerektiği konusunda öngörülebilirliğin bulunmadığı tespit edilmiştir. Mahkeme, vergi tarhının öngörülebilirliğin bulunmadığı dönemlere teşmil edilmesini, yorumla geçmişe etkili bir şekilde uygulama olarak kabul ederek ortaya çıkacak sonuçlara bireylerin katlanmasını beklemenin hakkaniyete uygun olmayacağı sonucuna ulaşmış ve beş yıl geriye dönük şekilde yapılan vergi tarhının kanunilik ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Kararda vergi aslı için yapılan tespitlerin cezalar için de geçerli olduğu ifade edilmiş ve başvuru tarafından vergi dairesine ödenen vergi, faiz ve ceza kadar tazminatın başvurucuya ödenmesine karar verilmiştir.⁹¹ Anılan kararlar Sözleşme'nin çok esnek düzenlediği ve devletlerin takdir yetkisini oldukça geniş düzenlediği vergi ve diğer mali yükümlülüklerle ilgili olarak da Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkı kapsamında inceleme yapma iradesinin ve mülkiyet hakkını bireysel başvurunun ilk yıllarında dahi geniş yorumlama eğiliminin olduğu gösterilmiştir.

Mahkeme, sosyal güvenlik ödemeleriyle ilgili olarak yapılan bir başvuruda devam eden davaları ve dolayısıyla emeklilik ödemelerinin geçmişe dönük olarak kanunla sınırlandırılmasını mülkiyet hakkı kapsamında incelemiştir. Mahkeme AİHM kararlarına atıfla sosyal güvenliğin, devlet tarafından üstlenilen önemli bir sorumluluk olduğu ve bu sorumluluğun gereklerinin sağlıklı bir şekilde yerine getirilebilmesi için birtakım düzenlemeler yapılmasının kaçınılmaz olduğunu belirtmiş ve düzenlemenin meşru amacının bulunduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre devletin sosyal güvenlik alanına ilişkin takdir yetkisi geniştir ve sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemeler değiştirilmeye açık olduğundan yasama organı bu konuda engellenemeyecektir. Dolayısıyla, kanunlara veya mahkeme kararlarına dayalı olarak tanınmış emeklilik haklarını, geçmişe etkili yeni kanunlarla değiştirmek müdahalenin orantılı olması şartıyla kabul edilebilir görülmüş ve bu tür düzenlemelerin açıkça keyfi olduğu tespit edilmedikçe, kanunilik şartını ihlal etmiş sayılmayacağı ifade

90 AYM, Bkz., B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 42, 48, 49

91 AYM, Bkz., B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 58, 59, 60, 61

edilmiştir.⁹² Belirtilen tespitler, başvuruya konu müdahalenin dayanağı olan kanuni düzenleme bakımından da geçerli olup, bu kapsamda, somut olay açısından müdahalenin hukukiliği şartının sağlanmış olduğu sonucuna varılmıştır.

c. Meşru Amaç ya da Kamu Yararı

Esasen tüm kamusal yetkiler yasama ve yargı da dâhil olmak üzere özel çıkarlar için değil, toplumun genel çıkarı ya da kamu yararı/menfaati amacıyla kullanılmalıdır. Bu amaç kamu gücü kullanımının meşru amacı veya onu meşrulaştıran amacdır. Ancak toplumun genel çıkarı ya da kamu yararı tek tek tüm bireylerin yararı anlamına gelmeyebilir, belirli bir bölgenin veya belirli bir grubun, örneğin bir meslek grubunun yararı için yapılan işlemler de kamu yararına sayılabilir.

Kamu yararı kavramı idari yargıda anayasa yargısı ile karşılaştırıldığında karar sürecinde daha yoğun kullanılmaktadır. Yapılan bir çalışmada ülkemiz uygulamasında ve yargı kararlarında başlarda dar olarak algılanan kamu yararı kavramının ekonomik sosyal gelişmelerle doğru orantılı olarak arttığı, sağlık, sükûn, güvenlik, askeri nedenler, iskân sağlama, sanayileşme, trafik ve karayolları, turizmi geliştirme, kıt ve sınırlı kaynakları en etkin biçimde kullanma, toprağın verimli işletilmesini gerçekleştirme ve çağdaş şehircilik anlayışına ulaşma, iskân projeleri, kıyıların korunması, tarihi eserlerin ve doğal kaynakların korunması, sosyal güvenlik ve ekonomik kalkınma gibi pek çok sebeple mülkiyet hakkının sınırlandırılabilirdiği ifade edilmektedir.⁹³ Bir başka çalışmada ise, bu kavramın anlam ve muhtevasının ne kadar müphem, karmaşık, içi boş ve belirsiz ise mülkiyet hakkının ihlale o derece açık hâle geldiği; anlam ve muhtevası ne kadar netleştirirse mülkiyet hakkının da o kadar korunacağı ileri sürülmektedir.⁹⁴

Anayasal yorum bağlamında anayasa metninin kesin bir sonuç öngörmediği, yasa metninin açıkça Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği durumlarda iptal etme yetkisinin sonuna gelindiği ve seçilmiş parlamentonun kararına saygı duyulması gerektiği ifade edilmektedir. Yasanın yorumunda yargıcın yasa koyucunun iradesini ortaya çıkarmak için metnin anlamını daraltıp ge-

92 AYM, B. No: 2012/931, 26/6/2014, § 58; Bkz. AİHM, *Arras ve Diğerleri/İtalya*, B. No: 17972/07, 14/2/2012, § 81; *Maggio ve Diğerleri/İtalya* B. No: 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08, 56001/08, 31/5/2011, § 60; *Maurice/Fransa*[BD], B. No: 11810/03, 6/1/2005, § 81; *Draoni/Fransa*[BD], B. No: 1513/03, 6/1/2005, § 73; *Kuznetsova/Rusya*[BD], B. No: 67579/01, 7/6/2007, § 50

93 Öncü, Esin, *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı: Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No:473, İstanbul 1976, s.261-272

94 Başpınar, s. 72-73

nişletme yetkisi varken Anayasa'nın yorumunda aynı şey söylenemez. Çünkü toplumun genel iyiliğinin ne olduğunu belirleme yetkisini Anayasa, yasama organına vermiştir.⁹⁵

AİHM'in uluslararası bir kurum olmasından yola çıkarak ulusal makamların kamu yararını tespit konusunda ulusal makamların ve ulusal hâkimin daha avantajlı bir konumda olduğu ve müdahalenin kamu yararına olmadığına başvuru tarafından ispat edilmesi gerektiği⁹⁶ kabulü bireysel başvuruda aynı ölçüde olmasa da Anayasa Mahkemesi için de geçerlidir. Zira Mahkemenin, ulusal bir makam olmakla birlikte kamu yararı kararı alan ve uygulayan idare kadar bir konuda, bir bölgede ve bir alanda neyin kamu yararına uygun olduğunu bütün yönleriyle değerlendirerek takdir etme imkânı olmadığı gibi, bu konuda uzmanlaşmış yerel mahkemeler kadar işin esasına girerek denetim yapması da mümkün değildir. Bu anlamda kamu yararı konusunda Mahkemenin konumu AİHM ve Anayasa yargısında Mahkemenin konumuyla bir olmasa da Mahkemenin idari makamlar veya yerel mahkemelerin yerine geçmesi de söz konusu değildir. Bu durum bireysel başvuru yargılamasında geçerli olan ve AİHM'nin vurguladığı *subsidiarity* ilkesinin de gereğidir.

Kamu yararının subjektif yapısı bu konudaki denetimi güçleştirdiğinden AİHM, kamu yararının doğası gereği geniş bir kavram olduğunu, kişileri beldelini ödeyerek mülkiyetlerinden yoksun bırakmayı düzenleyen yasalar gibi sosyal ve ekonomik politikaların uygulanmasını belirleyen düzenlemeler konusunda yasama organının geniş bir takdir yetkisi olmasının doğal olduğu, açıkça makul bir temelden yoksun olmadıkça yasama organının neyin kamu yararına olduğuna dair verdiği, karara saygı duyulması gerektiğini ifade etmektedir. Bunun da ötesinde AİHM, yasama ve yürütme organlarının toplumun ihtiyaçlarını dikkate alarak neyin kamu yararına olduğunu belirlemede geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını, kural olarak kamu makamları ekonomik veya toplumsal bir politikayı hayata geçirmek amacıyla mülkiyet hakkına müdahale etmişlerse burada meşru bir kamu yararı amacının bulunduğu varsaymak gerektiğini, kamu yararı konusunda bir uyuşmazlığın çıkması hâlinde ise görevli mahkemelerin uyuşmazlığı çözmek konusunda daha iyi konumda olduklarının açık olduğunu, bu nedenle müdahalenin kamu yararına uygun olmadığına ispat yükümlülüğünün bunu iddia edene ait olduğunu kabul etmektedir.⁹⁷

95 Strang, Lee J., "The Role of the Common Good in Legal and Constitutional Interpretation" University of St. Thomas Law Journal Vol.3:1, 2005, s.62-70

96 AİHM; *Bronioski/Polonya*, B.No: 31443/96, 28/9/2005, § 148

97 Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *James ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 46; *Eski Yunan Kralı ve Diğerleri/Yunanistan*, B. No: 25701/94, 23/11/2000, § 87; *Broniowski/Polonya* B. No: 31443/96, 22/6/2004, § 148

Anayasa Mahkemesi de benzer bir yaklaşımla kamu yararı kavramının, genel bir ifadeyle özel veya bireysel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade ettiğini, bütün kamusal işlemlerin, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirme hedefine yönelmek durumunda olduklarını belirtmekte⁹⁸ ve bireysel başvuru incelemesinde açıkça temelden yoksun veya keyfi olduğu anlaşılmadıkça yetkili kamu organlarının kamu yararı tespiti konusundaki takdirine müdahalesinin söz konusu olamayacağını söylemektedir.⁹⁹ Mahkemenin bugüne kadar mülkiyet hakkıyla ilgili olarak kamu yararının bulunmadığı yönünde vermiş olduğu bir ihlal kararı bulunmamaktadır.

Bazı durumlarda ise Mahkeme, sosyal güvenlik gibi ekonomik dengelerin sürdürülebilirliğini etkileyen konularda orantılılık incelemesini güçlü kamu yararı kavramına dayanarak başka durumlarda orantılı olmadığını söyleyebileceği halde kamu lehine yorumlamaktadır. Mahkemenin bu konuda önemli bir kararı, devlet bankası emekli sandıklarının ödedikleri emekli aylıklarının artış oranını sınırlayan kanun hükmünün geçmişe etkili uygulanmasıyla ilgilidir. Bu kararda Mahkeme, mülkiyet hakkı yönünden Kanunun gerekçesine atf yaparak¹⁰⁰ *“Bu gerekçeye göre, düzenlemenin amacının esas itibarıyla, sözü edilen sandıkların 506 sayılı Kanun’a göre bağlanan aylıklara uygulanan artışlar nedeniyle aktüeryal dengelerinin bozulmasını engellemek olduğu anlaşılmaktadır. Sosyal güvenlik hizmetlerinde aktüeryal denge, mevcut ve gelecekteki varlıkların toplamının yine mevcut ve gelecekteki yükümlülüklerin toplamına eşit olması ve sistemdeki bireylere verilen taahhütlerin, sistem tarafından karşılanabilir olması anlamına gelmekte olup, 5510 sayılı Kanun’un geçici 20. maddesi gereğince belirli bir süre sonra Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) devredilecek olan bu sandıkların mali dengelerinin korunmasında, genel sosyal güvenlik sisteminin mali yapısının korunması ve sosyal güvenlik planlaması çerçevesinde toplumun korunmaya daha çok muhtaç olan fertlerinin de bu sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınması bakımından zorlayıcı nitelikteki kamu yararı olduğu açıktır.”* şeklinde güçlü kamu yararını ortaya koymuştur. Daha sonra orantılılık incelemesine geçilmiş, ancak ihlal bulunmamıştır.¹⁰¹

d. Müdahalenin Ölçülülüğü ya da Orantılılığı

Orantılılık, müdahale ile ulaşılmak istenen kamu yararı ile müdahale edilen bireysel hak arasında makul bir orantı kurulmasını ifade etmektedir.

AİHM’in, mülkiyet hakkıyla ilgili verilen ilk ihlal kararı olan Sporrang ve Lönnorth/İsveç kararında mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ihlal ile

98 AYM, E.2010/30, K.2012/7, K.T.19/1/2012

99 AYM, B. No. 2013/817, 19/12/2013, § 36

100 13/2/2011 tarih ve 6111 sayılı Kanunla 506 sayılı mülga Sosyal Sigortalar Kanunu’nun geçici 20. maddesine yapılan ilavenin gerekçesi

101 B. No: 2012/1246, 6/2/2014, § 60-61

sonuçlanmaması için müdahalenin kanuniliği ve izlediği meşru kamu yararı amacının yeterli olmadığı, aynı zamanda kullanılan araçla ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurulması gerektiği ortaya konulmuştur. AİHM'e göre toplumun genel yararı (kamu yararı) ile bireyin temel hakkının (mülkiyet hakkı) korunmasının gerekleri arasında adil bir denge olmalıdır.¹⁰² Bu denge müdahalenin türüne göre farklı şekilde kurulabilir. Mülkiyet hakkının doğası gereği genellikle bir miktar tazminat ödenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Özellikle mülkiyetten yoksun bırakma durumu bulunduğu tazminat ödenmesi zorunlu hâle gelmektedir.

Mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde adil denge konusunda AİHM, demokratik toplumda gereklilik şartını aradığı diğer haklara göre, kullanılacak araç konusunda devletlerin kuvvetli takdir yetkisi olduğunu kabul etmektedir. AİHM, ölçülülüğün göstergeleri olarak, belli bir miktar tazminat ödenmesi, tazminatın miktarı ve zararı karşılama oranı, sınırlamanın süresi (özellikle imar sonrası inşaat yasakları ve kamulaştırma kapsamına alınıp kamulaştırma işleminin gecikmesi hallerinde), başvuruçunun somut olaydaki davranışları ve niyeti, başvuruçuya yapılan müdahalenin benzer durumdaki kişilere yapılmaması gibi ayrımcı bir motif taşıyıp taşımadığı, müdahalede öngörülebilir bir ekonomik risk olup olmadığı ve başvuruçunun müdahale konusu olayda gerekli özeni gösterip göstermediği (örneğin ceza davasında müsadere halinde) gibi hususları incelemektedir. AİHM ayrıca, hukukun üstünlüğü kavramını da kanunilik ilkesi yanında ölçülülük ilkesinde özdeşleştirerek inceleme yapabilmektedir.¹⁰³

Anayasanın 13. maddesinde haklara getirilecek sınırlandırmaların koşulları kanunilik ilkesi dışında öze dokunmama, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama şeklinde sıralanmıştır.

Klasik Anayasa yargısında mülkiyet hakkının özüne dokunan müdahaleler; kullanımı açıkça yasaklayan, açıkça yasaklamamakla birlikte kullanılmaz hâle getirecek kayıtlara tabi tutan, kullanılmasını aşırı derecede güçleştiren veya imkânsızlaştıran, amacına ulaşılmasını engelleyen, etkisini ortadan kaldıran, ne ifade ettiği açıkça anlaşılamayan ve her türlü yoruma açık hükümlerle sınırlandıran ve hakkı genel olarak ortadan kaldıran müdahaleler şeklinde sıralanmıştır.¹⁰⁴

Mahkeme, ölçülülük ilkesinin, “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğunu, “Elverişlilik” ilkesinin, öngörülen müdahalenin, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, “ge-

102 AİHM, *Sporrong ve Lönnorth/İsveç*, 23/9/1982, B.No: 7151/75, § 69

103 Geniş bilgi için bkz., Gemalmaz, s.530-609

104 Altan, s.127-128

reklilik" ilkesinin, ulaşılacak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, "orantılılık" ilkesinin ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılacak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade ettiğini belirtmektedir.¹⁰⁵

Sahibi olduğu apartman dairesini dernek şubesi olarak kullanması komşusunun açtığı dava sonucunda engellenen başvurunun şikâyetini inceleyen Mahkeme, kişilerin maliki olduğu taşınmazı dilediği şekilde kullanma hakkı olmakla beraber, devletin bu kullanımı kontrol/düzenleme yetkisi olduğu belirtilmiştir. Daha sonra dolaylı müdahalenin (yasa yoluyla ve bunun üçüncü bir kişi tarafından mahkemeye taşınması sonucu yargı yoluyla) kaynağı olan 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun "Yasak işler" kenar başlıklı 24. maddesinin meşru amacının bulunduğu, kanun hükmünün yeterli açıklığı taşıdığı ve Yargıtay içtihatlarının bu konuda istikrarlı ve açık olduğu belirtilerek ölçülülük incelemesine geçilmiş ve: "...düzenleme bahsedilen mülkün iş yeri olarak kullanımını başkalarının haklarını korumak gayesiyle kat maliklerinin ortak rızasına bağlayan bir düzenleme olup, diğer kat maliki başvurucuya maliki olduğu taşınmazı dernek şubesi olarak kullanması için izin vermemiştir. Başvurucunun mülkiyetine yapılan müdahale bahsedilen mülkü kiraya verme veya başka türlü bir tasarrufla kullanmasına mani değildir. Başvurucunun kanunlarla getirilen sınırlamalar çerçevesinde mülkiyet hakkını kullanabileceği dikkate alındığında somut başvuruya konu müdahalenin başvurunun önemli ölçüde zararına sebebiyet vereceği söylenemez" gerekçesiyle başvurunun mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.¹⁰⁶

Devlet bankası emekli sandıklarının ödedikleri emekli aylıklarının artış oranını sınırlayan kanun hükmünün geçmişe etkili uygulanmasıyla ilgili kararda, 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesi ile davalı Vakfın bağladığı aylıklara yapılan artış oranlarının SGK sigortalılarına bağlanan yaşlılık aylıklarına yapılan artış oranları ile karşılaştırılma ölçütü yerine, muadil miktar karşılaştırması esasının getirilmesinin, başvurunun meşru beklentisine konu olan eksik ödemelere ilişkin alacağın başvurunca ödenmemesi ile sınırlı bir sonuç doğurduğunu ve daha önce izah edilen zorlayıcı nitelikte kamu yararı amacına dayanan düzenlemenin, başvurunca ağır ve tahammül edilemez bir yük altına sokmadığı, müdahalenin amacı ile başvurunca yüklenen külfetin orantılı olduğu sonucuna varılmıştır.¹⁰⁷

Bahsedilen kararda mülkiyet hakkı yönünden ihlal kararı verilmese de yasa ile devam eden yargılama sürecine müdahale, silahların eşitliği ilkesine aykırı

105 AYM, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38

106 Bkz., AYM, B. No: 2012/1035, 17/7/2014, § 34, 35, 36

107 AYM, B. No: 2012/1246, 6/2/2014, § 60-61

bulunarak adil yargılanma hakkı yönünden ihlal kararı verilmiş ve başvurucuların mağduriyetinin giderilmesi sağlanmıştır. Bu karar dolaylı olarak başvurucuların mülkiyete bağlı şikâyetlerinin de giderilmesine hizmet etmiştir.

Mahkeme, sahibi olduğu tarım arazisi niteliğindeki taşınmazda taş ocağı işletme ruhsatı talebi reddedilen başvurucuların şikâyetlerini kullanımın kontrolü kapsamında ölçülülük ilkesinden incelemiş ve “*başvurucuların talep ettikleri kullanım şekline daha önce hak kazanmadıkları, başvurucuların diledikleri takdirde sahibi oldukları taşınmazı tarım amaçlı kullanabilecekleri ya da kiraya vermek suretiyle gelir elde edebilecekleri, tarım arazilerinin tarım amacı dışında kullanılamayacağına ilişkin düzenlemedeki korunan hukuki yarar dikkate alındığında başvurucuların mülkiyet hakkını kullanmalarına getirilen sınırlandırmanın, mevcut yararlanma şekillerini engelleyen, mevcut gelir elde etme imkânlarını kısıtlayan ya da taşınmazın değerini düşüren bir sınırlandırma olmadığı ve başvurucular üzerine ulaşılacak istenen kamu yararı ile kıyaslandığında aşırı bir yük getirmediği, dolayısıyla “adil dengeyi” bozmadığı”* sonucuna ulaşarak ihlal olmadığı yönünde karar vermiştir.

Bireysel başvurularda genellikle şikâyet konusu yapılan şey tazminat veya dava konusu varlığın ekonomik değerini etkileyen hususlar olduğundan orantılılık üzerinden inceleme yapılmakta ve tazminatın miktarı, tazminatın ödenmesindeki gecikme veya tazminatın ödenmemesi üzerinde durulmaktadır.

i. Maddi Tazminat

Sözleşmeye ek protokol olarak mülkiyet hakkının düzenlenmesi çalışmalarında üye devletler mülkiyete müdahale hâlinde tazminat yükümlülüğü getirilmesine karşı çıkmışlardır. Neticede Sözleşme maddesine tazminat ödeme yükümlülüğüne dair bir hüküm konulmamıştır. AİHM, tazminat yükümlülüğünü orantılılık ilkesinden hareketle içtihat yoluyla geliştirmiştir.¹⁰⁸

Genel bir tasnifle AİHM, mülkiyetten yoksun bırakmaya yakın kısıtlamalar, devletleştirme, kamulaştırma, kamulaştırmasız el atma, kıyı-kenar ve orman nedeniyle tapu iptalleri ile bazı durumlarda mülkiyetin kullanımının kontrolü amacıyla yapılan müdahalelerde tazminat ödenmesi gerektiğine karar verebilmektedir.¹⁰⁹

AİHM, adil denge kuralına uyulup uyulmadığını ve başvurucular üzerine orantısız bir yük getirilip getirilmediğini iç hukuktaki tazminat koşullarını dikkate alarak değerlendirmektedir. Tazminata konu olarak en çok karşılaşı-

108 Bayar, s.520

109 Bkz., Nalbant ve Doğru, s.659-678

lan müdahale kamulaştırma ve kamulaştırmaz el atma şeklindeki mülkten yoksun bırakma halleridir. Bu hallerde AİHM, taşınmazın değerini makul ölçülerde karşılayan bir tazminat ödenmemesi hâlinde yoksun bırakmanın başvuranlar üzerinde aşırı bir yüke sebep olduğuna karar vermektedir.¹¹⁰ Ancak AİHM kararlarında, ekonomik reform ve sosyal adaletle ilgili amaçlarla yapılan geniş çaplı uygulamalarda mülkünden yoksun bırakılan kimselere mülklerinin piyasa değerinin altında bir ödeme yapılabileceği vurgulanmaktadır.¹¹¹

Anayasa Mahkemesi ise bireysel başvuru kapsamında orantılılık ya da ölçülülük incelemesini Anayasa'nın 35. maddesiyle birlikte 13. maddesi kapsamında yapmaktadır. Zira Anayasa'nın 35. maddesi kişilerin mülkiyet haklarının kanunla ve kamu yararı gereği kısıtlanabileceğini hüküm altına alırken ölçülülükten ve genel bir tazminattan bahsetmemektedir. Ancak Anayasa'nın 13. maddesi sınırlandırılmaların hakkın özüne ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağını hüküm altına almaktadır.

Anayasanın kamulaştırmayı düzenleyen 46. maddenin birinci fıkrasında; *“Devlet ve kamu tüzelkişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir”* denilmektedir. Mahkeme bu hükme dayanarak kamu yararı bulunmasını, kamulaştırma kararının yasada gösterilen esas ve usullerine uyulmasını ve gerçek karşılığın peşin ve nakden ödenmesini kamulaştırmanın anayasal öğeleri olarak sıralamakta;¹¹² bir taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesini, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durum olarak kabul etmektedir.¹¹³

Mülkiyet hakkının doğası ve başvuruçuların talebi genellikle tazminata yönelik olduğundan inceleme de daha çok ödenen tazminatın orantılılığı üzerinde yapılmaktadır. Tazminata yönelik başvuruların bir kısmı mahkemelerin kamulaştırma bedeli veya el atma tazminatını düşük belirlediği iddialarını taşımakta, bir kısmı ise geç ödemenin faizsiz yapılmasına, farklı faiz oranı uygulanmasına veya bu dava sürecinde taşınmaz değerinin çok fazla artmasına bağlı şikâyetleri içermektedir.

Kurulan irtifak hakkı karşılığı belirlenen değer düşüklüğü oranının yeterli olmadığı, tazminatın olması gerekenden düşük belirlendiği ve Yargıtay'ın irtifak hakkı kurulmasında sabit oranlar üzerinden değer tespiti yaptığı şikâyetlerini ölçülülük ilkesi kapsamında inceleyen Mahkeme, taşınmaz bedel

110 AİHM, *Kutsal Manstırlar/Yunanistan*, B. No: 31423/96, 25/3/1999, § 89-90

111 AİHM, *James ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 21/2/1986, B.No: 8793/79, § 54

112 Bkz. AYM, E.2004/25, K.2008/42, K.T.17/1/2008

113 Bkz. AYM, E.2002/112, K.2003/33, 10/4/2003

tespitinin güçlüklerinden bahsetmiş ve bu konunun yasada gösterilen kriterler çerçevesinde uzman Mahkemelerin ve Yargıtay'ın bu konudaki uzman dairelerinin yetki ve görevinde olduğunu, Mahkemenin yapacağı incelemenin ise orantılılık incelemesi olduğunu belirtmiş, daha sonra Yargıtay'ın bu konudaki içtihatlarına¹¹⁴ atıf yaparak taşınmazın geometrik şekli, yüzölçümü, niteliği, enerji nakil hattının güzergâhı ve irtifak hakkının taşınmazda meydana getirdiği etkinin göz önünde bulundurulduğunu, bu kriterlerde taşınmazın değerini değiştiren bir husus olamadıkça taşınmazın niteliğine göre belli oranların uygulandığının anlaşıldığını, somut başvuruya konu olayda da bu kriterler göz önünde bulundurularak bahsedilen oranların üzerinde bir ödeme yapıldığını tespit etmiş ve başvuruculara ödenen bedel ile ulaşılmak istenen kamu yararı arasında orantısızlık bulunduğu veya adil dengenin gözetilmediğine dair bir husus saptanamadığı gerekçesiyle müdahalede ihlal olmadığına karar vermiştir.¹¹⁵

Mahkeme kamulaştırma bedelinin veya el atma tazminatının düşük tespit edildiği şikâyetlerini, taşınmazın değerini etkileyen açık ve somut bir gerçeğe dayanmadığı sürece hakkaniyete uygun karar verilmediği ve yargılamanın sonucunun adil olmadığı yönündeki şikâyetler olarak kabul ederek (temyiz mercii şikâyeti) bu şikâyetler hakkında genellikle açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermektedir.¹¹⁶ Mahkemenin buradaki düşüncesinin somut bir gerçeğe dayanan (örneğin faiz ödenmemesi ve uzun yargılama nedeniyle değerde aşınma veya somut bir gerçeğe dayanan düşük değer iddiası) bedel tespitine dair şikâyetleri ölçülülük ilkesi kapsamında incelemek, ancak başvurucuların soyut iddialarına dayanan (soyut olarak ileri sürülen arazi daha değerli, çevresinde daha iyi fiyatla satılan taşınmazlar var, mahkeme taşınmazın değerini etkileyen yönleri ve oranları doğru tespit etmedi gibi) şikâyetleri ise mahkemelerin verdiği karardan memnun olmayan başvurucuların temyiz niteliğindeki şikâyetleri olarak değerlendirerek yargılama sonucunun adil olmadığı veya hakkaniyete uygun yargılama yapılmadığı başlığı altında incelemektedir.

Gerçekten de Mahkeme, ikinci grup şikâyetleri esastan incelemek isterse hangi bedelin ölçülü olduğunu tespit etmesi oldukça zordur. Mahkemenin görevi olmayan bu konuda uzmanlığı olmadığı gibi, yeterli bilgi ve belgeye de sahip değildir. Ayrıca bu Mahkemenin görevi de değildir. Başvurucuların ikinci grup şikâyetlerini ilk derece mahkemelerine yapmaları ve bu şikâyetlerini mahkemelerin inceleyerek değerlendirmemesi hâlinde adil yargılanma hakkına konu bir şikâyetle bulunmaları gerekmektedir. Aynı şekilde taşınma-

114 Yargıtay 5. hukuk Dairesinin 27/12/2012 tarih ve E.2012/22256, K.2012/28953 sayılı kararı

115 Bkz., AYM, B. No. 2013/2511, 22/1/2015

116 Bkz. B. No. 2013/2550, 10/12/2014, § 26

zın çevresinde daha yüksek bedelle satışların olduğu iddiasını da başvuru-
cuların ilk derece mahkemesine sunmaları gerekmektedir. Zaten uygulamada
derece mahkemeleri, taraflardan emsal örnekleri vermelerini istemekte, mah-
kemeler de resen emsal örnek belirlemekte ve bilirkişiler bunların arasından
en uygunlarını seçerek tespit yapmaktadırlar. Başvurucuların bu konuda
yapmaları gereken, bu süreçlerde kanuna uymayan ve hak ihlaline sebebi-
yet veren bir uygulamanın olması hâlinde bunu şikâyet konusu yapmalarıdır.
Aksi takdirde bedel tespitinde mahkemelerce kullanılan takdirin soyut iddi-
alarla sorgulanması mümkün değildir. Zira yöntemle ilgili açık bir keyfilğe
veya bedelin açıkça anlaşılır şekilde düşük tespitine sebep olmuyorsa derece
mahkemelerinin takdir haklarının denetlenmesi Anayasa Mahkemesinin uz-
manlık alanı olmayan bir alanda diğer mahkemelerle karşı karşıya gelmesine
sebebiyet verebilecektir. Bunun yanında konuyla ilgili hiçbir uzmanlığı ol-
mayan kişilerin dahi kolaylıkla anlayabilecekleri hatalı değer tespitleri olursa
bunların ölçülülük ilkesi kapsamında inceleneneğini beklemek yanlış olma-
yacaktır.

Bununla birlikte taşınmazın değerini etkileyecek somut ve açık bir duru-
mun yargılama sürecinde dikkate alınmaması hâlinde elbette ölçülülük ilke-
sinden inceleme yapılabileceği açıktır. Nitekim AİHM, yapılan kamulaştırma-
larda taşınmazın kültürel mal varlığı (tarihi eser) niteliğinin değer tespitinde
dikkate alınmaması şikâyetlerini incelemiş ve ölçülülük ilkesinin yerine geti-
rilmesi için kamulaştırılan taşınmazın kültürel özelliklerini yansıtan makul
bir bedelin tayin edilmesi gerektiğini belirterek başvuru-
cunun mülkiyet hak-
kının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹⁷

Mahkemenin bu güne kadar ölçülülük ya da orantılılık incelemesi yaptığı
başvurular genellikle kamulaştırma ve kamulaştırmaz el atmalarda dava ta-
rihine göre belirlenen bedellerin dava sonunda faizsiz ödenmesi ya da faizin
yetersizliği ve enflasyon nedeni ile oluşan değer kayıplarıyla ilgili şikâyet-
ler olmuştur. Kamulaştırma söz konusu olduğunda, sınırlandırmanın ya da
mülkten (taşınmaz) yoksun bırakmanın özel düzenlemesi olarak Anayasa'nın
46. maddesi Mahkemece somut olaya uygulanmaktadır. Bu nedenle kamulaş-
tırma veya el atma bedelinin ödenmesiyle ilgili başvurular Anayasa'nın 13.,
35. ve 46. maddeleri kapsamında incelenmektedir.

Mahkeme, bireysel başvuru incelemesinde kamulaştırma bedelinin öden-
mesiyle ilgili olarak gerçek karşılığının altında bir bedel ödenerek bir taşın-
mazın idareye geçmesini de Anayasa'nın 46. maddesi hükmüne açıkça aykırı-
lığın yanında mülkiyet hakkına ve Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçü-
lülük ilkesine de aykırı ve ulaşılmak istenen kamu yararıyla kıyaslandığında

117 AİHM, Kozacıoğlu/Türkiye, B. No: 2334/03, 19/2/2009, § 68-72

mülkünden yoksun bırakılan kişiye ölçüsüzce ağır bir yük yükleyen ve makul olmayan müdahale niteliğinde kabul etmektedir.¹¹⁸

Mahkeme, AİHM kararlarına atıf yaparak kamulaştırma nedeniyle peşin ödenmesi gereken bedelin ödenmesinde gecikme bulunması hâlinde aradan geçen sürede enflasyon nedeniyle hissedilir değer kaybına neden olan unsurların varlığının dikkate alınmaması hâlinde ödenen bedelin gerçek karşılık olarak nitelendirilemeyeceği, dolayısıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantılı olabilmesi için ödenen tutarların enflasyonun etkilerinden arındırılarak güncelleştirilmesi, yani kamulaştırma tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen süredeki hissedilir değer kaybını telafi edecek bir mekanizmanın kullanılması gerektiğini belirtmektedir.¹¹⁹

Kamu borç ve alacaklarına enflasyonun etkisi konusunda; devletin şartları tek taraflı olarak düzenleyebildiği, bu nedenle bireylerin zayıf bir konumda oldukları ve haklarının korunması gerektiği, aksi halde toplumda bazı bireylerin kamu politikaları masraflarını daha fazla üstlenme durumu ile karşı karşıya kalacakları, enflasyon ve faiz kaynakların yeniden dağılımına sebep olduğundan oluşan kayıplarının tazmini gerektiği eleştirisi yapılmıştır.¹²⁰

Mahkemenin kararında yer alan “hissedilir değer kaybı” ifadesinin önemli olduğu düşünülmektedir. Mahkeme kamulaştırma bedeli ödemelerinde Anayasa gereği gerçek karşılığı ararken, ödemelerin gecikmesinde ise hissedilir değer kayıplarının bulunması hâlinde ödemenin gerçek değerinden uzaklaşılacağını belirtmektedir. Bu husus tersinden okunduğunda değer kaybının az, makul, katlanılabilir olması hâlinde gerçek bedel kuralının, yani ölçülülük ilkesinin ihlal edilmeyeceği söylenebilir.

Bu durumda Anayasa Mahkemesinin kamulaştırma bedeli ödemelerinde AİHM'den farklı olarak Anayasa'nın 46. maddesi gereği her durumda gerçek karşılığın ödenmesi gerektiği yönünde görüşü bulunduğu, ancak ödemelerdeki gecikme hâlinde değer kaybının gerçek değere etkisi anlamında değer kaybının tam telafisini aramadığı, bir diğer ifade ile değer kayıpları açısından gerçek değere ulaşmak için değer kaybının tümünün giderilmesi şeklinde tam tazminat aramadığı ve hissedilir olmayan değer kayıplarını makul görebileceği ifade edilebilir.

Mahkeme, değer kaybının hesabını, kamulaştırma bedelinin tespitinde esas alınan dava tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen sürede meydana gelen enflasyon oranına göre aylık olarak tutulan Merkez Bankası tüketici fiyat endeksi

118 AYM, B. No. 2013/817, 19/12/2013, § 41

119 AYM, B. No. 2013/817, 19/12/2013, § 42

120 Çoban, Ali Rıza, Ali Rıza, “Inflation and Human Rights: Protection of Property Right Against Inflation Under the European Convention on Human Rights”, *Essex Human Right Review*, 2005, Vol:2/1.

verilerini kullanarak yapmaktadır. Mahkemenin bu konudaki ilkeleri belirlediği ilk kararda, Mayıs 2003 tarihinde açılan ve dava tarihine göre belirlenen kamulaştırma bedelinin, dava sonunda bu sürede %104, 63 oranındaki enflasyon nedeniyle meydana gelen değer kaybı telafi edilemeden başvurucuya ödenmesinin başvuruçuların üzerine idarenin ulaşmak istediği meşru kamu yararı ile haklı gösterilemeyecek şekilde orantısız ve aşırı yüke sebep olduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²¹ Daha sonraki bir kararında da Mahkeme, 112 aylık dava sürecinde meydana gelen %174, 68 oranındaki değer kaybının telafi edilmemesinin başvuruçunun mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.¹²²

Yasa koyucu kamulaştırma davalarında dava tarihine göre belirlenen bedelin hiçbir güncelleme yapılmadan dava sonunda taşınmaz sahiplerine ödenmesi nedeniyle oluşan hak kayıplarını önlemek için bu konuda AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının da etkisiyle 2942 sayılı Kanunun 10. maddesiyle bu soruna çözüm olamadığı anlaşılan bedel tespiti davalarının kısa sürede sonuçlandırılması hükmüne ilave olarak 2013 yılında bahsedilen maddeye eklenen fıkra ile 4 ayda sonuçlandırılmayan davalarda dava tarihinden 4 ay sonra başlatılmak üzere kanuni faiz ödenmesi yönünde düzenleme yapılmıştır.¹²³ Kamulaştırmaz el atma davaları ise haksız fiil nedeniyle tazminat davası olarak nitelendirildiğinden mahkemelerce dava tarihinden itibaren kanuni faiz ödenmesi şeklinde karar verilmektedir.

Bununla birlikte kamulaştırma veya el atma tazminatı bedeline faiz ödenmesi durumlarında da Anayasa Mahkemesi, yapılan bireysel başvurularda ödemede değer kaybı oluşup oluşmadığını ölçülülük ilkesi çerçevesinde incelemektedir. Zira faiz ödenmiş olsa bile faiz oranı ile enflasyon oranı arasındaki fark nedeniyle ölçülülük ilkesinin ihlal edilmesi ihtimali her zaman bulunmaktadır. Ancak son yıllarda ülkemizde enflasyon oranları, uygulanan kanuni faiz oranına yakın bir seyir içinde bulunduğundan faiz ödemesine konu olmuş bedellerle ilgili başvurular ihlal ile sonuçlanmamaktadır.

Ödemelerin kamulaştırma usulü nedeniyle veya Yargıtay'ın bozma kararlarıyla birkaç aşamada yapılması hâlinde ise Mahkeme gerçek bedelin keşif, bilirkişi raporları, yapılan itirazların değerlendirilmesi ile kapsamlı bir inceleme sonrasında tespit edildiği bedel tespiti davası tarihine göre yapılan ödemelerin değer kaybını hesaplamakta ve toplam değer kayıplarının top-

121 AYM, B. No. 2013/817, 19/12/2013, § 56, 57, 64

122 AYM, B. No. 2012/1313, 6/3/2014, § 60

123 2942 sayılı Kanun'un "Kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve taşınmaz malın idare adına tescil" kenar başlıklı 10. maddesine 11/04/2013 tarih ve 6459 Sayılı Kanunun 6. maddesiyle ilave edilen ek fıkrası şöyledir: "Kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan davanın dört ay içinde sonuçlandırılmaması hâlinde, tespit edilen bedele bu sürenin bitiminden itibaren kanuni faiz işletilir."

lam bedele (gerçek bedele) oranını göz önünde bulundurarak başvuruçuların mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir.

Örneğin ilki Mayıs 2009 da acele el koyma davasıyla, ikincisi Mayıs 2010 da açılan bedel tespiti davası sonucunda ilk ödeme mahsup edilerek Şubat 2012 de iki aşamada ödenen bedelle ilgili başvuruçunun faiz talebini inceleyen Mahkeme, gerçek bedelin bedel tespiti davasıyla belirlendiğini, bu davada kamulaştırma bedelinin taşınmazın Mayıs 2012 deki değeri üzerinden tespit edildiğini, ilk ödemenin bu tarihten önce yapıldığını ikinci ödeme ile bedel tespitine esas tarih arasında geçen sürede meydana gelen enflasyon oranının %14, 09 olduğunu, ancak bu oranın ikinci ödemenin değer kaybı olduğunu, bu değer kaybının gerçek bedele oranının başvuruçusu üzerindeki yükü belirlemede kullanılması gerektiğini, bu hesap yapıldığında değer kaybının toplam bedele oranının % 6, 32 olduğunu tespit ederek başvuruçusu üzerine orantısız ve aşırı bir yük getirmediğine karar vermiştir.¹²⁴

Mahkeme, bu kararında AİHM'in mahkemelerde geçen yargılama süresindeki enflasyon nedeniyle kamulaştırma bedelinin değer kaybında meydana gelen farkın, tazminatın belirlenmesi yönteminden kaynaklandığı ve bu konuda ulusal yargıcın belirli bir takdir imkânı olduğu gerekçesiyle daha esnek yorum yaptığını, meydana gelen değer farkının başvuruçular açısından aşırı bir yük getirip getirmediğini incelediğini belirtmiştir.¹²⁵

AİHM, geç ödemelerin meydana getirdiği değer kayıplarının ihlale yol açıp açmadığını ikili bir ayrıma giderek incelemektedir. İlki yukarıda anlatılan kamulaştırma bedel tespit davalarında geçen sürede meydana gelen değer kayıplarıdır ki, AİHM burada daha esnek yorum yapmaktadır. İkincisi ise mahkemelerce belirlenmiş bir para alacağının ödenmemesi durumudur ki, sorun yargı kararının icrası olduğundan daha katı bir tutum sergileyerek %5'e kadar değer kayıplarını hesaplama faktörlerindeki değişkenlerle ilgili kabul etmektedir¹²⁶

Başvuruçuların Anayasa'nın 46. maddesinde geçen kamu alacakları için uygulanan en yüksek faizin uygulanması talepleri ise Mahkemece uygun görülmemekte ve reddedilmektedir. Mahkeme ret kararında, Kanunun takistile ödemeyi öngördüğü hallerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesinde devlet alacaklarına uygulanan en yüksek faizin işletilebileceğini, Yargıtay'ın istikrar kazanan içtihatlarına göre de, Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen faiz oranının ancak kesinleşip de

124 AYM, B. No: 2012/1246, 6/2/2014, § 94, 95 ve 104

125 AYM, B. No: 2012/1246, 6/2/2014, § 101; AİHM, *Güleç ve Armut/Türkiye* davasında %10, 74'lük bir değer kaybının aşırı bir yük getirmediğine karar vermiştir. B. No: 25/969/09, 16/11/2010,

126 Bkz., Nalbant ve Doğru, s.666 ve AİHM, *Arabacı/Türkiye*, B. No: 65714/01, 7/3/2002

ödenmeyen kamulaştırma bedelleri için işletilebileceğini¹²⁷ belirterek dava sonunda tespit edilen kamulaştırma bedelinin dava tarihinden itibaren devlet alacaklarına uygulanan en yüksek faizle ödenmesi talebinin yasal bir dayanağı veya yargı kararlarıyla oluşmuş ve istikrar kazanmış bir uygulaması bulunmadığı gerekçesine dayanmaktadır.¹²⁸

Kamulaştırmасız el atma tazminatlarının ödenmemesi hâlinde hangi faizin uygulanması gerektiği sorunu ise, Yargıtay'ın yeni içtihatlarıyla çözüme kavuşturulmuştur. Kamulaştırma Kanununun geçici 6. maddesi bu konuda bir açıklık getirmediğinden Yargıtay'ın yeni içtihadına kadar el atma tazminatı ödemelerinin gecikmesinde de yasal faiz uygulanmaktaydı. Bu husus AİHM kararlarında eleştiri konusu yapılmıştır.¹²⁹ Zira kamulaştırma için sağlanan bu güvence daha ağır bir müdahale olan el atma için sağlanmamıştı. Ancak Yargıtay bu konudaki içtihadını 2011 yılından itibaren değiştirerek kamulaştırmасız el atma nedeniyle tazminat davalarında dava tarihinden karar tarihine kadar kanuni faiz ödenmesinin yanında, karar tarihinde ödeme yapılmaması hâlinde kararın kesinleşme tarihinden ödeme tarihine kadar Anayasa'nın 46. maddesinde düzenlenen faizin uygulanmasını kabul etmiştir.¹³⁰ Mahkeme bu nedenlere dayanarak bu güne kadar yapılan başvuruların kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz talebini reddetmiştir.¹³¹

ii. Mahkemenin Maddi Tazminat Ödenmesi Kararları Hakkında Değerlendirme

Mahkeme, 6216 sayılı Kanunun 50. maddesi gereği başvuruçuların ihlalin tespitiyle giderilemeyen zararlarını telafi edebilmek için oluşan değer kaybı kadar maddi tazminat belirlemekte ve bunun başvuruçulara ödenmesine karar vermektedir. Maddi tazminat ödenmesi konusunda verilen kararlardan birisi oy çokluğuyla alınmış olup, karşı oy yazısında; tazminat davalarının, çekişmeli yargılamayı gerektiren dava çeşitlerinden olduğu, bireysel başvurunun çekişmeli yargılama sayılamayacağı, bu usulün AİHM kararları örnek alınarak uygulandığı, ancak AİHM'nin yaptığı yargılamada davanın tarafları bulunduğu, bireysel başvuruyu uygulayan Avrupa ülkelerinin bir kısmında tazminat konusunun hiç düzenlenmediği, bir kısmında ise çok istisnai olarak uygulandığı, oysa Anayasa Mahkemesinde nerede ise her ihlalin tazminatla sonuçlandığı, Anayasa Mahkemesine verilen yetkinin istisnai olarak kullanıl-

127 Bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E.2002/7971, K.2002/9752, 15/10/2002 sayılı karar

128 AYM, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 50

129 AİHM, *Sarıca ve Dilaver/Türkiye*, 11765/05, 27/5/2010, § 49 ve *Ergen ve Diğerleri/Türkiye*, B.No. 35364/05, 7/12/2010

130 Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 15/11/2011 tarih ve E.2011/5396, K.2011/22096 sayılı karar

131 AYM, B. No: 2013/1444, 4/11/2014, § 55-60

ması maksadıyla verildiği, maddi tazminat vermek yerine tazminat konusunda başvurucuya genel mahkemelerde dava açma yolunun gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹³²

Bu görüş aşağıda sayılan sebeplerle uygun görülmemekte ve bireysel başvurular için etkili ve etkin bir yol olmadığı düşünülmektedir.

Öncelikle AİHM'in benimsediği yöntem ile Anayasa Mahkemesinin benimsediği yöntem benzer niteliktedir. Mahkeme de AİHM gibi başvuruyu önce Adalet Bakanlığına bildirmekte ve gelen görüşü tekrar başvurucuya ileterek onun cevabını almakta ve bu görüşleri değerlendirerek tazminat hesabı yapmaktadır. Buradaki tek fark, Bakanlığın AİHM karşısında tam anlamıyla taraf olarak savunma yapması, Anayasa Mahkemesine karşı ise görüş bildirmesidir. Esasen 6216 sayılı Kanunun hazırlık aşamasında ve ilk taslağında Bakanlığın taraf olması ve savunma yapması şeklinde bir düzenleme öngörülmüş, ancak Bakanlık bürokrasisinin talebiyle tasarının bu kısmı değiştirilmiştir. Ancak hüküm değişmiş bulunsada Bakanlığın AİHM ve Anayasa Mahkemesine verdiği cevaplar ile usul arasında uygulamada bir fark bulunmamaktadır.

İkincisi, Mahkemenin benimsediği maddi tazminat yöntemi AİHM'in de benimsediği ve yerleşik hâle getirdiği bir uygulama olup, kapsam kısmında ifade edildiği gibi gerek Sözleşmeye ve gerekse Anayasa ile 6216 sayılı Kanuna uygun olmayan bir yönü bulunmamaktadır. Ayrıca Bakanlık görüşlerinde, yapılan tazminat hesaplarına karşı olunmadığı gibi, ilk dönemlerde aynı yöntem kullanılarak maddi tazminat hesaplamalarının yapıldığı ve ihlal bulunması hâlinde ödenmesinin önerildiği görülmektedir.

Üçüncü olarak, bireysel başvurunun klasik çekişmeli bir yargılama olmadığı açık olmakla birlikte, Anayasa yargısının ve insan hakları yargılamasının klasik yargılama ile karşılaştırılmasının doğru olmadığını düşünmekteyiz. Zira Anayasa Mahkemesi klasik çekişmeli bir yargılama yapmasada siyasi partilerin mali denetiminde, Siyasi Partiler Kanununa uygun olmayan gelir ve harcamalar için Hazineye irat kararları vermektedir. Buradaki usul Sayıştay'ın *sui generis* yargılama usulüne benzeyen ve kanuna uygun olmaksızın yapılan harcama veya elde edilen gelirin Hazineye ödenmesi ile sonuçlanmaktadır. Dahası Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılamalar dışında klasik anlamda çekişmeli bir yargılama usulü de bulunmamaktadır.

Dördüncü olarak, bireysel başvurularda verilen ihlal kararları bir bütün olarak devleti sorumlu tutmaktadır. Örneğin bir kamulaştırma bedelinin ödenmemesi veya geç ödenmesi konusunda ihlal varsa bu kamulaştırma ka-

132 AYM, B. No: 2013/1568, 8/5/2014; B. No: 2013/735, 17/9/2014

rarı alan idare kadar yargılama safhasında hak ihlalini engelleyecek içtihatları geliştirmeyen yargının ve bu konuda önlem almayan yasama organının da sorumluluğunu göstermektedir. İnsan hakları yargılamasında bu sorumluluğun kurumlar aleyhine tek tek tespit edilerek kusurları oranında bir tazminat belirlenmesi söz konusu değildir. Hak ihlalinde bir bütün olarak devletin sorumluluğuna karar verilmekte ve tazminatı da devletin (Maliye veya Hazine) ödemesi gerekmektedir.

Beşinci olarak, mahkemeler değer kaybı için yasal faiz uygulasalar da ölçülülük ilkesi gereği Anayasa Mahkemesinin oluşan değer kaybının telafi edilip edilmediğini incelemesi gerekmektedir. Zira 1990'lı yıllarda kanuni faiz ödendiği halde değer kaybının yaşanan enflasyon nedeniyle yüksek olmasına bağlı olarak AİHM *Aka/Türkiye* ve *Akkuş/Türkiye* davalarında ihlal kararları vermiş, bu kararlar sonrasında Anayasa'nın 46. maddesinde değişiklik yapılarak kesinleşmiş yargı kararı sonrasında ödenmeyen kamulaştırma bedeli ödemelerine gecikme faizi uygulanması sağlanmış, Kamulaştırma Kanunu değiştirilerek kamulaştırma usulü tamamen yenilenmiş ve kanuni faiz oranı da enflasyon oranına yakın olacak şekilde güncellenmiştir.¹³³ Dolayısıyla bugün enflasyon ve kanuni faiz oranlarının birbirine yakın olması nedeniyle kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesi nedeniyle hissedilir değer kayıpları yaşanmasa da bunun değişmesi her zaman imkân dâhilindedir.

Altıncısı, Mahkemece yapılan hesaplama yöntemi AİHM'nin de benimsediği, Merkez Bankası verilerine dayanan ve uzmanlık alanı gerektirmeyen basit bir hesaplama yöntemi olduğundan yeniden karar verilmek üzere derece mahkemelerinde dava yolunun gösterilmesine ihtiyaç da bulunmamaktadır.

Son olarak tazminatı ilk derece mahkemelerinin belirlemesini istemenin pratikte de bir faydası olmayacağı gibi, bazı mahsurları da bulunmaktadır. Şöyle ki, ihlal kararı verip mahkemelerden tekrar yargılama yapmalarını isteme yeni bir yargılama sürecinin başlaması anlamına gelmektedir. Ülkemizde yargılama sürelerinin uzunluğu düşünüldüğünde, bu durum Anayasa Mahkemesi kararından sonraki yargılamada geçen sürede tazminatın artmasına ve kamu aleyhine yeni yargılama giderlerine (harç, vekâlet ücreti gibi) neden olacak, ayrıca ilk dava ve Anayasa Mahkemesi kararından sonra yapılan yeniden yargılama ile muhtemelen makul süre aşılabacağından başvuruların adil yargılanma hakkı kapsamında tekrar Anayasa Mahkemesine başvurmalarına sebep olunarak yargıda iş yükü ve etkinsizlik ile makul süre ihlalleri ve buna bağlı tazminat ödemelerinin artmasına sebep olunacaktır.

133 Bkz. Er, Selami, Anayasal İlkeler Bağlamında Fazla Veya Yersiz Tahsil Edilen Vergilerin İadesinde Faiz Ödenme(me)si Sorunu, Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:10, Ankara, 2012

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurunun kapsamını belirleyen Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrası ile ve 6216 sayılı Kanunun 45. maddesine dayanarak bireysel başvurularda kapsamı, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı olarak belirlemiştir. Bu nedenle mülkiyet hakkı, Sözleşmede olduğu gibi bireysel başvuruya konu haklar arasında da ekonomik nitelikli tek haktır. Mahkeme, hakların içeriğini de Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı şeklinde kabul ettiğinden Sözleşme'nin genel ifadelerinin somut davalarda karşılığını bulmak için AİHM içtihatlarına başvurmaktadır.

Sözleşmenin ilk metninde taraf devletlerin takdir haklarının ekonomik reformlar ve sosyal politikaların uygulanmasında kısıtlanacağı düşünceyle mülkiyet hakkına yer verilmemiş, daha sonra Sözleşmeye Ek 1. No.lu Protokolde mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. Ancak düzenlemenin içeriği hakkın koruma alanını oldukça zayıf düzenlemekte, sınırlandırılması konusunda devletlere geniş takdir hakkı vermekte ve ayrıca kullanımın düzenlenmesi ile vergi ve katkı paylarının tahsili konusunda devletin takdirini ayrıca korumaktadır. Ancak AİHM mülkiyet hakkıyla ilgili yorum ve içtihadını zamanla geliştirerek gerek konu bakımından kapsamı ve gerekse yaptığı denetim ile hakkın sağladığı güvenceleri genişletmiştir.

Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkıyla ilgili başvuruları incelerken genel olarak AİHM'in yöntemini kullanmaktadır. Mahkeme, önce başvurunun konusunun ortak koruma alanında yer alan mülk kavramına girip girmediğini AİHM içtihatları ışığında yorumlamakta ve daha sonra mülkten yoksun bırakma, sınırlama veya düzenleme gibi bir kamu müdahalesi varsa bunu esaslan incelemektedir. Esastan incelemede müdahalenin kanuni ya da hukuki olup olmadığını, müdahalenin meşru amacı ya da müdahalede kamu yararı bulunup bulunmadığını ve müdahalenin ulaşılmak istenen amaç ile kişinin hakkı arasında makul bir orantıyı gözetip gözetmediğini denetlemektedir.

Neyin mülk kabul edildiği konusunda henüz Mahkemenin yeterli detaya girdiği söylenemez. Neyin mülk olduğu, iç hukukta yasalar ve diğer düzenleyici işlemler ile görevli uzman mahkemelerin kararlarıyla şekillendiğinden Mahkemenin yapacağı incelemede bu uygulamalardan hareketle koruma kapsamında yer alan mülk kavramını şekillendireceği söylenebilir. Bununla birlikte Mahkemenin AİHM içtihadını takip ettiği göz önünde bulundurulduğunda bu konuda AİHM kararlarıyla farklılık oluşacağı beklenmemelidir.

Mahkeme, mülkiyet konulu başvurularda bugüne kadar meşru amaç veya kamu yararı bulunmadığı şeklinde bir karar vermemiştir. Zira doğası gereği bu konuda ihlal bulmak oldukça güçtür. Mahkeme bu konuyu yasama organı ve uygulayıcının takdirinde kabul etmekte, bu konudaki uyumsuzluklarda ise

yetkili mahkemeleri işaret etmektedir. Kanunilik konusunda ise Mahkeme, öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerini sıkı bir şekilde uygulayarak başvuruları ihlal ile sonuçlandırabilmektedir. Ancak başvuruların en çok incelemeye takıldığı kısım ölçülülük ya da orantılılık incelemesi olmaktadır. Burada da mülkiyet hakkının doğası ve başvuruçuların genel amacının ekonomik menfaat elde etmek olması nedeniyle yoksun bırakma veya sınırlama ile orantılı bir bedel ödenmesi konusu öne çıkmaktadır. Mülkiyet hakkıyla ilgili verilen ihlal kararlarının büyük kısmı sınırlama ile orantılı bir tazminatın ödenmemesi şikâyetine dayanmakta ve ihlal bulunması hâlinde başvuruçulara maddi tazminat ödenmesine karar verilebilmektedir.

Mahkeme, ölçülülük ilkesine aykırı bularak verdiği ihlal kararlarında maddi tazminata hükmetmektedir. Bu yöntem Mahkemenin ihlali tespit etmekle kalmayıp zaten uzun süren yargılama sürecinin tekrar başlatmak yerine ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıran etkin ve etkili bir yöntemdir. Ancak Mahkemenin uzmanlık alanına girmeyen ve karışık tazminat hesabı gerektiren hususlarda başvuruçulara yargı yolunu göstermesi gerektiği açıktır. Mahkemenin verdiği maddi tazminat kararlarının büyük kısmı dava tarihine göre belirlenip karar tarihinde faiz uygulanmaksızın ödenen kamulaştırma bedellerinin değer kaybını önlemek amacıyla verilmekte olup, bu sebeple uzmanlık bilgisi ve uzmanlık mahkemesi görüşü gerekmemektedir.

Henüz yeni sayılabilecek bir aşamada vergi ve devlet bankalarına ait emeklilik sandıklarının ödedikleri emeklilik maaşlarıyla ilgili ihlal kararları, Mahkemenin yaklaşımının hakların kapsamını geniş ele alma yönünde olduğunu ve daha güvenceli bir korumayı kabul ettiğini göstermektedir. Ancak Mahkemenin bu konulardaki kararlarında diğer konularda da olduğu gibi diğer mahkemelerin işlerine müdahale edecek şekilde yorumlar yapmaktan uzak durması gerekmektedir. Özellikle vergi ve sosyal güvenlik gibi oldukça teknik ve bir o kadar da karmaşık olan mevzuat ile uygulamaların esasına girilmesi, işin içinden çıkılmaz bir hal alarak bu konularda uzman mahkemeler ile Anayasa Mahkemesini karşı karşıya getirebileceği gibi, Mahkemenin görevi olmayan bir alana çekilmesine de sebebiyet verebilir. Bu nedenle özellikle vergi ve sosyal güvenlik mevzuatının yorumundan kaçınılmalı ve bu konuda yetkili mahkemelerin yorumlarına dayanılarak somut başvurularda hak ihlali sebebiyet verilip verilmediği incelenmelidir.

KAYNAKÇA

AB Resmi web sayfası, http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_establishing_a_constitution_for_europe/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_en.pdf, (4/1/2014)

Aktan, Coşkun Can ve Diğerleri, Haklar ve Özgürlükler Antolojisi, Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu Yayınları, 2 Baskı, Ankara 2003, s.160

Altan, Alparslan, Mülkiyet Hakkı, Güvencesi ve Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008

Başpınar, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Akademi hukuk Bürosu Yayınları, Ankara, 1998

Bayar, Oya, "Mülkiyet Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ed.: Sibel İnceoğlu, Şen Matbaa, Ankara, 2013

Çoban, Ali Rıza, Ali Rıza, "Inflation and Human Rights: Protection of Property Right Against Inflation Under the European Convention on Human Rights", Essex Human Right Review, 2005, Vol:2/1.

Çoban, Ali Rıza, Protection Of Property Rights Within The European Convention Of Human Rights, Ashgate, Aldershot, England, 2004

Çoban, Ali Rıza, "The Right to Property in the Turkish Constitutional Law", Staatliche Finanzmarktregulierung und Eigentumsschutz, Ed: Otto Depenheuer, Lit Verlag, Berlin, 2010

Eamonn Butler, Hayek, Liberte Yayınları, Çev: Yusuf Ziya Çelikkaya, Ankara, 2001

Er, Selami, 1982 Anayasasında ve Türk Anayasa Yargısında Yabancıların Hak ve Özgürlüklerine Bakış, Anayasa Mahkemesinin 50. Kuruluş Yılına Armağan (Editörler Alparslan Altan ve diğerleri), Ankara, 2012

Er, Selami, Anayasal İlkeler Bağlamında Fazla Veya Yersiz Tahsil Edilen Vergilerin İadesinde Faiz Ödenme(me)si Sorunu, Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:10, Ankara, 2012

Erdoğan, Mustafa, Demokrasi, Laiklik, Resmi İdeoloji, Siyasal Kitapevi, Ankara, 1995

Gemalmaz, Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009

Harris, David J., O'boyle, Michael Vd., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

S. Er: Bireysel Başvuru İncelemesinde Mülkiyet Hakkı

Hukuku, Çev: Kılıcı, Mehveş Bingöllü ve Kıran, Ulaş, Şen Matbaa, Ankara, 2003, s.676

Kontacı, Ali Ersoy, İnsan Hakları Ulusal Koruma Mekanizması Olarak Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Konferansı, 27-28/11/2014, Antalya, Yayınlanmamış Tebliğ

Mangoldt, H., Klein, F., Das Bonner Grundgesetzes, Bd. 1, München 1999, s.1634, Aktaran: Başpınar, Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009

Nalbant, Atilla ve Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, Pozitif Matbaa, Ankara, 2013, s.651

Oder, Bertil Emrah, İnsan Hakları Ulusal Koruma Mekanizması Olarak Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Konferansı, 27-28/11/2014, Antalya, Yayınlanmamış Tebliğ

Öncü, Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı: Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No:473, İstanbul 1976, s.261-272

Strang, Lee J., "The Role of the Common Good in Legal and Constitutional Interpretation" University of St. Thomas Law Journal Vol.3:1, 2005, s.62-70

Şimşek, Suat, Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Maliye Bakanlığı Yayınları, Yayın No: 2011/412, Ankara, 2011

TBMM Resmi web Sayfası, Danışma Meclisi tutanakları, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c010/dm_02010154.pdf, (05/01/2015)

Tiryaki, Refik, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008

Anayasa Mahkemesi Kararları

B. No: 2012/1143, 17/7/2014

B. No: 2012/1313, 6/3/2014

B. No: 2012/1315, 16/4/2013, § 29-30

B. No: 2012/388, 25/12/2012

B. No: 2012/636, 15/4/2013

B. No: 2012/743, 5/3/2013

Haşim Kılıç'a Armağan

- B. No: 2012/946, 26/3/2013
B. No: 2013/1122, 26/6/2014
B. No: 2013/1752, 26/6/2014
B. No: 2013/382, 16/4/2013
B. No: 2013/5049, 28/5/2014
B. No: 2013/5660, 20/3/2014
B. No: 2013/596, 8/5/2014
B. No: 2013/614, 25/6/2014
B. No: 2013/817, 19/12/2013
B. No: 2013/845, 20/11/2014
B. No: 2012/1035, 17/7/2014
B. No: 2012/1246, 6/2/2014
B. No: 2012/931, 26/6/2014
B. No. 2013/1301, 30/12/2014
B. No: 2013/1436, 6/3/2014
B. No: 2013/1444, 4/11/2014
B. No: 2013/1568, 8/5/2014
B. No: 2013/735, 17/9/2014
B. No: 2014/6192, 12/11/2014
B.No: 2013/711, 3/4/2014
B. No: 2013/2511, 22/1/2015
B. No. 2013/2550, 10/12/2014
E.1988/34, K.1989/26, K.T. 21/6/1989
E.1994/49, K.1994/45, K.T. 7/7/1994
E.1997/37, K.1997/69, K.T. 27/11/1997
E.1997/59, K.1998/71, K.T. 18/11/1998
E.2000/26, K.2000/48 K.T. 16/11/2000
E.2002/112, K.2003/33, 10/4/2003
E.2004/25, K.2008/42, K.T.17/1/2008

S. Er: Bireysel Başvuru İncelemesinde Mülkiyet Hakkı

E.2006/142, K.2008/148, K.T. 24/9/2008

E.2006/95, K.2009/144, K.T. 15/10/2009

E.2008/58, K.2011/37, K.T. 10/2/2011

E.2009/9, K.2011/103, 16/6/2011

E.2010/30, K.2012/7, K.T.19/1/2012

E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013

E.2014/24, K.2014/122, K.T.3/7/2014

AİHM Kararları

Agrotexim ve Diğerleri/Yunanistan, 19/6/2001, B.No: 34049/96

Altunay/Türkiye, 15/5/2012, B.No: 42936/07

Arabacı/Türkiye, B. No: 65714/01, 7/3/2002

Arras ve Diğerleri/İtalya, B. No: 17972/07, 14/2/2012

Bendenoun/Fransa, B. No:12547/86, 24/2/1994

Bronioski/Polonya, B.No: 31443/96, 28/9/2005

Broniowski/Polonya B. No: 31443/96, 22/6/2004

Denimark Ltd/Birleşik Krallık, B. No: 37660/97, 26/9/2000

Draon/Fransa[BD], B. No: 1513/03, 6/1/2005

Ergen ve Diğerleri/Türkiye, B. No. 35364/05, 7/12/2010

Eski Yunan Kralı ve Diğerleri/Yunanistan, B. No: 25701/94, 23/11/2000

Ferrazzini/İtalya[BD], B. No:44759/98, 12/6/2001, §29

Georgiou/Birleşik Krallık, B. No: 40042/98, 16/5/2000

Güleç ve Armut/Türkiye B. No: 25/969/09, 16/11/2010

H.R./Almanya, B. No: 17750/91, 30/6/1992

J.R./Almanya, B. No: 22651/93, 8/10/1995

James ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 21/2/1986, B.No: 8793/79

Klein/Avusturya, B. No. 57028/00, 3/3/2011

Kopecky/Slovakya, B. No: 44912/98, 28/9/2004

Kozacıoğlu/Türkiye, B. No: 2334/03, 19/2/2009, § 68-72

Haşim Kılıç'a Armağan

- Kutsal Manstırlar/Yunanistan*, B. No: 31423/96, 25/3/1999
- Kuznetsova/Rusya*[BD], B. No: 67579/01, 7/6/2007
- Maggio ve Diğerleri/İtalya*B. No: 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08, 56001/08, 31/5/2011
- Malone/Birleşik Krallık*, B. No: 8691/79, 2/8/1984, §§ 66-68
- Maurice/Fransa*[BD], B. No: 11810/03, 6/1/2005
- Mika/Avusturya*, B. No: 26560/95, 26/6/1996
- SADangeville/Fransa*, B. No: 36677/97, 16/4/2002
- Saghinadze/Gürcistan*, B. No: 18768/05, § 103, 27/5/2010
- Sarıca ve Dilaver/Türkiye*, 11765/05, 27/5/2010
- Sporrong ve Lönnorth/İsveç*, 23/9/1982, B.No: 7151/75
- Sunday Times/Birleşik Krallık*, B.No:6538/74

Yargıtay Kararları

- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 9/10/2012 tarih ve E.2012/11783, K.2012/18117
- Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 15/11/2011 tarih ve E.2011/5396, K.2011/22096
- Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E.2002/7971, K.2002/9752, 15/10/2002
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2009/4-383, K.2009/517, 18/11/2009
- Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, E.2012/7876, K.2012/14598, 18/12/2012
- Yargıtay 5. hukuk Dairesi, E.2012/22256, K.2012/28953, 27/12/2012

Hasan Tuna GÖKSU
(*Anayasa Mahkemesi Raportörü*)

ANAYASACILIK VE DEMOKRASİ: GERİLİMDEN UZLAŞMAYA

ÖZET

Anayasacılık ve demokrasi arasında çözülemez bir gerilim olduğu, anayasacılığın doğası gereği demokratik olmadığı siyaset biliminde çokça tartışılan konuların başında gelmektedir. Oysa bu tartışma, kanaatimizce, siyaset biliminin bakış açısındaki iki hatadan kaynaklanmaktadır. İlki, *anayasacılığın demokratik bir teori olmadığı ve olmak zorunda olduğu*, ikincisi; *günümüz demokrasi anlayışının radikal değil, insan haklarını merkezine alan çoğulcu demokrasiler olduğu gerçeğinin gözden kaçırılması*. İlk olarak, anayasacılık demokratik bir teori olmayıp liberal bir teoridir ve ontolojik anlamda anayasacılığın demokratik bir teori olma zorunluluğu da bulunmamaktadır. İkincisi, milli iradeyi yanılmaz adeta kutsal bir kavram olarak kabul eden “*radikal demokrasi*” anlayışı artık modern toplumlarda terk edilmiştir. Çağımızın demokrasi anlayışı Ronald Dworkin, John Rawls ve Robert Nozick gibi düşünürlerin ısrarla vurguladığı üzere insan haklarına dayanan, milli iradeyi bu haklarla sınırlayan “*çoğulcu anayasal demokrasi*” anlayışdır. Bu demokrasi anlayışı göz önüne alındığında demokrasi ile anayasacılık arasında insan haklarının ve çoğulculuğun korunması noktasında bir işbirliğinin varlığı kaçınılmaz durmaktadır. Dolayısıyla bu noktada demokratik teori ile anayasacılık arasındaki ilişkide sorulması gereken temel soru: “*Hangi demokrasi?*” olmaktadır.

ABSTRACT

Existence of an insoluble tension between constitutionalism and democracy and whether the constitutionalism (due to its nature) is compatible with democracy have been two of highly-discussed topics in political science. Whereas, in our opinion, this debate stems from two incorrect assessments in the perspective of political science. Firstly constitutionalism is believed to be contrary to democracy theory and it has to be democratic. Secondly, ignoring the fact that contemporary democracy understanding is not the radical democracy. On the contrary, it is pluralist constitutional democracy which based on human rights. As the first one, constitutionalism is a liberal theory not a democratic theory and in the ontological sense there is not such a mandatory(necessity). For the latter, “*radical democracy*” approach which adopted the

national will as a holy infallible concept has now been abandoned in modern society. Understanding of democracy of our time suggests, as Ronald Dworkin, John Rawls and Robert Nozick insists, “*pluralist constitutional democracy*” approach which based on human rights that restrict national will. Given this understanding of democracy, the presence of a co-operation between democracy and constitutionalism which based on protecting human rights and pluralism is inevitable. Therefore at this point, in the relationship between democratic theory and constitutionalism, the fundamental question become: “*Which democracy?*”

Anahtar Kelimeler: Anayasacılık, demokrasi, radikal demokrasi, çoğulcu demokrasi, insan hakları.

Keywords: Constitutionalism, democracy, radical democracy, pluralist democracy, human rights.

GİRİŞ

Siyaset ve anayasa teorisinde anayasacılık kuramı ile demokratik teori arasında bir gerilim olduğu, anayasacılığın demokratik bir doktrin olmadığı ve bu anlamda anayasacılığın halk egemenliği önünde bir engel olduğu tezi tartışılan konuların başında gelmektedir. Aslında söz konusu gerilimin anayasacılık ile demokrasi arasında olmaktan ziyade daha temelde demokrasi ile anayasacılığın felsefi kaynağı olan hukukun üstünlüğü ilkesi arasında olduğu görülmektedir. Bir görüşe göre iddia edilen gerilim kaçınılmazdır, zira demokrasi “*çoğunluğun yönetimi*” prensibi üzerine vurgu yaparken, hukukun üstünlüğü ve bu arada anayasacılık ise “*bireysel hak ve özgürlüklere*” atıf yapmaktadır. Bu noktada şiddet kullanma tekeli elinde tutarak ülkeyi yönetme hakkını kullanan iktidar her zaman için hak ve özgürlükleri ihlal etme potansiyeline sahiptir ve bu potansiyelin sınırlandırılması gerekir¹.

Anayasacılık, kısaca siyasal iktidarın çeşitli araç ve kurumlarla sınırlandırılmasıdır. Bu anlamda anayasacılık tiranlığın panzehiri olarak liberal bir teori-dir ve temel vurgusu *sınırlı yönetim* idealidir. Anayasacılığın temel ilkesi insan onuruna saygıdır ve bu teoriye göre söz konusu merkezi değeri korumak, çoğunluğun iradesinin maddi kayıtlarla sınırlandırılmasını gerektirir. Meşruluk standartları tamamıyla insan onuruna saygı idealinin gerçekleştirilmesinden kaynaklanır ve insan onuru üstünde meşruluk referansı olabilecek herhangi bir standart kabul edilemez². Anayasacılık sivil ve medeni bir toplumu inşa

1 Koopmans, Tim: Courts and Political Institutions, Cambridge University Press, 2003, s.123.

2 Li-Ann Thio: “*Constitutionalism in Illiberal Politics*” The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Edited: Michel Rosenfeld and Sajo Andras, Oxford University Press United Kingdom 2012, s.133-135.

edecek kurumsal araçlardan biri olarak bireysel hak ve özgürlükleri siyasal iktidara karşı koruma amacındadır. Anılan amacın gerçekleştirilmesi anayasacılık açısından çoğunluğun iradesinin ve tercihlerinin teorik planda kısıtlamasını, ardından da aynı irade ve tercihlerin pratik olarak bağımsız ve tarafsız bir kurumca denetlemesini zorunlu kılmaktadır. Ancak bu zorunluluk siyasal gücün/yetkinin “*kaynağı*” değil “*kullanımı*” hakkında söz konusudur³.

Demokrasi, “*halkın yönetimi*” kavramını merkezine alan bir teori olarak, *millet* ve *iktidar* kavramlarından oluşur. Bu anlamda demokrasi, halkın yine halk tarafından yönetilmesi ve tüm politik sistemin halk iradesi merkezli kurgulanmasıdır⁴. Bir sistemin demokrasi olarak nitelendirilebilmesi için asgari şart halk adına alınacak kararların bizzat halk tarafından veya özgür ve serbest seçimlerde oluşacak temsilcilerince alınması ve uygulanmasıdır⁵. Demokratik teoride kilit kavram halk iradesi olup, siyasal iktidar ve bu iktidarın aldığı kararların meşruluğu milli iradede kaynaklanır. Halkın özgür iradesine dayanmayan iktidarın meşruluğu a priori olarak yoktur ve tüm politika ve kararlar ancak halk iradesine dayandığı sürece geçerlidir. Demokratik teorisinin öncelikle çözüme kavuşturduğu sorun, “*siyasal iktidarın kaynağıdır*”. Bu çerçevede bu teori açısından “*milli irade*” kilit bir kavram olup, siyasal iktidar ancak halkın rızasına/seçimine dayandığı sürece meşrudur.

Her iki teorisinin öncelikleri dikkate alındığında; anayasacılığın siyasal iktidarın “*kullanımı*” ile ilgilenerek bu iktidarın sınırlanmasını esas aldığı, demokrasinin ise söz konusu siyasal iktidarın “*kaynağıyla*” ilgilenerek, bu minvalde meşru bir yönetimin tesisini olanaklı kılmaya çalıştığı görülmektedir. Söz konusu önceliklerden dolayı, ilk bakışta; anayasacılık kuramı ile demokratik teori arasında çoğunlukla bir uyumun var olmadığı, her iki teori arasında belirtilen öncelikler sebebiyle sürekli bir gerilim potansiyeli ve dolayısıyla da çatışmaların söz konusu olduğu fikri kabul görebilmektedir. Oysa her iki teori arasındaki ilişkiler incelendiğinde iki husus özellikle ifade edilmelidir: her şeyden önce demokrasi ve hukukun üstünlüğü/anayasacılık farklı kurumsal sistemler olarak doğmuştur; demokrasi prensip olarak seçime ilişkin kurumlara (siyasal iktidar, yasama) ilgilenirken, hukuk ve anayasacılık temelde özgürlükler ve onu koruyan yargı kurumunu merkezi kavramlar olarak tanımaktadır⁶. Dolayısıyla demokrasi ve anayasacılık birbirinin sonucu olarak

3 Erdoğan, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005, s.23-26.

4 Frankenberg, Günter: “*Democracy*”, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Edited: Michel Rosenfeld and Sajo Andras, Oxford University Press United Kingdom 2012, s.250.

5 Ferejohn John and Pasquino Pasquale: “*Rule of Democracy and Rule of Law*”, Democracy and The Rule Of Law, Edited: Fose Maria Maravall and Adam Przeworski, Cambridge University Press, USA 2003, s.242.

6 Ferejohn John and Pasquino Pasquale, a.g.e, s.243.

ortaya çıkmamıştır; bu nedenle de her iki teorinin siyasal alanda bağımsız iki doktrin olarak farklı kutuplarda yer almaları gayet doğaldır⁷. Diğer taraftan, söz konusu teorilerin önceliklerinin farklı olması her iki teorinin ontolojik yapılarından kaynaklanmaktadır ve ifade edilen öncelikler zaman zaman gerilime neden olsa da, nihai aşamada “özgür ve yetkili birey” ideali açısından her iki teori arasında nitelikli bir işbirliği gerekmektedir.

1. Gerilim ve Teorik Zemini

Siyaset bilimi literatüründeki ifadesiyle, “*halk egemenliği*”ne dayanan demokrasiyle, “*bireyin devlete karşı olan haklarını koruyan*” anayasacılık arasında bir gerilimin olduğu malumdur ve bu gerilimin varlığı her iki teorinin önceliklerinden/amaçlarından kaynaklanmaktadır⁸. Demokratik teori için öncelikli amaç, siyasal toplumda yönetme yetkisini elinde tutan siyasal iktidarın meşruluğunu tesis etmek ve bu vesileyle toplumsal düzeni/barışı inşa edebilmektir. Demokratik teoriye göre, siyasal meşruluğun kaynağı, kamusal katılım ve seçimler aracılığı ile tezahür eden “*halk iradesi*”dir. Bu noktada, halk iradesinin oluşabilmesi açısından tüm vatandaşların özgür iradeleri ile katılabileceği kamusal tartışma ve müzakereler öncelikli rol oynamaktadır⁹.

Buna karşılık anayasacılık kuramı ve onun kurumsal arkaplanını oluşturan liberalizm için öncelik, siyasal katılımdan önce, bireylerin sahip olduğu, toplum ve bu arada siyasal iktidara öncelikli hak ve özgürlüklerinin ilkesel ve kurumsal planda güvenceye kavuşturulmasıdır¹⁰. Söz konusu güvence mekanizmasının işlevsel olabilmesinin temel zorunluluğu da hak ve özgürlükler aracılığı ile demokrasinin dayanağı olan çoğunluğun yönetme hakkının sınırlandırılmasıdır. Anayasacılığın siyasal iktidar ve bir anlamda siyasetin/demokrasinin hareket alanını belirlemek arzusunun temelinde yatan gerekçe, bireyin onurlu bir varlık olarak özgürlüğünü kullanabildiği mahrem alanın korunması, devletin bu mahrem alana müdahalesinin engellenmesidir.

Bu bağlamda anayasacılık ile demokrasi arasındaki gerilim “*çoğunluk iradesinin sınırlanması*” ve “*çoğunluğun yönetme hakkı*” kavramları üzerinde yoğunlaşmaktadır. Anayasacılık özünde yatan felsefe gereği hak ve özgürlükleri koruma amacına matuf, çoğunluğun yönetme hakkını- dolayısıyla siyasal iktidarı- sınırlamayı hedeflerken, buna karşılık demokrasi ise varoluş amacıyla paralel çoğunluğun yönetme hakkını savunmakta ve amaçla da çoğunluğun

7 Erdoğan, a.g.e, s.24.

8 Erdoğan, a.g.e, s.23-24

9 Rawls, John: Siyasal Liberalizm, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, çeviren: Mehmet Fevzi Bilgin, İstanbul 2006, s.343-351.

10 Burada ilkesel güvence olarak “*yazılı anayasa*”, kurumsal güvence olarak da “*Anayasa Yargısı*” kastedilmektedir.

yönetme hakkı önündeki mevcut/muhtemel engelleri reddetmektedir¹¹. Dolayısıyla, her iki teorinin öncelikleri farklıdır ve bu farklılık özellikle *siyasal iktidar* kavramı üzerinde somutlaşmaktadır. Anayasacılık siyasal iktidarın yönetme hakkını kabul etmekle beraber bu iktidarın müdahale tekelinin belirli hukuki sınırlarla kayıtlı olduğunu, söz konusu bu sınırların siyasal müzakere dışında evrensel değerlere atıfla belirlenebileceğini savunmaktadır. Demokratik teori ise ifade edilen hukuki sınırların geçerliliğini kabul etmekle beraber, bu sınırların da temelde siyasal müzakere sonucunda halkın hür iradesi ile belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Anayasacılık kuramının temel amacı olan bireysel hak ve özgürlükleri koruma düşüncesi göz önüne alındığında, söz konusu hak ve özgürlükleri ihlal edebilecek potansiyel güce ve yetkiye sahip siyasal iktidarın sınırlanması ve denetlenmesi bu noktada kaçınılmaz olmaktadır. Anayasacılık açısından, iktidar her zaman için sınırlarını aşma potansiyeline sahiptir¹² ve iktidarı sınırları içinde tutma bireysel hak ve özgürlüklerin korunması *idealinin peşinen kabul edilmesi gereken zorunluluğudur*. Zira subjektif doğal hukukun da ifade ettiği gibi eğer insan hakları bireylerin toplum tarafından kendilerine verilmeyen doğuştan sahip oldukları haklar iseler¹³, o takdirde bu hak ve özgürlüklerin halkın rızasından önce gelmesi zorunludur. Söz konusu hak ve özgürlükler hiçbir gerekçeyle çoğunluğun ve temsilcilerinin insafına bırakılamaz.

Anayasacılık ile demokrasi arasında, her iki teorinin amaçları perspektifinde ontolojik bir farklılaşma olduğu açıktır. Anayasacılık felsefi zeminini bulduğu doğal hukuk ve doğal haklar ekolü gereği, bireylerin doğuştan kazandığı, devredilemez ve vazgeçilemez bir takım hak ve özgürlüklere sahip olduğunu varsayar. Söz konusu bu varsayım sonucu, birey ve sahip olduğu haklar toplum ve siyasal iktidara göre önceliklidir. *Zira anayasacılık için bireylerin yaşam, özgürlük ve mutluluğu arama gibi hakları, bu haklara sahip bireylerin hangi şartlarda ve nasıl yönetileceğinden daha temel bir öneme sahiptir*. Bu hak ve özgürlükler bireylere, toplum ve devlet karşısında onların müdahale edemeyeceği özerk bir alan ihdas eder; bu sebeple de adı geçen hak ve özgürlükler her türlü siyasal/hukuki tartışmanın dışındadır, müzakere konusu yapılamaz¹⁴. Bireylerin insani varoluşunun sert çekirdeğini oluşturan temel haklar üzerinde sadece siyasal iktidarın değil aynı zamanda bu iktidara yetki veren toplumun da karar vermesi kabul edilemez, bu hususta karar merci sadece bireylerin kendisidir.

Anayasacılık açısından bireylerin sahip olduğu temel hakların, onların kim

11 Turhan, Mehmet: Anayasal Devlet, Naturel Yayınları, Ankara 2005, s.150-157.

12 The Federalist Papers, No:48(James Madison), s. 143,, SoHo Books, USA.

13 Uslu, Cennet: Doğal Hukuk ve Doğal Haklar, Liberte Yayınları, Ankara 2009, s.53.

14 Rawls, a.g.e, s.338-342.

tarafından nasıl yönetileceği sorunundan önce gelen bir öneme sahip olması teorik bir kabul olmanın ötesinde belli bir toplumsal gerçekliğe de sahiptir. Zira bireylerin sahip olduğu hak ve özgürlükler aynı zamanda siyasal toplum içinde iradi olarak oluşturulan siyasal iktidarın/devletin meşruiyet kaynağını da oluşturmaktadır. Siyasal toplumun üyeleri tarafından oluşturulan iktidar ve onun oluşturuluş biçimi, tam da bu noktada, bireylerin hak ve özgürlüklerini kullanmaları neticesinde belirlenmekte ve işlevsel hâle gelmektedir. Dolayısıyla da *“hak ve özgürlüklerin bilgisi”* *“iktidarın nasıl kullanılacağı bilgisi”* ne öncelikli bulunmakta, bu sayede bir *nesne* konumunda bulunan siyasal iktidar onu kullanacak *öznel*erin *rasyonel* olarak kullanabildikleri *kurumsal* bir araç olmaktadır.

Siyasal literatüre bakıldığında her iki teori arasında belli bir gerilimin olduğu ve bunun inkâr edilemeyeceğinin özellikle çoğunlukçu demokrasi taraftarları tarafından savunulduğu görülmektedir. Çoğunlukçu demokrasi yanlılarına göre egemenliğin halka ait olması alınacak kararların doğruluğuna veya yanlışlığına yine halkın karar vermesini gerektirir. Bu çerçevede iktidarın kaynağı ve kullanımı üzerinde siyaset dışı bir sınırlamayı kabul etmek yönetime yetkisinin halkın elinden alınmasından başka bir anlama gelmemektedir. Bu sebeple çoğunlukçu demokrasi savunucularına göre anayasacılık siyaset ve demokrasiyi siyasal müzakere dışında belirlenen kayıtlarla sınırlamaya çalıştıkça her iki teori arasındaki gerilim/çatışma kaçınılmaz gözükmemektedir. Çoğunlukçu demokrasi taraftarlarının savundukları ve anayasacılık geleneği ile karşıt kutuplarda yer alan bu radikal demokrasi anlayışı kendisini en iyi Rousseau'nun yanılmaz ve eleştirilemez *“genel irade”* kavramında bulmaktadır. Rousseaucu anlayışta çoğunlukçu yönetim tarzını ifade eden genel irade yanılmaz bir rehber olarak *“doğrunun”* tekeli elinde bulundurmakta, bu doğrultuda siyasal müzakere ve seçimler dışında kendisini sınırlayacak herhangi bir kurumu kabul etmemektedir¹⁵.

2. Uzlaşma: Teorik ve Pratik Gerekçeler

2.1. Uzlaşının Genel Çerçevesi

Siyasal bilim literatüründe, anayasacılık ve demokrasi kuramları arasında, her iki teorinin *amaçları ve öncelikleri* gereği, bir uzlaşmazlık olduğu yönündeki eğilim karşısında, bu kuramlar arasında bir gerginlik olduğu tezini reddeden yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlardan, Stephen Holmes'e göre anayasacılıkla demokrasi arasında giderilmesi imkânsız bir gerilimin var olduğu fikri sadece modern siyasi düşüncenin özünde yatan efsanelerden biridir¹⁶.

15 Göze, Ayferi: Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s.213-216.

16 Erdoğan, a.g.e, s.25.

Bu noktada söz konusu modern efsanenin geçerliliğinin, demokratik teori ve anayasacılık geleneğinin siyasal iktidara bakış açılarını yansıtan *demokratik devlet* ile *anayasal devlet* kavramlarında test edilmesi mümkündür. Demokrasinin “*demokratik devlet*” ideali “*kendi geleceğini belirleyen yetkili birey*” figürünü amaçlarken, anayasacılığın anayasal devlet ideali “*özgür bireyi*” hedeflemektedir. Nihai aşamada özgür ve yetkili birey idealine ulaşma adına her iki yaklaşımın işbirliğinin gerekli ve kaçınılmaz olduğu dikkate alındığında var olduğu ileri sürülen uzlaşmazlığın yüzeysel olduğu görülmektedir.

Bu bağlamda her iki kuramın teorik altyapılarını *özgür ve yetkili bireylerden müteşekkil medeni bir toplum* kurma adına kurgulamaları, her iki doktrin arasında iş bölümünü zorunlu kılmaktadır. *Özgür ve yetkili bireylerden müteşekkil medeni bir toplumun* ancak günümüzün anayasal demokrasi modelinde gerçekleşebileceği göz önüne alındığında var olduğu ileri sürülen uyumsuzluğun her iki kavramın buluşma noktası olan “*anayasal demokrasi*” modelinde kolaylıkla çözümlenebilir olduğu görülmektedir. Demokrasi halk iradesine dayalı demokratik bir devlet inşası için temelde *siyasal süreç* odaklanmakta, siyasal iktidarın *hangi kurallara göre el değiştireceğiyle* ilgilenerek “*istikrarlı bir yönetim*”i olanaklı kılmaktadır. Diğer taraftan anayasacılık ise anayasal devlet idealine bağlı kalarak *esasa* odaklanmakta, *siyasi iktidarın nasıl kullanılacağı* konusu üzerinde yoğunlaşarak demokratik teorinin tesis ettiği istikrarlı yönetime “*meşruiyet*” ve “*süreklilik*” kazandırmaktadır. Anayasacılığın demokratik teoriye sağladığı hukuki meşruiyeti özellikle otoriter yönetimlerden demokrasiye geçiş aşamasında görmek mümkündür, zira bu tür geçiş dönemi sonrasında sağlam ve sürdürülebilir bir demokrasi inşa edebilmek ancak anayasacılık ve hukukun üstünlüğü anlayışının desteği ile mümkün olabilmektedir¹⁷.

Dolayısıyla her iki teori birbirini tamamlamakta, demokratik teorinin vurgu yaptığı “*iktidarın/yetkinin*” ancak anayasacılığın vurgu yaptığı “*özgürlük*” içinde anlamlı ve işlevsel olabileceği doğrulanmaktadır. Dolayısıyla, her iki teori arasında bir gerilimden ziyade, her iki kuramın farklı ontolojik konumlarından kaynaklanan hassasiyetlerinin olduğu görülmektedir. Söz konusu hassasiyetler, temelde her iki teorinin sivil toplum ve başta devlet olmak üzere kamu kurumlarının oluşturduğu siyasal topluma farklı bakış açılarından kaynaklanmaktadır. İfade edilen farklı bakış açıları bir zenginlik kaynağı olarak görüldüğünde her iki kuram *farklı hayat tarzlarının özgürce yaşanabildiği istikrarlı bir toplumsal düzen için birbirini tamamlayan teoriler* olarak durmakta, *özgür ve yetkili birey figürünün hayat bulduğu anayasal demokrasi idealinde buluşmaktadır*.

Bu noktada her iki teorinin belli alanlarda kesiştiği hatta birbirini tamamlama-

17 Ferejohn John and Pasquino Pasquale, a.g.e, s.243.

dığı ileri sürülebilir. Günümüzde özellikle yeni demokrasilerde hukukun üstünlüğü ve anayasacılık, demokrasiyi pekiştiren onu güçlendiren bir kurum olarak algılanmakta/kullanılmaktadır¹⁸. Dominique Rousseau'ya göre günümüz demokrasilerinde köklü bir dönüşüm gerçekleşmiş, "seçim demokrasisi" yerini bundan böyle "sürekli demokrasiye" bırakmıştır. Rousseau sürekli demokrasi (anayasal demokrasi veya anayasa yolu ile demokrasi olarak da adlandırılmaktadır) adını verdiği tezinde, anayasacılığın klasik boyutunu ifade eden yazılı anayasaların dahi özgürlükleri korumada tek başına yeterli olmadığını savunmuş, bu doğrultuda anayasa yargısının özgürlüklerin kurumsal bir güvencesi olarak ortaya çıkmasının demokrasi anlayışında yeni bir dönüşüme yol açtığını ifade etmiştir. Yazar bu köklü dönüşümü doğuran anayasa yargısının ortaya çıkışının, hakları güvenceye kavuşturan işleviyle anayasacılıkta yeni bir dönemi başlattığını bunun da, demokrasiyi daha ileri bir aşamaya taşıdığını ileri sürmüştür. Çünkü Rousseau'ya göre anayasa hâkiminin varlığı klasik temsili demokrasinin kendisinden aldığı egemenliği gerçek sahibi olan halka geri vermiştir. Bu anlamda anayasacılık içerisinde barındırdığı anayasa yargısı ve anayasa hâkimi aracılığıyla, egemenliğin gerçek sahibine ulaşmasının bir aracı olmuş ve böylelikle uzun soluklu sürdürülebilir bir demokrasiyi olanaklı kılmıştır. Burada "sürekli demokrasi" tanımı özellikle tercih edilmiştir. Çünkü Rousseau'ya göre demokrasi sadece seçim dönemlerine indirgenmeyecek kadar sofistike bir kavramdır. Yargısal yollar da dâhil olmak üzere farklı usullerle seçim dönemleri dışında da demokrasi yeniden her seferinde daha da zenginleştirilerek inşa edilmektedir. Sürekli demokrasi anlayışında bireyler, seçim dönemleri dışında da yasama faaliyetlerine katılabilmekte, anayasa mahkemeleri yoluyla bu faaliyetleri denetleyebilmekte ve böylelikle anayasa yargısı aracılığıyla demokrasi açığını kapatmada önemli bir rol de üstlenmektedir¹⁹.

20. yüzyılın önde gelen liberal yazarlarından F. A. Hayek'e göre de, *anayasa sınırlanmış olmayan bir demokrasi süreç içinde kendi kendini tahrir edicidir*. Yazara göre anayasacılık en kısa tanımıyla, siyasal iktidarın sahip olduğu *çıplak gücü/kamusal yetkileri* sınırlamanın aracından başka bir şey değildir ve bu

18 Chavez, Rebecca Bill: "The Rule of Law and Courts in Democratizing Regimes", The Oxford Handbook of Law and Politics, Edited by: K. E. Whittington-R. D. Kelemen-G. A. Caldeira, Oxford University Press, USA 2008, s.63.

19 Aktaran: Sağlam, Musa: "Bir Hak Arama Yolu Olarak Bireysel Başvuru" Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Editör: Bülent Yücel-İlker Gökhan Şen, Eskişehir 2011, s.34-35. Bu konuda aşağıdaki eserlere bkz., Dominique ROUSSEAU, "De la démocratie continue" **La démocratie continue**, Ed. Dominique Rousseau, Bruylant-LGDJ, 1992, s. 5-25; **La justice constitutionnelle en Europe**, op. cit., s. 150-151; "La démocratie continue ou comment remettre l'État à sa place" <http://refractions.plusloin.org/spip.php?article88> (10/06/2010); "Constitutionnalisme et démocratie", *La Vie des idées*, 19 septembre 2008 <http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>. (10.1.2011)

araç, insan doğasının kısa vadeli düşünmeye/hareket etmeye eğilimli olması dolayısıyla başvurulması zorunlu bir düzenlemedir. Bir anlamda anayasacılık, yurttaşların kısa vadeli ve bazen sağduyuyu hiçe sayan tercihlerinin/davranışlarının kurumsallaşmış tedavisidir²⁰. Anayasacılık sağduyu ve itidali referans alan yaklaşımıyla siyasetin bazen rasyonel olmayan dinamizmini dizginlemekte, bu işleviyle toplumun akıl ve sağduyu referanslı entelektüel sesi ve çağrısını temsil etmektedir. Toplumun sağduyusunu yansıtan anayasacılık, siyasi iktidarın seçim yoluyla barışçı bir biçimde el değiştirmesini garanti altına alarak demokrasinin kendisini tahrir etmesinin önüne geçmekte ve böylelikle sürdürülebilir bir demokrasiyi mümkün kılmaktadır.

2.2. Çoğulcu Anayasal Demokrasi Anlayışına Geçiş

Demokratik teorinin uzun tarihsel geçmişi incelendiğinde, demokrasi kavramına atfedilen anlamın her zaman aynı kalmadığı, yaşanan siyasal, toplumsal ve ekonomik değişimler sonucu demokrasinin farklı zamanlarda farklı anlamlar kazandığı görülmektedir. Özellikle hak ve özgürlük bilincinin artmasına paralel olarak, iktidarı elinde bulunduran çoğunluğun bir anlamda her istediğini yapabildiği “çoğunlukçu demokrasi” anlayışı zamanla terk edilmiş, bunun yerine tüm bireylerin ve bu arada azınlıkta kalanların hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı “çoğulcu/anayasal demokrasi” anlayışı günümüz siyasal yönetimlerinin tercihi olmuştur.

Bireylerin doğuştan sahip oldukları dokunulamaz, devredilemez ve ihlal edilemez hak ve özgürlüklerinin korunması ile seçimleri kazanan çoğunluğun yönetme hakkı arasında makul bir denge kurma arayışını ifade eden bu “demokratik değişimin” elde edilebilmesinde anayasacılığın çok önemli katkıları olmuştur. Zira anayasacılık, teorik planda halkın yönetiminin meşru ve devlet iktidarının da toplumsal yaşam için gerekli olduğunu kabul etmekle beraber, bu iktidarın aynı zamanda özgürlükler karşısında potansiyel bir tehdit unsuru olduğundan hareketle bu yönetimin bir takım sınırları olması gerektiğini ısrarla gündeme getirmiştir²¹. Hukukun üstünlüğü/anayasacılığın söz konusu vurgusu “çoğunlukçu demokrasi” anlayışından siyasal iktidarın ve dolayısıyla da demokrasinin hareket alanını belirleyen, böylelikle de bireylerin ahlaki özerk alanlarını koruma altına alan “çoğulcu/anayasal demokrasi” anlayışına geçişi mümkün kılmıştır.

Günümüzün çoğulcu/anayasal demokrasi anlayışında; yönetme hakkının

20 Holmes, Stephan, aktaran: Mustafa Erdoğan, a.g.e, s.24.

21 Sejersted, Francis: “Democracy and the rule of law: some historical experiences of contradictions in the striving for good government”, Constitutionalism and Democracy, Editor: John Elster and Rune Slagstad, Cambridge University Press, UK 1998, s. 132-133.

halkın oylarıyla iktidara gelen temsilcilerde olduğu, fakat aynı zamanda bu hakkın bazı sınırlarının da olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu açıdan yönetim hakkının her konuya karışmak, her konuyu kurallar aracılığı ile düzenlemeye çalışmak olmadığı ileri sürülmektedir. Söz konusu demokrasi anlayışında seçimleri kazanan çoğunluğun yönetim hakkı ne kadar ahlaki/meşru ise, iktidara oy vermeyenlerin özgürce yaşayabileceği *mahrem* alanların da “*aynı yönetim*”ce garanti altına alınması o nispette ahlaki/meşru görülmektedir²². Kuşkusuz günümüzün modern toplumlarının ulaştığı seviyede olması gereken ülkeyi seçimleri kazanan siyasal partilerin yönetmesidir. Ancak bu hiçbir şekilde seçimleri kazanan çoğunluğun her istediğini yapabileceği, sınırlarının olmayacağı anlamına gelemez. Zira özgür bir yönetim oluşturulmak isteniyorsa iktidar ister miras yoluyla tesis edilsin, ister seçim yoluyla elde edilsin mutlaka sınırlanmalı ve denetlenmelidir²³. Dolayısıyla demokrasiyi, seçimlerde çoğunluğu kazanan siyasal iktidarın her istediğini yapabildiği “*çoğunlukçu demokrasi*” anlamıyla ele almak, aslında sürdürülebilir bir demokrasi pratiğini bertaraf ederek demokrasinin bizzat kendisine zarar vermektir.

Dolayısıyla bazı durumlarda “*demokrasinin*” kendi geleceği için yine demokrasi hakkında şüpheci olmak gerekir. Zira Amerikan Yüksek Mahkeme yargıçlarından Brennan’ın ifade ettiği gibi “*demokrasiye inanmak farklı bir şey, ona körü körüne inanmak farklı bir şeydir*”²⁴. Bu noktada demokrasinin de kritiğe ihtiyacı bulunmaktadır. Demokrasiyi kritiğe tabi tutmak hiçbir şekilde otoriter veya totoliter yönetim taraftarı olmak anlamına gelmemektedir. Aksine, böyle bir tutum sağlıklı bir demokrasinin inşası ve devamı için zorunluluktur. Çünkü popüler inancın aksine, demokrasi her zaman otomatik olarak erdemli sonuçlar doğurmaz²⁵. Bu nedenle de demokratik bir yönetimde, yönetim hakkını elinde bulunduran çoğunluk iradesinin anayasalarda ifadesini bulan hukukun evrensel ilkeleriyle sınırlandırılması ve kritiğe tabi tutulması gerekir. Bu yönde bir sınırlama ve kritik her şeyden önce yine demokrasinin kendisi için gereklidir. Zira demokrasinin erdemli sonuçlar doğurabilmesi için anayasacılığın felsefi ve kurumsal desteğine ihtiyacı bulunmaktadır.

Demokrasilerde çoğunluk ilkesinin en önemli sınırını anayasacılığın da korumaya aldığı temel hak ve özgürlükler oluşturmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin demokrasilerde çoğunluğun yönetim hakkına sınırlamalar getirmesi, aynı zamanda demokratik teorinin meşruluk referansını da inşa etmektedir. Zira artık günümüz demokrasilerinde, insan onuru ve bu onur üzerine yükselen insan haklarından hareket etmeyen veya referans noktası

22 Türküne, Mümtaz’er (editör): Siyaset, Lotus Yayınevi, Ankara 2005, s. 192-193.

23 The Federalist Papers, No:48(James Madison), s. 144,, SoHo Books, USA.

24 Koopmans, a.g.e, s.100.

25 Barry, P. Norman: Modern Siyaset Teorisi, çev. Mustafa Erdoğan-Yusuf Şahin, Liberte Yayınları, Ankara 2004, s. VIII.

olarak bu hakları almayan siyasal, ekonomik veya hukuksal bir öneri veya teorinin insanlar ve toplum nezdinde itibar görme şansı oldukça düşüktür. Dolayısıyla çoğunluğun mutlak yönetme hakkını içeren *çoğunlukçu demokrasi* anlayışından, genelde bireylerin ve özelde de siyaseten azınlıkta kalanların hak ve özgürlüklerinin güvenceye kavuşturulduğu anayasacılık ile desteklenen *çoğulcu/anayasal demokrasi* anlayışına geçiş günümüzün medeni toplumlarının ayırt edici özelliği olarak durmaktadır.

Söz konusu bu geçiş, aslında basit bir dönüşüm olmanın ötesinde daha radikal bir değişime işaret etmektedir. Söz konusu radikal değişim, uzun ve zahmetli bir mücadele sonucu egemenliğin kendisine verildiği milli iradenin de aslında özgürlükler lehine bazı sınırlamalara tabi olması gerektiği anlayışının kabul görmesine işaret etmektedir. Bu anlayışın yerleşmesi kolay olmamış, uzun mücadeleler sonucunda elde edilen “*yönetme hakkının*” bazı sınırlamalara tabi olması gerektiği düşüncesi, ancak anayasacılığın sunduğu insan onuru ve özgürlükler gibi gerekçelerle mümkün olabilmıştır. Anayasacılığın felsefi desteği sayesinde, seçimlerde çoğunluğun güveni kazanılarak ülkeyi yönetme hakkının elde edildiği bir *çoğunlukçu demokrasi* anlayışından²⁶ Anayasa’nın üstünlüğünün tanındığı, siyasal iktidarın sınırlandırıldığı ve temel hak ve özgürlüklerin öncelikli değer olarak kabul edildiği *anayasal demokrasiye* geçiş sağlanabilmıştır. Bu minvalde “*çoğulcu anayasal demokrasi*”, çoğunlukçu demokrasinin temel hak ve özgürlükler, siyasal haklar ve azınlık hakları açısından taşıdığı sakıncaları ortadan kaldırmak için anayasacılığın felsefi zemininde tasarlanmış ve bu kurguya paralel hak ve özgürlüklerin korunması adına adeta bir garantör konumunu kazanmıştır.

Bu bağlamda çağdaş yazarlardan Dominique Rousseau, siyasal istikrar ve aynı zamanda toplumsal düzenin de garantörü konumunda bulunan anayasal demokrasiden söz edebilmek için iki unsurun zorunluluğuna dikkat çekmektedir. Yazara göre, anayasal demokrasinin ilk unsuru, bireylerin sahip olduğu hak ve özgürlükleri siyasal iktidar karşısında ihlal edilemez bir biçimde güçlendirmek ve korumaya almak; yani bunların ortadan kaldırılmasını veya bunlara zarar verilmesini önlemektir. İkinci unsur ise, siyasal iktidarın faaliyeti üzerinde, seçilmiş temsilcileri de kapsar bir şekilde kalıcı bir denetim oluşturulması gerekliliğidir²⁷. Gerçekten de, çoğunluğun güvenini kazanarak ülkeyi yönetme hakkını elinde bulunduran siyasal iktidar, var oluş amacına aykırı olarak, hak ve özgürlüklerin serbestçe yaşandığı ahlaki özerk alanlara müdahale ederek totaliter veya otoriter bir yönetim anlayışı sergileyebilir. Bu durumda genelde hukuktan ve özelde de anayasadan beklenen, içerdiği ilke

26 Turhan, a.g.e, 143vd.

27 Dominique Rousseau, aktaran: Ergül, Ozan: Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s.120.

ve kurallar aracılığı ile siyasal iktidarı olması gereken sınırları içinde tutmak, iktidarın var oluş amacına uygun bir şekilde kullanılmasını sağlamaktır.

Öyleyse günümüzde çağdaş anlamıyla ideal bir rejimden/yönetimden söz edebilmek için, anayasal devlet ve demokratik devlet unsurlarının bir araya getirilmesi gerekir. İşte bu iki kavramın bir araya getirilmesiyle oluşturulan ideal rejim anayasal demokrasidir²⁸. Günümüzde, liberalizmin ve anayasacılık teorisinin demokratik teoriyle kesişme noktası olarak karşımıza çıkan anayasal demokrasi; çoğunluğun yönetme hakkının tanındığı, fakat aynı zamanda azınlıkta kalanların hak ve özgürlüklerinin güvenceye kavuşturulduğu bir yönetim biçimini ifade etmektedir. Neticede anayasal demokrasi anlayışında; bir taraftan demokratik teori gereği çoğunluğun yönetme hakkı garanti altına alınırken, diğer taraftan da anayasacılık gereği azınlıkta kalanların hak ve özgürlükleri güvenceye kavuşturulmakta, böylelikle iddia edilen gerilim nitelikli bir işbirliğine dönüşmektedir.

2.3. R. Dworkin, J. Rawls ve R. Nozick: *Hangi Demokrasi?*

Demokratik teori ile anayasacılık kuramı arasında var olduğu iddia edilen gerilimde bir uzlaşının olup olmadığı esasen *hangi demokrasi* sorusuna verilecek cevapta bulunmaktadır. Çağımızın önde gelen düşünürlerinden Ronald Dworkin'in ifadesiyle, sorulması gereken temel soru "*çoğunlukçu öncülün*" kabul edilip edilmeyeceğidir. Genelde radikal demokrasi yanlılarınca kabul edilen çoğunlukçu öncüle göre, kendisini sivil toplumda ifade eden kamusal müzakere önemli olmakla beraber, asıl belirleyici olan yasama meclisinde tezahür eden çoğunluk iradesidir. Bu noktada çoğunluk iradesi seçimler aracılığı ile oluşan millî iradeyi temsil etmekte ve bu anlamıyla temel kamusal kararlar alma konusunda herhangi bir meşruluk sorunu yaşamamaktadır. Dolayısıyla kamusal kararlar alınırken sürecin başında azınlıkta kalanların görüşleri tartışmaya dâhil edilmeli, ancak son aşamada yönetme hakkını elinde bulunduran çoğunluğun iradesi belirleyici olmalıdır. Aksi takdirde seçim yapmanın ve bu seçimler sonucunda oluşan yönetme hakkının bir anlamı kalmamaktadır²⁹.

Oysa Dworkin'e göre günümüzün çoğulcu toplumlarında demokrasi kavramından anlaşılması gereken siyasal iktidarın halk egemenliği kavramına dayanarak istediği her şeyi yapabildiği çoğunlukçu bir yönetim tarzı olmalıdır. Yazar için günümüz demokrasisi, çoğunluğun yönetme hakkına saygı göstermekle beraber, o çoğunluğa oy vermeyen azınlığa mensup bireyle-

28 Gönenc, a.g.e, s.157.

29 Turhan, Mehmet-Uluşahin, Nur: Anayasa Hukukuna Liberal Bakışlar, Naturel Yayınları, Antalya 2009, s.46.

rin hak ve özgürlüklerine saygı gösterildiği, mahrem alanlarına/tercihlerine dokunulmadığı “ortaklık demokrasisi/çoğulcu demokrasi” olmalıdır. Bu noktada düşünürün ifade ettiği ortaklık demokrasisi çoğulculuğu bir zenginlik olarak gören yaklaşımı ile anayasacılığın temel kavramlarından biri olan *anayasal demokrasi* anlayışıyla örtüşmektedir. Dolayısıyla da Dworkin açısından “*muhalifler*” korunduğu sürece, demokrasinin çoğunluğun yönetme hakkını tanıyan *çoğulcu* anlayışı ile bireylerin sahip olduğu hak ve özgürlükleri güvence altına alan *anayasacılık* arasında herhangi bir gerilim söz konusu olamaz.

Dworkin’e göre anayasacılık geleneği ve demokratik teorinin uzlaşma noktası konumunda bulunan *anayasal demokrasiyle* ulaşılmak istenen, siyasal toplumu bireylerin eşit ilgi ve saygı görme hakkı temelinde inşa etmek ve bu vesileyle bireylerin ahlaki temelde eşitliğini gerçekleştirebilmektir. Yazar eşit ilgi ve saygı görme hakkı temelinde tanımladığı anayasal demokrasiye “*anayasanın ahlaksal okunuşu*” kavramıyla ulaşmakta ve yine bu kavram aracılığı ile anayasal demokrasinin güvencesi olarak ifade ettiği anayasa yargısını meşrulaştırmaktadır³⁰. Bu noktada Dworkin’e göre açıklığa kavuşturulması gereken en önemli hususlardan biri: demokratik teorinin, ülkeyi yönetme hakkını elinde bulunduran çoğunluğun/siyasi iktidarın yapmak istediklerine karar verdikleri her şeyi yapmaya hakları olduğu tezini kabul edip etmediğini açık yüreklilikle ifade etmesidir. Bu aşamada seçimler aracılığıyla meşru olarak siyasal iktidarı kullanma yetkisini elinde bulunduran çoğunluk, demokrasi aracılığıyla istedikleri her konuda herhangi bir kayıtlama olmaksızın düzenlemede bulunabilecek midir, önümüzde cevaplanmak üzere bekleyen temel sorun budur³¹.

Dworkin, bireylerin eşit ilgi ve saygı görme hakkı temelinde kurguladığı/geliştirdiği ve anayasacılık doktrini ile de yakın ilişkisi bulunan “*anayasanın ahlaksal okunuşu*” kavramıyla bu soruyu kuvvetli bir mantık örgüsüyle olumsuz olarak cevaplamaktadır. Yazara göre, sivil ve medeni bir toplumun kurucu unsurları olarak tüm üyeler -özünde ahlaki olan- hak ve özgürlüklere sahiptir ve siyasal iktidar her türlü karar ve politikasında bu hak ve özgürlükleri “*haklar tezi*” temelinde değerlendirmek zorundadır. Söz konusu bu haklar tezi bireyler için, siyasal iktidarın kamu yararı kavramı da dâhil olmak üzere hiçbir politik amaçla ihlal edemeyeceği hak ve özgürlüklere sahip olduğu ön kabulünü benimsemeyi zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla da *haklar tezi*, kamu yararı kavramı da dâhil olmak üzere hiçbir politik amaca feda edilemeyen niteliğiyle çoğunluğun yönetme hakkı önündeki en önemli hukuki ve ahlaki sınırlamalardan biri olarak durmaktadır.

30 Dworkin’in ‘*anayasanın ahlaksal okunuşu*’ anlayışı hakkında daha fazla bilgi için bakınız: Mehmet Turhan, a.g.e, s.35-62.

31 Dworkin, Ronald: Hakları Ciddiye Almak, çeviren: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2007, s.182 vd.

Temel hak ve özgürlüklerin öncelikli konumu konusunda Dworkin ile aynı görüşleri paylaşan bir diğer liberal yazar John Rawls'tır. Yazar, temel hak ve özgürlüklerin öncelikli konumunu bir yandan "*hakkaniyet olarak adalet ilkesiyle*" gerekçelendirmiş, diğer yandan da hak ve özgürlüklerin öncelikli konumunu "*Bir Adalet Teorisi*" adlı ünlü eserinde, tasarladığı adil bir toplumsal düzenin temel taşı olarak ifade etmiştir³². Rawls'a göre adil bir toplumsal düzenin ilk basamağı olan evrede tüm toplum üyeleri "*görünmezlik peçesi*" altında karşılıklı olarak temel adalet ilkelerini ve bu ilkeler temelinde ihdas edilecek hak ve özgürlükleri belirlemektedir. Siyasal toplum da dâhil tüm toplumsal düzen bu adalet ilkeleri ve özgürlükler/haklar üzerine inşa edilmektedir³³.

Rawls'a göre, siyasal ve sivil toplumu içeren adil bir toplumsal düzen tesis edebilmek; öncelikle adalet ilkesi gereği hak ve özgürlüklerin, bir anlamda tüm toplum üyeleri için mümkün olabilecek en geniş şekilde belirlenmesi/listelenmesi, ardından da bu hak ve özgürlüklere öncelik/özel bir konum verilerek güvenceye kavuşturulması koşullarına bağlıdır. Yazara göre toplumsal düzenin tesis edilebilmesi adına zorunluluk arz eden bu koşullar ancak "*çoğulcu demokrasi*" ve "*anayasacılık geleneği*" anlayışlarında hayata geçirilebilir. Zira "*çoğulcu demokrasi*" anlayışı, hak ve özgürlüklerin farklı "*iyi*" anlayışlarına sahip tüm bireyler için en geniş biçimde belirlenmesini ve tanınmasını mümkün kılarken, "*anayasacılık*" geleneği de söz konusu hak ve özgürlüklerin yine aynı bireyler adına güvenceye kavuşturulmasını olanaklı kılmaktadır. Dolayısıyla insan hak ve özgürlükleri, bu hak ve özgürlüklerin en geniş biçimde tanınmasını mümkün kılan "*çoğulcu demokrasi*" anlayışı ile bu hak ve özgürlükleri güvenceye kavuşturan "*anayasacılık geleneği*" arasında bir uzlaşma noktası oluşturmaktadır.

Bu bağlamda Rawls için de, çoğulcu bir demokraside söz konusu hak ve özgürlükler, kamu yararı ve mükemmeliyetçi değerler gibi doğrudan siyasal iktidarı/devleti kutsallaştıran ve onu sorgulanamaz kılan gerekçelere göre mutlak ve öncelikli bir ağırlık taşımaktadır. Örneğin, devletin, ekonomik refah ve büyüme gerekçeleri ile aynı şartları taşıyan belli gruplar arasında ayırım yapması veya bu gruplara kendilerine tanınması gereken eşit siyasal hakları vermemesi hiçbir şekilde mazur görülmez³⁴. Devlet bu konuda Dworkin'in ifadesiyle "*politik tez*" temelli değil "*haklar tezi*" temelinde hareket etmeli ve bu doğrultuda bireysel hak ve özgürlükleri kamu yararı ve ekonomik refah gibi politik amaçlara feda etmemelidir.³⁵

32 Rawls, a.g.e, s.52-56.

33 Hakkaniyet olarak adalet ve görünmezlik peçesi kavramları hakkına daha fazla bilgi için bakınız: Rawls, a.g.e, s.3-40, 118-123.

34 Rawls, a.g.e, s.324.

35 Bu konuda, politik amaç temelli tezleri savunan **Hukuk ve Ekonomi** akımı inceleme konusu

Rawls, ayrıca hak ve özgürlüklerin herhangi bir müdahale olmaksızın yaşanabildiği, medeni/sivil ve rasyonel bir toplumsal düzenin inşasına adına “örtüşen görüşbirliği” kavramına atıf yapmakta ve buradan hareketle çoğulcu bir toplum modeline işaret etmektedir. Yazara göre *örtüşen görüşbirliği*; toplumda var olan kapsamlı ve makul çoğunlukların/grupların barış içinde bir arada yaşayabilecekleri bir toplumsal modeli tesis edebilme adına hayati rol oynamaktadır. Örtüşen görüşbirliği farklı dünya görüşlerine sahip birey gruplarının farklı gerekçelerle de olsa *hakkaniyet olarak adalet* kavramı üzerinde anlaşabilmelerini ifade eder. Hakkaniyet olarak adalet kavramı; tüm toplumsal düzenin temel taşı konumuyla her türlü dinsel, ahlaki ve felsefi doktrinden bağımsız olarak, toplumda var olan makul ve kapsamlı çoğunluklarca üzerinde anlaşılan *kamusal adalet* anlayışı olarak tanımlanmaktadır³⁶.

Rawls, farklı hayat algılarına sahip kapsamlı ve makul çoğunlukların barış içinde bir arada yaşayabildiği medeni/sivil bir toplumsal modelin inşa edilebilmesi adına bu ideal toplumsal modelin çoğulcu yapısına özellikle vurgu yapmaktadır. Yazara göre, bu ideal toplumsal model farklı dinsel, felsefi ve ahlaki anlayışlara sahip gruplardan oluşmakta ve bu gruplar aralarındaki temel farklılıklara rağmen hakkaniyet olarak adalet kavramı üzerine *örtüşen görüşbirliğine* ulaşarak barış içinde bir arada yaşayabilecekleri zemini tesis edebilmektedir.

Söz konusu zeminin tesis edilebilmesi adına üzerinde hassasiyetle üzerinde durulması gereken kavram *çoğulculuk* olmaktadır. Zira medeni ve sivil bir toplumsal modelin temel karakteristiği farklı grupların bir arada yaşadığı ve bir anlamda da yaşamak zorunda kaldığı çoğulcu yapısıdır³⁷. Tam bu noktada günümüzün *çoğulcu demokrasi* anlayışı ve *anayasacılık geleneği* gündeme gelmekte, *örtüşen görüşbirliği ve hakkaniyet olarak adalet/kamusal adalet* anlayışı her iki doktrin arasında bir uzlaşma noktası olmaktadır. Zira günümüzün çoğulcu demokrasi anlayışı bir yandan farklı grupların medeni/sivil bir toplumsal model inşa edebilmelerini olanaklı kılan kamusal müzakere ve işbirliği yollarını açık tutarken, diğer taraftan anayasacılık, geliştirdiği *anayasal demokrasi* kavramı ile söz konusu kamusal müzakere ve işbirliğinin hak ve özgürlükler ihlal edilmeden yapılabilmesini güvenceye almakta, böylelikle sürecin siyasal/hukuki garantörü olma rolünü ihraz etmektedir.

yapılabilir. Hukuk ve Ekonomi akımına göre, anayasal kurallarda dâhil hukuk kurallarının ihdasında, yorumlanmasında ve uygulanmasında adalet ve eşitlik gibi kavramlar yerine ekonomik amaçlar ve sonuçların dikkate alınmasını gerekir. Coase, Calabresi, Posner gibi yazarlarca temsil edilen bu akımın temel tezine göre: “Ekonominin kuramları ve deneysel yöntemleri hukukun merkezi kurumlarına uygulanmalıdır”. Bakınız: Ahmet Ulvi Türkbağ: “Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi”, HFSA, / H. Ökçesiz, s.58-68, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003.

36 Rawls, a.g.e, s.180-181 vd.

37 Rawls, a.g.e, s.181-182.

Öte yandan Dworkin ve Rawls ile birlikte, demokratik teorinin anayasacılık geleneği ile uyuşan çoğulcu anlayışına vurgu yapan diğer bir yazar Robert Nozick'tir. Nozick kurguladığı *"temel/çerçeve ütopya"* kavramıyla medeni ve sivil bir toplumsal düzenin tesis edilebilmesi adına farklı *"iyi"* anlayışlarının özgürce yaşanabildiği çoğulcu bir toplumsal modele işaret etmiştir. Yazar demokrasiyi, farklı hayat algılarının ahlaken aynı değerde kabul edildiği çoğulcu versiyonu üzerinden tanımlayarak bir anlamda, çoğulculuğu teorik olarak zorunlu kılan anayasacılık ile günümüzün çoğulcu demokrasi anlayışı arasındaki uzlaşma noktasını dolaylı olarak göstermiştir³⁸.

Nozick herkesi aynı kalıba sokmaya çalışan *geleneksel ütopyacılık* anlayışını reddederek, farklı ütopyaların/hayat tarzlarının herhangi bir müdahale olmaksızın özgürce yaşanabileceği, çoğulcu bir yapıyı içinde barındıran *çerçeve ütopya* anlayışını savunmaktadır. Yazar üç farklı ütopya vizyonundan bahsetmektedir:

*"Herkesi tek bir topluluk kalıbına girmeye zorlayan emperyalist ütopyacılık, herkesi bir çeşit topluluk içinde yaşamaya ikna etmeyi ümit eden misyoner ütopyacılığı, evrensel olarak olmasa da belli bir topluluk kalıbının var olmasını ve böylece bunu yapmak isteyenlerin ona uygun olarak yaşayabilmesini uman varoluşçu ütopyacılık"*³⁹

Nozick, herkesi belli bir kalıp içerisinde yaşatmayı öngören emperyalist ve misyoner ütopyacılığı, hak ve özgürlüklerin herhangi bir müdahale olmaksızın yaşanabilmesine imkân veren *çoğulcu* bir yapı arz etmemeleri nedeniyle reddetmektedir. Yazar bu ütopyalar karşısında, tüm toplum üyelerinin kendi özel ütopyalarını özgürce kurup idame ettirebileceği zemini tesis eden çerçeve ütopyayı ve bu ütopya ile uyumlu varoluşçu ütopyacılığı savunmaktadır. Zira Nozick'e göre varoluşçu/çerçeve ütopyacılığı diğerleri karşısında kabul edilebilir kılan niteliği, farklı *"iyi"* anlayışlarının hayata geçirilmesini olanaklı kılan çoğulcu yapısıdır ve bu çoğulcu yapı bütün toplumsal düzenin temel direği konumundadır.

Yazar, çoğulcu ve özgürlükçü yapısını özellikle vurguladığı çerçeve ütopyayı şu ifadelerle tanımlamaktadır:

"Ütopyada tek bir çeşit topluluk olamaz ve tek bir yaşam tarzı sürdürülemez. Ütopya, ütopyalardan ve insanların farklı yaşam tarzları sürdürdükleri birçok farklı ve aykırı topluluklardan oluşacaktır. Bazı tür topluluklar çoğu insan için diğerlerinden daha çekici olacaktır. Topluluklar gittikçe büyüyecek ve küçülecektir. İnsanlar bazılarını terk edip diğerlerine gidecek ya da tüm yaşamlarını birinde geçirecektir. Ütopya, ütopyalar için bir çerçevedir. İnsanların özgürce ve gönüllü olarak bir araya gelip ideal bir topluluk içinde kendilerince iyi olan bir yaşam tarzını sürdürmeye çalışsa-

38 Nozick, Robert: Anarşi, Devlet ve Ütopya, çeviren: Alişan Oktay, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s.373-399.

39 Nozick, a.g.e, s.398.

cakları, fakat hiç kimsenin kendi ütopya vizyonunu başkasına empoze edemeyeceği bir yerdir"⁴⁰.

Bu noktada çerçeve ütopyanın karakteristik özellikleri olan *çoğulcu ve özgürlükçü* yapısının demokratik teori ve anayasacılık geleneği arasında bir uzlaşma noktası olduğu göze çarpmaktadır. Zira çerçeve ütopyanın çoğulcu yapısının yansıması olan farklı hayat tarzlarının özgürce yaşanabildiği bir toplumsal düzen *çoğulcu demokrasi* anlayışını zorunlu kılarken, diğer taraftan çerçeve ütopya içerisinde yaşayan bireylerin kendi özel ütopyalarında hak ve özgürlüklerini herhangi bir müdahale olmaksızın özgürce yaşayabildikleri bir toplumsal düzenin inşası *anayasacılık teorisini* zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla çoğulcu ve özgürlükçü yapısıyla tüm toplumsal düzenin temel taşı konumunda bulunan çerçeve ütopya, demokratik teori ve anayasacılık geleneği arasında fonksiyonel bir işbirliği/işbölümünü zorunlu kılmakta ve bu bağlamda *anayasal demokrasi* ortak noktasında her iki teori arasında nitelikli bir uzlaşma kaçınılmaz olmaktadır.

2.4. İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Garantörü Olarak Anayasacılık

"İnsan hakları"nın bilinen en yaygın tanımı "*insanın insan olmaktan kaynaklanan hakları*" şeklindedir⁴¹. Diğer bir ifadeyle insan hakkı, dini, etnik veya ahlaki farklılıklar göz önüne alınmaksızın bireylerin doğuştan sahip oldukları, temelde ahlaki nitelik taşıyan dokunulamaz, devredilemez ve ihlal edilemez hak ve özgürlüklerdir. Doğal hukukun teorik ve felsefi zeminini oluşturduğu bu tanım, tarihsel süreç içerisinde siyasal iktidarın sürekli olarak güç kazanmasıyla daha da önem kazanmış, merkezileşen ve büyüyen bu siyasal güç karşısında hak ve özgürlükleri güvenceye alabilecek mekanizmaların oluşturulmasını öncelikli ve zorunlu görülmüştür.

Bu noktada liberal teori ve onun siyasal ve hukuksal alandaki yansıması olan anayasacılık devreye girmiş, insan hak ve özgürlüklerinin siyasal iktidar karşısında güvenceye kavuşturulması adeta teorik bir zorunluluk olarak görülerek tüm siyasal ve hukuki alan bu temel değer üzerine kurgulanmıştır⁴². Anayasacılık, özellikle 17 ve 18 inci yüzyıllarda *özgürlükçü* ve *devrimci* bir anlam kazanmış, bu çerçevede bireyleri devlet içinde anlamlandıran siyasal teorilerin karşısında yer alarak bireylerin devlet ile olan ilişkilerinde bir "*nesne*" değil bizzat "*özne*" oldukları anlayışını savunmuştur. Böylelikle anayasacılık siyasal iktidarı yok saymayan ancak bireyi öncelikli değer kabul eden yaklaşımıyla siyasal iktidar karşısında bireylerin sahip olduğu hak ve özgürlüklerin

40 Nozick, a.g.e, s.389.

41 Akıllıoğlu, Tekin: İnsan Hakları, İmaj Yayınevi, Ankara 2010, s. 1.

42 Kalabaklı, Halil: İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.36-37.

garantörü konumuna gelmiştir. Anayasacılık özellikle aydınlanmanın da etkisiyle adeta “*özgürlük manifestosu*” niteliğini kazanmış ve dolayısıyla da asli rolünü daha güçlü bir şekilde oynamaya başlamıştır.

Anayasacılık geleneğinin asli rolüne kavuşması demokratik teorinin gelişimiyle paralel bir süreç izlemiş ve anayasacılık hak ve özgürlüklerin garantörü olma niteliğiyle “*liberal demokrasi*” kavramını siyaset literatürüne kazandırmıştır. Anayasacılık sahip olduğu *liberal bakış açısıyla* genelde demokrasinin özelde de günümüz çoğulcu demokrasinin sağlıklı bir şekilde ihdas edilip işlemesine olanak sağlamıştır. Liberal demokrasi kavramındaki *demokrasi* devlet iktidarının halkın elinde olmasına ve dolayısıyla meşruiyetine vurgu yaparken, *liberal* kelimesi bu iktidarın bireysel özgürlüklere zarar vermeyecek şekilde sınırlandırılarak kullanılmasına işaret etmiştir⁴³.

Liberal demokrasi anayasacılığın felsefi desteği ile bir yandan iktidarın belirlenmesinde ve temel siyasal kararların alınmasında halkın söz sahibi olduğu ve bu vesileyle meşru bir yönetimin ihdas edilebildiği bir düzene vurgu yaparken, diğer taraftan temel hak ve özgürlüklerin çoğunluk iradesi karşısında ihlal edilemez ahlaki sınırlarına dikkati çekmiştir. Liberal demokrasi bu iki vurgusuyla bireysel özgürlüklerin garanti altına alındığı günümüzün çağdaş ve çoğulcu demokrasi modelinin inşasını mümkün kılarak anayasacılık ile demokrasi arasında bir uzlaşma noktası kurmuştur⁴⁴. Söz konusu uzlaşma noktasında birlikteliği sağlayan unsurlar ise milli iradeye dayanan yönetimin meşruiyeti ile hak ve özgürlüklerin güvenceye kavuşturulduğu çoğulculuk olmuştur.

Anayasacılık, bireyi devlet iktidarı karşısında güvenceye kavuşturmak amacıyla sadece hukuki sınırlara değinmemiş aynı zamanda ahlaki kayıtlara da işaret etmiştir. Burada ifade edilen ahlakilik; bireysel hak ve özgürlükleri korumaya matuf pozitif sınırların yasama çoğunluğu aracılığıyla aşılması durumunda, bu çoğunluk tarafından da aşılamayacak evrensel değerleri yansıtmaktadır. Anayasacılığa göre sadece siyasal iktidar değil, onun asli sahibi olan toplumun da aşamayacağı ahlaki sınırlar söz konusudur. Söz konusu ahlaki sınırlar esasen bireyin ahlaki özerkliği ve onurundan kaynaklanmaktadır. Zira birey sadece hukuken korunması gereken bir değer olmayıp aynı zamanda ahlaken de korunması gereken bir varlıktır. Böylece hukuk ve ahlakın birlikteliği ile birey sadece siyasal iktidar karşısında değil bu iktidarın gerçek sahibi olan toplum karşısında da en üst düzeyde korumaya alınmıştır. Anayasacılığın çoğunluk iradesine getirdiği ahlaki sınırlar ilk bakışta demokrasiyi sınırlar gözükse de, aslında uzun vadede yine demokrasiye hizmet etmekte, demokrasinin kendi kendini tahririni önleyerek sürdürülebilir bir demokra-

43 Erdoğan, a.g.e, s.244-246.

44 Türköne, a.g.e, s.200.

siyi olanaklı kılmaktadır.

Bu anlamda anayasacılığın sürdürülebilir çağdaş ve çoğulcu bir demokrasi anlayışının tesisini olanaklı kılması, onun “*hukuki*” niteliğinden ziyade, öncelikle “*siyasal*” yönünden kaynaklanmaktadır. Zira anayasacılık, kısaca devletin temel kuruluşunu ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerini belirleyen kurallar ve ilkeler bütünü olarak tanımlanabilir. Hemen anlaşılabilceği gibi, bu tanımda iki farklı boyut yer almaktadır. Birinci boyutta devletin temel niteliğini ve kuruluşunu belirleyen kurallar yer alırken, ikinci boyutta siyasal iktidar karşısında bireylerin sahip olduğu hak ve özgürlükleri güvenceye kavuşturan hükümler/ilkeler yer almaktadır⁴⁵.

Anayasacılık kuramı ve bu kuramdan tevarüs edilen anayasa kavramının esasen *hukuki* olmaktan ziyade *siyasal* bir nitelik gösterdiği özellikle belirtilmelidir. Anayasacılık/anayasa, bir yandan insan haklarını güvence altına alırken diğer yandan devlet örgütlenmesinin dayandığı esasları göstermektedir. Ancak anayasacılık her iki işlevi görmekle beraber bu teorinin öncelikli hedefi bir iktidar haritası oluşturmak değil, bireylerin sahip oldukları hak ve özgürlükleri siyasal iktidar karşısında korumak olmuştur. Anayasacılığın zengin geçmişine bakıldığında; bu geleneğin odağında yatan temel kurgunun demokratik teoriden farklı olarak iktidarın nasıl elde edileceğinden ziyade elde edilen iktidarın temel hak ve özgürlüklere zarar vermeyecek şekilde kullanılması olduğu görülmektedir.

Bu anlamda anayasacılık/anayasanın siyasi ve hukuki yönü arasındaki fark tam olarak her iki kavramın *güvence fonksiyonunda* belirginleşmektedir. Demokratik, özgürlükçü, sivil ve çoğulcu toplumlarda; anayasacılık geleneği ve bir toplumsal sözleşme niteliğiyle anayasalar, devletin temel yapısını ve işlevini düzenlemek, devlet iktidarını hukuk kurallarıyla çerçeveleyerek iktidar karşısında bireylerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almak amacıyla yapılmaktadır. Bu anlamda, anayasacılık teorisinin özünde yatan ve bir anlamda bu teoriyi insan hakları doktrini ile bağlantılı kılan husus anayasacılığın/anayasanın siyasal iktidar karşısında bireyi hak ve özgürlükleriyle beraber koruma altına alan güvence yönüdür.

Çağımızda anayasacılığın/anayasanın *garantist* yönünü başarılı bir şekilde vurgulayan Giovanni Sartori olmuştur. Yazar anayasacılık teorisinin özünde yatan güvence niteliğine vurgu yaparak konuya temelde amaçsal perspektiften yaklaşmış ve “*anayasa*” sözcüğünün devletin temel kuruluşu, örgütlenişi ve işletiş biçiminde geniş anlamda kullanılmasını eleştirmiştir. Turhan’ın ifadeleriyle:

45 Onar, Erdal: Kanunların Anayasa’ya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi Alanında Ülkemizde Öncüller, AÜHF Yayınları, Ankara 2003, s.7.

Haşim Kılıç'a Armağan

“Sartori’ye göre önemli olan amaçtır, yani telostur. Bu nedenle anayasa sözcüğünün amaçladığı şeye bakmak gerekir. Bu ortak amaç tek bir sözcükle ifade edilebilir: Garantisme. Başka bir deyişle, Anayasa’nın telosu devlet iktidarına sınırlamalar getirerek bireylerin haklarını garanti altına almaktır. Sartori Batı dünyasının bütününde Anayasa’nın istenir bir şey olduğunu, bu sözcüğün üstün veya iyi bir şey olarak algılandığını çünkü bu terimden temel bir yasa veya ilkeler dizisinin temeli veya bunu karşılayan “sınırlı devlet”i gerçekleştiren ve “keyfi iktidar”ı sınırlayan kurumsal düzenlemelerin anlaşıldığını belirtmektedir. Yazara göre “anayasa sözcüğünün” “her türlü devlet biçimi” anlamına geldiği tarihsel kanıttan yoksundur. Yazara göre bu yanlış kullanım hangi nedenden kaynaklanırsa kaynaklansın, anayasa sözcüğünün ya garantiste anlamında kullanılabileceği ya da örgüt, yapı, biçim, örüntü, siyasal sistem ve bunlara benzer sözcüklerin anlamsız ve aldatıcı bir kopyası olacağı vurgulanmalıdır”⁴⁶.

Sartori’nin ifadelerinden de anlaşıldığı gibi anayasacılık/anayasanın hukuki yönü, devletin kuruluşunu, temel yapısını, organlarını ve bu organların yetkilerini ve birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen ilkeler/kurallar bütünü olmasıdır. Diğer yandan siyasal yönü ise, liberal teorinin temel ve öncelikli amacı da örtüşecek şekilde, bireylerin doğuştan kazandıkları hak ve özgürlükleri siyasal iktidar karşısında güvenceye kavuşturan kurumlar ve kurallar bütünü olmasıdır. Bu noktada anayasacılığı demokratik teoride dâhil siyasal teoriler karşısında değerli kılan geleneğin ifade edilen siyasal yönü olmaktadır. Zira söz konusu siyasal işlev devlet-birey ilişkilerinde bireylerin “yönetilen nesne” değil “yöneten özne” olma konumlarının güvencesini oluşturmaktadır.

Anayasacılığın bahsedilen siyasal işlevi aynı zamanda demokrasilerde siyasal iktidarın meşruiyet kaynağı olarak da görülebilecek niteliktedir. Zira haklar esastır ve siyasi yapıların meşrulukları söz konusu bu hakların ahlaki sınırlar olarak ihlal edilmemesine bağlıdır⁴⁷. Bu anlamda anayasacılık siyasal işleviyle hak ve özgürlükleri güvenceye kavuşturmakta, güvenceye kavuşturulan hak ve özgürlükler de demokratik bir toplumda siyasal iktidarın yapabileceklerinin sınırlarını çizerek seçimle kazanılan meşruluğun korunmasına hizmet etmektedir. Günümüz demokrasi anlayışında seçim yoluyla kazanılan meşruiyet tek başına yeterli görülmemekte, bu meşruiyetin bireylerin hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesi pratiğiyle desteklenmesi gerekmektedir. Bu ise her şeyden önce anayasacılığın bireylerin hak ve özgürlüklerini siyasal iktidar karşısında güvenceye kavuşturan siyasal yönüyle sağlanabilir.

Siyasal teorinin uzun tarihsel süreci incelendiğinde, insan hak ve özgürlüklerinin anayasacılık aracılığı ile güvenceye kavuşturulmadığı durumda demokrasinin de sağlıklı bir şekilde kurulup varlığını devam ettiremediği gö-

46 Turhan, Anayasal Devlet, s.68-69.

47 Nozick, a.g.e, s.12.

rılmaktadır⁴⁸. Anayasacılık *hak ve özgürlüklerinin güvencesi olma* konumuyla demokratik teoremin özgürlük boyutunu oluşturmakta ve böylelikle demokrasinin “özgürlük açığını” kapatmaktadır. Sartori, demokrasini iki unsura sahip olması gerektiğini ifade etmektedir: birinci unsur “*halkı özgürleştirmek*”, ikincisi ise “*halkı yetkilendirmektir*”⁴⁹. Demokrasi serbest ve adil seçimler yoluyla haklı yetkilendirme de bir sorun yaşamaktadır, ancak aynı seçimler halkın özgürleştirilmesinde işlevsel olamamaktadır. İşte bu noktada anayasacılık devreye girmekte, siyasal yönü ile halkı özgürleştirerek demokrasinin bu yöndeki açığını gidermektedir.

Anayasacılık açısından yetki-özgürlük denkleminde *halkın özgürleştirilmesi yetkilendirilmesinden önce gelmektedir*; zira demokratik bir yönetimde, özgür olmayan bir halkın siyasal iktidarı kullanma adına yetkilendirilmesi pratik açıdan pek anlamlı olmayacaktır. Anayasacılık bir yandan halkın özürleştirilip iradelerinin sağlıklı bir şekilde ihdasına/kullanılmasına olanak sağlarken, diğer yandan da halkın kendisine tanınan yetkileri özgürce kullanıp ideal bir demokrasi modelini inşa etmelerini mümkün kılmaktadır. Neticede anayasacılık çağdaş ve çoğulcu bir demokrasiye ulaşma adına “*halkın yönetimi*” yerine anayasal demokrasinin merkezi kavramı olan “*özgür halkın yönetimi*”ni kuru-cu unsur olarak görmektedir⁵⁰.

SONUÇ

Demokrasinin günümüzde kazandığı anlam göz önüne alındığında; anayasacılık ile demokrasi arasında var olduğu iddia edilen gerilimin toplumsal gerçeklikte bir karşılığı olmayıp, aksine anayasacılıkla demokrasi birbirini tamamlamaktadır. Anayasacılık öngördüğü hukukun üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri ile barışçıl medeni bir düzeni olanaklı kılmakta ve böylelikle sağlıklı ve sürdürülebilir bir demokrasiye kurumsal zemin oluşturmaktadır. Demokrasi ise milli iradeye vurgu yapan meşruiyet anlayışı ile temel kamusal kararların bireylerin ortak iradeleri ile alınmasını şart koşturma ve böylelikle anayasacılığın merkezi kavramı olan kendi kararlarını alabilen özerk birey anlayışını desteklemektedir.

Demokrasi kavramının geçirdiği uzun tarihsel süreç dikkate alındığında, her iki kavram arasında var olduğu iddia edilen gerilimin çağımızda çözülmüş olduğu görülebilir. Her şeyden önce bugünün demokрасisi, seçimleri kazanarak ülkeyi yönetme yetkisini elinde bulunduran siyasal iktidarın

48 Gören, Zafer: Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, “*Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız, Sonuçsuz?*”, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, s.293.

49 Sartori, Giovanni: “*How Far Can Free Government Travel?*”, Journal of Democracy, V. 6, n. 3, July. 1995, ss.102-111.

50 Erdoğan, a.g.e, s.26.

herhangi bir kısıtlama olmaksızın, istediği kararları alabildiği Rousseaucu “çoğunlukçu” bir yönetim biçimi olarak algılanmamaktadır. Tam aksine çağımızın demokrasi anlayışı, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini kendi “iyi” anlayışları çerçevesinde, siyasal iktidar karşısında bir engelleme ile karşılaşmadan kullanabildikleri “çoğulcu anayasal” bir yönetim modeli olarak hayata geçirilmeye çalışılmaktadır..

Demokrasi bu anlamıyla anayasacılık ile karşılıklı bağımlılık taşımakta ve iki kavram birbirini destekler gözükmektedir. Zira bir yandan anayasacılık, bireylerin sahip oldukları hak ve özgürlükleri kendi iyi anlayışları çerçevesinde kullanabilmelerine olanak sağlamasıyla çoğulcu demokrasi teorisine felsefi bir zemin teşkil etmekte, diğer taraftan demokrasinin çoğulcu modeli ise, getirmiş olduğu kurumsal mekanizmalar yoluyla hak ve özgürlüklerin sahibi bireylere seçimler yoluyla kendi geleceklerini belirleme olanağı tanımaktadır. Bu nokta da, demokratik teori ne kadar meşru ve kabul edilebilir ise anayasacılık da o nispette meşru ve kabul edilebilir gözükmektedir. Çünkü her iki kavramın meşruluk referansı *halk* ve *halkı oluşturan bireylerin hak ve özgürlükleri* olmakta, bu anlamıyla var olduğu iddia edilen gerginlik, çağımızda etkili bir işbölümüne dayalı uzlaşmaya dönüşmektedir.

Unutmamak gerekir ki; günümüzde demokratik bir yönetimi tercih edilebilir ve erdemli kılan, “muhaliflerde” dâhil “yönetilenlerin tümüne” sağladığı özgürlük ve güven duygusudur. Demokrasinin ihtiyaç duyduğu özgürlük ve güveni olanaklı kılan anayasacılık, bu işleviyle bir yandan demokrasiye ek bir meşruluk sağlamakta, diğer yandan da demokrasinin uzun dönemde kendi kendini tahribi engelleyerek “sürdürülebilir demokrasi”yi mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla günümüz dünyasında; anayasacılık ve demokrasi birbiri aleyhine işleyen *rakip veya alternatif teoriler* değil, aksine birbirini *tamamlayan ve destekleyen* kuramlar olarak durmaktadır.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU, Tekin: İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010.

BARRY, P. Norman: Modern Siyaset Teorisi, Liberte Yayınları, Ankara, 2004.

CHAVEZ, Rebecca Bill: *"The Rule of Law and Courts in Democratizing Regimes"*, The Oxford Handbook of Law and Politics, Edited by: K. E. Whittington-R. D. Kelemen-G. A. Caldeira, Oxford University Press, USA 2008.

DWORKİN, Ronald: Hakları Ciddiye Almak, çeviren: Ahmet Ulvi Türkbağ), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2007.

ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005.

ERGÜL, Ozan: Yeni Kurumsalci Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

THE FEDERALİST PAPERS, No:48(James Madison), s. 144,, SoHo Books, USA.

FEREJOHN John and PASQUINO Pasquale: *"Rule of Democracy and Rule of Law"*, Democracy and The Rule Of Law, Edited: Fose Maria Maravall and Adam Przeworski, Cambridge University Press, USA 2003.

FRANKENBER, Günter: *"Democracy"*, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Edited: Michel Rosenfeld and Sajo Andras, Oxford University Press United Kingdom 2012.

GÖREN, Zafer: Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, *"Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız, Sonuçsuz?"*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008.

GÖNENÇ, Levent: *"Siyasal İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi"*, AÜHFD, cilt: 56, sayı: 1, 2007.

GÖZE, Ayferi: Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınları, İstanbul 2009.

KALABALIK, Halil: İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.

KOOPMANS, Tim: Courts and Political Institutions, Cambridge University Press, 2003.

LI-ANN Thio: *"Constitutionalism in İlliberal Polities"* The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Edited: Michel Rosenfeld and Sajo Andras, Oxford University Press United Kingdom 2012.

NOZİCK, Robert: Anarşi, Devlet ve Ütopya, çeviren: Alişan Oktay, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.

Haşim Kılıç'a Armağan

ONAR, Erdal: Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi Alanında Ülkemizde Öncüller, AÜHF Yayınları, Ankara 2003.

RAWLS, John: Siyasal Liberalizm, çeviren: Mehmet Fevzi Bilgin, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.

SAĞLAM, Musa: *"Bir Hak Arama Yolu Olarak Bireysel Başvuru"* Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Eskişehir 2011.

SARTORI, Giovanni: *"How Far Can Free Government Travel?"*, Journal of Democracy, V. 6, n. 3, July 1995, ss.101-111.

SEJERSTED, Francis: *"Democracy and the rule of law: some historical experiences of contradictions in the striving for good government"*, Constitutionalism and Democracy, Editor: John Elster and Rune Slagstad, Cambridge University Press, UK 1998.

TURHAN, Mehmet-ULUŞAHİN, Nur: Anayasa Hukukuna Liberal Bakışlar, Naturel Yayınları, Antalya 2009.

TURHAN, Mehmet: Anayasal Devlet, Naturel Yayınları, Ankara 2005.

TÜRKÖNE, Mümtaz'er (editör) : Siyaset, Lotus Yayınevi, Ankara 2005.

USLU, Cennet: Doğal Hukuk ve Doğal Haklar, Liberte Yayınları, Ankara 2009.

Dr. Recep KAPLAN
(*Anayasa Mahkemesi Raportörü*)

BİREYSEL BAŞVURUDA GERİLİMLİ BİR ALAN: BAŞVURU YOLLARININ TÜKETİLMESİ

GİRİŞ

12 Eylül 2010 tarihinde halkoylamasına sunularak kabul edilen 7/5/2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Anayasa'da yapılan değişikliklerle, Anayasa Mahkemesine (AYM) bireysel başvuru hakkı getirilmiştir. Bu çerçevede Anayasa'nın 148. maddesine eklenen üçüncü fıkra hükmüne göre, 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye başvurabilmektedir. Bu fıkranın son cümlesi ise şu şekildedir: *"Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."*

Yukarıdaki cümlede ifade edilen husus başvuru yollarının tüketilmesi kuralı olarak kavramsallaştırılmaktadır.¹ Bu çerçevede AYM'ye yapılan bireysel başvuruların kabul edilebilirlik kriterlerinden birisi başvuru yapılmadan önce başvurunun konusunu oluşturan şikâyetlerle ilgili etkili çözüm mekanizmalarının tüketilmesidir. Çözüm mekanizmaları olarak ifade ettiğimiz başvuru yolları kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerindeki yaklaşım farklılıkları AYM ile diğer kişi ve kurumları zaman zaman karşı karşıya getirebilmekte ve

1 AYM tarafından verilen bazı kararlarda başvuru yollarının tüketilmesi ibaresi yerine "iç hukuk yollarının tüketilmesi" ibaresinin kullanılması kanımızca hatalıdır. Çünkü nihayetinde AYM'ye bireysel başvuru yolu da bir iç hukuk yoludur. Bu nedenle söz konusu kararlarda iç hukuk yollarının tüketilmesi ibaresi yerine başvuru yollarının tüketilmesi kavramının kullanılması daha isabetli olurdu. İç hukuk yolu kavramının kullanıldığı kararlar için şu örnekler verilebilir:

"19. Açıklanan nedenlerle, olayda iç hukuk yolunu tüketen nihai kararın, Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başladığı 23/9/2012 tarihinden önce verildiği anlaşıldığından başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin 'zaman bakımından yetkisizlik' nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir (B. No: 2012/73, 5/3/2013, § 19)."

"19. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle iç hukukta düzenlenen başvuru yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca, başvuru Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve adli mercilere usulüne uygun olarak iletmesi ve bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir (B. No: 2013/946, 26/3/2013, § 19)."

"40. ...Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunan bir başvurucu hem teoride, hem de pratikte var olan ve kendisinin doğrudan başvurduğu takdirde şikâyetine giderim sağlayacak ve makul ölçüde bir başarı şansı sunan iç hukuk yollarını tüketmesi gerekir.... (B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 40)."

Mahkemeye yönelik olarak ilgili tarafların algıları çerçevesinde olumlu ya da olumsuz eleştirilere neden olabilmektedir.

AYM İkinci Bölümünce verilen ve kamuoyunda Twitter kararı olarak da bilinen 2/4/2014 tarih ve 2014/3986 başvuru numaralı karar² üzerinde yaşanan tartışmalar sayesinde başvuru yollarının tüketilmesi kuralı yargı ve akademi dünyasının yanında siyaset kurumunun ve halkın da gündemine girmiştir. Bu kararın verilmesi sonrasında konuyla ilgili çevrelerce yapılan değerlendirmelerin bir kısmında Anayasal ve yasal düzenlemelerin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması gerektiği ve başvuru yollarının tüketilmesi kuralının mutlak

- 2 Kararda, başvuru yollarının tüketilmesi kuralı ile ilgili olarak dikkat çeken hususlar şunlardır:

Başvurucular, sosyal medya platformu twitter.com isimli internet sitesinin aktif olarak kullanıcılarıdır. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) bazı mahkeme kararlarına istinaden söz konusu site hakkında koruma tedbiri kararı uygulamış ve twitter.com adresine erişim engellenmiştir. TİB, erişimi engellenen twitter.com adresine kullanıcıların DNS ayarlarını değiştirilerek girdiğinin tespit edilmesi üzerine Google DNS adreslerine de erişimi engellemiştir. Başvurucular, TİB'in bu kararına karşı idari yargı mercileri önünde iptal davası açılmasının tüketilmesi gerekli etkili bir yol olmadığı iddiası ile doğrudan bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Bu arada söz konusu erişimin engellenmesi işlemine karşı yürütmeyi durdurma istemli olarak açılan başka bir davada, İdare Mahkemesi dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, yargı kararının icaplarına göre gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olan idarece anılan internet sitesinin bu konudaki mahkeme kararına rağmen erişime açılmadığı, her ne kadar kanunda yargı kararının yerine getirilmesine ilişkin sürenin otuz günü geçemeyeceği belirtilmiş ise de bu sürenin azami bir süreye işaret ettiği, hukuk devletinde yargı kararının uygulanmasının, yalnızca şeklen bir yerine getirmeyi değil, objektif koşullar altında, olabilecek en kısa süre içinde, tespit edilen hukuka aykırılığın giderilmesini gerektirdiği, bu konuda verilen yürütmeyi durdurma kararının, işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleştiği tespitine dayandığı ve yürütmesinin durdurulmasına karar verilen işlemin doğurduğu olumsuz etkinin idarece giderilmesi zorunluluğu da dikkate alındığında, TİB tarafından anılan sitenin derhal erişime açılmaması nedeniyle bu yükümlülüğün yerine getirilmediği gerekçeleriyle yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında idari yargı yolunun ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının söylenemeyeceği ve böylece başvurucuların idare mahkemesine başvurularının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşmış ve başvurucuların Anayasa'nın 26. maddesine ilişkin şikâyetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olmadığı görüldüğünden başvuruların kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme aynı gerekçelerle, kamuoyunca youtube kararı olarak bilinen ve Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca karara bağlanan 28/5/2014 tarih ve 2014/4705 başvuru numaralı kararda da aynı gerekçelerle başvuru yollarının tüketilmiş olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme bu kararda, Youtube LCC tarafından idari yargıda yürütmeyi durdurma talepli olarak açılan davada yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş olmasına rağmen kararın gereğinin yerine getirilmemesi ve siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında söz konusu başvuru yolunun temel hak ihlalinin ortadan kaldırılması bakımından tüketilmesi gerekli etkili bir yol olmadığı sonucuna varmış ve başvurucuların Anayasa'nın 26. maddesine ilişkin şikâyetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığından kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

bir kural olduğu ifade edilerek AYM kararı sert bir biçimde eleştirilmiş, ³ bir kısım başka çevreler ise AYM'nin temel hak ve özgürlükleri koruma noktasındaki rolüne ilişkin artan ivmesinin bu kararla daha da pekiştiğini ifade etmiştir. Bu alanda yaşanan hararetli tartışmalar başvuru yollarının tüketilmesi konusunun Twitter kararından soyutlanarak, kapsamlı bir incelemeye tabi tutulması zaruretinin ortaya çıkarmış ve bu çalışma bu ihtiyaçtan doğmuştur.

Başvuru yollarının tüketilmesi kuralıyla ilgili olarak Anayasa'da ve ilgili yasal ve idari düzenlemelerde yer alan metinlerin yeterince belirgin olmaması ve daha da önemlisi bu kuralın her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi zorunluluğu AYM'nin konuyla ilgili içtihat üretmesini zorunlu kılmış ve Mahkeme vermiş olduğu kararlarında farklı yargı kollarının kendine has nitelikleri ile başvuru konusu olayın kendine özgü koşullarını dikkate alarak bir sonuca ulaşmıştır.

Bu çalışmada başvuru yollarının tüketilmesi ile ilgili AYM içtihadı mukayeseli hukuk verileri de incelenmek suretiyle değerlendirilecektir. Konuyla ilgili genel açıklamaları müteakiben Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) konuyla ilgili içtihadı, AYM içtihadı açısından önem taşıdığı yönleri açısından incelenecek bunun yanında bireysel başvuruyu başarılı bir biçimde uygulayan Almanya ve İspanya uygulamalarına da değinilecektir. Bu incelemelerden elde edilen veriler ışığında AYM'nin içtihadı analiz edilecek ve AYM içtihadının özellikle AİHM kararlarıyla örtüşen ve çelişen yanları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1. Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralına İlişkin Genel Açıklamalar

Bireysel başvuru yolunun bulunduğu ülkelerde başvuru yollarının tüketilmiş olması bireysel başvuru yapabilmek noktasında tipik bir koşuldur.⁴ Başvuru

3 Bu yöndeki eleştirilerin dayandığı argümanlar Adalet Bakanlığı tarafından 8/4/2014 tarihinde yazılı olarak yapılan bir basın açıklamasında görülebilir. Söz konusu açıklamanın ilgili bölümleri şu şekildedir:

"...2- Anayasa Mahkemesinin 02/04/2014 tarihli Twitter kararına konu olayda talep sahipleri, olağan yargı yollarına müracaat etmeden doğrudan bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Anayasa Mahkemesinin, bu başvuruyu, daha işin başında kabul edilemez bularak esasa girmeksizin usulden reddetmesi, Anayasa'nın 148 inci maddesi ve 6216 sayılı Kanunun amir hükümleri gereğidir. Anayasa Mahkemesi, bu açık anayasal ve yasal zorunluluğa rağmen başvuruyu usulden reddetmemiş ve işin esasına girerek karara bağlamıştır.

3- "Anayasa Mahkemesi, anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir." (Anayasa 148/son) hükmü gereği Anayasa Mahkemesine görev, sadece Anayasa ile verilir. Anayasa Mahkemesine Anayasayla verilmemiş bir görev, kanunla dahi verilemez. Bu açık ve net kurala rağmen Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesine götürülmeyen ve bütün kanun yolları tüketilmeyen bir konuyla ilgili bireysel başvuruyu usulden reddetmesi gerekirken esastan karara bağlayarak, kendi görev ve yetki alanını genişletmiştir..."

(Basın açıklamasının tam metni için bkz. <http://www.basin.adalet.gov.tr/duyuruveaciklamalar/2014/08042014tarihliaciklama.html> (9/7/2014))

4 Arnavutluk, Ermenistan, Andorra, Azerbaycan, Brezilya, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti,

yollarının tüketilmesi kuralı uluslararası hukuktaki iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına karşılık gelmektedir. İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, özü itibariyle, bir bireyin haklarının ihlal edildiği yönündeki iddialarını, bu hakları ihlal ettiğini iddia ettiği devletin yetkili makamları önünde usulüne göre ileri sürüp bu başvurusu başarısızlıkla sonuçlanmadan uluslararası bir yargılamaya veya prosedüre konu edememesidir. Bu kural bugün bütün önemli uluslararası insan haklarını koruma mekanizmalarında bir kabul edilebilirlik kriteri haline gelmiştir. Bütün uluslararası insan hakları uygulayıcıları bir başvuru önlerine geldiğinde şu soruları sorar: Bu mesele ulusal mahkeme önüne götürülmüş mü? Sonuç ne olmuş? Takip edilmemiş ancak takip edilmesi gereken bir hukuki çare var mı? Sonuç olarak, iç hukuk yolları tüketilmiş mi?⁵ Bir devletin uluslararası sorumluluğunun ancak ilgili kişinin iç hukuk yollarını tükettiği ve devletin iddia konusu ihlali kendi mekanizmaları ve ulusal hukuk sistemi vasıtasıyla giderme olanağından yararlandığı aşamadan sonra başlayacağı düşüncesi genel kabul görmektedir.⁶

Konuya ulusal hukuk sitemleri açısından yaklaşıldığında, ulusal hukuk sistemi içerisinde bir sonraki aşamadaki bir kanun yoluna (ya da hukuki çareye) başvurmak isteyen bir kişinin bu yoldan önceki idari ve yargısal yolları tüketmesi gerektiği açıktır. Aksi bir yorum daha alttaki başvuru yollarının varlığını anlamsız kılar. Bu noktadan başlanacak olursa, ilk olarak önceki aşamada tüketilmesi gereken yolların sadece tüketilmesi zorunlu olan yollar olduğuna dikkat çekmek gerekir. Bu anlamda kişilere bir sonraki hukuki çareye başvurabilmek için bir önceki başvuru yoluna başvurup başvurmama konusunda bir seçim hakkı tanınmış ise yani başvuru yapılması kişinin ihtiyarına bırakılmış ise burada zorunlu değil seçimlik bir başvuru yolundan söz etmek gerekir. Bir sonraki başvuru yoluna başvurabilmek bakımından bu başvuru yolunun tüketilmesi gerekmez.

Estonya, Almanya, Macaristan, Güney Kore, Letonya, Malta, Karadağ, Polanya, Portekiz, Lihtenştayn, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsviçre ve Makedonya'da bu kuralın uygulama alanı olduğu ifade edilmektedir. (bkz. Study

On Individual Access To Constitutional Justice, European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-e), (23/7/2014).

5 Cesare P. R. Romano, "The Rule of Prior Exhaustion of Domestic Remedies: Theory and Practice in International Human Rights Procedures", *International Courts and the Development of International Law*

Ed. Nerina Boschiero, Tullio Scovazzi, Cesare Pitea, Chiara Ragni, The Netherlands: T.M.C. Asser Press, The Hague, 2013, s. 561, 562..

6 A.A. Cançado Trindade, "Origin And Historical Development Of The Rule Of Exhaustion Of Local Remedies In International Law", 12 *Revue Belge De Droit International*, 1976, s.501, <http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201976/RBDI%201976-2/Etudes/RBDI%201976.2%20-%20pp.%20499%20%C3%A0%20527%20-%20A.%20A.%20Can-cado%20Trindade.pdf> (10/7/2014)

R. Kaplan: Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi

Bireysel başvuru açısından da yukarıda anlatılan çerçeve içinde bir değerlendirme yapılabilir. Bu anlamda bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken yollar seçimlik olanlar değil sadece zorunlu olanlardır. Ancak ilerleyen bölümlerde açıklanacağı üzere mevzuatta başvurulması zorunlu tutulan birtakım hukuki çareler öngörülmüş olmakla birlikte bu yollar uygulamada etkisiz ise tüketilmeleri gerekmebilir.

Bir kabul edilebilirlik kriteri olarak “başvuru yollarının tüketilmesi” kuralı incelenirken; “bireysel başvurunun ikincil bir niteliğe sahip olduğu”⁷ ve bireysel başvuru yolunda “temel hak ve özgürlüklerin etkin bir biçimde korunması” gerekliliği dikkate alınmak durumundadır.

AYM’nin bireysel başvurudaki temel işlevinin her türlü hukuka aykırılık sorununu ilk elden çözmek değil, usulüne göre başvurduğu idari ya da yargısal mercilerden hakkını elde edemeyen bireylerin hakkını son tahlilde teslim etmek olduğu nazara alındığında başvuru yollarının tüketilmesi kriteriyle ilgili oluşturulacak içtihatların bireysel başvurunun işlevi ve işleyişiyle doğrudan bir ilişkiye sahip olduğu görülecektir.

Bireysel başvurunun ikincil niteliği bakımından konuya yaklaşıldığında, öncelikle devlet aygıtını oluşturan organların tamamının bir bütün olarak temel hak ve özgürlükleri korumakla ve bunlara yönelik ihlaller vuku bulduğunda bu ihlalleri gidermekle yükümlü olduklarına dikkat çekmek gerekir. AYM bireysel başvuru yolunda, diğer devlet organlarınca giderilmemiş/giderilememiş olan ihlalleri gidermekle sorumlu tutulabilir. Aksi bir anlayış AYM’nin altından kalkamayacağı bir işyüküyle karşı karşıya kalması sonucunu doğurur. AYM her derdin dermanı olmadığı gibi hukuk sistemindeki tüm uyuşmazlıkları çözebilecek yegâne merci ya da mahkemelerin kararlarındaki her türlü hukuka aykırılığı giderecek süper bir temyiz mahkemesi de değildir. Mellinghof, bu durumu şu şekilde ifade etmektedir:⁸

“Anayasa Mahkemesi, mahkemelerin bütün kararlarını her türlü hukuka aykırılık sorunu açısından inceleyebilecek bir “süper temyiz makamı” değildir. Anayasa şika-

7 “Bireysel başvuru müessesesi mahiyeti gereği ikincil bir niteliğe sahiptir. Ancak müessesenin ikincil niteliğinden kastedilen söz konusu müessesenin diğer hak arama yollarına nispetle daha az etkili olması değil bireysel başvuru yolunun diğer zorunlu idari ve yargısal başvuru yolları tüketildikten sonra gidilebilecek bir yol olmasıdır. Bireysel başvuru yapılan yargı mercisinin (Anayasa Mahkemesi) yargı sistemi içerisindeki konumu da bu değerlendirmeyi destekler niteliktedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru neticesinde, 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesi çerçevesinde temyiz mercileri de dahil olmak üzere derece mahkemelerinin kararlarını inceleme konusu yapmakta ve gerektiğinde yeniden yargılama yapılmasına dahi karar verebilmektedir. Bu kapsamda buradaki ikincil ifadesinden “birinciye dayanan”, “birinciye uygun olan” ya da “birinciye aykırı olmayan” değil sadece “birinciden sonra gelen” anlaşılmalıdır.” (Recep Kaplan, “Vergi Yargısında Bireysel Başvuru Öncesinde Tüketilmesi Gereken Kanun Yolları”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı 386, Ekim 2013, s. 82.)

8 Rudolf Mellinghof, “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikayeti”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 26, 2009, s. 39, s.41.

yeti...Anayasa Mahkemesi'nin bir temel hak ihlali iddiasını sadece spesifik Anayasa hukuku açısından incelemesine olanak sağlayan bir olağanüstü yargı yoludur."

Başka hukuki çarelerle tazmin edilemeyen temel hak ihlallerini ortadan kaldırmaya yönelik ikincil nitelikte bir başvuru yolu olan bireysel başvuru, mevcut kanun yollarının devamı olmadığı gibi hukuk sistemi içinde karşılaşılan uygulama hatalarının ele alınacağı bir olağanüstü kanun yolu da değildir. Bu yol, sadece belli temel hak ihlali idialarının incelenebileceği olağanüstü bir hukuki çaredir.⁹

Meselenin bir başka boyutu itibariyle, diğer devlet organları AYM'ye göre temel hak ve özgürlükleri koruma noktasında ve meselenin ilk elden halli açısından daha avantajlı bir konuma sahiptirler. AYM'nin bireysel başvurudaki rolünün, adaletin dayatılması değil hakkın teslim edilmesi olduğu¹⁰ dikkate alındığında; bireysel başvuru yapmadan önce etkili başvuru yollarını usulüne uygun olarak tüketmemiş kimselerin uğramış oldukları hak ihlallerini de AYM'nin gidermesini beklemek akla uygun düşmez. Tam tersine, AYM'de hakkını arayan kişilerin bu haklarını aramak için ilk planda başvurmaları gereken idari ve yargısal merciler varsa, öncelikle bu mercilere usulüne uygun olarak başvurmalarını istemek daha makul bir yaklaşımdır. AYM'ye bireysel başvuru bu anlamda varış istasyonuna varmadan önceki en son durak başka bir ifadeyle en son çaredir.

"Örneğin, yurdun bir köşesinde gözaltına alınan bir vatandaşa kötü muamele yapılmaması öncelikle oradaki memurun, karakol amirinin, mülki idare amirinin; böyle bir muamele söz konusuysa soruşturulması Cumhuriyet savcısının, yargılamanın yapılarak ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması da ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemelerinin görevidir. Bütün bu aşamalardan geçtikten sonra dahi ihlal ve sonuçları ortadan kaldırılamamışsa bireysel başvuru en son, nihai çare olarak devreye girecektir."¹¹

Bireysel başvuruda başvuru yollarını tüketmiş olmak sadece prosedürel bir yükümlülüğe işaret etmez. Başvuru yollarının tüketilmesinden bu yolların hem şeklen hem de öz itibariyle tüketilmiş olmasını anlamak gerekir. Bu anlamda örneğin bir kişinin ilk derece mahkemesi ve temyiz mahkemesindeki hukuki çarelere başvurmuş olması yanında bireysel başvuruda dile getirdiği şikâyetlerini anılan merciler nezdinde özü itibariyle de olsa ileri sürmüş ol-

9 M.Yavuz Sabuncu, Selin Esen Arıwine, "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", *Anayasa Yargısı* 21, Ankara 2004, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg21/tbby.pdf (7/9/2014).

10 Recep Kaplan, "Bireysel Başvuruda Dava Açan Belgeyle Bağlılık", *Bireysel Başvuru İncelemeleri-1*, ed. Musa Sağlam, Serdar Güler, Recep Kaplan, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2013, s. 39.

11 Hüseyin Ekinci, Musa Sağlam, *Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2014, s. 48.

R. Kaplan: Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi

ması gerekir. Çünkü hak ihlallerini tespit etmek ve gidermek öncelikle AYM dışında kalan derece mahkemelerinin görevidir. Bireysel başvuru bu yönüyle ikincil bir niteliğe sahiptir. Başvuru yollarının tüketilmesi kuralı ile ikincillik ilkesi bu noktada çakışmakta ve aralarında geçişkenlik ilişkisi doğmaktadır.

Başvuru yollarının tüketilmesi koşulu irdelenirken nazara alınması gereken ikinci husus “temel hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunması” olmalıdır. Çünkü bireysel başvurunun ontolojik nedenlerinden birisi budur. Bireysel başvurunun hukuk sistemlerine dahil edilme gerekçelerinden birisi hak ihlallerinin azaltılması ve bu suretle hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesidir.

Temel hak ve özgürlüklerin etkin olarak korunması açısından, başvuru yollarının tüketilmesi kriteri her somut olaya göre yeniden değerlendirilmesi ve somut olay üzerinden incelenmesi gereken bir husus olduğundan bu konuda her durumda geçerli genel ilkeler oluşturmanın zorluğu ortadadır. Bu kuralı aşırı şekilci yorumlamak hak ve özgürlüklerin etkin korunması ilkesine halel getirebilecekken aşırı esnek yorumu ise hak ve özgürlüğü ilk planda koruma yetki ve yükümlülüğüne sahip olan diğer idari ve yargısal mercilerin görev alanlarına müdahale anlamı taşıyabilecek ayrıca bireysel başvuruları inceleyen AYM’yi de aşırı işyükü sorunuyla karşı karşıya bırakabilecektir. BAAMONDE’nin belirttiği gibi, nihai bir hukuki çare olan bireysel başvuru yoluna yalnızca bütün yargı yolları tüketildikten sonra başvurulmasının gerekçelerinden birisi Anayasa Mahkemesinin gerçekten kendisi tarafından karara bağlanmayı hak eden bir uyuşmazlığı ele alması gerekliliğidir.¹²

Son olarak başvuru yollarının tüketilmesi kuralının bireysel başvurudaki başvuru süresi kuralıyla yakın ilişki içerisinde olduğunu vurgulamamız gerekir. Çünkü bireysel başvuru süresinin hesaplanmasında başvuru yollarının tüketildiği tarih kritik bir öneme sahiptir. Başvuru yollarının tüketilmiş olduğu tarihten itibaren bireysel başvuru yapmayıp etkisiz görülen hukuk yollarına başvuran kimse bireysel başvuru için öngörülen başvuru süresini kaçırabilecektir. Başvurucu açısından benimsenmesi gereken yaklaşım, tüketilmesi gerekli tüm başvuru yollarını tüketmek ve bireysel başvurunun süresini, tüketilmesi zorunlu olmayan başvuru yollarına yaptığı başvurunun sonucunu beklerken geçirmemektir.

12 María Emilia Casas Baamonde, “Amparo Başvurusu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 2, Yıl 2009, s. 109.

2. AİHM İçtihatlarında Başvuru Yollarının (İç Hukuk Yollarının) Tüketilmesi Kuralı¹³

Sözleşme'nin “Kabul edilebilirlik koşulları” kenar başlıklı 35. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Mahkeme’ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir”

Başvuru yollarının tüketilmesi kuralı Sözleşme’de iç hukuk yollarının tüketilmesi olarak ifade edilmiştir. Sözleşme metninde dikkati çeken ilk husus iç hukuk yollarının tüketilmesi konusunda uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkelerine yapılan atıftır. AİHM’e göre iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı, yukarıdaki maddede de işaret edildiği gibi, uluslararası hukukun genel kabul gören bir kuralıdır.¹⁴ Nitekim Uluslararası Adalet Divanının 1959 tarihli İsviçre/Amerika Birleşik Devletleri kararında uluslararası yargılamalardan önce iç hukuk yollarının tüketilmiş olması kuralının uluslararası hukukun yerleşik bir örfi kuralı olduğu ifade edilmiştir.¹⁵ Ancak Sözleşmeciler Devletler savunmalarında, amacı kendi ulusal hukuk düzenlerini korumak olan iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralından yararlanmamayı tercih edebilirler.¹⁶

AİHM içtihatları çerçevesinde, AİHM’e başvurunun ikincil niteliği çerçevesinde ilgili şahsın; haklarının korunması bakımından öncelikle ilgili ülkenin

13 Bu başlık altındaki açıklamalarda *Kabul edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi*, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/ADD866FF-37B1-4613-AB93-8EB526799DCC/0/TUR_Guide_pratique.pdf, (26/6/2014)’te yer alan sistematikten yararlanılmıştır.

14 *Kabul edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi*, s. 16.

15 Uluslararası Adalet Divanı İsviçre/Amerika Birleşik Devletleri Kararı, 21/3/1959, Karar metni için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/34/2297.pdf> (26/6/2014);

İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde şu şekilde yer verilmiştir:

“c) Komite önüne getirilen bir konuyu ancak, uluslararası hukukun genel olarak tanınmış prensiplerine göre kullanılacak her türlü iç hukuk yolunun izlenmiş ve tüketilmiş olduğunu tespit ettikten sonra ele alabilir. İç hukuk yollarının tüketilmesi makul olmayan bir süreyi alacak ise, bu kural uygulanmaz”

Bu hususa Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde şu şekilde yer verilmiştir:

“İç hukuktaki yollar uluslararası hukukun genel kabul gören ilkelerine göre takip edilmiş ve tüketilmiş olmalı”

Afrikalı İnsan ve Halkların Hakları Şartı’nın 50. maddesinde ise bu konuda şu düzenlemeler yer almaktadır:

“Komisyon kendisine sunulan bir meseleyi ancak, Komisyonun değerlendirmesine göre hukuk yollarının başarılmaması usulünün aşırı derecede uzun süreceği aşikar olmadıkça, varolan tüm iç hukuk yollarının tüketilmiş olduğuna emin olduktan sonra ele alabilir.”

16 *Kabul edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi*, s. 16.

ulusal yargı organlarına fırsat vermesi gerekir.¹⁷ Mahkemeye göre iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının amacı Sözleşmeciler Devletlere, ihlal iddiaları Sözleşme kurumlarına sunulmadan önce, ihlal iddialarını inceleme ve ihlalleri giderme imkânı vermektir.¹⁸ Mahkeme Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinin uygulanmasının gözetimiyle ilgilidir. Bu yönüyle Sözleşmeciler Devletlerin ulusal düzeyde insan haklarına saygı gösterilmesi ve korunması noktasındaki rollerini gasp edemez. İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı Sözleşme'nin öngördüğü koruma mekanizmasının ayrılmaz bir parçasıdır. Devletler kendi hukuk sistemleri içerisinde meselenin hali halde noktasında bir fırsata sahip olmadan uluslararası bir organa cevap vermek durumunda bırakılamaz. Bu yüzden şikâyetlerini AİHM önünde ileri sürmek isteyenler, ilk olarak ulusal hukuk sistemleri tarafından sağlanan çarelere başvurmak durumundadır. AİHM bu yönüyle bir ilk derece mahkemesi değildir. Buna yeterli bir kapasitesi olmadığı gibi uluslararası bir mahkeme olarak, çok büyük sayılara ulaşan ve olaylar ve olguların tespitini ya da parasal tazminatın hesaplanmasını gerektiren davalar hakkında hüküm veremez. Bu konular ilke olarak ulusal yargı alanında çözümlenmelidir.¹⁹

Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarında belirtildiği gibi iç hukuk yolların tüketilmesi kuralının uygulanmasında belli bir esnekliğe ihtiyaç vardır.²⁰ Ayrıca bu kural ne kesin ne otomatik olarak uygulanabilir bir kuraldır; bu kuralın uygulanmasında her bir davanın koşullarının münferiden incelenmesi gerekir.²¹ Mahkeme bir davada, ilgili Hükümet'in tüketilmediğini iddia ettiği yolla ilgili olarak, bu yolun ilgili ülkenin Anayasa Mahkemesince dikkate alınmadığını tespit etmiş ve başvuru-uculardan; kendi ülkelerinin en yüksek mahkemesi tarafından başvurularının zorunlu tutulmadığı bir yola başvurularını istemenin aşırı şekilci olacağını belirtmiştir.²²

Mahkemeye göre, özellikle hukuki belirlilik konularının tartışmalı olduğu durumlarda başvuru yollarının tüketilmesi kuralı iç hukuktaki formalitelere belli ölçüde riayet ederek uygulanmalıdır. Bir davada Mahkeme, beş başvuru-ucunun iç hukukta başka bir başvuru-ucu tarafından yapılan hukuki ve cezai girişimlerin sonuçlarından yararlanabilecekleri ümidiyle iç hukuk yollarına başvurmadıklarını tespit etmiş, ancak bu durumun onları iç hukuk yollarını diğer başvuru-ucuyla birlikte ya da ondan ayrı olarak takip tüketme yükümlülüğünden kurtarmadığını belirtmiştir.²³

17 A, B ve C/İrlanda, B. No: 25579/05, 16/12/2010, §142.

18 Selmouni/Fransa, B. No: 25803/94, 28/7/1999, §74.

19 Demopoulos ve Diğerleri/Türkiye (k.k.) [BD], B.No: 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, 1/3/2010, §69.

20 Ringeisen/Avusturya, B.No: 2614/65, 16/7/1971, §89.

21 Kozacıoğlu/Türkiye [BD], B. No: 2334/03, 19/2/2009, §40.

22 D.H. ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti [BD], B. No: 57325/00, 13 /11/2007, §118.

23 Saghinadze ve Diğerleri/Gürcistan, B. No: 18768/05, 27/5/2010, §83-84

AIHM'e göre iç hukuk yolları tüketilirken bu yolların kullanılması aşamasında geçerli olan iç hukukun usule ilişkin kurallarına da riayet edilmesi gerekir. Örneğin Mahkeme bir kararında, uygun olmayan mekanizmalara başvurusu sebebiyle İspanyol Anayasa Mahkemesine yaptığı başvurusu süreden reddedilen bir başvurunun başvurusunu iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle reddetmiştir.²⁴ Ancak her nasılsa ulusal makamlar usulen reddi gereken bir başvuruyu esastan incelemişse artık iç hukuk yollarının tüketildiği kabul edilmektedir. Mahkemeye göre başvurunun kanunda öngörülen usulleri takip etme noktasındaki hatasına rağmen, yetkili merciler iddianın özünü incelemiş iseler başvuru yollarının tüketilmesi kuralı uygulanamaz.²⁵

Mahkemeye göre ihlalin giderimi noktasında potansiyel olarak etkili birden fazla iç hukuk yolu varsa başvurunun bunlardan birisine başvurusu yeterli olup, bu yollardan hangisine başvurulacağı noktasındaki tercih de başvurucuya kalmıştır. Mahkeme bir davada, Portekiz Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun hükümlerinin yargılamayı hızlandırmak için başvuru yapma olanağı sunduğunu ve bu hükümlerin yargılamanın uzunluğu noktasında hukuki bir çare oluşturduğunu belirtmiş ve başvurunun bu başvuruyu yaptığını ancak başvurunun başarısızlıkla sonuçlandığını tespit etmiştir. Hükümet başvurunun uzun yargılamayla ilgili olarak ayrı bir dava açılabileceğini iddia etmiş ise de Mahkeme, bir başvuru yapıldıktan sonra aynı amaca matuf bir başka başvuru yapmanın gerekli olmadığını ifade etmiştir.²⁶

Öte yandan başvurunun AIHM'e taşıdığı iddiasını en azından özü itibarıyla ulusal makamlar nezdinde öne sürmüş olması gerekmektedir. Bu ifadeye tersinden bakıldığında, ulusal makamlar nezdinde ileri sürülmemiş bir iddianın AIHM önünde esastan incelenebilmesi olanağı yoktur. Mahkeme bir davada, başvurunun iç hukuktaki yargılamalar esnasında sadece iç hukuktaki hükümlere dayanan argümanlar ileri sürdüğünü, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin bir iddiada bulunmadığını bu nedenlerle başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki iddiaları bakımından iç hukuk yollarının tüketilmediğini belirtmiştir. Mahkemeye göre ulusal mahkemelelerin Sözleşme Hukukunu ilgilinin talebi olmadan kendiliklerinden uygulama yönünde bir zorunlulukları olduğu kabul edilse dahi, bu durum başvuru ulusal makamlar nezdinde Sözleşme hükümlerini ya da aynı etkiye sahip başka argümanları ileri sürmekten ve daha sonra ihtiyaç duyulursa Avrupa kurumları nezdinde ileri süreceği iddialar konusunda yetkili ulusal makamların dikkatlerini bu hususa çekmekten alıkoymaz.²⁷

24 Ben Salah Adraqui ve Dhaimel/İspanya (kabul edilemezlik kararı (k.k.)), B. No: 45023/98, 27/4/2000.

25 Vladimir Romanov/Rusya, B. No: 41461/02, 24/7/2008, §52.

26 Moreira Barbosa/Portekiz (k.k.), B. No: 65681/01, 29/4/2004.

27 Ahmet Sadık/Yunanistan, B. No: 18877/91, 15/11/1996, §33.

R. Kaplan: Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi

İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının mutlak olmadığı noktasından hareketle, başvuru iç hukukta düzenlenen tüm başvuru yollarını değil teoride yer alan ve pratikte de etkili olan ve başvuru yollarının tüketiminden etkili giderim temin edebilecek başvuru yollarını tüketmek durumundadırlar. Mahkemeye göre, başvuru yollarının bu özelliklere sahip olduğunu kanıtlama yükü Sözleşmeciler Devletlere düşmektedir.²⁸ İç hukuk yolunun kullanılması başvuru dışında bir başka tarafın takdirine bırakılmışsa bu yol etkili bir yol olarak kabul edilmez. Mahkeme bir davada, ombudsmana başvurunun, ombudsmanın kanunun iptali için anayasa mahkemesine başvurabilme olanağına sahip olmasına rağmen, etkili bir yol olmadığını belirtmiştir. Çünkü başvuru anayasa mahkemesine doğrudan başvuru imkânı yoktur, bu yol başvuru erişimine doğrudan açık bir yol değildir.²⁹ Mahkemeye göre olağanüstü hukuk yollarına başvuru da etkili bir yol sayılmaz. Mahkeme bir başvuruda, Ukrayna'da çıkarılan bir kanuni düzenleme ekseninde 29/6/2001 tarihinden sonra verilmiş kararlara karşı tekrar temyize başvurma olanağının etkili bir yol olduğunu belirtmiş ancak başvuru anılan tarihten önce verilmiş nihai bir kararı temyiz etmiş olmasını yargılamanın yenilenmesi talebi olarak değerlendirmiş ve etkili bir yola başvuru olarak görmemiştir.³⁰

Başvurucuların etkili yolları tamamladıktan sonra süresi içinde başvuru yapması gerekmektedir. Etkisiz yollara başvuru, başlamış olan başvuru süresini durdurmaz. Mahkeme bir davada, Fransız hukukunda yer verilmeyen etkisiz bir yola yapılan başvuruyu dikkate almamış ve etkili yollar tamamlandıktan sonra süresinde başvuru yapılmadığı gerekçesiyle başvuru kabul edilemez bulmuştur.³¹

AIHM iç hukuk yollarının tüketilmesi kriterini incelerken somut olayı çevreleyen faktörleri bütüncül bir yaklaşımla değerlendirmektedir. Mahkeme Türkiye ile ilgili bir kararında, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı değerlendirirken sadece resmi başvuru yollarının varlığını değil bu yolların işletildiği hukuki ve politik atmosfer ile başvuru kişinin koşullarını da dikkate alacağını belirtmiştir.³² Mahkeme için önemli olan davanın özel koşulları altında, başvuru iç hukuk yollarını tüketmek noktasında kendisinden makul olarak beklenebilecek her şeyi yapıp yapmadığıdır.³³ AIHM'e göre, Sözleşme'de atıf yapılan "uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri" uyarınca, başvuru iç hukuk yollarını tüketmekten kurtaran özel

28 *Sejdovic/Italy*, B.No: 56581/00, 1/3/2006, §46.

29 *Tănase/Moldova*, B. No: 7/08, 27/4/2010, §122.

30 *Danyila Semenivna Prystavskal/Ukrayna* (k.k.), B. No: 21287/02, 17/12/2002.

31 *Rezgui/Fransa* (k.k.), B. No: 49859/99, 7/11/2000.

32 *Akdıvar ve diğerleri /Türkiye*, B. No: 21893/93, 16/9/1996, §69.

33 *D.H. ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti* [BD], B. No: 57325/00, 13 /11/2007, §116.

koşullar olabilir.³⁴ Mahkeme bir davada, bir ülkede yakalanan kişi ile ilgili başka bir ülkede verilen mahkûmiyet kararını 10 gün gibi kısa bir süre içinde temyiz etmenin güçlüklerini ve başvurunun temyiz süresinin yeniden başlatılması olanağıyla ilgili bilgilendirilmediğini dikkate alarak iç hukuk yollarının tüketilmiş sayılmasına karar vermiştir.³⁵

İç hukuk yollarının tüketilmesi AİHM'e başvuru noktasında orantısız bir engel oluşturuyorsa AİHM başvurucuları bu şarttan muaf tutabilmektedir. Mahkeme bir davada, yargı kararlarının uygulanmamasına ilişkin başvuru açısından Hükümetin bu uygulamama durumu açısından da iç hukuk yollarına başvurulması gerektiği yönündeki itirazını başvurunun bireysel başvuru hakkı bakımından orantısız bir engel oluşturduğu gerekçesiyle reddetmiş ve bu yöndeki bir kabulün başvurucaıyı iyi işlemeyen bir yola tekrar yönlendirmek başka bir ifadeyle fasit daireye sevk etmek olacağını ifade etmiştir.³⁶

Kural olarak, iç hukuk yollarının mahkemeye başvuru yapıldığı tarihte tüketilmiş olması gerekir. Ancak Mahkeme kabul edilebilirlik meselesi karar bağlanmadan ve Mahkemeye başvuru yapıldıktan kısa bir süre sonra iç hukuk yollarının tüketildiği durumlarda da başvuruları kabul etmektedir.³⁷

Hükümetlerin diğer kabul edilebilirlik koşulları gibi başvuru yollarının tüketilmediği yönündeki itirazlarını da kural olarak kabul edilebilirlik aşamalarında ileri sürmeleri gerekir. Ancak, istisnai bazı durumlarda özellikle de kabul edilebilirliğe engel olan durumun sonradan öğrenildiği hallerde bu itirazlar daha sonra da ileri sürülebilir.³⁸

İç hukuk yolları Mahkemeye başvuru yapılan tarihte tüketilmiş olsa bile, yeni iç hukuk yollarının oluşturulmuş olması hâlinde Mahkeme başvurucaıyı kabul edilemez bulabilir. Mahkeme yeni iç hukuk yolunun niteliğini ve etkinliğini dikkate alarak bir sonuca varır.³⁹

3. Almanya Uygulamasında Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı

Alman Anayasası'nın 94. maddesinin (2) numaralı fıkrasında göre, Kanun anayasa şikâyeti yapılmadan önce diğer hukuksal çarelerin tüketilmesini gerekli görebilir.⁴⁰ Anayasa'da yer alan bu hükmü tamamlayıcı mahiyette-

34 *Sejdovic/İtalya* [BD], B. No: 56581/00, 1/3/2006, §45.

35 *Sejdovic/İtalya* [BD], B. No: 56581/00, 1/3/2006, §53-56.

36 *Gaglione ve Diğerleri/İtalya*, B. No: 45867/07, 21/10/2010, §22.

37 *Karoussiotis/Portekiz*, B. No: 23205/08, 1/2/2011, §57.

38 *Mooren/Almanya* [BD], B. No: 11364/03, 9/7/2009, §57.

39 *Kabul edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi*, s. 21, 22.

40 Anayasa metni için bkz. <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/GG.htm#94> (23/7/2014)

R. Kaplan: Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi

ki, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun⁴¹ 90. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca; ihlale karşı hukuki bir yöntem kullanılabiliyorsa, bu yolların tamamı tüketilmeden anayasa şikâyetinde bulunulamaz. Ancak Federal Anayasa Mahkemesi, genel öneme sahip başvurularda⁴² ya da diğer mahkemelere başvurunun başvuru açısından ciddi ve kaçınılmaz dezavantaj oluşturduğu durumlarda, başvuru diğer başvuru yolları tüketilmeden yapılmış olsa da başvuruyla karara bağlayabilir.

Almanya uygulamasında temel hak ihlaline neden olduğu öne sürülen bir işlem ya da eyleme karşı yargı yolu açıksa, Anayasa şikâyeti yoluna gidilebilmesi için öncelikle bu yolların tüketilmesi gerekir. Bu yolların tüketilmesinden kasıt "usulüne uygun olarak" tüketilmiş olmasıdır. Örneğin bir yargı yeri davayı usulden reddetmiş ise bu koşul yerine getirilmiş sayılmaz. Böyle bir başvuru ancak usulden red kararı verilen davanın görülmesi gerektiğinin açık olduğu ya da davaya bakan yargı yerinin ilk inceleme koşullarını yanlış değerlendirmesi gibi olağanüstü durumlarda kabul edilebilir. Öte yandan başvuru usul kurallarına uyması yanında Federal Anayasa Mahkemesi için öngörülen "ikincil yetki" ilkesi çerçevesinde, sahip olduğu bilgi ve delilleri yetkili yargı mercileri önünde ileri sürmüş olması ve şikâyetlerini bu yargı mercileri önünde dile getirmiş olması da gerekir. Süreç bu şekilde işlendiğinde dosya Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmeye hazır hâle gelmiş olacaktır.⁴³

Anayasa şikâyeti için öngörülen başvuru yollarının tüketilmesi kuralını ikincillik ilkesi ile birlikte düşünmek gerekir. İkincillik ilkesi başvuru dar anlamda hukuksal çareleri tüketmesinden öte bir anlama sahiptir ve başvuru iddia edilen anayasa ihlalinin giderilmesi için kullanılabilir olan tüm hukuksal çarelerden istifade etmesini gerektirir. Bu ilke çerçevesinde bir başvurunun kabul edilebilir bulunabilmesi için, anayasa şikâyeti yapılmadan önce, şikâyet konu edilen husus bir düzenleme ise ve bu düzenleme idareye ya da mahkemelere bir karar ya da yorum esnekliği vermese bile, ikincillik ilkesi her şeyden önce, Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemelerin başvuru düzenlemeden etkilenip etkilenmediğini, etkilenmişse ne ölçüde etkilendiğini ortaya koymalarını ve düzenleyici hükmün anayasa uygun olup olmadığını belirlemelerini gerektirir.⁴⁴

41 Kanun metni için bkz. <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm#23>, (10/7/2014)

42 Alman Anayasa Mahkemesinin, German Spelling Case 98, BVerfGE 218, kararına göre, bir başvurunun genel öneme sahip olması, anayasa hukukunun objektif boyutunu öne çıkarak anayasa hukukunun yorumunu ve geliştirilmesini başvuru şahsi menfaatlerinin korunmasından daha önemli hâle getirebilir. (Donald P. Kommers, Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, USA: Duke University Press, 2012, s. 35.

43 Mellinghof, a.g.m, s. 39.

44 Michael Gerhardt, Problems of Legislative Omission in the Federal Constitutional Court's

Haşim Kılıç'a Armağan

Eğer anayasa şikâyetinde bulunacak olan kimse ihmali bir davranışı şikayet etmek istiyorsa ve eğer hukuken icrai bir eylemde bulunulması gerekiyorsa, anayasa şikayeti yapılmadan önce idareye ve Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemelere koruyucu tedbirlerin alınması için başvurulmuş ancak başvuru başarısızlıkla sonuçlanmış olmalıdır.⁴⁵

Anayasa şikâyeti, temel hak ihlalinin Anayasa Mahkemesine başvurmadan gidermeye veya pratikte aynı sonuca varmaya yarayacak bir yol var ise kabul edilemez bulunur. Ancak anayasa şikayeti, bir mahkemeye başvurunun usulden reddine ilişkinse ya da başvuru konusuna ilişkin bir hukuki çare yoksa, usulden ret kararına karşı da gerekli itirazlar diğer mahkemelere yapılmış olmak kaydıyla, kabul edilebilir.⁴⁶ Başvuru yollarının tüketilmesi noktasında başvurucaya düşen yükümlülük “duruma göre olanaklı her türlü usuli olanak kullanmış/tüketmiş olmak”tır.⁴⁷

Anayasa Mahkemesi, kanun yollarının tüketilmesi konusuna hem mahkemeler arasındaki hiyerarşi hem de kendi iş yükü açısından yaklaşmaktadır. Mahkemeye göre bu kuralın amacı, şikâyet edilen konuların öncelikle olağan yetki hiyerarşisi içinde Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemelerde çözüme kavuşturulması, bu suretle Anayasa Mahkemesinin asli vazifesi olan Anayasa’yı koruma ödevini yerine getirebilmesine odaklanmasını sağlamaktır.⁴⁸

Başvuru yollarının tüketilmesinin sadece şekli değil maddi bir anlama da sahip olduğu ifade edilmişti. Kanun yollarının tüketilmesindeki maddi anlam ikincillik ilkesine tekabül etmektedir.⁴⁹ Alman Anayasa Mahkemesinin bir kararında bu durum şu şekilde ifade edilmiştir:

“şikâyetçi dar anlamda kanun yollarının tüketilmesi dışında, iddia edilen temel hak ihlalinin, kullanabileceği bütün olanakları kullanarak düzeltmeye ya da önlemeye çalışmalıdır. Anayasa şikâyetine ancak bu kurumla elde edilmek istenen amaca Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmadan ulaşılamayacaksa başvurulabilir (...). Öte yandan eğer bir ihlal genel mahkemede usulüne uygun olarak ileri sürülmediği için denetlenememişse, kanun yollarının tüketildiğinden söz edilemez.”⁵⁰

Case-Law (Report by the Federal Constitutional Court for the XIVth Congress of European Constitutional Courts 2008), s.21, http://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Germany_en.pdf (23/7/2014)

45 Gerhardt, a.g.r, s. 21, 22.

46 *Instructions on lodging a constitutional complaint with the Federal Constitutional Court*, https://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization/vb_merkblatt.html, (10/7/2014)

47 BVerfGE 5, 10’dan aktaran Ece Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 530, AÜHF. Döner Sermaye Yayınları No: 45, s. 72.

48 BVerfGE 4, 198; 16, 127; 70, 185’ten aktaran Göztepe, a.g.e, s. 72.

49 Göztepe, a.g.e, s. 77.

50 BVerfGE 74, 113; st. Rspr’dan aktaran Göztepe, a.g.e, s. 76.

R. Kaplan: Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi

Almanya uygulamasında, aşağıdaki şartların herhangi birinin varlığı durumunda başvuru yollarını tüketme koşulunun aranmayacağı bifade edilmektedir.⁵¹

“Kanun yollarının tüketilmesinden bir sonuç alınmasının beklenmemesi”⁵²

-Kanun yollarının tüketilmesinin beklenmesi (nin), başvuran açısından ağır ve telafisi imkânsız bir zarara yol açacak olması⁵³

-Anayasa şikâyetinin karara bağlanmasının, tüm toplumu ilgilendirecek, genel öneme sahip bir soruna ışık tutacak olması⁵⁴”

Öte yandan Almanya uygulamasında istisnai durumlarda kanunlara ve genel düzenleyici işlemlere karşı doğrudan anayasa şikâyetinde bulunulabilmektedir. Ancak bunun için şikâyet edilen işlemin başvuru sahibi kişisel olarak güncel bir şekilde ve doğrudan etkilemekte olması gerekir.⁵⁵ SAĞLAM, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde kanuna karşı doğrudan başvuru yapılabilmesi için gereken şartları *“başvurucunun kendisine ait bir temel hakka, dava konusu yasa ile doğrudan ve güncel olarak müdahale edilmesi”* şeklinde aktarmaktadır.⁵⁶ Nitekim Federal Almanya Anayasa Mahkemesi yatırım desteğine ilişkin bir kanunla ilgili bir başvuruda, başvuruyu, başvuruya konu olan düzenlemenin başvuru sahiplerinin hukuki durumları üzerinde bir uygulama işlemine ihtiyaç göstermeksizin doğrudan etkili olması nedeniyle kabul edilebilir bulmuştur. Mahkeme bu başvuruda başvuru sahipleri diğer kanun yollarına yönlendirmenin onları aşırı ve kaçınılmaz dezavantajlarla karşı

51 Öykü Didem Aydın, “Türk Anayasa Yargısı’nda Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XV, Sayı 4, 2011, s. 147.

52 Alman Anayasa Mahkemesi içtihatları çerçevesinde, “eğer yerleşmiş, yakın zamanda tekrarlanmış ve yüksek yargı organları tarafından verilmiş bir karar doğrultusunda, somut olayda da mahkemenin bu içtihattan ayrılması için bir neden görülüyorsa, kişiden kanun yollarını tüketmesi beklenemez” (BVerfGE 9, 7 vd; st. Rspr.; 68, 379 vd; 70, 186’dan aktaran Göztepe, a.g.e, s. 78.)

53 Bu şart Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 90. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer almaktadır.

54 Bu şart Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 90. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer almaktadır.

55 *Instructions on lodging a constitutional complaint with the Federal Constitutional Court*, https://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization/vb_merkblatt.html, (10/7/2014)

56 Die Beschwerdebefugnis setzt, wenn sich eine Verfassungsbeschwerde- wie hier - unmittelbar gegen ein Gesetz richtet, voraus, dass der Beschwerdeführer durch die angegriffenen Normen selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Grundrechten betroffen ist (vgl. BVerfGE 1, 97 (101 ff.); 109, 279 (305); st.Rspr)’den aktaran Fazıl Sağlam, “Anayasa Şikâyetini Bekleyen Sorunlar”, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)* konulu panelde sunulan tebliğ, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBB-Books/ambb-2011-382.pdf>, (10/7/2013), s. 28; Kanuna karşı bireysel başvuru konusunda detaylı bir çalışma için bkz. Recep Kaplan, “Kanuna Karşı Bireysel Başvuru”, *Bireysel Başvuru İncelemeleri-1*, ed. Musa Sağlam, Serdar Güler, Recep Kaplan, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2013, s. 154-195.

karşıya bırakabileceğini ifade etmiştir.⁵⁷

Başvuru yollarının tüketilmesi esnasında başvuru sahibinin; hak ihlalinin Anayasa Mahkemesi öncesindeki yargılama sürecinde giderilmesi için kendisine sağlanan tüm usuli imkânları da kullanması gerekir.⁵⁸

Sonuç olarak başvuru yollarının tüketilmesi kuralının anayasa şikâyeti bağlamındaki önemi değerlendirildiğinde şu hususların öne çıktığı ifade edilebilir:⁵⁹

- Anayasa Mahkemesinin iş yükünün azaltılması,
- Anayasa şikâyetinin çok, çok özel bir dava türü olduğunun göstergesi olması,
- Delillerin önceden alt mahkemelerde görülmesine imkan sağlaması,

Almanya pratiğinde anayasa şikâyetinde bulunan kişi yargı yolunun bitip bitmediğinden emin olamadığında geçerli olan yöntemin şu şekilde olduğu ifade edilmektedir: Kişinin hem anayasa şikâyetinde bulunması hem de diğer yargı yollarına veya imkânlarla da başvurması gerekir. Eğer kişi diğer yollara başvurmadan önce Anayasa Mahkemesine başvurursa Anayasa Mahkemesi kabul edilemezlik kararı alabilir. Ama Anayasa Mahkemesine başvurup aynı zamanda diğer yollara başvurursa ve diğer yollarda aleyhine karar çıkarsa yargı yolları tüketilmiş olduğundan başvurusu kabul edilebilir bulunabilir. Bu yöntem başvuru süresinin geçirilmemesi bakımından önem taşımaktadır.⁶⁰

4. İspanya Uygulamasında Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı

İspanya Anayasası'nın 53. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre; "Her vatandaş, umumi mahkemelerde bir tercihi ve acil muhakeme usulüyle, uygun olursa, bireysel olarak korunma istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurarak 14'üncü maddede ve Bölüm II. Kesim 1'de tanınan haklar ve özgürlüklerin korunmasını talep edebilir..."⁶¹ Anayasa'nın bu hükmünden anlaşıldığı ka-

57 The Investment Aid Case, BVerfGE Volume 4p 7'den aktaran; Raymond Young, *Sourcebook on German Law*, Great Britain: Cavendish Publishing Limited, 2002, s 198.

58 Nino Tsereteli, *Mechanism of Individual Complaints, German- Spanish and Hungarian Constitutional Courts – Comparative Analysis*, LL.M Short Thesis, Central European University, 2007, s. 29, 30. http://www.etd.ceu.hu/2007/tsereteli_nino.pdf, (18/7/2014)

59 Şeyda Emek, "Alman Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve Başvurular İçin Uygulanan Eleme Sistemi", *Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları*, I. Cilt, ed. Musa Sağlam, Serdar Güleler, Recep Kaplan, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları (Hizmet içi eğitim yayını), 2013, s. 230, 231.

60 Emek, a.g.t, s. 231.

61 Anayasa metni için bkz. "İspanya Anayasası", <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/ey-lul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-%C4%B0SPANYA%20533-584.pdf>, (25/7/2014).

R. Kaplan: Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi

darıyla, bireyler hak ve özgürlüklerinin korunmasını öncelikle genel mahkemelerden talep etmek durumundadırlar. Anayasa Mahkemesine yapılacak başvuru ise ancak uygun koşulların bulunması hâlinde mümkün olacaktır.

İspanya Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanunu'nun⁶² 43. maddesine göre, idareden kaynaklanan ihlallere karşı ancak ilgili yargısal yollar tüketildikten sonra başvuru yapılabilir. Kanun'un 44. maddesinde de, yargı organından kaynaklanan ihlallere karşı başvuru yapılabilmesi için hukuk sisteminde, spesifik davayla ilgili olarak, usuli düzenlemelerde yer alan bütün hukuki yolların tüketilmesi gerektiği belirtilmektedir. Kanun'un 41. maddesinde yer alan, anayasal korumanın diğer mahkemelerin genel koruyucu işlevine hâlel getirmesinin sağlanacağına dair hüküm de anılan diğer hükümlerle örtüşmektedir.

İspanya uygulamasında, istisnai ve olağandışı bir başvuru yolu olan amparo (anayasa şikâyeti) başvurusunda Anayasa Mahkemesinin yetkisi ikincil ve nihai bir yetkidir. Bu çerçevede amparo başvurusu yapılmadan önce kanun yolları tüketilmiş olmalıdır. Aksi halde, başvuru Anayasa Mahkemesince ilk inceleme aşamasında reddedilir. İspanyol anayasa Yargısı sisteminde, amparo başvurusu son çaredir.⁶³ Gerçekten de İspanyol yargı sisteminde genel mahkeme düzeni içindeki en üst yargı mercii olan Yargıtay dahil, herhangi bir mahkeme, ihlal edilen bir hak ya da özgürlüğü korumazsa ya da hak veya özgürlüğün ihlaline bizzat kendisi neden olursa Anayasa Mahkemesi ihlale kaynaklık eden kararı iptal edebileceği gibi söz konusu hak ya da özgürlüğün tekrar kullanımının sağlanması veya zararın tazmini için gerekli olan başkaca tedbirler de alabilir.⁶⁴

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında, amparo başvurusunun kabulü için; kullanılabilecek bütün kanun yollarının tüketilmiş olması vazgeçilmez, zorunlu bir şart olarak ifade edilmiştir. Kanun yollarının tüketilmesi koşulu, ayrıca, hak ve özgürlüklerin ihlalden kaynaklanacak olası zararları ilk planda gidermesi öngörülen genel mahkemelerle Anayasa Mahkemesi arasında olması gereken ilişkiyi de teminat altına almaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarında başvuru yollarının tüketilmesi kuralı "... yargı organlarına önceden zararı giderme fırsatı tanınmadan ... Anayasa Mahkemesi işe bakamaz" şeklinde gerekçelendirilmektedir.⁶⁵

Mahkemeye göre, İspanya Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanunu'nun 44.

62 Kanun metni için bkz. <http://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/normasreguladoras/Lists/NormasRegPDF/LOT-en.pdf>, (23/7/2013)

63 Baamonde, a.g.m, s. 104.

64 Selin Esen Arnwine, "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s. 255, 258.

65 Arnwine, a.g.m, s. 258, 259.

maddesinde öngörülen kanun yollarının tüketilmesi koşulunun amacı, amparo başvurusunun ikincil niteliğini korumak, anayasal yargıya bir hamlede yani genel mahkemelere kendilerini ifade etme ya da uygun durumlarda ihlali giderme olanağı vermeden ulaşılmamasından kaçınmaktır. Mahkemeye göre, kanun yollarının tüketilmesi şeklindeki prosedürel yükümlülük tahayyül edilmesi mümkün tüm yollara başvurulması şeklinde değil, kompleks bir hukuki analiz gerektirmeksizin makul bir yaklaşımla münasip olduğu değerlendirilebilecek yollara başvurulması şeklinde anlaşılmalıdır. Spesifik davada hangi yolun münasip olduğunun belirlenmesi genel hukuki ilkeler çerçevesinde umumi mahkemelerin yetkisindedir.⁶⁶

Başvuru yollarının tüketilmemesi, başvurunun Anayasa Mahkemesince ilk inceleme aşamasında reddedilmesi sonucunu doğurabilir. Öte yandan kural olarak olağanüstü kanun yollarına başvurmak gerekmez. Örneğin usul hukukunda olağanüstü bir yol olan karar düzeltme (recurso de revisión) yoluna başvurulmamış olması başvuru yollarının tüketilmemiş olduğunu göstermez. Ancak, bu yola bir kez başvurulmuşsa amparo başvurusunun kabulü için bu sürecin sonuçlanması gerekir.⁶⁷

5. Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı

Türk Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların kabul edilebilirlik koşullarından birisi bireysel başvuru öncesindeki başvuru yollarının tüketilmiş olmasıdır. Bu kabul edilebilirlik kriterinin dayandığı mevzuat hükümleri şunlardır:

Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası:

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

30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 'Bireysel başvuru hakkı' kenar başlıklı 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası:

"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."

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün "Başvuru süresi ve mazeret" kenar baş-

⁶⁶ İspanya Anayasa Mahkemesinin 216/2013 sayılı kararı; Kararın metni için bkz. http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/STC_216_2013_en.aspx, (25/7/2014)

⁶⁷ Arnwine, a.g.m, s. 260.

R. Kaplan: Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi

lıklı 64. maddesinin (1) numaralı fıkrası (Değişik: 05/03/2014 günlü ve 28932 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İçtüzüğün 7. maddesi ile)⁶⁸

“Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.”

Yukarıdaki mevzuat hükümlerinin başvuru yollarının tüketilmesi kuralıyla ilgili kullandığı terminoloji birbirinden farklıdır. Anayasa “olağan kanun yollarının” 6216 sayılı Kanun “idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının” İçtüzük ise “başvuru yollarının” tüketilmesinden söz etmektedir. Olağan kanun yolunun farklı yargı kolları açısından ne anlam ifade ettiği, başvuru yolları kavramından ne anlaşılması gerektiği vb. hususlar mevzuat hükümlerinden kendiliğinden anlaşılabilir olmadığından bu gibi konular AYM içtihatlarıyla açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

İzleyen bölümlerde AYM tarafından 23 Temmuz 2014 tarihine kadar bireysel başvuru kapsamında verilmiş olan kararlar nazara alınarak başvuru yollarının tüketilmesi hususunda geliştirilmiş olan içtihatlar incelenecektir.

5.1. Kuralın Amacı

AYM içtihatları çerçevesinde, başvuru yollarının tüketilmesi kuralının amacı idareye ve derece mahkemelerine bireysel başvuru konusu yapılan uyuşmazlığı giderme, bir ihlal meydana gelmişse bu ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırma fırsatı vermektir. Mahkeme içtihadında bu husus şu şekilde ifade edilmektedir:

*“16. Anılan Anayasa ve Kanun hükümlerine göre bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir. Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevi olup, bu ödevin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi idari ve yargısal makamların görevidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esastır.”*⁶⁹

Mahkeme başvuru yollarının tüketilmesi kuralını bireysel başvurunun ikincilliği prensibi ile ilişkilendirmektedir:

“17. ... Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi

68 Fıkranın değişiklik öncesindeki hâli şu şekildeydi: “Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.”

69 B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16 . Aynı yönde Bir çok karar arasında aynı yönde bkz. B. No: 2013/850, 19/12/2013, § 19; B. No: 2013/5028, 14/1/2014, § 23, 24; B. No: 2012/254, 6/2/2014 § 31.

Haşim Kılıç'a Armağan

zorunludur. Bu ilke uyarınca, başvurunun Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir.”⁷⁰

5.2. Kuralın Uygulanması Konusunda Genel İlkeler

AYM içtihatlarının incelenmesi neticesinde başvuru yollarının tüketilmesi kuralıyla ilgili ortaya konulan genel ilkeler şu şekilde sıralanabilir.

Bireysel Başvuru Yapılmadan Önce İdari ve Yargısal Başvuru Yollarının Tamamının Tüketilmiş Olması Gerekir: AYM’ye yapılacak bireysel başvurular da bireysel başvuru yapılmadan önce kural olarak, ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerekir. Ancak bir başvuru yolu yoksa ya da mevcut başvuru yolları etkili değilse Mahkeme başvuru konusu olayın kendine özgü şartlarını dikkate alarak bir başvurunun incelenmesine karar verebilir.⁷¹

Önceki bölümlerde belirtildiği üzere; bireysel başvuru yolunun bulunduğu ülkelerde başvuru yollarının tüketilmiş olması bireysel başvuru yapabilmek noktasında tipik bir koşuldur.⁷²

Başvuru Yolları Etkisiz İse Tüketilmesi Gerekmez: Bireysel başvuru yapılmadan önce kural olarak idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi gerekli olmakla birlikte, etkisiz başvuru yollarının tüketilmesi gerekmez.

“24. ... başvuru yolunun tüketilmesinin başvurunun hakkına yönelik ihlalin giderilmesi açısından herhangi bir etkisi yoksa, başka bir deyişle başvurulacak yol etkisizse ... anayasal haklara saygı ilkesi Mahkemenin bu başvuruları incelemesini gerektirebilir.”⁷³

Yukarıdaki genel ilkenin AİHM içtihadıyla uyumlu olduğunu ifade etmek gerekir. AİHM içtihadı çerçevesinde etkisiz yolların tüketilmesi gerekmediği gibi, bu yollara başvuru, başlamış olan başvuru süresini de durdurmayacak-

70 B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16 ve 17. Aynı yönde Bir çok karar arasında aynı yönde bkz. B. No: 2013/850, 19/12/2013, § 19; B. No: 2013/5028, 14/1/2014, § 23, 24; B. No: 2012/254, 6/2/2014 § 31.

71 B. No: 2012/254, 6/2/2014, § 33.

72 Arnavutluk, Ermenistan, Andorra, Azerbaycan, Brezilya, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Almanya, Macaristan, Güney Kore, Letonya, Malta, Karadağ, Polanya, Portekiz, Lihtenştayn, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsviçre ve Makedonya’da bu kuralın uygulama alanı olduğu ifade edilmektedir. (bkz. Study On Individual Access To Constitutional Justice, European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-e), (23/7/2014).

73 B. No: 2013/1243, 16/4/2013, § 24.

tır.⁷⁴

Başvuru Yolları Kavramından Sadece Etkili Başvuru Yollarının Anlaşılması Gerekir: Mahkemeye göre başvuru yollarının tüketilmesi koşulu her bir başvurunun kendine özgü koşulları dikkate alınarak münferiden ve esnek biçimde yorumlanmalıdır. Başvurucuların tüketmesi gereken başvuru yolları makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili başvuru yollarıdır.

“20. ... başvuru yolları ibaresinin, başvurunun şikâyetleri açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olarak anlaşılması gerekir. Olağan başvuru yollarının tamamının tüketilmesi ibaresinin katı bir şekilde yorumlanması, bir takım başvurular açısından bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmayan neticelere yol açabilecektir. Bu nedenle, olayın özel şartları içinde etkisiz ve yetersiz olan bir kanun yolunun tüketilmesi şartı aranmaksızın, her bir başvuru yolunun somut başvurular açısından etkili olup olmadığı münferiden denetlenmesi gerekmektedir.”⁷⁵

AIHM içtihadında da başvuru iç hukukta düzenlenen tüm başvuru yollarını etkili olan başvuru yollarını tüketmek durumundadırlar. Mahkemeye göre, başvuru yollarının bu özelliklere sahip olduğunu kanıtlama yükü Sözleşmeciler Devletlere düşmektedir.⁷⁶

Başvurucudan Aynı Amacı Taşıyan Başvuru Yollarının Tamamını Tüketmesi Beklenemez: Genel bir ilke olarak ihlali gidermeye elverişli birden fazla etkili başvuru yolu varsa bireysel başvuru yapılmadan önce bu yolların tamamının tüketilmiş olması beklenmez.

“30. Bir ihlal iddiasına ilişkin olarak başvurulabilecek birden fazla etkili başvuru yolunun bulunması durumunda, kural olarak başvurunun aynı amacı taşıyan başvuruyollarının tamamının tüketilmesi beklenemez.”⁷⁷

Bu içtihat da AIHM içtihadıyla uyum içindedir. AIHM'e göre de ihlalin giderimi noktasında potansiyel olarak etkili birden fazla iç hukuk yolu varsa başvurunun bunlardan birisine başvurusu yeterlidir.⁷⁸

Tüketilmesi Gereken Başvuru Yollarının Teoride Yer Almaları Yanında Pratikte de Etkili Olmaları Gerekir: Başvurucudan tüketmesi beklenen başvuru yolları pratikte etkili olan başvuru yollarıdır.

“29. Ancak tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olmaları yanında,

⁷⁴ Rezgui/Fransa (k.k.), B. No: 49859/99, 7/11/2000.

⁷⁵ B. No: 2013/1582, 7/11/2013, § 20.

⁷⁶ Sejdovic/Italy, B.No: 56581/00, 1/3/2006, §46.

⁷⁷ B. No: 2013/2355, 7/11/2013, §30

⁷⁸ Moreira Barbosa/Portekiz (k.k.), B. No: 65681/01, 29/4/2004.

telafigabiliyetinihaiz olmaları ve tüketildiklerinde başvuruçunun şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanınmaları gerekir. Dolayısıyla mevzuatta bu yollarayer ve-rilmesi tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduklarının gösterilmesi ya da en azından etkili olmadıklarının kanıtlanmamış olması gerekir.”⁷⁹

AİHM içtihadında da başvuruçular iç hukukta düzenlenen tüm başvuru yollarını değil pratikte etkili olan ve başvuruçunun şikâyetleri bakımından etkili giderim temin edebilecek başvuru yollarını tüketmek durumundadırlar.⁸⁰

Bir Kanun Yoluna Başvurulmuş Ancak Başvurunun Sonucu Beklenmemiş İse Başvuru Yolları Tüketilmemiş Sayılır: Mahkemeye göre bir kanun yoluna başvurulmuş ise bu başvurunun sonucu beklenmelidir. Yapılan bu başvurudan daha sonra vazgeçilmiş olması başvuru yollarının tüketilmediği anlamına gelir.

“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....”⁸¹

Kanun Yollarının Tüketilmesi Aşamasında Usul Hükümlerine Riayet Edilmesi Gerekir: Kanun yollarının tüketilmesi aşamasında bu başvuru yolları için öngörülen usul kurallarına uygun hareket edilmesi gerekir.

“25. Başvuru yollarının tüketilmesi ilkesi, hukuk sisteminde öngörülen usul kurallarına riayet edilmesini gerektirir. Zira, başvuru yollarının tüketilmesi için usule ilişkin koşullara ve sürelerle uymak gerekir. Başvuruçunun hukuk yollarını tüketmeye çalıştığı, ancak kendi ihmali nedeniyle usul gerekliliklerini yerine getiremediği hallerde başvuru, hukuk yolları tüketilmediği için reddedilir.”⁸²

AİHM'e göre de, iç hukuk yollarının kullanılması aşamasında usule ilişkin kurallara riayet edilmesi gerekir.⁸³ Almanya uygulamasında ise temel hak ihlaline neden olduğu öne sürülen bir işlem ya da eyleme karşı yargı yollarının tüketilmesinden kasıt “usulüne uygunolarak” tüketilmedir. Örneğin bir yargı yeri davayı usulden reddetmiş ise bu koşul yerine getirilmiş sayılmaz.⁸⁴

Bireysel Başvuru Öncesinde Dayanılmayan İddialar AYM'de İleri Sürülemeyeceği Gibi Derece Mahkemelerine Sunulmayan Bilgi ve Belgeler AYM'ye

79 B. No: 2012/338, 2/7/2013, § 29; Bir çok karar arasında aynı yönde bkz. B. No: 2012/899, 9/1/2014, § 27; B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 35; B. No: 2013/514, 2/10/2013, § 39.

80 *Sejdovic/Italy*, B.No: 56581/00, 1/3/2006, §46.

81 B. No: 2012/26, 26/3/2013, § 21; Aynı yönde bkz. B. No: 2013/5028, 14/1/2014, § 28.

82 B. No: 2013/7521, 4/12/2013, § 25.

83 *Ben Salah Adraqui ve Dhaimel/İspanya* (kabul edilemezlik kararı (k.k.)), B. No: 45023/98, 27/4/2000.

84 Mellinghof, a.g.m, s. 39.

Sunulamaz: Bir ihlal varsa bunu ilk planda giderme yetki ve görevi derece mahkemelerine ait olduğundan, derece mahkemelerindeki yargılamalar esnasında ileri sürülmeyen iddialar AYM önünde dile getirilemez. Öte yandan derece mahkemelerinin meseleleri değerlendirmesi esnasında bu mahkemelere sunulmayan bilgi ve belgeler de ilk kez AYM'ye sunulamaz.

“20. Bireysel başvurunun ikincil niteliğinin bir sonucu olarak olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler önünde dayanılmayan iddialar Anayasa Mahkemesi önündeşikâyet konusu edilemeyeceğigibi genel mahkemelere sunulmayan yeni bilgi ve belgeler de Anayasa Mahkemesine sunulamaz.”⁸⁵

AİHM'e göre de başvurucunun AİHM'e taşıdığı iddiasını en azından özü itibariyle ulusal makamlar nezdinde öne sürmüş olması gerekmektedir.⁸⁶ Almanya uygulaması açısından da başvurucunun sahip olduğu bilgi ve delilleri yetkili yargı mercileri önünde ileri sürmüş olması ve şikâyetlerini bu yargı mercileri önünde dile getirmiş olması gerekir.⁸⁷

Başvurucunun Başvuru Yollarının Tüketilmesi Noktasında Kendisinden Beklenebilecek Her Şeyi Yerine Getirip Getirmediği Başvurunun Kendine Has Özellikleri Dikkate Alınarak İncelenir: Başvuru yollarının tüketilmesi kuralının uygulanması aşamasında her olayda genelgeçer ilkeler koymanın zorluğu dikkate alınarak bu kural esnek bir yorumla her bir münferit olayı çevreleyen koşullar dikkate alınarak değerlendirilir.

“28. ...Ayrıca, başvuru yollarını tüketme kuralı ne kesin ne şekli olarak uygulanabilir bir kural olup, bu kurala uygunluğun denetlenmesinde somut başvurunun koşullarının dikkate alınması esastır. Bu anlamda, yalnızca hukuk sisteminde bir takım başvuru yollarının varlığının değil, aynı zamanda bunların uygulama şartları ile başvurucunun kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle başvurucunun, kendisinden başvuru yollarının tüketilmesi noktasında beklenebilecek her şeyi yerine getirip getirmediğinin başvurunun özellikleri dikkate alınarak incelenmesi gerekir.”⁸⁸

AİHM uygulamasında da Mahkeme için önemli olan davanın özel koşulları altında, başvurucunun iç hukuk yollarını tüketmek noktasında kendisinden makul olarak beklenebilecek her şeyi yapıp yapmadığıdır.⁸⁹ İspanya Anayasa Mahkemesine göre de, kanun yollarının tüketilmesi şeklindeki prosedürel yükümlülük tahayyül edilmesi mümkün tüm yollara başvurulması şeklinde değil, kompleks bir hukuki analiz gerektirmeksizin makul bir yaklaşımla

85 B. No: 2012/946, 26/3/2013, § 20; Aynı yönde bkz. B. No: 2013/7204, 20/2/2014, § 30.

86 Ahmet Sadık/Yunanistan, B. No: 18877/91, 15/11/1996, §33.

87 Mellinghof, a.g.m, s. 39.

88 B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 28.

89 D.H. ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti [BD], B. No: 57325/00, 13 /11/2007, §116.

münasip olduğu değerlendirilebilecek yollara başvurulması şeklinde anlaşılmalıdır.⁹⁰

Yeniden Yargılama Açılmış İse Başvuru Yolları Tüketilmiş Sayılmaz: AYM'ye başvuru yapılmadan önce olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru yapılması gerekmez ise de yeniden yargılama talebi yapılmış ve Mahkemece bu talep kabul edilmiş ise yargılama sonucunda yeni bir hüküm verilir ve bu hükme karşı kanun yollarına başvurma imkânı doğar. Dolayısıyla bu süreçte, hak ihlalleri iddialarının öncelikle derece mahkemele-rince incelenmesinin beklenilmesi gerekir.⁹¹

EKİNCİ de, başvurucunun yargılanmanın yenilenmesi talebinin, ilgili yargı merci tarafından kabul edilip davanın esastan incelenmesi hâlinde söz konusu yol etkili ve yeterli kabul edileceğinden, başvuru süresinin bu yolun tüketilmesinden itibaren hesaplanmaya başlanması gerektiği görüşündedir.⁹²

Makul Sürede Yargılama Hakkı İhlali İddiasını İçeren Başvurular Açısından Başvuru Yollarının Tüketilmesi Gerekmez: Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine yönelik şikayetler bakımından başvuru yollarının tüketilmesi şartının aranması, makul sürede yargılama yapma yükümlülüğüne aykırı davranılması nedeniyle meydana gelen sonuçları ortadan kaldırmayacağından ve makul olmadığı iddia edilen yargılama faaliyetinin daha da uzamasına ve başvuru açısından zararın artmasına neden olacağından bu şikayetler bakımından başvuru yollarının tüketilmesi koşulu aranmaz.⁹³

5.3. Adli Yargıda Tüketilmesi Gereken Başvuru Yolları

5.3.1. Ceza Muhakemesi Açısından

Ceza Muhakemesinde Tüketilmesi Gereken Son Başvuru Yolu Kural Olarak Temyizdir.⁹⁴

AİHM'e göre de, Türk hukukunda ceza muhakemesinde tüketilmesi gereken son iç hukuk yolu temyizdir.⁹⁵ Ancak bu AİHM içtihadının Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu henüz yokken oluşturulduğuna ve AİHM'in Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruyu Hasan Uzun/Türkiye,

90 İspanya Anayasa Mahkemesinin 216/2013 sayılı kararı; Kararın metni için bkz. http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/STC_216_2013_en.aspx, (25/7/2014)

91 B. No: 2014/1572, 23/7/2014.

92 Hüseyin Ekinci, "Kabul Edilebilirlik Kriterleri", *Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)*, ed. Musa Sağlam, Şen Matbaa, Ankara, 2013, ss. 134.

93 B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 27.

94 B. No: 2013/1999, 1/9/2014, § 30; Aynı yönde bkz. B. No: 2013/1267, 13/6/2013, § 22.

95 Ayşe Nur Zarakolu/Türkiye (k.k), B. No: 24761/94, 11/10/1994.

R. Kaplan: Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi

B. No: 10755/13, 30/4/2013 kararıyla tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu olarak gördüğüne dikkat çekmek gerekir.

Temyiz Talebinin Reddine Dair Karara Karşı Temyiz Yoluna Başvurulması Gerekir: Temyiz talebinin reddine dair ilk derece mahkemesi kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurulması mümkün olduğundan bu yola başvurulmadan yapılan başvurular kabul edilemez bulunur.

“36. ... Başvuru yolları tüketilmeden bir ihlal iddiasının Anayasa Mahkemesince bireysel başvuru kapsamında incelenebilmesi kural olarak mümkün değildir. Bu kapsamda, temyiz talebinin reddine dair ek karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulması, iddia edilen ihlalin giderilmesi bakımından etkili ve öncelikli olduğundan, Anayasa Mahkemesinin bu kuraldan ayrılmasını gerektirecek bir neden bulunmamaktadır.”⁹⁶

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına İtiraz İstemi Bireysel Başvuru Öncesinde Tüketilmesi Gereken Bir Yol Değildir: İtiraz kanun yoluna başvurmak Başsavcılığın takdirinde bir husus olduğundan, bireysel başvuru öncesinde bu takdiri harekete geçirmeye yönelik talepte bulunulması gerekmez.

“16. Ceza yargılamasında tüketilmesi gereken son başvuru yolu temyiz aşaması olup, temyiz incelemesinden geçen kararlara karşı itiraz yolu, 5271 sayılı Kanun’un 308. maddesi gereğince Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınmıştır. Dolayısıyla başvuru yolunun itiraz yoluna gidilmesi istemi, sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının takdirini harekete geçirmeye yönelik bir taleptir. Bu kapsamda yapılan başvurular bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmediğinden, bu yola gidilmesinin bireysel başvuru süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.”⁹⁷

AİHM de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına itiraz isteminin tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olmadığı görüşündedir.⁹⁸

Kanun Yararına Bozma Yolu Bireysel Başvuru Öncesinde Tüketilmesi Gereken Bir Yol Değildir: Hâkimler ve mahkemeler tarafından verilen ve istinaf veyatemyiz incelemesinden geçmeksizinkesinleşen kararlar için öngörülen ve bu kararların Yargıtayca denetlenmesini sağlayan bir kanun yolu olan kanun yararına bozma yoluna gidilmesi yönündeki istemler sadece Adalet Bakanlığının bu konudaki takdirini harekete geçirmeye yöneliktir. Bu nedenle doğrudan ulaşılabilir bir kanun yolu olmayan ve olağanüstü bir kanun yolu niteliği taşıyan kanun yararına bozma yolunun bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gerekmez.⁹⁹

96 B. No: 2012/1181, 17/9/2013, § 36.

97 B. No: 2013/2001, 16/5/2013, § 18; Aynı yönde bkz. B. No: 2013/1610, 13/6/2013, § 16.

98 Ayşe Nur Zarakolu/Türkiye (k.k.), B. No: 24761/94, 11/10/1994.

99 B. No: 2012/644, 5/3/2013, § 22; B. No: 2013/1751, 13/6/2013, § 16.

Devam Eden Tutukluluğun Hukuka Aykırı Olduğu İddiasıyla İtiraz Kanun Yolundan Sonra Başvuru Yapılabilir: AYM'nin bireysel başvurudaki yerleşik içtihadı çerçevesinde tutukluluk şikâyetlerinde bireysel başvuru öncesinde itiraz kanun yolunun tüketilmesi zorunludur.

“30. Devam eden tutukluluğun hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda şikâyetlerin temel amacı, tutukluluğun hukuka aykırı olduğunun ya da devamını haklı kılan sebep veya sebeplerin bulunmadığının tespitidir. Bu tespit yapıldığı takdirde buna bağlı olarak ilgilinin tutukluluk halinin devamına gerekçe olarak gösterilen hukuki sebeplerin varlığı sona erecek ve böylece kişinin serbest kalmasının yolu açılacaktır. Bu amaçla yapılan bir başvuruda, itiraz kanun yolunda çekişmeli yargılama ve/veya silahların eşitliği gibi ilkelere uygun olarak bir inceleme yapıp yapılmadığı da dikkate alınacaktır. Dolayısıyla belirtilen nedenlerle ve serbest bırakılmayı temin edebilecek bir karar alma amacıyla yapılacak bireysel başvuruların, başvuru yolları tüketilmek şartıyla, tutukluluk hâli devam ettiği sürece yapılabilmesi mümkündür.”¹⁰⁰

Başvurucu Halihazırda Tahliye Olmuş ya da Hakkında İlk Derece Mahkemesinde Hüküm Kurulmuş İse Kural Olarak 4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamındaki Başvuru Yolları Denendikten Sonra Bireysel Başvuru Yapılması Gerekir: AYM'nin bireysel başvurudaki içtihadı uyarınca, kişi serbest bırakılmadan, yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olmuşsa, mahkûmiyet tarihi itibarıyla tutukluluk hâli de sona erer. Devam eden tutukluluk hâlinde başvurusunun serbest bırakılmayı talep edebilme olanağı olmakla birlikte, başvuru hâli hazırda tahliye olmuş ya da hakkında ilk derece mahkemesinde hüküm kurulmuş ise bireysel başvuru açısından tutuklulukla ilgili talebi, hukuka aykırılığın tespiti ve gerekiyorsa belli bir miktar tazminata hükmedilmesiyle sınırlı kalacaktır. Dolayısıyla bu tür ihlal iddiaları bakımından varsa başvuru yolları denendikten sonra bireysel başvuru yapılmalıdır.¹⁰¹ Ancak bireysel başvurunun esastan incelenmesinden önce tutukluluk hâli sona ermediği sürece 5271 sayılı Kanun kapsamındaki tazminat yoluna gidilmesi gerekmez. Çünkü tazminat yolu sadece maddi ve manevi zararların giderilmesini güvence altına almakta, fakat tutukluluğun hukuka aykırı tutulduğu tespit edilse dahi kişiye serbest bırakılma konusunda bir olanak vermemektedir.¹⁰²

Hakarete İlişkin Şikâyetlerde Ceza Muhakemesi Yoluna Başvurulmuş Olması Yeterli Değildir: Hakaretle ilgili şikâyetler hukuk düzeni içerisinde hem

¹⁰⁰ B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 30, ; Bir çok karar arasında aynı yönde bkz. B. No: 2012/955, 2/10/2013, § 21; B. No: 2012/1005, 2/10/2013, § 22; B. No: 2012/1012, 2/10/2013, § 22.

¹⁰¹ (B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 31; Bir çok karar arasında aynı yönde bkz. B. No: 2012/1013, 2/10/2013, § 23; B. No: 2012/682, 2/10/2013, § 23; B. No: 2012/727, 2/10/2013, § 23.

¹⁰² B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 30-33; Bir çok karar arasında aynı yönde bkz. B. No: 2012/521, 2/7/2013, § 30-32; B. No: 2012/348, 4/12/2013, § 29-32.

R. Kaplan: Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi

ceza muhakemesine hem de hukuk muhakemesine konu edilebilir. AYM, bireysel başvuru yapılabilmesi için ceza muhakemesi yoluna başvurulmuş olmasını yeterli görmemekte hukuk muhakemesi yolunun da tüketilmiş olmasını gerekli görmektedir.¹⁰³ Mahkeme bu içtihadını oluştururken bu konudaki ilk kararı olan B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 38, 39 kararda, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin ve AİHM'in hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına dair kararlarına atıf yapmaktadır. Ancak her ne kadar söz konusu kararın 39. Paragrafında,

"39. AİHM de birçok kararında, Meclisin hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına yönelik tavsiye kararlarına atıfla, Sözleşmecî Devletlerin zaman geçirmeksizin hakareti suç olmaktan çıkarılması gerektiğine vurgu yapmaktadır ('abanovic/Sırbistan ve Karadağ, 5995/06, 31/5/2011, § 43; Niskasaari/Finlandiya, 37520/07, 6/7/2010, § 77)"

denilmekte ise de atıf yapılan AİHM kararlarında sadece hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına ilişkin Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi kararlarının gözlenmekte olduğu belirtilmiş, devletlerin hakareti suç olmaktan çıkarılması gerektiğine dair herhangi bir vurgu yapılmamış aksine hakarete karşı ceza hukuku anlamında bir tedbir uygulanmasının devletlerin takdir hakkında olduğu ve kendiliğinden orantısız bir tedbir olarak değerlendirilmeyeceği ancak basın özgürlüğü söz konusu olduğunda hapis cezası öngörülmesinin sadece nefret söylemi ve şiddeti tahrik gibi istisnai durumlarda ifade özgürlüğüyle bağdaşır olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁴

B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 35'te belirtildiği üzere; üçüncü kişilerce şeref ve itibara yapılan müdahaleler için ülkemizde hem cezai hem de hukuki korumaya öngörülmüştür. Hakaret ceza hukuku anlamında suç, özel hukuk anlamında ise haksız fiil olarak nitelendirilmekte ve tazminat davasına konu edilebilmektedir. Öte yandan B. No: 2013/2355, 7/11/2013, §30'da *"bir ihlal iddiasına ilişkin olarak başvurulabilecek birden fazla etkili başvuru yolunun bulunması durumunda, kural olarak başvuruçunun aynı amacı taşıyan başvuru yollarının tamamının tüketilmesi beklenemez"* şeklinde genel bir ilke öngörülmüştür. Hâlihazırda ülkemizin hukuk sisteminde hakaret şikâyeteye tabi bir suç olduğuna ve şartları oluşması hâlinde ceza hukuku çerçevesinde cezaya konu edilebileceğine göre hakarete ilişkin şikâyetelerde sadece ceza muhakemesi yolunu kullanan ve buradan bir sonuç alamayan başvuruçuların başvurularının başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulan AYM içtihadına katılmamaktayız.

Hakaretin nefret söylemi kullanılarak yapıldığı iddiasını içeren başvurular

103 B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 35, 36 ve 44; Aynı yönde bkz. B. No: 2013/514, 2/10/2013, § 32, 33 ve 40.

104 bkz. Sabanovic/Sırbistan ve Karadağ, B. No: 5995/06, 31/5/2011, § 43; Niskasaari/Finlandiya, B.No: 37520/07, 6/7/2010, § 77.

açısından, başvuru konusu olayın özellikleri de gözetilmek koşuluyla, ceza muhakemesi yolunun tüketilmiş sayılması yeterli görülebilir: Mahkeme hakarete ilişkin şikâyetlerde tazminat davasını tüketilmesi gereken zorunlu bir yol olarak görmesine rağmen, nefret söylemi iddiası içeren başvurularda farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Mahkemeye göre, somut olayın özellikleri göz önüne alınmak kaydıyla, bu gibi durumlarda ceza muhakemesi yoluna başvurulmuş olması yeterli görülebilir ve ayrıca tazminat davası yoluna başvurmak gerekmez. Mahkeme bu içtihadını şu şekilde gerekçelendirmektedir.¹⁰⁵

“32.Ancak hoşgörünün ve bütün insanların onuruna aynı düzeyde saygının; demokratik, çoğulcu bir toplumun temellerini oluşturduğu gerçeğinden hareketle, “formalite”leri”, “koşulları”, “kısıtlamaları” veya “müeyyideleri” izlenen meşru amaçla orantılı olmak kaydıyla, hoşgörüsüzlük temelinde nefreti yayan, teşvik eden, yücelten veya haklı gösteren tüm ifade çeşitlerini cezalandırmak ve hatta bunları önlemek gerekli görülebilir (Gündüz/Türkiye, B.No: 35071/97, 4/12/2013, § 40). Bu nedenle, hakaretin nefret söylemi kullanılarak edildiği iddiası içeren başvurular açısından, başvuruya konu olayın kendine özgü koşulları da dikkate alınmak koşuluyla, bireysel başvuru öncesinde hukuk yoluna gidilmeksizin sadece ceza muhakemesi yolunun tamamlanmış olması yeterli görülebilir.Nefret söylemi kullanılarak hakaret edildiği iddiası bu söylemin ırk, köken ya da renk temelinde yapıldığı iddiası şeklinde olabileceği gibi sayılanlar kadar ciddi bir olgu olan cinsel yönelim temelinde yapıldığı biçiminde de olabilir....”

Kararda atıf yapılan AİHM kararından da anlaşılacağı üzere AİHM nefret söyleminin varlığı durumunda ceza muhakemesi yolunun yeterli ve hatta gerekli bir yol olduğunu kabul etmektedir.

Mobbing Teşkil Eden ve Psikolojik Taciz, Şiddet ve Yıldırma Türünden Davranış Grubu Olarak Kabul Edilen Fiillere İlişkin Şikâyetlerde Ceza Muhakemesi Yoluna Başvurulmuş Olması Yeterli Değildir:¹⁰⁶ AYM, mobbing teşkil eden ve psikolojik taciz, şiddet ve yıldırma türünden davranış grubu olarak kabul edilen fiillerin ceza muhakemesi yanında tazminat davasına da konu edilebildiği dolayısıyla bir bireyin, somut başvuruda belirtilen fiillere benzer eylemler vasıtasıyla fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne müdahale edildiği iddiasıyla, hukuk davası yoluyla da bir giderim sağlamanın olanaklı olduğu gerekçesiyle başvuru tarafından yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulmuş olduğu durumlarda başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirilmediği görüşündedir.

Biz AYM’nin B. No: 2013/8175, 15/4/2014, B. No: 2013/5680, 15/4/2014, B. No:

¹⁰⁵ B. No: 2013/5356, 8/5/2014, § 32.

¹⁰⁶ Bkz. B. No: 2013/8175, 15/4/2014, B. No: 2013/5680, 15/4/2014, B. No: 2013/2284, 15/4/2014, B. No: 2013/6229, 15/4/2014.

2013/2284, 15/4/2014, B. No: 2013/6229, 15/4/2014 kararlarında benimsenen yukarıdaki içtihadına şu gerekçelerle katılmamaktayız.

Söz konusu kararlarda, öncelikle mobbingin genel olarak ne anlam ifade ettiği ulusal ve uluslararası belgelere dayalı olarak açıklandıktan sonra başvurucuların mesleki yaşamlarında maruz kaldıkları muamelelerden şikâyetçi oldukları da nazara alınarak mesleki yaşamın özel hayatın bir parçası olduğuna değinilebilir ve bu kapsamdaki başvuruların özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenebileceği hatta bazı hâllerde bunun insanlık dışı-aşağılayıcı muameleye dönüşebileceği belirtilebilirdi. Mobbing teşkil eden olayların kamu ve özel sektörde gerçekleşmesine göre devletin yükümlülüklerinde değişme olabileceği ve bu kapsamda devletin yükümlülüklerini yerine getirmek için hukuki, idari ve cezai yollar öngörebileceği hatırlatılabilirdi. Öte yandan, başvuru kişinin kendisine yönelik eylemleri mobbing olarak vasıflandırmasının önemli olmadığı; önemli olanın şikâyet konusu olayların bireysel başvuru kapsamındaki hangi hakka tekabül ettiğinin belirlenmesi olduğu vurgulanabilirdi.

Ayrıca, mobbing denilen olgunun hukuk sistemimizde ceza hukukunda, idare hukukunda ve medeni hukukta hangi hükümlere karşılık geldiğine ilişkin bir değerlendirme yapılabilirdi. Çünkü bu hukuk alanları açısından farklı başvuru yolları ve usulleri söz konusudur. Böyle bir ayırım yapmadan şikâyet edilen bazı olayları yasal düzenlemelerde kullanılmayan “*mobbing*” kavramı altında toplayarak genel değerlendirmelerde bulunmak hatalı sonuçlara yol açabilir. Mobbing denilen olgunun kapsamı dışında kalan fiziksel bütünlüğe yönelik saldırıları dahi mobbing kapsamına sokarak hukuk yolunu işaret etmek uygun görünmemektedir.

Bu çerçevede her başvuru kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir. İçinde mobbing iddiası bulunan ya da mobbing olarak nitelendirilen her başvuru için hukuk yolunun tüketilmesi gerektiği yönünde bir genel yargıya varmak uygun görünmemektedir. Örneğin, hukuk sisteminde mobbing adı altında bir suç düzenlenmemiş olmakla beraber şikâyet edilen hususlar başka bir suçun konusu oluşturmaktaysa ve soruşturma makamlarına yapılan şikâyet gereği gibi soruşturulmamış ise duruma göre 17. madde açısından pozitif yükümlülüklerin ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilir.

Kararlarda “*başvuru yollarının tüketilmemesi*” nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilirken Mahkeme tarafından daha önce hakaretle ilgili verilen kararlardan istifade edildiği gözlenmektedir. Ancak kararlarda başvuruya konu edilen hususlar hakaret değildir. Kararlara konu olan uyuşmazlıklar açısından hukuk yolunun daha etkili olduğuna dair, herhangi bir somut veriye dayanmadan, bir kanaate varmak mümkün değildir. Her ne kadar kararlarda

atıf yapılan ve hakareti konu edinen diğer kararlarda hukuk yoluna gidilmesi gerektiği yolunda bir sonuca varılmış ise de bu kararların özellikleri hakaretle ilgili kararlardan çok farklıdır. Kaldığı hakaretle ilgili kararlar uluslararası planda hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına yönelik genel eğilime vurgu yapılarak alınmıştı.¹⁰⁷

AIHM uygulaması açısından somut başvurulara benzer olaylarda hukuk yolunun tüketilmesi gerektiği yönünde bir karara rastlanılamamıştır. Tam tersine, konusu itibarıyla bu başvurulardakilerden çok daha basit meselelerde, AIHM, illa da hukuk yolunun tüketilmesi yönünde bir şart koşmamıştır. Kabuledilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberinde belirtildiği üzere,¹⁰⁸

“Potansiyel olarak birden fazla etkili iç hukuk yolu varsa, başvurunun bunlardan sadece bir tanesini kullanması gereklidir ... Gerçekten de bir hukuk yolu tüketilmiş ise, aynı amacı taşıyan bir diğer hukuk yolunu tüketmek gerekli değildir ... Kendi olayına en uygun hukuk yolunu seçmek, başvurucuya düşer. Özetlenecek olursa, eğer iç hukuk, hukukun farklı alanlarında birden fazla paralel hukuk yolu öngörmüş ise, Sözleşme’yi ihlal iddiası bakımından bu hukuk yollarından biri vasıtasıyla çözüm elde etmek isteyen bir başvurunun, esas itibarıyla aynı amaca sahip diğerlerini de kullanması zorunlu değildir.”

AIHM, AYM’nin başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı verdiği bu kararlarda ileri sürülen iddialara nazaran çok hafif sayılabilecek ihlal iddiaları bakımından dahi, savcılıkça verilen takipsizlik kararı üzerine yapılan başvuruları kabul etmiş ve Hükümetlerin tazminat yolunun da tüketilmiş olması gerektiği yönündeki itirazlarını reddetmiştir.¹⁰⁹

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, belirtilen kararlarda Anayasa’nın 17. maddesi kapsamındaki şikâyetler açısından hukuk yoluna gidilmesi gerektiği yönündeki görüşe katılmamaktayız.

5.3.2. Hukuk Muhakemesi Açısından

Hukuk Muhakemesinde Olağan Kanun Yolları Temyiz ve Karar Düzeltmedir:¹¹⁰ Hukuk muhakemesinde bireysel başvuru yapabilmek için temyiz kanun yolundan sonra başvuru yapılabileceği gibi karar düzeltme kanun yolundan sonra da başvuru yapılabilir. Ancak karar düzeltme yoluna bir kez

107 Gerçekten de Mahkeme bu konudaki ilk karar olan B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 38, 39 kararında, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin ve AIHM’in hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına dair kararlarına atıf yapmaktadır.

108 Kabuledilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, s. 15, 16.

109 Örneğin kişi hakkında basit nitelikte olumsuz ifadeler içeren broşür dağıtılması gibi bkz. Karakó/Macaristan, B. No: 39311/05, 28/4/2009, § 15.

110 B. No: 2013/1936, 18/9/2013, § 19; B. No: 2013/7521, 4/12/2013, § 34; B. No: 2013/6047, 23/1/2014, § 20.

R. Kaplan: Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi

başvurulmuş ise bu yoldaki sonucun beklenmesi gerekir.¹¹¹ Öte yandan karar düzeltme yoluna gitmeksizin temyiz kanun yolundan sonra başvuru yapacak olan başvuru sahiplerinin bireysel başvuru süresine riayet etmeleri gerekir.¹¹²

AİHM de, hukuk davalarında karar düzeltme yolunu tüketilmesi zorunlu bir iç hukuk yolu olarak görmemekle beraber bu yola başvurulmuşsa bu yoldan sonra yapılan başvuruları da kabul etmektedir.¹¹³

Somut Olayda Yargıtayın Görüşünü Daha Önce Açıkladığı ve Görüşünün Belli Olduğu Durumlarda Tekrar Temyiz Yoluna Gidilmesi Gerekmez:

“31. ... Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulması için olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekir. Ancak somut olayda başvuru açısından temyiz yoluna başvurulması, tüketilmesi gerekli bir yol olarak kabul edilemez. Zira aynı karara yönelik olarak temyiz mercileri kararlarını vermişler ve derece Mahkemesince de temyiz mercilerinin verdikleri karar doğrultusunda hüküm kurulmuştur. Bu anlamda Mahkemece verilen son karara karşı temyiz yolu, etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilemez ve Mahkemece verilen son karara karşı temyiz yoluna başvurulmadan yapılan bu başvuru, olağan kanun yoluna başvurulmadığı için başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez nitelikte değerlendirilemez. Zira, başvuru Mahkemece verilen ilk karara yönelik olarak, olayın şartları dâhilinde, olağan kanun yollarını tüketmek için kendisinden beklenen her şeyi yapmıştır. Bu aşamadan sonra başvuru sahibi derece Mahkemesince verilen son karara yönelik olarak da temyiz yoluna başvurmasını beklemek, bireysel başvuru hakkının kullanılması önünde orantısız bir engel oluşturabilir.”¹¹⁴

Kadastro Tespitine Yönelik Olarak Açılan İtiraz Davasının Reddi Sonrasında Tazminat Davası Açılması Gerekir:

“30. Başvurucunun maliki olduğu taşınmazların orman kadastro çalışmaları sonrasında orman sınırları içinde olduğuna ilişkin kadastro tespitine yönelik olarak açtığı itiraz davasının reddi sonrasında tazminat talebiyle herhangi bir başvurusunun bulunmadığı görülmektedir. İdari ve yargısal başvuru yollarının tamamı tüketilmeksizin yapılan bir bireysel başvurunun kabul edilmesi mümkün değildir.”¹¹⁵

111 B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 18, 19. KILINÇ bu kararı, Anayasa Mahkemesinin karar düzeltme yolunun tüketilmesini zorunlu tuttuğu şeklinde yorumlamış iseler de kanımızca bu yorum hatalıdır. Mahkeme karar düzeltme yoluna başvurmayı değil eğer başvurulmuşsa sonucunun beklenmesini şart koşturmaktadır. (Ümit Kılınç, “Anayasa Mahkemesi Önünde Bireysel Başvuru:Kabuledilebilirlik Kriterlerinin Uygulanması Konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Uyum ve Uyumsuzluklar”, TAA Dergisi, YIL:4, Sayı:14, Temmuz 2013, s. 640.; Hatta Mahkeme daha sonraki içtihatlarında (bkz. B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 64) karar düzeltme yolundaki karar Anayasa Mahkemesi tarafından başvuru hakkında karar verilmeden önce verilirse başvuru yollarının tüketilmiş sayılacağını belirtmiştir.

112 B. No: 2013/1936, 18/9/2013, § 23, 24.

113 Köksal ve Durdu/Türkiye, B. No: 27080/08, 40982/08, 15/6/2010

114 B. No: 2013/7521, 4/12/2013, § 31.

115 B. No: 2012/1315, 16/4/2013, § 30; Aynı yönde bkz. B. No: 2013/1012, 16/4/2013, § 31 ve 32.

AİHM'de yukarıda ileri sürülen görüşü paylaşmaktadır. Şöyleki;

"31. Nitekim AİHM, benzer bir şekilde, başvurunun tazminat ödenmeksizin tasnımazının elinden alınması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürdüğü 15/5/2012 tarih ve 42936/07 numaralı Altunay/Türkiye kararında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, Kasım 2009 tarihinde daha önceki içtihadında değişikliğe gittiğini, AİHM'nin bu konudaki içtihatlarına dayanarak, tapu kayıtlarındaki yanlış kayıtlardan kaynaklanan aynı hak ya da menfaatleri kaybolmuş ya da kısıtlanmış olanların tapu kayıtlarındaki düzensizliklerden dolayı Devleti sorumlu tutabileceğine hükmettiğini, kişilerin tapularının ait olduğu arazilerin orman arazisi olması nedeniyle iptal edildiğinde 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesi uyarınca tazminat talep edebileceklerini ilan ettiğini, tazminat miktarının söz konusu arazinin kullanıma şekli, niteliği ve değeri temelinde muhtemel getirisi ve emsal değerlerin dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiğine dikkat çektiğini, bu başvuru yolunun halen düzenli olarak kullanılmakta olduğunu, ulusal mahkemelerin AİHM'nin içtihatlarını ve AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesine dayanarak ilgili mevzuat hükümlerini uyguladıklarını, başvurunun tapu belgesinin iptali yönündeki kararın kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içinde tazminat talebinde bulunabileceğini belirterek, iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir."¹¹⁶

Bir Sözleşme'nin Sonradan Geçersiz Sayılması Sonucu Bu Sözleşmeye Dayalı Olarak Yapılan Ödemelerin Geri İstenebilmesi Amacıyla Hukuk Yollarına Başvurulması Gerekir.¹¹⁷

5.4. İdari Yargıda Tüketilmesi Gereken Başvuru Yolları

İdari Yargı Davalarında Olağan Kanun Yolları Temyiz ve Karar Düzeltmedir:¹¹⁸ İdari yargıda bireysel başvuru yapabilmek için temyiz kanun yolundan sonra başvuru yapılabileceği gibi karar düzeltme kanun yolundan sonra da başvuru yapılabilir. Ancak karar düzeltme yoluna bir kez başvurulmuş ise bu yoldaki sonucun beklenmesi gerekir.¹¹⁹ Öte yandan karar düzeltme yoluna gitmeksizin temyiz kanun yolundan sonra başvuru yapacak olan başvuru-
ların bireysel başvuru süresine riayet etmeleri gerekir.¹²⁰

AİHM de idari davalarda karar düzeltme yolunu tüketilmesi zorunlu bir iç hukuk yolu olarak görmemekle beraber bu yola başvurulmuşsa bu yoldan sonra yapılan başvuruları da kabul etmektedir.¹²¹

¹¹⁶ B. No: 2012/1315, 16/4/2013, § 31.

¹¹⁷ B. No: 2013/2428, 13/6/2013, § 28.

¹¹⁸ B. No: 2012/26, 26/3/2013, § 18, 19.

¹¹⁹ B. No: 2012/26, 26/3/2013, § 20, 21.

¹²⁰ B. No: 2013/1582, 7/11/2013, § 23.

¹²¹ Köksal ve Durdu/Türkiye, B. No: 27080/08, 40982/08, 15/6/2010

Sınır dışı işlemlerinde başvurulmasına rağmen idari yargı mercilerince yürütmeyi durdurma talebinin ve buna karşı yapılan itirazın reddine karar verilmiş ve kişinin yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik tehlikeye devam ediyorsa anayasal haklara saygı ilkesi Mahkemenin bu başvuruları incelemesini gerektirebilir.¹²²

AİHM de, Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca sınırdışı etme kararının iptali için idare mahkemelerine yapılacak başvurunun doğrudan askıya alma etkisi bulunmadığını ve idare mahkemesinin ayrıca bir yürütmeyi durdurma kararı vermesi gerektiğini; bu nedenle, başvurulara sınırdışı etme kararlarının tebliğ edildiği ve başvuruların idare mahkemelerinde bu kararlara itiraz etme olanağına sahip oldukları farz edilse bile, sözkonusu kişilerin AİHS'nin 35/1 maddesi anlamında iç hukuk yollarını tüketmek için idare mahkemelerine başvurmaları gerekmediğini belirtmiştir.¹²³

Sosyal Paylaşım Sitelerine Erişim Yasağına İlişkin Yürütmeyi Durdurma Kararının Gereğinin Gecikmeksizin Yerine Getirilmemesi Durumunda Bireysel Başvuru Açısından Başvuru Yolları Tüketilmiş Sayılır: AYM'nin Twitter ve Youtube kararları olarak bilinen kararlarında; bu sitelere yönelik erişim yasağına ilişkin yürütmeyi durdurma kararlarının gereğinin gecikmeksizin yerine getirilmemesi nedeniyle idari yargı yolu tüketilmesi gereken etkili bir başvuru yolu olarak görülmemiştir.

"26. ...Bu durumda yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının

122 B. No: 2013/1243, 16/4/2013, § 23-26;

Ancak sınırdışı işlemlerine ilişkin başvurularda yeni gelişen bir durumdan da burada söz etmek uygun olur. 4/4/2013 tarih ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 53. maddesi şöyledir:

"(1) Sınır dışı etme kararı, Genel Müdürlüğün talimatı üzerine veya resen valiliklerce alınır.

(2) Karar, gerekçeleriyle birlikte hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı, bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisi veya yasal temsilcisi, kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir.

(3) Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancı'nın rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez."

Bu çerçevede 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesi uyarınca dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmeyeceğine ilişkin düzenleme ile sınır dışı etme işlemine karşı etkili bir mekanizma kurulduğu ifade edilebilir. Bu kapsamda bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra sınır dışı etme işleminden dolayı mağdur olduğunu düşünen başvuru yapan bireysel başvuru yapmadan önce idari yargı yoluna başvurusu gerektiği düşünülmektedir.

123 Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye, B. No: 30471/08, 22 Eylül 2009, § 59. Kararın çevirisi için bkz. <http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/karimnia-karari> (30/7/2014)

söylenemeyeceği ve böylece başvuru sahiplerinin idare mahkemesine başvurularının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılmıştır."¹²⁴

AYM'nin bireysel başvuruda verdiği ve kamuoyunda twitter kararı olarak bilinen B. No: 2014/3986, 2/4/2014 kararı kamuoyunda en çok tartışılan karar olmuştur. Genel siyasi atmosferin de etkisi altında yapılan eleştirilerin farklı yönleri olsa da teknik açıdan yapılan eleştiriler özellikle başvuru yollarının tüketilmediği noktası üzerinden yapılmış ve Mahkeme yetki ve görevini aşmakla ve süper temyiz mercii gibi davranmakla eleştirilmiştir.

Adli Yardım Talebinin Reddi Sonrasında Verilen Davanın Açılmamış Sayılmasına İlişkin Karara Karşı Temyiz Yoluna Gidilmesi Gerekir.¹²⁵

Tıbbi İhmallere İlişkin Şikayetler Konusunda Temel Başvuru Yolu İdari Tazminat Davası Yoludur: Tıbbi ihmallerle ilgili şikayetler konusunda ceza muhakemesi yolundan sonuç alamayan başvuru sahibinin bireysel başvuru yapabilmek için diğer hukuki ve idari kanun yollarına başvurma imkânlarını kullanması gerekir.¹²⁶

AIHM de, Türk hukuku bakımından tıbbi ihmallerle ilgili şikayetler hususunda temel başvuru yolunun hukuk veya idari tazminat davası yolu olduğu görüşündedir.¹²⁷

5.5. Askeri İdari Yargıda Tüketilmesi Gereken Başvuru Yolları

Askeri İdari Yargıda Karar Düzeltme Yoluna Başvurulmaksızın Bireysel Başvuru Yapılabilir:

*"18. 1602 sayılı Kanun'un 63. maddesine göre AYİM Daire ve Daireler Kurulu kararları kesin olup, kesin hükmün bütün hukuki sonuçlarını doğurur. Bu nedenle bu kararlardan sonra bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkündür..."*¹²⁸

Önceki bölümlerde ifade edildiği gibi AIHM idari davalar bakımından karar düzeltme yolunu zorunlu bir yol olarak görmemekle birlikte bu yola başvurulduğu durumlarda başvuru süresini bu yolun tüketildiği tarihten başlatmaktadır.

Karar Düzeltme Yoluna Gidilmiş Olması Durumunda Kural Olarak Karar Düzeltme Talebinin Sonucunun Beklenmesi Gerekir:

"18. ... askeri idari yargı önündeki davalarda karar düzeltme yoluna başvurulması

124 B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 26; Aynı yönde bkz. B. No: 2014/4705, 29/5/2014, § 36-40.

125 B. No: 2013/7322, 20/3/2014, § 48; Aynı yönde bkz. B. No: 2013/2844, 20/3/2014, § 48; B. No: 2013/7324, 20/3/2014, § 48; B. No: 2013/7328, 20/3/2014, § 48; B. No: 2013/7320, 20/3/2014, § 48; B. No: 2013/7333, 20/3/2014, § 48.

126 B. No: 2013/2839, 3/4/2014, § 47.

127 Karakoca/Türkiye (k.k.), B. No: 46156/11, 21/5/2013.

128 B. No: 2013/1177, 26/3/2013, § 18.

R. Kaplan: Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi

hâlinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için, öncelikle karar düzeltme talebinin sonucunun beklenmesi, böylece bu yolun tüketilmesi gerektiği açıktır.”¹²⁹

Karar Düzeltme Yolundaki Karar AYM Tarafından Başvuru Hakkında Karar Verilmeden Önce Verilirse Başvuru Yolları Tüketilmiş Sayılır:

“64. ... başvurucular vekili, 8/1/2013 tarihinde AYİM’in kararına karşı karar düzeltme başvurusunda bulunmuş ve 15/5/2013 tarihinde AYİM karar düzeltme talebini reddetmiştir. Karar 29/5/2013 tarihine başvurucuların vekiline tebliğ edilmiş ve 14/6/2013 tarihinde başvurucular tarafından Anayasa Mahkemesine bildirilmiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi tarafından başvuru hakkında karar verilmeden önce bu kanun yolu da başvurucular tarafından tüketilmiş olmaktadır”¹³⁰

AIHM uygulamasında, kural olarak, iç hukuk yollarının mahkemeye başvuru yapıldığı tarihte tüketilmiş olması gerekir. Ancak Mahkeme kabul edilebilirlik meselesi karar bağlanmadan ve Mahkemeye başvuru yapıldıktan kısa bir süre sonra iç hukuk yollarının tüketildiği durumlarda başvuruları kabul etmektedir.¹³¹

SONUÇ

AYM’ye yapılan bireysel başvurudaki kabul edilebilirlik kriterlerinden birişi başvuru yollarının tüketilmiş olmasıdır. Bu kriter esasen bireysel başvuru yolunun bulunduğu hemen hemen tüm ülkelerde yer almakta ve uluslararası insan hakları koruma mekanizmalarında da devletlerin egemenliğine saygı açısından önemli bir yer tutmaktadır.

Kriterin uygulanması; bir taraftan bireysel başvuru yolunu uygulayan mahkeme ile diğer mahkemeler ve devlet organları arasındaki ilişkinin dengeli bir biçimde yani diğer organların görev ve yetki alanları işgal edilmeksizin uygulanmasına diğer taraftan da katı bir yorum yapılmaksızın hak ve özgürlükleri etkin korumak amacıyla esnek bir yoruma ihtiyaç göstermektedir. Bu hassas dengenin kurulması elbette kolay olmayıp AYM’nin titiz bir çalışma sergilemesini gerektirmektedir.

AYM bireysel başvurunun başlangıç tarihi olan 23/9/2012 tarihinden 2/7/2013 tarihine kadar olan dönemde başvuruların esası hakkında bir karar vermemiş ve genel olarak kabul edilebilirlik kriterleri üzerine yoğunlaşmıştır. Bu dönemde verilen kararların pekçoğu da başvuru yollarının tüketilmesi kriterinin içeriğinin doldurulmasına yönelik olmuştur.

129 B. No: 2013/1177, 26/3/2013, § 18.

130 B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 64.

131 Karoussiotis/Portekiz, B. No: 23205/08, 1/2/2011, §57.

Türk hukukunda bireysel başvuru yolunun henüz çok yeni olması dolayısıyla diğer alanlarda olduğu gibi başvuru yollarının tüketilmesi alanında da AYM içtihat üretmek durumunda kalmış ve hakarete ilişkin şikâyetlerde ve mobbing kapsamında gördüğü şikâyetlerde hukuk yolunun tüketilmesinin zorunlu olduğuna dair yaklaşımları bir kenara bırakılırsa, genel olarak AİHM içtihatlarıyla uyumlu içtihatlar oluşturmuştur. Mahkeme başvuru yollarının tüketilmesi konusundaki içtihadını geliştirirken muhakemenin gerçekleştiği hukuk dalının kendine özgü niteliklerini dikkate alarak ceza, hukuk ve idari yargı alanlarında farklı yaklaşımlar benimsemiştir. Kısaca belirtmek gerekirse, mahkeme ceza muhakemesinde temyiz kanun yolundan sonra, hukuk yargılaması ve idari yargılamada temyiz ya da karar düzeltme yolundan sonra, askeri idari yargılamada ise karar düzeltme yolundan önce ya da sonra bireysel başvuruda bulunulabileceğini benimsemektedir.

Mahkemenin başvuru yollarının tüketilmesi alanındaki içtihatlarının AİHM içtihatlarıyla uyumlu olması özel bir önem arz etmektedir. Çünkü AYM içtihadının AİHM içtihadı ile uyumsuz olduğu yani AİHM'in başvuru yollarının tüketildiğini AYM'nin ise tüketilmediğini kabul ettiği durumlarda AİHM'e başvuru yapabilecekler ve duruma göre başvuruları kabul edilebilir bulunabilecektir. AİHM tarafından henüz bu hususta bir karar verilmediğinden AİHM'in yaklaşımı merak konusudur.

Twitter kararının denk geldiği dönem itibarıyla çokça tartışılmış olması Mahkemenin başvuru yollarının tüketilmesi koşuluyla ilgili geliştirmiş olduğu ve hukuk sisteminin bütüncül işleyişi bakımından oldukça önem arz eden diğer kararlarını gölgede bırakmıştır. Twitter kararı bu alandaki tek karar olmadığı gibi en önemli karar olarak da görülemez. Dolayısıyla Twitter kararını referans alarak Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurunun bütününde diğer yargı makamlarının görev ve yetki alanına saygı göstermediği ve süper temyiz merci gibi davrandığı şeklindeki genel eleştirilere katılma olanağı yoktur. Mahkemenin her koşulda başvuru yollarının tüketilmesi kuralını mevzuatta yer alan düzenlemelerin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalarak uygulaması gerektiği yönündeki eleştirilerde temel hak ve özgürlüklerin etkin korunması ilkesi değerlendirmelerin dışında bırakılmaktadır. Bireysel başvurunun hukuk sistemimize dahil edilmesinin temel gerekçesinin hak ihlallerinin ulusal hukuk sistemi içerisinde çözüme kavuşturulması olduğu dikkate alındığında, AYM'nin başvuru yollarının tüketilmesi kuralını AİHM içtihatlarını ve iyi uygulama örneklerini dikkate alarak uygulaması bir zorunluluktur. Aksi bir yaklaşım AİHM'in içtihatların çalıştığı alanlarda AYM'yi etkisiz yol olarak değerlendirmesine yol açabilir. Kaldıkı iyi uygulama örneği olarak görülen ülkelerde de bu kural mutlak bir biçimde uygulanmamakta ve çeşitli istisnalara yer verilmektedir.

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı tarafından 8/4/2014 tarihinde yazılı olarak yapılan basın açıklaması (Basın açıklamasının tam metni için bkz. <http://www.basin.adalet.gov.tr/duyuruveaciklamalar/2014/08042014tarihliaciklama.html> (9/7/2014)).

Alman Anayasası, <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/GG.htm#94> (23/7/2014)

Arnwine, Selin Esen, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, Sayı 4, 2003.

Aydın, Öykü Didem, “Türk Anayasa Yargısı nda Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XV, Sayı 4, 2011.

Baamonde, María Emilia Casas, “Amparo Başvurusu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 2, Yıl 2009.

Ekinci, Hüseyin, “Kabul Edilebilirlik Kriterleri”, *Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)*, ed. Musa Sağlam, Şen Matbaa, Ankara, 2013.

Ekinci, Hüseyin, Sağlam, Musa, *Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2014.

Emek, Şeyda, “Alman Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve Başvurular İçin Uygulanan Eleme Sistemi”, *Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları*, I. Cilt, ed. Musa Sağlam, Serdar Gülenler, Recep Kaplan, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları (Hizmet içi eğitim yayını), 2013, s. 230, 231.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun metni için bkz. <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm#23>, (10/7/2014)

Gerhardt, Michael, Problems of Legislative Omission in the Federal Constitutional Court’s Case-Law (Report by the Federal Constitutional Court for the XIVth Congress of European Constitutional Courts 2008), s.21, http://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Germany_en.pdf (23/7/2014)

Göztepe, Ece, *Anayasa Şikayeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 530, AÜHF. Döner Sermaye Yayınları No: 45.

Instructions on lodging a constitutional complaint with the Federal Constitutional Court, https://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization/vb_merkblatt.html, (10/7/2014)

“İspanya Anayasası”, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/ana->

yasalar/ulkeana/pdf/14-%C4%B0SPANYA%20533-584.pdf, (25/7/2014).

İspanya Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanunu metni için bkz. <http://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/normasreguladoras/Lists/NormasRegPDF/LOTC-en.pdf>, (23/7/2013)

Kabul edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/ADD866FF-37B1-4613-AB93-8EB526799DCC/0/TUR_Guide_pratique.pdf, (26/6/2014)

Kaplan, Recep, “Bireysel Başvuruda Dava Açan Belgeyle Bağlılık”, *Bireysel Başvuru İncelemeleri-1*, ed. Musa Sağlam, Serdar Gülenler, Recep Kaplan, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2013.

Kaplan, Recep, “Kanuna Karşı Bireysel Başvuru”, *Bireysel Başvuru İncelemeleri-1*, ed. Musa Sağlam, Serdar Gülenler, Recep Kaplan, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2013.

Kaplan, Recep, “Vergi Yargısı nda Bireysel Başvuru Öncesinde Tüketilmesi Gereken Kanun Yolları”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı 386, Ekim 2013.

Kılınç, Ümit “Anayasa Mahkemesi Önünde Bireysel Başvuru:Kabuledilebilirlik Kriterlerinin Uygulanması Konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Uyum ve Uyumsuzluklar”, *TAA Dergisi*, YIL:4, Sayı:14, Temmuz 2013.

Kommers, Donald P., Miller, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, USA: Duke University Press, 2012.

Mellinghof, Rudolf, “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikayeti”, *Anayasa Yargısı* , Sayı 26, 2009.

Romano, Cesare P. R. “The Rule of Prior Exhaustion of Domestic Remedies: Theory and Practice in International Human Rights Procedures”, *International Courts and the Development of International Law*, Ed. Nerina Boschiero, Tullio Scovazzi, Cesare Pitea, Chiara Ragni, The Netherlands: T.M.C. Asser Press, The Hague, 2013.

Sabuncu, M.Yavuz, Arnwine, Selin Esen, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, *Anayasa Yargısı* 21, Ankara 2004, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg21/tbby.pdf (7/9/2014).

Sağlam, Fazıl, “Anayasa Şikâyetini Bekleyen Sorunlar”, *Anayasa Mahkemesi-ne Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) konulu panelde sunulan tebliğ*, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ambb-2011-382.pdf>, (10/7/2013).

Study On Individual Access To Constitutional Justice, European Commis-

R. Kaplan: Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi

sion For Democracy Through Law (Venice Commission), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-e), (23/7/2014).

Trindade, A.A. Cançado, "Origin And Historical Development Of The Rule Of Exhaustion Of Local Remedies In International Law", 12 *Revue Belge De Droit International*, 1976, <http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201976/RBDI%201976-2/Etudes/RBDI%201976.2%20-%20pp.%20499%20%C3%A0%20527%20-%20A.%20A.%20Cancado%20Trindade.pdf> (10/7/2014)

Tsereteli, Nino, *Mechanism of Individual Complaints, German- Spanish and Hungarian Constitutional Courts – Comparative Analysis*, LL.M Short Thesis, Central European University, 2007, s. 29, 30. http://www.etd.ceu.hu/2007/tsereteli_nino.pdf, (18/7/2014)

Young, Raymond, *Sourcebook on German Law*, Great Britain: Cavendish Publishing Limited, 2002.

KARARLAR

AİHM Kararı, A, B ve C/İrlanda, B. No: 25579/05, 16/12/2010.

AİHM Kararı, Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye, B. No: 30471/08, 22 Eylül 2009. Kararın çevirisi için bkz. <http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/karimnia-karari> (30/7/2014)

AİHM Kararı, Ahmet Sadık/Yunanistan, B. No: 18877/91, 15/11/1996.

AİHM Kararı, Akdılar ve diğerleri /Türkiye, B. No: 21893/93, 16/9/1996.

AİHM Kararı, Ayşe Nur Zarakolu/Türkiye (k.k.), B. No: 24761/94, 11/10/1994.

AİHM Kararı, Ben Salah Adraqui ve Dhaime/İspanya (k.k.), B. No: 45023/98, 27/4/2000.

AİHM Kararı, D.H. ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti [BD], B. No: 57325/00, 13 /11/2007.

AİHM Kararı, Danyila Semenivna Prystavska/Ukrayna (k.k.), B. No: 21287/02, 17/12/2002.

AİHM Kararı, Demopoulos ve Diğerleri/Türkiye (k.k.) [BD], B.No: 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, 1/3/2010.

AİHM Kararı, Gaglione ve Diğerleri/İtalya, B. No: 45867/07, 21/10/2010.

AİHM Kararı, Hasan Uzun/Türkiye, B. No: 10755/13, 30/4/2013.

AİHM Kararı, Karakó/Macaristan, B. No: 39311/05, 28/4/2009.

AİHM Kararı, Karakoca/Türkiye (k.k.), B. No: 46156/11, 21/5/2013

AİHM Kararı, Karoussiotis/Portekiz, B. No: 23205/08, 1/2/2011.

AİHM Kararı, Kozacıoğlu/Türkiye [BD], B. No: 2334/03, 19/2/2009.

AİHM Kararı, Köksal ve Durdu/Türkiye, B. No: 27080/08, 40982/08, 15/6/2010.

AİHM Kararı, Mooren/Almanya [BD], B. No: 11364/03, 9/7/2009.

AİHM Kararı, Moreira Barbosa/Portekiz (k.k.), B. No: 65681/01, 29/4/2004.

AİHM Kararı, Niskasaari/Finlandiya, B.No: 37520/07, 6/7/2010.

AİHM Kararı, Rezgui/Fransa (k.k.), B. No: 49859/99, 7/11/2000.

AİHM Kararı, Ringeisen/Avusturya, B.No: 2614/65, 16/7/1971, §89.

AİHM Kararı, Sabanovic/Sırbistan ve Karadağ, B. No: 5995/06, 31/5/2011.

AİHM Kararı, Saghinadze ve Diğerleri/Gürcistan, B. No: 18768/05, 27/5/2010.

R. Kaplan: Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi

AİHM Kararı, Sejdivic/Italy, B.No: 56581/00, 1/3/2006.

AİHM Kararı, Selmouni/Fransa, B. No: 25803/94, 28/7/1999.

AİHM Kararı, Tănase/Moldova, B. No: 7/08, 27/4/2010.

AİHM Kararı, Vladimir Romanov/Rusya, B. No: 41461/02, 24/7/2008.

Alman Anayasa Mahkemesinin German Spelling Case 98, BVerfGE 218 kararı.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/7333, 20/3/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/403, 26/3/2013.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/850, 19/12/2013.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/5028, 14/1/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/254, 6/2/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/1243, 16/4/2013.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/1582, 7/11/2013.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/2355, 7/11/2013.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/338, 2/7/2013.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/899, 9/1/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/1158, 21/11/2013.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/514, 2/10/2013.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/26, 26/3/2013.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/7521, 4/12/2013.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/946, 26/3/2013.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/7204, 20/2/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2014/1572, 23/7/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/73, 5/3/2013.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2014/256, 25/6/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/2839, 3/4/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/1177, 26/3/2013.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/841, 23/1/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/13, 2/7/2013.

Haşim Kılıç'a Armağan

- Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/1999, 1/9/2014.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/1267, 13/6/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/1181, 17/9/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/2001, 16/5/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/1610, 13/6/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/644, 5/3/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/1751, 13/6/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/726, 2/7/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/955, 2/10/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/1005, 2/10/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/1012, 2/10/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/1013, 2/10/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/682, 2/10/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/727, 2/10/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/239, 2/7/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/521, 2/7/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/348, 4/12/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/1123, 2/10/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/5356, 8/5/2014.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/8175, 15/4/2014.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/5680, 15/4/2014.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/2284, 15/4/2014.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/6229, 15/4/2014.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/1936, 18/9/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/6047, 23/1/2014.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/841, 23/1/2014.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2012/1315, 16/4/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/1012, 16/4/2013.
Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/2428, 13/6/2013.

R. Kaplan: Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2014/3986, 2/4/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2014/4705, 29/5/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/7322, 20/3/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/2844, 20/3/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/7324, 20/3/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/7328, 20/3/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararı, B. No: 2013/7320, 20/3/2014.

İspanya Anayasa Mahkemesinin 216/2013 sayılı kararı; Kararın metni için bkz. http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/STC_216_2013_en.aspx, (25/7/2014).

Uluslararası Adalet Divanı İsviçre/Amerika Birleşik Devletleri Kararı, 21/3/1959, Karar metni için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/34/2297.pdf> (26/6/2014);

Dr. Bahadır KILINÇ

(Anayasa Mahkemesi Genel Sekreter Yardımcısı)

BİREYSEL BAŞVURUDA ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ

GİRİŞ

Anayasa Mahkemelerinin “anayasal düzeni koruma” ve “temel hakları koruma” şeklinde, bir madalyonun iki yüzü gibi birbirinden ayrılmaz iki temel işlevi vardır. Temel hakları ve özgürlükleri koruma fonksiyonu geçmişte ikincil nitelikte görülse de, günümüzde çağdaş anayasa mahkemelerinin ve anayasa mahkemelerinin görevlerini yerine getiren yüksek mahkemelerin en ayırt edici özelliğidir. Anayasa Yargısı’nın temel hakları korumada ulaştığı gelişmişlik seviyesinin son basamağını ise günümüzde bireysel başvuru kurumunun teşkil ettiği düşünülmektedir.

Bireysel başvurunun hukuki dayanağı, uygulaması, etki ve sonuçları ülkeden ülkeye farklılıklar göstermekle birlikte, Avrupa’da, Latin Amerika’da ve Asya’da olmak üzere Dünyada kırktan fazla devlet, temel hakları kamu otoriteleri tarafından ihlal edilen bireylere anayasa mahkemesinden hukuki korunma talep etme imkânı tanımaktadır¹.

Ülkemizde ise, uzun yıllar tartışıldıktan sonra bireysel başvuru 5982 sayılı Kanunla getirilen Anayasa değişikliklerinin 12 Eylül 2010 tarihli halkoyuyla kabul edilmesinden sonra 2010 yılında pozitif hukuka girmiştir². Aynı Kanunla Anayasa’ya eklenen Anayasa’nın Geçici 18. maddesine göre, Anayasa değişikliklerinin Resmi Gazete’de yayınlandığı 23 Eylül 2010 tarihinden iti-

1 Bireysel başvurunun farklı hukuk sistemlerindeki uygulamaları için bkz. Study on Individual Access to Constitutional Justice, Report of the Venice Commission (European Commission for Democracy Through Law), CDL-AD(2010)039rev., Strasbourg 2011, s.6 - 60.; KARAMAN, Ebru: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı’nda Bireysel Başvuru, İstanbul 2013, s.41-96; F.Alman uygulaması için bkz. ŞİRİN, Tolga: Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İstanbul 2013, s.XXXV + 681 ; MAVCIC, Arne: ‘Powers of Constitutional Courts and Equivalent Bodies’, CDLJU(1998)010, Strasbourg 1998, s.1-3. ; CALLEJON, Fransisco Balaguer (Editor): Manual de Derecho Constitucional, Volumen I, Madrid 2010, s.284 vd.; ZUCK, Rüdiger: Das Recht der Verfassungsbeschwerde, München 2006, s.62-75.

2 Halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerinin hangi tarihten itibaren hüküm ifade edeceği konusunda tartışmalar vardır. Bu tartışmalar için bakınız ÇOBAN, Ali Rıza: Anayasayı Değiştirme Yetkisi, Ankara 2011, s.321-339. Bununla birlikte, anayasa değişikliği metninde yürürlüğe giriş için başka bir tarih gösterilmemişse, halkoyuna sunulan anayasa değişikliklerinin kabul edildiğine dair Yüksek Seçim Kurulu kararının Resmi Gazete’de yayınlandığı tarihten itibaren anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girdiği görüşüne katılmaktayız.

baren iki yıllık bir hazırlık süresi öngörülmüştür³. Bu itibarla, 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları kabul etmeye başlamıştır. 31 Aralık 2014 tarihi itibarıyla 31.000'den fazla bireysel başvuru yapılmış olup, anılan tarih itibarıyla yarıya yakını sonuçlandırılmıştır.

Bireysel başvuru, başarılı olup olmayacağı konusundaki tartışmaları geride bırakarak ikinci yılını doldurmuş, pek çok psikolojik ve pratik eşiği başarıyla geçmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından 14.5.2013 tarihli *Türkiye'ye karşı Hasan Uzun* (Başvuru No:10755/13) kararıyla⁴ “prensipte olarak” tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilen bireysel başvuru, 24.6.2014 tarihli *Türkiye'ye karşı Olcay Koç* (Başvuru No:8362/14) kararıyla⁵ uzun yargılama şikâyetlerinde etkin bir yol olarak tanınmıştır. Anayasa Mahkemesi, Avrupa Konseyi tarafından 7 Temmuz 2014'te Strazburg'da düzenlenen bireysel başvuru konulu uluslararası konferansa “en iyi uygulama örneği” olarak davet edilmiştir⁶. Anayasa Mahkemesi'nin 2000'li yıllardan bu yana devam eden özverili çalışmalar sonunda elde ettiği bu kazanımları sürdürmesinin, gelecekte vereceği nitelikli kararlara bağlı olduğu açıktır. Aksi takdirde, insan haklarının korunmasında minimum uluslararası standartları sağlayamayan bireysel başvuru yolunun uluslararası denetim mekanizmaları tarafından etkisiz bir yol olarak kabul edilmesi uzak bir ihtimal değildir.⁷ Anayasa Mahkemesi'nin yakaladığı bu başarının altında yatan pek çok etken-

3 İki yıllık hazırlık süresinde hangi hazırlıkların, projelerin ve çalışmaların yapıldığına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR, İbrahim: “Bireysel Başvurunun Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Yapılan Başvuruların İstatistikî Verilerle Analizi”, <https://anayasayadair.files.wordpress.com/2014/06/istatistiklerle-bireysel-bac59fvuru.pdf> İET:2.2.2015. KILINÇ, Bahadır: “The establishment of the individual application system in Turkey: a promising experience” http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/echr/Agenda_Conference_07072014.pdf İET:2.2.2015.

4 Kararın Fransızca orijinal metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-119849> İET:2.2.2015. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/HasanUzun.pdf> İET:2.2.2015.

5 Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/olcaykoc.pdf> İET:2.2.2015.

6 The Best Practices of Individual Complaint to the Constitutional Courts in Europe bkz. http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/echr_en.asp İET:3.2.2015.

7 Nitekim 8.6.2006 tarihli *Almanya'ya karşı Sürmeli* (Başvuru No:75529/01) kararında Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin uzun yargılama sürelerine ilişkin bireysel başvuruda verdiği kararlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, gerek tazminat imkânının olmaması gerekse yargılamayı hızlandırıcı vasıtaların yokluğu nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlali olarak görülmüştür. Bunun sonucu olarak, AİHM uzun yargılama şikâyetlerinde Alman Federal Anayasa Mahkemesine başvuruyu etkisiz ve tüketilmesi gerekmeyen bir yol olarak görmüştür. Avrupa kamu hukukunun motoru durumunda olan ve bireysel başvuruda Türkiye'den daha tecrübeli olan Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunu etkisiz sayabilen uluslararası denetim mekanizmalarının benzer durumlarda Türkiye'ye farklı davranacağını düşünmek için makul bir neden bulunmamaktadır. *Sürmeli* kararının Türkçe çevirisi için bkz. http://www.inhak.adalet.gov.tr/yabanci_karar/surmeli.pdf İET:2.2.2015.

B. Kılınç: Bireysel Başvuruda Kararların Yerine Getirilmesi

den birisi de, bireysel başvurular sonucunda verilen kararların ‘zamanında’ ve ‘eksiksiz’ olarak yerine getirilmesidir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının infazı konusunda yazılmış birkaç makale dışında yazılı kaynağın bulunmaması, bu alanda çalışan uzmanların dahi infaz sürecinden haberdar olmadıklarını gösteren açıklamalar yapmaları⁸ karşısında, bu konuda verilecek daha kapsamlı eserlere girizgâh olması umuduyla bu çalışma ele alınmıştır.

I. MAHKEME KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ VE ÖNEMİ

Yargılama sürecinin en önemli ve beklenen sonucu karardır. Mahkemelerin nihai kararları uyuşmazlıkları sona erdiren ve bozulan kamu düzenini eski haline getiren yargısal işlemler niteliğindedir. Mahkeme kararlarının etkililiği ise, kararların yerine getirilmesi, yani infazı kavramıyla doğru orantılıdır. Meşru ve adil bir hukuk sisteminde verilen mahkeme kararları ve kararlardan doğan yükümlülükler yerine getirilemiyorsa, yargılama sürecinden beklenen sonuç alınamıyor, uyuşmazlıklar nedeniyle kamu düzeninde ortaya çıkan bozukluk devam ediyor demektir. Bu itibarla, demokratik bir hukuk devletinde, toplumsal barışın ve kamu düzeninin en önemli teminatlarından birisi de mahkeme kararlarının etkin bir şekilde yerine getirilmesidir.

Aynı şekilde, insanlar yaşadıkları toplumun sosyal düzen kurallarını ve bu kurallara uyulmadığı takdirde uygulanabilecek yaptırımları göz önüne alarak kişisel ve toplumsal hayatlarını planlarlar. Sosyal düzen kurallarının en etkiliisi durumunda olan hukuk kurallarının hayata geçirilmesini sağlayan mahkeme kararlarının uygulanmaması, eksik veya geç uygulanması, kişisel ve toplumsal hayatta belirsizliklere neden olur ve hukuk güvenliği ilkesini tehlikeye atar. Bu nedenle, mahkeme kararlarının eksiksiz ve zamanında uygulanması hukuk güvenliği ilkesinin de teminatı konumundadır.

Mahkeme kararlarının ve gereklerinin yerine getirilmesi, istisnalar olmakla birlikte, nihai olarak devletin görevidir. Bu itibarla, mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi veya getirilememesi hem Anayasa hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkının “ihlali” niteliğindedir⁹.

8 Yıllar önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarının infazı konusunda çalışmalar yaparken, AIHM yargıçlarının kendi verdikleri kararların nasıl infaz edildiğini bilmediklerini ifade etmelerini yadırgamıştım. Şimdi aynı bilgi eksikliğinin bazı Anayasa Mahkemesi çalışanlarında, insan hakları alanında görevli hâkimlerde ve bu alanda çalışan Avrupa Konseyi uzmanlarında yeniden müşahade edilmesi ilginç bir *déjàvu* olarak tarihe geçmiştir. Örnek olarak bkz. İnsan Hakları Ulusal Koruma Mekanizması olarak Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Konferansı, Antalya, 27 - 28 Kasım 2014.

9 Mahkeme kararlarının yerine getiril(e)memesi durumunda Anayasa Mahkemesi’nin verdi-

Bunun yanında, mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi, eksik veya geç yerine getirilmesi hem Türk hukukunda hem de yabancı hukuk sistemlerinde idari, mâli, hukuki ve cezai sorumluluğu olan bir eylem niteliğinde kabul edilmektedir¹⁰.

Aynı şekilde, mahkeme kararlarının yerine getirilme oranı, Dünya Bankası ve OECD gibi pek çok uluslararası kuruluşun endekslerinde bir ülkenin hukuki olarak güvenilir olup olmadığını tespit etmek için kullanılan verilerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹.

Bu itibarla Anayasamız, mahkeme kararlarının bağlayıcılığını ve infaz zorunluluğunu “mahkemelerin bağımsızlığı”nın bir unsuru olarak görerek özel düzenleme konusu yapmıştır. Buna göre, “mahkemelerin bağımsızlığı” başlıklı Anayasa’nın 138. maddesinin son fıkrasında,

“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” hükmü vazedilmiştir.

Mahkeme kararları içinde yüksek mahkemelerin kararları, uyuşmazlıkları kesin olarak sonlandırmaları ve alt derece mahkemeler için bağlayıcı nitelikte olmaları nedeniyle ayrı bir önem taşımaktadırlar. Anayasa mahkemelerinin kararları ise hem yüksek mahkemeler, yasama ve yürütme organları için hem de bireyler için bağlayıcı nitelik taşımaları nedeniyle özel bir konuma sahiptirler.

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ GENEL NİTELİKLERİ

Anayasa’nın 153. maddesinde, Anayasa Mahkemesi kararlarının genel nitelikleri düzenlenmiştir.

“Anayasa Mahkemesinin kararları

Madde 153 – Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi

ği ihlal kararı için örnek olarak bkz. 3.4.2014 tarihli ve 2013/711 sayılı (Esenyurt Belediyesi) kararı (özellikle 34 - 57 Numaralı paragraflar). Karar metni için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e4614210-aae0-4776-ae04-e4906b19fe44?wordsOnly=False> İET:3.2.2015. AİHM’nin verdiği ihlal kararları için örnek olarak bkz. 7.5.2002 tarihli Rusya Federasyonuna karşı Burdov (Başvuru No:59498/00) (34 Numaralı paragraf); 23.10.2012 tarihli Türkiye’ye karşı Süzer ve Eksen Holding A.Ş. (Başvuru No:6334/05) (115 Numaralı paragraf); 28.2.2007 tarihli Gürcistan’a karşı Apostol (Başvuru No:40765/02) (54 Numaralı paragraf).

10 Decisions of Constitutional Courts and Equivalent Bodies and their Execution, Report of the Venice Commission, CDL-INF (2001) 9, Strasbourg 2001, s.21.

11 Dünya Bankası “Worldwide Governance Indicators” adı altında bir derecelendirme raporu yayınlamaktadır. Bu derecelendirmede yer alan ölçütler ve noktalar için bkz. <http://info.worldbank.org/governance/wgi/pdf/r1.pdf> İET:3.2.2015. OECD’nin çalışmaları için örnek olarak bkz <http://www.oecd.org/corruption/> İET:3.2.2015.

B. Kılınç: Bireysel Başvuruda Kararların Yerine Getirilmesi

yazılmadan açıklanamaz.

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

Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.

İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.

İptal kararları geriye yürümez.

Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.”

Buradaki düzenlemelere kararların infazı açısından bakıldığında, Anayasa Mahkemesi kararlarının nitelikleri belirlenirken, ağırlıklı olarak norm denetimi açısından düzenleme yapıldığı, maddenin sadece ilk ve son cümlelerinin bütüncül nitelik taşıdığı, Mahkemenin diğer yargısal görevleri açısından kararların niteliklerinin ele alınmadığı eleştirisi yöneltilebilir. Zira, aşağıda kısaca değinileceği üzere Anayasa Mahkemesi’nin iptal ve itiraz başvuruları dışında pek çok yargısal görevi vardır. Bireysel başvurunun sonradan Anayasa’ya girmesi nedeniyle bu maddede düzenlenmemesi mazur görülebilirse de, Mahkemenin tüm yargısal görevlerini nazarda tutan daha bütüncül bir düzenlemenin gerektiği açıktır.

Anayasa’nın 153. maddesinde belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarının niteliklerinden “kesinlik” ve “bağlayıcılık” ilkelerinin bütün kararlar için geçerli olduğu söylenebilir. Anılan maddede sayılan niteliklerden, “geçmişe yürümezlik”, “gerekçesiz açıklanmama”, “kanun koyucu gibi hareket yasağı” ve “kararın yürürlüğe girmesinin bir yıla kadar ertelenebilmesi” ilkelerinin ise sadece norm denetimi açısından geçerli olduğu söylenebilir¹².

Anayasa Mahkemesi kararlarının herkesi mi (*erga omnes*) yoksa sadece tarafları mı (*inter partes*) bağladığı, 1961 Anayasası döneminde¹³ anayasa Yar-

12 Anayasa Mahkemesi kararlarının nitelikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KÖKÜSARI, İsmail: Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, İstanbul 2009, s.207 - 281.

13 1961 Anayasası’nın 152. maddesinin 4. fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin olayla sınırlı ve sadece tarafları bağlayıcı karar verebileceği öngörülmüştü. Anayasa Mahkemesi 1961 Ana-

gısı doktrininde oldukça tartışılmıştır¹⁴. 1982 Anayasasının 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının herkesi bağladığı açıkça belirtildiği için bu tartışmaların fazla bir önemi kalmadığı düşünülmektedir¹⁵. Ancak bu tartışmanın norm denetimi için sona erdiği söylenebile, Anayasa Mahkemesi'nin diğer bazı yargısal görevleri için sürdüğü söylenebilir. Zira Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular sonucunda verdiği kararların olayla sınırlı ve sadece taraflar için mi bağlayıcı olduğu, üçüncü kişiler ve benzer durumlar için etkisi hâlâ tartışılmaktadır¹⁶.

Anayasa'nın 153. maddesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının infazı, karar gereklerinin nasıl ve hangi makam tarafından yerine getirileceği, kararların yerine getirilmediği takdirde hangi yaptırımların uygulanacağı konusunda da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumun pek çok sebebi olabilir: Öncelikle, maddede ağırlıklı olarak norm denetimi açısından düzenleme yapıldığı için, norm denetimi sonucunda verilen kararlar iptal, ret, yürürlüğün durdurulması veya karar verilmesine yer olmadığı kararlarıyla sınırlıdır. Bu tür kararların kendiliğinden uygulanan kararlar olması nedeniyle, infaza ilişkin özel bir düzenleme ihtiyacı duyulmamış olabilir. Başka bir neden ise, Anayasa Mahkemesi kararlarının her kişi ve kurum için bağlayıcı olduğu belirtildikten sonra, buradan çıkacak doğal sonucun Mahkemenin verdiği her hükmün muhataplarca yerine getirilmesi gerektiği görüşü olabilir. Anılan düzenlemenin bu şekilde dar olmasının diğer bir nedeni ise, benzer düzenlemelerin 1961 Anayasasında¹⁷ da olmasına karşın Anayasa Mahkemesi kararlarının yerine getirilmesinde ciddi sorunlar çıkmamış olmasıdır. Bu düzenlemelerin ihtiyacı karşıladığı sonucuna varılmış olabilir¹⁸.

yasası döneminde bu yetkiyi sadece bir kez kullanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KÖKÜSARI, İsmail: a.g.e., s.278-281.

- 14 Tartışmalar için bkz. ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2008, s.430; ALİFENDİOĞLU, Yılmaz: Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara 1996, s.294. ; TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, İstanbul 2005, s.208.; ÖZTÜRK, Kazım: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Cilt III, Ankara 1966, s.3801.; ARMAĞAN, Servet: Anayasa Mahkememizdeki Kazai Murakabe Sistemi, İstanbul 1967, s.131.
- 15 1982 Anayasasının 153.maddesiyle ilgili Madde Gerekçesinde ve Milli Güvenlik Kurulu Anayasa Komisyonu'nun değişiklik Gerekçesinde "olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı iptal kararlarına" ilişkin düzenlemenin hukukun genel ilkeleriyle çelişeceği düşüncesiyle Anayasa metni taslağından çıkarıldığı belirtilmiştir. Bkz. İZGİ, Ömer- GÖREN, Zafer: Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt II, Ankara 2002, s.1332.
- 16 Bireysel başvuruda verilen kararların taraflar, ilgililer ve üçüncü kişiler üzerinde etkisi için bkz. KÖKÜSARI, İsmail: a.g.e., s.232-239. ; İNCEOĞLU, Sibel (Editör): İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, İstanbul 2013, özellikle Oya Boyar tarafından ele alınan yatay etki konusu için bkz. s.53-80. ; ŞİRİN, Tolga: a.g.e., s.349 vd. ;
- 17 1961 Anayasası'nın 152. maddesinde Anayasa Mahkemesinin kararları düzenlenmiştir.
- 18 Madde gerekçesinde tartışılan konu ile ilgili bir açıklık bulunmamaktadır. Danışma Meclisi tutanaklarında da bu konuda bir sessizlik vardır. bkz. http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c010/dm_02010154.pdf İET:3.2.2015. Anayasa koyucunun niyetini anlamaya yönelik bu değerlendirmeler bir nüktayı hatırlatmaktadır: Fizikçi, matematikçi, kimyacı, jeolog ve antropologdan oluşan bir heyet bir araştırma için arazide bulunmaktadır.

B. Kılınç: Bireysel Başvuruda Kararların Yerine Getirilmesi

Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin yargısal görevleri sırasında ve sonunda verdikleri kararların nitelikleri, etkileri, nasıl ve hangi makamlar tarafından yerine getirileceği, yerine getirilmediği takdirde sorumluluğun ve yaptırımların ne olacağı konusunda mevcut Anayasa'da boşluk olduğu ileri sürülebilir. Uygulamada bu boşluklar, gerek Anayasa'nın kanunlara yaptığı genel atıflarla¹⁹, gerekse 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanundaki, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğündeki, Siyasi Partiler Kanunundaki, Ceza Muhakemesi Kanunundaki ve ilgili diğer kanunlardaki hükümlerle ve Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarıyla doldurulmaktadır.

III. KARARLARIN YERİNE GETİRİLMESİ BAKIMINDAN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YETKİ VE GÖREVLERİNE KISA BİR BAKIŞ

Anayasa Mahkemesi'nin yargısal görevleri sonucunda verdiği nihai kararların²⁰, diğer mahkeme kararları gibi bağlayıcı olduğu, değiştirilemeyeceği ve derhal yerine getirilmesi gerektiği açıktır. Ancak yukarıda değinildiği üzere Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının nitelikleri ve bağlayıcılığı özel olarak düzenlenmiştir, yasama ve yürütmeye ek olarak kararların yargı organları ve kişiler açısından da bağlayıcı olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 148. maddesinin son fıkrası gereğince, Anayasa Mahkemesi'nin yetki ve görevleri sadece Anayasa ile düzenlenebilir. Bu nedenle, kanunla, anayasada belirtilmeyen bir görev veya yetki Anayasa Mahkemesine verile-

Birden yağmur bastırır. Hemen yakındaki bir arazi evine sığınır. Ev sahibi bunlara bir şeyler ikram etmek için biraz ayrılır. Hepsinin dikkati soba üzerinde toplanır. Soba yerden 1 metre kadar yukarda, altındaki dizili taşların üzerindedir. Sobanın niçin böyle kurulmuş olabileceğine dair bir tartışma başlar. Kimyacı, "adam sobayı yükselterek aktivasyon enerjisini düşürmüştü, böylece daha kolay yakmayı amaçlamış"; fizikçi, "adam sobayı yükselterek konveksiyon yoluyla odanın daha kısa sürede ısınmasını sağlamak istemiş"; jeolog, "burası tektonik hareketlilik bölgesi olduğundan herhangi bir deprem anında sobanın taşların üzerine yıkılmasını sağlayarak yangın olasılığını azaltmayı amaçlamış"; matematikçi, "sobayı odanın geometrik merkezine kurmuş, böylece de odanın düzgün bir şekilde ısınmasını sağlamış"; antropolog, "adam ilkel topluluklarda görülen ateşe saygı nedeniyle sobayı yukarıya kurmuş". Bu sırada ev sahibi içeri girer ve ona sobanın yukarda kurulmasının nedenini sorarlar. Adam cevap verir: "Boru yetmedi."

- 19 Anayasa'nın 68. maddesinin 3. fıkrasında siyasi partilerin mali denetimi konusunda denetim şekli, usulü ve yaptırımların kanunla düzenleneceği, 68.maddenin son fıkrasında siyasi partilerin kapatılmasına ve devlet yardımından kısmen veya tamamen mahrum bırakılmasına ilişkin hususların kanunla düzenleneceği, 142. maddesinde Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği, 148. maddesinin 4. fıkrasında ise bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu hükümler kanunlara doğrudan atıf yapılmasına örnek gösterilebilir.
- 20 Anayasa Mahkemesi'nin yargısal görevleri sonunda verdiği kararlar kesindir. Ancak Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılamalar sonucunda verilen kararlar için, ilgililerce yeniden inceleme talep edilebilir (Anayasa m. 148 / 9).

mez. Bu anlamda, Mahkemenin Anayasa ile verilmiş 7 ana yetki ve görevi vardır: Genel anlamda kanunların Anayasaya uygunluğunun iptal başvurusu ya da itiraz başvurusu yoluyla denetlenmesi, yüksek devlet görevlilerinin görevlerinden doğan suçlar nedeniyle Yüce Divan sıfatıyla yargılanması, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalara bakılması, siyasi partilerin mali denetiminin yürütülmesi, milletvekili sıfatının düşmesine ve dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin TBMM kararlarına yapılan itirazların sonuçlandırılması ve bireysel başvurulara bakılması (Anayasa m.148).

Anayasa Mahkemesinin yapısına baktığımızda; Mahkeme, Genel Kurul, 2 Bölüm ve 6 Komisyon halinde çalışmaktadır²¹. Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru dışındaki bütün yargısal görevleri Genel Kurul tarafından yerine getirilmektedir. Bölümler ve Komisyonlar ise bireysel başvurulara bakmakla görevlidirler. Genel Kurulun bireysel başvurudaki rolü, bölümler arasında ortaya çıkan içtihat farklılığının giderilmesi ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 25/1. Maddesi uyarınca bölümler tarafından Genel Kurula sevk edilen konuları karara bağlamakla sınırlıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu yargılama ve denetleme görevleri sonucunda verdiği kararların içeriği, muhatapları, yaptırımları, etkileri, sonuçları, kararların gereklerini yerine getirmekle görevli makamlar ve yerine getirilme süreçleri birbirinden farklıdır. Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi'nin gelenekselleşmiş yargısal görevlerinden doğan kararların infazına kısaca değinilecek olup, esas olarak bireysel başvurular sonucunda Mahkemece verilen kararların yerine getirilmesi konusu ele alınacaktır.

IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU DIŞINDAKİ GÖREVLERİNDEN DOĞAN KARARLARIN YERİNE GETİRİLMESİ

Genel olarak mahkeme kararlarının yerine getirilmesi zorunluluğunun iki farklı yönü vardır: Birincisi, kararlara muhatap olan kişi ve kurumların kararlarda belirtilen mükellefiyetleri yerine getirmeleri (pozitif yükümlülükler), ikincisi ise kararlarda belirtilen yasaklamalara uyulmasıdır (negatif yükümlülükler). Anayasa Mahkemesi'nin yargısal görevleri nedeniyle verdiği tüm kararların takibinden genel olarak Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği sorumludur. Ancak bireysel başvuru dışındaki yargısal kararların fiilen yerine getirilmesinden farklı devlet organları sorumludur. Karar türlerine göre, kararlardaki pozitif ve negatif yükümlülüklerin nasıl yerine getirildiğine değinmek yerinde olacaktır.

21 Genel Kurul 17 üyeden kuruludur, başkan ve en az on iki üye ile toplanır ve kural olarak katılanların salt çoğunluğu ile karar alır. Bölümler, başkanvekilleri hariç yedi üyeden oluşur, başkanvekili başkanlığında en az dört üye ile toplanır ve katılanların salt çoğunluğu ile karar alır. Komisyonlar iki üyeden oluşur, iki üye ile toplanır ve oybirliği ile karar alırlar.

B. Kılınç: Bireysel Başvuruda Kararların Yerine Getirilmesi

Anayasa Yargısı öğretisinde, Anayasa Mahkemesinin norm denetimi sonucunda verdiği kararlarının “kendiliğinden infaz olunan” (*self executing*) yani kendiliğinden uyulan veya yerine getirilen kararlar olduğu genelde kabul edilmektedir²². Bununla birlikte, iptal ve itiraz başvuruları sonrasında bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin iptali halinde muhatapın hem parlamento hem de yürütmenin icracı kanadı olan hükümet olduğu, TBMM İçtüzüğü’nün bir hükmünün iptal edilmesi halinde ise TBMM’nin muhatap olduğu kabul edilmelidir.

Anayasa Mahkemesi’nin Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılamalar sonunda verdiği ve infazı gereken kararlar (mahkûmiyet, müsadere, kamu hizmetlerinden yasaklılık vb.) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yerine getirilmektedir.

Aynı şekilde, siyasi partilerin kapatılması istemiyle açılan davalar sonunda verilen ve infazı gereken kararlar (parti kapatma, hazine yardımıdan mahrumiyet, siyasi yasaklılık) konusunda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı görevli ve yetkilidir.

Siyasi partilerin mali denetimi sonrasında verilen hazineye irat kaydedilmesine ilişkin kararların yerine getirilmesinden ise Maliye Bakanlığı sorumludur.

Milletvekilliği sıfatının düşmesine ya da dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin TBMM kararlarına yapılan itirazlar sonucunda Anayasa Mahkemesince verilen kararın yerine getirilmesi konusunda TBMM Başkanlığının yetkili ve görevli olduğu düşünülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin yarım asrı aşan geçmişi nazara alındığında, verilen bütün kararların muhataplarının veya kamuoyunun hoşuna gitsin gitmesin, yerine getirildiği söylenebilir. Mahkemenin yasamayı, yürütmeyi, yargıyı ve toplumu derinden etkileyen ve şaşırtan kararları olmuştur. Ancak kararlardan duyulan hoşnutsuzluk veya kararlara gösterilen tepkiler, kararların yerine getirilmemesine neden olmamıştır²³.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi kararlarının yerine getirilmesinde hiçbir sorun olmadığı sonucu da çıkarılmamalıdır. Örneğin kararların yerine getirilmesinde karşılaşılan en önemli sorunlardan birisi, iptal edilen kanun hükümlerinin aynen veya çok küçük değişikliklerle yeniden yasalaştırılması olmuştur. Anayasa Mahkemesi, iptal edilen kanunların aynen veya çok küçük değişikliklerle yeniden yasalaştırılmasını, Anayasa’nın 153. maddesinde

22 Bu yöndeki görüşler için bkz. KÖKÜSARI, İsmail: a.g.e., s.221. ; ARMAÇAN, Servet: a.g.e. s.131.

23 ADALI, Sacit: “Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnfazı”, Journal of Business Economics and Political Science, Cilt 1, Haziran 2012, s.6.

yasaklanan yargı kararlarının değiştirilmesi ve etkisizleştirilmesi anlamına geleceğini görüşünü kabul ederek²⁴, önüne getirilen davalarda başka bir gerekçeye dayanmaksızın, yeni yasalaştırılan kanunları da iptal etmiştir²⁵.

Anayasa Mahkemesinin norm denetimiyle ilgili karşılaştığı başka bir sorun da yasama organının hareketsizliği sorunudur. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ve iptal hükmünün yürürlüğe girmesi için süre verilen durumlarda, iptal edilen kanunlara ilişkin teklif ve tasarıların öncelikle ve ivedilikle yasama organı tarafından incelenmesi Anayasa hükmü olduğu halde, yasama organının hareketsiz kaldığı veya süresi içinde yasama işleminin yerine getirilmediği gözlemlenebilmektedir. Elbette yasama organını herhangi bir şeye zorlamak mümkün değildir. Ancak, kanun boşluğunun vatandaşlar açısından herhangi bir hak kaybına veya eşitsizliğe sebep olması halinde, olağan dava yollarına başvurulması veya olağan başvuru yolları tüketildikten sonra bireysel başvuru yapılması mümkündür.

V. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU VE YARGILAMA SÜRECİ

Bireysel başvuru yolunun Anayasa'nın 148. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 45 - 51. maddelerinde düzenlenmesi ve 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren başvuruların kabul edilmesiyle birlikte, Anayasa Mahkemesinin en kapsamlı görevi bireysel başvuru olmuştur. Bu garipsenecek bir durum değildir. Zira, geniş kapsamlı bireysel başvuru yolunu kabul eden tüm Anayasa Mahkemeleri (Almanya, İspanya, Bosna Hersek, Sırbistan, Hırvatistan, Slovenya vb) birer insan hakları mahkemesine dönüşmüşlerdir ve geleneksel görevleri ikinci planda kalmıştır.

Geniş anlamda bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu otoriteleri tarafından ihlal edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir başvuru yolu olarak tanımlanabilir. Türk hukukunda ise bireysel başvuru, olağan kanun yollarını tüketmesine rağmen, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu Protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlalinden dolayı mağdur olduğunu iddia eden kişiler tarafından yapılan bir başvuru ve dava yoludur.

Düzenleyici işlemlere (kanun, tüzük, yönetmelik vb.) karşı, Anayasa Mah-

24 Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir kanunun aynen veya esaslı olmayan değişikliklerle yeniden yasalaşmasının "yok" hükmünde sayılması gerektiğine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları için örnek olarak bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 5.6.2008 tarihli ve E:2008/16, K:2008 116 sayılı kararı; 5.7.2007 tarihli ve E:2007/72, K:2007/68 sayılı kararı; 27.11.2007 tarihli ve E:2007/99, K:2007/86 sayılı kararı.

25 Anayasa Mahkemesi'nin 13.9.2000 tarihli ve 2000/14 E, 2000/21 sayılı kararı,

B. Kılınç: Bireysel Başvuruda Kararların Yerine Getirilmesi

kemesi'nin diğer yargısal görevleri sonucunda verdiği kararlara karşı ve Anayasa'nın yargı yoluna kapalı tuttuğu işlemlere karşı bireysel başvuru yapılmaz²⁶.

Bireysel başvurunun şahsen veya kanuni temsilciler vasıtasıyla mahkemelere, yurt dışı temsilciliklere veya doğrudan Anayasa Mahkemesine yapılması mümkündür. Başvurunun olağan hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin nihai kararın tebliğ veya tefhiminden itibaren 30 gün içinde yapılması gerekmektedir. Bireysel başvuru, mahkemenin internet sayfasında yayınlanan formla veya formdaki bilgileri ihtiva eden bir dilekçeyle yapılmaktadır. Başvuru yüksek sayılmayacak bir harca tâbidir²⁷, ancak harcı ödeyecek durumda olmayan başvuru sahiplerinin adli yardımdan faydalanma imkânı vardır.

Bireysel başvurular yerel mahkemelere veya Anayasa Mahkemesi'ne ulaştığında, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) ortamında çalışan bireysel başvuru veri tabanına elektronik olarak kaydedilir ve karara kadar bütün işlemler *online* olarak yürütülür. Başvuruların hangi bölüm veya komisyona gideceği otomatik olarak sistem tarafından belirlenir. Bireysel başvuruda çalışan memurların, raportörlerin ve üyelerin yaptığı bütün işlemler ekranlar üzerinden yapılmakta ve elektronik imza ile onaylanmaktadır²⁸. Mahkemede kağıtsız çalışma ortamı sağlanmış olmakla birlikte, gerek başvuru sahipleri gerekse henüz elektronik ortamda çalışmayan diğer kurumlarla yazışmalar nedeniyle fiziki dosyalar da halen tutulmaktadır.

Anayasa, 6216 sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü nazara alındığında, bireysel başvuru yolunun 3 ana safhası vardır: Ön inceleme aşaması, kabul edilebilirlik aşaması ve esas inceleme aşaması. Ön inceleme aşamasında, başvuruların şekli olarak tamam olup olmadığı, kabul edilebilirlik aşamasında kabul edilebilirlik şartlarının olup olmadığı, esas aşamasında ise iddia edilen ihlallerin gerçekleşip gerçekleşmediği incelenir ve karara bağlanır.

Yukarıda değinildiği üzere, bireysel başvurulara ön inceleme safhasında Ön İnceleme Bürosundaki raportör ve raportör yardımcıları, kabul edilebilirlik aşamasında komisyonlar ve esas aşamasında ise bölümler bakmaktadır. Bölümler, bazı hallerde kabul edilebilirlik ve esas inceleme aşamasını birlikte de ele alabilir. Bölümler, başkanvekilleri dâhil sekiz üyeden oluşur, başkanvekili başkanlığında beş üye ile toplanır ve katılanların salt çoğunluğu ile karar

26 Bireysel başvuruya konu edilemeyecek işlemler hakkında bkz. YALÇINÖZ, Bahadır: "Bireysel başvuruya konu olamayacak işlem ve kararlar", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.1, S.2, s.187-206.; ÖZBEY, Özcan: Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Birey Başvuru Hakkı, Adalet Yayınevi, 2013, s.195 vd.

27 2015 yılı itibarıyla bireysel başvuru harcı 226,90 TL'dir. Bu da yaklaşık 100 ABD doları civarındadır.

28 Aslında Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği ve Mahkemedeki idari birimler 2007 yılından bu yana kurum içi ve kurum dışı yazışmalarda elektronik imzayı kullanmaktadır.

alır. Komisyonlar iki üyeden oluşur, iki üye ile toplanır ve oybirliği ile karar alırlar. Oybirliği sağlanamayan durumlarda dosya kabul edilebilirlik ve esas bakımından karar verilmek üzere bölüme gönderilir. Komisyonların ve bölümlerin yapısı İçtüzükte öngörülen rotasyon şekliyle düzenli olarak değişmektedir.

Yeri gelmişken, Anayasa Mahkemesinin mutfağını oluşturan raportörlere değinmek yerinde olacaktır. Araştırma ve İçtihat Biriminde, Komisyonlarda ve Bölümlerde görevlendirilen raportörler, Kanun'da ve İçtüzük'te gösterilen bireysel başvuruya ilişkin görevleri yaparlar. Bireysel başvurunun kabul edilebilirliği veya esasına ilişkin karar taslaklarını hazırlarlar ve bu taslakların görüşüldüğü toplantılara katılırlar.

Bireysel başvuru raportörleri, başvurularla ilgili dosyalara dâhil edilmesi gerekli görülen bilgi ve belgelerin ilgili kurum ve kuruluşlardan istenmesine ilişkin yazışmaları yürütürler. Gerekli tebligatları yaptırır ve takip ederler. 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.²⁹

Bireysel başvuru yolunun her aşamasında Anayasa Mahkemesi, etkileri ve kapsamı farklı olan kararlar vermektedir. Bireysel başvuru sürecinde verilen karar türlerine ve infaz sürecine geçmeden önce, kararların infazından sorumlu makama ve yapılan işlemlere genel olarak değinmek gerekecektir.

VI. BİREYSEL BAŞVURUDA KARARLARIN YERİNE GETİRİLMESİN-DEN SORUMLU MAKAM VE YAPILAN İŞLEMLER

6216 sayılı Kanunda 23/3-d ve İçtüzüğün 35/3-d maddesinde, bireysel başvuru sürecinde verilen kararların yerine getirilmesine ilişkin açık düzenlemeler bulunmaktadır.

6216 sayılı Kanun'un "Genel Sekreter ve Genel Sekreter yardımcılarının görevleri" başlıklı 23. maddesinde,

"MADDE 23- (1) Başkanlığa bağlı olarak Genel Sekreterlik birimi kurulur. Genel Sekreterliğe bağlı birimlerin çalışma esasları yönetmelikle düzenlenir.

(2) Genel Sekreter, Başkan tarafından raportörler arasından görevlendirilir. Genel Sekreterin görevde olmaması durumunda, yerine Genel Sekreterin belirleyeceği Genel Sekreter yardımcısı vekâlet eder.

(3) Genel Sekreter, Başkanın gözetim ve denetimi altında;

²⁹ EKİNCİ, Hüseyin – SAĞLAM, Musa: 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Ankara 2012, s.16.

B. Kılınç: Bireysel Başvuruda Kararların Yerine Getirilmesi

...

d) Mahkeme kararlarının uygulanmasının takip edilmesi ve bu konuda Genel Kurula bilgi verilmesi,

...

konularında görevli ve yetkilidir”

hükmü vardır. Aynı hüküm Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 35/3-d. maddesinde tekrar edilmiştir³⁰. Buna göre, Anayasa Mahkemesi Başkanının gözetim ve denetimi altında, Mahkeme kararlarının uygulanmasının takip edilmesi ve bu konuda Genel Kurula bilgi verilmesi Genel Sekreterliğin görevidir. Buradaki düzenlemeden, Genel Sekreterliğin Anayasa Mahkemesinin bütün kararlarının yerine getirilmesinden sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak uygulamada Genel Sekreterliğin takip ve gözetim yetkisinin bu kadar geniş yorumlanmadığı düşünülmektedir. Zira, bireysel başvuru dışındaki yargısal görevlerden doğan kararların yerine getirilmesinde Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğinin inisiyatifi sınırlıdır. Norm denetimine ilişkin iptal ve yürürlüğü durdurma kararlarının, Yüce Divan kararlarının, siyasi parti kapatma ve hazine yardımından mahrum bırakma kararlarının ve siyasi parti mali denetim kararlarının yerine getirilmesinde, Genel Sekreterliğin görevi anılan kararları yerine getirecek makamlara tebliğ etmek, gerekli yazışmaları yapmak ve sonuçları tespit etmekten ibarettir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru dışındaki yargısal görevleri sonucunda verdiği kararları fiilen uygulamakla görevli makamların kimler olduğuna yukarıda değinilmişti. Oysa bireysel başvuruya ilişkin kararlardan doğan yükümlülüklerde esas inisiyatif Genel Sekreterliktedir.

30 Genel Sekreterlik, kuruluşu ve görevleri

MADDE 35- (1) Genel Sekreterlik görevi, Başkanın uygun göreceği bir raportör tarafından yerine getirilir. Genel Sekreterin görevde olmaması durumunda, yerine Genel Sekreterin belirleyeceği Genel Sekreter yardımcısı vekâlet eder.

(2) Genel Sekreter, isteği üzerine Genel Sekreterlik görevinden ayrılabilceği gibi, gerek görüldüğünde Başkan tarafından da gerekçe gösterilmeksizin değiştirilebilir.

(3) Genel Sekreter Başkanın gözetim ve denetimi altında;

a) Başvuruların kayıt ve sevk edilmesi,

b) Genel Kurul ve Bölüm toplantılarıyla ilgili idari işlerin yürütülmesi,

c) Kararların ve raporların otomasyonunun sağlanması ve arşivlenmesi,

ç) Mahkemenin yazışmalarının yapılması,

d) Mahkeme kararlarının uygulanmasının takip edilmesi ve bu konuda Genel Kurula bilgi verilmesi,

e) Bütçenin harcanması ve bu konuda Başkana bilgi verilmesi,

f) Mahkemenin kurumsal, bilimsel, idari, malî ve teknik işlerinin yürütülmesi,

g) Protokol işlerinin düzenlenmesi,

ğ) Personelin sevk ve idaresinin sağlanması,

h) Kanun, içtüzük ve yönetmelik hükümleri çerçevesinde Başkan tarafından verilen diğer işlerin yapılması, konularında görevli ve yetkilidir.

Haşim Kılıç'a Armağan

Anayasa Mahkemesi kararlarından infaz gereken bir hususu içeren kararlar, kararın çıkmasını müteakip Genel Sekreterliğe gönderilir. Genel Sekreterlik kalemi infazı gereken bir hususu içeren her karar için bir dosya açar ve her kararı kararların infazı için tutulan elektronik veri tabanına kaydeder. Kararların hüküm kısmında belirtilen yükümlülükler (maddi ve manevi tazminat, yargılama gideri, yeniden yargılama için mahkemesine gönderme, soruşturma açılması, mahkemelerin dikkatine sunulması vb.) tespit edilerek muhataplarına bir yazıyla bildirilir ve sonucundan bilgi istenir. İnfazı uzun sürebilecek yükümlülükler için düzenli aralıklarla gelişmeler takip edilir.

Karardaki tüm yükümlülüklerin süresi içinde ve eksiksiz olarak muhataplar tarafından yerine getirilmesinden sonra dosya kapatılır. Başvurucu veya muhataplar tarafından kararların infazına ilişkin ayrı talep gelmedikçe, ayrıca bir takip yapılmaz.

Genel olarak bir değerlendirme yapılacak olursa, bireysel başvurunun başladığı 23 Eylül 2012 yılından bu yana verilen ve infazı gereken kararların yerine getirilmesinde yapısal veya sistematik bir sorun ortaya çıkmamıştır. Tazminatlar ve yargılama giderleri Hazine tarafından zamanında ve eksiksiz olarak ödenmektedir. Kararlardan doğan diğer yükümlülükler de muhatap kurumlarca yerine getirilmektedir.

Kararların infazına ilişki durum iyimser olmakla birlikte, Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi sürecinde bir sorun çıkması halinde nasıl bir tutum izleneceği hususu tartışmalıdır. Öncelikle çıkabilecek sorunlardan ilki, kararlardan doğan yükümlülüklerin tespitinde bir tereddüt hâsıl olduğu takdirde nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir. Bu konuda Anayasa'da, 6216 sayılı Kanunda ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak İçtüzüğün 82. Maddesinde Mahkemenin tavzih kararı verebileceği belirtilmiştir³¹. Buradan yola çıkarak, mahkeme kararlarının infazından Başkanın gözetiminde sorumlu olan Genel Sekreterliğin, Başkan vasıtasıyla veya doğrudan doğruya Bölümlere veya Genel Kurula başvurarak, karardan doğan yükümlülüklerin açıklanmasını isteyebileceğini düşünmekteyiz. Anayasa'da ve 6216 sayılı Kanunda Anayasa Mahkemesine böyle bir karar verme yetki tanınmadığı gibi, Genel Sekreterliğin böyle bir başvuru yapma yetkisinin de olmadığı eleştirisi yapılabilir. Ancak 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*" hükmü vardır. Ayrıca İçtüzüğün 82. Maddesinin genişle-

31 **Tavzih ve maddi hataların düzeltilmesi**

MADDE 82- (1) Bölümlerce verilen kararlar hakkında ilgililer, 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde, hükmün tavzihini ve maddi hataların düzeltilmesini talep edebilirler.

B. Kılınç: Bireysel Başvuruda Kararların Yerine Getirilmesi

tici yorumla uygulanarak, Anayasa Mahkemesi'nin bölümlerinin ya da Genel Kurulunun kendi kararlarının yerine getirilmesiyle ilgili tereddütleri gidermek için yorum veya açıklama (tavzih) kararı verebileceği düşünülmektedir. Aksi düşünüldüğü takdirde ise; karardan doğan yükümlülüklerin tespitinde Genel Sekreterliğin Anayasa Mahkemesi kararını yorumlayarak bir sonuca varması söz konusu olacaktır ki, bizce bu yukarıda bahsedilen eleştiriden daha mahzurlu bir durumdur.

Ortaya çıkabilecek diğer sorunlarsa, kararların uygulanmaması, geç veya eksik uygulanması ihtimalidir. Bu duruma, kararların yerine getirilmemesinin sonuçları başlığında değinilecektir.

VII. BİREYSEL BAŞVURUDA VERİLEN KARAR TÜRLERİ

Bireysel başvuru sürecinde ortaya çıkan pek çok karar türü vardır. Bu karar türleri ve infaz açısından durumları, bireysel başvurudaki aşamalara uygun olarak incelenebilir.

A. İDARİ YÖNDEN REDDE İLİŞKİN KARARLAR

Ön inceleme aşaması, başvuru evrakındaki eksikliklerin giderilmesi ve kabul edilebilirlik koşullarının ön denetiminin yapılması bakımından önemli bir işleve sahiptir. Ön inceleme aşaması, öninceleme bürosundaki kalifiye memurlar, raportör yardımcıları ve nihai olarak raportörler tarafından yürütülmektedir. Bu aşamada henüz yargılama başlamadığı için, yapılan işlemler idari niteliktedir ve Genel Sekreterlik adına yürütülmektedir.

6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, başvuru evrakında herhangi bir eksiklik bulunması hâlinde, bireysel başvuru bürosu tarafından eksikliğin giderilmesi için başvurucu veya varsa vekiline on beş günü geçmemek üzere bir süre verilir ve geçerli bir mazereti olmaksızın bu sürede eksikliğin tamamlanmaması durumunda başvurunun reddine karar verileceği bildirilir.

30 günlük süre içinde başvurulmadığı, şekil şartlarına uyulmadığı (örn. postayla başvuru yapılması) veya giderilmesi istenen eksiklikler mazeretsiz olarak giderilmediği takdirde, Komisyonlar Başraportörü tarafından başvurunun reddine karar verilir ve bu karara karşı itiraz yolunun açık olduğu başvurucuya bildirilir³².

İdari ret kararlarına karşı 7 gün içinde, komisyonlara itiraz edilebilir. İlgili

32 İdari ret kararlarının sebepleri ve örnek idari ret kararları için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/BireyselBasvuru/Kararlar/index.html> İET:3.2.2015.

komisyonun verdiği karar kesindir. Komisyonun verdiği karar başvurucuya tebliğ edilir. Bu kararlar birlikte bireysel başvuru yolu sona erer. Bu kararlar yerine getirilme açısından bir sorun çıkarmamakta ve özellik arz etmemektedir. Ancak, idari ret kararına itiraza karşı komisyonların verdiği kararlar iç hukukta nihai bir işlem niteliğinde olduğundan, bu kararın başvurucuya tebliğinden itibaren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ve diğer uluslararası denetim mekanizmalarına başvuru süresi işlemeye başlamaktadır.

B. KABUL EDİLEBİLİRLİK ÜZERİNE VERİLEN KARARLAR

Kabul edilebilirlik aşaması, kabul edilebilirlik şartlarının denetlendiği aşamadır³³. Kabul edilebilirlik şartları, şekli açıdan tamam olan başvurunun esas açıdan incelenebilir olup olmadığına ilişkin ölçütlerdir. Anayasa Mahkemesi'nin zaman, yer, kişi ve konu bakımından yetkisi, başvurmadan önce mümkün olan tüm etkili başvuru yollarının tüketilmesi, başvurunun anayasal önem taşıması, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmaması ve süresi içinde yapılması gibi bu aşamada incelenen pek çok kabul edilebilirlik şartı vardır. Kabul edilebilirlik aşaması genelde komisyonlar, bazen de bölümler tarafından incelenmektedir. Komisyonlarca başvurunun kabul edilebilirliği ya da edilemezliği kararları oy birliği ile alınır. Oy birliği sağlanamayan durumlarda ise, kabul edilebilirlik hakkında karar vermek üzere başvuru, Bölüme havale edilir (6216 sayılı Kanun m. 48/3, İçtüzük m.72). Genelde komisyonlar bazen de bölümler tarafından verilen kabul edilebilirlik kararlarında yargılama süreci henüz bitmediği için, ara kararı niteliğinde bir karar olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla, infazı gereken bir husus bulunmamaktadır.

Kabul edilemezlik kararlarında ise, Anayasa Mahkemesindeki yargılama sona erdirilmektedir ve itiraz imkânı bulunmamaktadır. Kabul edilemezlik kararı başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilmişse, başvuru yolları tükettikten sonra yeni bir başvuru yapılabilir. Bu durum dışındaki kabul edilemezlik kararları kesin olduğu için, başvurucuya tebliğinden itibaren, AİHM'ye veya diğer uluslararası denetim kuruluşlarına başvuru süresi de işlemeye başlamaktadır.

Kabul edilemezlik kararlarında infaza ilişkin bir özellik genelde bulunmamaktadır. Ancak kabul edilemezlik kararlarında, başvuru hakkının açıkça kötüye kullanıldığı kanaatine varılırsa, istisna olarak disiplin para cezasına da hükmedilebilmektedir. Bunun dışında, kabul edilemezlik kararlarının hü-

33 Kabule edilebilirlik şartları ve kabul edilebilirlik aşaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SAĞLAM, Musa – GÖKSU, Hasan Tuna (Editörler): Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi, Ankara 2014. Hakan ATASOY, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Kabul Edilebilirlik Koşulları, (Basılmamış Doktora Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

B. Kılınç: Bireysel Başvuruda Kararların Yerine Getirilmesi

küm fıkrasında sadece, kabul edilemezlik nedeni belirtilerek, yargılama giderlerinin başvuru üzerine bırakılmasına karar verilmektedir. Başvuru üzerine bırakılan yargılama giderlerinin ve varsa disiplin para cezasının tahsili için Maliye Bakanlığına Genel Sekreterlikçe yazılı bildirim yapılmaktadır. Kararın verildiği yılın Bütçe Kanunu gereğince takip sınırından aşağıda olan bedellerin takibinden sarfı nazar edilebilmektedir. Bu sınır üzerinde olan bedeller ise 6183 sayılı Kanun gereğince ilgililerden tahsil edilmektedir.

C. DÜŞME KARARLARI

Anayasa Mahkemesi Bölümleri ya da Komisyonları yargılamanın her aşamasında başvurunun sürdürülmesini haklı kılan bir sebep olmadığı kanaatine vardığında başvuru hakkında düşme kararı alabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi İç tüzüğü'nün 80. maddesine göre;

- a) başvuru davadan açıkça feragat etmesi,
- b) başvuru davasını takipsiz bıraktığının anlaşılması,
- c) ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması,

d) Bölümler ya da Komisyonlarca saptanan herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi, hâllerinde düşme kararı verilebilir.

Düşme kararı verilmesi halinde, infaz edilmesi gereken bir husus bulunmamaktadır. Ancak Bölümler ya da Komisyonlar; yukarıdaki fıkrada belirtilen nitelikteki bir başvuruyu, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kıldığı hâllerde, düşme kararı vermeyerek incelemeye devam edebilir. Bu durumda ise, esasın inceleme yapılması ve ihlal olup olmadığı konusunda bir karar verilmesi gerekmektedir.

D. GEÇİCİ TEDBİR KARARLARI

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılması kamu gücü işleminin icrasını veya infazını durdurmaz. Ancak Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesine göre, başvuru yaşamına, maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılması üzerine, Bölümler esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlerin alınmasına re'sen veya başvuru talebi üzerine karar verebilir.

Bu itibarla, tedbir kararları çok istisnai olarak, sadece yaşam hakkının ihla-

li, işkence, kötü muamele veya hukuka aykırı sınırdışı edilme olaylarında söz konusu olmaktadır.

Kayda alınıp incelenen başvurularda, gerek başvuruçuların talebi üzerine gerekse re'sen tedbir kararı verilebilir. Tedbir kararı sadece bölümler tarafından verilebilir. Başvuruçunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Komisyonlarca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesi derhâl yapılarak, tedbir hususunu da karara bağlamak üzere başvuru ilgili Bölüme gönderilir.

İçtüzük'te Bölümün, tedbire karar vermesi hâlinde gereğinin ifası için bunu ilgili kişi ve kurumlara bildireceği hükmü vardır (m.73). İçtüzüğün bu hükmünün, kararların yerine getirilmesinin takibinden Başkanın gözetiminde Genel Sekreterliğin sorumlu olduğuna ilişkin 6216 sayılı Kanunun genel hükmüne ve uygulamadaki gerçekliklere uygun düşmediği düşünülmektedir. Çünkü, bu düzenlemelerden bölümlerin, tedbir kararlarının yerine getirilmesinde bizzat yetkili oldukları izlenimi ortaya çıkmaktadır. Halbuki gerek bireysel başvurudaki kararların gerekse yargısal görevler sonunda verilen kararların yerine getirilmesi için gereken iletişim ve işlemler Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği tarafından yürütülmektedir. Bölümlerin de kamu kurum ve kuruluşlarına geçici tedbir kararını bildirmelerinde bir sakınca olmamakla birlikte, bölümlerin kendi verdiği kararların takibinde yetkilerinin ve görevlerinin bulunmadığı düşünülmektedir³⁴. Uygulamada tedbir kararları da bireysel başvurularda verilen diğer kararlar gibi Genel Sekreterlikçe takip edildiği için bir sorun olmamakla birlikte, bu İçtüzük hükmünün yanlış anlaşılmaya neden olmaması için Kanunla ve İçtüzüğün diğer hükümleriyle uyumlu hale getirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Tedbir kararı verilen başvurunun esası hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Tedbirin devamı konusunda yeni bir karar alınmadığında, başvuruçunun hakkının ihlal edilmediğine ya da başvurunun düşmesine karar verildiği durumlarda tedbir kararı kendiliğinden kalkar (İçtüzük m.73/4).

Anayasa Mahkemesi'nin Eylül 2012 – Şubat 2015 dönemi ele alındığında; 2012 yılında 53, 2013 yılında 631, 2014 yılında 827 ve 2015 yılında 98 tedbir talebi iletilmiş olup, sadece 2 tanesi Mahkemece kabul edilmiştir. Başvurulardaki tedbir talebi sayısının yüksekliği, tedbir talebinin başvuruçular tarafından ihtiyati tedbir veya yürütmenin durdurulması kararı gibi “yaygın bir uygulama” olarak algılandığını göstermektedir. Ancak tedbir talebi içeren

34 Bölümlerin verdikleri bir tedbir kararını derhal uygulayacak yetkili ve görevli bir idari kadrosunun ya da malî imkânların bulunmaması da, göz önüne alınması gereken ayrı bir konudur.

B. Kılınç: Bireysel Başvuruda Kararların Yerine Getirilmesi

başvurulardan sadece iki tanesinin kabul edilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin çok istisnai ve hayati durumlarda tedbir taleplerini karşıladığını göstermektedir.

E. ESASA İLİŞKİN KARARLAR

Bireysel başvuruların esas incelemesi Bölümler ya da Genel Kurul tarafından yapılmaktadır. Mahkeme, esas incelemeyi yaparken Anayasa'daki temel haklardan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek Protokoller kapsamında kalan haklardan ihlal edildiği iddia edilenleri ele alır. Her hakkın koruma alanı ve bu alanı ihlal ettiği iddia edilen kamu gücü işlemi açısından testler yapılır ve ihlal olup olmadığı araştırılır. Bölümler veya Genel Kurul, kabul edilebilirliğine karar verilen bir başvuru hakkında bir temel hakkın ihlal edildiği ya da edilmediği yönünde iki tür karar verir. İhlal olduğuna ilişkin bir karar verilmesi durumunda ise, yeniden yargılama için mahkemesine gönderme, tazminata hükmetme, tazminat için genel mahkemelerde dava açma yolunu gösterme veya benzeri (ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak) kararlara hükmedilebilir.

1. İhlal Olmadığına İlişkin Kararlar

Kamu gücü işleminde ihlal bulunmadığı kararı, işlemin Anayasal hakları ihlal etmediğinin tespiti anlamına geldiğinden kişilerin hakları üzerinde bir değişiklik meydana getirmemektedir.

İhlal olmadığına ilişkin kararlarda, infaza ilişkin özel bir durum yoktur. Ancak Mahkemece yargılama giderine veya disiplin para cezasına hükmedilmesi halinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun uyarınca Maliye Bakanlığı tarafından muhataplardan tahsilatın yapılabilmesi için takip edilmektedir.

2. İhlal Olduğuna İlişkin Kararlar

Bir temel hakkın veya hakların ihlal edildiğinin tespiti hukuk düzeninde yeni bir durum ortaya çıkardığından, Anayasa Mahkemesinin ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de hükmetmesi gerekir.

a.Yeniden Yargılama için Olağan Mahkemelere Gönderme

İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için "sıralı" şekilde verilmesi gereken kararları 6216 sayılı Kanun saymıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesi, kamu gücü işlemiyle bir temel hakkın ihlal edildiğini tespit ederse, öncelikle

bu ihlalin giderilmesi için olağan mahkemelerce yeniden yargılama yapılmasına gerek olup olmadığını tespit etmektedir. Yeniden yargılama yapılması için olağan mahkemelere gönderme kararı verildiğinde, gerekçeli Anayasa Mahkemesi kararı Genel Sekreterlikçe ilgili mahkemeye gönderilmektedir ve yargılama sonucundan bilgi verilmesi istenmektedir. Buradaki yeniden yargılama yolu, usul kanunlarında yer alan yeniden yargılama yoluyla aynı nitelikte olmasına karşın, 6216 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. Aslında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararların yeniden yargılama sebebi teşkil etmesi ceza, hukuk ve idari yargılama usulü kanunlarında düzenlenmişti³⁵. Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararlarından kaynaklanan yeniden yargılama ise, usul kanunlarındaki düzenlemelerden değil özel bir kanun olan 6216 sayılı Kanundan kaynaklanmaktadır. Olağan mahkemelerce yeniden yargılama sırasında yapılması gerekenler bakımından her iki durum arasında temelde farklılık olmasa da, bazı farklar bulunmaktadır. Buna göre, ihlalin kaynağında bulunan olağan mahkeme yeniden yargılama yaparken "ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde", "ivedilikle" ve "mümkünse dosya üzerinden" karar verecektir.

Yeniden yargılamayı yapacak olağan mahkemenin bir sonuç yükümlüğü altında mı olduğu, yoksa şekli bir yükümlülük altında mı olduğu da tartışılabilir. Kanaatimizce, yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkemeler bir sonuç yükümlülüğü altındadır. Zira, 6216 sayılı Kanunda Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ihlal kararının yeniden yargılanma sebebi olmasının yeterli görülmeyerek, "ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde" yeniden yargılama yapılmasının şart koşulması bizi bu sonuca götürmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği yeniden yargılamaya ilişkin kararların yerine getirilmemesi veya yeniden yargılamanın yapıp Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararında belirtilenden farklı şekilde karar verilmesi halinde ne olacağı konusu da tartışmalıdır. Olağan mahkemelerin bu tür kararlar vermesi halinde, yüksek mahkemeler tarafından temyiz incelemesinde düzeltilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, olağan mahkeme hâkimlerinin hukuki ve cezai sorumluluğu doğabileceği gibi, ikinci bir bireysel başvuruya da neden olabilir.

b. Tazminata Hükmedilmesi

Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar yoksa başvuru lehine uygun bir tazminata hükmedilebilir. Ancak tazminat miktarının tespitinin, daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi hâlinde, Bölüm bu konuyu kendisi kara-

35 Anılan değişiklikleri ilk defa gerçekleştiren 4771 Sayılı Kanun için bkz. 9.8.2002 tarihli ve 24841 sayılı Resmi Gazete. 4793 Sayılı Kanun için bkz. 4.02.2003 tarihli ve 25014 sayılı Resmi Gazete. 4928 sayılı Kanun için bkz. 19.07.2003 tarihli ve 25173 sayılı Resmi Gazete.

B. Kılınç: Bireysel Başvuruda Kararların Yerine Getirilmesi

ra bağlamaksızın genel mahkemelerde dava açılması yolunu da gösterebilir (616 sayılı Kanun m.50, İçtüzük m.79).

Görüldüğü üzere, tazminata ancak yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar yoksa hükmedilebilmektedir. Yeniden yargılama, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırma konusunda daha etkili bir yol olarak kabul edilmektedir.

Bilindiği üzere, hukukun evrensel ilkeleri gereğince zarar varsa tazminata hükmedilir. Zarar yoksa tazminata hükmedilemez. Uğranılan zararın türüne göre, tazminat maddi veya manevi tazminat şeklinde gerçekleşmektedir. Maddi tazminat, temel hak ihlali nedeniyle uğranılan ve başka türlü giderimi mümkün olmamış gerçek zarar (*damnum emergent*) miktarının ödenmesidir. Maddi zararın gerçekleşmiş olduğunu başvurunun ispatlaması gerekmektedir. Manevi tazminat ise, temel hak ihlali nedeniyle uğranılan psikolojik yıkımın hakça tazminat ödenerek giderilmeye çalışılmasıdır. Anayasa Mahkemesi Eylül 2012- Şubat 2015 döneminde istisnaen ve mülkiyet hakkıyla sınırlı olarak maddi tazminata hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin tazminatlara hükmederken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği tazminat miktarlarını göz önüne aldığı bilinmektedir. Ancak aynı konuda hükmedilen tazminatların, örneğin uzun yargılamalardan kaynaklanan başvurularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği tazminatların ortalama %60'ı civarına tekabül ettiği söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi, talep farklı da olsa, tazminatlara ve yargılama giderlerine Türk Lirası üzerinden hükmetmektedir. Anayasa Mahkemesi kararı hem başvurularda ve Adalet Bakanlığına hem de Maliye Bakanlığına bildirilmektedir. Başvurucuların tazminat hükmünü içeren kararın kendilerine tebliğinden itibaren Maliye Bakanlığına başvurmaları gerekmektedir. Maliye Bakanlığı bu başvuru tarihinden itibaren 4 ay içinde ödemeyi başvurucuya veya varsa vekiline yapmak zorundadır. Süresi içinde başvurularda yapılmayan tazminat ödemeleri için yasal faiz uygulanacaktır.

Eylül 2012- Şubat 2015 dönemi dikkate alındığında, hükmedilen tazminat bedellerinden ödenmeyen olmamıştır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğine ulaşan şikâyetler arasında tazminatların ödenmemesine veya geç ödenmesine ilişkin hususlar bulunmamaktadır³⁶.

36 Anayasa Mahkemesi bireysel başvurularda tazminata hükmetmeye başladığı 2013 sonu ve 2014 yılının başlarında, ödemelerde bazı aksaklıkların yaşandığı bilinmektedir. Ancak bu aksaklıkların saymanlıkların ve defterdarların bu tür ödeme talepleriyle ilk kez karşılaşmaları üzerine gerçekleştiği tahmin edilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğinin Maliye Bakanlığı ile yaptığı görüşmeler sonrasında Maliye Bakanlığı tüm yerel ödeme birimlerine bir yazı göndererek bireysel başvurularda tazminatların nasıl ödeneceğini açıklığa kavuşturmuştur.

c. Tazminat için Olağan Mahkemelerde Dava Açılmasına Karar Verilmesi

Anayasa Mahkemesi, ihlal kararı vererek tazminata hükmetmesi ve tazminat miktarının tespiti, daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi hâlinde, bu konuyu kendisi karara bağlamaksızın genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebilir (6216 sayılı Kanun m.50/2, İçtüzük m.79/1-C).

d. Diğer Karar Türleri

Anayasa Mahkemesi kararında, gerekli görüldüğü takdirde, ihlalin ve sonuçlarının hangi şekilde ortadan kaldırılabileceği hususunda yapılması gerekenler belirtilir. Ancak Anayasa Mahkemesi, yerindelik denetimi yapamaz ve idari işlem veya eylem niteliğinde karar veremez (6216 sayılı Kanun m.50, İçtüzük m.79-2).

Anılan hükümlerden yola çıkarak, Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılama, tazminat, tazminat için mahalline gönderme seçenekleri dışında da kararlar alabileceği anlaşılmaktadır. Bu kararların neler olduğu Kanunda ve İçtüzükte sayılmamıştır. Ancak bu kararlar, gerek mahkeme kararları gerekse idari işlemler açısından yerindelik denetimi içermemelidir. Bu anlamda, Anayasa Mahkemesi'nin uygulamalarına bakıldığında, özellikle uzun yargılama veya uzun tutukluluk süreleri nedeniyle verilen ihlal kararlarının ihlale neden olan mahkemelere gönderilmesi, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için alınabilecek kararlara örnek olarak gösterilebilir. Zira, Anayasa Mahkemesi uzun yargılamalar nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiş ve hükmedilen tazminata ek olarak, bu kararın ihlalin kaynaklandığı olağan mahkemeye gönderilmesine karar vermişse, yerel mahkeme kararın kendisine gönderilmesini "yargılamayı bir an önce bitir" veya "benzer durumlarda yargılamayı uzatma" mesajı olarak algılamaktadırlar. Aynı şekilde, uzun tutukluluk nedeniyle özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine karar verilmişse, bu ihlale ilişkin kararın yerel mahkemeye gönderilmesinin haksız tutuklananların tahliye edilmesi şeklinde anlaşıldığına, 2013 ve 2014 yıllarında kamuoyunda bilinen pek çok davada yerel mahkemelerce verilen tahliye kararları işaret etmektedir.

F. DISİPLİN PARA CEZASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvuru aleyhine, yargılama giderlerinin dışında, ayrıca 2000 Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına³⁷ hükmedilebilir

37 Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 84. Maddesinin yollamasıyla disiplin para cezası hakkındaki 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun 446. Maddesinin uygulamaya ışık tutabi-

B. Kılınç: Bireysel Başvuruda Kararların Yerine Getirilmesi

(6216 sayılı Kanun m.51). Maliye Bakanlığı disiplin para cezalarının tahsili konusunda yetkilidir ve bu cezalar 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanuna göre tahsil edilir.

VIII. KARARLARIN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN SONUÇLARI

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurularda verdiği kararlar, özü itibarıyla diğer mahkeme kararlarıyla aynı nitelikte olduğu için, diğer mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinden doğan hukuki, cezai ve idari sorumluluğun Anayasa Mahkemesi kararları için de geçerli olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruya ilişkin olarak verdiği kararlarda yerine getirmeme, geç yerine getirme veya eksik yerine getirme durumlarına -en azından şimdilik- rastlanmadığı için bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme yapma gereği duyulmamıştır.

S O N U Ç

Anayasa Mahkemesi'nin Eylül 2012 – Şubat 2015 döneminde bireysel başvuruda yakaladığı başarılı çıkış grafiğini sürdürmesi, hem verilen kararların uluslararası standartlara uygun olarak verilmesine, hem de kararların gereklerinin “etkin şekilde”, “zamanında” ve “eksiksiz” yerine getirilmesine bağlı olduğu açıktır.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruda verdiği kararların uygulanması, geç ya da eksik uygulanması gibi ciddi sorunlara henüz rastlanmaması sevindirici bir tespit olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, kararların yerine getirilmesine ilişkin olarak 6216 sayılı Kanun'da ve İçtüzükte, bazı anahtar düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır. Öncelikle Anayasa Mahkemesi kararlarının yerine getirilmesi bir konu olarak 6216 sayılı Kanun'da düzenlenmelidir. Kararların yerine getirilmemesi halinde doğacak sorumluluk, sorumlular hakkında uygulanacak yaptırımlar ve benzeri konular da bu bağlamda ele alınabilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46. maddesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının infazına ilişkin kuralları³⁸ ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kanununun 35. maddesi bu konuda ışık tutabilir³⁹.

Aynı şekilde, karar türlerine ilişkin olarak kararların infazı sürecinin ve işlemlerinin, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde veya Başkanlıkça çıkarılacak

leceği düşünülmektedir.

38 Bkz. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Source/Documents/Docs_a_propos/CMrules2006_en.pdf

39 Bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bverfgg/gesamt.pdf>.

Haşim Kılıç'a Armağan

bir düzenleyici işlemde açığa kavuşturulmasının kurumsallaşma açısından önemli olduğu düşünülmektedir.

B. Kılınç: Bireysel Başvuruda Kararların Yerine Getirilmesi

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığının İnternet Sayfası <http://www.inhak.adalet.gov.tr/>

Alparslan ALTAN – Engin YILDIRIM – Erdal TERCAN – Hikmet TÜLEN – Ali Rıza ÇOBAN (Editörler), Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Ankara 2012, Anayasa Mahkemesi Yayınları.

Ali Rıza ÇOBAN, Anayasayı Değiştirme Yetkisi, Ankara 2011, Adalet Yayınevi.

Anayasa Mahkemesi'nin İnternet sayfası <http://www.anayasa.gov.tr>

Arne MAVCIC, 'Powers of Constitutional Courts and Equivalent Bodies', CDLJU(1998)010, Strasbourg 1998, s.1-3.

Avrupa Konseyi İnternet Sayfası <http://www.coe.int>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnternet sayfası <http://www.echr.coe.int>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c=>

Bahadır KILINÇ, "The establishment of the individual application system in Turkey: a promising experience" http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/echr/Agenda_Conference_07072014.pdf.

Bahadır YALÇINÖZ, "Bireysel başvuruya konu olamayacak işlem ve kararlar", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.1, S.2, s.187 -206;

Bundesverfassungsgericht <http://www.bundesverfassungsgericht.de>

Decisions of Constitutional Courts and Equivalent Bodies and their Execution, Report of the Venice Commission, CDL-INF (2001) 9, Strasbourg 2001.

Ebru KARAMAN, Ebru: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı nda Bireysel Başvuru, İstanbul 2013, XII Levha Yayıncılık.

Erdoğan TEZİÇ, Anayasa Hukuku, İstanbul 2005,10.bası, Beta Yayınevi.

Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2008,Yetkin Yayınları.

Fransisco Balaguer CALLEJON, (Editör): Manual de Derecho Constitucional, Volumen I-II,Madrid 2010, Quinta Edicion, Editorial Tecnos.

Hakan ATASOY, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Kabul Edilebilirlik Koşulları, (Basılmamış Doktora Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

Hüseyin EKİNCİ – Musa SAĞLAM, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bi-

Haşim Kılıç'a Armağan

reysel Başvuru, Ankara 2012, Anayasa Mahkemesi-Avrupa Konseyi Ortak Yayını.

İbrahim ÇINAR, “Bireysel Başvurunun Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Yapılan Başvuruların İstatistikî Verilerle Analizi”, <https://anayasayadair.files.wordpress.com/2014/06/istatistiklerle-bireysel-bac59fvuru.pdf>

İsmail KÖKÜSARI, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, İstanbul 2009, XII Levha Yayınları.

Kazım ÖZTÜRK, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Cilt III, Ankara 1966, TİB Yayınları.

Musa SAĞLAM – Hasan Tuna GÖKSU (Editörler), Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi, Ankara 2014, Anayasa Mahkemesi Avrupa Konseyi Ortak Yayını.

Osman DOĞRU, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul 2012, Legal Yayıncılık.

Ömer İZGİ – Zafer GÖREN, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt II, Ankara 2002, TBMM Yayınları.

Özcan Özbey, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Birey Başvuru Hakkı, Ankara 2013, Adalet Yayınevi.

ZUCK, Rüdiger: Das Recht der Verfassungsbeschwerde, München 2006, C.H. Beck Verlag.

Sacit ADALI, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnfazı”, Journal of Business Economics and Political Science, Cilt 1, Haziran 2012.

Servet ARMAĞAN, Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, İstanbul 1967,

Sibel İNCEOĞLU (Editör): İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, İstanbul 2013, Anayasa Mahkemesi Avrupa Konseyi Ortak Yayını.

Tolga ŞİRİN, Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İstanbul 2013, XII Levha Yayıncılık.

Study on Individual Access to Constitutional Justice, Report of the Venice Commission (European Commission for Democracy Through Law), CDL-AD(2010)039rev., Strasbourg 2011.

Worldbank, “Worldwide Governance Indicators” <http://info.worldbank.org/>

Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara 1996, Yetkin Yayınları.

Dr. Mehmet ÖNCÜ

(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Eski Hukukçusu)

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE TUTUKLAMA

(I): TUTUKLULUKTA MAKUL SÜRE

GİRİŞ

Türk Yargısı'nın tutuklama konusundaki uygulamaları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM" veya "Mahkeme") tarafından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("AİHS" veya "Sözleşme") 5. maddesinin bazı gereklerine uygun olmadığı gerekçesiyle sıklıkla mahkûm edilmiştir¹. Tutukluluk sürelerinin uzunluğu² ve bu çerçevede gözaltı, tutuklama ve tutukluluğun devamı kararlarında atılı suçun işlendiği yönünde "inandırıcı nedenlerin ya da makul şüphenin varlığını" gösteren somut bulgu ya da delillerin bulunmaması³, [özellikle dosyaya erişimin kısıtlanması suretiyle] çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun inceleme yapılmadan⁴ ve/veya [makul aralıklarla] ilgili dinlenilmeden⁵ tahliye taleplerinin ya da itirazın reddedilmesi, gerekçe olarak soyut nedenlere dayanılması⁶ ve tekrar ede-gelen veya basma-kalıp

- 1 1959-2013 yılları arasında Mahkemece verilen ve Sözleşme'nin 5. maddesine ilişkin - ki bu maddenin 3. paragrafı tutuklulukta makul sürenin aşılmasını empoze edicidir - ihlal kararları açısından Türkiye Cumhuriyeti, AİHS'ye taraf devletler arasında ilk sırada yer almaktadır (Bk. http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592013_ENG.pdf). Aynı zaman diliminde Türkiye aleyhine verilen kararlarda, özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin ihlal kararları, adil yargılanma hakkı ile mülkiyet hakkının ardından üçüncü sırada bulunmaktadır (Bk. http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2013_ENG.pdf). Sadece 2013 yılına dair Mahkeme istatistikleri incelendiğinde, Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarında, özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin kararlar, adil yargılanma hakkından sonra ikinci sırada yer almaktadır (Bk. http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2013_ENG.pdf) (1 Ocak 2015).
- 2 Örnek olarak bk. *Dereci v. Türkiye*, no. 77845/01, 24 Mayıs 2005, §§ 34-41; *Tacıroğlu v. Türkiye*, no. 25324/02, 2 Şubat 2006, §§ 18-24; *Cahit Demirel v. Türkiye*, no. 18623/03, 7 Temmuz 2009, §§ 21-28; *Ali Rıza Kaplan v. Türkiye*, no. 24597/08, 13 Kasım 2014, §§ 21-23.
- 3 İnadırıcı suç şüphesi ya da makul şüphe olmadan yakalama ve gözaltına alma nedeniyle Türkiye aleyhine verilen ihlal kararları için bk. *Elçi ve Diğerleri v. Türkiye*, no. 23145/93 ve 25091/94, 13 Kasım 2003, §§ 667-685; *Tuncer ve Durmuş v. Türkiye*, no. 30494/96, 2 Kasım 2004, §§ 47-51; *İpek ve Diğerleri v. Türkiye*, nos. 17019/02 ve 30070/02, 3 Şubat 2009, § 31. Aynı hususta tutuklamaya ilişkin ihlal kararlarına örnek olarak bk. *Nedim Şener v. Türkiye*, no. 38270/11, 8 Temmuz 2014, §§ 68-77; *Sık v. Türkiye*, no. 53413/11, 8 Temmuz 2014, §§ 55-65.
- 4 Özellikle bk. *Erkan İnan v. Türkiye*, no. 13176/05, 23 Şubat 2010, § 32; *Altınok v. Türkiye*, no. 31610/08, 29 Kasım 2011, §§ 45-61; *Nedim Şener v. Türkiye*, §§ 82-86; *Sık v. Türkiye*, §§ 71-75.
- 5 Örnek olarak bk. *Bağrıyanık v. Türkiye*, no. 43256/04, 5 Haziran 2007, §§ 48-51; *Şayık ve Diğerleri v. Türkiye*, nos. 1966/07, 9965/07, 35245/07, 35250/07, 36561/07, 36591/07 ve 40928/07, 8 Aralık 2009, §§ 30-32.
- 6 Özellikle bk. *Solmaz v. Türkiye*, no. 27561/02, 16 Ocak 2007, §§ 38-44.

(*stereotype - stéréotype*) gerekçelerle talebin reddedilmesi⁷ genel ihlal nedenlerinden bazılarıdır. Tahliye talebi ve tutukluluğa itiraz müesseselerinin şüpheli ya da sanığa, pratikte makul bir başarı şansı veya ümidi sunmaması nedeniyle, söz konusu iç başvuru yolları, birçok kararda Mahkemece etkili bir başvuru yolu olarak değerlendirilmemiştir⁸. Oysa *habeas corpus* güvencesine ilişkin yargılama, kişiye teori ve pratikte, “salıverilme hususunda” başarı şansı ya da ümidi sunmalıdır.

AIHM bir tutuklama süresinin makul olup olmadığını, başta somut olayın kendine özgü koşulları olmak üzere, birçok veriyi bir arada değerlendirerek kararlaştırmaktadır. Bunlar arasında, ilgilinin atılı suçu işlemiş olabileceğini gösteren “inandırıcı nedenler” (*raisons plausibles*) ya da “makul şüphenin” (*reasonable suspicion*) varlığı⁹, [taraf devletlerin ulusal hukuklarında öngördükleri] ve belirli bir süreyi aşan tutukluluğu meşru kılan nedenlerden en az birinin varlığını gösteren somut bulgulara (*specific indications - indices concrets*) dayanılıp dayanılmadığı (*tutuklama nedenleri*)¹⁰, tutuklama kararı verilirken adli kontrol kapsamındaki [tutukluluğa alternatif oluşturan] tedbirlere başvurmamanın neden yeterli olmayacağının somut olgulara dayalı olarak tartışılıp tartışılmadığı¹¹, esasa ilişkin yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması için özel bir dikkat ve özenin (*special diligence - diligence particulière*) gösterilip gös-

7 AIHM yirmi dört başvurucuya ilişkin bir kararında, tutukluluğun devamına karar verilirken Türk mahkemeleri tarafından kullanılan gerekçeyi şu şekilde özetlemiştir: “suçlamaların niteliği, delil durumu, dosya içeriği, [mahkûm olma durumunda] çarptırılacak cezanın ağırlığı ve/veya atılı suçun CMK’nın 100 § 3 hükmünde öngörülen suçlardan olması” (Bk. Şeyhmus Uğur ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 1968/07, 3608/07, 14474/07, 35240/07, 35252/07, 36503/07, 36505/07, 36509/07, 36541/07, 36544/07, 36556/07, 36563/07, 36571/07, 36573/07, 36582/07, 36586/07, 36593/07, 15637/08, 34229/08, 36489/08, 36492/08, 36493/08, 37232/08 ve 37233/08, 19 Ekim 2010, § 21). Ayrıca bk. Cahit Demirel v. Türkiye, §§44-48; Sağnak v. Türkiye, no. 45465/04, 13Ekim 2009, § 31; Yiğitdoğan v. Türkiye, no. 20827/08, 16 Mart 2010, § 30.

8 Özellikle bk. Koştı ve Diğerleri v. Türkiye, no.74321/01, 3Mayıs 2007, §22; Bağrıyanık v. Türkiye, §§ 50 ve 51; Doğan Yalçın v. Türkiye, no. 15041/03, 19Şubat 2008, §43; Getiren v. Türkiye, no. 10301/03, 22 Temmuz 2008, §§ 114-117.

9 Sözleşme’nin İngilizce versiyonunda “makul şüphe” anlamına gelen “reasonable suspicion”, Fransızca versiyonunda ise “inandırıcı nedenler” anlamına gelen “raisons plausibles” ifadesi kullanılmış olup, bu iki kavram Mahkemece aynı anlamda kullanılmaktadır (bk. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, Paris, PUF, 2011, s. 361). Ayrıca, belirtmek gerekir ki, Sözleşme anlamındaki “makul şüphe” kavramı, iç hukukta anlaşıldığı anlamdan farklıdır.

10 Somut olayda başvurulanan tutuklama nedenleri teorik ve soyut olmamalı; gerçek ve somut olgulara dayanmalıdır. Özellikle bk. Mansur v. Türkiye, no. 16026/90, 8Haziran 1995, §§55-56; Kudla v. Polonya [BD], no. 30210/96, 26 Ekim 2000, § 110; Karaosmanoğlu ve Özden v. Türkiye, no. 4807/08, 17 Haziran 2014, § 63; Ionut-Laurentiu Tudor v. Romanya, no. 34013/05, 24 Haziran 2014, §§ 70-76.

11 Örnek olarak bk. Jabłoński v. Polonya, no. 33492/96, 21 Aralık 2000, § 83; Patsouria v. Gürcistan, no. 30779/04, 6 Kasım 2007, §§75-76; Degeratus v. Romanya, no. 35104/02, 6 Temmuz 2010, § 48.

terilmediği¹², sanığın tavrı ve yargılamanın karmaşık olup olmadığı¹³ (*makul sürenin değerlendirilmesinde dikkate alınan kriterler*) ve tutuklama ve devamı kararlarındaki gerekçenin somut olayın şartları açısından uygun ve yeterli olup olmadığı (*gerekçeli karar*)¹⁴ gibi hususlar yer almaktadır.

Belirtilen hususlardan “*inandırıcı suç şüphesi*” veya “*makul şüphe*”¹⁵, AİHS’nin 5 § 1 c) hükmünde öngörülmüş bir gereklilik olup, bir ceza soruşturması çerçevesinde bireyin yakalanıp gözaltına alınması ve tutuklanabilmesi için olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir koşuldur. Diğer bir ifade ile, “*inandırıcı suç şüphesi*”nin hukuki dayanağı Sözleşme’nin 5 § 1 c) hükmüdür. Özgürlüğe istisna oluşturan sınırlı sayıdaki altı durumdan birine yer verilen bu düzenlemeye göre, “*Kişinin suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması*”na izin verilmiştir. Sözleşme’nin oluşturduğu sistem dikkate alındığında, ceza soruşturmalarında ilk derece mahkemesi kararıyla da olsa “*hüküm*” öncesi özgürlükten yoksun bırakmaya izin veren ve bu duruma hukuki dayanak oluşturan AİHS m. 5 § 1 c) hükmü, *sadece* ceza soruşturmalarında uygulanma imkânı bulur¹⁶; [belirli bir suçun işleneceğini

12 Özellikle bk. *Clooth v. Belçika*, no. 12718/87, 12 Aralık 1991, § 36; *Tomasi v. Fransa*, no. 12850/87, 27 Ağustos 1992, §§ 84 ve 102; *Van der Tang v. İspanya*, no. 19382/92, 13 Temmuz 1995, § 55; *Muller v. Fransa*, no. 21802/93, 17 Mart 1997, § 35; *Kudla v. Polonya*, § 111; *Zanmouti v. Fransa*, no. 42211/98, 31 Temmuz 2001, § 43.

13 Bir tutukluluk süresinin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde, başvurunun tavrı ile yargılamanın karmaşıklığının kriter olarak dikkate alındığı kararlar sınırlı sayıda olup, bağımsız bir ölçüt olmaktan ziyade, özellikle soruşturma ve kovuşturma organlarının yargılama sürecinde özel bir dikkat ve özen gösterip göstermediğinin değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır (*Tomasi v. Fransa*, § 102; *Van der Tang v. İspanya*, § 55; *Rossi v. Fransa*, no. 60468/08, 18 Ekim 2012, § 84). Aslında bu iki ölçüt, daha çok yargılama süresinin uzunluğuna (AİHS m. 6 § 1) ilişkin şikâyetlerin incelenmesinde dikkate alınmaktadır (Örnek olarak bk. *Pélissier et Sassi v. Fransa* [BD], no. 25444/94, 25 Mart 1999, § 67; *Comingersoll S.A. v. Portekiz* [BD], no. 35382/97, 6 Nisan 2000, § 19; *Frydlender v. Fransa* [BD], no. 30979/96, 27 Haziran 2000, § 46).

14 Ulusal yargı organlarının tutuklamaya ve devamına ilişkin kararlarının gerekçesinin ayrıntılı olarak incelenip, Sözleşme’nin 5 § 3 hükmünün ihlaline hükmedilen bir AİHM kararı için özellikle bk. *Degeratus v. Romanya*, §§ 41-50. Mahkeme’ye göre, tutuklamaya ilişkin bir kararın gerekçesi, söz konusu tutuklamanın keyfi olup olmadığının saptanmasında önemli bir unsurdur (*Urtans v. Letonya*, no. 16858/11, 28 Ekim 2014, § 28).

15 Bu konuda gbi. bk. M. ÖNCÜ, “AİHM Kararları Işığında Yakalama, Gözaltına Alma, Tutuklama ve Aramada Makul Şüphe”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ocak-Şubat 2015, C. 10, S. 125-126.

16 *Ciulla v. İtalya*, no. 11152/84, 22 Şubat 1989, § 38; *Ječius v. Litvanya*, no. 34578/97, 31 Temmuz 2000, § 50; *R.L. ve M.-J.D. v. Fransa*, no. 44568/98, 19 Mayıs 2004, § 50; *Schwabe ve M.G. v. Almanya*, nos. 8080/08 ve 8577/08, 1 Aralık 2011, § 72. Ayrıca bk. M. de SALVIA, *Compendium de la CEDH : Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l’homme - Jurisprudence 1960 à 2002*, Vol. 1, Kehl/Strasbourg/Arlington, Va (USA), Engel, 2003, s.143; J.-P. MARGUÉNAUD, “La régularité de la privation de liberté”, in F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENNOIRE ve M. LAVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, Paris, PUF, 2009, s. 190.

gösteren hiçbir somut delil olmadan], “önleyici tutmalara” (*preventive detention - détention préventive*) dayanak oluşturamaz¹⁷.

Tutuklamayı meşru kılan “nedenler” ile bir tutukluluk süresinin makul olup olmadığına değerlendirilmesinde Mahkemece dikkate alınan “kriterler” ise, Sözleşme’nin 5 § 3 hükmüne ilişkin AİHM uygulamalarında, özellikle de “tutuklama süresinin makul olup olmadığına değerlendirilmesine ilişkin AİHM kararlarında” ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla, söz konusu olguların hukuki dayanağı Mahkeme’nin AİHS’nin 5 § 3 hükmüne ilişkin içtihatlarıdır. Bu son düzenleme, bir suç şüphesiyle hürriyetinden mahrum bırakılan kişinin gözaltı ve tutukluluk sürelerine ilişkin temel iki güvenceye yer vermiş olup¹⁸, AİHS’nin 5 § 1 c) hükmü ile birlikte yorumlanıp uygulanmakta; bir bütünün iki parçasını oluşturmaktadır¹⁹.

Bilindiği gibi, Sözleşme’nin 5. maddesi sadece ceza soruşturmalarıyla sınırlı ve yalnız hüküm öncesi tutmaya ilişkin hak ve güvencelere yer vermiş değildir. Özgürlük ve güvenlik hakkını güvence altına alan bu düzenleme, bir yabancının usulüne aykırı olarak ülkeye girişi nedeniyle tutulması gibi (AİHS m. 5 § 1 f)) özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğuran birbirinden farklı altı durumda, tutulu kişiye tanınan birçok güvenceye yer vermiş olup, “tutukluluk süresinin makul süreyi aşmaması” bunlardan sadece biridir.

Bu çerçevede, aşağıda öncelikle AİHS’nin 5. maddesi anlamında özgürlük ve güvenlik hakkı, makalenin konusuyla sınırlı olarak kısaca irdelenecek²⁰,

17 Bk. M. de SALVIA, s. 143; M. MACOVEI, *Liberté et sûreté de la personne – Un guide sur la mise en oeuvre de l’article 5 de la Convention européenne des droits de l’homme*, Éd. du Conseil de l’Europe, 2003, s. 26; J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l’homme*, Paris, L.G.D.J., 2007, § 247. Mahkeme, *Ječius v. Litvanya* kararında, adam öldürme suçundan daha önce hakkında delil yetersizliği nedeniyle takipsizlik kararı (1995) verilen bir kişinin, daha sonra (1996) ceza muhakemesi kanununun “haydutluk, organize suç örgütü üyeliği ve kişilerin korkutulması” suçlarında önleyici tutmaya izin veren hükmüne dayanılarak, 60 gün tutulmasına karar verilmiştir. Bu önleyici tutmayla ilgili olarak belirgin hiçbir suçlama yapılmadığı gibi, başvuru aleyhine herhangi bir soruşturma da açılmamış, ancak 34 gün tutulu kaldıktan sonra, adam öldürme eylemine ilişkin soruşturma yeniden açılmış ve bu soruşturma ilgilinin daha sonraki tutukluluğuna hukuki dayanak oluşturmuştur. AİHM, Sözleşme’nin 5 § 1 hükmünün önleyici tutmaya izin vermediğini ifade ettikten sonra, hiçbir suçlama ve soruşturma olmadan, önleyici tutmaya ilişkin ilk 34 günlük sürenin, AİHS’nin bu hükmünü ihlal ettiğine karar vermiştir (*Ječius v. Litvanya*, §§ 49-52). Ayrıca bk. D. TEZCAN, M.R. ERDEM, O. SANCAKDAR ve R.M. ÖNOK, *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara, 2011, s. 184 vd.

18 Bu konuda özellikle bk. *T.W. v. Malta* [BD], no.25644/94, 29 Nisan 1999, §49; *Vassiss ve Diğerleri v. Fransa*, no. 62736/09, 27 Haziran 2013, § 119.

19 *Ciulla v. İtalya*, §38; *Smirnova v. Rusya*, nos. 46133/99 ve 48183/99, 24 Temmuz 2003, §§ 56 ve 71; *Urtans v. Letonya*, § 29; *Korneykova v. Ukrayna*, n° 39884/05, 19 Ocak 2012, § 38.

20 AİHS’nin 5. maddesi anlamında özgürlük ve güvenlik hakkı konusunda gbi. bk. AİHM Yazı İşleri Müdürlüğü’nce hazırlanan ve Türkçe dahil bazı dillere tercüme edilen “Sözleşme’nin 5. Maddesine İlişkin Rehber - Özgürlük ve Güvenlik Hakkı” (*Guide on Article 5 of the Convention - Right to Liberty and Security*), http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf (2014). Rehberin Türkçesi versiyonu için bk. <http://www.echr.coe.int/Documents/Gui->

bu değerlendirme yapılırken, makalenin temel ilgi alanını oluşturan konunun nerede konumlandığı belirtilmeğe çalışılacaktır. Daha sonra, AİHM kararları ışığında tutuklulukta makul süre konusu birkaç başlık altında irdelenecektir. Sırasıyla, makul sürenin değerlendirilmesinde dikkate alınan genel ilkeler, tutukluluk süresinin hesaplanması, yetişkinlerin tutukluluğunda makul sürenin değerlendirilmesi ve küçüklerin tutuklanmasına ilişkin AİHM'nin bakış açısı incelenecektir. Makaleye bir sonuç bölümü ile son verilecektir.

Yukarıda kısaca belirtilen ve tutukluluk süresinin makul olup olmadığı değerlendirilmesinde dikkate alınan “inandırıcı suç şüphesi ya da makul şüphe”, “tutuklama nedenleri”, “sürenin makullüğü açısından Mahkemece dikkate alınan kriterler” ile “tutuklamaya ilişkin kararlarda gerekçe”²¹ gibi hususlar, kapsamlı ve ayrı bir çalışmayı gerektirdiğinden, bu makalede sadece yeri geldiğinde ve kısaca değinilecektir.

I.AİHS'nin 5. Maddesi Anlamında “Özgürlük ve Güvenlik Hakkı”

A. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı ve İzin Verilen Özgürlükten Yoksun Bırakma Durumları (AİHS m. 5 § 1 a) - f))

4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi, “özgürlük ve güvenlik hakkını” açıkça tanımış ve keyfî tutma ya da özgürlükten yoksun bırakmalara karşı çok önemli güvencelere yer vermiştir. Fiziksel özgürlük ve güvenliği koruma altına alan bu hak, liberal değerlere bağlı demokrasiler ile hukuk devleti ilkesine saygılı olduğunu iddia eden her hükümet sisteminin merkezinde yer alan çok önemli bir haktır²². AİHM'ye göre de Sözleşme'nin 5. maddesi çok temel bir hakkı teminat altına almıştır: *devletin keyfi müdahalelerine karşı bireyin özgürlüğünü korumak*²³. Dolayısıyla, resmi hiçbir kayıt tutulmadan kişilerin bir yerlere götürülüp tutulmalarını (gizli tutmalar ya da kayıplar), 5. maddede öngörülen temel güvencelerin tamamının mutlak inkârı olarak nitelendirmekte ve bu düzenlemenin çok ağır bir ihlali olarak değerlendirmektedir²⁴. Bu hükme aykırı özgürlükten

de Art 5 TUR.pdf (2012).

21 Ulusal yargı organı kararlarının gerekçesinin AİHM tarafından ayrıntılı olarak incelenerek Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün ihlaline hükmedilen bir karar örneği için özellikle bk. *Degeratus v. Romanya*, §§ 41-50.

22 M.W. JANIS, R.S. KAY ve A.W. BRADLEY, *European Human Rights Law*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2008, s. 602.

23 Bk. *Bozano v. Fransa*, no. 9990/82, 18Aralık 1986, § 54; *Lelièvre v. Belçika*, no. 11287/03, 8 Kasım 2007, § 97. Mahkeme, diğer bazı kararlarında, özgürlük ve güvenlik hakkının, Sözleşme anlamında bir demokratik toplumda çok önemli yere sahip olduğunu da ifade etmiştir (*De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika*, nos. 2832/66, 2835/66 ve 2899/66, 18 Haziran 1971, § 65; *Winterwerp v. Hollanda*, no. 6301/73, 24 Ekim 1979, § 37; *Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa* [BD], no. 3394/03, 29 Mart 2010, § 76).

24 *Kurt v. Türkiye*, no. 24276/94, 25 Mayıs 1998, §125; *Anguelova v. Bulgaristan*, no.38361/97, 13

yoksun bırakmalar, söz konusu tutmanın illegal ve tamamen keyfi olduğunun ispatı anlamını taşımaktadır²⁵.

Özgürlük ve güvenlik hakkından, ister özgür, isterse özgürlüğü [diğer insanlara göre bir ölçüde] kısıtlanmış (*restriction*) olsun, herkes yararlanır. Gerçekten de, tabi oldukları özel rejim nedeniyle, özgürlükleri sıradan insanlara nazaran zaten bir ölçüde kısıtlanmış olan askeri personel gibi belirli statüdeki kişiler de bu haktan yararlanır²⁶.

AİHS'nin 5. maddesinin ilk paragrafında, özgürlük ve güvenlik hakkının güvence altına alındığı ifade edildikten sonra, bu hakka istisna oluşturan ve [kişisel özgürlükten yoksun bırakmaya izin verilen] durumlar *sınırlandırıcı* bir şekilde sayılmıştır²⁷. Diğer bir ifade ile, bu hükme göre özgürlük kural olup, yoksun bırakma (*deprivation - privation*)²⁸ istisnadır. Sözleşme'nin 5 § 1 hükmünde öngörülen kural hürriyetten mahrum bırakmayı yasaklamakta ve *sadece* altı durumda tutmaya izin vermektedir; bu durumların dışında kişilerin tutulması mümkün değildir²⁹.

Sınırlandırıcı bir şekilde sayılan ve özgürlükten yoksun bırakmaya izin veren altı durum şunlardır: “bir mahkûmiyet kararına binaen kişinin tutulması” (AİHS m. 5 § 1 a))³⁰, “bir yargı organı tarafından yasaya uygun olarak verilmiş

Haziran 2002, §154; *Gavrilita v. Moldova*, no. 22741/06, 22 Nisan 2014, § 77. Bu güvence, kamu otoritelerinin keyfi tutum ve davranışlarına, kişilerin gizli bir şekilde tutulmalarına ve kötü muamele riskine karşı çok önemli bir koruma sağlamaktadır (*Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, nos. 11209/84, 11234/84, 11266/84 ve 11386/85, 29 Kasım 1988, § 58; *Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık*, no. 14553/89 ve 14554/89, 26 Mayıs 1993, §§62-63; *Aquilina v. Malta* [BD], no. 25642/94, 29 Nisan 1999, §49; *Dikme v. Türkiye*, no. 20869/92, 11 Temmuz 2000, § 66; *Öcalan v. Türkiye* [BD], no. 46221/99, 12 Mayıs 2005, § 103; *Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa* [BD], § 118).

25 Sözleşme'nin 5. Maddesi anlamında “keyfilik kavramı” konusunda özellikle bk. R. WHITE ve C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010, s. 212 vd.

26 D. TEZCAN, M.R. ERDEM, O. SANCAKDAR ve R.M. ÖNOK, s. 177. Bu konuda özellikle bk. *A.D. v. Türkiye*, no. 29986/96, 22 Aralık 2005, § 21; *Pulatl v. Türkiye*, no. 38665/07, 26 Nisan 2011, § 20; *Tengilimoğlu ve Diğerleri v. Türkiye*, nos. 26938/08, 41039/09, 66328/09 ve 66451/09, 5 Haziran 2012, §§ 24, 34-39. Özgürlüğün kısıtlanması ile özgürlükten yoksun bırakma arasındaki fark için bk. *Iustin Robertino Micu v. Romanya*, no. 41040/11, 13 Ocak 2015, §§ 85-89.

27 Mahkeme'ye göre, özgürlükten yoksun bırakmaya izin verilen durumlar Sözleşme'de sınırlandırıcı bir şekilde sayıldığı için, söz konusu istisnalar dar yorumlanmalıdır (Özellikle bk. *Ciulla v. İtalya*, 41; *Lukanov v. Bulgaristan*, no. 21915/93, 20 Mart 1997, § 41; J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2011, 77).

28 “Özgürlükten yoksun kalma” kavramı konusunda özellikle bk. D. HARRIS, M. OBOYLE ve C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009, s. 123 vd.

29 Özellikle bk. *Lawless v. İrlanda* (no. 3), no. 332/57, 1 Temmuz 1961, § 14 (The Law); *Ciulla v. İtalya*, §§ 38-41; *Ječius v. Litvanya*, §50; *R.L. ve M.-J.D. v. Fransa*, § 50.

30 AİHM, ilk derece mahkemesi kararıyla hükmedilmiş ancak henüz kesinleşmemiş “mahkûmiyet” sonrası, temyiz aşamasına ilişkin hürriyetten mahrum bırakma durumlarını da Sözleşme'nin 5 § 1 a) hükmü kapsamında değerlendirmekte ve AİHS'nin 5 § 3 hükmü anlamındaki tutukluluk süresinin hesabında dikkate almamaktadır (Birçok karar arasında

karara uymamaktan dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla hürriyetten mahrum bırakma" (bir mahkeme kararının ya da yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle hürriyetten mahrum bırakma) (AİHS m. 5 § 1 b)), "bir suç işlediği yönünde inandırıcı sebepler bulunan kişinin veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı hâlinde şüpheli ya da sanığın yetkili adlî merci önüne çıkarılması amacıyla özgürlüğünden yoksun bırakılması" (bir ceza soruşturması çerçevesinde özgürlükten yoksun bırakma) (AİHS m. 5 § 1 c)), "bir küçüğün gözetim altında eğitimi için, usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması" (bir küçüğün özgürlüğünden yoksun bırakılması) (AİHS m. 5 § 1 d)), "bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması" (belirli kategorideki kişilerin tutulması) (AİHS m. 5 § 1 e)), "usulüne aykırı olarak ülkeye giriş yapan kişinin alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin bulunması nedeniyle hukuka uygun olarak yakalanması veya tutulması" (yabancıların özgürlüklerinin sınırlandırılması) (AİHS m. 5 § 1 f)). İfade edilmelidir ki, bu istisnaî durumlarda dahi kişinin hürriyetinden mahrum bırakılabilmesi için, bu durumun öncelikle yasayla öngörülmüş olması³¹ ve uygulamanın usul ve esas açısından söz konusu yasal hükümlere uygun olması gerekir³².

Belirtilen altı durum özgürlük ve güvenlik hakkına getirilen istisnalar olup, taraf devletler, velev ki yasalarıyla açıkça öngörmüş olsalar da, bu istisnaların dışında herhangi bir şekilde bireyleri özgürlüğünden yoksun bırakamazlar³³.

özellikle bk. *Wemhoff v. Almanya*, no. 2122/64, 27 Haziran 1968, § 9 (The Law); *B. v. Avusturya*, no. 11968/86, 28 Mart 1990, § 36; *Kudła v. Polonya* [BD], § 104; *Solmaz v. Türkiye*, § 34; *Idalov v. Rusya* [BD], no. 5826/03, 22 Mayıs 2012, § 112).

31 Sözleşme'nin 5. maddesinin ilk paragrafında, bireyin [ancak] "yasal hükümlere uygun olarak" ("in accordance with a procedure prescribed by law" - "selon les voies légales") özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği açıkça ifade edilmiştir. Mahkeme, Sözleşme anlamında "yasal hükümlere uygun olma" ya da "yasallık" ifadesinin ulusal hukuka referans yaptığını açıkça belirtmiştir (Bk. *Nasrulloev v. Rusya*, no. 656/06, 11 Ekim 2007, § 70). Mahkeme'ye göre, "yasal hükümlere uygun olma" ifadesi, her özgürlükten yoksun bırakma durumunun iç hukukta yasal bir dayanağa sahip olmasını gerektirmektedir (*Amuur v. Fransa*, no. 19776/92, 25 Haziran 1996, § 50).

32 Özellikle bk. *Kemmache c. Fransa* (no. 3), no. 17621/91, 24 Kasım 1994, § 42; *Zokhidov v. Rusya*, no. 67286/10, 5 Şubat 2013, § 150. İlginç bir örnek için bk. *Iustin Robertino Micu v. Romanya*, §§ 90-97.

33 AİHS m. 5 § 1 hükmünde öngörülen istisnalar "sınırlandırıcı" bir şekilde sayıldığı için, söz konusu istisnaların dar yorumlanması, 5. maddenin "keyfi tutmaların önlenmesi" amacı ile de bağdaşır bir yorum yöntemi olur (Bk. *Quinn v. Fransa*, no. 18580/91, 22 Mart 1995, § 42; *Giulia Manzoni v. İtalya*, no. 19218/91, 1 Temmuz 1997, § 25; *K.-F. v. Almanya*, no. 25629/94, 27 Kasım 1997, § 70; *Labita v. İtalya* [BD], no. 26772/95, 6 Nisan 2000, § 170; *Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa* [BD], § 78).

Bu anlamda Sözleşme hükümleri ile uyumlu olabilmesi için, öncelikle taraf devletin ulusal hukukunun veya özgürlükten yoksun bırakmaya izin veren iç hukuk düzenlemelerinin, 5. maddede sınırları çizilen çerçeveye uygun olması gerekir³⁴. Diğer bir ifade ile, ulusal hukukta hürriyetten mahrum bırakmaya izin veren durumların, 5. maddede açıkça sayılan istisnalardan herhangi birinin kapsamına girmesi gerekir. Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen istisnalardan herhangi birinin kapsamına girmeyen her türlü özgürlükten yoksun bırakma durumu, velev ki iç hukukta yasayla öngörülmüş olsun, doğrudan AİHS'nin anılan hükmünün ihlaline yol açar.

Anlaşılabacağı üzere, en temel insan haklarından biri olan özgürlük ve güvenlik hakkının³⁵ güvence altına alındığı Sözleşme'nin 5. maddesi, bu anlamda AİHS'ye taraf devletlerin egemenliklerine muazzam bir sınırlandırma getirmiştir³⁶. Bu sınırlandırmanın temel amacı, *"bireyin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmasını önlemek, özgürlük ve güvenlik hakkını etkili bir şekilde korumak, güvence altına almak"*³⁷; *demokratik bir ülkede kamu otoriteleri tarafından gerçekleştirilebilecek keyfi tutmalara karşı bireyin fiziksel özgürlüğünü korumak*³⁸; *devletin keyfi müdahalelerine karşı bireyin özgürlüğünü güvence altına almaktır*³⁹.

Bir tutmanın Sözleşme'nin 5 § 1 hükmüne uygun olabilmesi için, ikinci olarak, tutmaya ilişkin pratiğin de ulusal yasalara *usul ve esas açısından* uygun olması gerekir; iç hukukun öngördüğü kurallara aykırı bir uygulama tek başına AİHS'nin 5 § 1 hükmünün ihlaline yol açar⁴⁰. Mahkeme, bu madde anlamında tutmaya izin veren iç hukuk hükümlerinin *yeteri derecede erişilebilir, açık, net ve*

34 Örnek olarak bk. *Baranowski v. Polonya*, no. 28358/95, 28 Mart 2000, §§ 50-58.

35 J. NIEMI-KIESILÄINEN, "Article 9", in A. EIDE, G. QLFREDSSON, G. MELANDER, L.A. REHOF, A. RESAS ve T. SWINEHART (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Oslo, Scandinavian University Press, 1993, s. 147.

36 Bu konuda benzer bir düzenlemeye yer veren BM Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi'nin 9. maddesi, AİHS'nin 5. maddesinden farklı olarak, hangi durumlarda kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanabileceğini açıkça öngörmüş değildir. Türkiye Cumhuriyeti'ni AİHS ile aynı derece bağlayan bu uluslararası Sözleşme, sadece *"yasayla öngörülen nedenlere ve usule uygun olarak"* bireyin hürriyetinden mahrum bırakılabileceği düzenlemesine yer vermiştir. Bu madde konusunda gbi. bk. O. de SCHUTTER, "Article 9", in E. DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques - Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011, s. 241-260. BM Genel Kurulu tarafından 1948 yılında kabul edilen ve belirtilen iki uluslararası antlaşma gibi bağlayıcılığı bulunmayan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 9. maddesi de *"hiç kimsenin keyfi olarak hürriyetinden mahrum bırakılamayacağı ve sınır dışı edilemeyeceği"* düzenlemesine yer vermekle yetinmiştir. Bu konuda bk. J. NIEMI-KIESILÄINEN, s. 147-158.

37 *Lawless v. İrlanda* (no. 3), § 14 (The Law); *Engel ve Diğerleri v. Hollanda*, nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 ve 5370/72, 8 Haziran 1976, § 58; *Guzzardi v. İtalya* [BD], no. 7367/76, 6 Kasım 1980, § 92; *Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa* [BD], § 73; *Creanga v. Romanya* [BD], no. 29226/03, 23 Şubat 2012, § 84.

38 *Kurt v. Türkiye*, § 122.

39 *Aksoy v. Türkiye*, no. 21987/93, 18 Aralık 1996, § 76.

40 Örnek olarak bk. *Bouamar v. Belçika*, no. 9106/80, 29 Şubat 1988, §49; *Scott v. İspanya*, no. 21335/93, 18 Aralık 1996, § 57.

uygulanmasının öngörülebilir olması gerektiğini değerlendirmektedir⁴¹. Özgürlük ve güvenlik hakkının temel varlık nedeninin keyfililiğin önlenmesi olduğu da hatırlandığında, hukuksal güvenlik ilkesi (*legal certainty - sécurité juridique*)⁴² bu hak açısından özel bir öneme sahiptir⁴³; Mahkeme'ye göre, özgürlükten yoksun bırakmanın söz konusu olduğu durumlarda, hukuksal güvenlik ilkesinin gereklerine uygun hareket etmek özellikle önemlidir⁴⁴.

Özel olarak Sözleşme'nin 5 § 1 c) hükmü açısından belirtilmelidir ki, bir ceza soruşturmasında özgürlükten yoksun bırakmaya dayanak oluşturan eylem ya da hareket, önceden kanunla düzenlenmiş bir suçun kapsamına girmelidir⁴⁵; yakalama, gözaltına alma ya da tutuklamaya dayanak oluşturan eylem, [AİHM'nin Sözleşme'nin 5 ve 6. maddeleri anlamında anladığı]⁴⁶ ceza kanunu anlamında bir suç olmalıdır. Yukarıda genel olarak belirtilen ilke bu hükmü de kapsadığı için, gözaltı ya da tutuklamaya dayanak oluşturan ceza hükmü "yeteri derecede erişilebilir, açık, net ve uygulaması öngörülebilir" olmalıdır⁴⁷.

Üçüncü olarak ise, taraf devletlerin yasal düzenlemelerinin AİHS'nin 5 § 1 hükmüne uygun olması ve tutmanın uygulamada usul ve esasa ilişkin ulu-

41 Özellikle bk. *Steel ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, no. 24838/94, 23 Eylül 1998, § 54; *Baranowski v. Polonya*, § 52; *Jecius v. Litvanya*, § 56.

42 Hukuksal güvenlik ilkesi konusunda gbi. bk. J. BOULOUIS, "Quelques observations à propos de la sécurité juridique", *Liber amicorum P. Pescatore*, 1987, s. 53-58; M. FROMONT, "Le principe de sécurité juridique", *AJDA*, 1996, numéro spécial *Droit administratif et droit constitutionnaire*, s. 179-184; A.-L. VALEMOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, t. 122, Paris, LGDJ, 2005.

43 P. LEACH, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2011, s. 240.

44 *Baranowski v. Polonya*, § 52.

45 M. MACOVEI, s. 24.

46 Mahkeme, "cezaî alanda kişiye karşı yöneltilmiş suçlama" kavramını, taraf devletlerin ulusal mercilerince bu kavrama yüklenen anlamla bağlı kalmadan, otonom bir şekilde yorumlamış (Bu konuda bk. M. ÖNCÜ, *La fonction publique et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2004, s. 14; F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2005, s. 34 vd.) ve ulusal hukukta ceza hukuku kapsamında değerlendirilen yargılamalara ek olarak, iç hukukta idarî suç (Öztürk v. Almanya, no. 8544/79, 21 Şubat 1984, § 50 vd.), vergi suç ve cezaları (*Bendenoun v. Fransa*, no. 12547/86, 24 Şubat 1994, §§ 46 ve 47; *Jussila v. Finlandiya* [BD], no. 73053/01, 23 Kasım 2006, §§ 30-38), gümrük hukuku (*Salabiaku v. Fransa*, no. 10519/83, 7 Ekim 1988, § 24; *Funk v. Fransa*, no. 10588/83, 25 Şubat 1993, §§ 38-44) ile rekabet hukuku çerçevesinde uygulanan cezalar (*Société Stenuit v. Fransa* [Kom. Kar.], no. 11598/85, 30 Mayıs 1991) ile disiplin suçu (*Engel ve Diğerleri v. Hollanda*, nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 ve 5370/72, 8 Haziran 1976, §§ 80-85; *Campbell ve Fell v. Birleşik Krallık*, nos. 7819/77 ve 7878/77, 28 Haziran 1984, § 73; *Ezeh ve Connors v. Birleşik Krallık* [BD], nos. 39665/98 ve 40086/98, 9 Ekim 2003, §§ 117-123) olarak nitelendirilen bazı durumları da, bir kısım ölçütleri karşılamaları kaydıyla, bu kavramın kapsamında değerlendirmiştir (Bk. P. LAMBERT, "La mise en oeuvre de la Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux administratif" in P. LAMBERT (dir.), *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, s. 240).

47 Bk. Dipnot 39.

sal yasal düzenlemelere uygun gerçekleşmesi, söz konusu tutmayı tek başına Sözleşme'nin 5. maddesine uygun kılmaz. Bütün bunlara ek olarak, tutmaya ilişkin söz konusu uygulamanın 5. maddenin "*keyfi özgürlükten yoksun bırakmalara karşı bireyi koruma*" amacına uygun olması gerekir⁴⁸. Ceza kanunlarının dar yorumlanması esas olduğu için, ceza hukuku anlamında yaptırım öngören bir yasa hükmünü geniş yorumlayıp, kişinin gözüaltına alınmasına ya da tutuklanmasına dayanak oluşturmak, belirtilen içtihadı aykırı olacağı gibi, keyfi bir uygulamaya yol açma ihtimali de çok yüksektir. Dolayısıyla, görüşte her şey kurallara uydurulmuş gibi görünse de, sırf keyfilik (*arbitrary detention - détention arbitraire*) nedeniyle Sözleşme'nin 5 § 1 hükmünün ihlal edilmesi ihtimali bulunmaktadır.

Kısaca, Sözleşme hükümleriyle uyumlu olabilmesi için, özgürlükten yoksun bırakmaya izin veren her durumun iç hukukta yasal bir dayanağa sahip olması⁴⁹ ve yasal düzenlemelerin de AİHS'nin 5. maddesi ile uyumlu olması gerekir⁵⁰. Diğer bir ifade ile, ulusal hukukta hürriyetten yoksun bırakmaya izin veren her düzenleme 5. maddenin 1. paragrafında öngörülen istisnâî durumlardan birinin kapsamına girmelidir. Ayrıca, her türlü tutma usul ve esasa ilişkin [ulusal] yasal hükümlere harfiyen uygun olarak uygulamaya geçirilmeli⁵¹ ve söz konusu uygulama 5. maddenin amacına aykırı olmamalıdır. Belirtildiği gibi, bu düzenlemenin temel varlık nedeni (*ratio legis*), "*bireyin fiziksel özgürlüğünün keyfi tutmalara karşı korunmasıdır*"⁵².

B. Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Kişiye Tanınan Hak ve Güvenceler (AİHS m. 5 §§ 2-5)

Mahkeme içtihatları dikkate alındığında, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. paragrafı özgürlüğün kural, yoksun bırakmanın istisna olduğunu öngörmüş

48 Örnek olarak bk. Çakıcı v. Türkiye [BD], no. 23657/94, 8 Temmuz 1999, § 104.

49 *Raninen v. Finlandiya*, no. 20972/92, 16 Aralık 1997, § 46. Belirtilen ifadedeki "*yasa*", Mahkeme'ye göre "*yeteri derecede erişilebilir, açık, net ve uygulaması öngörülebilir*" olmalıdır. Hürriyetten yoksun bırakmanın şartları, söz konusu yasalarda hiçbir tartışmaya yer vermeyecek şekilde açık olarak belirtilmiş olmalıdır. Sözleşme anlamında bir yasada bulunması gereken bu nitelikler, her türlü keyfi uygulama ihtimalini önlemenin ve hukuksal güvenlik ilkesini güvence altına almanın bir gereğidir (Özellikle bk. *Baranowski v. Polonya*, § 52; *Khudoyorov v. Rusya*, no. 6847/02, 8 Kasım 2005, § 125; *Nasrulloev v. Rusya*, § 71; *Mooren v. Almanya* [BD], no. 11364/03, 9 Temmuz 2009, §§ 72 ve 76; *Abdulkhakov v. Rusya*, no. 14743/11, 2 Ekim 2012, § 167; *Pyatkov v. Rusya*, no. 61767/08, 13 Kasım 2012, § 85.).

50 *Zokhidov v. Rusya*, § 151.

51 *Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa* [BD], § 120.

52 Özellikle bk. *Winterwerp v. Hollanda*, § 45; *Bozano v. Fransa*, § 54; *Benham v. Birleşik Krallık*, no. 19380/92, 10 Haziran 1996, § 40; *Chahal v. Birleşik Krallık* [BD], no. 22414/93, 15 Kasım 1996, § 118; *Lexa v. Slovakya*, no. 54334/00, 23 Eylül 2008, § 118. Ayrıca bk. P. WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2008, s. 117.

olup⁵³, bu maddenin diğer dört paragrafı özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye tanınan temel haklara veya güvencelere yer vermiştir⁵⁴. Bu haklar, “yakalanan kişiye, yakalama nedenlerinin ve kendisine yöneltilen suçlamaların en kısa sürede ve anladığı dilde bildirilmesi” (bilgilendirilme hakkı) (AİHS m. 5 § 2)⁵⁵, “suç işlediği şüphesiyle yakalanan herkesin derhal bir yargıç huzuruna çıkarılması ve tutuklu yargılanan her bireyin makul sürede yargılanması ya da serbest bırakılması” (gözetim ve tutuklama sürelerinin makul olması) (AİHS m. 5 § 3), “özgürlüğünden yoksun bırakılan herkesin, bu durumun yasallığını kısa sürede denetleyebileceği etkili bir yargısal yolun bulunması” (“*habeas corpus* güvencesi”) (AİHS m. 5 § 4)⁵⁶ ve “5. maddenin ilk dört paragrafında öngörülen güvence ya da haklardan herhangi birinin ihlâli durumunda tazminat talep edebilme” (tazminat hakkı) (AİHS m. 5 § 5)⁵⁷ haklarıdır.

Yakalanan kişiye derhal bu durumun nedenlerinin bildirilmesi zorunluluğunu öngören Sözleşme’nin 5 § 2 hükmü her ne kadar her türlü özgürlükten yoksun bırakma durumunda uygulanma imkânı bulsa da, bu güvencenin ceza soruşturmalarında özel bir önemi vardır. Gerçekten de suç işlediği iddiasıyla bir kişiyi yakalayıp gözetim altına almak için de en azından “inandırıcı şüphe ya da makul şüphenin varlığı” gerektiği için (AİHS m. 5 § 1 c)), suçlamaların ve nedenlerinin kişiye bildirilmesi, yakalama ve gözetim altına almanın hukukiliğini değerlendirme açısından önemlidir.

AİHS’nin 5 § 3 hükmü ise, Sözleşme’nin 5 § 1 c) hükmü çerçevesinde özgürlüğünden mahrum bırakılan kişiye iki ayrı güvence ya da hak sunmaktadır. Bunlardan ilki, suç işlediği yönünde makul şüphe olduğu için yakalanıp gözetim altına alınan kişinin derhal hâkim⁵⁸ huzuruna çıkarılmasını⁵⁹ (*azami gözetim*

53 *McKay v. Birleşik Krallık* [BD], no. 543/03, 3Ekim 2006, § 41. Mahkeme’ye göre, AİHS’nin 5. maddesinden özgürlük lehine bir karine doğmaktadır (*Bykov v. Rusya* [BD], no. 4378/02, 10 Mart 2009, § 61).

54 Benzer güvencelere BM Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi’nin 9. maddesi de yer vermiştir.

55 AİHS’nin 5 § 2 hükmü anlamında bilgilendirme hakkı sadece suç işlediğinden şüphelenilerek yakalananlara tanınan bir hak olmayıp, Sözleşme’nin 5 § 1 hükmünde öngörülen ve özgürlükten yoksun bırakmaya izin verilen her istisnâ durumunda uygulanan bir güvencedir (*Van der Leer v. Hollanda*, no. 11509/85, 21 Şubat 1990, §§ 27-29). AİHS’nin 5 § 2 hükmü konusunda ayrıca bk. R. de GOUTTES, “Article 5 § 2”, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX ve P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l’homme - Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, s. 203-210.

56 Sözleşme’nin 5 § 4 hükmü konusunda bk. R. KOERING-JOULIN, “Article 5 § 4”, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX ve P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l’homme - Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, s. 229-233.

57 Sözleşme’nin 5 § 5 hükmü konusunda bk. R. KOERING-JOULIN, “Article 5 § 5”, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX ve P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l’homme - Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, s. 235-238.

58 AİHS’nin 5 § 3 hükmü anlamında “hâkim” kavramı hususunda özellikle bk. M.W. JANIS, R.S. KAY ve A.W. BRADLEY, s. 681 vd.

59 Yakalama ve gözetim altına almanın Sözleşme’deki tek amacı (AİHS m. 5 § 1 c)), ilgilinin hâkim huzuruna çıkarılmasını sağlamaktır (Örnek olarak bk. *Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa* [BD],

süresi) güvence altına almaktadır. İkincisi ise, ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş olsa da, [esasa ilişkin] bir hüküm ya da karar öncesi tutuklanan kişinin “makul sürede yargılanmasını” ve “tutukluluk süresi makul olmaktan çıktığı anda”⁶⁰, serbest bırakılıp tutuksuz yargılanmasını koruma altına almaktadır (tutukluluk süresinin sınırlandırılması güvencesi)⁶¹. Diğer bir ifade ile, AİHS’nin 5 § 3 hükmü, bir taraftan keyfi tutma ve/veya kötü muamele riskini önlemek amacıyla, suç şüphesiyle yakalama ve gözaltına alınan kişinin “derhal” (*promptly - aussitôt*) bir hâkimin huzuruna çıkarılmasını, bir yargıcın müdahalesini ve denetimini zorunlu kılar (gözaltına ilişkin güvence), diğer taraftan da, hakkında ceza soruşturması yürütülen kişinin, hüküm öncesi uzun süre tutukevinde kalmasını önleyen bir güvenceye (tutukluluğa ilişkin güvence) yer vermiştir⁶². Kısaca, Sözleşme’nin 5 § 3 hükmü, azami gözaltı süresi⁶³ ile tutuklama süresinin makullüğü konularında temel iki güvenceye yer vermiş⁶⁴, yürütme (yakalama ve gözaltına alma) ve yargı (tutuklama) tarafından bireylerin özgürlüklerinden makul olmayan bir süre mahrum bırakılmalarını önleyici bir koruma sistemi öngörmüştür. Başlıktan da anlaşılacağı üzere, bu makalenin temel ilgi alanını da, tutukluluk süresine ilişkin belirtilen güvence ve bu konudaki AİHM içtihatları oluşturmaktadır.

Sözleşme’nin 5 § 4 hükmü ise, AİHS’nin 5 § 1 hükmünde öngörülen her türlü tutma durumunda, hatta tamamen bu durumların dışında kalan özgürlük-

§§ 117-132. Ayrıca bk. J. VELU ve R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, § 326; J.-L. CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l’homme*, Paris, LexisNexis SA, 2005, § 165; D. TEZCAN, M.R. ERDEM, O. SANCAKDAR ve R.M. ÖNOK, s. 184). Dolayısıyla, delilleri karartma riski yoksa, arama tedbirine başvurulmayacak ise, somut olayın özellikleri dikkate alındığında kaçma şüphesinin olmadığı da öngörülebiliyor ise ve ifadeye çağırma gibi şüpheliyi hâkim huzuruna çıkarmak için daha orantılı tedbirler öngörülmüş ise, öncelikle bu türden tedbirlere başvurmak, bu hükmün temel amacıyla da daha uyumlu ve orantılı olur.

60 Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin 5 § 3 hükmünün tutukluluk süresine ilişkin ikinci güvencesi, “makul sürede yargılama” seçeneği ile “serbest bırakma” seçeneği arasında ulusal yargı organlarına bir seçim yapma imkânı sunmamaktadır. Tutuklu yargılanan kişi mahkûm olacağı ana kadar masum sayılmalı ve “tutukluluk makul olmaktan çıktığı” ya da “olayın kendine özgü koşulları özgürlüğün kısıtlanmasını meşru olmaktan çıkardığı” anda ilgili serbest bırakılmalıdır (*Neumeister v. Avusturya*, no. 1936/63, 27 Haziran 1968, § 4 (The Law); *Aquilina v. Malta* [BD], § 47; *McKay v. Birleşik Krallık* [BD], § 41; M. de SALVIA, s. 161).

61 Bu konuda özellikle bk. K. REID, *A practitioner’s guide to the European Convention on Human Rights*, London, Sweet & Maxwell, 2012, s. 617;

62 M. PICARD ve P. TITIUN, “Article 5 § 3”, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX ve P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l’homme - Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, s. 211.

63 AİHM’nin bu konudaki yerleşik içtihatlarına göre, organize suçlulukla mücadeleyle ilişkin soruşturmalar dâhil, gözaltı süresi dört günü geçmemelidir (*Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* [BD], § 62; *McKay v. Birleşik Krallık* [BD], §§ 33 ve 47; İpek ve Diğerleri v. Türkiye, § 36; *Fikri Yakar v. Türkiye*, no. 23639/10, 22 Mayıs 2012, § 32). Aksi halde Sözleşme’nin 5 § 3 hükmünün gözaltı süresine ilişkin söz konusu güvencesi ihlal edilmiş olur.

64 Sözleşme’nin 5 § 3 hükmü birbirinden farklı iki güvence öngörmekte olup, bu iki güvencenin görünüşte mantiken ve zaman açısından birbiriyle hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır (*T.W. v. Malta* [BD], § 49; *Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa* [BD], § 119).

ten yoksun bırakma hâlinde de⁶⁵, tutulan kişiye bu durumun hukuka uygunluğunu denetleyebileceği etkili ve yargısal bir “başvuru yolu”⁶⁶, *habeas corpus* güvencesi tanımaktadır. Bu düzenleme, bir tutma keyfi ise, söz konusu keyfiliğe son verme açısından tutulan kişiye çok önemli bir güvence sunmaktadır. AİHM kararları incelendiğinde, bu türden bir başvuru yolunda ve talebi inceleyecek yargı organında bulunması gereken nitelik ve özellikler şu şekilde belirtilebilir: *habeas corpus* güvencesi yargısal bir nitelik taşımali ve somut olayın koşullarına uygun güvenceler sunmalıdır⁶⁷; denetim hukuka uygunluk (*lawfulness - régularité*) denetimi olmalı⁶⁸, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun bir yargılama yapılmalı⁶⁹, yargılama makul aralıklarla tekrarlanmalı⁷⁰ ve kısa sürede sonuçlandırılmalıdır⁷¹; Sözleşme’nin 5 § 1 c) hükmü kapsamındaki (ceza soruşturmaları çerçevesindeki) tutuklamalarda,

65 *Habeas corpus* güvencesinin temel varlık nedeni, keyfi tutmalara son verecek etkili bir yargısal başvuru yolu sunmak ve AİHS’nin 5 § 1 hükmündeki istisnaların hiçbirinin kapsamına girmeyen her türlü tutmanın da tamamen yasa dışı (*illegal*) tutma olduğu dikkate alındığında, söz konusu keyfi tutmaya da ancak yargısal bir başvuru usulü sonucu verilecek kararlar son verilebilir.

66 *Habeas corpus* güvencesi ancak bir başvuru üzerine, bir talebin varlığı hâlinde uygulanma imkânı bulur; hiçbir başvuru olmadan, tutukluluğun hâkim tarafından aylık mutad incelenip uzatılması, bu güvencenin kapsamı dışındadır (*Knebl v. Çek Cumhuriyeti*, no. 20157/05, 28 Ekim 2010, § 76; *Altınok v. Türkiye*, § 39; *Gazi Güder v. Türkiye* [k.k.], no. 24695/09, 30 Nisan 2013, § 58). Oysa Sözleşme’nin 5 § 3 hükmünde öngörülen “yakalama sonrası derhal hâkim huzuruna çıkarılma güvencesi”, ki bu durum gözaltına alma işlemine son verir, re’sen uygulanma imkânı bulan bir yargısal güvence sunmaktadır; bu açıdan şüphelinin talebine ihtiyaç yoktur (*Aquilina v. Malta* [BD], §53; *Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa* [BD], § 122).

67 *Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan*, no. 24760/94, 28 Ekim 1998, §§ 101-102; *Erişen ve Diğerleri v. Türkiye*, no. 7067/06, 3 Nisan 2012, § 51.

68 Mahkeme’ye göre, AİHS m. 5 § 4 anlamındaki denetim, özgürlükten yoksun bırakmaya ilişkin iç hukukta öngörülen usul ve esasa ilişkin kurallara uygun davranılıp davranılmadığı denetimini gerektirmektedir (*Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, § 65). Bu açıdan, *habeas corpus* güvencesi, hâkime tutukluluğun devamının leh ve aleyhindeki koşulları incelemeyi, tutukluluğu meşru kılan nedenlerin varlığı hususunda hukuki kriterlere uygun bir şekilde karar vermeği ve söz konusu nedenlerin yokluğu hâlinde ilgiliyi serbest bırakmayı empoze etmektedir (*İrlanda v. Birleşik Krallık*, no. 5310/71, 18 Ocak 1978, § 199; *T.W. v. Malta* [BD], § 41; *Aquilina v. Malta* [BD], §47; *Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa* [BD], § 124).

69 *Nikolova v. Bulgaristan* [BD], no. 31195/96, 25 Mart 1999, § 58; *Wloch v. Polonya*, no. 27785/95, 19 Ekim 2000, §§ 129-131; *Soipsta v. Letonya*, no. 66820/01, 9 Mart 2006, §§ 129 ve 137; *Çatal v. Türkiye*, no. 26808/08, 17 Nisan 2012, §§ 34 ve 35. AİHM kararları ışığında çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri konusunda bk. M. ÖNCÜ, “AİHS’nin 6. Maddesinin 1. Paragrafının Kapsamı ve Bu Hükümde Güvence Altına Alınan Bazı Temel Hak ve İlkeler”, in M. SAĞLAM, S. GÜLENER ve R. KAPLAN (ed.), *Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları*, C. II, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2014, s. 677 vd.

70 *Bezicheri v. İtalya*, no. 11400/85, 25 Ekim 1989, § 21; *T. v. Birleşik Krallık* [BD], no. 24724/94, 16 Aralık 1999, § 118.

71 AİHS m. 5 § 4 anlamındaki yargılama, tutulan kişilerin haklarında kısa bir sürede karar verilmesini talep etme ve tutmanın hukuka aykırı olduğu durumda salıverilme hakları vardır (*Baranowski v. Polonya*, § 68). Kısa süre kavramı konusunda özellikle bk. *Sanchez-Reisse v. İsviçre*, no. 9862/82, 21 Ekim 1986, §§ 55-61; *Sakık ve Diğerleri v. Türkiye*, nos. 23878/94, 23879/94, 23880/94, 23881/94, 23882/94 ve 23883/94, 26 Kasım 1997, §§ 51-54; *Rehbock v. Slovenya*, no. 29462/95, 28 Kasım 2000, § 84; *Kadem v. Malta*, no. 55263/00, 9 Ocak 2003, §§ 53 ve 54; *İdalov v. Rusya* [BD], §§ 154-158.

tutuklu olan kişi makul aralıklarla dinlenilmeli⁷² ve hakkında verilen kararlar gerekçeli olmalıdır⁷³. Talebi inceleyen organ, her ne kadar adil yargılanma hakkını koruma altına alan AİHS'nin 6. maddesindeki güvencelerin tamamına sahip olmak zorunda olmasa da⁷⁴, bağımsızlık ve tarafsızlık⁷⁵ ile, kanunla kurulmuş olma (doğal hâkim güvencesi)⁷⁶ gibi temel yargıs niteliklerle donatılmış olmalıdır. Söz konusu yargılamada mahkemeye erişim hakkı⁷⁷, avukat yardımından yararlanma hakkı⁷⁸, tanık dinletebilme ve tanığı sorguya çekebilme hakkı⁷⁹ gibi güvenceler koruma altına alınmalıdır; yargı organı sadece tavsiye niteliğinde görüş açıklama yetkisiyle donatılmış olmamalı, hukuka aykırılık hâlinde kişinin serbest bırakılmasına karar verme yetkisine de sahip olmalıdır⁸⁰. Sonuç olarak, ilgili, hâkim tarafından etkili bir şekilde dinlenilme-

72 *Schöps v. Almanya*, no. 25116/94, 13 Şubat 2001, § 44; *Jurjevs v. Letonya*, no. 70923/01, 15 Haziran 2006, § 57; *Saghinadze ve Diğerleri v. Gürcistan*, no. 18768/05, 27 Mayıs 2010, § 150; *Knebl v. Çek Cumhuriyeti*, § 88; *Erişen ve Diğerleri v. Türkiye*, §§ 51-54; *Mahmut Öz v. Türkiye*, no. 6840/08, 3 Temmuz 2012, §§ 43-45. Ancak belirtilmelidir ki, makul aralıklarla dinlenilme hakkı, kamuya açık bir duruşmayı gerektirmemektedir; önemli olan şüpheli ya da sanık ve/veya avukatının hâkim tarafından [meramını etkili olarak anlatmasına izin verir şekilde] dinlenilmesidir (*Reinprecht v. Avusturya*, no. 67175/01, 15 Kasım 2005, §§ 38-41; *Knebl v. Çek Cumhuriyeti*, § 81).

73 Örnek olarak bk. *Tymoshenko v. Ukrayna*, no. 49872/11, 30 Nisan 2013, §§ 276-282. Bir mahkeme kararının gerekçeli olması, yargılamanın tarafı olan kişinin hukuki dinlenilme hakkının gereklerinin karşılanması açısından da önem arz etmektedir (Hukuki dinlenilme hakkı hususunda özellikle bk. M. ÖZEKES, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara, 2003).

74 *Reinprecht v. Avusturya*, § 39; *Altınok v. Türkiye*, § 45.

75 Bağımsızlık ve tarafsızlık bir mahkemenin temel kurucu unsurlarından, olmazsa olmazlarından (De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, § 78; D.N. v. İsviçre [BD], no. 27154/95, 29 Mart 2001, §§ 39-57).

76 Mahkeme'ye göre, "Sözleşme'nin ayrılmaz bir parçası olan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlandığında, "mahkemeler" her zaman kanunla kurulmuş olmayı gerektirir. (...), AİHS'nin 5 § 4 hükmü anlamındaki "mahkeme" de kanunla kurulmuş olmalıdır; aksi halde, demokratik bir toplumda kişiyi yargılamak için ihtiyaç duyduğu meşruiyetten yoksun olur (*Lavents v. Letonya*, no. 58442/00, 28 Kasım 2002, § 81).

77 Mahkeme'ye göre, tutulan kişinin mahkemeye erişim hakkı ve kendisinin veya temsilcisi aracılığıyla dinlenilme hakkı güvence altına alınmalıdır (*Megyeri v. Almanya*, no. 13770/88, 12 Mayıs 1992, § 22; *V. v. Birleşik Krallık* [BD], no. 24888/94, 16 Aralık 1999, §§ 121 ve 122; D.N. v. İsviçre [BD], § 42; *Stanev v. Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17 Ocak 2012, §§ 172-178).

78 *Kampanis v. Yunanistan*, no. 17977/91, 13 Temmuz 1995, § 47.

79 *Nikolova c. Bulgaristan* [BD], § 58; *Reinprecht v. Avusturya*, § 31, *Svipsta c. Letonya*, § 129; *Prehn v. Almanya* [k.k.], no. 40451/06, 24 Ağustos 2010. Prof. Dr. Feridun Yenisey Hoca'nın yerinde olarak ifade ettiği gibi, *habeas corpus* yargılamasında tanıklık, sadece tutukluluğun devamının gerekip gerekmediğine ilişkin argümanların yerindeliği hususuyla sınırlı bir tanıklık olmalıdır; yargılamanın esasına ilişkin değil. Bu çerçevede, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut bulguların gerçekliği (Bu durumda yargılamanın esasına girilme ihtimali yüksektir.), tutuklama veya devamı kararlarının gerekçesinde gösterilen tutuklama neden(-ler)i ve tutukluluğa alternatif tedbirlerin yerinde olup olmadığı hususlarında tanıklık yeterli olacaktır. AİHM'ye göre de, Sözleşme'nin 5 § 4 hükmü anlamındaki yetkili mahkeme, sadece iç hukuktaki usule ilişkin kurallara uygun davranılıp davranılmadığını incelemekle yetinmemeli, ayrıca tutmaya dayanak oluşturan şüphelerin makul olup olmadığını ve yakalama ve devam eden tutmanın amacının meşru olup olmadığını da incelemelidir (*Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, §65; *Jecius v. Litvanya*, §100).

80 *Weeks v. Birleşik Krallık*, no. 9787/82, 2 Mart 1987, § 61; *Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan*, §§ 146

li⁸¹, *habeas corpus* yargılaması kişiye teori ve pratikte makul bir başarı şansı ya da ümidi sunmalıdır; aksi halde söz konusu başvuru yolu etkili ve tüketilmesi zorunlu bir başvuru yolu olarak değerlendirilmeyecektir⁸². Salıverilme anlamında makul başarı şansı ya da ümidinin değerlendirilmesinde, yetkili yargı organlarının uygulamaları, ret gerekçelerindeki ikna edicilik, gerekçenin basma-kalıp olup olmaması, şüpheli tarafından ileri sürülen ve tutuklama ya da devamı kararındaki gerekçeyi tartışmalı kılan ya da çürüten argümanlara gerekçede verilen cevaplar (etkili dinlenilme hakkının gerekçelerinin karşılanıp karşılanmadığı) ile tutulan kişilerin serbest bırakılma taleplerine olumlu cevap verilmesi hususundaki istatistikler özel bir öneme sahiptir.

Son olarak AİHS'nin 5 § 5 hükmüne kısaca değinilecek olursa, bu hüküm, 5. maddenin ilk dört paragrafındaki düzenlemelerden herhangi birinin ihlali halinde, ilgiliye bu durumun telafisine imkân verecek bir tazminat ödenmesini öngörmektedir. Ceza soruşturmaları ile ilgili olarak belirtilecek olursa, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141 ve 142. maddelerinde öngörülen tazminat yolunun etkili bir yol olarak değerlendirilebilmesi açısından⁸³, ulusal yargı organlarınca hükmedilecek tazminat miktarının, olayın özellikleri de dikkate alınarak, benzer durumlarda AİHM tarafından hükmedilen tazminat miktarına denk veya [en azından] yakın olmasında yarar vardır.

II. AİHM Kararlarında Tutuklama Tedbiri Açısından Makul Süre

A. Makul Sürenin Değerlendirilmesinde Dikkate Alınan Unsurlar ve Genel İlkeler

Yukarıda kısaca ifade edildiği gibi, bir tutukluluk süresinin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde, AİHM'nin dikkate aldığı bazı veri, kriter ve ilkeler bulunmaktadır. Dolayısıyla, tutuklama tedbiri açısından makul süre konusunun anlaşılabilmesi açısından, öncelikle bu veri, ölçüt ve ilkelere değinmekte yarar bulunmaktadır; aksi halde AİHM'nin benzer tutukluluk sürelerine ilişkin farklı başvurularda neden bazen söz konusu süreyi makul bulduğu halde, diğer bazı başvurularda Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün ihlal edildiğine karar verdiği anlaşılamaz.

Öncelikle ifade edilmelidir ki, AİHS'nin 5 § 3 hükmü tutukluluk süresine

et 149; *Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa* [BD], § 124.

81 *Knebl v. Çek Cumhuriyeti*, § 81.

82 *Koştı ve Diğerleri v. Türkiye*, § 30; *Erdal Aslan v. Türkiye*, nos. 25060/02 ve 1705/03, 2 Aralık 2008, § 121; *Şineoğlu ve Diğerleri v. Türkiye*, nos. 4020/07, 4021/07, 9961/07 ve 11113/07, 13 Ekim 2009, § 22.

83 CMK'nın 141 ve 142. maddelerinde öngörülen iç hukuk yolunun etkililiği hususundaki AİHM kararları için özellikle bk. *Kürüm v. Türkiye*, no. 56493/07, 26 Ocak 2012, §§ 20 ve 21; *Şefik Demir v. Türkiye* [k.k.], no. 51770/07, 16 Ekim 2012, §§ 20-35; *Cüneyt Polat v. Türkiye*, no. 32211/07, 13 Kasım 2014, §§ 46-54.

ilişkin herhangi bir üst sınır öngörmüş olmadığı gibi, bir tutukluluk süresinin makul olup olmadığı Mahkemece soyut bir şekilde (*in abstracto*) de değerlendirilmemektedir⁸⁴. AİHM, her “*somut olayın kendine özgü koşullarını*” dikkate alarak, “*somut olayın özellikleri ışığında*” söz konusu tutukluluk süresinin makul olup olmadığına hükmetmektedir⁸⁵.

Herhangi bir yargılamada kesintiye uğramış birden fazla tutukluluk süresi varsa, AİHM’ye yapılacak başvurularda aranan altı ay kuralına saygı gösterilmiş olması kaydıyla⁸⁶, Mahkeme bütün bu süreleri toplayarak, toplam tutukluluk süresini hesaplamakta ve ister kesintiye uğramış isterse uğramamış olsun, “*tutukluluk süresini bir bütün olarak dikkate alarak*”, bu sürenin makul olup olmadığını değerlendirmektedir⁸⁷.

Bir tutukluluk süresinin makul olup olmadığı hususunda AİHM özellikle üç aşamalı bir inceleme yapmaktadır. Bunlar, sırasıyla, inandırıcı ya da makul şüphenin bulunup bulunmadığının ve varlığını sürdürüp sürdürmediğinin araştırılması, tutuklamayı meşru kılan ve kişinin özgürlüğüne ve masumiyet karinesinden yararlanma hakkına üstün gelen gerçek bir kamu yararı gereğinin (tutuklama nedenlerinden [en az] birinin) bulunup bulunmadığının araştırılması ve sürenin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınan kriterlerin somut olaya uygulanmasıdır.

AİHM içtihatlarına göre, bir kişinin suç işlediği yönünde “*inandırıcı neden ya da makul şüphenin varlığı*”, tutuklama açısından “*olmazsa olmaz*” bir koşuldur⁸⁸. Bir ceza soruşturması kapsamında, inandırıcı suç şüphesi olmadan bir kişi asla tutuklanamaz; aksi halde Sözleşme’nin 5 § 1 hükmü ihlal edilmiş olur. AİHS’nin 5 § 1 c) hükmü, hem yakalama ve gözaltı, hem de tutuklama için “*inandırıcı veya makul şüphe*” şartını aynı cümlede kullanmış olsa da, yakalama ve gözaltına almak için gerekli olan şüphelerin [asgarî] yoğunluğu ile, tutuklama için gerekli şüphelerin [minimum] yoğunluğu aynı değildir; tutuklama için gerekli olan suç şüphesinin [asgarî] yoğunluğu, yakalama ve gözaltına almaya oranla daha fazla olmalıdır. Yakalama ve gözaltına almanın kişinin özgürlüğü üzerindeki etkisi ile tutuklamanın etkisi farklı olduğu gibi,

84 Özellikle bk. *McKay v. Birleşik Krallık* [BD], § 45; *Khayredinov v. Ukrayna*, no. 38717/04, 14 Ekim 2010, § 38.

85 Bu konuda birçok karar arasında örnek olarak bk. *Labita v. İtalya* [BD], § 152; *Klamecki v. Polonya*, no. 25415/94, 28 Mart 2002, § 74.

86 Özellikle bk. *İdalov v. Rusya* [BD], §§ 110-135. Belirtilmelidir ki, Sözleşme’de değişiklik öngören 15. No.lu Protokol’ün (m. 4) yürürlüğe girmesi ile, iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra azami altı aylık başvuru süresi, *dört ay* olarak değişecektir (15 No.lu Protokol için bk. http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf).

87 *Solmaz v. Türkiye*, §§ 36 ve 37; *Cahit Demirel v. Türkiye*, § 23; *Dirdizov v. Rusya*, no. 41461/10, 27 Kasım 2012, § 105; *Polonskiy v. Rusya*, no. 30033/05, 19 Mart 2009, § 132; *Gubkin v. Rusya*, no. 36941/02, 23 Nisan 2009, § 134.

88 Örnek olarak bk. *Stögmüller v. Avusturya*, no. 1602/62, 10 Kasım 1969, § 4 (The Law); *Labita v. İtalya* [BD], §§152 ve 153; *Ilijkov v. Bulgaristan*, no. 33977/96, 26 Temmuz 2001, § 77.

her iki tedbirin [gerçekteki] amacı⁸⁹ ve hukuki nitelikleri farklı olduğu için, bu tedbirlere başvururken gerekli olan şüphenin [minimum] yoğunluk derecesi de doğal olarak farklı olacaktır⁹⁰. Ancak belirtilmelidir ki, tutuklama için yeterli olan şüphe, yakalama ve gözaltına almak için her zaman yeterli olabilirken, gözaltına almak için yeterli olan şüphe, tutuklama tedbirine başvurmak için her zaman yeterli olmayabilir. Bu çerçevede, yakalama ve gözaltına almak için yeterli olmayan şüphenin, tutuklama için de yeterli olmayacağı açıktır⁹¹.

AİHM'ye göre, bir kişiyi tutuklamak için inandırıcı suç şüphesinin varlığı *olmazsa olmaz* bir koşul olduğu gibi, tutukluluğun devamı açısından da inandırıcı şüphelerin varlığını sürdürmesi olmazsa olmazdır⁹². Başlangıçta makul şüphenin varlığı yeterli olsa da, tutukluluğun devamının hukuka uygunluğu (*lawfulness - régularité*) da makul şüphenin varlığını sürdürmesine bağlıdır⁹³. “İnandırıcı ya da makul şüphe”, “suçlanan kişinin üzerine atılı suçu işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olay, olgu, veri ya da bilgi(-ler)nin varlığını gerektirmektedir”⁹⁴. İnandırıcı şüphenin varlığı ortadan kalktığı anda, ilgili derhal serbest bırakılmalıdır. Şüphelerin ortadan kalkmasına rağmen tutukluluğun devamına karar verilmesi, Sözleşme'nin 5 § 1 veya 5 § 3 hükmünün ayrı ayrı ya da her iki hükmün birlikte ihlaline yol açar⁹⁵.

89 Belirtilmelidir ki, Sözleşme'ye göre, sadece bir ceza soruşturması çerçevesinde başvurulabilecek olan yakalama ve gözaltına alma ile tutuklama tedbirlerinin tek amacı vardır: özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiyi yetkili yargı mercii önüne çıkarmak; bu amacın dışında bu tedbirlere başvurulamaz. Bu ifadede belirtilmek istenen amaç, belirtilenlerden ziyade, ceza soruşturmalarında gerçekte bu tedbirlere başvurma amacı olup, bunlar hukukçularca malumdur.

90 J.A. GARCIA ve A.Q. JIMENEZ, “European Convention - Protection of the Rights to Liberty and Security: A Minimum European Standart (Art 5 ECHR)”, in J.G. ROCA ve P. SANTOLA-YA (ed.), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Lieden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, s. 114. Hatta inandırıcı ya da makul şüphe açısından başlangıçta yakalama ve tutuklama için yeterli olan bulgular, tutukluluğun ileri aşamalarında yeterli olmayabilir (*Urtans v. Letonya*, §§ 31-39). Dolayısıyla, tutuklamanın devamına karar veren hâkim, dosyadaki delillerin karar anında “*inandırıcı suç şüphesi*” için yeterli olup olmadığını, soruşturma veya yargılamanın ulaştığı aşamayı (olayın karar anındaki özelliklerini) da dikkate alarak, değerlendirmek zorundadır.

91 Örnek olarak bk. *Ilgar Mammadov v. Azerbaycan*, no. 15172/13, 22 Mayıs 2014, §§ 87-101.

92 *McKay v. Birleşik Krallık* [BD], § 45. Büyük Daire bu kararda “*makul şüphenin varlığının*” belirli bir süreyi aşmayan tutukluluğu meşru kıldığını şu şekilde ifade etmiştir: “*For at least an initial period, the existence of reasonable suspicion may justify detention (...)*” - “*Au moins pendant une période initiale, l'existence de soupçons raisonnables peut justifier la détention, (...)*” (§ 45).

93 *Kudla v. Polonya* [BD], § 111; *Labita v. İtalya* [BD], § 153; *Piruzyan v. Ermenistan*, no. 33376/07, 26 Haziran 2012, § 93.

94 Özellikle bk. *Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık*, no. 12244/86, 12245/86 ve 12383/86, 30 Ağustos 1990, § 32; *O'Hara v. Birleşik Krallık*, no. 37555/97, 16 Ekim 2001, § 34; Çelik ve Yıldız v. Türkiye, no. 51479/99, 10 Kasım 2005, § 20; *Korkmaz ve Diğerleri v. Türkiye*, no. 35979/97, 21 Mart 2006, § 24; *Süleyman Erdem v. Türkiye*, no. 49574/99, 19 Eylül 2006, § 37.

95 *Stögmüller v. Avusturya*, § 4 (The Law). Ayrıca bk. M. de SALVIA, s. 144 vd.

İnandırıcı suç şüphesinin varlığı, kişinin *tutuklanmasına karar verildiği andaki* dosya içeriği (olayın koşulları ve somut deliller) ve tutuklamaya gerekçe gösterilen suçlama dikkate alınarak değerlendirilir. Diğer bir ifade ile, şüphelerin inandırıcılığı, yakalama, gözaltına alma, tutuklama, tahliye talebinin veya itirazın reddi gibi [her] karar anındaki somut bulgular ve koşullar göz önünde bulundurularak değerlendirilir⁹⁶. Sonradan ortaya çıkacak deliller, geçmişteki bir tutuklama kararı açısından, makul şüphenin varlığını ispatlamak için somut bulgu olarak gösterilip, tutuklamanın hukuka uygunluğuna dayanak oluşturamaz; makul şüphenin değerlendirilmesinde, sadece karar anında bilinen somut delil ve bilgiler dikkate alınır.

İnandırıcı ya da makul şüphe açısından, soruşturma organları öncelikle isnat edilen suçun [kurucu] unsurlarının somut olayda oluşup oluşmadığını dikkate almalıdır. Atılı suçun unsurlarından herhangi birinin bulunmadığı bir durumda, ortada ceza hukuku anlamında herhangi bir suç bulunmayacağı için, inandırıcı suç şüphesinin varlığından da bahsedilemez⁹⁷. Anlaşılabileceği üzere, tutuklamaya gerekçe gösterilen suçun unsurlarından herhangi birinin oluşmadığı açık iken şüphelinin tutuklanması, AİHM'nin 5 § 1 c) hükmü ile Anayasa'nın 19. maddesinin amir hükmü dikkate alındığında, ki Anayasa'nın bu hükmü tutuklama için "*kuvvetli suç şüphesinin varlığını*" aramaktadır, iç hukukta yasal dayanağı olmayan, tamamen keyfi bir *tutma* (tutuklama değil) olur. AİHM'ye göre, mahkûmiyet öncesi kişilerin yakalanma ve tutulmalarının "*inandırıcı suç şüphesine dayandırılması zorunluluğu*", keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakmalara karşı çok temel bir güvence sunmaktadır⁹⁸.

Şüpheli ya da sanığın tutuklanabilmesi için başlangıçta makul şüphenin varlığı yeterli olsa da, belirli bir sürenin ötesine geçen tutukluluğun devam ettirilebilmesi için makul şüphenin varlığını sürdürmesine ek olarak, Sözleşme'nin 5. maddesinde güvence altına alınan özgürlük ve güvenlik hakkına üstün gelen gerçek bir kamu yararı gereğinin de bulunması gerekir⁹⁹. Söz konusu kamu yararı gerekleri, ulusal yargı organlarının kararlarında gösterilen

96 Özellikle bk. *Nielson v. Danimarka* [Kom. Kar.], no. 343/57, 6 Temmuz 1959; *N.M. v. Avusturya* [Kom. Kar.], no. 1936/63, 6 Temmuz 1964; *X. v. Belçika* [Kom. Kar.], nos. 5351/72 6579/74, 18 Temmuz 1974. Ayrıca bk. M.W. JANIS, R.S. KAY ve A.W. BRADLEY, s. 652; J.A. GARCIA ve A.Q. JIMENEZ, s. 114.

97 AİHM, Bulgaristan eski Başbakanı tarafından yapılan bir başvuruda, atfedilen eylemlerin Bulgar iç hukukunda herhangi bir suçun kapsamında olmadığını ve dolayısıyla tutuklamaya gerekçe gösterilen [atılı] zimmet suçunun unsurlarının ("*kendisi veya üçüncü bir kişiye menfaat temin etme*" unsurunun) somut olayda oluşmadığını tespit ederek, Sözleşme'nin 5 § 1 hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir (*Lukanov v. Bulgaristan*, §§ 41-46. Bu karar konusunda daha ayrıntılı bilgi için bk. O. DOĞRU ve A. NALBANT, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar, Ankara, 2012, s. 379 vd.).

98 Bk. *Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık*, § 32; *Stepuleac v. Moldova*, no. 8207/06, 6 Kasım 2007, § 68.

99 Özellikle bk. *Labita v. İtalya* [BD], § 152.

ve tutukluluğun devamına gerekçe oluşturan “*tutuklama nedenleri*”dir. Sözleşme’ye taraf devletlerin ulusal hukuklarında öngördükleri ve yerel mahkemelerin tutuklama kararlarında yer verdikleri söz konusu tutuklama nedenleri, *kaçma şüphesi*, “[delilleri karartma ya da sanık veya tanıklara baskı yapma gibi] *adaletin ve yargının işleyişine müdahale riski, yeniden suç işleme tehlikesi ve kamu düzeninin bozulması riskidir*¹⁰⁰. Bunlar, belirli bir tutuklama süresinin makul olup olmadığına ilişkin incelemede AİHM tarafından dikkate alınan dört temel tutuklama nedenidir¹⁰¹.

Anlaşılabacağı üzere, tutuklamayı meşru kılan söz konusu nedenler, AİHS’ye taraf devletlerin iç hukuklarında öngörülmüş ve tutuklamaya karar veren ulusal yargı organlarının başvurdukları sebepler olup, AİHM tarafından icat edilmiş değildir. Söz konusu tutuklama nedenleri, Sözleşme’nin 5. maddesinde de öngörülmemiştir. Bu düzenleme, tutuklama tedbiri açısından, tutukluluğun sadece makul şüpheye dayandırılmasını (AİHS m. 5 § 1 c)) ve makul süreyi aşmamasını gerektirmektedir; AİHM kararlarında ifade edildiği şekliyle, *sürenin makul olmaktan çıktığı anda ise*, tutulan kişinin serbest bırakılarak yargılamanın tutuksuz devam ettirilmesini zorunlu kılmaktadır¹⁰² (AİHS m. 5 § 3).

Yukarıda belirtildiği gibi, bir tutmanın AİHS’nin 5 § 1 hükmüne uygun olabilmesi için, öncelikle ulusal hukukta bir hukuki dayanağa sahip olması, ve uygulamanın söz konusu yasal dayanağın öngördüğü *usul ve esasa ilişkin tüm kurallara* harfiyen uygun olması gerekir¹⁰³. Ulusal hukukta yer verilmeyen bir nedene dayalı olarak başvurulacak tutuklama kararı, Sözleşme’nin 5 § 1 hükmünü doğrudan ihlal eder. Dolayısıyla, belirtilen tutuklama nedenlerinden bir ya da bir kaç iç hukukta öngörülmemiş olmakla beraber¹⁰⁴, sırf AİHM kararlarında yer verildiği için ulusal mahkemelerce başvurulabilecek türden nedenler değildir. Özgürlüğün kural, yoksun bırakmanın istisna olduğu dikkate alındığında, tutuklama gibi bir tedbire ancak yasalarda öngörülen ve özgürlükten yoksun bırakmaya izin veren nedenlere dayanarak başvurulabi-

100 *Kamu düzeninin bozulması riski*, özellikle Fransız hukukunda mevcut olup, diğer devletlerin iç hukukunda öngörülen çokça yaygın bir tutuklama nedeni değildir (Bk. J. PRADEL ve A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2013, s. 372).

101 Örnek olarak bk. *Stögmüller v. Avusturya*, § 15 (The Law) (*kaçma şüphesi*); *Wemhoff v. Almanya*, § 14 (The Law) (*adaletin işleyişine müdahale riski*); *Matznetter v. Avusturya*, no. 2178/64, 10 Kasım 1969, § 9 (The Law) (*yeniden suç işleme riski*); *Letellier v. Fransa*, no. 12369/86, 26 Haziran 1991, § 51; *Hendriks v. Hollanda* [k.k.], no 43701/04, 5 Temmuz 2007 (*kamu düzeninin yeniden bozulması riski*). Ayrıca bk. *Degeratus v. Romanya*, § 42.

102 *Neumeister v. Avusturya*, § 4 (The Law) (Bu karar konusunda özellikle bk. V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Paris, Daloz, 2000, s. 98 vd.); *Aquilina v. Malta* [BD], § 47; *McKay v. Birleşik Krallık* [BD], § 41.

103 *Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa* [BD], § 120.

104 Örneğin, yürürlükteki 5271 sayılı Türk Ceza Muhakemesi Kanunu, Avrupa Konseyi’ne üye bazı devletin iç hukukunda öngörülen tutuklama nedenlerinden “*yeniden suç işleme tehlikesi*” ile “*kamu düzeninin bozulması riski*” ne yer vermiş değildir.

lir. Aksi halde iç hukukta öngörülen kurallara aykırı bir tutma durumu oluşur ve bu durum Sözleşme'nin 5 § 1 hükmünün ihlaline yol açar.

AİHM, somut olayda inandırıcı şüphe ve tutuklama nedenleri[nden bazıları] bulunsa da, ayrıca bazı kriterleri de dikkate alarak bir tutuklama süresinin makul olup olmadığını değerlendirmektedir. Bunlar, “*adli kontrol kapsamında olan ve tutuklamaya alternatif tedbirlere* (kefaletle salıverme, elektronik gözetleme, yurt dışına çıkış yasağı gibi) *başvurmamış olmanın somut bulgulara dayalı olarak kararda tartışılıp tartışılmadığı*”¹⁰⁵ ve “*ulusal mahkemelerin esasa ilişkin [tutuklu] yargılamada özel bir dikkat ve özen gösterip göstermediği*” gibi kıstaslardır.

Tutuklamaya alternatif tedbirler (adli kontrol) konusuyla ilgili olarak öncelikle ifade edilmelidir ki, Sözleşme'nin 5 § 1 c) hükmüne göre, yakalama, gözetim altına alma ve tutuklamanın tek bir amacı vardır: “*şüpheli ya da sanığı hâkim huzuruna çıkarmayı güvence altına almak*”; Sözleşme'nin oluşturduğu sistem dikkate alındığında, söz konusu koruma tedbirlerinin temel amacı budur¹⁰⁶. Dolayısıyla, suç işlediği yönünde inandırıcı şüphe bulunan bir kişinin hâkim huzuruna çıkarılması, başkaca bir tedbirle garanti edilebilir ise, daha hafif bir tedbirle aynı amaca ulaşmak mümkün ise, öncelikle o tedbire başvurmak, orantılılık ilkesinin¹⁰⁷ gereklerine de daha uygun olacaktır.

İkinci olarak belirtilmelidir ki, AİHM kararları dikkate alındığında, “*tutuklama nedenleri*” her ne kadar belirli bir sürenin ötesine geçen tutukluluklarda devreye giriyor olsa da, tutuklamaya alternatif (adli kontrol) tedbirler(i), tutuklamanın ilk aşamasından itibaren ulusal hâkimce dikkate alınmalı ve kararda neden yeterli olmayacağı tartışılmalıdır¹⁰⁸. Dolayısıyla, Mahkeme açısından da, bir tutuklama için “*makul şüphenin varlığı*” tek başına yeterli olmayıp, ayrıca hürriyetten yoksun bırakmaya yol açmayan ve şüphelinin hakim huzuruna (duruşmaya) çıkarılmasını güvence altına alan, tutuklamaya alternatif tedbirlere başvurunun yeterli olmayacağı, gerekçede somut olgulara dayalı olarak ve ikna edici bir şekilde gösterilmelidir.

AİHM'ye göre, bir ceza soruşturmasında “*tutuklama tedbirine başvurmak çok ağır ve son aşamada başvurulacak türden bir tedbir olup*”¹⁰⁹, tutuklamayı gerektiren

105 Özellikle bk. *Jabłoński v. Polonya*, no. 33492/96, 21 Aralık 2000, § 83; *Patsouria v. Gürcistan*, §§75-76; *Degeratus v. Romanya*, § 48.

106 Özellikle bk. *Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa* [BD], §§ 117-133; *Gatt v. Malta*, no. 28221/08, 27 Temmuz 2010, § 49. Ayrıca bk. J.A. GARCIA ve A.Q. JIMENEZ, s. 115.

107 AİHM kararlarında orantılılık ilkesi hususunda gbi. bk. S. van DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme - Prendre l'idée au sérieux*, Bruxelles, FUSL/Bruylant, 2001.

108 Özellikle bk. *Patsouria v. Gürcistan*, §§ 76 ve 77.

109 Mahkeme, diğer bazı kararlarında, tutuklama tedbirinin çok istisnai nitelikli ve sadece kesin bir şekilde gerekli görüldüğü durumlarda başvurulması gereken bir tedbir olduğunu ifade etmiştir (*Contrada v. İtalya* [Kom. Kar.], no.27143/95, 14 Ocak 1997; *Dinler v. Türkiye*, no. 61443/00, 31 Mayıs 2005, § 51; *Lelièvre v. Belçika*, § 89). Ayrıca bk. J. PRADEL ve A. VARI-

kamu yararı ile bireysel çıkarların korunması için, sadece daha hafif tedbirlerin yeterli olmadığına değerlendirildiği durumlarda meşru olabilir¹¹⁰. Tutukluluğun sadece kaçma şüphesiyle gerekçelendirildiği ve şüpheli ya da sanığın duruşmaya katılımının sağlanması hususunda, ilgiliden güvence almanın mümkün olduğu durumlarda, Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün son cümlesi, tutuklu kişinin serbest bırakılmasını zorunlu kılmaktadır"¹¹¹. Mahkeme'ye göre, "bir tutukluluğun Sözleşme'nin 5 § 1 c) hükmü [inandırıcı ya da makul şüphe] anlamında makul olup olmadığına değerlendirmesinde, ulusal makamlar, tutukluluğa alternatif tedbirlerin var olup olmadığını araştırma yükümlülüğü altındadır"¹¹². Dolayısıyla, Sözleşme ile uyumlu olması için, yetkili yargı organı, alternatif tedbirlerin, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını güvence altına alma açısından yeterli olup olmayacağı hususunu ciddi bir şekilde incelemeli; bu durumu kararın gerekçesinde ikna edici ve ayrıntılı bir şekilde göstermelidir¹¹³.

Yargılamanın yürütülmesinde özel bir dikkat ve özen gösterilmesi kriterine gelince, ilk olarak belirtilmelidir ki, Mahkeme, tutuklu yargılamada bu hususu incelerken, "suçlamaların niteliği ve davanın karmaşık olup olmadığı" ile "yargılama süresince başvuruçunun tutumu" gibi ölçütleri de dikkate almaktadır¹¹⁴. Ayrıca, soruşturma ve kovuşturma organlarının adli işlemleri yerine getirirken davayı sürüncemede bırakıp bırakmadıkları, işlemleri zamanında yapıp yapmadıkları, iddianameyi zamanında hazırlayıp hazırlamadıkları, duruşmaları gerektiği gibi yapıp yapmadıkları, tanıkları zamanında dinleyip dinlemedikleri, kısaca, makul sürede yargılanma hakkının (AİHS m. 6 § 1) elverdiği ölçüde, yargılamayı ivedi bir şekilde sonuçlandırmaya çalışıp çalışmadıkları Mahkemece incelenerek, özel bir dikkat ve özen gösterme kriterine uygun davranılıp davranılmadığı karara bağlanmaktadır¹¹⁵.

Son olarak belirtilmelidir ki, Mahkeme tutuklama kararının gerekçesinin somut olayın koşullarına "uygun" (relevant - pertinent) ve "yeterli" (sufficient - suffisant) olup olmadığını yukarıda ifade edilen hususlar ışığında inceleyerek, somut olayda Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün ihlal edilip edilmediğine karar

NARD, s. 374.

110 *Ladent v. Pologne*, no. 11036/03, 18 Mart 2008, § 54; *Bolech v. İsviçre*, no. 30138/12, 29 Ekim 2013, § 63.

111 Örnek olarak bk. *Wemhoff v. Almanya*, § 15 (The Law); *Bolech v. İsviçre*, § 64.

112 *Jabłoński v. Polonya*, § 83; *Sulaoja v. Estonya*, no.55939/00, 15Şubat 2005, § 64; *Khudoyorov v. Rusya*, §183; *Lelièvre v. Belgique*, § 97; *Shabani v. İsviçre*, no.29044/06, 5Kasım2009, § 62; *Man-gouras v. İspanya* [BD], no.12050/04, 28 Eylül 2010, §§ 78-93; *Tinner v. İsviçre*, no. 59301/08 ve 8439/09, 26 Nisan 2011, §§ 58-60; *Bolech v. İsviçre*, § 65.

113 *Lelièvre v. Belçika*, § 102; *Tinner v. İsviçre*, §§ 59 ve 60.

114 *Tomasi v. Fransa*, § 102; *Van der Tang v. İspanya*, § 55; *Rossi v. Fransa*, § 84.

115 Bu açıdan özellikle bk. *Tomasi v. Fransa*, § 84; *W. v. İsviçre*, no. 14379/88, 26 Ocak 1993, § 30; *Chraidi v. Almanya*, no. 65655/01, 26 Ekim 2006, § 35; *Tinner v. İsviçre*, §§ 61-64; *Lelièvre v. Belçika*, §§ 105-107.

vermektedir¹¹⁶.

B. Tutukluluk Süresinin Hesaplanması

AİHM'nin yerleşik içtihatlarına göre, tutuklama süresinin başlangıcı, AİHS'nin 5 § 1 c) anlamında suç işlediği yönünde makul şüphe bulunan bireyin yakalanıp gözaltına alındığı¹¹⁷, başka bir ülkeden iadesi sağlanan bir şüpheli ya da sanık söz konusu ise, [fiilen] ülkeye iade edildiği tarihtir¹¹⁸. Dolayısıyla, iç hukukta gözaltı süresi olarak nitelendirilen süre tutukluluk süresinin hesabında Mahkemece dikkate alınırken¹¹⁹, üçüncü bir ülkede, yargılandığı ülkeye iadesi için tutulan bir kişinin, iade tarihine kadar üçüncü ülkedeki tutulması Sözleşme'nin 5 § 1 f) hükmü kapsamında değerlendirilerek, tutukluluk süresinin hesabında dikkate alınmamaktadır¹²⁰.

Tutukluluğun sona erdiği tarih ilgilinin tahliye kararıyla serbest bırakıldığı tarih olabileceği gibi¹²¹, ilk derece mahkemesi kararıyla da olsa mahkûmiyetine karar verildiği tarih¹²² de olabilir. Dolayısıyla, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararının verildiği tarih ile bir üst mahkeme, örneğin Yargıtay kararıyla esasa ilişkin kararın bozulduğu tarih arasında, sanık serbest bırakılmadan yargılanmaya devam ederse, bu arada (temyiz aşamasında) geçen süre AİHS'nin 5 § 3 hükmü anlamında tutukluluk süresinin hesabında dikkate alınmamaktadır¹²³. Mahkeme, temyiz aşamasındaki tutukluluğu Sözleşme'nin 5 § 1 a) hükmü kapsamında "mahkûmiyet sonrası özgürlükten yoksun bırakma" olarak değerlendirmektedir¹²⁴.

116 Örnek olarak bk. *Lelièvre v. Belçika*, §§ 89-108.

117 Özellikle bk. *Solmaz v. Türkiye*, § 34; *Feşar v. Çek Cumhuriyeti*, no. 76576/01, 13 Kasım 2008, § 44; *Rahman v. Türkiye*, no. 9572/05, 15 Şubat 2011, § 22; *Zeki Şahin v. Türkiye*, no. 28807/05, 22 Şubat 2011, § 26; *Idalov v. Rusya* [BD], § 112.

118 *De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika*, 18 Haziran 1971, § 71; *Chraidi v. Almanya*, § 33.

119 *Baltacı v. Türkiye*, no. 495/02, 18 Temmuz 2006, §§ 5 ve 44; *Solmaz v. Türkiye*, § 34; *Erkan Soylu v. Türkiye*, no. 74657/01, 18 Aralık 2007, § 34.

120 Özellikle bk. *Nedyalkov v. Bulgaristan*, no. 44241/98, 3 Kasım 2005, § 61.

121 Örnek olarak bk. *Sağnak v. Türkiye*, § 29; *Tokmak v. Türkiye*, no. 16185/06, 16 Şubat 2010, § 27; *Idalov v. Rusya* [BD], § 112.

122 *Wemhoff v. Almanya*, § 9 (The Law); *I.A. v. Fransa*, § 98; *Labita v. İtalya* [BD], § 147; *Belevitskiy v. Rusya*, no. 72967/01, 1 Mart 2007, § 99; *Abdo v. Türkiye*, no. 17681/04, 26 Ocak 2010, § 46; *Yığıtdoğan v. Türkiye*, § 22; *Idalov v. Rusya* [BD], § 112; *Sizov v. Rusya*, no. 33123/08, 15 Mart 2011, § 44.

123 Özellikle bk. *B. v. Avusturya*, §§ 38-40; *Kudta v. Polonya* [BD], § 104; *Solmaz v. Türkiye*, § 34. Şahap Doğan v. Türkiye, no. 29361/07, 27 Mayıs 2010, § 26; *Kutlar ve Ocaklı v. Türkiye*, nos. 41433/06 ve 47936/08, 1 Şubat 2011, § 15. Temyiz aşamasındaki özgürlükten yoksun bırakma, Mahkemece AİHS'nin 5 § 1 a) hükmü kapsamında değerlendirilmektedir (*Cahit Demirel v. Türkiye*, § 23; *Fırat Can v. Türkiye*, no. 6644/08, 24 Mayıs 2011, § 59).

124 Bk. *Kudta v. Polonya* [BD], § 104; *Solmaz v. Türkiye*, §§ 36-37; *Fırat Can v. Türkiye*, § 59; *Çatal v. Türkiye*, § 24; *Dirdizov v. Rusya*, § 104. Bu konuda ayrıca bk. J. McBRIDE, *Human Rights and Criminal Procedure - The Case Law of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009, s. 103 vd.

M. Öncü: Tutuklulukta Makul Süre

Bir üst mahkeme kararıyla ilk derece mahkemesi kararının bozulması durumunda, sanık hâlâ özgürlüğünden mahrum ise, kararın bozulduğu tarihte ilgili yeniden Sözleşme'nin 5 § 3 hükmü anlamında tutuklu statüsüne kavuşmaktadır. Dolayısıyla, mahkûmiyet kararının bozulduğu andan, sanığın tahliye edildiği ya da yeniden mahkûm olduğu tarihe kadar geçecek süre, Mahkemece tutukluluk süresinin hesabında dikkate alınmaktadır¹²⁵.

Bazen bir sanık belirli bir süre tutuklu yargılandıktan sonra serbest bırakılıp, aynı yargılama(lar) kapsamında yeniden tutuklanabilir¹²⁶. Bu durumda da iki ayrı tutuklama dönemi ortaya çıkmaktadır. Aynı yargılamaya ilişkin kesintiye uğramış birden çok tutukluluk döneminin varlığı durumunda da, [ilk] tahliye tarihinden önceki tutuklama dönemi açısından AİHM'ye altı ay içinde başvuruda bulunulmuş olmak kaydıyla, tutukluluğa ilişkin bütün bu zaman dilimleri toplanarak, toplam tutukluluk süresi hesap edilmekte ve bir bütün olarak değerlendirilmektedir¹²⁷.

Bir sanığın birden çok davada tutuklu olarak yargılanması ve her davadaki tutukluluk halinin kesintisiz olması durumunda, söz konusu tutukluluklar Mahkemece tek bir tutukluluk olarak değerlendirilmekte ve makul olup olmadığı, toplam tutukluluk süresi dikkate alınarak kararlaştırılmaktadır¹²⁸. Kanaatimizce masumiyet karinesine saygı hakkı da bu türden bir uygulamayı zorunlu kılmaktadır.

Son olarak, eğer tutuklu yargılanan bir kişi, tutuklu bulunduğu süre içerisinde, başka bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir cezanın infazı kapsamında bir süreliğine hürriyetinden mahrum bırakılmış ise, söz konusu infaz süresi, yukarıda belirtilen şekilde hesaplanan toplam tutukluluk süresinden çıkarılarak, "AİHS 5 § 3 hükmü anlamındaki tutukluluk süresi" hesaplanır. Herhangi bir cezanın infazında geçen süre, Sözleşme'nin 5 § 1 a) hükmü kapsamındadır. Mahkeme, tutukluluk süresi ile infaz süresinin kesiştiği durumlarda, infazda geçen süreyi çıkararak hesapladığı tutukluluk süresini dikkate almakta ve bu süre üzerinden Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün ihlal edilip edilmediğini değerlendirmektedir¹²⁹.

125 Bk. *Mehmet Özcan ve Diğerleri v. Türkiye*, nos. 4018/07, 4019/07, 4172/07, 23562/07, 36595/07, 54508/07, 54520/07, 2539/08, 16353/08, 34350/08, 34379/08, 35269/08, 37798/08, 37818/08, 56422/08, 20437/09, 20440/09, 20453/09, 20460/09, 20568/09, 20604/09, 20608/09, 20613/09 ve 20636/09, 26 Ekim 2010, §§ 9, 10 ve 33.

126 Örnek olarak bk. *Isayev v. Rusya*, no. 20756/04, 22 Ekim 2009, § 144; *Deroishi v. Hirvatistan*, no. 67341/10, 25 Eylül 2012, §§ 119 ve 120.

127 Özellikle bk. *Baltacı v. Türkiye*, §§ 45 ve 46; *Mitev v. Bulgaristan*, no. 40063/98, 22 Aralık 2004, § 102; *Yalçın v. Türkiye*, no. 15041/03, 19 Şubat 2008, § 33; *Tüm v. Türkiye*, no. 11855/04, 17 Haziran 2008, § 36; *Şayık ve Diğerleri v. Türkiye*, § 24; *Ümit Işık v. Türkiye*, no. 10317/03, 16 Mart 2010, § 65; *Stoica v. Türkiye*, no. 42722/02, 4 Mart 2008, § 25; *Idalov v. Rusya* [BD], § 113; *Dochnal v. Polonya*, no. 31622/07, 18 Eylül 2012, § 74; *Deroishi v. Hirvatistan*, §§ 119-127.

128 *Piechowicz v. Polonya*, no. 20071/07, 17 Nisan 2012, § 188; *Dochnal v. Polonya*, § 74.

129 Bk. *Frommelt v. Lihtenştayn* [k.k.], no. 49158/99, 15 Mayıs 2003; *Piotr Baranowski v. Polonya*, no.

C. Yetişkinlerin Tutukluluğunda Makul Süre

Her ne kadar AİHS’de açıkça ifade edilmemiş olsa da, AİHM içtihatları incelendiğinde, yetişkinler ile küçüklerin¹³⁰ tutukluluk sürelerinin makul olup olmadığı değerlendirilirken, Mahkemece farklı kriterler uygulanmakta olduğu görülmektedir. AİHM, karara bağladığı başvurularda küçüklerin tutukluluk sürelerine ilişkin olarak özel bazı kıstaslar ortaya koymuş olup, bu ölçütler yetişkinlere ilişkin olanlara göre çok daha katıdır.

Tutukluluk süresinin uzunluğuna ilişkin şikâyetlerle ilgili olarak, öncelikle birkaç hususun ifade edilmesinde yarar bulunmaktadır. İlk olarak, yukarıda belirtildiği gibi, tutuklama tedbirine başvurulabilmesi için öncelikle Sözleşme’nin 5 § 1 c) hükmü anlamında “inandırıcı nedenler” ya da “makul şüphenin” bulunması gerekmektedir. Makul şüphenin bulunmadığı bir durumda, tutukluluk süresi ne kadar kısa olursa olsun, ilgilinin hürriyetinden mahrum bırakılması, yetişkin de olsa, Sözleşme’nin 5 § 1 (*keyfi tutma*) ve/veya 5 § 3 (*tutuklulukta makul süre*) hükümlerine aykırı bulunarak, özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği kararlaştırılabilir¹³¹.

İkinci olarak, başvurana yöneltilen suçlamalar dikkate alındığında, yargılama sonunda kişi aleyhine hükmedilecek hapis cezasının miktarı ve hatta kişinin şartla salıvermeden yararlanması durumunda, cezaevinde kalacağı toplam süre ile tutukluluk süresi arasında bir orantının bulunması gerekir; tutukluluk süresinin, AİHM kıstasları açısından makul görülse dahi, fiilen infaz edilecek hürriyeti bağlayıcı cezanın süresini aşmaması gerekir. Aksi halde, Sözleşme’nin 5 § 3 hükmü (*tutuklulukta makul süre*) değil, bu düzenlemeden daha ağır bir ihlal oluşturan AİHS’nin 5 § 1 hükmü (*keyfi ve illegal tutma*) ihlal edilmiş olur¹³². Örneğin, mahkûmiyet durumunda ve şartlı tahliyeden yararlanma halinde, toplam infaz süresi onsekiz ayı aşmayacak bir yargılamada, tutukluluğun bu sürenin ötesine geçer şekilde uzatılmasının orantılı ve makul olduğunu ifade etmek mümkün değildir.

Ayrıca, AİHM kararları dikkate alındığında, tutuklama tedbirine başvurulabilmesi için, başlangıç aşamasında sadece inandırıcı suç şüphesinin varlığı

39742/05, 2 Ekim 2007, §§ 14, 45 ve 46; *a contrario*, *Dervishi v. Hirvatistan*, §§ 119-127.

130 BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’ndeki hükme paralel olarak, AİHM kararlarında da, 18 yaşını tamamlamamış olanlar küçük olarak değerlendirilmektedir.

131 Makul şüphe veya inandırıcı suç şüphesi bulunmadan tutuklamaya karar verildiğinde, Sözleşme’nin 5 § 1 c) hükmü ihlal edileceği gibi, aynı başvuruda AİHS’nin 5 § 3 hükmünün ihlali de ortaya çıkabilir. Diğer bir ifade ile, tutuklama süresi ne kadar kısa olursa olsun, makul şüphenin yokluğunda, aynı başvuruda her iki hükmün de ihlaline karar verilebilir (Örnek olarak bk. *Nechiporuk ve Yonkalo v. Ukrayna*, no. 42310/04, 21 Nisan 2011, §§ 172-225; *Suslov v. Rusya*, no. 2366/07, 29 Mayıs 2012, §§ 69-97; *Piruzyan v. Ermenistan*, §§ 75-106).

132 Örnek olarak bk. *Alican Demir v. Türkiye*, no. 41444/09, 25 Şubat 2014, §§ 86-96. Bu karar konusunda bk. M. ÖNCÜ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. Maddesi ve İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları”, *TBB Dergisi*, 2014(115), s. 34 vd.).

yeterlidir. Ancak, belirli bir süre sonra inandırıcı ya da makul şüphenin varlığını sürdürmesi tek başına yeterli değildir; tutuklamanın devamını meşru kılacak başkaca nedenlerin, örneğin kaçma şüphesi veya delilleri karartma riski gibi nedenlerin bulunması da gerekmektedir. Mahkeme, tamamen tutukluluğa özgü olan bu nedenlere başvurmayı, kural olarak belirli bir sürenin ötesine geçen tutukluluk durumlarında aramaktadır. Dolayısıyla, makul şüphenin varlığını sürdürmesinin tek başına yeterli görüldüğü¹³³ ve belirli bir süreyi aşmayan tutukluluğa ilişkin şikâyetler, diğer kriterlere uyulmuş olmak kaydıyla, Mahkemece açıkça dayanaktan yoksun oldukları gerekçesiyle reddedilmektedir. Makul şüphenin tutukluluğun devamı için yeterli olduğu süre ya da açıkça dayanaktan yoksun kalma sınırını aşmayan tutukluluk süresi, her somut olayın kendine özgü koşulları dikkate alınarak değerlendirilmektedir.

Mahkeme, belirli sürenin ötesine geçmeyen tutukluluk süresinin uzunluğuna ilişkin bazı şikâyetleri, “*açıkça dayanaktan yoksun*” (*manifestly ill-founded - manifestement mal fondé*)¹³⁴ oldukları gerekçesiyle reddetmektedir. Belirli bir sürenin ötesine geçen tutukluluk süresine ilişkin şikâyetleri ise, esastan inceleyerek, somut olayda Sözleşme’nin 5 § 3 hükmünün ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir. Aşağıda, sırasıyla yetişkinler açısından tutukluluk süresine ilişkin açıkça dayanaktan yoksun şikâyetler ile Mahkemece esastan incelenerek karara bağlanan şikâyetler konusundaki AİHM uygulaması incelenecektir.

1. Tutukluluk Süresi Açısından Açıkça Dayanaktan Yoksun Şikâyetler

AİHM içtihatları ve özellikle bu konudaki kabul edilebilirlik kararları (*decision - décision*) dikkatlice incelendiğinde, tutukluluk süresinin uzunluğuna ilişkin şikâyetlerden bazılarının açıkça dayanaktan yoksun oldukları gerekçesiyle reddedildiği görülecektir¹³⁵.

133 İfade edilmelidir ki, bu durumda da, tutukluluğun devamına hükmeden yargı kararlarının belirli kıstasları karşılaması gerekir. Aksi halde makul şüphenin varlığına rağmen, tutukluluk tedbirine başvurma, başlangıç aşamasında da Sözleşme hükümleriyle uyumlu olmayabilir. AİHM, “*başvuranın tutukluluğuna dayanak olarak hiçbir yasal hüküm göstermeden, aşırı derecede kısa (extremely laconic) gerekçelerle*” tutukluluğu devam ettirmenin, Sözleşme’nin 5 § 3 hükmü açısından sorunlu olduğunu değerlendirmiştir (*Mooren v. Almanya* [BD], § 79).

134 AİHS anlamında “*açıkça dayanaktan yoksun şikâyetler*” konusunda bk. AİHM Yazı İşleri Müdürlüğüne hazırlanan ve 2014 yılında güncellenen ve birçok dile olduğu gibi Türkçe’ye de tercüme edilen *Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi* (*Practical Guide on Admissibility criteria*”), http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_TUR.pdf (Türkçe Versiyonu, 2011); M. ÖNCÜ, “Bireysel Başvuruların AİHM Tarafından Usulden İncelenmesi ve Dördüncü Derece Türünden Şikâyetler”, in A. ALTAN, E. YILDIRIM, E. TERCAN, H.TÜLEN ve A.R. ÇOBAN (ed.), *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, Ankara, 2012, s. 391 vd.

135 Açıkça dayanaktan yoksun olma, bir başvuru ya da şikâyetin, maddi içeriği açısından

Yukarıda belirtilen tutukluluğun hukuka uygunluğuna ilişkin koşulların somut olayda karşılanmış olması kaydıyla, iki yılı aşmayan tutukluluk süresinin uzunluğuna ilişkin şikâyetler¹³⁶, bazen açıkça dayanaktan yoksun bularak Mahkemece reddedilebilmektedir. Örneğin, Mahkeme 21 Eylül 2010 tarihli bir kısmî kabul edilemezlik kararında, toplam *bir yıl on bir ay on iki gün* sürmüş tutukluluk süresine ilişkin şikâyeti, açıkça dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir¹³⁷. Diğer bir kararda, toplam *bir yıl sekiz aydan* biraz fazla sürmüş tutukluluk süresine ilişkin şikâyeti de açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur¹³⁸. *Bir yıl sekiz ay*¹³⁹, *bir yıl yedi ay onbeş gün*¹⁴⁰, *bir yıl yedi ay*¹⁴¹, *bir yıl beş aydan biraz fazla*¹⁴², *yaklaşık bir yıl dört ay*¹⁴³, *on bir ay yirmi gün*¹⁴⁴ ve *yaklaşık sekiz ay onbeş gün*¹⁴⁵ sürmüş tutukluluk sürelerine ilişkin şikâyetler de, açıkça dayanaktan yoksun oldukları gerekçesiyle AİHM tarafından reddedilmiştir.

Mahkeme'nin, üç yıl üç ay beş gün¹⁴⁶ ve *yaklaşık iki yıl üç ay*¹⁴⁷ süren tutukluluğa ilişkin şikâyetleri de *açıkça dayanaktan yoksun* bularak reddettiği olmuştur¹⁴⁸. Ancak kanaatimizce bu örnekler istisnai olup, Mahkeme kural olarak

yapılan yüzeysel incelemede, Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden herhangi birinin ihlal edildiği görüntüsünü veren hiçbir durumun saptanamaması şeklinde tanımlanabilir (Bk. *Practical Guide on Admissibility criteria* (2014), § 375 vd.). Mahkeme, açıkça dayanaktan yoksun şikâyetleri, AİHS'nin 35 § 3 a) hükmüne dayanarak reddetmektedir. Bilindiği gibi, Sözleşme'nin 35. maddesi, 34. maddeye ek olarak, bireysel başvurular açısından kabul edilebilirlik kriterlerine yer vermiş olup, belirtilen maddelerde öngörülen ölçütleri karşılamayan başvuru ya da şikâyetler (*complaints - griefs*) esastan incelenmeden, doğrudan kabul edilemez bulunarak, usulden reddedilmektedir (Kabul edilebilirlik kriterleri konusunda gbi. bk. P. DOURNEAU-JOSETTE ve E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2011; *Practical Guide on Admissibility criteria* (2014), http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf).

136 Oysa Mahkeme'ye göre, iki yılı aşan tutukluluk süresine ilişkin şikâyetler, Mahkeme açısından bir endişe kaynağı oluşturmaktadır (*Aleksandr Makarov v. Rusya*, no. 15217/07, 12 Mart 2009, § 121).

137 *Uğur ve Diğerleri v. Türkiye* [k.k.], nos. 49651/06, 6840/08 ve 8076/08, 21 Eylül 2010.

138 *Cem Aziz Çakmak v. Türkiye* [k.k.], no. 58223/10, 19 Şubat 2013, §§ 58-63.

139 *Migon v. Polonya* [k.k.], no. 24244/94, 23 Ekim 2001.

140 *Frommelt v. Lihtenştayn* [k.k.], no. 49158/99, 15 Mayıs 2003.

141 *Türkdoğan v. Türkiye* [k.k.], no. 29742/03, 20 Şubat 2007; *Najmowicz v. Polonya* [k.k.], no. 6497/08, 10 Ocak 2012.

142 *Güder v. Türkiye* [k.k.], no. 24695/09, 30 Nisan 2013, §§ 50-56.

143 *Adil Serdar Saçan v. Türkiye* [k.k.], no. 65387/09, 13 Aralık 2011; *Çetin Doğan v. Türkiye* [k.k.], no. 28484/10, 10 Nisan 2012, §§ 88-93.

144 *Kamer Çelik v. Türkiye* [k.k.], no. 16986/10, 27 Kasım 2012, §§ 19-25.

145 *Talu v. Türkiye* [k.k.], no. 2118/10, 4 Aralık 2012, §§ 30-35.

146 *Salapa v. Polonya* [k.k.], no. 35489/97, 30 Nisan 2002.

147 *Isayev v. Rusya*, §§ 144-157.

148 Mahkeme'nin tutukluluk süresine ilişkin genel içtihatları dikkate alındığında, kanaatimizce bu iki başvuruda, söz konusu şikâyetler esastan incelenip, "*açıkça dayanaktan yoksundur*" Yargısı yerine "*Sözleşme'nin 5 § 3 hükmü ihlâl edilmemiştir*" sonucuna varılması daha doğru olurdu. AİHM, başka bir başvuruda, iki yıl sekiz aylık bir tutukluluk süresinin Mahkeme açısından endişe kaynağı oluşturduğunu ve ulusal otoritelerin bu kadar uzun süren bir tu-

iki yılı aşan tutukluluk süresine ilişkin şikâyetleri esastan inceleyerek, somut olayda Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün “*ihlal edilip edilmediğine*” karar vermektedir. Aşağıda görüleceği gibi, Mahkeme kararlarında bu durumun örnekleri fazlasıyla mevcuttur.

Ancak belirtilmelidir ki, iki yıldan az süren tutukluluk durumlarında da, Mahkeme'nin esastan inceleme yaparak, ihlal kararı verdiği başvurular vardır. Örneğin, yaklaşık *onbeş ay* sürmüş tutukluluk süresine ilişkin bir şikâyetle ilgili, AİHM esastan inceleme yaparak, somut olayda Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün ihlâl edildiğine hükmetmiştir. Bu olayda, “*suçun niteliği*” ve “*kuvvetli suç şüphesinin varlığı*” gibi gerekçelere dayanılarak, ulusal mahkemelerce başvurucunun tutukluluğunun devamına karar verilmiş, ancak ilgili “*şüphelerin dayanaktan yoksun olduğu*”, diğer bir ifade ile “*delil yetersizliği*” nedeniyle beraat etmiştir. Mahkeme, somut olayın kendine özgü koşullarını dikkate alarak, onbeş aya yaklaşan tutukluluk süresinin makul olmadığını değerlendirerek ihlâl kararı vermiştir¹⁴⁹. AİHM, aşağıda görüleceği gibi, *bir yıl sekiz ay onbeş gün*¹⁵⁰, *bir yıl sekiz ay*¹⁵¹ ve *yaklaşık oniki ay*¹⁵² süren tutukluluğa ilişkin şikâyetleri de esastan inceleyerek, söz konusu başvurularda Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün ihlâlüne karar vermiştir.

2. Tutukluluk Süresinin Uzunluğuna İlişkin Olan ve Mahkemece Esastan İncelenen Şikâyetler

AİHM'nin birçok kararında ifade edildiği gibi, “yakalan kişinin atılı suçu işlediğine dair inandırıcı nedenlerin varlığını sürdürmesi, tutuklama ve tutukluluğun devamının hukuka uygunluğu için *olmazsa olmaz* bir koşul olmasına rağmen, belirli sürenin ötesine geçen tutukluluklarda makul şüphenin varlığı tek başına yeterli değildir. Bu noktadan sonra, ulusal yargı organlarının tutuklamanın devamına karar verirken kullandıkları gerekçenin, diğer bir ifade ile “*tutuklama nedenlerinin*” tutukluluğun devamını meşru kılıp kılmadığı incelenmektedir¹⁵³.”

AİHM esas incelemesi yaptığı başvurularda, özellikle somut olayın kendine özgü koşulları, inandırıcı suç şüphesinin varlığı, toplam tutukluluk süresi,

tutukluluk süresini izah edecek çok güçlü gerekçeler sunması gerektiğini ifade etmiştir (*Aleksanyan v. Rusya*, no. 46468/06, 22 Aralık 2008, § 181; *Veliyev v. Rusya*, no. 24202/05, 24 Haziran 2010, § 145).

149 *Jėčius v. Litvanya*, no. 34578/97, 31 Temmuz 2000, §§ 94-95.

150 *Bykov v. Rusya* [BD], §§ 65-67.

151 *Nechiporuk ve Yonkalo v. Ukrayna*, §§ 217-225.

152 *Zentsov ve Diğerleri v. Rusya*, no. 35297/05, 23 Ekim 2012, §§ 56-66.

153 Örnek olarak bk. *Wemhoff v. Almanya*, § 12 (The Law); *Ringelsen v. Avusturya*, no. 2614/65, 16 Temmuz 1971, §§ 104 ve 105; *Letellier v. Fransa*, § 35; *Yağcı ve Sargın v. Türkiye*, no. 16419/90 ve 16426/90, 9 Şubat 1996, § 50; *Labita v. İtalya* [BD], § 153; *McKay v. Birleşik Krallık* [BD], § 44.

tutuklamanın devamına karar verilirken yetkili yargı organlarınınca dayanan tutuklama nedenleri, tutukluluğun devamına karar verilirken adli kontrol tedbirlerine başvurunun yeterli olup olmadığının tartışılıp tartışılmadığı, gerekçenin uygun ve yeterli olup olmadığı ve ulusal otoritelerin ve özellikle yargı organlarının soruşturma ve kovuşturma süresince özel bir dikkat ve özen göstererek yargılamayı sürdürüp sürdürmediği gibi kıstasları dikkate alarak, Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir. Dolayısıyla, esas incelemesinde, belirtilen bu unsurlar dikkate alınarak değerlendirme yapılmaktadır.

Mahkeme, iki yılı aşan tutukluluk süresine ilişkin şikâyetlerin de yer aldığı bazı başvurularda Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün ihlâl edilmediğine hükmetmiştir. AİHM, yukarıda ifade edilen kıstasları somut olaya uygulayarak, *iki yıl*¹⁵⁴, *iki yıl iki ayı aşan*¹⁵⁵ bir süre ile, *iki yıl üç ay on dokuz gün*¹⁵⁶, *iki yıl dört ay onbeş gün*¹⁵⁷, *iki yıl yedi ay yedi gün*¹⁵⁸, *iki yıl yedi ay on gün*¹⁵⁹, *iki yıl sekiz ay ondört gün*¹⁶⁰, *üç yıl bir ay yirmiyedi gün*¹⁶¹, *yaklaşık üç yıl altı ay*¹⁶², *yaklaşık üç yıl sekiz ay*¹⁶³, *üç yıl dokuz ay*¹⁶⁴, *dört yıl üç gün*¹⁶⁵ ve *dört yıl bir ayı aşan*¹⁶⁶ tutukluluk sürelerini makul bularak, Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün ihlal edilmediğine karar vermiştir. Yine çok istisnai bir olayla ilgili olarak, yaklaşık *beş yıl altı ay* süren bir tutukluluğu da makul değerlendirerek, Sözleşme'nin belirtilen hükmünün somut olayda "*ihlal edilmediğine*" hükmetmiştir¹⁶⁷.

İki yılın üzerindeki tutukluluk süresine ilişkin birçok başvuruda ise, Mahkeme Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün ihlâlüne karar vermiştir. Örneğin, *iki yılı aşan bir süre*¹⁶⁸ ile, *iki yıl üç ayı aşan bir süre*¹⁶⁹, *yaklaşık iki yıl dört ay*¹⁷⁰, *yaklaşık iki*

154 *Mkhitarian v. Rusya*, no. 46108/11, 5 Şubat 2013, §§ 89-100.

155 *Wiensztal v. Polonya*, no. 43748/98, 30 Mayıs 2006, §§ 47-55.

156 *Grisez v. Belçika*, no. 35776/97, 26 Eylül 2002, § 38.

157 *B. v. Avusturya*, § 46.

158 *Contrada v. İtalya*, no. 27143/95, 24 Ağustos 1998, §§ 53-68.

159 *Knebl v. Çek Cumhuriyeti*, §§ 59-70.

160 *Pantano v. İtalya*, no. 60851/00, 4 Kasım 2003, §§ 66-75.

161 *Van Der Tang v. İspanya*, §§ 55-76.

162 *Wemhoff v. Almanya*, § 9 (The Law).

163 *Titarenko v. Ukrayna*, no. 31720/02, 20 Eylül 2012, § 74.

164 *Lukovic v. Sırbistan*, no. 43808/07, 26 Mart 2013, §§ 45-56.

165 *W. c. İsviçre*, § 29.

166 *Rossi v. Fransa*, §§ 68-86.

167 *Chraid v. Almanya*, §§ 33-48. Bu başvuruda Mahkeme, özellikle olayın istisnai koşullarını, karmaşıklığını ve başvuruçunun soruşturulmasına sebep olan fiillerin ağırlığını (uluslararası terörizm) dikkate alarak, söz konusu süreyi makul bulmuştur.

168 *Aleksandr Makarov v. Rusya*, §§ 121-142.

169 *Koştı ve Diğerleri v. Türkiye*, §§ 30 ve 31.

170 *Velichko v. Rusya*, no. 19664/07, 15 Ocak 2013, §§ 88-95.

*yıl yedi ay*¹⁷¹, *iki yıl dokuz ay*¹⁷², *iki yıl on ay*¹⁷³, *iki yıl onbir ay*¹⁷⁴, üç yıl iki ay altı gün¹⁷⁵, *yaklaşık üç yıl dört ay*¹⁷⁶, üç yıl beş ay dört gün¹⁷⁷, üç yıl altı ay¹⁷⁸, üç yıl on ay¹⁷⁹, *dört yıl onbir gün*¹⁸⁰, *beş yıl yedi ay*¹⁸¹ ve *altı yıl üç aylık*¹⁸² tutukluluk süreleri Mahkemece makul bulunmayarak, Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Türkiye aleyhine yapılan başvurularda, *beş yıl sekiz ay*, *altı yıl dokuz ay*, *sekiz yıl yedi ay*, *on yıl onbir ay* ve *onbir yılı aşan* tutukluluk süreleri Mahkemece makul bulunmamıştır¹⁸³. Yine Türkiye aleyhine verilen iki kararda, *dört yıl altı ay*, *altı yıl on ay*, *yedi yıl onbir ay*, *sekiz yıl dört ay*, *sekiz yıl yedi ay*, *on yıl sekiz ay*¹⁸⁴, *onbir yıl onbir ay*¹⁸⁵, *yaklaşık oniki yıl iki ay*¹⁸⁶ ile *oniki yıl beş ayı aşan*¹⁸⁷ tutukluluk süreleri de Mahkemece makul bulunmayarak, Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün ihlal edildiği değerlendirilmiştir.

Tutukluluk süresi iki yılın altında kalmasına rağmen, bu konudaki şikâyetler esas incelenmesine tabi tutularak Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün ihlal edildiğine hükmedilen başvurular da bulunmaktadır. *Bir yıl sekiz ay onbeş gün*¹⁸⁸, *bir yıl sekiz ay*¹⁸⁹, *yaklaşık bir yıl sekiz ay*¹⁹⁰, *yaklaşık bir yıl üç ay*¹⁹¹ ve *yaklaşık oniki ay*¹⁹² süren tutukluluğa ilişkin başvurular bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Türkiye Cumhuriyeti aleyhine yapılan iki başvuruda, Mahkeme, toplam *bir yıl bir hafta* sürmüş tutukluluk süresine ilişkin şikâyeti esastan incelemiş ve özellikle tutuklama ve tutuklamanın devamına ilişkin kararlarda gösterilen gerekçenin, atılı suçlar açısından *uygun ve yeterli olmadığı* nedeniyle, “tutuk-

171 *Labita v. İtalya* [BD], §§ 145-165.

172 *Letellier v. Fransa*, §§ 34-53.

173 *Hıyasettin Altın v. Türkiye*, no. 73038/01, 24 Mayıs 2005, §§ 23-30.

174 *Leontiu v. Romanya*, no. 44302/10, 4 Aralık 2012, §§ 72-82.

175 *Koroleva v. Rusya*, no. 1600/09, 13 Kasım 2012, §§ 91-102.

176 *Ilijkov v. Bulgaristan*, §§ 76-87.

177 *Pyatkov v. Rusya*, §§ 108-120.

178 *Dervishi v. Hırvatistan*, §§ 119-145; *Trifkovic v. Hırvatistan*, no. 36653/09, 6 Kasım 2012, §§ 119-131.

179 *Dochnal v. Polonya*, §§ 74-82.

180 *Piechowicz v. Polonya*, §§ 188-197.

181 *Tomasi v. Fransa*, §§ 83-103.

182 *Suslov v. Rusya*, § 97.

183 Şayık ve Diğerleri v. Türkiye, §§ 24-26.

184 *Mehmet Özcan v. Diğerleri v. Türkiye*, § 33.

185 Çatal v. Türkiye, §§ 24-26.

186 *Fırat Can v. Türkiye*, §§ 59-62.

187 *Tunçe ve Diğerleri v. Türkiye*, nos. 2422/06, 3712/08, 3714/08, 3715/08, 3717/08, 3718/08, 3719/08, 3724/08, 3725/08, 3728/08, 3730/08, 3731/08, 3733/08, 3734/08, 3735/08, 3737/08, 3739/08, 3740/08, 3745/08 ve 3746/08, 13 Ekim 2009, § 18.

188 *Bykov v. Rusya* [BD], §§ 65-67. (Mahkeme bu kararda, özellikle ulusal yargı organlarınca tutuklamanın devamı için gösterilen gerekçelerin, somut olayın koşullarına uygun olmadığı ve yetersiz olduğu gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir, § 67).

189 *Nedyalkov v. Bulgaristan*, §§ 61-69; *Nechiporuk ve Yonkalo v. Ukrayna*, §§ 217-225.

190 *Dirdizov v. Rusya*, §§ 106-111.

191 *Jéčius v. Litvanya*, §§ 94-95.

192 *Zentsov ve Diğerleri v. Rusya*, §§ 56-66.

lulukta makul sürenin aşılması” ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁹³.

AİHM, yaklaşık *oniki ay* süren bir tutukluluk süresine ilişkin şikâyeti de esastan inceleyerek, tutukluluğa ilişkin kararlarda somut bulgular gösterilmeden ve alternatif tedbirler değerlendirilmeden tutukluluğun uzatıldığı, özellikle suçlamaların ağırlığı gerekçe gösterilerek başvurunun tutukluluğunun devamına karar verildiği ve dolayısıyla gerekçenin yeterli olmadığı nedeniyle, Sözleşme’nin 5 § 3 hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁹⁴.

Yedi ay üç hafta süren bir tutukluluk konusunda ise, sürenin kısa olmasına rağmen, Mahkeme, Sözleşme’nin 5 § 3 hükmünün koşulsuz olarak tutuklamaya izin verir şekilde yorumlanamayacağını, ne kadar kısa olursa olsun, her türlü tutuklamanın gerekçesinin ulusal otoritelerce ikna edici bir şekilde gösterilmesinin zorunlu olduğunu, somut olayda bu durumun olmadığını saptayarak, “*tutuklulukta makul sürenin aşılması*” ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁹⁵.

AİHM, iki yılın altında olan tutukluluk süresine ilişkin esastan incelediği bazı başvurularda, Sözleşme’nin 5 § 3 hükmünün ihlal edilmediğine de hükmetmiştir. Örneğin, *bir yıl on ay yirmiiki gün*¹⁹⁶ ve *bir yıl dört ayı biraz aşan*¹⁹⁷ tutukluluk sürelerine ilişkin şikâyetler esastan incelenmesine rağmen, somut olayın özellikleri dikkate alınarak Sözleşme’nin 5 § 3 hükmünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Bütün bu belirtilenlerden anlaşılacağı üzere, belirli bir tutukluluk süresinin makul olup olmadığı soyut olarak değerlendirilemeyeceği gibi, tutukluluk süresinin makullüğü ancak her olayın kendine ait özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Kısaca, önceden belirlenmiş ve her olaya uygulanacak belirli bir tutukluluk süresi mevcut değildir¹⁹⁸.

D. Küçüklerin Tutuklanmasına İlişkin AİHM İçtihadı

AİHM’nin 18 yaşın altındaki tüm küçüklerin tutuklanmasına ilişkin içtihatları, yetişkinlerin tutuklanmasına ilişkin olanlardan birçok açıdan farklılıklar göstermektedir. İlk olarak, Mahkeme bir küçüğün tutuklanması için “*makul şüphenin varlığını*” başlangıçta tek başına yeterli görmemekte, tutuklama gibi ağır sonuçları olan bir tedbire ancak son çare olarak başvurulması gerektiği-

193 Şık v. Türkiye, §§ 55-65; Nedim Şener v. Türkiye, §§ 68-77.

194 Manulín v. Rusya, no. 26676/06, 11 Nisan 2013, §§ 57-62.

195 Shishkov v. Bulgaristan, no. 38822/97, 9 Ocak 2003, §§ 57-67.

196 Kurkowski v. Polonya, no. 36228/06, 9 Nisan 2013, §§ 72-83.

197 Sopin v. Rusya, no. 57319/10, 18 Aralık 2012, §§ 38-48.

198 McKay v. Birleşik Krallık [BD], § 45.

ni ifade etmektedir¹⁹⁹. İkinci olarak, küçüğün tutuklandığı durumda, tutukluluğun olabildiğince kısa sürmesini ve tutukevinde yetişkinlerden ayrı bir bölümde tutulmasını zorunlu kılmaktadır²⁰⁰. Ayrıca, Mahkeme'ye göre, küçüğün tutuklanmasına ve tutukluluğun devamına karar verilirken, yetkili yargı organları ilgilinin küçük olduğunu kararlarında dikkate almak ve değerlendirmek zorundadırlar. Bu bağlamda Mahkeme, Türkiye aleyhine yapılan bir başvuruda, 2012 yılında verdiği bir kararda, *"tutuklanma ve tutukluluğun devamına karar verilirken ilgilinin küçük olduğunun hiçbir şekilde dikkate alınmamasını Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün ihlali için"* tek başına yeterli görmüştür²⁰¹. Son olarak belirtilmelidir ki, genel olarak yetişkinlerin tutukluluğu için belirtilenler, küçüklerin tutukluluğu açısından da geçerlidir.

Küçüklerin tutukluluk süresinin makullüğüne ilişkin Mahkeme kararlarına gelince, *kırksekiz gün*²⁰², *dört ay dört gün*²⁰³, *yaklaşık altı ay*²⁰⁴, *yaklaşık sekiz ay*²⁰⁵, *yaklaşık dokuz ay yirmi gün*²⁰⁶, *bir yıl bir ay*²⁰⁷, *yaklaşık bir yıl iki ay*²⁰⁸, *iki yıldan fazla bir süre*²⁰⁹, onbeş yaşından itibaren dört yıl altı aydan fazla süren bir tutukluluk²¹⁰ AİHM tarafından, diğer nedenlerin yanı sıra, makul olmadıkları gerekçesiyle Sözleşme'nin ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Diğer bir ifade ile, Mahkeme somut olayın özelliklerini de dikkate alarak, belirtilen tutukluluk sürelerinin Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünü ihlâl ettiğine karar vermiştir.

Ancak Mahkeme, Danimarka'ya karşı yapılan bir başvuruda, seksen beş yaşında yaşlı bir kadının ırzına geçerek öldüren ve suçunu itiraf eden onbeş yaşındaki bir küçüğün, toplam *"bir yıl dört ay ondört gün"* süren tutukluluğunu, birçok unsuru birlikte değerlendirerek makul bulmuştur. Bu unsurlar, özellikle suçlamaların niteliği ve ağırlığı, ulusal makamların üzerlerine atıla-

199 Bir küçüğün birkaç kez kamu düzenini tehdit eden suçlar işlediği yönünde ciddi kanıtlar elde edilmiş olmasına rağmen (hırsızlık, yan kesicilik, seri şekilde geceleyin araba yakma, vb.), gözaltına alınıp serbest bırakıldığında yeniden benzer suçları işlemeye devam ettiğine dair ciddi deliller bulunması hâlinde ilgilinin tutuklanması, kamu düzenini korumak için başkaca çarenin bulunmadığı, tutuklama tedbirine son çare olarak başvurulduğu ve serbest bırakılması hâlinde yeniden suç işlemeye devam edeceğine kanaat getirildiği gerekçesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

200 *Selçuk v. Türkiye*, no. 21768/02, 10 Ocak 2006, §§ 35-36; *Nart v. Türkiye*, no. 20817/04, 6 Mayıs 2008, § 31; *Korneykova v. Ukrayna*, § 44.

201 *Medeni Uğur v. Türkiye*, no. 49651/06, 24 Ocak 2012, § 55. Bu konuda ayrıca bk. *Fikri Yakar v. Türkiye*, § 47; *Bilal Doğan v. Türkiye*, no. 28053/10, 27 Kasım 2012, § 42; 20 Kasım 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, m. 37 §§ b ve c).

202 *Nart v. Türkiye*, §§ 29-35.

203 *Selçuk v. Türkiye*, §§ 30-37.

204 *Medeni Uğur v. Türkiye*, §§ 50-56.

205 *Fikri Yakar v. Türkiye*, §§ 44-48.

206 *Bilal Doğan v. Türkiye*, §§ 39-43.

207 *Turgut Özkan v. Türkiye*, no. 23601/10, 22 Mayıs 2012, §§ 41-45.

208 *Dinç et Çakır v. Türkiye*, no. 66066/09, 9 Temmuz 2013, §§ 62-66.

209 *Taşçı ve Demir v. Türkiye*, no. 23623/10, 3 Mayıs 2012, §§ 33-37.

210 *Güveç v. Türkiye*, no. 70337/01, 29 Ocak 2009, §§ 108-110.

bilecek herhangi bir hareketsiz kalma durumunun olmayışı²¹¹, somut olayda çok özel durumların bulunması²¹², başvuranın küçük olduğunun yargı organlarının kararlarında dikkate alınmış olması²¹³ ve sanığın fiilen genç suçluların bulunduğu güvenli bir kuruma yerleştirilmesi gibi unsurlardır. Belirtilenlere ek olarak diğer bazı unsurları da dikkate alan Mahkeme, somut olayda Sözleşme'nin 5 § 3 hükmünün ihlâl edilmediğine karar vermiştir²¹⁴.

SONUÇ

Tutuklama tedbirinin Sözleşme'deki hukuki dayanakları AİHS'nin 5 § 1 c) hükmü ile 5 § 3 hükmü olup, AİHM kararları dikkate alındığında, bu iki hüküm bir bütünün parçalarını oluşturmakta ve birlikte değerlendirilmektedir. Herhangi bir tutuklama ya da tutukluluğun devamı kararının hukuka uygunluğu, AİHS'nin 5 § 1 c) hükmü ile 5 § 3 hükmünün gerekleri birlikte dikkate alınarak değerlendirilebilir. AİHS'nin 5 § 3 hükmü anlamında tutuklulukta makul süre, somut olayın özellikleri ve toplam tutukluluk süresi, somut veri ve delillere dayalı olarak inandırıcı suç şüphesinin varlığının kararda gösterilip gösterilmediği, tutuklamayı meşru kılan [tutuklama] nedenlerinden en az birinin somut bulgulara dayalı olarak gerekçede gösterilip gösterilmediği, tutuklamaya alternatif tedbirlere (adli kontrol) başvurma'nın ilgiliyi hâkim huzuruna çıkarma amacı açısından yeterli olup olmadığının somut olgulara dayalı olarak ve ikna edici şekilde kararda tartışılıp tartışılmadığı ve tutuklu yargılamalarda ulusal otoritelerin özel bir dikkat ve özenle yargılamayı sürdürüp sürdürmediği gibi unsur ve ölçütler ışığında Mahkemece değerlendirilir. Anlaşılabacağı üzere, bütün bu belirtilenler dikkate alınmadan, herhangi bir tutukluluk süresinin soyut bir şekilde makul olup olmadığını değerlendirmek mümkün olmadığı gibi, yukarıdaki unsur ve kriterlere uyulup uyulmadığı, özellikle tutuklama veya tutuklamanın devamı kararlarının gerekçesi incelenerek ölçülebilir.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, “keyfi tutmalara” karşı çok önemli bir güvence olup, AİHM, gerekçeyi, özellikle somut olayın özelliklerine “uygun, elverişli” ve “yeterli” olup olmama açısından incelemektedir. Uygunluk

211 Tutukluluk ilk derece mahkemesi kararıyla sonlanmış olup, dolayısıyla esas mahkemesi önündeki yargılama süresi tutukluluk süresiyle eş süreliidir.

212 Başvuruya konu olay Danimarka'da bir süre medyanın gündemini oluşturmuş olup, sanığın toplum tarafından tanınıyor olması ve tutuklama gerekçelerinde sadece suçlamaların ağırlığının dikkate alınmamış olması, buna ek olarak ilgilinin serbest bırakılması durumunda toplumun kendisine karşı tepkisinin de dikkate alınışı, olayın özel bir öneme sahip olduğunun göstergesidir.

213 İlk tutuklama kararında mahkeme sanığın yaşına uygun bir kuruma yerleştirilmesi gerektiğine de hükmetmiştir.

214 J. M. v. Danimarka, no. 34421/09, 13 Kasım 2012, §§ 54-65.

ve yeterlilik, yukarıdaki unsurların kararda dikkate alınarak, somut olayın koşullarına göre, [okuryazar ve orta zekâyâ sahip insanları] ikna edici şekilde uygulanıp uygulanmadığı araştırılarak değerlendirilebilir. Gerekenin somut olayın özellikleri açısından uygun ve yeterli olması halinde, ulusal yargı organlarının yargılamada özel bir dikkat ve özen gösterip göstermediği incelemesine geçilmekte; aksi halde geçilmemektedir²¹⁵.

Belirtilmelidir ki, Türk Anayasası'nın 19 ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinde öngörülen tutuklama şartları, AİHS'de ve AİHM kararlarında öngörülen koşullardan daha ağırdır. Gerçekten de, Anayasa'nın ilgili hükmü tutuklama için "*kuvvetli suç şüphesini*" ararken, CMK'nın 100 ve 101. maddeleri "*kuvvetli suç şüphesini gösteren somut bulguların*"²¹⁶ *ve*²¹⁷ *en az bir tutuklama nedeninin varlığı*" hâlinde *ve*²¹⁸ "*adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı durumlarda*" tutuklamaya karar verilebileceğini hükme bağlamıştır.

Bilindiği gibi, AİHS taraf devletler açısından, insan hakları alanındaki asgari standartlara yer vermiştir. Diğer bir ifade ile, AİHS'deki standartlar, demokratik bir toplumdaki minimum standartlardır. Taraf devletler, Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerin üzerinde standartlar öngörebilirler; ancak altına inemezler²¹⁹. Aksi halde Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülükler ihlal edilmiş olur. Tutuklama konusunda da, taraf devletlerin birçoğu, Sözleşme'de öngörülen standartların üzerinde, daha ağır koşullar öngörmüş olup, Türkiye de bu devletler arasındadır. AİHS'nin 5. maddesinin ilk paragrafı ile uyumlu olması için, her hürriyetten yoksun bırakmanın ulusal hukukta öngörülen "*usul ve esasa ilişkin kurallara*" harfiyen uyulması zorunluluğu da dikkate alındığında, Türk hâkimi tutuklamaya ancak "*kuvvetli suç şüphesini gösteren somut bulguların varlığı halinde*"²²⁰, *en az bir tutuklama nedeninin bulunması kaydıyla ve alternatif tedbirlerin tamamının yetersiz kaldığı hallerde*", diğer esasa ve usule ilişkin güvencelere uygun (*in accordance with a procedure prescribed by law - selon les voies légales*) olarak karar verebilir. Aksi halde iç hukuka aykırı hareket edilmiş olur ki, bu da AİHS'nin 5 § 1 hükmünün ihlaline yol açar.

Ulusal hâkim, eğer tutuklamaya veya devamına karar verecekse, gerekçede

215 *Kudła v. Polonya* [BD], §§ 110-111; *Smatana v. Çek Cumhuriyeti*, no.18642/04, 27 Eylül 2007, § 102; *Knebl v. Çek Cumhuriyeti*, § 63; *Manulin v. Rusya*, § 61.

216 Türk hukukunda kuvvetli suç şüphesi konusunda özellikle bk. B. ÖZTÜRK ve M.R. ERDEM, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2007, 528 vd.; B. ÖZTÜRK, D. TEZCAN, M.R. ERDEM, Ö. SİRMA, Y.F. SAYGILAR ve E. ALAN, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2010, s. 380 vd.; F. YENİSEY ve A. NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2014.

217 Vurgu özellikle yapılmıştır.

218 Vurgu özellikle yapılmıştır.

219 Benzer yönde görüş için bk. J. PRADEL ve A. VARINARD, s. 372.

220 Bu açıdan, yapılacak yargılama sonunda, [tutuklama kararına dayanak oluşturan atılı suç açısından] sanığın mahkûm olmasının kuvvetle muhtemel olduğu (B. ÖZTÜRK ve M.R. ERDEM, s. 530) kanaatini uyandıracak somut bulgu, veri ve/veya bilginin varlığı aranmaktadır.

genel anlamlı cümleler kurmaktan ve dosya içeriğine genel bir şekilde atıf yapmaktan, basma-kalıp ifadelerden kaçınmalıdır. Bunun yerine, toplanan [hukuka uygun]²²¹ delilleri [yorum katmadan] sıralayarak²²², bu deliller ışığında kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunu, somut bulgulara dayalı olarak [en az bir] tutuklama neden[ler]inin var olduğunu ve CMK'da öngörülen adli kontrol tedbirlerinin somut veriler ışığında hiçbirinin yeterli olmadığını kararın gerekçesinde, [okuryazar ve orta zekâya sahip bireyleri] ikna edici bir şekilde göstermek zorundadır²²³; böylece *tutuklamanın keyfi olmadığını* göstermiş olur. Belirtilmelidir ki, ancak bu şekilde toplumun mahkemelere olan güveni sağlanır ve korunur. AİHM'ye göre, “*demokratik bir toplumda mahkemelerin topluma ve ceza yargılamaları söz konusu olduğunda [özellikle] sanığa güven sunması temel bir öneme sahiptir*”²²⁴. Bu zorunluluk, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin usulüne uygun olarak onayladığı, iç hukukta doğrudan uygulanma özelliği bulunan ve dolayısıyla ulusal hukukumuzun bir parçası olan AİHS'nin 5. maddesi ile bu maddeye ilişkin AİHM kararlarından, Anayasa'nın 19 ve 141 § 3²²⁵ maddelerinden ve CMK'nın 101. maddesinden kaynaklanmaktadır²²⁶.

Son olarak, tutuklu yargılamalar ulusal yargı organlarınca ivedi işler kapsamında değerlendirilmeli; adil yargılanma hakkının gereklerinin izin verdiği ölçüde hızlı ve hiçbir hareketsizlik olmadan sürdürülmeli ve tutukluluğun makul olmaktan çıktığı anda ilgili serbest bırakılarak yargılama tutuksuz devam ettirilmelidir. Belirtilmelidir ki, tutuklulukta makul süre sınırının aşılıp aşılmadığını gözetme görevi, öncelikle ulusal yargı organlarına ait temel bir yükümlülüktür²²⁷.

221 İleride mahkûmiyet kararının gerekçesinde kullanılamayacak *hukuka aykırı elde edildiği açık olan delillere*, tutuklama kararında başvurmak ve onlara dayanarak kuvvetli suç şüphesini göstermek mümkün değildir. Mahkûmiyet gibi bir karara dayanak oluşturmayan deliller, tutuklamaya hiçbir şekilde dayanak oluşturamaz.

222 Böylece, ihsas-ı reyde bulunulmaması ve şüpheli ya da sanığın masumiyet karinesinden yararlanma hakkı ihlal edilmemiş olur.

223 Gerekçe konusunda özellikle bk. M. ÖZEKES, “Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gerekçe”, in *Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay’ın Rolü Konferansı*, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 2007, s. 72 vd.

224 Özellikle bk. *Padovani v. İtalya*, no. 13396/87, 26 Şubat 1993, § 27; *Gregory v. Birleşik Krallık*, no. 22299/93, 25 Şubat 1997, § 43; *Kyprianou v. Kıbrıs [BD]*, no. 73797/01, 15 Aralık 2005, §118; *Farhi v. Fransa*, no. 17070/05, 16 Ocak 2007, § 23; *Krivoshapkin v. Rusya*, no. 42224/02, 21 Ocak 2011, § 37.

225 Anayasa'nın bu hükmüne göre, “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*”

226 Bu konuda ayrıca bk. D. TEZCAN, M.R. ERDEM, O. SANCAKDAR ve R.M. ÖNOK, s. 189.

227 Örnek olarak bk. *Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan*, § 154; *Ergezen v. Türkiye*, no. 73359/10, 8 Nisan 2014, § 36.

KISALTMALAR

AJDA	Actualité juridique, droit administratif
BD	AİHM Büyük Daire kararı
bk.	Bakınız
C.	Cilt
dir.	Sous la direction de
ed.	Editör
eds.	Editors
gbi. bk.	Geniş bilgi için bakınız
k.k.	Kabul edilebilirliğe ilişkin AİHM kararı
Kom. Kar.	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararı
m.	Madde
no.	Başvuru numarası
No.	Number
nos.	Başvuru numaraları
s.	Sayfa
TBB Dergisi	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
v.	Versus (...e karşı)
vd.	Ve devamı

KAYNAKÇA

1. Bilimsel Makale ve Eserler

BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Daloz, 2000.

BOULOUIS (J.), "Quelques observations à propos de la sécurité juridique", *Liber amicorum P. Pescatore*, 1987.

CHARRIER (J.-L.), *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LexisNexis SA, 2005.

De GOUTTES (R.), "Article 5 § 2", in L.-E. PETTITI, E. DECAUX ve P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, s. 203-210.

De SALVIA (M.), *Compendium de la CEDH : Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme - Jurisprudence 1960 à 2002*, Vol. 1, Kehl/Strasbourg/Arlington, Va (USA), Engel, 2003.

De SCHUTTER (O.), "Article 9", in E. DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques - Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011.

DOĞRU (O.) ve NALBANT (A.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıkça-ma ve Önemli Kararlar*, C. 1, Ankara, 2012.

DOURNEAU-JOSETTE (P.) ve LAMBERT ABDELGAWAD (E.) (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2011.

FROMONT (M.), "Le principe de sécurité juridique", *AJDA*, 1996, numéro spécial *Droit administratif et droit communautaire*, s. 179-184.

GARCIA (J.A.) ve JIMENEZ (A.Q.), "European Convention – Protection of the Rights to Liberty and Security: A Minimum European Standart (Art 5 ECHR)", in J.G. ROCA ve P. SANTOLAYA (ed.), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Lieden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

Guide on Article 5 of the Convention - Right to Liberty and Security, http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf (2014).

HARRIS (D.), OBOYLE (M.) ve WARBRICK (C.), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009.

JANIS (M.W.), KAY (R.S.) ve BRADLEY (A.W.), *European Human Rights Law*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2008.

KOERING-JOULIN (R.), "Article 5 § 4", in L.-E. PETTITI, E. DECAUX ve P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999.

KOERING-JOULIN (R.), "Article 5 § 5", in L.-E. PETTITI, E. DECAUX ve P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999.

LAMBERT (P.), "La mise en oeuvre de la Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux administratif" in P. LAMBERT (dir.), *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994.

LEACH (P.), *Taking a case to the European Court of Human Rights*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2011.

MACOVEI (M.), *Liberté et sûreté de la personne - Un guide sur la mise en oeuvre de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Éd. du Conseil de l'Europe, 2003.

MARGUÉNAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2011.

MARGUÉNAUD (J.-P.), "La régularité de la privation de liberté", in F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTE-NOIRE ve M. LAVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2009.

McBRIDE (J.), *Human rights and criminal procedure - The case law of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009.

NIEMI-KIESILÄINEN (J.), "Article 9", in A. EIDE, G. QLFREDSSON, G. MELANDER, L.A. REHOF, A. RESAS ve T. SWINEHART (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Oslo, Scandinavian University Press, 1993.

ÖNCÜ (M.), "AİHM Kararları Işığında Yakalama, Gözaltına Alma, Tutuklama ve Aramada Makul Şüpheler", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ocak-Şubat 2015, C. 10, S. 125-126.

ÖNCÜ (M.), "AİHS'nin 6. Maddesinin 1. Paragrafının Kapsamı ve Bu Hükmünde Güvence Altına Alınan Bazı Temel Hak ve İlkeler", in M. SAĞLAM, S. GÜLENER ve R. KAPLAN (ed.), *Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları*, C. II, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2014.

ÖNCÜ (M.), "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi ve İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları", *TBB Dergisi*, 2014(115).

Haşim Kılıç'a Armağan

ÖNCÜ (M.), “Bireysel Başvuruların AİHM Tarafından Usulden İncelenmesi ve Dördüncü Derece Türünden Şikâyetler”, in A. ALTAN, E. YILDIRIM, E. TERCAN, H.TÜLEN ve A.R. ÇOBAN (ed.), *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, Ankara, 2012.

ÖNCÜ (M.), *La fonction publique et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2004.

ÖZEKES (M.), *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara, 2003.

ÖZEKES (M.), “Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gerekçe”, in *Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay’ın Rolü Konferansı*, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 2007, s. 72 vd.

ÖZTÜRK (B.), TEZCAN (D.), ERDEM (M.R.), SIRMA (Ö.), SAYGILAR (Y.F.) ve ALAN (E.), *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2010.

ÖZTÜRK (B.) ve ERDEM (M.R.), *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2007.

PICARD (M.) ve TITIUN (P.), “Article 5 § 3”, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX ve P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999.

Practical Guide on Admissibility criteria (2014), http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf.

PRADEL (J.) ve VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2013.

REID (K.), *A practitioner’s guide to the European Convention on Human Rights*, London, Sweet & Maxwell, 2012.

RENUCCI (J.-F.), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 2007.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2011.

TEZCAN (D.), ERDEM (M.R.), SANCAKDAR (O.) ve ÖNOK (R.M.), *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara, 2011.

YENİSEY (F.) ve NUHOĞLU (A.), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2014.

Van DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme - Prendre l'idée au sérieux*, Bruxelles, FUSL/Bruylant, 2001.

VALEMBOIS (A.-L.), *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, t. 122, Paris, LGDJ, 2005.

VELU (J.) ve ERGEC (R.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990.

WACHSMANN (P.), *Les Droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 2008.

WHITE (R.) ve OVEY (C.), *The European Convention on Human Rights*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Abdo v. Türkiye, no. 17681/04, 26 Ocak 2010.

Abdulkhakov v. Rusya, no. 14743/11, 2 Ekim 2012.

A.D. v. Türkiye, no. 29986/96, 22 Aralık 2005.

Adil Serdar Saçan v. Türkiye [k.k.], no. 65387/09, 13 Aralık 2011.

Aksoy v. Türkiye, no. 21987/93, 18 Aralık 1996.

Aleksandr Makarov v. Rusya, no. 15217/07, 12 Mart 2009.

Aleksanyan v. Rusya, no. 46468/06, 22 Aralık 2008.

Alican Demir v. Türkiye, no. 41444/09, 25 Şubat 2014.

Ali Rıza Kaplan v. Türkiye, no. 24597/08, 13 Kasım 2014.

Altınok v. Türkiye, no. 31610/08, 29 Kasım 2011.

Amuur v. Fransa, no. 19776/92, 25 Haziran 1996.

Anguelova v. Bulgaristan, no. 38361/97, 13 Haziran 2002.

Aquilina v. Malta [BD], no. 25642/94, 29 Nisan 1999.

Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan, no. 24760/94, 28 Ekim 1998.

B. v. Avusturya, no. 11968/86, 28 Mart 1990.

Bağrıyanık v. Türkiye, no. 43256/04, 5 Haziran 2007.

Baltacı v. Türkiye, no. 495/02, 18 Temmuz 2006.

Baranowski v. Polonya, no. 28358/95, 28 Mart 2000.

Belevitskiy v. Rusya, no. 72967/01, 1 Mart 2007.

Bendenoun v. Fransa, no. 12547/86, 24 Şubat 1994.

Benham v. Birleşik Krallık, no. 19380/92, 10 Haziran 1996.

Haşim Kılıç'a Armağan

- Bezicheri v. İtalya*, no. 11400/85, 25 Ekim 1989.
- Bilal Doğan v. Türkiye*, no. 28053/10, 27 Kasım 2012.
- Bolech v. İsviçre*, no. 30138/12, 29 Ekim 2013.
- Bozano v. Fransa*, no. 9990/82, 18Aralık 1986.
- Bouamar v. Belçika*, no. 9106/80, 29 Şubat 1988.
- Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık*, no. 14553/89 ve 14554/89, 26 Mayıs 1993.
- Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, nos. 11209/84, 11234/84, 11266/84 ve 11386/85, 29 Kasım 1988.
- Bykov v. Rusya [BD]*, no. 4378/02, 10 Mart 2009.
- Cahit Demirel v. Türkiye*, no.18623/03, 7 Temmuz 2009.
- Campbell ve Fell v. Birleşik Krallık*, nos. 7819/77 ve 7878/77, 28 Haziran 1984.
- Cem Aziz Çakmak v. Türkiye [k.k.]*, no. 58223/10, 19 Şubat 2013.
- Chahal v. Birleşik Krallık [BD]*, no. 22414/93, 15 Kasım 1996.
- Chraidi v. Almanya*, no. 65655/01, 26 Ekim 2006.
- Ciulla v. İtalya*, no. 11152/84, 22 Şubat 1989.
- Clooth v. Belçika*, no. 12718/87, 12 Aralık 1991.
- Comingersoll S.A. v. Portekiz [BD]*, no. 35382/97, 6 Nisan 2000.
- Contrada v. İtalya*, no. 27143/95, 24 Ağustos 1998.
- Creanga v. Romanya [BD]*, no. 29226/03, 23 Şubat 2012.
- Cüneyt Polat v. Türkiye*, no. 32211/07, 13 Kasım 2014.
- Çakıcı v. Türkiye [BD]*, no. 23657/94, 8 Temmuz 1999.
- Çatal v. Türkiye*, no. 26808/08, 17 Nisan 2012.
- Çelik ve Yıldız v. Türkiye*, no. 51479/99, 10 Kasım 2005.
- Çetin Doğan v. Türkiye [k.k.]*, no.28484/10, 10 Nisan 2012.
- Degeratus v. Romanya*, no. 35104/02, 6 Temmuz 2010.
- Dereci v. Türkiye*, no. 77845/01, 24Mayıs 2005.
- Deroishi v. Hırvatistan*, no. 67341/10, 25 Eylül 2012.
- De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika*, nos. 2832/66, 2835/66 ve 2899/66, 18 Haziran 1971.

M. Öncü: Tutuklulukta Makul Süre

- Dikme v. Türkiye*, no. 20869/92, 11 Temmuz 2000.
- Dinç et Çakır v. Türkiye*, no. 66066/09, 9 Temmuz 2013.
- Dinler v. Türkiye*, no. 61443/00, 31 Mayıs 2005.
- Dirdizov v. Rusya*, no. 41461/10, 27 Kasım 2012.
- D.N. v. İsviçre* [BD], no. 27154/95, 29 Mart 2001.
- Dochnal v. Polonya*, no. 31622/07, 18 Eylül 2012.
- Doğan Yalçın v. Türkiye*, no. 15041/03, 19 Şubat 2008.
- Elçi ve Diğerleri v. Türkiye*, no. 23145/93 ve 25091/94, 13 Kasım 2003.
- Engel ve Diğerleri v. Hollanda*, nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 ve 5370/72, 8 Haziran 1976.
- Erdal Aslan v. Türkiye*, nos. 25060/02 ve 1705/03, 2 Aralık 2008.
- Erişen ve Diğerleri v. Türkiye*, no. 7067/06, 3 Nisan 2012.
- Ergezen v. Türkiye*, no. 73359/10, 8 Nisan 2014.
- Erkan İnan v. Türkiye*, no. 13176/05, 23 Şubat 2010.
- Erkan Soylu v. Türkiye*, no. 74657/01, 18 Aralık 2007.
- Ezeh ve Connors v. Birleşik Krallık* [BD], nos. 39665/98 ve 40086/98, 9 Ekim 2003.
- Farhi v. Fransa*, no. 17070/05, 16 Ocak 2007.
- Feşar v. Çek Cumhuriyeti*, no. 76576/01, 13 Kasım 2008.
- Fırat Can v. Türkiye*, no. 6644/08, 24 Mayıs 2011.
- Fikri Yakar v. Türkiye*, no. 23639/10, 22 Mayıs 2012.
- Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık*, no. 12244/86, 12245/86 ve 12383/86, 30 Ağustos 1990.
- Frommelt v. Lihtenştayn* [k.k.], no. 49158/99, 15 Mayıs 2003.
- Frydlender v. Fransa* [BD], no. 30979/96, 27 Haziran 2000.
- Funke v. Fransa*, no. 10588/83, 25 Şubat 1993.
- Gatt v. Malta*, no. 28221/08, 27 Temmuz 2010.
- Gavrilita v. Moldova*, no. 22741/06, 22 Nisan 2014.
- Gazi Güder v. Türkiye* [k.k.], no. 24695/09, 30 Nisan 2013.
- Getiren v. Türkiye*, no. 10301/03, 22 Temmuz 2008.

Haşim Kılıç'a Armağan

- Giulia Manzoni v. İtalya*, no. 19218/91, 1 Temmuz 1997.
- Gregory v. Birleşik Krallık*, no. 22299/93, 25 Şubat 1997.
- Grisez v. Belçika*, no. 35776/97, 26 Eylül 2002.
- Gubkin v. Rusya*, no. 36941/02, 23 Nisan 2009.
- Guzzardi v. İtalya* [BD], no. 7367/76, 6 Kasım 1980.
- Güder v. Türkiye* [k.k.], no. 24695/09, 30 Nisan 2013.
- Güveç v. Türkiye*, no. 70337/01, 29 Ocak 2009.
- Hendriks v. Hollanda* [k.k.], no 43701/04, 5Temmuz 2007.
- Hıyasettin Altın v. Türkiye*, no. 73038/01, 24 Mayıs 2005.
- Idalov v. Rusya* [BD], no. 5826/03, 22 Mayıs 2012.
- Ilijkov v. Bulgaristan*, no. 33977/96, 26 Temmuz 2001.
- Ionut-Laurentiu Tudor v. Romanya*, no. 34013/05, 24 Haziran 2014.
- Isayev v. Rusya*, no. 20756/04, 22 Ekim 2009.
- İpek ve Diğerleri v. Türkiye*, nos. 17019/02 ve 30070/02, 3 Şubat 2009.
- İrlanda v. Birleşik Krallık*, no. 5310/71, 18 Ocak 1978.
- Jabłoński v. Polonya*, no. 33492/96, 21 Aralık 2000.
- Jėčius v. Litvanya*, no. 34578/97, 31 Temmuz 2000.
- J. M. v. Danimarka*, no. 34421/09, 13 Kasım 2012.
- Jurjevs v. Letonya*, no. 70923/01, 15 Haziran 2006.
- Jussila v. Finlandiya* [BD], no. 73053/01, 23 Kasım 2006.
- Labita v. İtalya* [BD], no. 26772/95, 6 Nisan 2000.
- Ladent v. Pologne*, no. 11036/03, 18 Mart 2008.
- Lavents v. Letonya*, no. 58442/00, 28 Kasım 2002.
- Lawless v. İrlanda* (no. 3), no. 332/57, 1 Temmuz 1961.
- Lexa v. Slovakya*, no. 54334/00, 23 Eylül 2008.
- Jabłoński v. Polonya*, no. 33492/96, 21 Aralık 2000.
- Kadem v. Malta*, no. 55263/00, 9 Ocak 2003.
- Kamer Çelik v. Türkiye* [k.k.], no. 16986/10, 27 Kasım 2012.
- Kampanis v. Yunanistan*, no. 17977/91, 13 Temmuz 1995.

M. Öncü: Tutuklulukta Makul Süre

- Karaosmanoğlu ve Özden v. Türkiye*, no. 4807/08, 17 Haziran 2014.
- Kemmache c. Fransa* (no. 3), no. 17621/91, 24 Kasım 1994.
- K.-F. v. Almanya*, no. 25629/94, 27 Kasım 1997.
- Khayredinov v. Ukrayna*, no. 38717/04, 14 Ekim 2010.
- Khudoyorov v. Rusya*, no. 6847/02, 8 Kasım 2005.
- Klamecki v. Polonya*, no. 25415/94, 28 Mart 2002.
- Knebl v. Çek Cumhuriyeti*, no. 20157/05, 28 Ekim 2010.
- Korkmaz ve Diğerleri v. Türkiye*, no. 35979/97, 21 Mart 2006.
- Korneykova v. Ukrayna*, n° 39884/05, 19 Ocak 2012.
- Koroleva v. Rusya*, no. 1600/09, 13 Kasım 2012.
- Koştı ve Diğerleri v. Türkiye*, no.74321/01, 3 Mayıs 2007.
- Krivoshapkin v. Rusya*, no. 42224/02, 21 Ocak 2011.
- Kudla v. Polonya [BD]*, no. 30210/96, 26 Ekim 2000.
- Kurkowski v. Polonya*, no. 36228/06, 9 Nisan 2013.
- Kurt v. Türkiye*, no. 24276/94, 25 Mayıs 1998.
- Kutlar ve Ocaklı v. Türkiye*, nos. 41433/06 ve 47936/08, 1 Şubat 2011.
- Kürüm v. Türkiye*, no. 56493/07, 26 Ocak 2012.
- Kyprianou v. Kıbrıs [BD]*, no. 73797/01, 15 Aralık 2005.
- Lelièvre v. Belçika*, no. 11287/03, 8 Kasım 2007.
- Leontiu v. Romanya*, no. 44302/10, 4 Aralık 2012.
- Letellier v. Fransa*, no. 12369/86, 26 Haziran 1991.
- Lukanov v. Bulgaristan*, no. 21915/93, 20 Mart 1997.
- Lukovic v. Sırbistan*, no. 43808/07, 26 Mart 2013.
- Mahmut Öz v. Türkiye*, no. 6840/08, 3 Temmuz 2012.
- Mangouras v. İspanya [BD]*, no.12050/04, 28 Eylül 2010.
- Mansur v. Türkiye*, no. 16026/90, 8 Haziran 1995.
- Manulin v. Rusya*, no. 26676/06, 11 Nisan 2013.
- Matznetter v. Avusturya*, no. 2178/64, 10 Kasım 1969.
- McKay v. Birleşik Krallık [BD]*, no. 543/03, 3 Ekim 2006.

Haşim Kılıç'a Armağan

Medeni Uğur v. Türkiye, no. 49651/06, 24 Ocak 2012.

Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa [BD], no. 3394/03, 29 Mart 2010.

Megyeri v. Almanya, no. 13770/88, 12 Mayıs 1992.

Mehmet Özcan ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 4018/07, 4019/07, 4172/07, 23562/07, 36595/07, 54508/07, 54520/07, 2539/08, 16353/08, 34350/08, 34379/08, 35269/08, 37798/08, 37818/08, 56422/08, 20437/09, 20440/09, 20453/09, 20460/09, 20568/09, 20604/09, 20608/09, 20613/09 ve 20636/09, 26 Ekim 2010.

Migon v. Polonya [k.k.], no. 24244/94, 23 Ekim 2001.

Mitev v. Bulgaristan, no. 40063/98, 22 Aralık 2004.

Mkhitaryan v. Rusya, no. 46108/11, 5 Şubat 2013.

Mooren v. Almanya [BD], no. 11364/03, 9 Temmuz 2009.

Muller v. Fransa, no. 21802/93, 17 Mart 1997.

Najmowicz v. Polonya [k.k.], no. 6497/08, 10 Ocak 2012.

Nart v. Türkiye, no. 20817/04, 6 Mayıs 2008.

Nasrulloev v. Rusya, no. 656/06, 11 Ekim 2007.

Nechiporuk ve Yonkalo v. Ukrayna, no. 42310/04, 21 Nisan 2011.

Nedim Şener v. Türkiye, no. 38270/11, 8 Temmuz 2014.

Nedyalkov v. Bulgaristan, no. 44241/98, 3 Kasım 2005.

Neumeister v. Avusturya, no. 1936/63, 27 Haziran 1968.

Nikolova v. Bulgaristan [BD], no. 31195/96, 25 Mart 1999.

O'Hara v. Birleşik Krallık, no. 37555/97, 16 Ekim 2001.

Öcalan v. Türkiye [BD], no. 46221/99, 12 Mayıs 2005.

Öztürk v. Almanya, no. 8544/79, 21 Şubat 1984.

Padovani v. İtalya, n° 13396/87, 26 Şubat 1993.

Pantano v. İtalya, no. 60851/00, 4 Kasım 2003.

Patsouria v. Gürcistan, no. 30779/04, 6 Kasım 2007.

Pélissier et Sassi v. Fransa [BD], no. 25444/94, 25 Mart 1999.

Piechowicz v. Polonya, no. 20071/07, 17 Nisan 2012.

Piotr Baranowski v. Polonya, no. 39742/05, 2 Ekim 2007.

Piruzyan v. Ermenistan, no. 33376/07, 26 Haziran 2012.

M. Öncü: Tutuklulukta Makul Süre

- Polonskiy v. Rusya*, no. 30033/05, 19 Mart 2009.
- Prehn v. Almanya* [k.k.], no. 40451/06, 24 Ağustos 2010.
- Pulatlı v. Türkiye*, no. 38665/07, 26 Nisan 2011.
- Pyatkov v. Rusya*, no. 61767/08, 13 Kasım 2012.
- Quinn v. Fransa*, no. 18580/91, 22 Mart 1995.
- Rahman v. Türkiye*, no. 9572/05, 15 Şubat 2011.
- Raninen v. Finlandiya*, no. 20972/92, 16 Aralık 1997.
- Rehbock v. Slovenya*, no. 29462/95, 28 Kasım 2000.
- Reinprecht v. Avusturya*, no. 67175/01, 15 Kasım 2005.
- Ringeisen v. Avusturya*, no. 2614/65, 16 Temmuz 1971.
- R.L. ve M.-J.D. v. Fransa*, no. 44568/98, 19 Mayıs 2004.
- Rossi v. Fransa*, no. 60468/08, 18 Ekim 2012.
- Saghinadze ve Diğerleri v. Gürcistan*, no. 18768/05, 27 Mayıs 2010.
- Sağnak v. Türkiye*, no. 45465/04, 13 Ekim 2009.
- Sakık ve Diğerleri v. Türkiye*, nos. 23878/94, 23879/94, 23880/94, 23881/94, 23882/94 ve 23883/94, 26 Kasım 1997.
- Salabiaku v. Fransa*, no. 10519/83, 7 Ekim 1988.
- Salapa v. Polonya* [k.k.], no. 35489/97, 30 Nisan 2002.
- Sanchez-Reisse v. İsviçre*, no. 9862/82, 21 Ekim 1986.
- Schöps v. Almanya*, no. 25116/94, 13 Şubat 2001.
- Schwabe ve M.G. v. Almanya*, nos. 8080/08 ve 8577/08, 1 Aralık 2011.
- Scott v. İspanya*, no. 21335/93, 18 Aralık 1996.
- Selçuk v. Türkiye*, no. 21768/02, 10 Ocak 2006.
- Shabani v. İsviçre*, no. 29044/06, 5 Kasım 2009.
- Shishkov v. Bulgaristan*, no. 38822/97, 9 Ocak 2003.
- Sizov v. Rusya*, no. 33123/08, 15 Mart 2011.
- Smatana v. Çek Cumhuriyeti*, no. 18642/04, 27 Eylül 2007.
- Smirnova v. Rusya*, nos. 46133/99 ve 48183/99, 24 Temmuz 2003.
- Solmaz v. Türkiye*, no. 27561/02, 16 Ocak 2007.

Haşim Kılıç'a Armağan

- Sopin v. Rusya*, no. 57319/10, 18 Aralık 2012.
- Stanev v. Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17 Ocak 2012.
- Steel ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, no. 24838/94, 23 Eylül 1998.
- Stepuleac v. Moldova*, no. 8207/06, 6 Kasım 2007.
- Stoica v. Türkiye*, no. 42722/02, 4 Mart 2008.
- Stögmüller v. Avusturya*, no. 1602/62, 10 Kasım 1969.
- Suslov v. Rusya*, no. 2366/07, 29 Mayıs 2012.
- Svipsta v. Letonya*, no. 66820/01, 9 Mart 2006.
- Şahap Doğan v. Türkiye, no. 29361/07, 27 Mayıs 2010.
- Şayık ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 1966/07, 9965/07, 35245/07, 35250/07, 36561/07, 36591/07 ve 40928/07, 8 Aralık 2009.
- Şefik Demir v. Türkiye [k.k.], no. 51770/07, 16 Ekim 2012.
- Şeyhmus Uğur ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 1968/07, 3608/07, 14474/07, 35240/07, 35252/07, 36503/07, 36505/07, 36509/07, 36541/07, 36544/07, 36556/07, 36563/07, 36571/07, 36573/07, 36582/07, 36586/07, 36593/07, 15637/08, 34229/08, 36489/08, 36492/08, 36493/08, 37232/08 ve 37233/08, 19 Ekim 2010.
- Şık v. Türkiye, no. 53413/11, 8 Temmuz 2014.
- Şineoğlu ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 4020/07, 4021/07, 9961/07 ve 11113/07, 13 Ekim 2009.
- Sulaoja v. Estonya*, no. 55939/00, 15 Şubat 2005.
- Süleyman Erdem v. Türkiye*, no. 49574/99, 19 Eylül 2006.
- T. v. Birleşik Krallık* [BD], no. 24724/94, 16 Aralık 1999.
- Taciroğlu v. Türkiye*, no. 25324/02, 2 Şubat 2006.
- Talu v. Türkiye* [k.k.], no. 2118/10, 4 Aralık 2012.
- Taşçı ve Demir v. Türkiye*, no. 23623/10, 3 Mayıs 2012.
- Tengilimoğlu ve Diğerleri v. Türkiye*, nos. 26938/08, 41039/09, 66328/09 ve 66451/09, 5 Haziran 2012.
- Tinner v. İsviçre*, no. 59301/08 ve 8439/09, 26 Nisan 2011.
- Titarenko v. Ukrayna*, no. 31720/02, 20 Eylül 2012.
- Tokmak v. Türkiye*, no. 16185/06, 16 Şubat 2010.

M. Öncü: Tutuklulukta Makul Süre

- Tomasi v. Fransa*, no. 12850/87, 27 Ağustos 1992.
- Trifkovic v. Hırvatistan*, no. 36653/09, 6 Kasım 2012.
- Tunçe ve Diğerleri v. Türkiye*, nos. 2422/06, 3712/08, 3714/08, 3715/08, 3717/08, 3718/08, 3719/08, 3724/08, 3725/08, 3728/08, 3730/08, 3731/08, 3733/08, 3734/08, 3735/08, 3737/08, 3739/08, 3740/08, 3745/08 ve 3746/08, 13 Ekim 2009.
- Tuncer ve Durmuş v. Türkiye*, no. 30494/96, 2 Kasım 2004.
- Turgut Özkan v. Türkiye*, no. 23601/10, 22 Mayıs 2012.
- Türkdoğan v. Türkiye* [k.k.], no. 29742/03, 20 Şubat 2007.
- Tüm v. Türkiye*, no. 11855/04, 17 Haziran 2008.
- Tymoshenko v. Ukrayna*, no. 49872/11, 30 Nisan 2013.
- T.W. v. Malta* [BD], no.25644/94, 29 Nisan 1999.
- Uğur ve Diğerleri v. Türkiye* [k.k.], nos. 49651/06, 6840/08 ve 8076/08, 21 Eylül 2010.
- Urtans v. Letonya*, no. 16858/11, 28 Ekim 2014.
- Ümit Işık v. Türkiye*, no. 10317/03, 16 Mart 2010.
- V. v. Birleşik Krallık* [BD], no. 24888/94, 16 Aralık 1999.
- Van der Leer v. Hollanda*, no. 11509/85, 21 Şubat 1990.
- Van der Tang v. İspanya*, no. 19382/92, 13 Temmuz 1995.
- Vassis ve Diğerleri v. Fransa*, no. 62736/09, 27 Haziran 2013.
- Velichko v. Rusya*, no. 19664/07, 15 Ocak 2013.
- Veliyev v. Rusya*, no. 24202/05, 24 Haziran 2010.
- Yağcı ve Sargın v. Türkiye*, no. 16419/90 ve 16426/90, 9 Şubat 1996.
- Yalçın v. Türkiye*, no. 15041/03, 19 Şubat 2008.
- Yiğitdoğan v. Türkiye*, no. 20827/08, 16 Mart 2010.
- W. v. İsviçre*, no. 14379/88, 26 Ocak 1993.
- Weeks v. Birleşik Krallık*, no. 9787/82, 2 Mart 1987.
- Wemhoff v. Almanya*, no. 2122/64, 27 Haziran 1968.
- Wiensztal v. Polonya*, no. 43748/98, 30 Mayıs 2006.
- Winterwerp v. Hollanda*, no. 6301/73, 24 Ekim 1979.
- Włoch v. Polonya*, no. 27785/95, 19 Ekim 2000.

Haşim Kılıç'a Armağan

Zannouti v. Fransa, no. 42211/98, 31 Temmuz 2001.

Zeki Şahin v. Türkiye, no. 28807/05, 22 Şubat 2011.

Zentsov ve Diğerleri v. Rusya, no. 35297/05, 23 Ekim 2012.

Zokhidov v. Rusya, no. 67286/10, 5 Şubat 2013.

3. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları

Contrada v. İtalya [Kom. Kar.], no.27143/95, 14 Ocak 1997.

Nielson v. Danimarka [Kom. Kar.], no. 343/57, 6 Temmuz 1959.

N.M. v. Avusturya [Kom. Kar.], no. 1936/63, 6 Temmuz 1964.

Société Stenuit v. Fransa [Kom. Kar.], no. 11598/85, 30 Mayıs 1991.

X. v. Belçika [Kom. Kar.], nos. 5351/72 6579/74, 18 Temmuz 1974.

Dr. Şebnem NEBİOĞLU ÖNER
(*Anayasa Mahkemesi Raportörü*)

İKİNCİLLİK İLKESİ BAĞLAMINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ DENETİM ORGANLARI VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA İHLAL VE SONUÇLARININ ORTADAN KALDIRILMA USULLERİ

ÖZET

AİHM ve Anayasa Mahkemesi, bir ihlal tespit ettiği durumlarda ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması hususunda yapılması gerekenlere hükmedebilmektedir.

Söz konusu koruma sistemlerinin geleceği, büyük ölçüde belirtilen kararların etkin bir şekilde uygulanmasına bağlıdır. Bununla birlikte, belirtilen hükümlerin ikincillik ilkesi ışığında yorumlanması zaruridir. Zira, her iki sistem de ikincillik ilkesi üzerine kurulmuştur. İkincillik ilkesinin varlık nedeni, ulusal makamlara ve öncelikle mahkemelere, iddia edilen temel hak ihlallerini önleme veya düzeltme imkânı vermektir.

Bu doğrultuda, söz konusu çalışmada ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasını amaçlayan hükümler ikincillik ilkesi bağlamında ele alınmış ve bu alana ilişkin tartışmalar bir zemine oturtulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması, ikincillik ilkesi, bireysel başvuru, adil tatmin.

ABSTRACT

If the ECHR and the Constitutional Court find a violation, they may decide what should be done in order to redress the violation and its consequences.

These protection mechanism's future is mostly bound up with the effective implementation of these judgments mentioned above. However, these provisions must be interpreted in the light of the principle of subsidiarity. Because, both systems are located of the basis of this principle. The rationale for the principle of sussidiarity is to afford the national authorities, primarily the courts, the opportunity to prevent or redress the alleged violations of fundamental rights.

Accordingly, judgments that aim to redress the violation and its consequ-

ences has been dealt with in the context of the principle of subsidiarity and discussions on this area have been tried to base on a ground.

Keywords: Redressing the violation and its consequences, the principle of subsidiarity, individual application, just satisfaction.

I. Temel Hak ve Özgürlükleri Koruma Mekanizmaları Bağlamında Bireysel Başvuru

Temel hak ve özgürlüklerin korunması ve bu husustaki gelişmelerin takibi adına, hâlihazırda çok geniş bir yelpazede ve etkinlikleri sevindirici boyutlarda olan, uluslararası ve ulusal düzeyde ihdas edilmiş mekanizmaların var olduğu¹, belirtilen denetim mekanizmaları ve bu mekanizmalar çerçevesinde öngörülen ciddi müeyyideler vasıtası ile, pratik anlamda söz konusu hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir.

Söz konusu denetim mekanizmaları bağlamında ülkemizdeki insan hakları pratiğine etkisi açısından üzerinde durulması gereken en önemli mekanizma Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) temelinde kurulmuş olan denetim mekanizması olup², AİHS'in öngördüğü bu denetim mekanizması, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması noktasında etkin bir model oluşturmakla birlikte, esasen bu mekanizmanın iyi bir uygulama örneği olarak ele alınmasının temel nedeni, güvence kapsamında yer alan hak ve özgürlüklerin kapsamı değil³, kapsamına aldığı haklar açısından öngördüğü koruma ve denetim mekanizmasının oldukça etkin olan işleyişidir.

1 Uluslararası düzeyde ihdas edilen koruma mekanizmalarının bir kısmı evrensel bir kısmı bölgesel mekanizmalar şeklinde ele alınmakta olup, belirtilen koruma mekanizmaların büyük çoğunluğunun uluslararası sözleşmelere dayandığı ve yargısal, yargı benzeri veya yargı dışı yöntemleri bünyesinde barındırdığı görülmektedir. Bahsedilen mekanizmalardan gerek etkinlik alanı gerek ilgili denetim mekanizmasının gösterdiği etki anlamında özellikle sözü edilmesi gerekenler, Birleşmiş Milletler çerçevesinde, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı çerçevesinde, Avrupa Konseyi çerçevesinde oluşturulan sistemlerin yanı sıra, Amerikan Devletleri Örgütü, Avrupa Birliği ve Afrika Birliği çerçevesinde oluşturulmuş olan koruma ve denetim mekanizmalarıdır.

2 Bkz. Başlar/Kemal, Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Yayını, 2007; Tezcan/Durmuş, Erdem/Mustafa, Ruhan, Sancakdar/Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2004, s.99 vd.; Belirtilen denetim mekanizmasının kapsadığı diğer iki önemli Sözleşme ise, Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa İşkenceyi Önleme Sözleşmesidir.

3 AİHS'in kapsamına aldığı hak ve özgürlükler esasen medeni ve siyasal haklar olmakla birlikte, bu yelpazenin Ek Protokoller ve içtihat vasıtasıyla genişletilme eğilimini açıkça gözlemlemek mümkündür. Bkz. Tulkens/Françoise, Genel Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2009, s.12 vd.; European Court Of Human Rights, Survey Of Activities, Council Of Europe, 1990.

Ş. N. Öner: İhlal ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılma Usulleri

Belirtilen bu koruma mekanizmalarının yanı sıra, temel hak ve özgürlüklerin anayasa Yargısı marifetiyle korunmasının vasıtalarından biri olan bireysel başvuru usulünün de, hâlihazırda birçok hukuk sisteminde hayata geçirildiği ve bu suretle devletlerin, kamu gücü tarafından temel hakları ihlal edilen vatandaşlarına veya ilgililere anayasa Yargısı'nı harekete geçirme ve doğrudan anayasa mahkemelerinden hukuki koruma talep etme imkânı tanıdıkları görülmektedir⁴. Anayasa şikâyeti⁵ olarak da tanımlanan ve karşılaştırmalı hukukta başarılı örnekleri gözlemlenen kendine özgü bir başvuru yolu olan⁶ bireysel başvuru usulü ülkemiz açısından 2010 Anayasa değişiklikleri çerçevesinde anayasa Yargısı'nın fonksiyonları arasına dahil edilmiş olup, 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla uygulamaya konulduğu görülmektedir⁷.

Bireysel başvuru genel olarak, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü⁸ ta-

- 4 Duran/Lütfi, Türkiye'de Anayasa Yargısı'nın İşlevi ve Konumu, Anayasa Yargısı 1, Ankara 1984, s.59.
- 5 Uygulanması her ülkede farklılık gösteren söz konusu başvuru yoluna ilişkin olarak bir terim birliği sağlanamamış olmakla beraber, biz, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde mevzuat ve uygulamadan vereceğimiz örnekler ve yapacağımız değerlendirmeler bağlamında bir uyum sağlanabilmesi açısından, 1982 Anayasası ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun kapsamında kullanılan "bireysel başvuru" terimini kullanmayı tercih etmekteyiz. Terim sorununa ilişkin görüş ve değerlendirmeler için bkz. Kılınç/, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı'nda Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa Yargısı 25, Ankara 2008, s.21 vd.; Aliyev/Cabir, Anayasa Şikayeti, İstanbul 2010, s.12 vd.; Göztepe/Ece, Anayasa Şikayeti, Ankara 1998, s.15, dnp.35.
- 6 Esasen bu başvuru yolunun olağanüstü bir kanun yolu veya bir dava türü olarak tanımlandığı görülmekle birlikte, kanaatimizce, söz konusu usulde yapılan incelemenin niteliği, özelliikle yapılan denetimin ikincil fonksiyonu, ihlal iddiasına konu işlem ya da eylemi gerçekleştiren kamusal makam ile ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması hususunda ihdas edilen tedbirlerin muhatabının her zaman aynı olmayacağı gibi hususlar nazara alındığında, söz konusu usulün olağanüstü bir kanun yolu veya dava türünden ziyade, sui generis bir yargı yolu olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır. Bireysel başvuruyu bir dava türü olarak ele alan görüşler hususunda bkz. Kılınç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı'nda Bireysel Başvuru, s.23 vd.; Göztepe, s.15, dnp.35; Belirtilen husustaki görüş ve değerlendirmelere ışık tutması açısından ayrıca bkz. Gören/Zafer, Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru, Anayasa Yargısı C.11, 1994, s.100; Pekcanitez/Hakan, Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti, Anayasa Yargısı, C.12, 1995, s.261.
- 7 Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu usul çerçevesinde verilen kararlarda, bireysel başvuru yolunun temel hak ihlallerini önlemek için son ve olağanüstü bir çare olduğu yönünde ifadeler kullanıldığı, bu yönüyle Mahkeme tarafından da söz konusu usulün olağanüstü bir kanun yolu ya da dava formatının dışında, temel hak ihlallerinin önlenmesi noktasında özel fonksiyona sahip kendine özgü bir yargı yolu/hukuki çare olduğu görüşünün benimsendiği anlaşılmaktadır. Bkz.B.No:2012/1027, 12/2/2013, §20; B.No:2013/1942, 4/12/2013, § 49. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi> (Anayasa Mahkemesi'nin çalışmada yer verilen tüm kararlarına ilgili bağlantı kullanılarak erişilebilir).
- 8 Burada kamu gücünden kasıt, yasama, yürütme ve yargı makamlarının işlemleridir. Belirtilen kurumların ihmal suretiyle bir hak ihlaline vücut vermeleri mümkün olup, bu husus daha çok devletlerin belirli hak kategorileri açısından söz konusu olan pozitif yükümlülüklerinin gereğini ifa etmemeleri hâlinde gündeme gelmektedir. AİHM'in benzer yöndeki tespitleri için bkz. De Wilde, Ooms ve Verspy/Belçika, B. No: 2832/66, (Adil Tatmin), 10 Mart 1972. <http://hudoc.echr.coe.int>. (AİHM'in çalışmada yer verilen tüm kararlarına ilgili bağlantı kullanılarak erişilebilir).

rafından ihlal edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir başvuru yolu olarak tanımlanmaktadır⁹. Söz konusu başvuru yolunun objektif sübjektif fonksiyonları bağlamında, temel hak ve özgürlüklerin anayasa Yargısı vasıtasıyla korunması ve geliştirilmesi, hukuk düzeninin korunması ve anayasa Yargısı'nın gelişiminin sağlanması işlevini de haiz olduğu kabul edilmekle birlikte, kanaatimizce, temel hak ve özgürlüklerin bireysel anlamda korunması, bu husustaki anayasal içtihadın zenginleştirilmesi ve AİHS'e taraf olan devletler açısından, diğerlerine nazaran pragmatist bir yaklaşımın ifadesi olarak değerlendirebileceğimiz, AİHM'e yapılan başvurular ve Mahkeme tarafından verilen ihlal kararlarının azaltılması amaçlarından¹⁰ ziyade, temel hakların, bu usule ilişkin içtihat vasıtasıyla tespit edilen ölçütler çerçevesinde algılanmasının ve hayata geçirilmesinin temini, yani temel hak ve özgürlüklere ilişkin pratiğin başta kamu makamları olmak üzere, tüm kurumlar ve bireyler nezdinde karşılık bulmasının sağlanması şeklindeki amacı, önemsenmesi gereken temel amaç olmalıdır. Bu noktadaki en önemli parametre ise kuşkusuz, söz konusu usule ilişkin incelemeler neticesinde verilen kararlar ve etkileridir.

Bununla birlikte, bireysel başvuru kurumunun üzerinde temellendirildiği en önemli ilkelerden biri ikincillik (subsidiarite) ilkesi olup¹¹, bireysel başvuru alanında bu ilkenin ifade etmeye çalıştığı temel husus, bireysel başvuru usulünün temel hak ihlallerinin önlenmesi noktasında son ve olağanüstü bir çare olduğu ve ileri sürülen ihlal iddialarının öncelikle idari makamlar ya da hiyerarşik düzen dâhilinde yetkili Mahkemeler tarafından tartışılması ve ihlal ile sonuçlarının belirtilen bu birimler tarafından izalesinin sağlanmaya çalışılması, bunun mümkün olmaması hâlinde ise son çare olarak iddianın anayasa Yargısı huzuruna taşınmasıdır.

9 Kılınc, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı'nda Bireysel Başvuru, s.23 ; Göztepe,, s.15.; Aydın/Öykü Didem, Türk Anayasa Yargısı'nda Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, GÜHFD, C. XV, S. 4, 2011, s.125.; Bireysel başvuruyu, kamu otoritelerinin ağırlıklı olarak birel işlemlerine karşı, anayasal haklarının ihlali iddiasıyla, haklarının ihlal edildiğine inanan bireyler tarafından harekete geçirilen, ihlali gerçekleştiren işlemin anayasallığını denetlemeye yetkili Mahkeme'ye başvuru hakkı tanıyan tali nitelikte hukuki çare olarak tanımlayan görüş için bkz. Aliyev, s.12-13.

10 Amaca ilişkin bu ayırım ve belirtilen amaçlar arasındaki hiyerarşi bağlamında yürütülen tartışmalar için bkz. Göztepe, s.17 vd.; Kabaoglu/İbrahim, İnsan Hakları Güvenceleri/Hukuk ve Ötesi, İnsan Hakları Sempozyumu (Aralık 1994), İ.B.B. Hukuk Müşavirliği Yayını, İstanbul 1995, s.78; Kılınc, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı'nda Bireysel Başvuru, s.26 vd.; Şirin/Tolga, Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İstanbul 2013, s.65 vd.; Gören/Zafer, Türk Anayasa Yargısı'nda Bireysel Başvuru, Ankara 2013, s.20 vd.

11 Bu ilke esasen Alman Anayasa Mahkemesinin söz konusu denetim usulüne ilişkin içtihadıyla şekillenmiş olup, belirtilen Mahkemenin giderek artan iş yükü karşısında, zaman içinde bu ilkeye ilişkin prensiplerin daha kapsamlı ve keskin olmaya başladığı anlaşılmaktadır. Bkz. BVerfGE 9, 7; BVerfGE 68, 151. <https://www.Bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html>.

İkincillik ilkesi karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukukta bireysel başvuru dışındaki birçok uygulama ve metinde de karşımıza çıkmakta, içeriğinde ifade edilen hususların büyük ölçüde doğal hukukçu bir temele dayandığı anlaşılan söz konusu ilkenin, özünde merkezi olanın yerele ve bireye gerekli olmadıkça müdahale etmemesi ve gerektiğinde büyük bütünün küçük parçaya yardım etmesi şeklindeki negatif ve pozitif nitelikleri barındırdığı görülmektedir¹².

Belirtilen ilkenin, diğer yargısal başvuru makamları ile Anayasa Mahkemelerinin yetki ve görev paylaşımında ahengi sağlama ve bireysel başvuruya ilişkin yapılacak değerlendirmelerde ilgili idari ve adli makamların görüş, yaklaşım ve çekincelerine vakıf olma noktasında içerdiği yararların yanı sıra, Anayasa Mahkemelerinin bu usulden kaynaklanan iş yükü artışının önlenmesine dair pratik bir faydası da olduğu açıktır¹³. Bu kapsamda söz konusu ilke, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve etkin kullanımı noktasındaki vazifenin sadece Anayasa Mahkemesi'ne ait olmadığını, hatta ilk elde bu vazifenin derece mahkemeleri ve diğer kamusal makamlara aidiyetini vurgulamakta ve bu ilke vasıtası ile sınırları belirli hâle gelen görev bölümü, başta yargı mercileri olmak üzere diğer kamusal makamlar ve Anayasa Mahkemesi arasında temek hak ve hürriyetlerin etkin kullanımının sağlanması ortak amacına yönelik bir işbirliğine zemin hazırlamaktadır¹⁴. Bu noktada Anayasa Mahkemesinin söz konusu alandaki çabasının, diğer hukuk yolları yanında alternatif ya da seçimlik bir yol olmadığı ve yardımcı/seçimlik bir hukuksal çareden ziyade, söz konusu görev sınırları dâhilinde çözüme kavuşturulmayan ihlal iddialarının son çare olarak arz edildiği olağanüstü bir başvuru yolunu ifade ettiği unutulmamalıdır¹⁵. Bu açıdan söz konusu ilkenin, paralel bir yargılama sorununu ortadan kaldırarak ve sınırların netleştiği, öngörülebilir bir yargı sistemi sağlayarak hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesine de hizmet ettiği öğretilde haklı olarak dile getirilmektedir¹⁶.

AIHS temelinde oluşturulan denetim mekanizmasında da aynı ilke esas alınmakta ve Sözleşme'de yer alan hakların korunması ve gerçekleştirilmesi görevinin öncelikle taraf devletlere ait olduğu kabul edilmektedir. Bu husus

12 Bkz. Şirin, s.498 ve dpn.98.; Bozkurt/Enver, Özcan/Mehmet, Subsidiarite İlkesi (İkincillik İlkesi) ve Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme, SDÜİİBFD, Y.2001, C.6, S.1, s.1-21.

13 Belirtilen hususta ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Göztepe, 70 vd.

14 İlke, aynı zamanda birden fazla tarafın sahip olduğu yetkiyi öncelikle kimin kullanması gerektiğini belirler. Bu durumda, her iki taraf da esasen yetkiyi haiz olduğundan, bir yetki ikamesi durumu değil, bir tarafın yetkisini öncelikli, diğer tarafın yetkisini ikinci derecede kabul etme durumu söz konusudur.

15 Gören/Zafer, Anayasa Şikayeti: Külfetsiz, Masrafsız, Sonuçsuz, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Ankara 2008, s.305.

16 Bkz. Şirin, s.501.

Sözleşme'nin 1. maddesinde yer verilen ve Yüksek Sözleşmeci Tarafların, yetki alanları içinde bulunan herkesin Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamakla yükümlü olduklarını ifade eden düzenlemede açıkça belirtildiği gibi, Mahkeme tarafından da defaatle dile getirilmiştir¹⁷.

Esasen söz konusu sistemlerde ikincilik ilkesinin gözetilmesinin, AİHS kapsamındaki mekanizma açısından egemenlik ilkesine, Anayasa Mahkemesi tarafından yürütülen denetim bağlamında ise, Anayasa Mahkemesi ile diğer kamu makamları arasındaki fonksiyon ayırımına ve bireysel başvuru incelemesine konu olabilecek ihlal iddialarının büyük ölçüde Mahkeme kararlarına dayanan iddialar olacağı nazara alındığında özellikle diğer yargısal makamlarla Anayasa Mahkemesi arasındaki görev ayırımına ilişkin hassasiyete dayandığı anlaşılmaktadır. Bu noktada, özellikle bireysel başvuru usulü açısından, söz konusu sistemin verilen kararlar bağlamında etkinliği ile yürütülen denetimin ikincil niteliği arasındaki sınırın belirlenmesi, meşruiyet meselesinin en önemli boyutunu oluşturmakta ve söz konusu makamların Anayasa ve yasalar çerçevesinde belirlenen işlevlerini bir denge içerisinde yerine getirebilmeleri, söz konusu ilkenin fonksiyonlarını icra etmesiyle mümkün hâle gelebilmektedir.

Söz konusu ilke ve belirtilen görev bölümünün takibi ve denetimi adına, bireysel başvuru usulünün kendi içerisinde başvuru yollarının tüketilmesi ilkesi ve açıkça dayanaktan yoksunluk kriteri olmak üzere iki önemli sınırlama barındırdığı görülmektedir¹⁸.

İkincilik ilkesi, bireysel başvuru usulünde genel olarak kabul gören başvuru yollarının tüketilmesi kuralı ile yakından bağlantılı olup, kanaatimizce bu ilke başvuru yollarının tüketilmesi kuralı ile adeta ete kemiğe bürünerek

17 AİHM tarafından hem Sözleşme'nin 1. maddesinde yer verilen yükümlülük, hem de Sözleşme'nin 13. maddesinde tanımlanan etkili başvuru yolları ihdas edilmesi şeklindeki yükümlülük nazara alınarak, ihlal iddialarına ilişkin yargılamaların, maddi vakia ve hukuki probleme daha yakından vakıf olan ve bu doğrultuda söz konusu ihlal ve sonuçlarının tespit ve giderimi noktasında daha geniş bir potansiyele sahip olan yerel makamların bu alandaki vazifesinin öncelikli olduğu ve bu doğrultuda Sözleşme'nin sağladığı korumanın ek bir güvence mekanizması oluşturduğu kabul edilmektedir. Bkz. Papamichalopoulos/Yunanistan, (Adil Tatmin) B. No: 14556/89, 31 Ekim 1995, § 34; Türmen/Rıza, İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s.776 vd.; Söz konusu ilkenin özellikle son dönemde Mahkemenin iş yükü anlamında önemsendiği ve belirtilen ilke bağlamında taraf devletlerin temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında daha fazla sorumluluk yüklenmeleri gereğinin Interlaken ve Brighton Konferansları kapsamında yayınlanan bildirilerde açıkça vurgulandığı görülmektedir. Bkz. <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/reform&c>.

18 Bu açıdan söz konusu ilkenin, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı ile Mahkeme kararlarının etkileri sorunları bağlamında usuli ikincilik, karar alma ve değerlendirme süreçlerine ilişkin nispi sorumluluk anlamında maddi ikincilik olmak üzere farklı görünümünden söz edilmektedir. Bkz. Algan/Bülent, Bireysel Başvurularda "Açıkça Dayanaktan Yoksunluk" Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması, AÜHFİD, Y.2014, C.63, S.2, s. 247-284.

görünür hâle gelmektedir¹⁹. Türk Anayasa Mahkemesi tarafından uygulanmakta olan bireysel başvuru usulünde de, bu ilkenin Mahkemenin oluşturduğu ilk içtihatlarla birlikte uygulamaya yansıtıldığı ve başvuru yollarının tüketilmesi şeklinde ifade edilen kabul edilebilirlik ölçütünü destekler ve bu ölçütün içeriğini açıklar mahiyette kullanılmaya devam edildiği görülmektedir²⁰. Ancak, özellikle mevcut başvuru yollarının, ilgili mevzuat ve uygulama nazara alındığında etkili olmadığı ve bu kapsamda ilgili prosedüre müracaat suretiyle bir sonuç alınmasının mümkün görülmediği durumlarda, bu kurala esneklik tanındığı ve bireysel başvuruya konu iddiaların incelendiği anlaşılmaktadır²¹.

Bireysel başvuru usulü olağanüstü bir başvuru yolu olup, bu usulü hayata geçiren Mahkemelerin verdiği karar türleri ve belirtilen kararların içerik ve etkileri de bu niteliğe bağlı olarak şekillenmektedir. Bu bağlamda, anayasa Yargısı marifetiyle yerel mahkemelerce maddi olaylara ilişkin olarak yapılan değerlendirmeler ve hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı tetkik edilmemekte ancak, söz konusu değerlendirme ve yorumlar yapılırken, anayasa hukukunun ilke ve ölçütlerinin ihlal edilip edilmediği, anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin anlam ve kapsamının dikkate alınıp alınmadığı hususu, doğal olarak sorgulanmaktadır²². Anayasa mahkemelerinin diğer yüksek mahkemeler üzeri bir temyiz inceleme organı olmadığını da ifade eden bu yaklaşım, Türk Anayasa Mahkemesi tarafından da bireysel başvuruya ait ilk karar örnekleri ile birlikte uygulanmaya yansıtılmış ve özellikle bu usulün kabulü aşamasında yüksek mahkemeler nezdinde kararlarının etki ve geleceği konusunda oluşan tereddütlere de yanıt verilmiştir²³. Esasen

19 İnsan hakları hukukunda da olağan kanun yollarının tüketilmesi kuralının, ikincillik ilkesi bağlamında ele alındığı anlaşılmaktadır. Carozza/Paolo, Subsidiarity As A Structural Principle Of International Human Rights Law, The American Journal Of International Law, C.97, S.38, s.38 vd.; Bireysel başvuruya ilişkin farklı ülke uygulamalarında da iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunun gözetildiği anlaşılmaktadır. Bkz. Aliyev/Cabir, Anayasa Şikayeti, İstanbul 2010, s.23.

20 Bkz. B.No: 2012/1027, 12/2/2013, § 20; B. No:2013/1942, 4/12/2013, § 49; B.No: 2012/670, 26/3/2013, § 19.

21 Bkz. B. No:2012/13, 2/7/2013, § 19-31;B.No:2013/1582, 7/11/2013, § 20; B. No:2014/3986, 2/4/2014, § 22-27.

22 Ancak bu ilkeye de bir ihtirazi kayıt düşüldüğü ve belirtilen tespit ve yorumların açıkça keyfi bir uygulamaya dayandığının tespiti halinde, anayasa Yargısı'nın belirtilen yorum ve değerlendirme sürecine dâhil olabileceğinin kabul edildiği görülmektedir. Bkz. B.No: 2012/1027, 12/2/2013, § 24-28; B.No: 2013/2738, 16/7/2014, § 83-94; Belirtilen yaklaşımın, temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında uluslararası bir fonksiyon üstlenen AİHM tarafından da dördüncü derece ve takdir hakkı doktrini kapsamında benzer şekilde ifade edildiği ve söz konusu istisnanın AİHM içtihatlarında da yer bulduğu anlaşılmaktadır. bkz. Kemmache/Fransa (no 3), B. No:17621/91, 24 Kasım 1994, § 44; Sisojeva ve Diğerleri/Letonya, (BD), B. No:60654/00, 15 Ocak 2007, § 89; Nedim Mısırlı/Türkiye, B. No: 35199/07, 19 Kasım 2013.

23 Türkiye'de bireysel başvuru kurumunun kabulü öncesinde yürütülen tartışma ve öneriler hususunda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Kılınç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı'nda

bireysel başvuru usulünde, Mahkemenin kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin inceleme yapamayacağını da ifade edecek surette açıkça dayanaktan yoksunluk kriterinin öngörülme nedeni, ilgili usul çerçevesinde yapılacak başvurularda ve değerlendirmelerde, Mahkemenin bu noktadaki fonksiyonunun ikincil niteliğinin göz ardı edilmesi riskidir.

Esasen diğer yargısal makamların da temel hak ve özgürlükleri koruma ve etkin kullanımlarını sağlama yükümlülükleri bulunduğu kabul edilmekle birlikte, bireysel başvuru usulünün bu noktada oynadığı rol oldukça önemlidir. Bireysel başvuru usulünün, bireylerin, temel hak ve özgürlüklerin kullanımı ve hayata geçirilmesi noktasında etkin bir kontrol mekanizmasının varlığına istinaden duydukları güvene bağlı moral etkisinin olduğu tartışmasıdır. Ancak bu usulden beklenen verimin alınabilmesi büyük ölçüde, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması hususunda oynadığı role ve söz konusu kararların reel etkilerine bağlıdır. Belirtilen görüşün bir yansıması olarak yürütülen gözlem ve incelemelere dayanan bu çalışmanın temel amacı, söz konusu usulün etkinliğinin tespiti noktasında en önemli veriler olarak kabul ettiğimiz, ihlal ve sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik hükümler, bu kapsamda kullanılan araçlar ve etkilerinin ortaya konulmasıdır. Zira karşılaştırmalı hukuktaki örneklerine nazaran ülkemiz açısından görece geç bir zaman diliminde anayasa Yargısı'nın fonksiyonları arasına dâhil edilen ve ilk uygulama örnekleri itibarıyla yönünün temel hak ve özgürlüklerin korunması ve etkin kullanımı istikametine baktığı anlaşılan bireysel başvuru mekanizmasının etkinliği, büyük ölçüde verilen kararların içerikleri ve uygulama kabiliyetleri ile doğru orantılı olacaktır. İhlal ve sonuçlarının giderimi noktasında etkili olmayan söz konusu yargılama faaliyetinin etkili bir hak arama yolu olduğundan söz edilmesi mümkün olmayıp, böyle bir mekanizmanın belirtilen hak ve özgürlüklerin korunması ve hayata geçirilmesi noktasında herhangi bir fonksiyonu olduğu söylenemez. Bununla birlikte, özellikle yargısal kararlara dayanan ihlal iddiaları açısından, bu kararları ihdas eden yargısal makamların yetki ve görev alanlarının da gözetilmesi ve bireysel başvuru usulünün amacını aşan bir enstrümana dönüşmemesi için söz konusu denetim mekanizmasının temelinde yatan ikincilik prensibinin de aynı ölçüde göz önünde bulundurularak, bir denge içinde tutulması zaruridir.

Bu bağlamda, temel hak ve özgürlüklerin korunması hususunda en etkin uluslararası denetim mekanizmalarından biri olduğunu belirttiğimiz ve ilk uygulama örnekleri itibarıyla Türk Anayasa Mahkemesince içtihat birikimi ve temel yorum prensiplerinden faydalandığı anlaşılan AİHM tarafından yürütülen denetim ile, görece genç bir uygulama örneği olan, Türk Anayasa

Bireysel Başvuru, s.43 vd. Alman Anayasa Mahkemesinin söz konusu ilkeye vurgu yapan temel kararları için bkz. BVerfGE, 3, 29; BVerfGE 75, 313.

Mahkemesince yürütülen bireysel başvuru usulüne ilişkin olarak, öncelikle söz konusu mahkemelerin bu alandaki yargı yetkilerinin çerçevesi belirlenecek, akabinde ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasında oynadıkları rol ve bu alanda kullanılan araçlar değerlendirilerek, karar sonuçlarının infazına ilişkin prosedür de göz önünde bulundurulmak suretiyle, söz konusu çabanın etki ve etkinliğinin ortaya konulmasına ve bu noktada özellikle, söz konusu etkinliğin belirtilen denetim mekanizmalarının temelinde yer alan ikincillik ilkesi bağlamında nasıl bir konumda bulunduğu açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

II. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruların İncelenmesine Dair Yargı Yetkilerinin Çerçevesi

AİHM ve Anayasa Mahkemesinin yargı yetkisi içerisinde, ihlal kararları bağlamında alınan tedbirler ve adil tatmine ilişkin hükümlerin dışında, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasında fonksiyonel olduğu anlaşılan farklı karar türlerinin de yer aldığı görülmekte olup, öncelikle belirtilen karar türlerinin tasnifinin yapılmasının konunun çerçevesinin belirlenmesi açısından yararlı olacağı düşünülmektedir²⁴.

AİHS ve İç Tüzük hükümleri ile ilgili içtihat nazara alındığında, AİHM²⁵ tarafından verilen karar türlerinin danışma kararları ve yargılamaya ilişkin kararlar olmak üzere iki ana başlık altında toplandığı görülmektedir. Mahkemenin yargılama yetkisi kapsamında değerlendirilebilecek karar türleri ise, kayıttan silme, dostane çözüm, geçici tedbir kararları, kabul edilebilirlik ve esasa dair kararlar ile, kabul edilebilirlik veya esasa dair inceleme sonrasındaki süreçte söz konusu olabilen tavzih/yorum kararları ile karar düzeltme talepleri üzerine verilen hükümlerdir. Bununla birlikte, belirtilen karar türleri arasında ihlal ve sonuçlarının giderimi noktasında en fonksiyonel olanların tedbir kararları, dostane çözüm kararları ve esasa dair inceleme neticesinde verilen ihlal kararları kapsamındaki adil tatmin hükümleri olduğu açıktır. Bunun yanı sıra, özellikle mağdur statüsünün sona ermesi nedeniyle verilen kayıttan düşme kararları da, Mahkemenin ihlal ve sonuçlarına dair nasıl bir

24 AİHM'in yargı yetkisinin çerçevesi hakkında genel olarak bkz. Özmen/Münci, AİHM'ye Bireysel Başvurunun Önemi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Sürecinin Evreleri İle İlgili Pratik Bilgiler, Ankara 2013, s.45 vd.

25 Söz konusu mekanizmanın karar organını ifade etmek üzere genel olarak Mahkeme ifadesi kullanılmakla birlikte, özellikle 1998 tarihinden önce verilen kararları ihdas eden birimin zaman zaman Komisyon da olabildiği ancak, Ek 11 Nolu Protokolün yürürlüğe girmesi ile yargılama yetkisinin münhasıran Mahkemeye tanındığı görülmektedir. Protokolün tam metni için bkz. [http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=155&CM=7&DF=13/10/2014&CL=ENG.](http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=155&CM=7&DF=13/10/2014&CL=ENG;); Söz konusu protokol ve Sözleşme sisteminde öngördüğü değişiklikler hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Aybay/Rona, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol, TBBT, S.88, 2010, s. 244 vd.

giderimin bu statüyü ortadan kaldırdığının izlenebilmesi açısından önemlidir. Zira mağdur statüsünün ortadan kalktığına kabulü için Mahkemenin, iç hukuk makamlarınca ihlalin varlığının kabulü ile sonuçlarının tamamen ortadan kaldırılmış olmasını aradığı anlaşılmaktadır²⁶.

İhlal ve sonuçlarının nispeten kısa bir prosedür neticesinde ortadan kaldırılmasına hizmet eden usul dostane çözüm usulü olup, taraflar arasında dostane çözüme varılması hâlinde Mahkemece başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verilmektedir²⁷. Dostane çözüm kararlarının içeriklerine bakıldığında, kararların genellikle ihlal sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik nakdi bir tazmin şeklini içerdiği görülmektedir²⁸. Ancak taraf devletlerce ihlal sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla farklı bir takım tedbirlerin öngörüldüğü kararlara rastlamak ta mümkündür. Bu anlamda dostane çözüm kararlarının özel giderim ve genel giderim türlerini içerdiği, özel giderim kapsamında genellikle başvurucuya nakdi bir tazminat ile dava masraflarının ödenmesinin, genel giderim kapsamında ise ilgili taraf devletin genellikle benzer ihlallerin önlenmesi amacıyla mevzuat ve uygulamasında gerekli revizyonları yapmayı taahhüt etmesinin söz konusu olduğu görülmektedir. Genel olarak dostane çözüm usulünün, esasen Mahkemece yapılan denetimin ikincil niteliği ile adil tatmin kararlarının dayandığı temel esas olan eski hâle iadenin sağlanması noktasındaki temel yükümlülüğün ve bu çerçevede belirlenen yükümlülüğün yerine getirilmesi hususundaki uygun araçların belirlenmesine ilişkin takdir hakkının taraf devletlere ait olması yönündeki ilkeler²⁹ ile de büyük oranda örtüştüğü ve bu usulün özellikle 14 Nolu Ek Protokolün kabulü sonrasında daha da işlevselleştiği anlaşılmaktadır.

Mahkemenin yargı yetkisi kapsamındaki bir diğer karar türü geçici tedbir kararlarıdır³⁰. Sözü edilen kararlar, AIHM'in söz konusu dava ile bağlantılı olarak kabul edilebilirlik ve esas hakkında nasıl bir karar vereceğini göstermemekle birlikte, esasa ilişkin nihai kararın istenilen etkiyi doğurabilmesi

26 Bkz. Scordino/İtalya, B.No: 36813/97, 29 Mart 2006, §178 vd., §193; Oleksy/Polonya (k.k.), B.No:1379/06, 16 Haziran 2009; Jensen/Danimarka (k.k.), B.No: 48470/99, 20 Eylül 2001; Freimanis ve Lidums/Letonya, B.No:73443/01 74860/01, 9 Şubat 2006, §68; Gäfgen/Almanya [BD], B.No: 22978/05, 1 Haziran 2010, §116; Normann /Danimarka (k.k.), B.No: 44704/98, 14 Haziran 2001; Scordino/İtalya (no. 1) [BD], B.No: 36813/97, 29 Mart 2006, §202; ayrıca Jensen ve Rasmussen / Danimarka (k.k.), B.No: 52620/99, 20 Mart 2003; Gäfgen/Almanya [BD], B.No: 22978/05, 1 Haziran 2010, §118 ve 119; Ciorap v. Moldova (no. 2), B.No: 7481/06, 20 Temmuz 2010, § 23-25.

27 Dostane çözüm usulü hakkında genel olarak bkz. Keller/Helen, Forowicz/Magdalena, Engi/Lorenz, Friendly Settlements before the European Court of Human Rights: Theory and Practice, Eylül 2010.

28 Güncel bir dostane çözüm örneği için bkz. İlhan Fırat /Türkiye, B. No: 40851/08, 27 Ağustos 2013.

29 Bkz. Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık (Adil Tatmin) B. No:7511/76, 22Mart 1983, § 16.

30 Geçici tedbir kararlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz/Mehmet Semih, Provisional Measures of Protection in International Law: 1907-2010, İstanbul, Legal Yayınları, 2011.

açısından oldukça fonksiyoneldir³¹.

AİHM'e başvuru yapılmasının iç hukukta yürümekte olan işlemleri askıya alma etkisi olmaması nedeniyle Mahkeme, başvuru hakkının etkili olabilmesi için geçici tedbir kararı verme yetkisini kullanmaktadır. Geçici tedbire çok acil ve tedbir öngörülmemesi durumunda telafisi imkânsız zararların doğma riskinin söz konusu olduğu durumlarda hükmedilmekte olup³², geçici tedbirler, AİHM'in yerleşik uygulamalarına göre onarılması mümkün olmayan bir zarara ilişkin gerçekleşmesi yakın bir risk durumunda uygulanan acil durum önlemleridir³³. Bu haller genellikle Sözleşme'nin 2. ve 3. maddesi bağlamında değerlendirilebilecek durumlarla sınırlı tutulmakta ve ekseriyetle sınır dışı edilme ve iade kararları sonucu belirtilen maddeler kapsamında korunan hukuki yararlar açısından oluşabilecek zararları önlemek maksadıyla kullanılmaktadır³⁴. Ancak söz konusu kararlar yalnızca sınır dışı edilme olguları ile bağlantılı olarak gündeme gelmemekte, özellikle bir ceza hükmünün infaz edilmemesi noktasındaki taleplere de zaman zaman karşılık verildiği görülmektedir³⁵. Ayrıca 5. ve 6. maddenin çok açık bir ihlalinin vuku bulacağına ortaya konulduğu istisnai bazı hallerde de 39. madde uygulanabilmektedir. Mahkemenin 6. madde kapsamında genellikle adaletin açıkça ihlal edilme riski (risk of a flagrant denial of justice) olduğunu nazara alarak tedbire hükmet-

31 Mahkemenin geçici tedbir kararı verme yetkisi Sözleşme metninde yer almamakla birlikte, Mahkeme İç Tüzük'ünün 39. maddesi ile İç Tüzük'ün 32. maddesi doğrultusunda 5 Mart 2003 tarihinde Mahkeme Başkanı tarafından çıkarılarak, 16 Ekim 2009 ve 7 Temmuz 2011 tarihlerinde güncellenmiş uygulama talimatında geçici tedbir kararı verme yetkisi ile bu kararların bağlayıcılığının belirtildiği, Mahkeme içtihadında da bu karar türüne dair çok sayıda uygulama örneği bulunduğu görülmektedir. Bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_ENG.pdf.

32 Bkz. Mamatkulov ve Askarov / Türkiye [BD], B. No: 46827/99 ve 46951/99, § 104, 4 Şubat 2005; Paladi/Moldova [BD], B. No: 39806/05, §§ 86-90, 10 Mart 2009.

33 Bkz. 5 Mart 2003 tarihli Uygulama Talimatı, http://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_ENG.pdf.

34 AİHM'in mevcut içtihatlarına göre 39. Madde yapıların yıkım kararının önüne geçmek, gerçekleşmek üzere olan iflası engellemek, zorunlu askerlik hizmeti yükümlülüğünün yerine getirilmesini önlemek, AİHM'in yargılamanın adilliği konusundaki kararını bekleyen başvuranın serbest bırakılmasını temin etmek, referandumun yapılmasını sağlamak ya da siyasal partinin feshini önlemek gibi durumlarda uygulanmamaktadır. Bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf

35 AİHM, Öcalan/Türkiye başvurusunda (B. No: 46221/99), 30/11/1999 tarihli kararı ile, başvuru hakkında verilen ölüm cezasının infaz edilmemesi hususunda ilgili tedbirlerin alınmasını talep etmiştir. 39. madde, başvuranın ölüm cezası ya da ömür boyu hapse mahkum edilme riskiyle karşılaşabileceğini iddia ettiği davalarda da uygulama alanı bulmuştur. Örneğin, Nivette/ Fransa davasında (B.No. 44190/98, 03/07/2001) 39. madde, ABD'nin cinayet suçlamasıyla iade edilmesini talep ettiği bir ABD'li kadının davasında uygulanmış ve Fransız hükümetinin ABD yetkililerinden aldığı, başvuranın ölüm cezası ya da ömür boyu hapse mahkum edilemeyeceğine dair güvenceyi yeterli bulan AİHM, 39. maddenin uygulanmasına son vermiştir.; Benzer bir uygulama örneği için bkz. Babar Ahmad ve Diğerleri/ Birleşik Krallık, B.No: 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 ve 67354/09, 10/04/2012; Ayrıca cinsel yönelim bağlamında kötü muamele riski nedeniyle tedbir kararı verilen dava örneği için bkz. K.N./Fransa, B.No: 47129/09, 19.06.2012.

tiği³⁶, ayrıca çok sınırlı dava örneklerinde özel yaşama ve aile yaşamına saygı bağlamında da geçici tedbir taleplerinin değerlendirildiği görülmektedir³⁷. Geçici tedbir kararları genellikle taraf devlet aleyhine verilmeyle birlikte, AİHM bu kapsamda başvurandan da belirli bir hareket tarzının yerine getirilmesini talep yetkisine sahiptir³⁸. Belirtilen kararlar bir geçici tedbir niteliği taşıdığı için, esasa ilişkin değerlendirmelerde aranan ispat rabitasından daha zayıf bir rabıtaya dayanılmakta, yani ilk bakışta (prima facie) haklı olabilecek bir iddianın varlığı kontrol edilmekte ancak, karşılaşılabilecek şekilde tevsik edilmesi ve başvurucunun belirtilen kapsamda bir zarara uğrayacağını inandırıcı bir biçimde ortaya koyması aranmaktadır.

AİHM tarafından yapılan denetimin ikincil niteliğine uygun olarak, ilgili uygulama talimatında, geçici tedbir talebinde bulunulmadan önce askıya alma etkisi olan iç hukuk tedbirlerine başvurulması zorunluluğuna işaret edilmektedir³⁹.

Geçici tedbir kararları, esasa dair inceleme sonucunda verilecek kararın etkili olabilmesi ve sonuçlarını doğurabilmesi açısından önemli olmakla birlik-

36 Bkz.Othman (Abu Qatada)/ Birleşik Krallık, B.No: 8139/09, 17.01.2012; Ayrıca bkz. Soering/ Birleşik Krallık, B.No:14038/88, 07.07.1989. Bu davada da benzer tespitlere yer verilmekle birlikte, davanın olgularının 6. madde kapsamında belirtilen şekilde bir risk ortaya koymadığı ifade edilmiştir.

37 Eskinazi ve Chelouche/ Türkiye davasında (no. 14600/05, 06.12.2005) Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki önlerine Dair 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi kapsamında yapılan bir iade başvurusu üzerine şekillenmiş olup, anne ile kızından oluşan başvuranlar, kızın babasının yaşadığı ve çocuğun mutad meskeni olduğu iddia edilen İsrail'e gönderilmesinin 8.maddenin ihlali anlamına geleceğini iddia etmişlerdir. Başvuru inceleninceye kadar çocuğun sınır dışı edilmesini önleyecek şekilde 39. madde uygulanmış ancak, AİHM, özellikle Lahey Sözleşmesine dayanarak çocuğun İsrail'e gönderilmesi durumunda 8. maddenin ihlal edilmeyeceği sonucuna varmıştır. Benzer yönde bkz. Amrollahi/ Danimarka, B.No:56811/00, 11.07.2002; Belirtilen konuların yanı sıra başvuranın sağlığı konusundaki riskler, tutulma şartları, başvuranın yargılama sırasında uygun şekilde kanunen temsil edilmesi ve dava için önemli olan kanıtların muhafazası hususunda da 39. madde kapsamında tedbir kararları verdiği görülmektedir. Bkz. Evans/Birleşik Krallık, B.No:6339/05, 10.04.2007; Öcalan/Türkiye, B. No: 46221/99, 12.05.2005; Paladi/ Moldova, B. No. 39806/05, 13.03.2009; D./Birleşik Krallık, B. No. 30240/96, 02.05.1997.

38 AİHM'in başvurandan açık grevine son vermesini talep ettiği ve bu kapsamda 39. madde uyarınca başvuran için tedbir kararı verdiği uygulama için bkz. Ilascu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya, 48787/99, 8 Temmuz 2004, § 11.

39 AİHM, başvuranın Sözleşmeye taraf bir devlet ülkesinden çıkarılmasının önlenmesini talep ettiği Gebremedhin [Gaberamadhien]/Fransa (25389/05) kararında, iç hukuk yolunun, yalnızca doğrudan askıya alma etkisi bulunduğu takdirde etkin sayılacağını kaydetmiştir (ayrıca bkz. Conka/Belçika, 51564/99). Benzer yönde bkz N.A./İngiltere, B.No:25904/07, ; Mahkemenin, sınır dışı etme kararının iptali için idare mahkemelerine yapılacak başvurunun doğrudan askıya alma etkisi bulunmadığını gözlemlediğini ve idare mahkemesinin ayrıca bir yürütmeyi durdurma kararı vermesi gerekeceği (bkz. Jabari/Türkiye, B. No:40035/98, 11 Temmuz 2000) belirtilerek, Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmediği hususundaki itirazını reddettiği Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye başvurusu için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94127>.

te, tedbir kararı verme yetkisi Sözleşme metninde açıkça yer almamaktadır. Bununla birlikte Mahkeme birçok kararında, geçici tedbir gereklerine uyulmamasının Sözleşme'nin 34. maddesini ihlal edeceğini belirtmek suretiyle, söz konusu kararların bağlayıcı niteliğini ortaya koymaktadır⁴⁰.

Mahkemenin yargı yetkisi kapsamında verdiği bir diğer karar türü esasa ilişkin inceleme neticesinde verilen kararlardır. Sözleşme ve Eki Protokolle-
rinde yer alan hükümlerin ihlal edilip edilmediğinin denetlenmesi neticesin-
de ihlal (violation) ya da ihlal olmadığına (non-violation) dair hükümler tesis
edilmekte ve genellikle esasa ilişkin meselelerin tetkiki neticesinde verilen ih-
lal kararları ile birlikte, belki de taraf devlet bütçeleri üzerinde olduğu yük
nedeniyle kamuoyunun en yoğun şekilde dikkatini çeken karar kesiti olan
adil tatmin konusuna ilişkin belirlemeler de yapıldığı görülmektedir.

Bireysel başvuru prosedürü kapsamında Anayasa Mahkemesinin verebile-
ceği karar türlerine bakıldığında, ilgili mevzuat hükümlerinde sadece yargı
yetkisi bağlamında verilebilecek karar türlerine işaret edildiği ve AİHM için
öngörülen danışma görüşü verme yetkisi benzeri bir yetkinin Anayasa Mah-
kemesi için öngörülmediği anlaşılmaktadır. Yine danışma görüşlerine ben-
zer şekilde, dostane çözüm mekanizmasının da düzenlenmediği görülmekte
olup, belirtilen bu prosedürün ihdasında AİHM'in uluslararası bir yargı yeri
olma niteliğinin ve incelediği başvurularda bireyler karşısında ilgili Sözleş-
mecî devletin taraf sıfatıyla yer almasının rol oynadığı açıktır. Anayasa Mah-
kemesi nezdinde yürütülen bireysel başvuru sürecinde ise, her ne kadar 6216
sayılı Kanun'un 49/2. fıkrası ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 71. maddesi uyarın-
ca, bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi durumunda bir
örneğin görüş için Adalet Bakanlığı'na bildirileceği hüküm altına alınmış
ise de, ilgili Bakanlığın gerekli gördüğü hallerde başvurular hakkında görüş
sunma noktasındaki takdir hakkı da nazara alındığında, AİHM nezdindeki
prosedürden farklı olarak, belirtilen Bakanlığın bireysel başvuru sürecinde
klasik anlamda bir taraf sıfatının bulunmadığı anlaşılmaktadır⁴¹. Kanaati-

40 Mamatkulov ve Askarov/Türkiye, B. No. 46827/99 ve 46951/99, 04.02.2005; Paladi/Moldova, B. No:39806/05, 10.03.2009. Benzer yönde tespitler içeren karar için bkz. Trabelsi/İtalya, B. No:50163/08, 13 Nisan 2010; Makharadze ve Sikharulidze /Gürcistan B.No:35254/07, 22 Ka-
sım 2011; Al-Saadoon ve Mufdhi /Birleşik Krallık, B.No:61498/08, 2 Mart 2010;D.B./Türkiye, B.No:33526/08, 13Temmuz 2010;Ben Khemais/İtalya, B.No:246/07, 24 Şubat 2009; Mannai/
İtalya, B. No:9961/10, 27 Mart 2012; Abdulkhakov/Rusya, B. No:14743/11, 2 Ekim 2012; Tou-
mi/İtalya, B. No: 25716/09, 5 Nisan 2011; Rrapo/Arnavutluk, B. No:58555/10, 25 Eylül 2012;
Labsi/Slovakya, B. No: 33809/08, 15 Mayıs 2012.

41 Kanaatimizce ilgili düzenleme eksikliği, hem belirtilen çözüm süreci açısından hem de baş-
vuruların incelenmesi sürecinde ilgili Bakanlığın bilgi, belge temini ve özellikle yargısal uy-
gulamalardan kaynaklanan başvurularda ilgili yargısal uygulamalara daha yakın ve etkin
olan pozisyonuna bağlı olarak sağlayabileceği lojistik destek yönünden önemsenmesi gere-
ken bir eksikliktir. Belirtilen ihtiyacın ayrıca kararların infaz süreci açısından da gözetilmesi
gerekli açıktır.

mizce, özellikle içtihadın yerleştiği alanlarda, dostane çözüm benzeri bir mekanizmanın varlığı Mahkemenin iş yükü açısından pozitif etki doğuracağı gibi, ihlal iddialarının daha kısa bir prosedür ve zaman dahilinde çözümünü sağlayarak, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve etkin kullanımı noktasında ilgili mekanizmanın etkinliğini artırabilecektir. Bu nedenle söz konusu yetkinin bireysel başvuru usulü içinde tanımlanmamış olmasının önemli bir eksiklik olarak değerlendirilebileceği açıktır.

Anayasa Mahkemesinin yargı yetkisi kapsamındaki karar türleri kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin kararlar ile düşme kararları, tedbir kararları ve tavzih ile maddi hataların düzeltilmesine ilişkin kararlardır⁴².

Her ne kadar 6216 sayılı Kanun'un 49/5. fıkrası hükmünde başvurunun temel haklarının korunması için zorunlu görülen geçici tedbirlere hükmedilebileceği belirtilmiş ise de, belirtilen koruma alanı AİHM uygulaması ile de uyumlu olacak şekilde, İç Tüzüğü'nün 73. maddesi vasıtası ile belirginleştirilmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca, başvurunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvurunun talebi üzerine karar verilmesi mümkün olup, esasen genç bir uygulama örneği olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesince yürütülen bireysel başvuru usulünde geçici tedbir kararı verme yetkisinin müteaddit defa kullanıldığı ve ilk karar örnekleri olması hasebiyle AİHM uygulamasına nispetle oldukça cesur ve sonuca yönelen tedbir kararları ihdas edildiği görülmektedir⁴³. Mahkemenin bu yaklaşımı, esasa ilişkin inceleme neticesinde verilecek kararların etkinliğinin sağlanması adına oldukça isabetli bir uygulamaya işaret etmektedir.

Tedbir kararlarına ilişkin bu yelpazenin ilerleyen süreçte daha da genişlemesi ve renklenmesi muhtemel olup, özellikle ilgili mevzuatın tedbir kararı verilebilmesi hususunda "başvurunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması" hükmüyle sağladığı hareket alanının, aile yaşamına, velayet uyumsuzlukları bağlamında küçüklerin maddi ve manevi bütünlüğünü konu alan vakıalara ve kısmen adil yargılanma hakkına ilişkin açık usuli güvence ihlallerine ilişkin geçici

42 Bkz. B. No: 2013/66, 16/5/2013; B. No: 2013/463, 16/5/2013.

43 Başvurunun hastalığı nedeniyle hayati tehlike içinde bulunmasına rağmen cezaevinde tutulması ile klişe ifadelerle tutukluluk halinin devamına karar verilmesinin yaşam hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliğini ihlal ettiği iddiasının değerlendirildiği ve sonucu itibarıyla kabul edilemez bulunan başvuru bağlamında, Mahkemece başvurunun cezaevinde bulundurulmasının mevcut hastalığı yönünden hayati risk oluşturup oluşturmadığı hususunda yeni bir uzman heyet raporunun istenmesi ve bu amaçla ilgilinin, bu konuda yeterliliğe sahip tam teşekküllü bir sağlık kurumuna sevki yönünde aldığı 20/1/2014 tarihli tedbir kararı ile alınan rapor sonucuna göre başvurunun tahliyesine hükmettiği 20/2/2014 tarihli tedbir kararı bu bağlamda ele alınabilecek önemli örneklerdir. Bkz. 2014/648, 18/9/2014.

tedbir kararları alınması için oldukça uygun bir zemin oluşturduğu açıktır.

Mahkemenin esasa ilişkin inceleme neticesinde verebileceği kararlar ise, konu bakımından yetki dâhilinde olan bir temel hakkın ihlal edildiğine veya bir ihlalin vuku bulmadığına ilişkin kararlar olup, bir ihlalin varlığının tespiti hâlinde verilecek karar içeriğinde yer alabilecek olan ve aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik hükümlerin, kararın ve büyük ölçüde söz konusu denetim usulünün etkinliğinin test edilmesi noktasında en önemli parametreyi oluşturacağı tartışmasızdır.

III. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin İhlal ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılması Noktasındaki Rolü ve Bu Hususta Kullanılan Araçlar

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İhlal ve Sonuçlarının Giderimine İlişkin Algısı

A- Genel Prensip

AİHM'in ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ilişkin algısı, bu konuda üstlendiği rol ve kullandığı araçlar hususunda, özellikle Ek 11 Nolu Protokolün kabulü sonrasında gözle görülür değişiklikler olmakla birlikte, öncelikle ihlal ve sonuçlarının giderimine dair içtihat ve infaz sürecine ilişkin Bakanlar Komitesi uygulamalarının birlikte değerlendirilmesi suretiyle tespit edilen temel prensip ve usullerden genel olarak bahsedilmesinde yarar görülmektedir⁴⁴.

Sözleşme'nin 46. maddesinin lafzı esasen Mahkeme'nin kararlarının bildirici niteliğine işaret etmekte olup, Mahkeme de bu hususu içtihadında teyit etmekte ve özellikle ulusal hukukta yer alan mevzuat hükümlerinin ve uygulamaya ilişkin idari veya yargısal kararların iptali, yeniden düzenlemesi ve değiştirilmesi yetkisinin bulunmadığını açıkça belirtmektedir⁴⁵. Söz konusu kararlarda ayrıca, ihlal tespitinin ardından, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasında kullanılacak araçların seçiminde de kural olarak taraf devletin muhayyer olduğu vurgulanmakta ve böylece ikincillik ilkesi ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması düzlemine de taşınmaktadır⁴⁶.

44 Mahkemenin ihlal ve sonuçlarının giderimine ilişkin algısı hakkında genel olarak bkz. Leach/Philip, Taking A Case To The European Court Of Human Rights, 2. Basi, s.397 vd.

45 Bkz.Marckx/Belçika, B.No:6833/74, 13 Haziran 1979; Pakelli /Federal Almanya, B.No:8398/78, 25 Nisan 1983.

46 Mahkeme kararlarının tespit edici/bildiri niteliği hakkında bkz. Reisoğlu, Safa, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, İstanbul 2001, s.183; Yıldırım/Kadir, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması, İstanbul 1997, s.13.

Haşim Kılıç'a Armağan

Mahkemenin kararları kural olarak ilgili davada taraf olan devletler açısından bağlayıcı olmakla birlikte, benzer vakalar çerçevesindeki mevzuat ve uygulamanın yönlendirilmesi noktasında Sözleşme sisteminde yer alan diğer devletler açısından da yol gösterici ve benzer ihlal iddialarının gündeme gelmemesi açısından ihtar edici nitelikte olduğu açıktır⁴⁷.

İhlal ve sonuçlarının giderimine ilişkin değerlendirmelerin temel amacı, başvurucunun tespit edilen ihlalin gerçekleşmemiş olması hâlinde bulunması muhtemel olan duruma mümkün olduğunca kavuşturulması, başka bir ifadeyle, *restitutio in integrum*'dur⁴⁸. Ancak bu durum tesis edilmeye çalışılırken göz önünde bulundurulması gereken temel esas, belirtilen husustaki asıl sorunluluğun yüksek sözleşmecî tarafa ait olduğudur. Eski hâle iade amacının gerçekleştirilebilmesi hususunda Mahkeme tarafından verilen ihlal kararlarının neticelerini takip etme görevi ise, Sözleşme'nin 46/2. madde hükmü uyarınca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine aittir.

İhlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasında, kimi zaman ihlal tespitinin yeterli bir tatmin sağladığı öngörülmekle birlikte, bu konudaki en önemli argümanların tazminat öngörülmesi ile diğer bireysel ya da genel önlemlerin tesisi olduğu anlaşılmaktadır. Bu husustaki tedbirlerden sadece tazminat usulü Sözleşmede açıkça zikredilmiş olup, bireysel ve genel tedbirlere dair diğer örneklerin ise Mahkeme içtihadı ve Bakanlar Komitesi uygulamasından okunması mümkündür.

Genellikle parasal tazmin hükümleri açısından gereklilik ölçütünün sağlanmadığı durumlarda, Mahkemenin sıklıkla iddia edilen zarar açısından ihlal tespitinin tek başına yeterli bir adil tatmin oluşturduğuna karar verdiği görülmektedir. Mahkeme özellikle usuli hakların ihlaline bağlı olarak ileri sürülen manevi tazminat istemlerinde, ihlal kararının adil bir tatmin için yeterli olduğunu kabul etmekte olup, bu durum özellikle adil yargılanma hakkına mündemiç usuli gereklerin ihlali iddialarını içeren başvurular açısından söz konusudur⁴⁹.

Mahkemenin ihlal sonuçlarının giderimi noktasında verilen kararın moral

47 Bu çerçevede, belirtilen kararların uluslararası hukuk açısından devletlerin uymakla ve gözetmekle yükümlü olduğu kurallara benzer bir nitelik arz etmeleri nedeniyle "erga omnes" etkiye sahip olduklarının kabul edilebileceği yönünde bkz. Barkhuysen/Tom, Van Emmerik/Michiel, Van Kempen/Piet Hein, The Execution of Strasbourg and Human Rights Decisions in the National Legal Order, Lahey 1999, s. 296.

48 Bkz. Papamichalopoulos/Yunanistan, (Adil Tatmin)) B. No: 14556/89, 31 Ekim 1995.

49 Mahkeme bu değerlendirmesini Golder/Birleşik Krallık (B. No. 4451/70, 21 Şubat 1975, § 46) ile Goddi/İtalya (B. No. 8966/80, 9 Nisan 1984) davalarında formüle etmiş olup, bu kriteri sıkı bir biçimde uygulamaktadır. Benzer yönde bkz. Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık, (Adil Tatmin), B. No:7511/76, 22 Mart 1983, § 19-20; Ancak bu değerlendirme kesin nitelikte olmayıp, Mahkemenin, başvuruya konu olayın özellikleri ve diğer birçok faktörün etkisiyle benzer durumlarda manevi tazminata hükmettiği de görülmektedir.

etkisini yeterli görmediği durumlarda, eğer söz konusu ihlal açısından eski hâle iade mümkün ise parasal bir tazmine hükmetmediği ve taraf devletin eski hâle getirme ve böylece Sözleşme'nin 46. maddesi bağlamındaki yükümlülüğünü ikmal edip etmediği hususunun Bakanlar Komitesi tarafından takip edildiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda tespit edilen ihlal ve bundan mütevellit zararın niteliğine göre birel ya da genel tedbirlerin alınması söz konusudur. Ancak, ihlalin ve oluşan zararın doğası gereği eski hâle getirmenin mümkün olmadığı hallerde, Mahkeme genellikle Sözleşme'nin 41. maddesinde öngörülen yetkiye istinaden parasal bir tazmin öngörmektedir. Zira niteliği gereği birçok ihlal için önceki durumun tesis edilmesi mümkün değildir⁵⁰.

Bazı durumlarda ihlalin sona erdirilmesi ve ihlalden önceki durumun iade edilebilmesi için, başvurucuyu konu alan bazı bireysel tedbirlerin alınması gerekmektedir. Tazminat dışındaki bireysel tedbirlerin neler olduğu kural olarak Mahkeme içtihadında belirtilmemekte, bu husus genellikle Bakanlar Komitesi uygulamasında şekillenmektedir. Bu açıdan taraf devletçe alınabilecek bireysel tedbirlerin şekli ve niteliği her somut olaya göre farklılık gösterebilmekle birlikte, bu alanda karşımıza çıkan en bilindik usul yargılamanın yenilenmesi veya yeniden inceleme prosedürleridir⁵¹. Bunun yanı sıra, kişiye ilişkin kayıtlarda yeniden düzenleme yapılmasından sınır dışı edilme kararının geri alınmasına kadar değişen geniş bir yelpazede farklı bireysel tedbirler öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Genel tedbirler ise, daha çok benzer nitelikteki ihlallerin vuku bulmaması amacıyla gündeme alınan ve ekseriyetle mevzuat ve uygulama değişikliklerini konu edinen tedbirlerdir. Bu husus çoğu zaman ihlalin bir mevzuat hükmünden veya yerleşmiş yargısal/idari bir uygulamadan kaynaklandığı durumlarda gündeme gelmektedir. İhlalin bir mevzuat hükmünden ileri geldiği durumlarda taraf devletlerin ihlalin ve sonuçlarının giderilmesi noktasındaki yükümlülüklerinin ikmalî nispeten kolay olmakla birlikte, ihlalin bir yargısal

50 Mahkeme König/Almanya davasında bu duruma dikkat çekmiş ve şayet ihlalin eski hâle getirilmesi mümkün değilse, maruz kalınan kayıpların tazmini için tek yolun Sözleşme'nin 41.maddesi uyarınca istemde bulunmak olduğunu belirtmiştir. B.No: 6232/73, 10 Mart 1980.

51 Bu şekilde bir ayırım yapılmasının nedeni, belirtilen bireysel tedbirin yargısal kararlar açısından olduğu kadar, ulusal hukukta alınan diğer kararlar açısından da geçerli olmasıdır. Bakanlar Komitesinin R (2000) 2 sayılı tavsiye kararında da, eski hâle iadeyi sağlamaya en elverişli usulün yeniden inceleme/yargılamanın yenilenmesi olduğu belirtilmiştir. Bkz. Recommendation No. R(2000)2of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights (Adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2000 at the 694th meeting of the Ministers' Deputies) <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=334147>; Ülkemiz açısından da, AİHM'in ihlal kararlarına bağlı olarak yargılamanın yenilenmesi imkânı öngörülmüş olup, bu durum hem hukuk (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375/1(i) hükmü uyarınca) hem ceza usulü (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 311. maddesi uyarınca), hem de idari yargı (2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53/1(ı) hükmü uyarınca) açısından geçerlidir.

pratikten kaynaklandığı hallerde, özellikle idarenin yargısal kurum ve kararlara müdahale edemeyeceğinin öngörüldüğü birçok taraf devlet açısından, bulunabilecek en uygun çözüm karar gereğinin duyurulması suretiyle farkındalığın artırılması ve nihai olarak ilgili uygulamaya yön veren mevzuat hükümlerinin revize edilmesi olmaktadır. Genel tedbirler arasında zikredilebilecek olan bir diğer usul ise, Mahkeme kararının yayınlanması/bilgilendirme⁵² usulüdür⁵³.

Mahkeme ihlal tespit ettiği durumlarda, taraf devletlerin ihlali sona erdirerek, ihlalden önceki durumu olabildiğince sağlamak ve aynen bir telafinin mümkün olmadığı hallerde ise adil bir tazminat ödemek suretiyle bir giderim sağlamakla yükümlü olduğunu muhtelif kararlarında dile getirmiştir⁵⁴. Mahkemenin bu kabulü ve ihlal sonuçlarının giderimi hususunda taraf devletlere tanınan takdir hakkı, belirtilen yükümlülüğün bir sonuç yükümlülüğü olduğunu ortaya koymakla birlikte, Mahkeme son yıllarda verdiği birçok kararda, somut olayda tespit edilen ihlalin niteliği gereği ihlal sonuçlarının ortadan kaldırılmasının sadece belirli tedbirlerin alınması yoluyla sağlanabileceği bazı hallerde, ihlal sonuçlarının giderimi hususunda alınması gereken somut tedbir veya tedbirlerin ne olduğunu açıkça belirtmeyi tercih etmektedir.

Bu bağlamda Mahkemenin giderim usullerine ilişkin algısının zaman içerisinde temel prensipler saklı kalmak kaydıyla kısmen değişikliğe uğradığı görülmektedir. Özellikle Ek 11 Nolu Protokolün kabulü sonrasında, Bakanlar Komitesinin infaz süreci ile ilgili olarak aldığı kararlar ve bu sürece ilişkin belirsizliklerin giderimi hususunda Mahkemece bazı tespit ve yönlendirmeler yapılması noktasında Komite ve taraf devletlerce yöneltilen taleplerin de etkisi ile, Mahkemenin ihlal ve sonuçlarının giderimine ilişkin araçların tespitinde daha etkin bir rol oynamaya başladığı ve bu kabullerini kimi zaman tavsiye mahiyetinde kimi zaman açıkça alınmasını arzu ettiği tedbiri belirtmek suretiyle uygulamaya yansıttığı, söz konusu yaklaşımın insan haklarını koruyucu mekanizmalar çerçevesinde yer alan mahkemelerce verilen kararların yönlendirdiği uluslararası kabullerle de uyum arz ettiği anlaşılmaktadır.

Özellikle başvuruçulara sağlanmak istenilen giderimin niteliği, hangi oranda bir tatmin sağlama arayışında olunduğu ve bu arayışın söz konusu dene-

52 Bu usule ilişkin farklı nitelendirmeler için bkz. Kılıncı/, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Ankara 2006, s.262 vd., Doğru/Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkileri, Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s. 206 vd.

53 Söz konusu bireysel ve genel tedbirler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. The Execution Of Judgments Of The European Court Of Human Rights, Human Rights Files No:19, Council Of Europe Publishing, 2008, s.12 vd.

54 Papamichalopoulos/Yunanistan, (Adil Tatmin) B. No: 14556/89, 31 Ekim 1995; Assanidze/Gürcistan, (BD) B. No: 71503/01, 8 Nisan 2004; Scozzari ve Giunta/İtalya, (BD) B. No:39221/98 - 41963/98, 13 Temmuz 2000; Akdivar ve Diğerleri/Türkiye, (BD) B. No: 21893/93, 1 Nisan 1998.

Ş. N. Öner: İhlal ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılma Usulleri

tim mekanizmalarının amacı ile ikincilik ilkesi bağlamında nasıl bir çizgide yer aldığının tespiti açısından, Mahkemenin bu konudaki algısının seyrini gösteren temel içtihatların kısaca değerlendirilmesinde yarar görülmektedir.

İhlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına dair ilk karar örnekleri incelendiğinde, bir Sözleşme ihlalinin tespit edildiği ve tespit edilen ihlalin doğası gereği eski hâle iadenin mümkün olmadığı durumlarda, mağdurlara Sözleşme'nin 50. maddesi (hâlihazırda Sözleşme'nin adil tatmin hususunu düzenleyen 41. maddesini karşılamaktadır) kapsamında bir tazminat öngörüldüğü, bu bağlamda Mahkemenin giderim noktasındaki ilk dönem algısının maddi ve manevi tazminat tedbirleri ile sınırlı olduğu anlaşılmaktadır.

Mahkemenin adil tatmin hususunu değerlendirdiği ilk karar De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika⁵⁵ kararıdır. Söz konusu kararda, başvuruçuların serilerlik nedeniyle tutulmalarına karar veren Magistra kararlarına karşı yargı yolu bulunmamasının, Sözleşme'nin 5/4. fıkrasını ihlal ettiğine hükmettiği başvuruda Mahkeme, 50. maddenin, zararın doğasının ihlalin sonuçlarının tamamen ortadan kaldırılmasını mümkün kıldığı ancak, iç hukukun buna imkân vermediği durumlarda uygulanabileceğini, bununla birlikte Mahkemeye zarar gören başvuruçuya adil bir tatmin sağlama yetkisi veren bu hükmün, zararın doğası gereği eski hâle iadenin mümkün olmadığı durumları da kapsamına aldığını ve bu hususun evleviyetle adil tatmin kararlarına zemin oluşturabileceğini belirtmiştir. Mevcut davadaki durumun da benzer şekilde olduğunu belirten Mahkeme, ne Belçika hukukunun ne de başka bir hukuk sisteminin, başvuruçuların tutulmalarının hukukiliğini denetleyebilecek olan bir yargısal makama müracaat etme haklarının ihlalinin mütevellit zararı tamamen telafi imkânı sağlamasının düşünülemeyeceğini ifade etmiş ve ihlal tespiti yapılan durumlarda giderim noktasındaki temel hedefin eski hâle iade olduğunu ancak, ihlal ve zararın doğası gereği bunun sağlanmasının mümkün olmadığı hallerde en uygun tazmin şeklinin nakdi bir giderim öngörülmesi olduğunu vurgulamıştır⁵⁶.

Mahkemenin, esasen öngörülecek maddi tazminatın hesaplanmasının el-

55 B. No: 2832/66, (Adil Tatmin), 10 Mart 1972. Söz konusu karar ayrıca, Hükümet'in adil tatmin talepleri açısından iç hukuk yollarının tüketilmediği noktasındaki itirazının, adil tatmin talebiyle ilgili başvurunun yeni bir başvuru olmayıp, ihlal kararına konu olan davanın son aşamasına ilişkin ve ihlal kararına dayanılarak mağduriyetin giderilmesi ile ilgili olduğunun ve aksi bir kabulün Sözleşme organları önündeki yargılamanın toplam süresi de nazara alındığında, insan haklarının etkili bir biçimde korunması fikriyle bağdaşmayacağı gibi, Sözleşme'nin amacına da uygun düşmeyeceğinin belirtilerek reddedilmesi yönüyle de önemli tespitler içermektedir.

56 Benzer yönde bkz. Guzzardi/İtalya, B. No: 7367/76, (Adil Tatmin) 6 Kasım 1980. Söz konusu karar, özellikle eski hâle iadenin zararın doğası gereği mümkün olmadığı durumlarda, iç hukukun ihlalin sonuçlarını kısmen telafi edebildiğinin kabul edilmesi gerektiğini vurgulaması açısından dikkate değerdir.

Haşim Kılıç'a Armağan

deki veriler kapsamında olanaklı olmadığı durumlarda adil tatmin hususundaki değerlendirmeyi daha sonraki bir prosedüre ertelediği görülmekle birlikte⁵⁷, eski hâle iadenin mümkün olduğu bazı hallerde de, herhangi bir tazminat öngörmeyerek belirtilen sorunun çözümünü sonraki bir prosedüre ertelediği görülmektedir.

Bu bağlamda ele alınabilecek olan Piersack/Belçika⁵⁸ davasında Mahkeme, başvurunun mahkûmiyetine karar veren mahkeme hakiminin soruşturma aşamasında belirli bir rol oynadığını nazara alarak, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. İhlal kararı sonrasında iç hukukta ileri sürülen yeniden yargılama talebi kabul edilmiş ve Mahkeme bu yargılama sırasında 6. maddenin gerektirdiği usul güvencelerine riayet edildiğini, yapılan yeniden yargılamanın esasa ilişkin kararda tespit edilen ihlali giderdiğini, açılan bu davanın, işin doğası gereği eski hâle iadeye çok yakın bir sonuca vardığını, belirtilen yargılama sonucunda ilk hapis cezasıyla aynı kararın verildiği görülmekle birlikte, Sözleşme'de var olan bütün güvencelerin sağlandığını kabul etmiştir.

Bu yaklaşım, eski hâle iadenin mümkün olduğu durumlarda, adil tatmine ilişkin sorunu saklı tutarak bilahare inceleme prensibini yansıtmaktadır. Mahkeme böylece, ulusal hukukta gereken tedbirlerin alınıp alınmadığını ve bunların uygulanmalarını gözlemleme fırsatını bulmaktadır. Nakdi tazminat ise sadece, ulusal düzeyde bir eski hâle iadenin mümkün olmaması hâlinde öngörülmektedir. De Cubber/Belçika⁵⁹ davası ise bu noktada ele alınabilecek aksi yönde bir uygulama örneğidir.

İhlal ve sonuçlarının giderimi ve Mahkemenin bu husustaki yargı yetkisinin çerçevesinin tespiti bağlamında İrlanda/Birleşik Krallık başvurusu özel bir davadır. Söz konusu başvuru kapsamında, bir operasyon sonrası gözaltına alınan çok sayıda IRA üyesine derin sorgulama yöntemi olarak adlandırılan tekniklerin uygulanmış olması nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiş olup, İrlanda Hükümeti Mahkeme'den, 3. maddeye aykırı eylemde bulunan güvenlik mensupları ile bunlara göz yuman ve hoş-

57 Harris/David, O'Boyle/Michael, Bates/Ed, Buckley/Carla, Law Of The European Convention Of Human Rights, 2. Bası, 2009, s. 857.

58 B.No: 8692/79, (Adil Tatmin), 26 Ekim 1984, § 10-12.

59 De Cubber/Belçika, B.No: 9186/80, (Adil Tatmin), 14 Eylül 1987. Mahkemenin bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı bağlamında verdiği ihlal kararı sonrasında yapılan yeniden yargılama başvurusunun reddedildiği davada, Belçika'da ihlal kararından sonra yürütülen girişimin ihlalin sonuçlarını gidermediği; söz konusu yargılamanın, olayın niteliği gereği mümkün olan bir eski hâle iadeye yakın bir sonuç doğurmadığı, o halde Mahkemenin, vermiş olduğu ihlal kararın, bütün kurumlarının işleyişinden sorumlu olan Belçika Devleti üzerinde yarattığı sonuçları Sözleşme'nin 50. maddesi bağlamında karara bağlaması gerektiği belirtilerek, başvurunun maddi ve manevi tazminat talepleri değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

görü gösteren kişiler hakkında, Birleşik Krallık Hükümetinin ulusal ceza ve disiplin hukukuna göre gerekli işlemi yapması için ilgili Hükümete talimat (consequential order) vermesini talep etmiştir. Mahkeme yargı yetkisinin, taraf bir devlete, ulusal hukukundaki usullere göre ilgililer hakkında ceza veya disiplin davası açması için emir veya talimat verme yetkisini içermediğini açıkça dile getirerek belirtilen talebi karşılamamıştır⁶⁰.

Marckx/Belçika kararında ise Mahkeme, adil tatmin noktasında verdiği kararların niteliğini açıklamıştır. Mahkemeye göre kuşkusuz, adil tatmin konusunda verilen kararların etkisinin somut davanın sınırlarını aşması mümkündür. Özellikle, ihlalin bizatihi şikâyet konusu hükümlerden kaynaklandığı ve uygulamaya dayanan kişisel bir önlemden ileri gelmediği hallerde durum böyledir. Fakat bu durumlarda dahi Mahkemenin kararı, belirtilen hükümleri iptal etme ya da yürürlükten kaldırma yönünde olmayıp, Mahkemenin kararı esasen açıklayıcı niteliktedir. Sözleşme'nin 53. maddesi kapsamındaki yükümlülüğünün icrası için, karar sonuçlarını iç hukukuna yansıtma noktasındaki araçların seçimi ise taraf devletlere bırakılmalıdır. Ancak bu kararda Mahkeme aynı zamanda, ihlal kararına uygunluk sağlanabilmesi için Belçika hukukunda ne yapılabileceğine dair tavsiye niteliğinde belirlemelerde bulunmuştur. Bu kapsamda Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin içerdiği pozitif yükümlülüklerle bağdaşmayan kanuni düzenlemeyi eleştirirken, Sözleşme'nin lafzı ve ruhuna uygun olacak ideal düzenlemeyi de tavsiye mahiyetinde dile getirmeye çalışmış, bir anlamda ihlal sonuçlarının ortadan kaldırılması, dahası benzer ihlallerin önlenmesi noktasında kullanılabilecek araçlara işaret etmiştir.⁶¹

Söz konusu ifadeler devletin pozitif yükümlülüklerini veya belirli haklar konusunda bazı mevzuat hükümlerinin varlığından kaynaklanan ihlal iddialarını konu alan davalarda sıklıkla kullanılmaktadır⁶². Belirtilen kararların

60 B. No: 5310/71, 18 Ocak 1978, § 186-187.

61 B. No: 6833/74, 13 Haziran 1979, § 31.; Benzer yöndeki tespitler için bkz. Johnston ve Diğerleri/İrlanda, B. No: 9697/82, 18 Aralık 1986, § 74. Söz konusu davada, evlilik dışı çocuğun soy bağının kurulması, velayeti, evlat edinilmesi, miras hakları, vergi gibi konularda yeterli yasal koruyucuların bulunmaması nedeniyle evlilik içi çocuğun statüsünden önemli ölçüde dezavantajlı durumda olması ve baba, anne ve evlilik dışı çocuk arasında doğal aile bağlarını yansıtan bir hukuk rejimi bulunmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğinin tespitiyle yetinilmiş ancak, devletin bu alandaki pozitif yükümlülüklerinin evlilik dışı çocuğun evlilik içi çocuğa benzer bir duruma sokulmasını gerektirdiği ifade edilerek ilgili mevzuat ve uygulama problemine değinilmiş ve tavsiye niteliği taşıyan yorum ve tespitlerde bulunulmuştur. Kanaatimizce Mahkemenin belirtilen tavsiye niteliğindeki yorum ve ifadeleri de nazara alınarak, son kararın yerine getirilmesi kapsamında ilgili taraf devletçe mevzuat değişikliğine gidilmiş ve Çocukların Statüsü Yasasının Temmuz 1988 tarihinde yürürlüğe girmesi ile evlilik dışı çocukların durumları düzeltilmiştir.

62 Örneğin, eşcinselliğin ceza kanununda suç sayılarak yaptırım altına alınmış olması nedeniyle, başvuru hakkında eşcinselliğinden ötürü kovuşturma yapılmamış olmasına rağmen sırf ceza kanundaki eşcinsellik suçu nedeniyle yaptığı başvurunun kabul edilmesi

tümünde, Mahkemece yapılan denetimin ikincil niteliğine işaret edilerek, eski hâlde iadenin temini hususundaki araçların belirlenmesindeki temel vazifenin ilgili taraf devlete ait olduğu ifade edilmekle birlikte, ihlal sonuçlarının giderimine ilişkin araçların seçimi hususunda tavsiye niteliğinde tespitlere yer verdiği görülmektedir.

Ek 11 Nolu Protokolün kabulü öncesinde Mahkemenin, somut bazı tedbirlere işaret edilmesi yönündeki talepleri istikrarlı bir şekilde reddettiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Sözleşme'nin 6/3(d) hükmünün ihlal edildiğine hükmedilen Saidi/Fransa⁶³ davasında, başvuru Mahkeme'den iç hukukta yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesini ve mahkûmiyetinin adli sicilinden silinmesini talep etmiş, Mahkemece yeniden yargılama yapılması için Devlete talimat verme yetkisi bulunmadığına ve bu kapsamda benzer taleplerin reddine karar verilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır.

Bu kapsamda, iç hukuktaki bir yargı kararının icra edilmeyeceği garantisinin sağlanması yolundaki taleplerin de karşılanmadığı görülmektedir⁶⁴. Mahkemece benzer bir yaklaşım ile, gelecekte benzer ihlallerin vuku bulmaması için önlemler alınmasının sağlanması⁶⁵, benzer bir eylem tarzının uygulanmayacağı yönünde ilgili hükümet tarafından taahhütte bulunulması⁶⁶,

suretiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmedilen Dudgeon/Birleşik Krallık davasında, belirtilen mevzuat yürürlükte kaldığı sürece, rızaları geçerli sayılabilecek olan yetişkin bireyler arasındaki homoseksüel özel ilişkilerin suç olarak kabul edilmesine dair genel bir etkiye sahip olduğu belirtilerek, yine alınması gereken önlemler hususunda tavsiye niteliği taşıyan yorum ve tespitlere yer verilmiştir. B. No: 7525/76, 22 Ekim 1981. Kanaatimizce, adil tatmin hususunun bilahare değerlendirilmesine hükmedilen bu davada da, Mahkemenin belirtilen tavsiye niteliğindeki yorum ve ifadeleri de nazara alınarak son kararın yerine getirilmesi kapsamında taraf devletçe mevzuat değişikliğine gidilmiş ve eşcinsel faaliyetleri suç olmaktan çıkaran yasa değişikliği yapılmıştır. Benzer bir tekniğin kullanıldığı bir diğer başvuru örneği için bkz. Airey/İrlanda, B. No: 6289/73, 9 Ekim 1979, § 26.

63 B.No: 14647/89, 20 Ekim 1993.

64 Allenet de Ribemont/Fransa, B. No: 15175/89, 10 Şubat 1995, §58-68. Allenet de Ribemont/Fransa davasına ilişkin yorum kararı da Mahkemenin somut tedbirlere hükmedilmesine ilişkin talepler karşısındaki yaklaşımı ve Mahkemenin yargı yetkisi hususunda, en az esasa ilişkin karar kadar önemli tespitler içermektedir. Söz konusu yorum başvurusunda, kararın, Sözleşme'nin 50. maddesine göre hükmedilen miktarın zarar gören tarafa şahsen ödeneceği ve hacizden muaf olduğu şeklinde anlaşılıp anlaşılamayacağı hususunun açıklığa kavuşturulması istenilmiş ancak Mahkemece, taraf devlete böyle bir talimat verme yetkisi bulunmadığı belirtilerek, yorum talebi reddedilmiştir. Bkz. B. No: 15175/89, 7 Ağustos 1996.

65 McGoff/İsviçre, B. No: 9017/80, 26 Ekim 1984, § 30-31. Göz altına alınan başvuru Mahkeme önüne çıkarılması için geçen on beş günlük sürenin Sözleşme'nin 5/3. maddesinde belirtilen "derhal" (promptness) şartını sağlamadığı belirtilerek ihlal kararı verilen davada, başvuru tarafından adil tatmin kapsamında, gelecekte benzer ihlallerin meydana gelmemesini sağlamak için İsveç Hükümetinden "derhal ve etkili adımlar" atmasının istenmesi talep edilmiş ancak Mahkeme, verdiği kararların ilgili Devlete iç hukuk düzeninde Sözleşme'nin 53. maddesindeki yükümlülüklerini yerine getirirken kullanılacak vasıtaları seçme imkânı bıraktığını hatırlatarak, gerekli işlemi yapması için taraf devlete talimat vermeye yetkili olmadığını belirtmiştir.

66 Campell ve Cosans/Birleşik Krallık, Bkz. B. No: 7299/75, (Adil Tatmin) 24 Ekim 1983. Okullarda disiplin cezası olarak bedensel ceza tatbikine istinaden Ek 1 Nolu Protokolün 2. mad-

başvurucunun sadece belirli bir miktarda tazminat ödemesini sağlayacak nitelikte açıklayıcı bir karar verilmesi veya başvurucunun tabi tutulduğu bir disiplin veya cezai yaptırımın iptali, idare tarafından yayınlanmış olan bir genelge veya talimatın geri çekilmesi⁶⁷, ilgili mevzuatta değişikliklere gidilmesi talimatı verilmesi⁶⁸, AİHM kararının ulusal bir gazetede yayınlanması⁶⁹ ve yetkili makamların dava konusu karara karşı temyize gitmeleri talimatı verilmesi yönündeki taleplerin de tutarlı bir şekilde reddedildiği görülmektedir.

Örnekleri çoğaltmak elbette mümkündür⁷⁰. Ancak belirtilen başvuruların tümünde, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasında da yapılan denetimin ikincil niteliğini dikkate alan Mahkemenin, taraf devletlere düşen görev ile bu kapsamdaki takdir haklarını göz önünde bulundurarak değerlendirmeye yaptığı açıkça gözlemlenebilmektedir⁷¹.

Bununla birlikte Mahkemenin Ek 11 Nolu Protokol öncesi dönemde, az sayıda da olsa, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasında somut bazı tedbirlere işaret ettiği karar örneklerine rastlamak mümkündür. Ancak bu örneklerin, aynen iade suretiyle bir tazminin sağlanabildiği ve taraf devletin alacağı tedbirle eski hâle iadenin mümkün olduğu Ek 1 Nolu Protokolün 1. maddesi bağlamındaki mülkiyet uyumsuzlukları ile sınırlı olduğu, başka bir

desinin ihlaline hükmedilen davada, başvuru tarafından, çocuklarının Birleşik Krallık içindeki her hangi bir okulda bedensel cezaya tabi tutulmayacağına dair Hükümetin taahhütte bulunması talep edilmiş ancak, Mahkeme Birleşik Krallık Hükümetine böyle bir taahhütte bulunması yönünde talimat verme yetkisi bulunmadığını ifade ederek talebi reddetmiştir.

67 Bkz. Albert ve Le Compte/Belçika, B. No: 7299/75, 10 Şubat 1983. Aleyhine başvuru yapılmış olan Belçika mevzuatında olay tarihinde yürürlükte olan 6 Şubat 1970 tarihli Kraliyet Kararnamesine göre İtiraz Kurulundaki yargılamanın ve kararın aleni olmaması öngörülmüş olup, belirtilen mevzuat buna dayalı uygulama Sözleşme'nin 6/1. maddesi kapsamında ihlal kararına zemin oluşturmuştur. Söz konusu başvuruda, ihlale neden olan süreç sonucunda meslekten men cezası alan başvuran tarafından, Hükümetin disiplin ve cezai nitelikteki bütün yaptırımları tamamen ve etkili bir biçimde kaldırması ve Belçika'daki eczacıların başvuruçunun reçetelerini yapmalarını yasaklayan Adalet Bakanlığı genelgesinin kaldırılması talep edilmiş ancak, belirtilen somut tedbir talepleri kabul görmemiştir.

68 Bkz. Gautrin ve Diğerleri/Fransa, B. No: 21257/93, 20 Mayıs 1998, § 61-71.

69 Sözleşme'nin 6/3(b) hükmü ihlalinin tespit edildiği Vacher/Fransa davasında, ilgili hükmün ihlal edildiğine karar verilmekle birlikte, ihlal tespitinin yeterli bir adil tatmin oluşturduğuna karar verilmiş ve AİHM kararının ulusal bir gazetede yayınlanması ve yetkili makamların dava konusu karara karşı temyize gitmeleri talimatı verilmesi yönündeki başvuruçunun talebi kabul görmemiştir. B. No: 20368/92, 17 Aralık 1996, § 32-39.

70 Türkiye aleyhine yapılan birçok başvuruda da benzer yaklaşım sergilenmiştir. Bkz. Akdivar ve Diğerleri/Türkiye, (Adil Tatmin), B.No: 21893/93, 1 Nisan 1998 § 47., Selçuk ve Asker/Türkiye, B. No: 23184/94, 24 Nisan 1998, § 125; Menteş ve Diğerleri/ Türkiye, (Adil Tatmin), B. No: 23186/94, 24 Temmuz 1998, § 24; Ülkü Ekinci/Türkiye B. No: 27602/95, 16 Temmuz 2002, § 179; Yöyler/Türkiye, B. No:26973/95, 24 Temmuz 2003, § 124.

71 Söz konusu dönemdeki içtihadında Mahkemenin, giderim usulü olarak özellikle tazminat seçeneğini etkin şekilde kullandığı görülmektedir. Bkz. Colandrea/ Valerio, On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdicovic Cases, Human Rights Law Review 7:2 (2007), 396-411.

ifade ile Mahkeme'nin ilk olarak, mülkiyet davalarında sorumluluk hukukunun tazminat dışı kavramlarını kullanmaya başladığı görülmektedir.

Bu kapsamda ele alınabilecek Papamichalopoulos ve Diğerleri/Yunanistan davasında Mahkeme, esas hakkındaki kararda kamulaştırmaz el atma nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini tespit etmiş, adil tatmin kapsamında ise kamulaştırma konusu arazinin üzerindeki binalar ile birlikte altı ay içinde başvurucuya geri verilmesine, bunun yerine getirilmemesi hâlinde başvurucuya maddi ve manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir⁷². Bu yaklaşım Brumarescu/Romanya kararında da sürdürülmüştür⁷³.

Mahkemenin söz konusu yaklaşımı, aynen iadenin mümkün olduğu durumlarda, ilgili taraf devlete mümkün olan iadeyi gerçekleştirmemesi hâlinde tazminat ödeme şeklinde bir takdir hakkı tanınması yönüyle eleştirilmekte ise de⁷⁴, kanaatimizce taraf devletlerin takdir marjının diğer hak kategorilerine nazaran daha geniş ele alınması gereken mülkiyet hakkı bağlamındaki uyumsuzluklarda, terditli olarak aynen iade ve tazminata hükmedilmesi, ikincillik ilkesiyle de uyum arz etmektedir.

B- Somut Tedbirlere Hükmetme Eğilimi

Mahkemenin, Ek 11 Nolu Protokolün yürürlüğe girmesini müteakip ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasındaki davranış modelinin kısmen farklılaştığı, daha doğru bir ifade ile Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca kararların infazının gözetimi noktasındaki sorumluluğun Bakanlar Komitesine ait olduğu bilinci ile, özellikle belirli bir ağırlık veya önem taşıyan davalarda alınması gereken somut tedbirlerin belirtilmesi hususunda giderek daha aktif bir rol oynamaya başladığı görülmektedir⁷⁵. Belirtilen bu gelişmenin, insan haklarının korunması noktasında faaliyet gösteren diğer uluslararası mahkemelerin ihlal sonuçlarının ortadan kaldırılması hususunda verdikleri karar örnekleri⁷⁶ ile Bakanlar Komitesi'nin de birçok tavsiye kararına yansıyan

72 B. No:14556/89, 31 Ekim 1995, §34.;Benzer yönde bkz.Hentrich/Fransa, B.No: 13616/88, 22 Eylül 1994, § 71.

73 Söz konusu kararda adil muhakeme hakkının, mahkemeye başvurma hakkının ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar veren Mahkeme, adil tatmin hususunu bilahare incelemiş ve taşınmaz ile üzerindeki evin altı ay içerisinde başvurucuya geri verilmemesi hâlinde maddi ve manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir. B. No: 28342/95, (BD), 23 Ocak 2001, §§ 19-20.

74 Söz konusu eleştirel yaklaşım hususunda bkz. Altıparmak/Kerem, Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 72 ve dñn.61.

75 Reid/Karen, A Practitioner's Guide To The European Convention On Human Rights, 2012, s.834.

76 Uluslararası alanda ihdas edilen diğer koruma mekanizmaları bağlamında, ihlal sonuçlarının ortadan kaldırılması hususunda somut tedbirlere hükmetme eğiliminin geçerli olduğu görülmektedir. Bu kapsamda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasına

temenni ve talepleriyle örtüştüğü anlaşılmaktadır. Zira uluslararası hukukta da, tespit edilen hukuka aykırılığın giderimi noktasında temel giderim aracının eski hâle iade olduğunun vurgulandığı, bunun mümkün olmaması durumunda ise, sırasıyla bu sonuca en yakın etkiyi doğurabilecek araçların tercih edildiği ve bu bağlamda somut tedbirlere yer verildiği görülmektedir⁷⁷.

Mahkeme bu dönem kararlarında da sıklıkla, ihlal ve sonuçlarının giderimi noktasındaki temel görevin taraf devletlere ait olduğunu yinelenmekle birlik-

bakıldığında, Mahkemenin tazmin konusunu değerlendirirken öncelikle eski hâle iade seçeneği üzerinde durduğu anlaşılmaktadır. Ancak bunun mümkün olmaması durumunda farklı içerikte tazminat hükümleri kurduğu ve bu konudaki kararların kurumlara ve sokaklara mağdur isimlerinin verilmesi, ilgili kararın yayımlanmasının sağlanması, başta sağlık ve eğitim olmak üzere, mağdurların kamu hizmetlerinden karşılıksız yararlandırılmaları gibi tazminat usullerini içerdiği görülmektedir. Bu kapsamda Mahkemenin ihlalden sorumlu olan kişilerin tespiti ve cezalandırılması ile söz konusu ihlalin tekrarlanmaması için mevzuatta değişiklik yapılması gereğine işaret eden tazmin hükümlerine de sıklıkla başvurduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Kalin, Walter/Künzli, Jörg, *The Law of International Human Rights Protection*, New York, Oxford University Press, 2009, s.209 vd., 238 vd.; Gemalmaz/Mehmet Semih, *Latin Amerika'da İnsan Hakları*, İstanbul 1995, s.175 vd.; Shelton/Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, United States of America, Oxford University Press, 2006, s.153 vd., 217 vd.; Bu kapsamda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin oldukça geniş bir tedbir yelpazesi olduğu ve tazminat dışındaki somut tedbirleri oldukça etkin bir şekilde kullandığı görülmektedir. Mahkeme 25 Kasım 2000 tarihli *Bámaca Velásquez/Guatemala* kararında, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin birçok hükmünün ihlaline hükmettikten sonra, ilgili devlete soruşturmanın sonuçlarını elde ederek sorumluları cezalandırmak ve kararda belirtilen insan hakkı ihlallerinin sorumlularının belirlenmesi için bir soruşturma yapılması talimatı verilmesine karar vermiş, tazminat hususundaki adil tatmin kararı ise saklı tutulmuştur. Mahkeme daha sonra 22 Şubat 2002 tarihinde verdiği kararla, mağdurlara tazminat ödenmesine ve ilgili devlet tarafından başvurunun cesedinin yerinin tespiti, yakınları ve eşinin refakatinde mezarın açılarak cesedin yakınlarına teslimine hükmetmiştir. Belirtilen bu talimatlar Mahkemece belirli dönemlerde kontrol edilmekte ve istenilen sonucun elde edilmesine yönelik ek tedbirlere hükmedilmektedir. Bkz. <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments>. Ayrıca bkz. Antkowiak/Thomas, *Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*, 46 Colum. J. Transnat'l L. 351, 2007-2008; Pasqualucci/Jo M., *The Practice And Procedure Of The Inter-American Court Of Human Rights*, 2013, s.309 vd.; Uluslararası Adalet Divanınca verilen benzer bir karar örneği için bkz. *Avena (Mexico v. United States)*, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?pr=605&p1=3&p2=3&p3=6&k=18&PHPSESSID=910c3f12fe366a0bad0ec88e89326b-dd&case=128&PHPSESSID=910c3f12fe366a0bad0ec88e89326bdd>.

77 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilen Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurlarının Giderim ve Onarım Hakkına İlişkin Temel ve Rehber İlkeler kapsamında da, özellikle ağır insan hakları ihlallerinin söz konusu olduğu durumlarda, ihlalin ağırlığı ile orantılı telafi araçlarının belirlenmesi gereğine işaret edilmiş ve bu bağlamda eski hâle iade, ıslah, tatmin, tazminat ve ihlallerin tekrar edilmeyeceğine ilişkin garanti verilmesi hususları özellikle belirtilmiştir. Bkz. *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, A/RES/60/147, 21.3.2006.; Benzer şekilde Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme bağlamında, İnsan Hakları Komitesi'nin özellikle genel tedbirleri de barındıran araçlara işaret ettiği görülmektedir. Bkz. *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13. http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/CCPR.C.21.Rev1.Add13_%28GC31%29_En.pdf.

te, adil bir tatmin sağlamanın tek vasıtasının parasal tazmin olmadığına işaret ederek, ihlalin mahiyetine göre değişen farklı tedbirlerin de uygulanması gereğine değinmekte, 46. madde uyarınca kararın gereğini yerine getirmelerinde yardımcı olmak amacıyla taraf devletlere çeşitli olasılıklar sunabileceğini belirtmekte ve birçok kararda alınması gereken somut tedbirlere açıkça yer vermektedir⁷⁸.

Bu kapsamda Mahkemenin Türkiye aleyhine yapılan ve adil yargılanma hakkının usuli güvencelerine aykırılıklar nedeniyle Sözleşme'nin 6/1. maddesi hükmünün ihlaline karar verdiği birçok başvuruda, adil tatmin noktasındaki en uygun seçeneğin başvurunun gerekli usuli güvenceleri sağlayacak şekilde yeniden yargılanması olduğunu açıkça belirttiği, birçoğu Büyük Daire tarafından görülen bu davalarda hükümetin, yukarıda belirtilen yaklaşımın Mahkemenin denetim yetkisinin ikincil niteliği ve önceki içtihadıyla çeliştiği itirazında bulunduğu görülmektedir⁷⁹.

Mahkeme Maestri/İtalya⁸⁰ davasında bir adım daha ileriye giderek, Sözleşme'den ve özellikle Sözleşme'nin birinci maddesinden, Sözleşme'yi onaylayan taraf devletlerin, ulusal mevzuatlarının Sözleşme ile uyumlu hâle getirilmesini sağlama yükümlülüğü altına girdikleri sonucuna varıldığını, bu bağlamda başvurucuya yeterli bir telafi sağlanmasının önüne geçen engelleri ulusal hukuk sisteminden ayıklama yükümlülüğünün taraf devletlere ait olduğunu ve mevcut davada başvurucuya uygulanan disiplin yaptırımının başvurunun kariyeri üzerindeki geçmiş ve gelecekteki olası etkilerini ortadan kaldıracak uygun önlemleri alma yükümlülüğünün İtalyan hükümetine düştüğünü belirtmiştir.

İçtihadın seyrinden belirtilen çitanın sürekli yükselme eğiliminde olduğunu görmek mümkündür. Bu yaklaşım, Assanidze/Gürcistan⁸¹ kararında da onaylanmış, hatta geliştirilmiştir. Söz konusu davada, verilen beraat kararı sonrasında başvurunun salıverilmemesi nedeniyle Sözleşme'nin 5. ve 6. maddelerinin ihlal edildiğine hükmeden Mahkeme, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için başvurunun en kısa sürede salıverilmesine hükmet-

78 Bkz. Scozzari ve Giunta/İtalya, B. No: 39221/98, 13 Şubat 2000, § 249; Pisano/İtalya, B. No: 36732/97, 27 Temmuz 2000.

79 Bkz. Gencel/Türkiye, B.No: 53431/99, 23 Ekim 2003, § 27; Tahir Duran/Türkiye, B.No: 40997/98, 29 Ocak 2004, § 23; Salduz/Türkiye, B.No: 36391/02, 27 Kasım 2008, § 71-72. Benzer bir başvuru olan Sejdovic/İtalya davasında, gıyabında yapılan yargılama neticesinde 21 yıl hapse mahkum edilen başvuru açısından Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiği tespiti yapılmış ve taraf devletin iadeyi muhakeme yolunu açması gerektiği, ayrıca benzer durumlarda iadeyi muhakeme yolunu kapatan hükümlerin kaldırılmaması durumunda benzer ihlal iddialarının ve kararların söz konusu olabileceği açıkça ifade edilmiştir. Bkz. B. No: 56581/00, 1 Mart 2006.

80 B. No: 39748/98, (BD), 17 Şubat 2004.

81 B. No: 71503/01, (BD), 8 Nisan 2004.

miştir. Mahkeme belirtilen kararında da, tespit edilen ihlali sona erdirmek için ulusal hukukunda kullanacağı yöntem ve araçları belirleme noktasındaki sorumluluğun ilk olarak taraf devlete ait olduğunu ve belirtilen takdir hakkının, Sözleşme’de güvence altına alınmış olan temel hak ve hürriyetlerin korunması hususunda taraf devletlere ait olan öncelikli yükümlülükle bağlantılı bir seçme hakkını yansıttığını hatırlatmış, bununla birlikte mevcut davada tespit edilen ihlalin, doğası gereği, ihlal sonuçlarını ortadan kaldıracak araçların belirlenmesi hususunda bir seçim yapılmasına imkân vermediğini vurgulamıştır.

Somut tedbirlere hükmedilen başvuru örneklerini çoğaltmak mümkündür. Bu kapsamda, HIV veya diğer ciddi hastalıklara sahip olan kişinin devam eden tutukluluğunun sona erdirilmesi⁸², altı yıl altı aydan fazla süredir tutuklu olan kişinin mümkün olan en kısa sürede Mahkeme huzuruna çıkarılması veya serbest bırakılması⁸³, transseksüellerin cinsiyet değişiklikleri hususunda ek düzenlemelerin kabul edilmesi⁸⁴, dini eğitim ile ilgili olarak eğitim sistemi ve yasal mevzuatın Ek 1 Nolu Protokolün 2. maddesi ile uyumlu hâle getirilmesi⁸⁵, vatandaşlıktan çıkarılmış olan başvuruçuların durumlarını düzenleyecek uygun yasal düzenlemelerin kabul edilmesi⁸⁶, ifade özgürlüğü ihlaline yol açan bir şekilde hükümlü olan gazete editörünün derhal serbest bırakılması⁸⁷, kronik ruhsal rahatsızlığı olan mahkûm için gerekli tıbbi tedavi ve uygun hapisane koşullarının sağlanması⁸⁸, hepatit C ve akciğer tüberkülozu hastası olan mahkûmun özel bir sağlık kuruluşuna naklinin sağlanması⁸⁹, İngiliz ordusu tarafından Irak makamlarına teslim edilecek olan hükümlülerin ölüm cezası ile karşı karşıya kalmayacaklarına dair güvencelerin sağlanması

82 Aleksanyan/Rusya, B.No: 46468/06, 22 Aralık 2008, § 240.

83 Yakışan/Türkiye, B.No: 11339/03, 6 Mart 2007, § 49.

84 L/Litvanya, B. No: 27527/03, 11 Eylül 2007, § 74 (tedbir alma hususunda üç aylık bir zaman dilimi öngörülmüştür.); Hükümlülerin haberleşmelerinin Sözleşme’nin 8. maddesi ile uyum arz edecek şekilde düzenlenmeleri hususundaki yasal değişiklikler bağlamında bkz. Tan/Türkiye, B.No: 9460/03, 3 Temmuz 2007, § 35.

85 Bu kapsamda Mahkeme Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye davasında, Türk eğitim sisteminde, din dersleriyle ilgili tarafsızlık ve çoğulculuk koşullarının yerine getirilmemesi ve ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesini sağlayacak uygun bir yöntem sunulmaması nedeniyle, sistemin yetersiz olmasından ötürü AİHS’in ihlal edildiğinin gözlemlendiğini, bu sonuçların, AİHS’e Ek 1 No’lu Protokol’ün 2. maddesi’nin ikinci cümlesinde teminat altına alındığı üzere, başvuranların haklarının ihlalinin, bu sınıfa ders programı uygulanması ile ilgili sorundan ve ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesini sağlayacak uygun yöntemlerin bulunmayışından kaynaklandığını, sonuç olarak, Türk eğitim sistemi ile ilgili mevzuatın AİHS’in yukarıda belirtilen maddesine uygun hâle getirilmesinin, tespit edilen ihlali sona erdirecek uygun bir tazmin şekli teşkil ettiği kanısına vardığını açıkça belirtmiştir. Bkz. B.No: 1448/04, 9 Ekim 2007, § 84; B. No: 21163/11, 16 Eylül 2014.

86 Kuric ve Diğerleri/Slovenya, B.No: 26828/06, 13 Temmuz 2010, § 407.

87 Fatullayev/Azerbaycan, B.No: 40984/07, 22 Nisan 2010, § 177.

88 Dybeku/Arnavutluk, B.No: 41153/06, 18 Aralık 2007, § 64.

89 Slavomir Musial/Polonya, B.No: 28300/06, 20 Ocak 2009.

hususunda mümkün olan tüm adımların atılması⁹⁰, doğumu sırasında verilen kan vasıtasıyla HIV virüsü kapmış olan başvurucuya ömür boyunca tam ve ücretsiz tıbbi bakım ve koruma sağlanması⁹¹, kızı ile eski ilişkisinin tesis edilebilmesi için başvurucu tarafından gösterilen çabanın ilgili makamlar tarafından desteklenmesi⁹², başvurucunun çalışma saatleri ile uyum arz edecek şekilde ve uygun bir ortamda, kızı ile arasında etkili bir iletişim kurulmasının sağlanması⁹³ yönünde tedbirlere hükmedilen başvurular, önemli uygulama örnekleridir. Taraf devlete, nakdi tazmin hükmünün icrasını kolaylaştırma yükümlülüğünün yüklendiği de görülmektedir⁹⁴.

Söz konusu kararların tümünde Mahkeme, ihlal ve zararın niteliği gereği, hükmettiği somut tedbirin karar gereğinin yerine getirilmesinin tek aracı haline geldiğini, bu bağlamda artık kararın ne şekilde yerine getirileceği noktasında taraf devletin takdir yetkisinden söz edilmesinin uygun olmayacağını vurgulamaktadır.

Mahkeme uzun süre, adil yargılanmaya ilişkin davalarda somut tedbirlere işaret etmeyi reddetmiştir⁹⁵. Ancak son zamanlarda verdiği birçok kararında, özellikle alınacak söz konusu somut tedbirin 6. madde ihlalini içeren davada en uygun tazmin yolu olacağının tespit edildiği hallerde, yersiz gecikmelere mahal vermeksizin yeniden bir yargılama ya da inceleme prosedürünün başlatılmasına işaret etmektedir⁹⁶. Mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ile ilgili ihlallerde ise sıklıkla, söz konusu kararların icra edilmesi gereğine işaret edildiği görülmektedir⁹⁷.

Mahkemenin ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ilişkin yaklaşımının seyri açısından, sistematik problemlere dayanan başvurulara dair kararların ayrıca değerlendirilmesinde yarar vardır. Sistematik veya yapısal prob-

90 Al-Saadoon ve Al-Muhfdhi/Birleşik Krallık, B. No: 61498/08, 2 Mart 2010, § 171.

91 Oyal/Türkiye, B.No: 4864/05, 23 Mart 2012, § 102.

92 Amanalachioai/Romanya, B.No: 4023/04, 26 Mayıs 2009, § 107.

93 Gluhakovic/Hırvatistan, B. No: 21188/09, 12 Nisan 2011, § 89.

94 Mahkeme, Muminov/Rusya kararında, taraf devlete, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edecek şekilde Özbekistan'a sınır dışı edilen başvuranın yerinin tespiti ve başvurucuyla söz konusu ödemenin yapılması hususunda irtibata geçilmesi konusunda yardım etmesi için yönlendirilmedi bulunulmuştur. Bkz. B.No: 42502/06, 4 Kasım 2010, § 19.

95 Idrocalce/İtalya, B.No: 12088/86, 27 Şubat 1992; Vocaturo/İtalya, B.No: 11891/85, 24 Mayıs 1991; Schmautzer/Avusturya, B.No: 15523/89, 23 Ekim 1995; Oberschlick/Avusturya (no 1), B.No: 11662/85, 23 Mayıs 1991.

96 Bkz. Sejdivic/İtalya, B.No: 56581/00, 1 Mart 2006, § 119 vd.; Laska ve Lika/Arnavutluk, B.No: 12315/04, 20 Nisan 2010, § 74-77; Somogyi/İtalya, B.No: 67972/01, 18 Mayıs 2004; Gençel/Türkiye, B.No: 53431/99, 23 Ekim 2003. Söz konusu başvurularda Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında, başvurucunun gıyabında mahkumiyet hükmü kurulması, bağımsız ve tarafsız mahkeme güvencesinden yararlanmaması ve açıkça hatalı olan delillere istinaden mahkum edilmesi vakılarına dayalı ihlal tespitleri yapıldığı görülmektedir.

97 Karanovic/Bosna Hersek, B.No: 39462/03, 20 Kasım 2007, § 30; Nitescu/Romanya, B.No: 26004/03, 24 Mart 2009, § 48.

lemlerin söz konusu olduğu durumlarda Mahkeme, söz konusu eksiklik ve fonksiyon bozukluğuna değinmek suretiyle, ihlalin sona erdirilmesi veya sonuçlarının ortadan kaldırılması hususunda ulusal hukuk sisteminde alınması gereken bireysel ya da genel önlemlere açıkça işaret etmektedir⁹⁸.

Yapısal problemlerin birçok başvuruya neden olması durumunda ise Mahkeme pilot karar usulünü⁹⁹ uygulamak suretiyle, söz konusu problemi seçtiği bir veya birkaç davada detaylı olarak incelemekte ve söz konusu problem ile alınması gereken bireysel ve genel tedbirleri ortaya koyarak, özellikle uygun ve etkili tedbirlere ilişkin şartları belirtmekte, böylece söz konusu problemin olası başvurular açısından da ulusal düzeyde çözüme ulaştırılması amaçlanmaktadır¹⁰⁰.

Sistematik ihlaller kapsamında, Broniowski/Polonya¹⁰¹ kararı önemli bir başvuru örneği olup, sözü edilen kararda başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği tespitinde bulunan Mahkeme, taraf devletin Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesi hususunda yardımcı olmak amacıyla, bazı olası önlemlere işaret etmiş ve genel tedbirler

98 Burdov/Rusya, B. No: 33509/04, 15 Ocak 2009 (idareye karşı infaz edilemeyen yargı kararları hususunda alınması gereken tedbirler); Lukenda/Slovenya, B.No: 23032/02, 6 Ekim 2005 (makul süreyi aşan yargılamalar konusunda önlemlerin alınması); Tekin Yıldız/Türkiye, B.No: 22913/0, 10 Kasım 2005 (hükümlülerin sağlık durumları ile ilgili adli rapor sistemindeki eksikliklerin önlenmesi hususunda alınması gereken tedbirler); Hutten-Czapska/Polonya, B.No: 35014/97, 19 Haziran 2009 (kira verenler üzerinde orantısız sınırlamalara neden olan iskân düzenlemelerine ilişkin hatalı işleyiş).

99 Pilot karar usulü hakkında bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf; Eleştirel bir yaklaşım için bkz. Altıparmak, s. 60- 107; Freiberg/Erik, Pilot Judgments From The Court's Perspective, Towards Stronger Implementation of the European Convention on Human Rights At National Level, Stockholm 2008, s. 86 vd.

100 Mahkeme kararlarının icra edilmemesi hususunda etkili tedbirler alınması gereği noktasında bkz. Burdov/Rusya, B. No: 33509/04, 15 Ocak 2009; kamulaştırma davaları bağlamında bkz. Viaşu/Romania, B.No: 75951/01, 9 Aralık 2008; yargılama sürelerinin uzunluğu bağlamında bkz. Ümmühan Kaplan/Türkiye, B.No: 24240/07, 20 Mart 2012; Martins Castro ve Alves Correia de Castro/Portekiz, B.No: 33729/06, 10 Haziran 2008; Rumpf/Almanya, B.No: 46344/06, 2 Eylül 2010; kalabalık hapisane koşulları bağlamında bkz. Orchowski/Polonya, B.No: 17885/04, 22 Ekim 2009; hapisanelerde adil disiplin prosedürlerinin uygulanması noktasında bkz. Gülmez/Türkiye, B.No: 16330/02, 20 Mayıs 2008. Başvuranın, disiplin uygulamaları kapsamında ziyaretçi kabul etme hakkı kısıtlandığı ve cezaevi yetkilileri tarafından verilen disiplin cezasına itirazının duruşmasız ve kendisini bir avukatla temsil imkanı da sağlanmasızın incelendiği şeklindeki iddiaların değerlendirildiği davada, Sözleşme'nin 6. ve 8. maddelerinin ihlal edildiğine hükmeden Mahkeme, Sözleşmeye Taraf Devletlerin uygun çözümleri bulmalarına ve Bakanlar Komitesi'nin kararların uygulanıp uygulanmadığını denetlemesine yardımcı olmak için, bu tür sistemik sorunları ve bunların kaynağını teşhis etmenin Mahkemenin yerine getirdiği bir uygulama olduğunu belirtmiş, sistemin bütününe dair teşhis edilen bu duruma ilişkin olarak, mevcut kararın uygulanmasında, AİHS'in 6. maddesinde belirtilen teminatlarla uyumlu olarak adil duruşma hakkının etkili biçimde korunmasını sağlamak için ulusal düzeyde genel tedbirler alınmasının arzu edilir olduğu görüşünde olduğunu ifade ederek, bu bakımdan, taraf devletin mevzuatını, Avrupa Cezaevi Kuralları'nın 57. maddesinin 2(b) fıkrası ile 59. maddenin (c) bendinde belirtilen ilkelere göre düzenlemesi gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. a.g.k § 53-57.

101 B.No: 31443/96, 22 Haziran 2004.

bağlamında öncelikle ya başvuru açısından Sözleşme'nin ihlalinin tespit edildiği durum nedeniyle etkilenen çok sayıda insanın söz konusu hakkı kulanmasının önündeki engellerin kaldırılması ya da karşılığında eşdeğer bir tazminat ödenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bireysel önlemlerin tavsiye edildiği daha önceki kararlarla aradaki fark, önerilen tedbirlerin sadece ilgili bireyin durumu ile ilgili olmaması, fakat tespit edilen sistematik ihlalin bir gereği olarak benzer durumdaki tüm başvuru sahiplerini kapsamasıdır. Belirtilen bu yaklaşım Mahkemenin pilot karar uygulaması yaptığı benzer başvurularda da sürdürülmeye devam etmiştir.

Mahkemenin söz konusu kararlarda, özellikle Bakanlar Komitesinin, sistematik bir problemi ortaya koyan kararlarla ilgili olan 12 Mayıs 2004 tarihli kararı¹⁰² ile iç hukuktaki önlemlerin geliştirilmesini konu alan ve taraf devletlere, Mahkemenin ulusal hukuk veya uygulamadan kaynaklanan yapısal veya genel eksikliklere işaret ettiği kararlarının takip edilmesi, bunların gözden geçirilmesi ve mümkün olduğunca etkili tedbirler alınmak suretiyle benzer başvuruların Mahkemenin önüne getirilmesinin önlenmesi hususunda önerilerde bulunulduğu 2004 tarih ve 6 nolu tavsiye kararına¹⁰³ atıfta bulunduğu görülmektedir. Belirtilen kararları bağlamında Bakanlar Komitesinin Mahkemeyi, tespit edilen ihlalin çok sayıda başvuruya neden olabileceğinin öngörüldüğü hallerde Mahkemeyi, taraf devlete uygun çözümler bulması ve Bakanlar Komitesine de kararların infazı sürecinin denetlenmesinde yardımcı olmak üzere, söz konusu sorunla ilgili sistematik bir problemin varlığını ve bu problemin kaynağı hakkında ne düşündüğünü açıklamaya davet ettiği anlaşılmaktadır. Ek 11 Nolu Protokol sonrasında Mahkemenin ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasındaki algısının değişmesindeki en büyük etkenin, infaz sürecindeki belirsizlikleri giderecek tespitler yapması hususunda Bakanlar Komitesi ve taraf devletlerce yöneltilen yoğun talepler olduğu görülmektedir. Zira, Bakanlar Komitesince takip edilen infaz sürecinde, özellikle genel önlemlerin uygulanması noktasında taraf devlet makamlarının tereddütler yaşadığı ve Bakanlar Komitesinin de bu bağlamda kararların yorumlanmasına ilişkin problemler ile karşılaştığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, kanaatimizce Mahkemenin ihlal ve sonuçlarının giderimi hususunda sorumluluk hukukunun tazminat dışı kavramlarına da başvuran ve somut tedbirlere işaret eden yaklaşımını, söz konusu talepler ve Bakanlar Komitesi kararlarından ziyade, temel hak ve özgürlüklerin etkin kullanımının sağlanması noktasında Sözleşme'ye içkin olan denetim vazifesine dayandır-

102 Bkz. ResolutionRes(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem. [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Res\(2004\)3; Gemalmaz/M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı, Avrupa Konseyi Belgeleri ve AİHM Kuralları Şerhi, 2. Kitap, İstanbul 2006, s.799.](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Res(2004)3; Gemalmaz/M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı, Avrupa Konseyi Belgeleri ve AİHM Kuralları Şerhi, 2. Kitap, İstanbul 2006, s.799.)

103 Bkz. Recommendation Rec. (2004) 6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743317.>

ması isabetli olacaktır.

Yukarıda değindiğimiz karar örnekleri bağlamında şu genel prensiplerin tespiti mümkündür. Mahkemenin kararları genel olarak açıklayıcı olup, karar gereklerine uymak üzere, ulusal hukuk sisteminde hangi araç ve çözümlerden yararlanılacağına dair seçim, kural olarak ilgili taraf devlete bırakılmaktadır. Ancak bu yaklaşımın zaman içinde kısmen değiştiği ve Mahkemenin giderim algısının, sorumluluk hukukunun tazminat dışındaki giderim araçlarını da kapsayacak şekilde genişlediği görülmektedir. Bu kapsamda bireysel ihlaller hususunda, eski hâle iadenin mümkün olmaması halinde, genellikle ihlalle doğrudan bağlantılı olmayan hususlarda talimat vermeyi reddetme yaklaşımının devam ettiği ve bu hallerde genel olarak nakdi bir tazmine hükmedildiği, eski hâle iadenin mümkün olması hâlinde ise Mahkemenin, 41. madde uygulamasını saklı tuttuğu ve Yazı işleri vasıtasıyla, ilgili taraf devleti alınan bireysel ve genel önlemler hususunda Mahkemeyi bilgilendirmeye davet ettiği görülmektedir. Özellikle ihlal ve zararın doğası gereği ihlal sonuçlarının ortadan kaldırılması hususunda farklı bir aracın belirlenmesinin mümkün olmadığı hallerde, Mahkemenin spesifik tedbirlere işaret etme ve ihlalle doğrudan bağlantılı olan hususlarda talimat verme eğiliminde olduğu anlaşılmaktadır. Sistematik problemler hususunda ise, genel olarak uluslararası sorumluluk hukukundaki gelişmelere ve Bakanlar Komitesinin taleplerine de uygun olacak şekilde, alınması gereken birel ve genel önlemlere açıkça işaret etme eğiliminin oluştuğunu görmek mümkündür. Bu kapsamda Mahkemenin yaklaşımının genel olarak ikincillik ilkesi ile uyumlu olduğu ve sadece ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması hususunda farklı bir aracın belirlenmesinin mümkün olmadığı haller ile sistematik ihlallerde, ikincillik ilkesi ile etkililik arasındaki sınırın, etkililik yönünde esnetildiği anlaşılmaktadır.

Hem Türkiye hem de birçok taraf devlet açısından, Sözleşme'nin muhtelif maddelerinin ihlali ile sonuçlanan başvurular kapsamında yer verilen maddi ve manevi tazminata ilişkin rakamların ne yazık ki kararlarda yer verilen tespitler ve iç hukuk açısından doğurması gereken sonuçlardan daha fazla dikkat çektiği ve önemsendiği anlaşılmaktadır¹⁰⁴. Bu kapsamda özellikle etkililik noktasında, muhataplarınca kararlarda yer alan hukuki tespit ve yorumlar ile iç hukukta doğurması planlanan sonuçlardan daha fazla önemsenen tazminat istemlerinin hangi ilke ve ölçütler çerçevesinde değerlendirildiğinin ve bir adil tatmin vasıtası olarak nakdi tazmin usulünün tercih edildiği durumlarda, giderilmesi hedeflenen zararların nitelik ve kapsamının ayrıca ele alınması uygun görülmektedir. Bu bağlamda Mahkemenin parasal bir tazmine hükmettiği durumlarda, muhataplarına nasıl bir giderim sağlamaya çalıştığının

104 Cengiz/Serkan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tazminat Kavramı, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 2002. http://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/Avrupa__C2802C.pdf.

ve öngördüğü giderimin sınırlarının nereye kadar uzandığının, kısaca nasıl bir tazmin ya da tatmin anlayışına sahip olunduğunun belirlenmesi önemlidir.

Mahkemece adil tatmin hususu genel olarak üç başlık altında değerlendirilmekte olup, maddi ve manevi tazminat ile masraflara ilişkin olarak yapılan tespitlerin tümünde temel alınan prensibin “hakkaniyet” esası olduğu anlaşılmaktadır. Bu hükümlerin hiçbirinde, başvuruçuları zenginleştirme amacı güdülmemekte, Mahkemenin uygulanabilir insan hakları standartlarını gösteren genel ve bağlayıcı kararlar alınmasındaki rolü vurgulanmaya çalışılmaktadır¹⁰⁵.

Mahkeme 41. madde altında adil tatmin kararı verme yetkisini, bir ihlal tespit ettiği ve ulusal hukukta ihlal sonuçlarının ortadan kaldırılması hususunda tam bir telafi imkânının bulunmadığı veya kısmi bir telafinin sağlanabildiği hallerde kullanmaktadır¹⁰⁶.

Sözleşme'nin adil tatmin başlıklı 41. maddesi ile Mahkemenin oldukça zengin içtihadının birlikte değerlendirilmesi sonucunda, adil tatmine ilişkin bir hüküm tesis edilebilmesi için aranan ilk koşulun AİHM İç Tüzüğü'nün 60. maddesinde¹⁰⁷ süresi ve usulü açıkça düzenlenmiş olan talep koşulu olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme, adil tatmin noktasında başvuruçular tarafından talepte bulunulmasının yanı sıra, belirtilen bu taleplerin uygun belgelere dayalı kanıtlarla da desteklenmesini aramaktadır. Mahkemenin tazminat ve masraflar konusunda resen hareket etme yetkisi bulunmayıp, başvuruçu tarafından bu minvalde açıkça veya zımni şekilde adil tatmin isteminde bulunulmuş olması şarttır¹⁰⁸. Ancak istisnai de olsa Mahkemenin talep edilen miktardan daha fazla tazminata hükmettiği kararlarının bulunduğunun belirtilmesinde yarar vardır¹⁰⁹.

105 Reid, s.837.

106 Bkz. Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya, B.No: 10588/83, (Adil Tatmin), 13 Haziran 1994.

107 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü'nün tam metni için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf.

108 Talepte bulunulmuş olmasına rağmen, İç Tüzük'ün 60. maddesi hükmü uyarınca “muayyen” bir istemde bulunulmaması yani uygulamada sıklıkla rastlanıldığı üzere, maddi ve manevi tazminat taleplerine ilişkin miktarların belirtilmemesi durumunda, Mahkemece benzer mahiyetteki kararlar ve elbette somut başvurunun taşıdığı özellikler göz önünde bulundurularak tazminata hükmedilebilmektedir. Bkz. König/Almanya, B.No: 6232/73, 10 Mart 1980, § 19; Bu istisnai durum dışında Mahkeme'nin adil tatmin talepleri konusunda İç Tüzük'ün 60. maddesini oldukça dar yorumladığı ve belirtilen süre ile usule uyulmadan öne sürülen ve özellikle gerekli belgelerle tevsik edilmeyen adil tatmin istemlerinin kabul edilmediği görülmektedir. Bkz. Brogan ve Diğerleri / Birleşik Krallık, B.No: 11209/84, 30 Mayıs 1989.

109 Mahkeme Ayşe Gök ve Diğerleri/Türkiye davasında, başvuruçuların makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğine hükmetmiş olup, manevi zarar kapsamında başvuruçulardan her birinin 5.000 Euro talep ettiği davada, Mahkemece her bir başvuruçu lehine 7.200 Euro manevi tazminata hükmedilmiş olup, söz konusu yaklaşımın, AİHM'in adil tatmin taleplerinin değerlendirilmesinde kabul ettiği taleple bağlılık ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır.

Ş. N. Öner: İhlal ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılma Usulleri

Adil tatmin kararı verilebilmesinin bir diğer koşulu, Sözleşme veya Eki Protokollerde yer verilen bir temel hakkın ihlal edilmiş olduğuna hükmedilmesi olup, bu koşul, Mahkemenin adil tatmin talepleri konusundaki yargılama yetkisini kullanabilmesinin de ön koşuludur. İhlal oluşturduğu tespit edilmeyen olaylar ve durumlar¹¹⁰ için veya yargılamanın önceki aşamasında kabul edilemez bulunan şikâyetlerle alâkalı olan zararlar için tazminata hükmedilmemektedir¹¹¹.

Adil tatmin taleplerinin karşılanabilmesi için taraf devlet iç hukukunun ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırabilmesi aranmakta¹¹², bu bağlamda Mahkemece, iç hukukta karar tarihi itibarıyla yürürlükte olan mevzuat ve bu çerçevedeki uygulama nazara alınmak suretiyle, başvurucunun giderim talepleri doğrultusunda kısmi bir giderim sağlanıp sağlanamayacağı noktasında bir öngöründe bulunularak, kısmi bir giderim imkanının varlığının tespiti halinde, adil tatmin taleplerinin karara bağlanması hususundaki yargı yetkisi kullanılmaktadır.

41. maddenin lafzı, Mahkemenin sadece başvuru konusu olayın koşullarının “gerekli kılması” durumunda adil tatmine hükmedeceğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu şart, düzenlemenin devamında yer verilen “adil tatmin” kavramı ile de sıkı bir bağlantı içerisindedir. Gerekliklik ölçütünün sağlanmadığı durumlarda Mahkemenin sıklıkla, iddia edilen zarar açısından ihlal tespitinin tek başına yeterli bir adil tatmin oluşturduğuna hükmettiği görülmektedir¹¹³. Gerekliklik unsuru hem adil tatmine ilişkin kararın tesisi noktasında hem de parasal tazmin hükümlerinin miktarına yönelik belirlemelerde göz önünde bulundurulmaktadır. Mahkeme de Sözleşme metninde yer alan “adil” ve “gerekli olduğu takdirde” ifadelerinin, adil tatmin hususundaki yargı yetkisinin kullanılması noktasında belirli bir takdir hakkına işaret ettiğini açıkça dile getirmektedir¹¹⁴.

Bkz. B. No: 60579/00, 8 Nisan 2008.

110 Bkz. Aydın/Türkiye, B. No: 23178/94, 25 Eylül 1997, § 131.

111 Taraf devletçe sunulan mesuliyet kabul metni nazara alınmak suretiyle, ihlal tespiti yapılmadığı halde manevi tazminata hükmedilen karar örneği için bkz. Caballero / Birleşik Krallık, B. No: 32819/96, 8 Şubat 2000, §29 vd.

112 Belirtilen koşulun ne şekilde anlaşılması gerektiği noktasındaki temel içtihat De Wilde, Ooms ve Verspy/Belçika kararıdır. B. No: 2832/66, (Adil Tatmin), 10 Mart 1972; Benzer yönlerdeki tespitler için bkz. König/Almanya, B.No: 6232/73, 10 Mart 1980, § 15.

113 Mahkeme özellikle usuli hakların ihlaline bağlı olarak ileri sürülen manevi tazminat istemlerinde, ihlal kararının adil bir tazmin için yeterli olduğunu kabul etmekte, bu durum özellikle adil yargılanma hakkına ilişkin usuli gereklerin ihlal edildiği iddialarını içeren başvurular açısından söz konusu olmaktadır. Bkz. Nikolova/Bulgaristan, B. No: 31195/96, (BD), 25 Mart 1999; McCann/Birleşik Krallık, B.No: 18984/91, (BD), 27 Eylül 1995.

114 Guzzardi/İtalya, B.No: 7367/76, 6 Haziran 1980, § 114.; İhlal maddeleri, başvurucunun iç hukuktaki ve Mahkeme önündeki yargılamalar sırasındaki tutumu, kişisel özellikleri ve geçmiş bilgileri, statüsü, mahkeme üyeleri nezdinde oluşturduğu izlenim, ihlalin önemi ve başvuru açısından oluşan zararın boyutu, taraf devletin özellikle benzer ihlal iddialarının önlenmesi açısından sergilediği tutum gibi ihlali çevreleyen koşullar da,

Adil tatmin talebi konusunda olumlu bir karar verilebilmesinin bir diğer koşulu tazminat talebine konu edilen zarar ile iddia edilen ihlal arasında açık bir illiyet bağının varlığıdır¹¹⁵. Mahkeme, ihlal ile zarar arasında salt zayıf bir bağ veya spekülasyonlar ile tatmin olmamakta, zararın tespit edilen ihlalin doğrudan sonucu olmasını aramaktadır¹¹⁶. Zira Mahkeme tazminata hükmederken, başvuruçunun bir ihlalden doğan gerçek zararlarını tazmin etmeyi amaçlamakta olup, hedef taraf devleti cezalandırmak değildir. Bu nedenle Mahkeme şimdiye kadar, “cezalandırıcı”, “ağırlaştırılmış” veya “örnek temsil etmesi” gibi nitelendirmeler ile sunulan tazminat taleplerini kabul etmeyi uygun bulmamıştır¹¹⁷.

Mahkeme illiyet bağı kriterini oldukça dar yorumlamakta ve özellikle usuli hakların ihlali iddialarına dayandırılan tazminat taleplerinin miktarlarının belirlenmesi noktasında, muhtemel veya spekülatif kazanç veya fırsat kayıplarına dayanan tazminat istemlerini karşılamamayı tercih etmektedir¹¹⁸.

Maddi tazminat kapsamında genellikle gerçek zarar (damnum emergens) göz önünde bulundurulmakla birlikte, gelecekteki kayıplar ve mahrum kalınan kâr (lucrum cessans) kalemlerinin de zaman zaman maddi tazminat içeriklerine dâhil edildiği görülmektedir¹¹⁹. Bu kapsamda Mahkemece, kişisel ve

gerekliklik kavramının ve özellikle tazminat miktarlarının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmaktadır.

115 Adil tatmin başlığı altında ileri sürülen istemler ile iddia edilen ihlal arasındaki nedensellik ilişkisini (illiyet bağı) ispat yükümlülüğü başvuruçulara aittir. Bkz. Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık (Adil Tatmin) B. No:7511/76, 22Mart 1983, § 17-18.

116 İlliyet bağına ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Eren/Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975; Atamer/Yeşim, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması: Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996, s.46 vd.; Erişgin/Nuri, Tehlike Bağı, AÜHFD, C.49, S.1, 2000, s. 137 vd.

117 Bkz. Adil tatmin talepleri hususunda Mahkeme Başkanı tarafından Mahkeme İçtüzüğü'nün 32. maddesi uyarınca 28 Mart 2007 tarihinde yayınlanan uygulama yönergesi. http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf.

118 Esasen Mahkemenin fırsat kayıplarına ilişkin içtihadı pek de tutarlı görünmemektedir. Örneğin Podbielski/Polonya yargılamasında; başvuruçunun yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle şirketinin iflas ettiği iddiasına dayandığı maddi tazminat talebi kabul görmemiştir. Bkz. B. No: 27916/95, 30 Ekim 1998, § 41-44. ; Benzer yönde bkz. Perks ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B.No: 25277/94, 12 Ekim 1999.; Aksi yönde tespitler içeren uygulama örnekleri için bkz. Bönsch/Avusturya, B.No: 8658/79, 2 Haziran 1986; Weeks/Birleşik Krallık, B.No: 9787/82, 5 Ekim 1988.

119 Örneğin başvuruçunun eşcinsel olup olmadığının yapılan soruşturma sonucunda tespit edilip ordudan ihraç edilmesi ve kararın iptali için açılan davanın reddini konu alan Lustig-Prean ve Beckett/Birleşik Krallık kararında (B.No: 31417/96, 27 Eylül 1999 (Adil tatmin hususu 27 Mayıs 2000 tarihli kararda değerlendirilmiş ve maddi ve manevi tazminata hükmedilmiştir.) Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş, belirtilen ihlalin başvuruçunun gelecekteki mesleki ve sosyal hayatı üzerindeki olası etkilerine değinen Mahkeme, geleceğe yönelik kazanç kayıplarını da maddi tazminat içeriğine dâhil etmiştir. Benzer bir uygulama örneği için bkz. Smith ve Grady/Birleşik Krallık, B.No: 33985/96, 27 Eylül 1999 (Adil tatmin hususu 27 Mayıs 2000 tarihli kararda değerlendirilmiş ve maddi ve manevi tazminata hükmedilmiştir.)

diğer malvarlıklarında meydana gelen kayıpların¹²⁰, kâr kaybının¹²¹, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen para cezalarının¹²², geçmişe ve geleceğe dair ücret kayıplarının¹²³, emeklilik haklarından kaynaklanan kayıpların¹²⁴, iş fırsatlarının kaybedilmesinden kaynaklanan kayıpların¹²⁵ ve tıbbi harcamalar ile masrafların¹²⁶ maddi tazminat olarak hüküm altına alındığı görülmektedir¹²⁷.

Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki usuli güvencelerin ihlali durumunda, maddi tazminata hükmedilmesi nadir bir uygulama olup, ancak söz konusu ihlal ile doğrudan bir illiyet ilişkisine sahip olan zarar kalemlerinin karşılındığı görülmektedir¹²⁸.

Adil tatmin kapsamında telafi edilebilecek zararın gerçekten vuku bulmuş olması aranmaktadır¹²⁹. Normalde, Mahkeme tarafından hükmedilen tazminat, dosya kapsamı uyarınca tespit edilmiş olan zararın tamamını yansıatacaktır¹³⁰. Buna karşın Mahkeme, gerçek zararın kesin olarak hesaplanamaması durumunda, elinde bulunan verilere dayanan bir hesaplama yapmakta ve bu durumda genellikle maddi ve manevi tazminat ayırımına gidilmeksizin ortak bir tazminata veya başvuruya ilişkin özel koşullar ve hakkaniyete dayanan

120 Akdivar ve Diğerleri/Türkiye, (BD) B. No: 21893/93, 1 Nisan 1998.

121 Podbielski/Polonya, B. No: 27916/95, 30 Ekim 1998, § 41-44

122 Lings/Avusturya, B. No: 9815/82, 08 Temmuz 1986, § 50.

123 Thlommenos/Yunanistan, B. No: 34369/97, (BD), 6 Nisan 2000.

124 Young James ve Webster/Birleşik Krallık, B.No: 7601/76 7806/77, 18 Ekim 1982.

125 Allenet de Ribemont/Fransa, B. No: 15175/89, 7 Ağustos 1996.

126 Aksoy/Türkiye, B. No: 21987/93, 18 Aralık 1996.

127 Maddi tazminatın kapsamına ilişkin bu algı, sorumluluk hukukuna ilişkin genel kabuller ile de uyum arz etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu/Mustafa, Sorumluluk Hukuku, Ankara 2002, s.23 vd.; Topuz/Mustafa, Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011, s.11vd.

128 Bkz. Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya, B.No: 10588/83, (Adil Tatmin), 13 Haziran 1994, § 15-20; Ayrıca bkz Marckx/Belçika, B. No: 6289/73, 6 Şubat 1981 (50. Madde), § 12. Söz konu davada başvuru, evliliği sona erdirmek için bir hukuk yolu bulunmamasının ve kocasının eve dönüp kendisiyle birlikte yaşamaya başlayacağı kaygısının, ayrı eve çıkmasını gerektirdiğini ve bunun da kendisine 1, 500 Pounda mal olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, başvuru iddia ettiği zararlara katlanmış olsa bile, bu zararın tespit edilen ihlalle bağlantılı olmadığını, ayrı eve çıkma kararına, ayrılık kararı almak için Yüksek Mahkeme'ye başvurma hakkını etkili bir şekilde kullanamamanın değil, kocası tarafından rahatsız edilme kaygısının yol açtığını, dahası, başvuru bir ayrılık kararı almış olsaydı bile, rahatsız edilme riskinden duyduğu kaygının devam edeceğini belirterek maddi tazminat talebini reddetmiştir.

129 Bkz. Öztürk/Almanya, B.No: 8544/79, (Adil Tatmin), 23 Ekim 1984.

130 Bu bağlamda, Mahkemenin, özellikle geleceğe dair bazı zarar kalemleri açısından, tam bir hesaplama yapılmasının mümkün olmadığı durumlarda, hakkaniyet temelinde bir değerlendirme yaparak tazminat miktarını belirlediği görülmektedir. Bkz.Öner Yıldız/Türkiye, B.No: 48939/99, 30 Kasım 2004, §168-170.; Taraf devlet uhdesinde maddi tazminat miktarının kesin olarak belirlenmesini sağlayan verilerin mevcut olması ancak Mahkemenin yaptığı inceleme sürecinde bu verilerin Mahkemece ulaşılabilir kılınmaması durumunda, Mahkemenin adeta söz konusu duruma ilişkin şüpheden başvuruçunun yararlanmasını sağlayacak şekilde, talep edilen tazminat miktarını hüküm altına aldığı görülmektedir. Bkz. Dacia S. R.L./Moldova, B.No: 3052/04, (Adil Tatmin), 24 Şubat 2009, § 47.

nedenlerden dolayı kaybın tamamından daha az bir tazminata hükmedebilmektedir¹³¹.

Manevi zarar kapsamında ise daha çok, ilgili Sözleşme ihlali nedeniyle oluşan zihinsel veya fiziksel ıstırap biçimindeki maddi olmayan zararların nakden telafisi amaçlanmakta, bu bağlamda özellikle psikolojik zararlar¹³², yaşanan üzüntü, keder ve ıstırap şeklindeki zararlar¹³³ ile aşılanma¹³⁴, itibar ve unvan kaybı gibi kişilik hakları üzerinde görülen zararlı etkiler telafi edilmeye çalışılmaktadır.

Mahkemenin manevi tazminata ilişkin değerlendirmelerinde esasen ahlaki bir duruş sergilediği ve bu yaklaşımın terör şüphesi veya eylemlerinin söz konusu olduğu veya açıkça keyfi güç kullanımının tespit edildiği dava örneklerinde belirgin olarak ortaya konulduğu görülmektedir¹³⁵.

Manevi zarar, doğası gereği, kesin bir hesap yapmaya elverişli olmadığından, böyle bir zararın varlığının tespit edilmesi ve nakdî bir tazminatın gerekli olduğuna karar verilmesi durumunda Mahkemenin, kendi içtihadından çıkan standartları dikkate alarak objektif bir hesaplama yöntemi kullandığı anlaşılmaktadır. Benzer ihlal iddiaları ve benzer maddi vakıalar karşısında ve özellikle usuli hak ihlallerinin telafisinde dile getirilen tazminat oranları, hemen hemen standart hâle gelmiş objektif bir manevi tazminat algısının varlığını ortaya koymaktadır¹³⁶.

131 Özellikle mülkiyet hakkının ihlali iddialarının incelendiği başvurular açısından, ihlalin yetersiz tazminat veya usuli hatalardan kaynaklandığı durumlarda tam bir tazminattan daha az bir miktara hükmedilmesi gerekebilmekte olup, özellikle mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin anayasada esaslı değişiklikler yapılması bağlamında gerçekleştiği, önemli ekonomik reformları takiben veya sosyal adalet düşüncesine dayalı olarak gerçekleştirildiği veya çevrenin ve tarihi alanların korunması kapsamında gerçekleştirilmiş olması hallerinde durum böyledir. Bkz. Dacia S. R.L./Moldova, B.No: 3052/04, (Adil Tatmin), 24 Şubat 2009, § 47.; The Former King of Greece and Others/Yunanistan, B.No: 25701/94, (Adil Tatmin), 28 Kasım 2002; James ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B.No: 8793/79, 21 Şubat 1986; Kozacıoğlu/Türkiye, B.No: 2334/03, 19 Şubat 2009, § 82; Turgut ve Diğerleri/Türkiye, B.No: 1411/03, 13 Ekim 2009.; Buna karşın, müdahalede açıkça hukuka aykırı ve temelsiz bir durum olduğunun tespit edildiği hallerde, zararın tümünün ödenmesine hükmedilmektedir. Bkz. Guiso-Gallisay/İtalya, B.No: 58858/00, (Adil Tatmin), 22 Aralık 2009; Iatridis/Yunanistan, B.No: 31107/96, (Adil Tatmin), 19 Ekim 2000, § 35.

132 Bkz. Aydın/Türkiye, B. No: 23178/94, 25 Eylül 1997.

133 Bkz. Hokkanen / Finlandiya, B. No: 19823/92, 23 Eylül 1994.

134 Bkz. Smith ve Grady / Birleşik Krallık, B. No: 33985/96, 25 Temmuz 2000.

135 Bkz. McCann/Birleşik Krallık, B.No: 18984/91, (BD), 27 Eylül 1995. Söz konusu başvurunun konusu üç IRA (İrlanda Kurtuluş Örgütü) militanının Cebelitarık'ta bir bomba yerleştirme eylemi arifesinde İngiliz güvenlik güçlerince yakın mesafeden ve defalarca ateş edilerek öldürülmesidir. Mahkeme, yargılama sonrasında Sözleşme'nin 2. maddesinin İngiltere tarafından ihlal edildiği sonucuna varmış, başvuruçuların tazminat taleplerini ise öldürülen üç kişinin içinde bulunduğu eylem göz önüne alındığında herhangi bir tazminata hükmetmenin uygun olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

136 Reid, s. 849; Mahkemenin maddi ve manevi zarar için hükmettiği tazminatların ayrıntılı tablosu için bkz. a.g.e. s.608 vd.; Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, s. 860.; Ayrıca bkz. The Review Of The Working Methods Of The European Court Of Human Rights, Aralık 2005, s.41. <http://>

Adil tatmin bağlamında masraf ve giderler hususunda hüküm kurulabilmesi için de talepte bulunulmasının¹³⁷ yanı sıra, söz konusu harcamaların ihlali önlemek veya ihlalden doğan sonuçları gidermek amacıyla yapılmış olmaları¹³⁸, gerçekten sarf edilmiş olmaları, ihlal iddiasının ve bununla bağlantılı yargısal prosedürün niteliği gereği zaruri ya da en azından gerekli olmaları¹³⁹ ve talep edilen giderlerin miktar ve içerik olarak makul nitelikte olmaları¹⁴⁰ zorunludur.

2. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesince, konu bakımından yetki alanında bulunan bir temel hakkın ihlal edildiğinin tespiti durumunda, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için alınması gereken tedbirlere hükmedilmekte olup, Mahkemenin ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ilişkin algısı hususunda, öncelikle elinde bu bağlamda hangi araçların bulunduğunun belirlenmesinin ve akabinde bu araçlara yüklediği anlam ve konuya dair pratiğinin değerlendirilmesinin yararlı olacağı düşünülmektedir.

A. İhlalin ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılması Hususunda Öngörülen Araçlar

İhlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinde düzenlenmiş olup, düzenlemenin ilk fıkrasında, Mahkemece bir temel hak ihlalinin tespiti hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması hususun-

www.echr.coe.int/Documents/2005_Lord_Woolf_working_methods_ENG.pdf.

137 Bkz. Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B.No: 11209/84, 30 Mayıs 1989.

138 Bkz. König/Almanya, B.No: 6232/73, 10 Mart 1980, § 12, 21.

139 İlk iki avukatın hukuki yardımından yararlandığı tespit edilen başvurunun üçüncü vekili açısından, bu kişiye başvuru tarafından ödeme yapılmış olduğu kabul edilse dahi, bu ödemenin gerekli olduğu için yapılmadığı kanaatine varılmakla talebin bu kısmının reddine karar verildiği başvuru için bkz. Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık (Adil Tatmin), B. No:7511/76, 22Mart 1983, § 14.; Ayrıca bkz. Aydın/Türkiye, B. No: 23178/94, 25 Eylül 1997, § 132, 135. Söz konusu başvuruda adil tatmin başlığı altında başvuru tarafından yaptığı bir takım giderlerin yanı sıra avukatı için ve Kurdish Human Rights Project tarafından yapıldığı belirtilen araştırma ve yardımlar için ödeme yapılması talebinde bulunulmuş ancak, Mahkeme tarafından Kurdish Human Rights Project adlı kuruluşun davaya katılmasının bir ödeme yapılmasını gerektirmediği kanaatine varıldığı belirtilerek, talebin bu kısmı reddedilmiştir.

140 Mahkeme maddi ve manevi tazminat miktarları konusundaki bakış açısını bu giderler için de muhafaza etmekte ve yapılacak bu ödemelerin gerçekten yapılan zaruri veya gerekli masraf ve giderleri aşarak bir zenginleşme vasıtasına dönüşmesini arzu etmemektedir. Bu noktada, Mahkemece genellikle talep edilen vekâlet ücretleri açısından, harcanan emek ve mesai nazara alınarak bir belirleme yapılmaya çalışılmakta, bu hususta bağlayıcı olmasa da başvuru tarafından sunulan iç hukuktaki tarife ve hesaplama yöntemlerinden de istifade edilmektedir. Bkz. De Cubber/Belçika (Adil Tatmin), B. No: 9186/80, 14 Eylül 1987, § 25. Ayrıca bkz. Bkz. Lingens/Avusturya, B.No. 9815/82, 08 Temmuz 1986, §53.;König/Almanya, B.No: 6232/73, 10 Mart 1980, § 25.

da yapılması gerekenlere hükmedileceği ancak, yerindelik denetimi yapılamayacağı, idari işlem ve eylem niteliğinde karar verilemeyeceği belirtilmiştir. İkinci fıkrada ise, yeniden yargılama ve tazminat tedbirlerine yer verilmiş, nakdi tazminat hususunda ise Mahkemece hüküm kurulabileceği gibi, genel mahkemelerde dava açılması yolunun da gösterilebileceği kabul edilmiştir.

Söz konusu düzenlemenin ilk fıkrasında yer alan ve Mahkemeye geniş bir hareket alanı sağladığı anlaşılan tedbirin, münhasıran idari işlem ve eylemlerden kaynaklı ihlal tespitlerinde kullanılabileceği ileri sürülmekle birlikte¹⁴¹, kanaatimizce ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması hususunda yapılması gerekenlere hükmedilebileceğini ifade eden genel tedbir, tüm ihlal iddialarına ilişkin zararların giderimi noktasında kullanılabilecek bir enstrümandır. Düzenlemenin ikinci fıkrasında mahkeme kararlarından kaynaklı ihlaller için özel olarak yeniden yargılama tedbirine değinilmekle birlikte, yine aynı fıkra düzenlenen tazminat seçeneği de tüm ihlal iddiaları karşısında kullanılması mümkün bir giderim usulüne işaret etmektedir¹⁴². Mahkemenin aşağıda ayrıntılı olarak değerlendireceğimiz pratiğinin de aynı yaklaşım üzerine kurulduğu görülmektedir. Ancak söz konusu düzenlemede belirtilen takdir hakkına bir sınır çizilmesi amacıyla, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik hükümler sevk edilirken yerindelik denetimi¹⁴³ yapılamayacağı ve idari eylem ya da işlem niteliğinde karar verilemeyeceği de hüküm altına alınmıştır. Belirtilen bu sınırlara riayet edilmesi şartıyla Mahkemenin, yalnızca yargısal makamlara değil doğrudan idari makamlara, savcılık, infaz hâkimliği gibi birimlere yönelik somut tedbirlere hükmetmesi de imkân dâhilinde olup, Mahkemenin ilk dönem kararlarında benzer uygulama örneklerine rastlanılmaktadır¹⁴⁴.

141 Bkz. Özbey/Özcan, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 2013, s.406 vd.; Ural/Sami Sezai, Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru, Ankara 2013, s.310 vd.

142 Aksi yöndeki görüş için bkz. Esen/Selin, Türkiye’de Anayasa Şikayeti, Anayasa Mahkemesi-ne Bireysel Başvuru, TBB Yayını, Ankara 2011, s.54.

143 İdarenin takdir hakkı kapsamında aldığı bir kararın hukuksal isabet dışında doğruluğunun denetlenmesi olarak kabul edilen yerindelik denetimi hususunda bkz. Çağlayan/Ramazan, Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, AÜHFİD, C:VIII, S:1-3, Aralık 2003, s.197.; Esasen Anayasa’nın 125/4. Fıkra hükmünde yer alan ve yargı yetkisinin idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı ve yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari işlem veya eylem niteliğinde veya takdir hakkını kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceğini ifade eden düzenleme, yargı fonksiyonunu yerine getiren diğer yargı organları gibi Anayasa Mahkemesini de bağlamaktadır.

144 Basılı eserlerin teslimine ilişkin olan ve Cumhuriyet Savcılığını muhatap alan tedbir hususunda bkz. B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 124; Yaşam hakkının usuli boyutu itibarıyla ihlal edildiği tespitine yer verilen ve ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla kararın bir örneğinin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilen, bu suretle etkili bir soruşturmanın icrası gereğine işaret edilen kararlar için bkz. B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 95; B. No: 2012/850, 7/11/2013, § 79; Mahkeme kararının icra edilmemesi nedeniyle adil yargılan-

Ş. N. Öner: İhlal ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılma Usulleri

Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca, yargı denetimi dışında bırakılan hususlar haricinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğuna ilişkin kabul, bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları arasında yer verilen başvuru yollarının tüketilmesi kuralı ile birlikte ele alındığında, bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesi önüne taşınabilecek ihlal iddialarının büyük çoğunluğunun yargısal uygulamalardan kaynaklanan ihlal iddiaları olması beklenilmektedir¹⁴⁵. Zira mahkeme kararına konu olamayacak kamu gücüne dayalı işlem ve eylemlerin sayısı oldukça sınırlıdır. Bununla birlikte, görece kısa bir süredir uygulanmakta olan bireysel başvuru usulünde, doğrudan idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan ihlal iddialarının Mahkeme huzuruna taşındığı ve ihlal kararları ile neticelendiği görülmektedir¹⁴⁶.

Esasen tasarı metninde, ihlâl bir mahkeme kararından veya idarî işlem-den kaynaklandığı hallerde, ihlâl konu kararın veya idarî işlemin iptaline karar verileceği ve kararın iptalinin kendiliğinden ihlâlî kaldırmaması durumunda yeniden yargılama yapılmasına hükmedileceği belirtilmekle birlikte, özellikle yüksek yargı kurumları arasında bir hiyerarşi oluşturulduğu yönündeki itirazlara bağlı olarak, belirtilen düzenlemenin metinden çıkarıldığı anlaşılmaktadır¹⁴⁷. Benzer şekilde, alt komisyon metninde yer alan ve derece mahkemelerinin, Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararında açıkladığı görüşe uygun karar vermemeleri hâlinde başvuruçunun yeniden Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabileceğini ve bu durumda Anayasa Mahkemesinin doğrudan, ihlâlî ve sonuçlarını ortadan kaldıracak kararı verebileceğini belirten düzenleme de Genel Kurul aşamasında metinden çıkarılmıştır. Söz konusu düzenlemeler ilk bakışta, Anayasa Mahkemesi ile diğer yargısal makamlar ve özellikle diğer yüksek yargı makamları arasındaki görev alanlarına ilişkin dengeyi bozarak Anayasa Mahkemesini bir süper temyiz mahkemesine dönüştürebileceği kaygılarını destekler nitelikte görünse de, esasen hâlihazırda Kanun metninde yer almayan bu düzenlemelerin mevcudiyeti durumunda dahi, Mahkemenin ikincillik ilkesi ve bu ilkeyi gözetmek adına sisteme dahil edilmiş olan başvuru yollarının tüketilmesi ilkesi ile özellikle maddi olay ve hukuki yoruma ilişkin müdahale yetkisini kısıtlayan açıkça dayanaktan yoksunluk kriteri bağlamında oluşturulabileceği kendi kendini sınırlama (judici-

ma ve mülkiyet hakkının ihlaline hükmedilen bir başka kararda ise, mahkeme kararlarının mümkün olan en kısa sürede yerine getirilmesini teminen, kararın bir örneğinin ilgili Belediyeye gönderilmesine karar verilmiştir. Bkz. B. No: 2013/711, 3/4/2014, § 82.

145 İlgili hususu da içeren istatistiki bilgiler için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/BireyselBasvuru/Istatistikler>.

146 Bkz. B. No: 2014/3986, 2/4/2014; B. No: 2014/4705, 29/5/2014.

147 Benzer mahiyetteki düzenlemelerin bireysel başvuruya ilişkin farklı ülke uygulamalarında mevcut olduğu görülmektedir. Bkz. Kılınç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı'nda Bireysel Başvuru, s.42 vd.

al self-restraint) eğilimi ile, söz konusu yargısal makamlar arasında karşılıklı etkileşime dayalı bir dengenin kurulması mümkündür¹⁴⁸. Belirtilen düzenlemeler Kanunun mevcut metninde yer almamakla beraber, söz konusu dengenin 50. madde kapsamında başvurulacak tüm giderim araçları açısından gözetilmesi gerektiği açıktır.

Düzenlemenin mevcut hâlinde ihlalin bir mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda, Mahkemenin elinde diğer tedbirlerin yanı sıra münhasır bir araç bulunmaktadır. Bu kapsamda, söz konusu ihlalin gerekli usuli güvenceleri haiz bir yargısal prosedür neticesinde ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu hallerde, yeniden yargılama yapılmasına hükmedilecektir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunan hallerde, Kanun'un ilgili hükümünün lafzı, Mahkemenin bu durumda derece mahkemeleri yerine geçerek ihlal ve sonuçlarını kendisinin öngöreceği başka tedbirler ile ortadan kaldıramayacağına işaret etmekte olup, bu kabul Mahkemenin yaptığı denetimin ikincil niteliği ile de uyum arz etmektedir. Ancak, örneğin etkili soruşturma yükümlülüğünün ve adil yargılama hakkına ilişkin usuli güvencelerin ihlal edildiğinin tespit edildiği bazı durumlarda, özellikle de ihlale konu maddi vakıaların üzerinden uzun bir zaman geçmesine bağlı olarak artık gerekli usuli güvenceleri haiz bir soruşturmanın beklenen etkiyi göstermeyeceğinin açıkça anlaşıldığı hallerde, yeniden bir soruşturma ve yargılama sürecine işaret edilmesi yerine hakkaniyete uygun bir nakdi tazminatın öngörülmesi, amaca uygun bir çözüm tarzı olabilecektir.

Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde ise, nakdi bir tazminat öngörülmesi suretiyle ihlal sonuçlarının ortadan kaldırılması mümkündür. Bu bağlamda Mahkemenin önünde iki seçenek bulunmakta olup, Mahkeme başvuru lehine bizzat tazminata hükmedebileceği gibi, tazminat miktarının tespitinin daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi durumunda genel mahkemelerde dava açılması yolunun gösterilmesi de mümkündür. Ancak genel mahkemelerde dava açma yolunun gösterilmesi halinde, ilgili mevzuat hükümlerinde görevli ve yetkili mahkemenin tayinine ilişkin bir hükmün yer almaması nedeniyle, bu hususta açılacak davanın hizmet kusuru nedeniyle açılacak bir tazminat davası niteliğinde olduğu ve bu nedenle idari yargı alanında, idare aleyhine tam yargı davası olarak ileri sürülmesi gerektiği yönünde görüşler olduğu gibi, bu tür davaların ekseriyetle adli hata sonucu uğranıldığı ileri sürülen zararların tazmini istemiyle açılacağı nazara alınarak, somut başvuru açısından ilgili mahkemenin tabi olduğu yargı düzenine göre görevli mahkemenin değişeceğinin de ileri sürüldüğü

148 Benzer şekilde, Mahkemenin başvuruya konu davadaki maddi olaylara ve hukuki yorumlara ilişkin müdahale yetkisinin sınırlı olması gereği göz önünde bulundurularak, tasarı metninde Mahkemeye bilirkişi incelemesi ve keşif yaptırılması hususunda tanının yetkinin de isabetli olarak metinden çıkarıldığı görülmektedir.

görülmektedir.

Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca konu bakımından yetki alanında olan hak ve özgürlüklerin kamu gücünü kullanan organlar tarafından ihlal edildiği iddiaları bireysel başvuru konusu yapılabilecektir. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamında, söz konusu başvuruların konusu, kamu gücünün işlemleri, eylemleri ya da ihmalleri olup, "*kamu gücü*"nü kullanan organlar ise başta devlet tüzel kişiliği içinde yer alan yasama, yürütme ve yargı organları ve bu organlara tabi olan merciler ile yerinden yönetim kuruluşlarıdır¹⁴⁹. Bu bağlamda ihlale vücut veren işlem ya da eylemi gerçekleştiren, ihmalde bulunan veya kararı ihdas eden kamusal makamlar arasında ayırım yapılmaksızın, Türk kamu otoritesine atfedilebilir olan bir ihlal iddiası ile ilgili olarak idari yargı alanında idare aleyhine açılacak bir tam yargı davası, kanaatimizce bireysel başvuru usulünün amacı ve bu başvuru yoluna ilişkin usuli hükümlerle uyumlu olacağı gibi, Mahkemece değerlendirilecek olan ihlal iddialarının büyük çoğunluğunun bir mahkeme kararından kaynaklanan iddialar olduğu nazara alındığında her defasında görevli mahkemenin tayinine çalışılmasının oluşturacağı belirsizlik de ortadan kaldırılmış olacaktır. Bunun yanı sıra, görevli mahkeme hususunda yapılan bu tespitin, söz konusu tazminat taleplerinin incelenme usulü ve özellikle öngörülecek tazminat miktarlarına dair standart bir uygulama ile objektif bir algının oluşmasına ve bu suretle hukuken öngörülebilirliğe hizmet edeceği açıktır. Yetkili mahkemenin ise 2577 Sayılı Kanun'un 36. maddesi uyarınca belirlenmesi mümkündür.

Bununla birlikte ilgili mevzuatta söz konusu tazminat talepleri bağlamında, başta zaman aşımı olmak üzere usule ve esasa dair sair hususlara ilişkin bir hükme de yer verilmediği görülmektedir. Bu nedenle ihlal ve sonuçlarının giderilmesi hususunda nakdi bir tazminin uygun görüldüğü hallerde, ilgili tazminatın mümkün olduğunca Anayasa Mahkemesi tarafından hüküm altına alınması, öngörülecek tazminatın koşulları ve özellikle hükmedilecek tazminat miktarları açısından daha objektif bir uygulamanın oluşmasını sağlayabileceği gibi, söz konusu talebe ilişkin ayrı bir yargılama prosedürü neticesinde makul sürede yargılanma hakkı başta olmak üzere sair ihlal iddialarının gündeme gelmesi de önlenilecektir¹⁵⁰. AİHM uygulamasında, elbette söz konusu Mahkemenin uluslararası bir Mahkeme olmasına bağlı olarak benzer bir pratiğin oluşmadığı görülmekte ve başvuru ile taraf devlet tarafından sunulan verilerin tam bir tazminat hesabına olanak vermemesi durumunda, çoğu zaman maddi ve manevi tazminat kalemleri dahi ayırt edilmeksiz-

149 Bkz. B.No: 2012/171, 12/2/2013, § 15.

150 Genel mahkemelerde dava açılması yolunun gösterilmesinin daha isabetli olacağı yönündeki değerlendirmeler için bkz. Özbey, s.434.

zin, hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca AİHM tarafından, adil tatmine ilişkin hükümlerin, başvurucunun ihlal tespiti sonrasında giderim elde etme hususunda ek bir yargısal prosedür başlatma zorunluluğu şeklinde yorumlanamayacağı kabul edilmekte olup¹⁵¹, esasen ihlal tespiti sonrasında genel mahkemelerde dava açmaya yönlendiren bir uygulamanın, yargı sistemine ilişkin sorunlar nazara alındığında bizatihi başka hak ihlallerine vücut verme ihtimali bir tarafa, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasındaki fonksiyonu bağlamında Anayasa Mahkemesince verilen kararların etkililiği hususunun tartışmaya açılmasına da zemin hazırlayabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

Sorumluluk hukukuna ilişkin olarak gerek karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukukta¹⁵² gerekse iç hukukta kabul edilen temel prensipler nazara alındığında¹⁵³, bireysel başvuru usulünde de temel amaç mümkünse ihlalden önceki durumu tesis edebilecek bir aynen iadenin sağlanmasıdır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin, AİHS denetim organlarına benzer şekilde yararlanabileceği Bakanlar komitesi benzeri bir infaz gözlemcisi birim söz konusu olmadığı gibi, AİHM'in ilgili İç Tüzük hükümleri gereği haiz olduğu üzere, adil tatmine ilişkin meseleyi saklı tutarak, kamu otoritesi tarafından sağlanan giderimin şekli ve boyutunun gözlemlenmesi akabinde adil tatmin hususunu karara bağlamak şeklindeki bir usuli imkândan da mahrum olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Mahkemenin elindeki enstrümanlar, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması hususunda "yapılması gerekenlere hükmetmek" ve özellikle mahkeme kararından kaynaklı ihlal iddiaları karşısında, tespit edilecek hukuki yarar uyarınca yeniden yargılama veya nakdi tazmin imkânlarını kullanmak olacaktır. Elbette birçok ihlal iddiası açısından, gerekli güvenceleri haiz bir yeniden yargılama prosedürünün eski hâle iade neticesini doğurması mümkündür. Ancak, uzun yargılama, uzun gözaltı ve tutukluluk süreleri gibi, ihlalin ve zararın doğasının tam bir tazmine imkan vermediği hallerde, nakdi tazmin seçeneğinin kullanılması kaçınılmazdır.

Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru usulünde verdiği hükümlerin infazını takip edecek müstakil bir birim ve verilen kararların hangi usul çerçevesinde yerine getirileceği konusunda müstakil bir düzenleme bulunmamasının, kararların etkilerini göstermesi noktasında tereddütler oluşturacağı yönünde görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir¹⁵⁴. Türk Anayasa Yargısı'nın

151 Salah/Hollanda, B.No: 8196/02, 6 Temmuz 2006; Doğan ve Diğerleri/Türkiye, B.No: 8803/02, (Adil Tatmin), 13 Temmuz 2006.

152 Shelton, s. 217 vd.

153 Bkz. Eren/Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s.740 vd.; Henri/Desche-
naux, Tercier/Pierre, Sorumluluk Hukuku, Çeviren:Sami Özdemir, Ankara 1983, s.183 vd.;
Karahasan/Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, İstanbul 2003, s.99 vd.

154 Ural, s. 307 vd.

Ş. N. Öner: İhlal ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılma Usulleri

fonksiyonları arasına görece yakın bir geçmişte eklenmiş olması nedeniyle, söz konusu usul neticesinde verilecek kararların muhataplarınca nasıl algılanacağı ve uygulanacağı noktasında elbette bir kısım tereddütlerle karşılaşılması muhtemeldir. Ancak ilk uygulama örneklerine bakıldığında, Mahkemenin bireysel başvuru sonucu verdiği kararların uygulanma kabiliyetlerinin oldukça yüksek olduğu anlaşılmaktadır¹⁵⁵.

Mahkemenin ihlal sonuçlarının giderimine ilişkin kararlarının yerine getirilmesi bağlamında, örneğin mahkemece yeniden yargılama yapılmasına hükmedilmesi durumunda, yeniden yargılama prosedürü ilgili davanın görüldüğü yargı kolundaki usule göre olacaktır. Yine genel mahkemelerde dava açılması yolunun gösterildiği hallerde, kanaatimizce idari yargı nezdinde ileri sürülmesi gereken taleplere ilişkin yargılama sonucunda verilecek hükmün infazı, söz konusu yargı koluna ait kararların infazına dair mutad usule tabidir. Mahkemece doğrudan nakdi tazminata hükmedilen durumlarda ise, kanaatimizce isabetli şekilde ihlale vücut veren işlem ya da kararı ihdas eden kamu makamları arasında fark gözetilmeksizin, hükmedilen miktarların tahsili noktasında ilk dönem kararlarında Maliye Hazinesinin, son dönem kararlarında ise Maliye Bakanlığının işaret edildiği görülmektedir.

Kanaatimizce, Anayasa'nın 138/4. fıkra hükmünün yanı sıra, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağını belirten 153. madde hükmü, kararların sonuç doğurma kabiliyetleri bağlamında, devlet organlarının hukuka olan saygısı ve mahkeme kararlarının gereklerine uyulması noktasındaki genel inançtan fazlasını deyimlemektedir¹⁵⁶. Zira aksi bir tutum muhataplarının cezai sorumluluklarına yol açabilecek olup, söz konusu durumun iptal ve itiraz davaları neticesinde verilen kararlar açısından da farklılık arz etmediği unutulmamalıdır¹⁵⁷.

B- İhlalin ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin İlk Dönem Pratiği

Mahkemenin ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasındaki uygulamasına bakıldığında, 6216 sayılı Kanun'un 50/1. maddesinde yer verilen “ya-

155 Bu kapsamda Mahkemenin kişi özgürlüğü ve güvenliği kapsamında verdiği ihlal kararları akabinde, derece Mahkemelerince hızla karar gereklerinin yerine getirildiği, Anayasa'nın 19. maddesi bağlamında yapılan ihlal tespitleri sonrasında ihlal mağdurlarının tahliyeleri yönünde karar alındığı görülmektedir. Bkz. B.No: 2014/912, 6/3/2014, § 88.

156 Aynı doğrultudaki görüş için bkz. Özbey, s.422; Eleştirel bir yaklaşım için bkz. Ural, s.307 vd., s.311, 313.

157 Kararların infazı sürecinde etkin bir kontrole işaret edecek enstrümanlar içermemekle birlikte, 6216 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile Mahkeme İç Tüzüğü'nün 35/3(d) hükmü uyarınca, Mahkeme Genel Sekreterine Mahkeme kararlarının uygulanmasının takip edilmesi ve bu konuda Genel Kurula bilgi verilmesi görevinin verildiği anlaşılmaktadır.

pılması gerekenlere hükmeder” ifadesini, yalnızca idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan ihlallerle sınırlı olarak algılamadığı, mahkeme kararından kaynaklanan ihlaller karşısında da yeniden yargılama ve tazminat dışındaki tedbirlere işaret ettiği anlaşılmaktadır. Bununla beraber Mahkemenin, yaptığı denetimin ikincil niteliğine uygun olarak yeniden yargılamaya ve tazminata hükmettiği haller dışında, yaptığı ihlal tespiti ile birlikte karar gereğinin yerine getirilmesi noktasındaki aktiviteyi genel olarak ilgili kamu idaresine bıraktığı görülmektedir. Ancak Mahkemenin, söz konusu davranış tarzına yön verecek şekilde, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasında yapılması gerekenleri açıkça belirttiği veya zımnen işaret ettiği kararları da mevcuttur.

Mahkemenin, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması hususunda, esasen AİHM tarafından da uygulanmakta olan temel ilkeleri benimsediği, bu kapsamda, bir ihlal tespiti durumunda sıkı bir illiyet bağı algısı ile ihlalin doğrudan sonucu olan zararların giderimine yöneldiği anlaşılmaktadır. Belirtilen husustaki ilk karar örnekleri makul sürede yargılanma hakkı bağlamında verilmiş olup, söz konusu kararlarda makul sürede yargılanma hakkının amacı da nazara alınmak suretiyle, ihlalin doğrudan sonucu olan manevi zararın giderilmesine hükmedildiği¹⁵⁸ ve özellikle uzun süren yargılamaya bağlı olarak ortaya çıktığı iddia edilen maddi zararların tazminine yönelik taleplerin, söz konusu ihlal iddiası ile doğrudan bir illiyet ilişkisi içerisinde olmadığı belirtilerek reddedildiği¹⁵⁹, bu çerçevede Mahkemenin illiyet bağı noktasındaki algısının ilk dönem kararlarında oldukça dar olduğu görülmektedir¹⁶⁰.

158 Mahkemenin adil tatmine ilişkin değerlendirmelerinde, talep koşulunun arandığı, ispat yükünün başvurucaya ait olduğunun kabul edildiği, özellikle maddi tazminat taleplerinde ihlal sonucu nasıl bir zararın meydana geldiğinin ve söz konusu ihlal ile iddia edilen zarar arasında bir illiyet ilişkisinin varlığının ispat edilemediği hallerde, tazminat taleplerinin karşılanmadığı anlaşılmaktadır. B. No: 2013/6437, 17/7/2014, § 62; B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 75; B. No: 2012/625, 9/1/2014, § 48; B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 68. Talep koşulu aranmakla birlikte, talep edilen tazminat türünün belirtilmesi noktasında daraltıcı bir yaklaşım sergilenmediği görülmektedir. B. No: 2013/2116, 23/1/2014, § 46-48; B. No: 2013/5890, 6/3/2014, § 53-55.

159 Belirtilen husustaki karar örnekleri için bkz. B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 65-69.; B. No: 2012/12, 17/9/2013, § 63-67. Bununla birlikte, derdest yargılama faaliyetlerinin söz konusu olduğu hallerde, yargılamanın mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırılmasını teminen, kararın bir örneğinin ilgili mahkemesine gönderilmesine karar verildiği, bu suretle kararın, yargılamanın bir an önce sonuçlandırılması hususunda pozitif bir etki göstermesinin sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Bkz. B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 71; B. No: 2012/12, 17/9/2013, § 69.

160 Mahkeme, 7 Ekim 2013 tarihli kararında, işe iade talebiyle açılan ve makul sürede sonuçlandırılmadığı tespit edilen yargılama süreci boyunca aylık asgari ücret tutarı üzerinden yapılacak hesaplama ile söz konusu süreye ait ücretin maddi tazminat olarak ödenmesi yönündeki talebi reddetmiştir. Benzer yaklaşımın, özellikle taşınmazın aynına ilişkin davalar kapsamında makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiaları ile bağlantılı olarak ileri sürülen ve yargılama sürecinde taşınmazın kullanılamaması ve gelirinden istifade edilememesi iddiasına dayandırılan maddi tazminat talepleri için de benimsendiği, söz konusu başvurularda esasen mülkiyet hakkının varlığına bağlı konu bakımından yetki tartışmaları da saklı tutulmak suretiyle mülkiyet hakkının ihlali iddialarının ayrıca değerlendirilmediği ve yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmamasının doğrudan

Ş. N. Öner: İhlal ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılma Usulleri

Genellikle Anayasa'nın 36. maddesi kapsamındaki usuli hak ihlallerinde, ihlalin ve sonuçlarının gerekli usuli güvenceleri haiz bir yargılama prosedürü neticesinde ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu durumlarda, yeniden yargılama yapılması amacıyla dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verildiği ve bu durumlarda söz konusu tedbire hükmedilmesinin yeterli bir adil tatmin oluşturduğu kabul edilerek tazminat taleplerinin karşılanmadığı¹⁶¹, ihlal edilen hakkın niteliği itibarıyla böyle bir hukuki yararın sağlanmasının mümkün olmadığı hallerde ise nakdi bir tazmin hükmü kurulduğu anlaşılmaktadır¹⁶². Bununla birlikte söz konusu hak kategorisi dışında da yeniden yargılama tedbirinin öngörüldüğü hallerde, benzer şekilde nakdi tazmin taleplerinin kabul görmediği başvurular bulunmaktadır¹⁶³. Belirtilen kararlar, Mahkemenin öncelikle mümkün olan bir eski hâle iadeye yöneldiğini ortaya koyması açısından dikkate değerdir.

6216 sayılı Kanun'un 50. maddesi uyarınca maddi tazminata hükmedilen karar örnekleri oldukça sınırlı olup, maddi tazminat hususunda genel mahkemelerde dava açma yolunun gösterilmesi yönünde bir tercihin ilk dönem kararlarına yansımadağı ve Mahkemenin görece basit bir hesaplama usulünü gerektiren maddi tazminat taleplerini bizzat karşıladığı görülmektedir¹⁶⁴.

-
- sonucunun manevi zarar olduğunun kabulü ile, maddi tazminat taleplerinin reddedildiği görülmektedir. Bkz. B. No: 2013/772, 7/11/2013, § 87; B. No: 2013/2364, 7/3/2014, § 73; B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 69. Mahkemenin maddi zarar ile ihlal arasındaki illiyet bağına değerdendirdiğı ve mahkeme kararlarının icra edilmemesi olgusunu değerdendirdiğı başvuru neticesinde, taşınmaz bedelinin ödenmemesine dayandırılan maddi zararı aşacak şekilde, üzerindeki mülkiyet hakkı sona eren taşınmazın kaybedilmemesi hâlinde elde edilmesi muhtemel değerd artışlarına ilişkin gelirden mahrum kalınmasına bağılı maddi zarar taleplerini haklı olarak karşılamadığı görülmektedir. Bkz. B. No: 2013/711, 3/4/2014, § 82. Aynı yönde bkz. B. No: 2012/625, 9/1/2014, § 48; B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 68;
- 161 Mahkemeye erişim hakkı ile ilgili uygulama örneğı hususunda bkz. B. No: 2012/660, 7/11/2013, § 76-77; B. No: 2013/500, 20/3/2014, § 66-67; Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlali bağlamında bkz. B. No: 2013/849, 15/4/2014, § 47; Çelişmeli yargılama ve yargılamaya etkin katılım ilkesi bağlamında bkz. B. No: 2012/603, 20/2/2014, § 69; Gerekçeli karar hakkına ilişkin olarak bkz. B. No: 2012/1269, 8/5/2014, § 62; Masumiyet karinesi bağlamında benzer yöndeki karar örneğı için bkz. B. No: 2012/998, 7/11/2013, § 70.
- 162 Mahkeme, idari yargı alanında ıslah imkanı bulunmadığı süreçte bu nedenle yüksek bir talep ile dava açan başvuruçunun, hak kazandığı tazminat miktarının üzerinde bir vekalet ücreti ödemek zorunda kalmasına binaen mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine hükmettiğı 23 Ocak 2014 tarihli kararında, başvuruçuyu lehine manevi tazminata hükmetmiş, benzer şekilde, talep ettiğı tazminatın yaklaşık 3/4'ünü vekalet ücreti olarak ödemek durumunda kalan başvuruçunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini tespitile, manevi tazminat öngörülmüştür. Her iki karar örneğinde de, başvuruya konu ihlalin özel niteliğı gereğı, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı kanaati hâkimdir. Bkz. B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 129; B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 69.
- 163 Kadının evlilik öncesi soyadını kullanmasını engelleyen mevzuat hükmü ve uygulamaya bağılı olarak Anayasa'nın 20. maddesinin ihlaline hükmedilen ve yeniden yargılama tedbirinin öngörüldüğü karar örnekleri için bkz. B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 53-54; B. No: 2013/4439, 6/3/2014, § 48-49; Özel hayatın gizliliğı hakkının ihlali bağlamında benzer bir uygulama örneğı için bkz. B. No: 2013/1614, 3/4/2014, § 73-74.
- 164 Bu bağlamda özellikle taşınmazın kamulaştırılması nedeniyle açılan bedel tespiti ve tescil

Manevi tazminat taleplerinin değerlendirilmesi noktasında, sorumluluk hukukuna dair genel kabul ve prensiplerden hareketle, ihlalin ve zararın nitelik ve ağırlığı, başvurucunun kişisel, mesleki ve sosyal statüsü, başvuruya konu hukuki yararın önemi ve başvurunun benzeri özel şartlarının göz önünde bulundurulduğunun¹⁶⁵, Mahkemenin ilk karar örnekleri ile beraber uygulamaya yansıdığı, özellikle tazminat miktarları açısından AİHM uygulamasında uzun süre ortaya konulamamış olan objektif algının, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ilk karar örneklerine açıkça yansıdığı anlaşılmaktadır¹⁶⁶.

AİHM uygulamasına benzer şekilde, ihlal tespiti için yeterli bir tatmin aracı olarak ele aldığı karar örneklerine rastlamak ta mümkündür¹⁶⁷. Belirtilen değerlendirmelere, özellikle azami tutukluluk süresinin aşılmasına istinaden Anayasa'nın 19. maddesinin ihlaline hükmedilen başvurularda yer verilmekte olup, söz konusu örneklerde genellikle, başvuru sahiplerinin tutukluluk halinin hükmen tutukluluk statüsü nedeniyle veya tahliye kararına bağlı olarak sona ermiş olmasına istinaden, ihlal tespiti dışında sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gereken bir husus bulunmadığının belirtildiği görülmektedir. Bu yaklaşım yerinde olmakla birlikte, ihlalin tespiti dışında sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gereken bir husus bulunmadığının belirtildiği söz konusu kararlarda, başvuru sahiplerinin manevi tazminat taleplerinin karşılandığı ve manevi tazminatın da ilgili mevzuat hükümlerinde açıkça ihlal ve sonuçlarının giderilmesi araçlarından biri olarak öngörülmüş olduğu nazara alındığında, ilgili kararların Mahkemenin ihlal ve sonuçlarının giderimine ilişkin mantıksal örgüsünün kısmen dışında kal-

davasının uzun sürmesi ve dava tarihine göre belirlenen kamulaştırma bedelinin dava sonunda faiz işletilmeden ödenmesi vakıaları temelinde mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmedilen karar örneklerinde, kamulaştırma bedeline ilgili döneme ait olarak tespit edilen enflasyon oranında faiz işletilerek belirlenen maddi tazminatların başvuru sahiplerine ödenmesine hükmedildiği görülmektedir. Bkz. B. No: 2012/1313, 6/3/2014, § 91; B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 69; Maddi tazminat talepleri hakkında genel mahkemelerde dava açılması yolunun gösterilmesi ve maddi tazminata hükmetme yetkisinin istisnaen kullanılması görüşünü içeren karşı oy için bkz. B. No: 2013/1568, 8/5/2014.

165 Mahkemenin manevi tazminata özellikle makul sürede yargılanma hakkı ihlalleri ile kişi özgürlüğü ve güvenliği kapsamında verdiği ihlal kararlarında hükmettiği ve belirtilen karar örneklerinde, farklı yargılama dereceleri ve tarafların yargılamaya katılım tarihleri nazara alınarak hesap edildiği anlaşılan farklı yargılama süreleri nazara alınmak suretiyle tazminat miktarlarının tespit edildiği görülmektedir. Bkz. B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 69.

166 Bu kapsamda benzer özellikler gösteren ihlal iddiaları açısından objektif bir tazminat algısına işaret eden karar örnekleri için bkz. B.No: 2013/6792, 18/6/2014, § 55-58 ile B.No: 2014/767, 18/6/2014, § 79-83; B.No: 2013/7282, 18/6/2014, § 48-54 ile B.No: 2013/7283, 18/6/2014, § 49-55.

167 Bkz. B. No: 2013/533, 9/1/2014, § 64. Söz konusu başvuruda, başvuru hakkındaki bir kısım istihbari bilgilerin dava dosyasına konularak alenileştirilmesi vakıasına istinaden, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiş olduğu nazara alındığında, kararın özel hayat kapsamındaki söz konusu hukuki değer açısından oluşması kuvvetle muhtemel manevi zararın tazminat öngörülmek suretiyle giderilmemiş olması yönüyle eleştirilmesi mümkündür.

dığı anlaşılmaktadır¹⁶⁸.

Mahkemenin ihlal ve sonuçlarının giderimi noktasında, yeniden yargılama ve tazminat gibi 6216 sayılı Kanun'da açıkça belirtilen tedbirler dışında hangi araçları kullandığı ve bu noktada nasıl bir rol oynadığının tespiti oldukça önemlidir. Yukarıda değindiğimiz üzere, kanaatimizce, gerek idari işlem veya eylemlerden kaynaklanan ihlallerde gerek ihlalin bir mahkeme hükmünden kaynaklandığı hallerde, 6216 sayılı Kanun'un 50/1. fıkra hükmünde yer verilen "yapılması gerekenlere hükmeder" ifadesinde temellendirilen takdir hakkı kapsamında, Mahkemenin ihlal ve sonuçlarının giderimine ilişkin alınması gereken tedbirler noktasında geniş bir hareket alanı bulunmaktadır. Ancak bireysel başvuru alanında yürütülen denetimin ilgili mevzuatın birçok hükmünde de vurgulanmış olan ikincil niteliği nazara alındığında, bu takdir hakkının oldukça özenli ve belirtilen prensip ve çekinceler göz önünde bulundurularak kullanılması gerektiği ortadadır. Kanaatimizce benzer düşüncelerle, kanun koyucu tarafından 6216 sayılı Kanun'un 50/1. fıkra hükmünün son cümlesinde, bireysel başvuru incelemesi bağlamında yerindelik denetimi yapılamayacağı ve idari işlem ve eylem niteliğinde karar verilemeyeceğinin açıkça belirtilmesi gereği duyulmuştur.

Bu kapsamda özellikle tespit edilen ihlalin ve sonuçlarının yeniden yargılama veya nakdi tazmin suretiyle giderilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, Mahkemece genel olarak karar örneğinin, karar gereğinin yerine getirilmesi hususunda ilgili yargısal veya idari makamlara iletilmesine karar verildiği görülmektedir. Belirtilen yaklaşımın özellikle, kanundaki azami tutukluluk süresinin aşılması veya tutukluluğun makul süreyi aşması olguları-

168 Bkz. B. No: 2013/2056, 3/4/2014, § 42, 45; B. No: 2013/776, 20/3/2014, § 45; B. No: 2012/999, 9/1/2014, § 51, 53; Benzer bir uygulama örneği için bkz. B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 93-95. Benzer şekilde, bir usuli hak ihlali tespit edilmekle birlikte, bu usuli hak ihlalin doğrudan neticesi olan maddi zarar kalemlerinin AİHM uygulamasında karşılanmakta olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bazı kararlarda belirtilen zarar iddialarının bir karşılık bulmadığı, bu yönüyle söz konusu kararların giderim noktasında beklenen standardın altında kaldığı görülmektedir. Bu bağlamda, mevcut davaya etki eden bir mevzuat değişikliği nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlaline hükmedilen 26/6/2014 tarihli kararda, başvurunun mevcut yargılamaya ilişkin talebinin değerinin 35.000, 00 TL'nin üzerinde olduğunu tespitine yer verilmesine rağmen, cüzi bir manevi tazminat ödemesi ile ihlal sonuçlarının giderimine yönelindiği anlaşılmaktadır. Bkz. B. No: 2012/931, 26/6/2014, § 93. AİHM tarafından koşulları çok benzer olan başvurular kapsamında manevi tazminatın yanı sıra söz konusu maddi zararların da karşılanmasına hükmedildiği görülmektedir. Bkz. Azienda Agricola Silverfunghi S.A.S. ve Diğerleri/İtalya, B.No: 48357/07, 24 Haziran 2014, § 113-114; Arras ve Diğerleri/İtalya, B. No: 17972/07, 14/2/2012, § 88. kanaatimizce söz konusu başvuruya benzer mahiyetteki başvurularda, Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası gözetilerek yeniden bir yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye sevk (benzer yöndeki uygulama örneği için bkz. B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 54) veya manevi zararın yanı sıra söz konusu maddi zarar nazara alınarak ihlal sonuçlarının giderimi noktasında uygun bir maddi tazminata hükmedilmesi, ihlal sonuçlarının ortadan kaldırılması açısından oldukça fonksiyonel olabilecektir.

na bağlı olarak Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edildiğine hükmedilen ve başvuru konularının ihlale konu tutukluluk statülerinin devam ettiği durumlarda söz konusu olduğu görülmekle, Mahkemece "karar gereği" ifadesi ile zımnen belirtilen hususun, esasen söz konusu temel hakkı ihlal eden tutukluluk halinin sona erdirilmesi olduğu açıktır¹⁶⁹. Ancak ihlal ve zararın ağırlığı ile bu bağlamda söz konusu ihlal iddialarına mesnet tutukluluk süreleri nazara alınarak, belirtilen tedbirin yanı sıra manevi tazminata hükmedilen uygulama örnekleri de bulunmaktadır¹⁷⁰. İhlalin bir idari işlem veya eylemden kaynaklandığı durumlarda ise, 6216 sayılı Kanun'un 50/1. fıkrası hükmünün son cümlesinde yer alan çekince de gözetilerek, karar gerekçesi de nazara alınarak söz konusu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasındaki aktif rolün ilgili idareye atfedildiği görülmektedir¹⁷¹.

Bununla birlikte Mahkemenin, alınması gereken somut tedbirin ne olduğuna da işaret etmek suretiyle, karar gereğinin ifası için ilgili kamusal makama iletilmesine hükmettiği karar örneklerine rastlamak da mümkündür. Bu çerçevede Mahkemece, başvuru konularının basılmakta olan kitabı hakkında el koyma kararı verilmesi ve bu karara yönelik itirazının reddedilmesi bağlamında Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin ihlaline hükmettiği kararında, başvuru dilekçesi ve Adalet Bakanlığı görüşünde toplandığı ve el konulduğu belirtilen başvuru konusu kitabın tüm nüshalarının ve kitaba ait formların, süreli yayınların basımı ve dağıtılmasına ilişkin düzenleyici mevzuat hükümleri saklı kalmak üzere, başvuruları hâlinde sahiplerine iade edilmesi için kararın bir örneğinin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verildiği¹⁷², benzer şekilde, başvuru konularının özgürlükten yoksun bırakılmasının hukuki olmadığı yönündeki iddiasının Mahkemesince etkili bir şekilde incelenmeden reddedilmesi ve mahkûmiyete ilişkin gerekçeli kararın açıklanmamasından dolayı Yargıtay önüne götürülemediği olması nedenleriyle Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasının ihlaline hükmedilen kararda, kişi hürriyeti ve güvenliği kapsamındaki ihlalin ortadan kaldırılması amacıyla başvuru konularının tahliye talebinin esası hakkında adli kontrol hükümleri de dikkate alınarak yargılama makamınca bir karar verilmek üzere, kararın bir örneğinin ilgili mahkemesine gönderilmesine hükmedildiği görülmektedir. Söz konusu ka-

169 Bkz. B. No: 2013/1137, 2/7/2014, § 76; B. No: 2013/1420, 17/7/2014, § 50; İvedilikle uygulama vurgusu yapılan bir diğer karar örneği için bkz. Bkz. B. No: 2012/1303, 21/11/2013.

170 Bkz. B. No: 2013/1782, 17/7/2014, § 51; B. No: 2013/1420, 17/7/2014, § 53.

171 Bu bağlamda, etkili bir soruşturma yapılmaması nedeniyle usuli yönden yaşam hakkı ihlaline hükmedilen kararlarda, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla kararın bir örneğinin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmiş ve bu suretle etkili bir soruşturmanın icrası gereğine işaret edilmiştir. Bkz. B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 95; B. No: 2012/850, 7/11/2013, § 79. Bahse konu kararda, başvuruya konu olayın öznel koşulları ile ihlalin niteliği nazara alınarak, ayrıca manevi tazminata hükmedildiği anlaşılmaktadır.

172 Bkz. B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 124.

rarda, başvuru tahliye talebi hakkında özellikle adli kontrol hükümleri de nazara alınarak bir karar verilmesi gereğinin belirtilmesinin, derece mahkemesi nezdinde adli kontrol hükümleri uygulanmak suretiyle tahliye kararı verilmesi şeklinde anlaşılması gerektiği açıktır¹⁷³.

ÂİHM tarafından ihlal tespiti hâlinde gözetilen asıl amaç olan eski hâle iadenin, bireysel başvuru usulü çerçevesinde de gözetilmesi gerekmektedir. İhlal ve zararın doğası gereği yeniden yargılama tedbirine işaret edilmesi suretiyle bu hususun ikmalinin sağlanabileceği haller çoğunlukta olmakla birlikte, özellikle mülkiyet hakkı kapsamındaki bir takım ihlal iddiaları açısından eski hâle iadeyi sağlayabilecek spesifik tedbirlere hükmedilmesi zârudur. ÂİMH içtihadında sıkça rastlanmasına karşın, Anayasa Mahkemesi uygulamasında belirtilen yönde tedbirlere hükmedilmesi eğiliminin oluştuğunu gözlemleyebileceğimiz karar örnekleri henüz mevcut değildir¹⁷⁴. Esasen bireysel başvuruya konu olabilecek iddiaların büyük bir bölümünün yargısal denetimden geçen işlemlere ilişkin olacağı göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa Mahkemesi uygulamasında “restitutio in integrum”un büyük oranda yeniden yargılama yolu ile sağlanabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Bununla birlikte eski hâle getirme hususunda belirtilen spe-

173 Bkz. B. No: 2014/912, 6/3/2014, § 88.; Mahkeme, gerekçeli karar hakkının ihlaline hükmettiği bir başka başvuruda, başvuru konusu olayda tespit edilen ihlalin ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararının başvuruca tebliğ edilmeden Yargıtay’ca temyiz aşamasında onama kararı verilmesinden kaynaklandığını ve başvurucuya ilk derece mahkemesi kararının gerekçesini bilerek ve bu gerekçeye karşı iddialarını sunacak şekilde temyiz başvurusu yapma imkânı verilmesinde hukuki yarar bulunduğunu belirterek, 6216 sayılı Kanun’un (1) ve (2) numaralı fıkraları gereğince ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için başvurucuya temyiz başvurusu yapma imkânı verilmesi amacıyla dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmetmiştir. Bkz. B. No: 2012/1034, 20/3/2014, § 46.; Mahkeme, ilgili Belediye Başkanlığı aleyhine açılan kamulaştırmasız el atma davası neticesinde verilen yargı kararının icra edilmemesine istinaden mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği tespitinde bulunduğu 3 Nisan 2014 tarihli kararında, hukuka, adalete ve mahkemeye güven ilkesinin gördüğü zararın devam etmesinin önlenmesi amacıyla, Mahkeme kararlarının mümkün olan en kısa sürede yerine getirilmesini teminen, kararın bir örneğinin ilgili Belediyeye gönderilmesine karar vermiştir. Bkz. B. No: 2013/711, 3/4/2014, § 82.

174 Mahkeme, ilgili idarenin tespit edilen meşru kamu yararı amacıyla dere islahı çalışması yaparken başvurucuya ait taşınmazın bir bölümüne kamulaştırmasız el atılarak verimli toprak kaybına neden olduğu, verimli toprağın alındığı, yerine dolgu malzemesi yerleştirildiği, bu şekilde Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş süreçler takip edilmeden başvuruca mülkiyetinde bulunan taşınmaza kamulaştırmasız olarak el atıldığı ve bu suretle yapılan kamulaştırmasız el atmanın Anayasa’nın 35. ve 46. maddeleriyle 2942 sayılı Kanun’da belirtilen usule uymayan bir müdahale olduğu ve mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanunilik ilkesini ihlal ettiği tespitlerine yer verdiği kararında, başvuruca el atılan taşınmaz parçasına karşılık dava tarihine göre belirlenen kamulaştırma bedeli dava tarihinden itibaren işleyen faiziyle ödenerek ulaşılmak istenen kamu yararıyla başvuruca müdahale edilen mülkiyet hakkı arasında makul bir orantının kurulduğu, idarenin el atma işleminin ihmalden kaynaklandığı ve kanuni olmayan el atma hakkında ihlal kararı verildiği göz önünde bulundurulduğunda başvuruca ayrıca tazminat ödenmesine gerek bulunmadığı yönünde karar verildiği görülmektedir. Elbette söz konusu kararda, ödenen bedel nazara alınarak farklı bir yaklaşım sergilendiği anlaşılmaktadır. Bkz. B.No:2013/1436, 6/3/2014, § 63-69.

sifik tedbirlerin alınmasının gerekli görüldüğü hallerde, bu hususun ilgili kamu idaresince alınması gereken bir tedbiri mi içermesi gerektiği, yoksa bir yeniden yargılama prosedürüne işaret edilerek mi sonuca ulaşılabilceği hususu tartışmaya açıktır. Zira ilk seçenekte, özellikle 6216 sayılı Kanun'un 50/1. maddesi hükmündeki tahditle birlikte söz konusu usule ilişkin aktivite çerçevesinde meşruiyet tartışmalarının doğması olasılığı karşısında, ikinci ihtimalde özellikle taleple bağıllık gibi usuli engellerin uygulama sorunları oluşturmaları muhtemel olacaktır. Kanaatimizce eski hâle iade amacının gerçekleştirilebilmesi için karar gereğinin ifasının idareye bırakılması ve karar gereğinin yine Mahkemece tespit edilen sürede yerine getirilmemesi ihtimaline binaen terditli şekilde nakdi bir tazminata hükmedilmesi, bu alanda oluşması muhtemel tartışmaları engelleyecek en uygun giderim yöntemi olarak değerlendirilebilecektir. Bu suretle sorumluluk hukukuna ilişkin giderim araçları ile Mahkemece yapılan denetimin ikincil karakteri ve bu karakterin hüküm sonuçlarına da yansıtılması bağlamında bir denge tesis edilmesi mümkün gözükmektedir.

SONUÇ

AİHS temelinde yürütülen denetimin mekanizmasının ve Türk Anayasa Yargısı'nın fonksiyonları arasına görece yakın bir geçmişte eklenmiş olan bireysel başvuru usulünün, esasen temel hak ve özgürlüklerin etkin kullanımı ve korunması amacıyla ihdas edildikleri tartışmadan uzaktır. Belirtilen etkinliğin sağlanabilmesi ise, salt söz konusu hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğinin tespiti ile mümkün değildir. Kimi zaman belirtilen tespitlerin moral etkisi, söz konusu ihlal iddiası açısından yeterli bir giderim sağlamakla birlikte, belirtilen denetim mekanizmalarının etkinliği büyük oranda, tespit edilen ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasındaki fonksiyonuna bağlıdır. Zira ihlalin tespiti kadar, tespit edilen ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasında hangi giderim araçlarının kullanılacağına belirlenmesi de sorumluluk hukukunun bir parçası olup, bu kapsamda devam eden ihlallerin sona erdirilmesi ve oluşan zararların giderilmesi zaruridir.

Yukarıda yer verildiği üzere, bir hukuka aykırılığın tespiti hâlinde sorumluluk hukukuna ilişkin uluslararası kabuller, mümkün ise eski halin iadesini, bunun mümkün olmaması durumunda ise, bu amaca en yakın neticeyi sağlayacak somut tedbirler alınmasını gerektirmektedir.

Gerek AİHM'in gerek Anayasa Mahkemesi'nin ihlal ve sonuçlarının giderimine ilişkin mevcut algılarının büyük oranda bu prensiplerle uyum sağladığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte söz konusu denetim mekanizmalarının temelinde yer alan ikincillik ilkesi, uluslararası kabullerle de uyumlu

olacak şekilde ihlal ve sonuçlarının giderimi hususunda etkinlik sağlanmaya çalışılırken, ihlal iddialarının incelenmesi hususunda olduğu kadar, tespit edilen ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasındaki rolün de ilk elde, başta yargısal merciler olmak üzere kamu makamlarına ait olmasını gerektirmektedir. Bu kabulün AİHM kararlarında açıkça dile getirildiği görülmektedir. Bununla birlikte, yukarıda bahsettiğimiz dengeyi gözetmek adına, ilk zamanlar giderim hususundaki algısı maddi ve manevi tazminata hükmetmekten ibaret olan AİHM'in, son dönem içtihadında tazminat dışındaki somut giderim araçlarını da kullanarak uluslararası sorumluluk hukukuna daha uygun bir çizgiyi takip etmeye başladığı ancak, ikincillik ilkesine ilişkin algısını da muhafaza etmeye çalıştığı anlaşılmaktadır. Mahkemenin, ihlal ve sonuçlarının giderimine dair vazifenin ve bu bağlamda kullanılacak araçların seçimine ilişkin takdirin esasen taraf devletlere ait olduğu prensibini vurgulama noktasındaki istikrarı, ihlal ve zararın doğası gereği başka türlü bir giderimin mümkün olmadığı hallerde açıkça alınması gereken somut tedbirlere işaret eden yaklaşımı, sistematik ihlallerde taraf devletlerce alınması gereken genel önlemlere ilişkin talimat verme noktasındaki kabulü ve özellikle mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklar açısından öncelikle aynen iadeye hükmetmek suretiyle eski hâle iadeye işaret etmesinin yanı sıra, taraf devletin söz konusu uyuşmazlıklardaki takdir hakkını gözeterek, terditli olarak nakdi bir tazmin şekline hükmetme noktasındaki tutumu, belirtilen tespitimizi teyit eder niteliktedir.

İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması bağlamında AİHM'in on yıllar sonra ulaşabildiği karar olgunluğunu ilk hüküm örnekleri itibariyle yakaladığı anlaşılan Anayasa Mahkemesi uygulamasında ise, sorumluluk hukukunun genel temayüllerine uygun olarak 6216 sayılı Kanun'da açıkça belirtilen yeniden yargılama ve tazminat şeklindeki giderim araçları dışında da somut tedbirlere hükmedildiği ancak, esasen yapılan denetimin ikincil niteliğine uygun olarak, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasındaki aktif rolün ilgili idari veya adli makamlara atfedildiği, bununla birlikte ihlal ve zararın doğası gereği belirtilen sonucun sadece belirli bir tedbirin hayata geçirilmesi suretiyle elde edilebileceğinin açık olduğu durumlarda, kimi zaman zımnen işaret etmek bazı kararlarda ise alınması gereken tedbiri açıkça belirtmek suretiyle, ilgili kamu otoritesinden gereğinin ifasının talep edildiği görülmektedir. Söz konusu uygulama örnekleri, Mahkemenin giderim hususundaki algısının tazminata hükmedilmesinden ibaret olmadığını ve özellikle zararın doğası gereği başka türlü bir tedbir alınmasının mümkün olmadığı alanlarda idarenin takdir hakkının oldukça sınırlı olduğunu ortaya koymakla birlikte, sair alanlarda ihlalin ve sonuçlarının giderilmesi hususundaki aktif rolü kamusal makamlara atfeden yaklaşımı ile ikincillik ilkesine ilişkin algı-

nın ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması hususuna da teşmil edildiğini göstermektedir.

Söz konusu ilk uygulama örnekleri yukarıda belirttiğimiz dengenin kurulması noktasında oldukça isabetli görünmektedir¹⁷⁵. Bu kapsamda özellikle müdahalenin kanuniliği noktasında bir uygunsuzluk tespit edilen, açıkça hukuka aykırı bir tutmanın sona erdirilmesinde olduğu gibi ihlalin ve zararın doğasının başka türlü bir tedbire ve bu meyanda kamusal makamların takdir hakkına imkân tanımadığı haller ve sistematik ihlal tespit edilen durumlarda, Mahkemenin daha aktif ve olabildiğince eski hâle iade sonucuna yönelen tedbirlere hükmetmesi ancak, mülkiyet hakkı gibi kamusal makamların takdir hakkının daha geniş ele alınabileceği alanlarda daha resesif davranılması ve söz konusu müdahaleler açısından birçok durumda adil dengeyi tesis edebilecek olan tazminat tedbirinin etkin olarak kullanılması isabetli olacaktır. Bu bağlamda bireysel başvuru konusu yapılacak iddiaların büyük oranda yargısal kararlara dayanan iddialar olduğu nazara alındığında, Mahkemenin diğer yargısal makamların görev sınırlarına riayet hususunda gerekli özeni göstermesi, özellikle yargılamanın yenilenmesi suretiyle bir giderim sağlanmasının imkan dâhilinde olduğu hallerde diğer giderim araçlarını kullanma yönünde bir tercihte bulunmaması önemlidir. Zira özellikle bireysel başvuru usulü açısından, söz konusu denetim mekanizmasının etkinliği ortaya konulmaya çalışılırken, derece mahkemeleri ile diğer kamusal makamların yetki sınırları da nazara alınarak, bu başvuru usulünün olağanüstü bir başvuru yolu olduğunun ve yapılan denetimin ikincil niteliğinin göz önünde bulundurulması ve belirtilen yaklaşımın hüküm sonuçlarına da yansıtılması, bu alanda yaşanabilecek olası meşruiyet tartışmalarının da önüne geçebilecektir.

175 Belirtilen değerlendirmeler, AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin 27/10/2014 tarihine kadar ihdas edilen içtihadı nazara alınarak yapılmıştır.

KAYNAKÇA

Algan/Bülent, Bireysel Başvurularda “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk” Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması, AÜHFD, Y.2014, C.63, S.2, s. 247-284.

Aliyev/Cabir, Anayasa Şikayeti, İstanbul 2010.

Altıparmak/Kerem, Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?, Ankara Barosu Yayınları, 2009.

Antkowiak/Thomas, Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond, 46 Colum. J. Transnat'l L. 351, 2007-2008.

Atamer/Yeşim, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması: Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996.

Aybay/Rona, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol, TBBD, S.88, 2010.

Aydın/Öykü Didem, Türk Anayasa Yargısı'nda Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, GÜHFD, C. XV, S. 4, 2011.

Baamonde/ Maria Emilia Casas, Amparo Başvurusu, Anayasa Yargısı , C. 26, 2009.

Barkhuysen/Tom, Van Emmerik/Michiël, Van Kempen/Piet Hein, The Execution of Strasbourg and Human Rights Decisions in the National Legal Order, Lahey 1999.

Başlar/Kemal, Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Yayını, 2007.

Bozkurt/Enver, Özcan/Mehmet, Subsidiarite İlkesi (İkincilik İlkesi) ve Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme, SDÜİİ-BFD, Y.2001, C.6, S.1.

Carozza/Paolo, Subsidiarity As A Structural Principle Of International Human Rights Law, The American Journal Of International Law, C.97, S.38.

Colandrea/ Valerio, On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdicovic Cases, Human Rights Law Review 7:2 (2007).

Çağlayan/Ramazan, Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal

Haşim Kılıç'a Armağan

Denetimi, AÜHFD, C:VIII, S.1-3, Aralık 2003.

Doğru/Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkileri, Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000.

Duran/Lütfi, Türkiye'de Anayasa Yargısı'nın İşlevi ve Konumu, Anayasa Yargısı 1, Ankara 1984.

Eren/Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.

Eren/Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından İlliyyet Bağ Teorisi, Ankara 1975.

Erişgin/Nuri, Tehlike Bağ, AÜHFD, C.49, S.1, 2000.

Esen/Selin, Türkiye'de Anayasa Şikayeti, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, TBB Yayını, Ankara 2011.

European Court Of Human Rights, Survey Of Activities, Council Of Europe, 1990.

Freiberg/Erik, Pilot Judgments From The Court's Perspective, Towards Stronger Implementation of the European Convention on Human Rights At National Level, Stockholm 2008.

Gemalmaz/M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı, Avrupa Konseyi Belgeleri ve AİHM Kuralları Şerhi, 2. Kitap, İstanbul 2006.

Gemalmaz/Mehmet Semih, Latin Amerika'da İnsan Hakları, İstanbul 1995.

Gemalmaz/Mehmet Semih, Provisional Measures of Protection in International Law: 1907-2010, İstanbul, Legal Yayınları, 2011.

Gören/Zafer, Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru, Anayasa Yargısı C.11, 1994.

Gören/Zafer, Anayasa Şikayeti: Külfetsiz, Masrafsız, Sonuçsuz, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Ankara 2008.

Gören/Zafer, Türk Anayasa Yargısı'nda Bireysel Başvuru, Ankara 2013.

Göztepe/Ece, Anayasa Şikayeti, Ankara 1998.

Göztepe/Ece, Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, TBBD, Y.2011, S.95

Haller/Herbert, Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar, Anayasa Yargısı , C. 21, 2004.

Harris/David, O'Boyle/Michael, Bates/Ed, Buckley/Carla, Law Of The

Ş. N. Öner: İhlal ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılma Usulleri

European Convention Of Human Rights, 2. Bası, 2009.

Hassemer/Winfried, Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar, Anayasa Yargısı , C. 21, 2004.

Henri/Deschenaux, Tercier/Pierre, Sorumluluk Hukuku, Çeviren:Sami Özdemir, Ankara 1983.

Holzinger/Gerhart, Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru, Anayasa Yargısı , C.26, 2009.

Kaboğlu/İbrahim, Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası, Halk Neyi Oylayacak, Ankara 2010.

Kabaoğlu/İbrahim, İnsan Hakları Güvenceleri/Hukuk ve Ötesi, İnsan Hakları Sempozyumu (Aralık 1994), İ.B.B. Hukuk Müşavirliği Yayını, İstanbul 1995.

Kalin, Walter/Künzli, Jörg, The Law of International Human Rights Protection, New York, Oxford University Press, 2009.

Kapani/Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993.

Karahasan/Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, İstanbul 2003.

Keller/Helen, Forowicz/Magdalena, Engi/Lorenz, Friendly Settlements before the European Court of Human Rights: Theory and Practice, Eylül 2010.

Kılıçoğlu/Mustafa, Sorumluluk Hukuku, Ankara 2002, s.23 vd.; Topuz/Mustafa, Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011.

Kılınç, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Ankara 2006.

Kılınç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı nda Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa Yargısı 25, Ankara 2008.

Kim/Jong-Dae, Anayasa Şikayeti Sistemi: Kore Deneyimi, Anayasa Yargısı , C. 26, 2009.

Leach/Philip, Taking A Case To The European Court Of Human Rights, 2. Bası.

Machacek/Rudolf, Temel Hakların Korunması ile Siyaset arasındaki Gerilimde Anayasa Yargısı nın Konumu, Anayasa Yargısı 9, Ankara 1993.

Mellinghof/Rudolf, Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikayeti, Anayasa Yargısı , C.26, 2009.

Okyat/Cemil, Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Tür-

kiye Örneği, Anayasa Yargısı 1, Ankara 1984.

Özbey/Özcan, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 2013.

Özmen/Münci, AİHM'ye Bireysel Başvurunun Önemi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Sürecinin Evreleri İle İlgili Pratik Bilgiler, Ankara 2013

Paczolay/Peter, Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü?, Anayasa Yargısı , C.26, 2009.

Pasqualucci/Jo M., The Practice And Procedure Of The Inter-American Court Of Human Rights, 2013

Pekcanıtez/Hakan, Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti, Anayasa Yargısı , C.12, 1995.

Pimentel/Genaro David Gongora, Amparo Ne İçindir?, Anayasa Yargısı , C.26, 2009.

Reid/Karen, A Practitioner's Guide To The European Convention On Human Rights, 2012.

Reisoğlu, Safa, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, İstanbul 2001.

Sabuncu/Yavuz, Arnwine/Selin Esen, Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu, Anayasa Yargısı , C. 21, 2004

Shelton/Dinah, Remedies in International Human Rights Law, United States of America, Oxford University Press, 2006.

Soysal/Mümtaz, 100 Soruda Anayasa'nın Anlamı, İstanbul 1987.

Şirin/Tolga, Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İstanbul 2013.

Tezcan/Durmuş, Erdem/Mustafa, Ruhan, Sancakdar/Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2004

Teziç/Erdoğan, Anayasa Mahkemesi'nin Esasa İlişkin Denetimi, Anayasa Yargısı 2, Ankara 1986.

The Execution Of Judgments Of The European Court Of Human Rights, Human Rights Files No:19, Council Of Europe Publishing, 2008.

Topuz/Mustafa, Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011.

Tulkens/Françoise, Genel Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2009.

Ş. N. Öner: İhlal ve Sonuçlarının Ortadan Kaldırılma Usulleri

Türmen/Rıza, İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999.

Ural/Sami Sezai, Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru, Ankara 2013.

Venedik Komisyonu Anayasa Yargısı na Bireysel Erişim Çalışması, Venedik, 17-18 Aralık 2010 [European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Study on Individual Access To Constitutional Justice Adopted By The Venice Commission at its 85th Plenary Session (Venice, 17-18 December 2010)].

Yıldırım/Kadir, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması, İstanbul 1997.

Zorkin/Valery, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru, Anayasa Yargısı , C. 26, 2009.

Doç. Dr. Mustafa S. ÖZBEK
(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

TATBİKATTAN HAREKETLE SOMUT NORM DENETİMİNİN ETKİNLİĞİ ÜZERİNE BİR ETÜD

GİRİŞ

Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu Anayasada belirtilmiştir (AY m. 11, 1). Bunun doğal sonucu olarak da kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz (AY m. 11, 2).

Kanunların Anayasa'ya aykırı olamaması ilkesi, Anayasa'ya uygunluğun yargı yoluyla denetlenmesini de kaçınılmaz kılar. Pozitif hukukumuzda kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargı yoluyla denetimi için iki yöntem öngörülmüştür. Birinci yöntem, doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesinde “iptal davası” (*annulment action*) açılmasıdır. Buna soyut norm denetimi (*abstract norm review*) denir (AY m. 150-151).

Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargı yoluyla denetiminde ikinci yöntem, derdest bir dava sırasında mahkeme önünde, davada uygulanacak kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesidir. Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakarak Anayasa'ya aykırılık iddiasını (itirazını) Anayasa Mahkemesine taşımalıdır (AY m. 152, 1; AMKYUHK m. 40, 1). Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun bu şekilde yargı yoluyla denetlenmesine somut norm denetimi (*concrete norm review*) denir¹.

1 Aybay, Rona: Anayasa'nın 151. Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasa'ya Aykırılık İddialarının “Ciddiliği” Sorunu (İÜHFM 1967/3-4, s. 155-176), s. 155; Bilgin, Çağlar: Türk Anayasa Yargısı'nda Somut Norm Denetimi Yolu (TBBD 1988/3, s. 350-376), s. 351; Gören, Zafer: Anayasa Hukuku, Ankara 2011, s. 288-289; Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s. 902-903; Kılınç, : Common Law (Ortak Hukuk) Sistemine Sahip Ülkelerden A.B.D. ve İngiltere'de Anayasa Kavramı ve Yargısal Denetim (Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Anayasa Mahkemesi 2006, s. 113-148), s. 146; Kadıgil, Ülkü Müge: İtiraz Başvurularında Davada Uygulanacak Kural Sorunu (Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Anayasa Mahkemesi 2006, s. 259-290), s. 260-262; Kıratlı, Metin: Anayasa Yargısı'nda Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu, Ankara 1966, s. 35; Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 5, İstanbul 2001, s. 6301-6303; Memiş, Emin: Anayasa'ya Uygun Yorum, İstanbul 2007, s. 156; Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2011, s. 427; Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Ana-

Bu makalede, ilk derece mahkemeleri tatbikatındaki somut örneklerden hareketle, Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesinde somut norm denetiminin etkili şekilde kullanılamamakta olmasına dikkat çekilerek, gerek ilk derece mahkemeleri gerek kanun yolu incelemesini yapan üst derece mahkemelerinin karşılaştıkları Anayasa'ya aykırılık iddiaları hakkındaki durgunlukları, eleştirel bir bakış açısıyla tahlil edilecektir. Bu tahlilde bilhassa, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "*Aksine hareket edenlere bir daha silâh ruhsatı verilmaz*" ibaresinin anayasa aykırılığı savıyla ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddiye alınmadığı davalardan hareket edilerek, hem söz konusu kanun hükmü hem de ilk derece mahkemelerinin Anayasa'ya aykırılık iddiaları karşısındaki tutumları eleştiri konusu yapılacaktır.

Ş 1. SOMUT NORM DENETİMİNİN HUKUK DEVLETİNDE SAHİP OLDUĞU ÖNEM

Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi, hukuk devletinde önemli bir gereklilik olup, kişiler için, taraf oldukları bir davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasında bulunabilmek ve konuyu Anayasa Mahkemesi önüne taşıyabilmek önemli bir hukukî teminat teşkil eder. Kanunların Anayasa'ya uygunluğu denetiminin en etkili yöntemlerinden biri de, "itiraz" veya "def'i" (*exceptio*) yolu olarak da bilinen somut norm denetimidir. Gerçekten kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesinde soyut norm denetiminin kişi hak ve hürriyetleri bakımından her zaman yeterli olmadığı gerçeği karşısında, itiraz yoluyla mahkemeler eliyle gerçekleştirilen somut norm denetiminin önemi giderek artmaktadır. Hiç kuşkusuz bunda, soyut norm denetiminden (iptal davası yolundan) farklı olarak somut norm denetimine, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kanun maddesinin uygulandığı davada mahkemece re'sen veya davanın taraflarının talebi üzerine ve davanın her aşamasında² (belli bir süre sınırı olmadan) başvurulabilmesinin de payı büyüktür.

Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme yetkisi Anayasada herkese değil, sadece Anayasada sayılan belirli makam, kurum ve topluluklara tanınmış ve iptal davasının açılması belirli koşullara bağlan-

yasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2009, s. 500-501; Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku, İstanbul 2007, s. 201.

2 Anayasa'ya aykırılık iddiası kamu düzenine ilişkin olduğundan ve derdest davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı yargılamanın her aşamasında ortaya çıkabileceğinden, adli yargı ilk derece hukuk mahkemelerinde hem davacı hem davalı, Anayasa'ya aykırılık iddiasını sadece ön inceleme aşamasında değil (HMK m. 137-142; 320), hüküm kesinleşinceye kadar yargılamanın her aşamasında ileri sürebilir (Kuru-USul 5 s. 6312; Özbudun s. 427).

mıştır (AY m. 150-151). Oysa somut norm denetimini tahrik edecek kişilerde bir tahdit olmadığı gibi, bu yola başvurunun hak düşürücü bir süreye tâbi olmaması, Anayasa'ya aykırılık iddialarının bu yolla ileri sürülmesini kolaylaştırmakta ve itiraz yoluna daha fazla başvuru olmasını sağlamaktadır.

Bu yönüyle somut norm denetimi, soyut norm denetimine (iptal davasına) nazaran daha kolay, yaygın ve sık başvurulmuş, bu sayede de Anayasa'ya aykırı kanun ve kanun hükmünde kararnamelelerin ayıklanması suretiyle, temel hak ve hürriyetlerin korunmasında daha etkin olması beklenen bir Anayasa'ya uygunluk denetimi yoludur³.

Anayasa Mahkemesinin bir kararında belirtildiği üzere Anayasa koyucunun somut norm denetimiyle güttüğü amaç, iptal davası müessesesinin varlığına rağmen, her nasılsa yürürlükte kalabilmiş Anayasa'ya aykırı hükümler yüzünden, hak arayan kişilerin haksızlıklara uğramalarını önlemektir. Mahkemelerin Anayasa'ya aykırı gördükleri hükümleri uygulamaktan kaçınmaları, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinin bu alanda da korunmasını sağlamaktadır. Nitekim derdest bir davada itiraz yolu işletilerek Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilene kadar, Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunan tarafın somut ve şahsî durumu ön plandayken, Anayasa Mahkemesine başvurulmasından itibaren bu somut ve şahsî durum Anayasa Mahkemesinde etkinliğini kaybetmekte; bunun yerini soyut, genel ve objektif bir nitelik almaktadır. Anayasa Mahkemesinin önünde önem kazanan ve incelenmesi gereken husus, derdest davanın taraflarının bu işlemde yararlanıp yararlanmayacakları değil, kuralların muhakemesi yapılarak, Anayasa'ya aykırılık varsa, o kural iptal edilmek suretiyle Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin egemen kılınmasıdır. Bu nedenlerle, Anayasa'ya aykırılık savlarının Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi yolunu açan 1982 Anayasasının 152. maddesiyle güdülen temel amacın, kişilerin haklarının korunması yanında, bu yolla, Anayasa'ya aykırı kuralların iptaline de olanak vermek suretiyle, kamu düzeninin ve o düzenin temelini oluşturan Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin himayesi olduğu kabul edilmektedir⁴.

Somut norm denetimi, temel hak ve hürriyetlerin korunmasındaki bu öneminden ve hukuk düzenindeki Anayasa'ya aykırı kuralları ayıklama yönündeki işlevinden dolayı, usûl sorunları yüzünden kullanılamaz hâle gelmemeli

3 Gerek, Şahnaz/Aydın, Ali Rıza: İptal Davaları ve İtiraz Başvurularında Usulün Anayasal Denetime Etkisi (Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s. 329-357), s. 332; Karagülmez, Ali: İptal Davaları ve İtiraz Başvurularında İlk İnceleme Aşaması (Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s. 191-218), s. 206; Tülen, Hikmet: Türk Anayasa Yargısı Sisteminin Başlıca Özellikleri ve Sistemde Reform Arayışları (Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s. 149-189), s. 160-161.

4 Anayasa Mahkemesi E. 1981/10, K. 1983/16, K.T. 08.12.1983, RG: 07.08.1984-18482.

ve Anayasal denetimi olumsuz yönde etkilememelidir⁵. Buna rağmen tatbikatta somut norm denetimi, temel hak ve hürriyetlerin korunmasındaki bu önemine rağmen, beklendiği kadar kolay işletilememekte ve mahkemelerin bu yola başvurmaktaki *direnci* sebebiyle yeteri kadar etkin kullanılamamaktadır. Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesinde, kanunun uygulanmakta olduğu somut olayla ilgili dava yoluyla yapılacak bu somut norm denetimi, günümüzde ne yazık ki yeterince etkin kullanılamamaktadır. Kanımca Anayasa'ya aykırılık itirazının kabulünde mahkemelerin aşırı çekingen davranarak, genelde Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi görmeme eğiliminde olmalarının sebepleri arasında, mahkemelerin ağır iş yükü altında çalışması olduğu gibi, Anayasa Mahkemesinin iş yükünü artırmamak düşüncesi de vardır.

Tatbikatta somut norm denetiminin gerektiği ölçüde işlevsel olarak kullanılamadığı tezi, bu makalede somut olaylardan verilen örneklerle desteklenerek işlenmiştir. Gerçekten bu durumun örneklerinden biri, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun⁶ görülmektedir. Aşağıda, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen bir hükmünün uygulandığı ayrı davalardan hareketle, Anayasa Yargısı'nda somut norm denetiminin etkinliği üzerine bir tartışma açılması hedeflenmiştir.

Ş 2. ATEŞLİ SİLAHLAR VE BIÇAKLAR İLE DİĞER ALETLER HAKKINDA KANUNDA Anayasa'ya AYKIRILIK SORUNU

A) Ruhsat Sahibinin Silâh Taşıma Ruhsatı Veriliş Sebeplerinin Ortadan Kalktığını Bildirme Yükümlülüğü

6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun (AS-BHK), ateşli silâhlarla mermilerinin ve bıçaklarla salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılmış bulunan diğer aletlerin ülkeye sokulması, yapılması, satılması, satın alınması, taşınması veya bulundurulmasını düzenlemektedir (ASBHK m. 1).

Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 7. maddesinin 5. bendine göre, Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikte belirlenecek esaslara göre valiler tarafından verilecek izin vesikasını alanlar ateşli silâh taşıyabilirler.

Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmeliğin, taşıma ruhsatı verilebilecek diğer meslek mensuplarını düzenleyen 9. maddesinin

5 Gerek/Aydın s. 332.

6 RG: 15.07.1953, Sayı: 6136.

(h) bendine göre de, yıllık satış tutarı (cirosu) her yıl Bakanlıkça tespit edilecek miktara ulaşan sermaye şirketlerinin yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile genel müdür ve yardımcılarının valiler, silâh taşıma ruhsatı verebilir.

6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrası şu hükmü içermektedir:

"MADDE 6 - (Değişik: 3684 - 22.11.1990) Bu Kanun kapsamına giren silahlar için verilen taşıma ve bulundurma ruhsatları yenileme harcı alınmak şartı ile beş yıl için geçerlidir. Ruhsatların verilmiş sebeplerinin ortadan kalkması hâlinde ruhsat sahibi durumu ruhsatı veren makama altı ay içinde bildirmekle yükümlüdür. Aksine hareket edenlere bir daha silâh ruhsatı verilmez".

Görüldüğü gibi 6136 sayılı Kanununun 6. maddesinde, Kanunda öngörülen silâh taşıma ruhsatı verilmiş sebeplerinin ortadan kalkması halinde, ruhsat sahibinin durumu ruhsatı veren makama altı ay içinde bildirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Silâh taşıma ruhsatı verilmiş sebeplerinin ortadan kalktığını bildirim yükümlülüğüne uymayan silâh taşıma ruhsatı sahibine ise *bir daha silâh ruhsatı verilmeyeceği* ifade edilerek, silâh taşıma ruhsatı sahibi hakkında çok ağır (şiddetli) bir yaptırım öngörülmüştür.

B) Bildirim Yükümlülüğüne Uymayan Ruhsat Sahibi Hakkında Kanunda Öngörülen İdari Yaptırımın Anayasa'ya Aykırılığı

6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan, *"Aksine hareket edenlere bir daha silâh ruhsatı verilmez"* hükmü, açıkça Anayasa'ya aykırı olduğundan iptal edilmelidir.

Kanunda, ruhsatların verilmiş sebeplerinin ortadan kalkması hâlinde ruhsat sahibinin bu durumu, ruhsatı veren makama altı ay içinde bildirmekle yükümlü olduğu belirtildikten sonra, bu yükümlülüğe uymamanın yaptırımı düzenlenmiş ve *"Aksine hareket edenlere bir daha silâh ruhsatı verilmez"* şeklinde çok ağır bir idari müeyyide öngörülmüştür. Zira silâh ruhsatı sahibi, silâh taşıma ve bulundurma ruhsatlarının verilmiş sebeplerinin ortadan kalkmış olduğunu, altı ay içinde ruhsatı veren makama bildirmediği takdirde, *"bir daha ömür boyu silâh ruhsatı alamama"* yaptırımına ve ömür boyu sürecek olan bir hak mahrumiyetine maruz kalmaktadır. Görüldüğü gibi, Kanunun ruhsat sahibine yüklediği, *"ruhsatın verilmiş sebebinin ortadan kalktığını bildirim yükümlülüğü"*nün yerine getirilmemesi fiiliyle, bu yükümlülüğün ihlâli sebebiyle ruhsat sahibine uygulanan yaptırım arasında orantı (yani yükümlülük ve yaptırım dengesi) yoktur.

Haşim Kılıç'a Armağan

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 ilâ 11. maddeleri ile Ek Birinci Protokolün 1. maddesi hükümlerinde yer alan ölçülülük ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarında, yaptırım ve yükümlülüklerin denetiminde kullanılmaktadır. Avrupa Birliği Hukuku bakımından hukukun genel ilkesi kapsamında değerlendirilen ölçülülük ilkesi, Anayasa'nın 13 ve 15. maddelerinde yer alarak pozitif hukuk kuralı hâline gelmiştir⁷.

Anayasanın, temel hak ve hürriyetlerin sınırını gösteren 13. maddesinde ifade edildiği üzere *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın, yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”*.

Ölçülülük ilkesi, temel hakların sınırlanmasının denetiminde kullanılan kıstaslardandır. Aynı zamanda ölçülülük ilkesi, anayasal düzeyde korunan iki hak arasında çatışma olması hâlinde, yorum ilkesi olarak da kullanılmaktadır. Kamu gücünü sınırlayarak temel hak ve hürriyetleri teminat altına alma amacı taşıyan ölçülülük ilkesi kapsamında yapılacak denetimde, izlenen amaca ulaşmak için kullanılan aracın, bir değer ölçüsüne göre değerlendirmesi yapılır⁸. Ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak temel hak sınırlandırmasında kullanılan araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli ve sınırlama amacı bakımından gerekli olmalı ve amaçla araç ölçüsüz bir oran içinde olmalıdır. Başka bir ifadeyle yaptırım, “elverişli” ve “zorunlu” olmalı, amaca (yükümlülüğe) göre “dengeli bir orantı içinde” kalmalıdır⁹.

Anayasa Mahkemesi kararlarına göre ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir¹⁰.

Anayasa Mahkemesi kararlarında ölçülülük ilkesinin unsurları şu şekilde formüle edilmektedir:

- 7 Gören s. 398; Metin, Yüksel: Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara 2002, s. 20-21; Oğurlu, Yücel: AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak “Ölçülülük İlkesi” (Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 485-521), s. 493-494; Özbudun s. 114-115; Tanör/Yüzbaşıoğlu s. 144-145.
- 8 Metin s. 141 vd.; Oğurlu s. 21, 36 vd.; Serozan, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2005, s. 25.
- 9 Gören s. 398-399; Gözler s. 248; Oğurlu s. 486, 491-494; Özbudun s. 114-115; Sungurtekin Özkan, Meral: İcra Hukukunda Oranlık İlkesi (Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 177-203), s. 177-179; Tanör/Yüzbaşıoğlu s. 145; Yıldırım, M. Kâmil: İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi (MÜHF-HAD 1989/1-3, s. 98-115), s. 103.
- 10 Anayasa Mahkemesinin 20.02.2014 Tarihli ve 2012/1051 Başvuru Numaralı Kararı, RG: 19.03.2014-28946.

“Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise ‘elverişlilik’, ‘gereklilik’ ve ‘orantılılık’ olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. ‘Elverişlilik’, başvuru olan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, ‘gereklilik’ başvuru olan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve ‘orantılılık’ ise başvuru olan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da ‘ölçülülük ilkesi’ gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur”¹¹.

Anayasa hukukunda hukuk devleti ilkesi ve temel haklara dayandırılan ölçülülük ilkesi¹² ile temel hak ve hürriyetler güvence altına alınmakta, sınırlandırılan hak ve hürriyetler arasında denge kurulması ve mümkün olduğunca sınırlanan hak ve hürriyete az zarar verilmesi amaçlanmaktadır¹³.

Ceza yaptırımlarında olduğu gibi idari yaptırımlarda da idare tarafından, ortaya çıkan zararın ağırlığı ile orantılı (dengeli) bir yaptırım uygulanmalıdır. Bu husus doktrinde şu şekilde açıklanmıştır:

“Gerçekten, idari yaptırımlar da, idari ihlalin doğurduğu zararın genişliği ile orantılı bir yaptırım uygulanmasını gerektirir. Gerek ceza yaptırımları, gerekse idari yaptırımlarda hukuka aykırı eylemle yaptırım arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygunluk bulunmalıdır. İdarenin hürriyeti bağlayıcı cezalara yetkili olmaması, -her ne kadar hakkın özü kavramı 1982 Anayasasında yer almasa da-, ‘hakkın özüne dokunur’ nitelikte ya da temel hakları etkileyen alanlarda bir idari yaptırım uygulanmaması ‘ölçülülük’ kapsamında düşünülebilir. Kuşkusuz, idari yaptırımları basit ya da küçük ihlaller olarak nitelendirdikten sonra, bunlar için hürriyeti bağlayıcı ya da bazı temel hakları ortadan kaldıran ya da kullanılamaz hâle getiren bir yaptırım uygulanması ölçüsüz olarak nitelendirilebilir”¹⁴.

Doktrinde isabetli olarak tespit edildiği gibi, basit ya da küçük ihlaller karşılığında kanunda öngörülen idari yaptırımlar, temel hakları ortadan kaldıran ya da kullanılamaz hâle getiren bir nitelikte veya ağırlıktaysa, bu yaptırımın ölçülülük ilkesine aykırı olacağı açıktır. Bu bağlamda yukarıda görüldüğü gibi, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun’un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesindeki hüküm, *yükümlülük ve yaptırımın ölçüsüz bir oran içinde bulunmasına* yol açmış ve kısıtlama için kullanılan araçla amaç

11 Anayasa Mahkemesi, E. 2013/32, K. 2013/112, K.T. 10.10.2013, RG: 31.12.2013-28868.

12 Gören s. 398. Karş. Gözler s. 250-251.

13 “Ölçülülük ise amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir” (Anayasa Mahkemesi, E. 2013/67, K. 2013/164, K.T. 26.12.2013, RG: 27.03.2014-28954).

14 Oğurlu s. 502.

arasında hak ve özgürlüğü en az sınırlayacak dengeli bir orantı kurulamamıştır. Demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımayan bu yaptırım, 6136 sayılı Kanunun kişilere tanıdığı, silâh ruhsatı alma hak ve hürriyetini tamamen ortadan kaldırdığından, cezalandırmak istediği fiile mukayese edildiğinde çok ağırdır.

Silâh taşıma ruhsatı veriliş sebeplerinin ortadan kalktığını bildirim yükümlülüğünün ihlâlinin yaptırımı, *“bir daha silâh ruhsatı alamama”* şeklinde *ömür boyu sürecek bir hak yoksunluğu* olmamalıdır. 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun’un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde, ruhsat sahibinin toplum hayatı içerisinde, vazifesi ve statüsü gereği silâh taşıma ihtiyacı ve zarureti içinde olabileceği göz ardı edilerek, silâh ruhsatı alma hakkı *bütünüyle ve ömür boyu* yasaklanmıştır. Böylece, ölçülülük ilkesine aykırı biçimde silâh ruhsatı alma hürriyeti yok edilmiştir. Oysa kamu düzeni ve toplum menfaatini korumak maksadıyla, silâh ruhsatı sahiplerinin ruhsatın veriliş sebebinin ortadan kalktığını ruhsatı veren makama bildirmesini (bildirim yükümlülüğünü) amaçlayan bu maddede, belli bir süreyle hak yoksunluğu öngörülse ve örneğin, *“aksine hareket edenlere beş yıl süreyle silâh ruhsatı verilmez”* şeklinde bir hükümle ölçülü bir idari yaptırıma yer verilseydi, yükümlülük ile yaptırım arasındaki denge gözetilerek, yaptırım ölçülülük ilkesine uygun biçimde belirlenmiş olacaktı. Mevcut düzenlemede, kısıtlamada başvuru alan araç, sınırlama amacını gerçekleştirmek için gerekli değildir ve yükümlülük ile yaptırım, ölçüsüz bir oran içindedir.

6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun’un 6. maddesinin değiştirilmesi için 17.02.2012 tarihinde TBMM başkanlığına verilen kanun teklifinde, ruhsatın veriliş sebebinin ortadan kalktığını bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişiler için meri Kanunda öngörülen yaptırımın ağır olduğu ve ceza hukukunun genel ilkelerinden olan orantılılık ilkesiyle bağdaşmadığı vurgulanmıştır¹⁵. Bu sebeple Kanun teklifinde, bu bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişilerin idari para cezası türündeki bir idari yaptırımla cezalandırılması amaçlanmıştır. Söz konusu kanun teklifi isabetli olup, kanun teklifinin kısa sürede kanunlaşması, Anayasa’ya aykırı bir normun hukuk dünyasından kaldırılmasına hizmet edecektir.

C) Anayasa Mahkemesinin 29.12.2011 Tarih ve E. 2010/104, K. 2011/180 Sayılı Emsal İptal Kararı

Anayasa Mahkemesinin, 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 48. maddesinin, 8.1.2003 günlü, 4785 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle değiştirilen altıncı fıkrasında yer alan *“...sürücü belgeleri süresiz olarak geri*

¹⁵ <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1504.pdf>

M. S. Özbek: Somut Norm Denetiminin Etkinliği Üzerine Bir Etüd

alınır.” ibaresinin, Anayasa’nın 23. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemiyle yapılan Anayasa’ya aykırılık itirazını kabul eden kararı, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun’un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesindeki yaptırımın da Anayasa’ya aykırı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 29.12.2011 tarihli kararına konu olan itiraz başvurusunda, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 48. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan şu hükmün Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülmüştür:

“(Değişik fıkra: 08/01/2003 - 4785 S.K./3. md.) Uyuşturucu ve keyif verici maddeleri olarak araç kullananlara, eylemi başka bir suç oluştursa bile ayrıca, altı ay hafif hapis cezası ile birlikte 532 600 000 lira hafif para cezası uygulanır ve sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır.”

Anayasa Mahkemesi, 29.12.2011 tarihli kararında, KTK m. 48, 6’nın yukarıdaki hükmünün Anayasa’ya aykırılığı iddiası hakkında şu kararı vermiştir:

“2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 1. maddesinde, Kanun’un amacı karayollarında can ve mal güvenliği yönünden trafik düzeninin sağlanması ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemlerin belirlenmesi olarak ifade edilmiştir. Bu bağlamda trafik düzeni ve güvenliğinin sağlanması amacıyla Kanun’un ‘alkollü içki, uyuşturucu ve keyif verici maddelerin etkisi altında araç sürme yasağı’ başlıklı 48. maddesinde uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin kara yolunda araç sürmelerinin yasak olduğu belirtilmiştir. Maddenin itiraz konusu ibareyi de içeren son fıkrasında ise uyuşturucu ve keyif verici maddeleri olarak araç kullananlara, eylemi başka bir suç oluştursa bile ayrıca, altı ay hafif hapis cezası ile hafif para cezası uygulanacağı ve sürücü belgelerinin süresiz olarak geri alınacağı kural altına alınmıştır.

Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Yasakoyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken Anayasa’ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisine sahiptir. Bu yetki, idari yaptırımlar bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukuku alanında

olduğu gibi idari yaptırımlara ilişkin düzenlemelerde de kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir.

Ceza hukukunda, doğrudan doğruya bir suçun karşılığı olmak üzere öngörülen asli cezanın yanında, bu cezanın etkisini artırmak, suç işlenmesinde caydırıcılığı sağlamak için, asli cezaya ek olarak kimi hak yoksunlukları da getirilmiştir. Ancak, ceza hukuku alanında olduğu gibi hak yoksunluğu getiren diğer düzenlemelerde de hukuka aykırı eylem ile yaptırım arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygunluk bulunmalıdır.

İtiraz konusu kuralın, toplumun, refah, huzur ve mutluluğunu etkileyen trafik kazalarının önlenmesini sağlamak, dolayısıyla kişilerin can ve mal güvenliğini ve kamu düzenini korumak amacıyla öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdirinde olduğu açıktır. Ancak itiraz konusu kuralda, sürücü belgesinin geri alınmasının düzenlendiği diğer kuralların aksine muayene ve tedavi tedbirine yer verilmesi, kişinin tedavi ve ıslah olması hâlinde sürücü belgesi almasına imkan tanınmaması, güvenli sürüş yeteneğini kaybetme ölçütüne yer verilmemesi ve belirli sürelerle kademelendirmenin de yapılmaması nedeniyle kuralın hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı açıktır. Ayrıca, yaptırımlarda güdülen asıl amacın işlediği suçtan dolayı kişinin ıslah olmasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olduğu dikkate alındığında, itiraz konusu kuralla süresiz bir hak yoksunluğu getirilmesi, yaptırımların ıslah edici yönüyle de bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır. İptali gerekir"¹⁶.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda zikredilen 29.12.2011 tarihli kararı, silâh ruhsatının verilmiş sebebinin ortadan kalktığını bildirim yükümlülüğünü ihlâl eden ruhsat sahibi hakkında, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen yaptırımın Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesinin bu emsal kararına konu olayda, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan "...sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır" ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmedilmiştir. Anayasa'ya aykırı olduğu açık olan, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde de "*Aksine hareket edenlere bir daha silâh ruhsatı verilmez*" şeklinde bir yaptırım vardır. Görüldüğü gibi, gerek 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin altıncı fıkrasında gerek 6136 sayılı Ateşli

16 Anayasa Mahkemesi, 2010/104, K. 2011/180, K.T. 29.12.2011, RG: 19.05.2012-28297.

Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer verilen yaptırım mahiyeti itibarıyla ayırdır ve yükümlülüğü ihlâl eden kişi (fail) hakkında süresiz bir hak yoksunluğu öngörmektedir.

Anayasa Mahkemesinin emsal nitelikteki 29.12.2011 tarih ve E. 2010/104, K. 2011/180 sayılı iptal kararında Kanun koyucunun, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisine idari yaptırımlar bakımından da sahip olduğu belirtilirken; hukuk devletinde, ceza hukuku alanında olduğu gibi idari yaptırımlara ilişkin düzenlemelerde de kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerektiğine vurgu yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin haklı olarak belirttiği gibi, *“ceza hukuku alanında olduğu gibi hak yoksunluğu getiren diğer düzenlemelerde de hukuka aykırı eylem ile yaptırım arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygunluk bulunmalıdır”*. Bu esas kapsamında Anayasa Mahkemesi, yaptırımlarda güdülen asıl amacın, işlediği suçtan dolayı kişinin ıslah olmasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olduğuna dikkat çekerek, itiraz konusu kuralla süresiz bir hak yoksunluğu getirilmesinin, yaptırımların ıslah edici yönüyle de bağdaşmadığını haklı olarak ifade etmiş ve hükmün, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu neticesine varmıştır.

Anayasa Mahkemesinin, yukarıda zikredilen 29.12.2011 tarih ve E. 2010/104, K. 2011/180 sayılı iptal kararı, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi bakımından emsal teşkil edecek niteliktedir. Zira, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan, *“Aksine hareket edenlere bir daha silâh ruhsatı verilmez”* hükmü de, tıpkı Anayasa Mahkemesince iptal edilen, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan *“... sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır”* ibaresinde olduğu gibi, süresiz bir hak yoksunluğu getirmekte ve yaptırımların ıslah edici yönüyle bağdaşmamaktadır. Bu bağlamda, *“ruhsatın verilmiş sebebinin ortadan kalktığını bildirim yükümlülüğü”* nün yerine getirilmemesi fiiliyle (hukuka aykırı fiille), bu yükümlülüğün ihlâli sebebiyle ruhsat sahibine uygulanan (bir daha silâh ruhsatı verilmemesi şeklindeki) idari yaptırım arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun bir orantı (yükümlülük ve yaptırım dengesi) olmadığı açıktır.

Silâh ruhsatı sahibinin, *“ruhsatın verilmiş sebebinin ortadan kalktığını bildirim yükümlülüğü”* nün ihlâlinin yaptırımı, *“bir daha silâh ruhsatı alamama”* şeklinde ömür boyu sürecek bir hak yoksunluğu olmamalıdır. Kanunda, bildirim yükümlülüğünü ihlâl eden silâh ruhsatı sahibi hakkında bir hak yoksunluğu

öngörülecekse, bu belirli sürelerle kademelendirilerek yapılmalı, silâh ruhsatı sahibinin onarıcı adalet anlayışı çerçevesinde yaptığı hatadan pişmanlık duyarak bu hatayı tekrarlamamasına matuf bir idari yaptırım benimsenmelidir. Böylece belli bir süre silâh ruhsatı alamayan silâh ruhsatı sahibi, bu süre bittiğinde ve kanunda aranan koşullara sahip olduğunda tekrar silâh ruhsatı alabilmelidir.

Ş 3. ATEŞLİ SİLAHLAR VE BIÇAKLAR İLE DİĞER ALETLER HAKKINDA KANUN'UN 6. MADDESİNİN BİRİNCİ FIKRASININ SON CÜMLESİNİN Anayasa'ya AYKIRILIĞININ İLERİ SÜRÜLMESİ

A) İlk Derece Mahkemesinde İtiraz Yoluyla İleri Sürülen Anayasa'ya Aykırılık İddiasının İncelenmesi Zorunluluğu

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un¹⁷ 40. maddesinde, Anayasa'ya aykırılığın itiraz yoluyla mahkemelerde ileri sürülmesi düzenlenmiştir. Buna göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir (AMKYUHK m. 40, 1).

Ankara 10. İdare Mahkemesinin E. 2011/2050 sayılı davasında, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi uygulanacak norm olduğundan, Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmuş¹⁸ ve talep sonucu şu şekilde formüle edilmiştir:

1. "Ankara Valiliğinin, müvekkilim hakkındaki, 21.09.2011 tebliğ tarihli ve 33737 dosya numaralı, silah taşıma ruhsatının iptali ve tekrar ruhsat vermeme işleminin öncelikle yürütülmesinin durdurulmasına,

¹⁷ RG: 03.04.2011, Sayı: 27894.

¹⁸ Dava konusu idari işlemin iptalini isteyen davacı, yıllık satış tutarı (cirosu) her yıl Bakanlıkça tespit edilecek miktara ulaşan bir Anonim Şirketin genel müdürüyken silâh taşıma ruhsatı almış, daha sonra bu vazifesinden ayrılmasına rağmen, ruhsatların verilisi sebeplerinin ortadan kalkmış olduğunu, valiliğe altı ay içinde bildirmeyi ihmal etmiştir. Bundan sonra davacı tekrar Anonim Şirketin genel müdürü seçildiğinde, silâh taşıma ruhsatı almak için Ankara valiliğine başvurmuş, fakat talebi, ruhsatların verilisi sebeplerinin ortadan kalkmış olduğunu ruhsatı veren makama altı ay içinde bildirmeyerek kanundaki yükümlülüğü ihlal etmiş olduğu ve kendisine bir daha silâh ruhsatı verilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Red işlemini vali yardımcısı tarafından tesis edildiğinden, idari işlem yetki yönünden hukuka aykırı olmuştur. Davacı, idare mahkemesinde açmış olduğu iptal davasında, hakkında uygulanan idari yaptırımın dayanağı olan, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

M. S. Özbek: Somut Norm Denetiminin Etkinliği Üzerine Bir Etüd

2. *Hukuka aykırı olan silah taşıma ruhsatının iptali ve ruhsat verilmeme işleminin iptaline,*

3. *Davada uygulanacak olan 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi hükmünün, yükümlülük ve yaptırım dengesini gözetmediği için Anayasa'ya aykırı olması sebebiyle dosyanın, Anayasa'ya aykırılık iddiasının incelenmesi amacıyla mahkemenizce Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine,*

4. *Derdest davada, Anayasa Mahkemesi Başkanlığının incelemesinin bekletici mesele sayılmasına,*

5. *Yargılama giderleri ile ücreti vekâletin davalı idareye yüklenmesine karar verilmesini vekâleten arz ve talep ederim".*

Ankara 10. İdare Mahkemesinin E. 2011/2050 sayılı davasında, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğu itiraz yoluyla ileri sürülmüşse de, bu itirazın esası hakkında ilk derece mahkemesince *müşpet veya menfi hiçbir karar tesis edilmeden* esas hakkında hüküm kurulmuş ve dava konusu idari işlem, yetki yönünden hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Benzer şekilde, bu davanın ardından aynı konuda ikame edilen, Ankara 2. İdare Mahkemesinin E. 2013/819 sayılı iptal davasında da, 6136 sayılı Kanunun aynı hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu itiraz yoluyla ileri sürülmüşse de, bu itiraz hakkında ilk derece mahkemesince *müşpet veya menfi hiçbir karar tesis edilmeden*, davanın esası hakkında hüküm kurulmuştur.

Bu davaların her ikisinde de, ciddi olduğu tartışmasız olan bir Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulmasına rağmen, ilk derece mahkemeleri bu itirazları kabul veya reddetmediği gibi, değerlendirmeye dahi almamışlar, adeta Anayasa'ya aykırılık itirazını görmezden gelmişlerdir. Hâlbuki Anayasa, "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse... Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır" diyerek (AY m. 152) hâkime, uygulayacağı her kanun hükmünün Anayasa'ya uygun olup olmadığını kendiliğinden araştırma yükümlülüğü yüklemiştir. Doktrinde haklı olarak işaret edildiği üzere, uygulayacağı her kanun hükmünün Anayasa'ya uygunluğunu araştırmak, hâkimin görevleri arasındadır. Doktrinde bu hususta şu haklı tespitler yapılmıştır:

"Önüne getirilen bir olaya uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu 'gören' bir hâkim, görevinden ötürü (resen) davayı durduracak, bu kanısını gerekçeli bir karar şeklinde ve dava dosyasındaki ilgili diğer belgelerle birlikte Anayasa Mahkemesine bildirecek ve onun kararını bekleyecektir.

Haşim Kılıç'a Armağan

Bu durumda; hâkimin bir kanun hükmünü uygulaması, ancak o hükmü Anayasa'ya uygunluk bakımından bir denetimden geçirmesinden sonra mümkündür ve söz konusu hükmü Anayasa'ya uygun bulunduğu anlamını taşır”¹⁹.

Anayasanın hâkime yüklediği, “uygulayacağı kanun hükmünün Anayasa'ya uygun olup olmadığını kendiliğinden araştırma yükümlülüğü” karşısında, dava-
nın taraflarının ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık itirazı hakkında hareketsiz kalmasına, hukuk devletinde haklı bir gerekçe bulabilmek mümkün değildir. Anayasa'nın 152 ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 40. maddesinde, Anayasa'ya aykırılığın itiraz yoluyla mahkemelerce ileri sürülmesi düzenlenmiştir. Buna göre ilk derece mahkemesinin, Anayasa'ya aykırılık itirazının ciddiliğini değerlendirmesi gerekirken, mahkemenin bu konuda hiçbir inceleme ve değerlendirme yapmaması, müspet veya menfi bir ara kararı tesis etmemesi hatalıdır. Dava-
ya bakan mahkeme, davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya uygunluğunu re'sen denetlemek ve varsa, Anayasa'ya aykırılık itirazının ciddî olup olmadığı yönünde bir ara kararı vermek zorundadır. 6216 sayılı Kanun m. 40, 2'de şu amir hüküm yer almaktadır:

“Taraflarca ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiası davaya bakan mahkemece ciddi görülmezse bu konudaki talep, gerekçeleri de gösterilmek suretiyle reddedilir. Bu husus esas hükümle birlikte temyiz konusu yapılabilir”.

Görüldüğü gibi, 6216 sayılı Kanun m. 40, 2'nin emredici hükmü uyarınca ilk derece mahkemesinin, itiraz yoluyla taraflarca ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiası hakkında “gerekçelerini de göstermek suretiyle” bir ara kararı vermesi mecburîdir. Derdest davaya bakan mahkemenin, taraflarca ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiası hakkında müspet veya menfi yönde vereceği karar mahiyeti itibarıyla bir ara kararıdır. Zira yargılamaya son vermeyen, hâkimin davadan el çekmesi sonucunu doğurmayan, yargılamanın yürütülmesi ve devamına ilişkin münferit usulî uyuşmazlıklar hakkında hâkimce dava derdestken verilen kararlar ara kararı (*Zwischenurteile; preliminary judgment, interlocutory judgment*) sayılır²⁰. Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunul-

¹⁹ Aybay s. 157.

²⁰ Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s. 435; Karşlı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 408; Koch, Harald: Germany (Recourse against judgments in the European Union, Civil Procedure in Europe, Vol. 2, The Hague 1999, s. 155-173), s. 158; Koch, Harald/Diedrich, Frank: Civil Procedure in Germany, München 1998, s. 87; Koch, Harald/Diedrich, Frank: Germany (International Encyclopedia of Laws Civil Procedure, Vol. 2, Alphen aan den Rijn 2006), s. 91; Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 3, İstanbul 2001, s. 2898-2999; Muşul, Timuçin: Medenî Usul Hukukunda Ara Kararları (İcra ve İflâs Hukuku ile İlgili Makaleler-Hukukî Mütalâalar ve Bilirkişi Raporları, Ankara 2010, s. 63-91), s. 67; Tutumlu, Mehmet Akif: Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçe, Ankara 2014, s. 18; Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 1316.

duğunda mahkeme, bu iddianın kabulü veya reddi hâlinde vereceği kararla davadan (işten) el çekmeyeceğinden, mahkemenin bir ara kararı vermesi gerekir²¹. Mahkemenin bu durumda verebileceği ara kararı konusunda iki seçeneği vardır²²:

1- Anayasa'ya Aykırılık İddiasının Ciddî Bulunması Sebebiyle Dava Dosyasının Anayasa Mahkemesine Gönderilmesi ve Anayasa Mahkemesinin Kararının Beklenilmesi Kararı

İlk seçenek, mahkemenin, taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varmasıdır. Bu durumda mahkeme, yargılamayı durdurarak dava dosyasının Anayasa Mahkemesine gönderilmesine ve Anayasa Mahkemesinin kararının beklenilmesine dair bir ara kararı tesis etmelidir. Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddî bulan mahkeme, *davada uygulanacak kanun hükmününün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısında olmasa bile*, iptali istenen kural veya kuralların Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan *gerekçeli başvuru kararının* aslını, başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğini, dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile varsa davalının Anayasa'ya aykırılık iddiası hakkındaki cevabını da havi dava dosyasının ilgili bölümlerinin onaylı örneklerini dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesine göndermelidir (AMKYUHK m. 40, 1). Böylece Anayasa Mahkemesine intikal eden itiraz başvurusu ilk incelemeye alınır²³.

İlk derece mahkemesinin itiraz yoluna başvurması “zorunlu bekletici sorun” hâlleri arasında olduğundan mahkeme, yapılmış olan itiraz başvurusunu (Anayasa Mahkemesinin kararını), derdest dava için beş ay müddetle bekletici mesele saymalıdır²⁴ (AY m. 152, 1; HMK m. 165, 1). Anayasa Mahkemesi, işin kendisine noksansız olarak gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını vermeli ve açıklamalıdır. Beş ay içinde karar verilmezse, ilgili mahkeme davayı yürürlükteki hükümlere göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse ilk derece mahkemesi buna uymak zorundadır (AY m. 152, 3; AMKYUHK m. 40, 5).

21 Gözler s. 908.

22 Kuru-USul 5 s. 6312-6315.

23 Karagülmez s. 216.

24 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 76; Aşık, İbrahim: Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara 2012, s. 59-61; Aybay s. 157; Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 23; Bilgin s. 372; Karşı s. 720; Kuru-USul 3 s. 3214; Kuru-USul 5 s. 6310; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014, s. 466; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 604-605; Postacioğlu, İlhan E.: Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 144-145; Tülen s. 160; Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s. 490; Üstündağ, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, C. 1-2, İstanbul 2000, s. 186; Yılmaz s. 965.

2- Anayasa'ya Aykırılık İddiasının Ciddî Bulunmaması Sebebiyle Reddi Kararı

İlk derece mahkemesinin önündeki ikinci seçenek, mahkemenin taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddî olmadığı kanısına varmasıdır. Taraflarca ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiası davaya bakan mahkemece ciddî görülmezse bu konudaki talep, *gerekçeleri de gösterilmek sûretiyle* verilecek bir ara kararıyla reddedilir. Mahkemenin, Anayasa'ya aykırılık iddiasına dayalı dava dosyasının Anayasa Mahkemesine gönderilmesi talebinin reddine (taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddî olmadığına) dair ara kararına karşı tek başına kanun yoluna başvurulamayacağından, bu karar esas hakkındaki hükümle birlikte temyiz edilebilir ve üst derece mahkemesinde (somut olayda Danıştay'da) temyiz denetimine tâbidir²⁵ (AMKYUHK m. 40, 2). Böylece temyiz merci olan Danıştay, Anayasa'ya aykırılık itirazının ciddiyeti hakkında nihaî kararı verir²⁶.

B) İlk Derece Mahkemesinin Anayasa'ya Aykırılık İddiası Hakkında Gerekeçli Karar Verme Zorunluluğu

Yukarıdaki seçeneklerden görüldüğü gibi, derdest bir davada taraflardan biri veya her ikisinin Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunarak dava dosyasının Anayasa'ya Mahkemesine gönderilmesini istemesi durumunda, ilk derece mahkemesinin bu talebi *görmezden gelerek* karara bağlamama imkânı yoktur. İlk derece mahkemesi, taraflarca ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiasını ya ciddî görerek gerekçeli başvuru kararının aslıyla birlikte dava dosyasını Anayasa Mahkemesi Başkanlığına göndermeli (AMKYUHK m. 40, 1) ya da ciddî görmeyerek bu konudaki talebi, gene gerekçelerini göstererek reddetmelidir (AMKYUHK m. 40, 2). Bu red kararı da temyiz merciince denetlenebi-

25 Aşık s. 62-63.

26 "Anayasa'nın 152. maddesi hükmüne ve bu hükmün Anayasa Mahkemesince yapılan istikrarlı yorumuna göre; somut norm denetimi yolunun işletilebilmesinin temel koşulu, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararname hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varmasıdır. Bu koşul, zorunlu olarak, ortada ilgili usul hukuk kurallarına uygun şekilde **görevli mahkemede, aktif dava ehliyetine sahip bir gerçek veya tüzel kişi tarafından açılmış bir davanın varlığını** ve Anayasa'ya aykırılık iddiasına konu kanun veya kanun hükmünde kararname kuralının o davada **mahkemece uygulanmasının gerekmesini** öngörmektedir (Özbudun, a.g.e. sh: 375 ve devamı). Bu koşullardan herhangi birinin mevcut olmaması halinde, somut norm denetimi yolunun işletilmesine olanak yoktur. -Burada sözü edilen 'Mahkeme' kavramına Yargıtay Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu'nun da dahil bulunduğu kuşku yoktur; dolayısıyla, **eldeki davada her ne kadar Yerel Mahkeme Anayasa'ya aykırılık iddiası bakımından herhangi bir değerlendirme yapmamış ve hüküm kurmamış ise de**, Hukuk Genel Kurulu'nun dahi, **anayasa aykırılık iddiasını ciddi bulması veya kendiliğinden bu kanaate varması durumunda, somut norm denetimi yolunu işletme hak ve yetkisi bulunmaktadır**" (HGK 23.06.2004, 4-371/375: KBİBB).

lecektir. O hâlde derdest bir davada Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla karşılaşan ilk derece mahkemesinin, taraflarca ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiası hakkında *karar vermeme* şeklinde üçüncü bir seçeneği yoktur.

İlk derece mahkemesi, tarafların Anayasa'ya aykırılık iddiası hakkında müspet veya menfî bir karar vermeli ve her iki kararın gerekçesini de ilgili ara kararında göstermelidir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları incelendiğinde, Kanunun, her iki karar seçeneğinde de ilk derece mahkemesinin gerekçeli karar vermek zorunda olduğunu belirttiği görülmektedir. Kanunda, mahkemede ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddî bulunarak dava dosyasının Anayasa Mahkemesine gönderilmesi veya Anayasa'ya aykırılık iddiasının reddine dair verilecek ara kararlarının gerekçeli olması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Kanunun bu hükmünden iki önemli sonuç çıkmaktadır:

- 1- Anayasaya aykırılık iddiası hakkında mutlaka bir ara kararı verilmelidir.
- 2- Anayasaya aykırılık iddiası hakkında verilen ara kararı gerekçeli olmalıdır.

Anayasa m. 141, 3'te yer alan; *“Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır”* hükmü de, yukarıdaki yorumu desteklemektedir. Anayasanın, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılmasını emreden bu hükmü, hak arama hürriyeti ve hukukî dinlenilme hakkının kullanılabilmesi için de zorunlu bir koşuldur. Kararın gerekçeli olması, hukuk devleti ve hukukî güvenlik ilkesinin bir gereği olup, tarafların yargılamada dikkate alındığı, açıklama ve delillerinin değerlendirildiğinin bir göstergesidir²⁷. Mahkemece eksik, şekli ve görünüşte gerekçe yazılması, adil

27 “Anayasamızın 141/3. maddesinde ‘Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır’ hükmü yer almaktadır. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun 298/2. maddesine göre; Gerekçeli karar, tefhim edilen hüküm sonucuna aykırı olamaz. -Açıklanan bu hükümler en başta **yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir ve emredici hükümlerden olup ‘Kamu düzeni’ amacı ile vazedilmişlerdir.** Bu hükümlerle getirilen anılan biçim koşulları hükmün açıklığı ve anlaşılabilirliği kadar infaz kabiliyetini de sağlamak amacını taşımaktadır. Aksi hal, yeni tereddüt ve ihtilaflar yaratır. Hatta giderek denebilir ki, **dava içinden davalar doğar. Hükümün hedefine ulaşmasını engeller. Kamu düzeni ve barışı oluşturulamaz.** -Görülmektedir ki, uyuşmazlıkların çözümünde yargıya düşen en önemli görevlerden birisi de **açık ve net çözümler bulmak, anlaşılabilir, tutarlı kararlarla kamu düzen ve barışının sağlanmasına hizmet etmek olmalıdır.** Taraflar ancak gerekçe sayesinde hükmün hangi maddi ve hukuki sebebe dayandırıldığını anlayabilecekleri gibi Yargıtay denetimi de ancak kararın gerekçe içermesi hâlinde mümkün olacaktır. İşte bu nedenledir ki, kararın gerekçesinde hangi maddi vakianın hangi hukuki sebeple davacıyı haklı gösterdiğinin açıklanması hâlinde ancak, H.M.K.nun 298. maddesine uygun bir kararın varlığından söz edilebilecektir. Gerek Anayasamız, gerek 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunuyla getirilen ve yukarıda açıklanan yasal düzenlemelerin nihai amacı da budur. -Adil yargılanma hakkının içinde barındırdığı temel haklardan olan ve dayanağını insan onuruyla eşitlik ilkesinden alan, **hukuki dinlenilme hakkının üç unsuru vardır.** Bunlar, tarafların yargılama konusunda **bilgilendirme hakkı, yargılamayla ilgili açıklama ve ispat**

yargılanma hakkı kapsamında hukukî dinlenilme hakkının ihlâli sonucunu doğurur²⁸. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, gerekçenin usûlüne uygun şekilde oluşturulması, hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini göstermesi, gerekçede kullanılan ifadelerin özenle seçilmesi ve kuşkuya yer vermeyecek derecede açık olması gerektiğini vurgulayarak, gerekçe ile hüküm fıkralarının birbiriyle uyumlu olmasının zorunlu olduğunu (HMK m. 298, 2) belirtmiştir. Mahkeme kararlarının gerekçeli olmasının önemi, Anayasa Mahkemesinin bir kararında, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkıyla ilişkilendirilerek şu şekilde açıklanmıştır:

“59. Anayasa’nın 141. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir: ‘Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.’

60. Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir. Bu bağlamda Anayasa’nın, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılmasını ifade eden 141. maddesinin de, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır (B. No: 2013/307, 16/5/2013, § 30).

61. Anılan kurallar uyarınca, ilke olarak mahkeme kararlarının gerekçeli olması, adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Derece mahkemeleri, dava konusu maddi olay ve olguların kanıtlanmasını, delillerin değerlendirilmesini, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasını, uyumsuzlukla ilgili vardığı sonucu, sonuca varılmasında kullandığı takdir yetkisinin sebeplerini makul bir şekilde gerekçelendirmek zorundadır. Bu gerekçelerin oluşturulmasında açıkça bir keyfilik görüntüsünün olmaması ve makul bir biçimde gerekçe gösterilmesi hâlinde adil yargılanma hakkının ihlalinden söz edilemez. (B. No: 2013/1235, 13/6/2013, § 23).

62. Makul gerekçe; davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere

hakkı, bu açıklamaların mahkemece dikkate alınıp değerlendirilmesi yükümlülüğüdür. Gerekçe özellikle tarafların yargılamada dikkate alındığının, açıklama ve delillerinin değerlendirildiğinin bir göstergesidir. -Kararın gerekçeli olması hukuk devletinin ve hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir. Zira, mahkemenin keyfilikten uzak şekilde, hukuka ve kanuna uygun karar verip vermediği ancak gerekçeden anlaşılabilir. Bu sebepledir ki, Anayasa’da kararların gerekçeli olması özel olarak vurgulanmıştır” (13. HD 24.04.2012, 9248/11079: KBİBB).

28 Özkes, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 166-174; Pekcanitez/Atalay/Özkes s. 389-390; Yılmaz s. 296-303.

dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olmalıdır. Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için ortada usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur (B. No: 2013/1235, 13/6/2013, § 24).

63. Bununla birlikte derece mahkemelerinin, taraflarca ileri sürülen tüm iddialara cevap verme zorunluluğu bulunmayıp, hükme esas teşkil eden gerekçelerin nelerden ibaret olduğunu ortaya koyması yeterlidir. Diğer taraftan kanun yolu mercilerince; onama, itiraz veya başvurunun reddi kararları verilmesi hâlinde alt derece mahkemelerinin kararlarında gösterdikleri gerekçeler kabul edilmiş olacağından, anılan kararlarda ayrıca gerekçe gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da bu yöndedir (B. No: 2013/1235, 13/06/2013, § 25; Benzer bir karar için bkz. Van de Hurk/Hollanda, B.No: 16034/90, 19/4/1994, § 61)²⁹.

Yukarıdaki açıklamalardan da görüleceği gibi mahkemelerin yalnızca nihai kararları değil, ara kararları da gerekçeli olmalıdır³⁰. Ara kararları her ne kadar uyuşmazlığın esası hakkında değil de, münferit yargılama hukuku konuları hakkında verilse de, hükümler gibi anlaşılacak biçimde yazılmalı, ifade zafiyeti içermemeli, hangi konuya ilişkin olduğu ara kararında gösterilmeli ve başta gerekçe olmak üzere, ara kararında bulunması gereken genel unsurlara yer verilmelidir³¹. Bu nedenle davacının Anayasa'ya aykırılık itirazı hakkında mahkemece müspet veya menfi bir gerekçeli ara kararı verilmemesi, Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olup olmadığı tartışılmadan davanın esası hakkında (reddi yönünde) karar verilmesi, eksik incelemeyle gerekçesiz hüküm kurulması anlamına gelir ve hükmü hukuka aykırı hâle getirir³². Hukukumuzda yargı kararlarının, ne şekli açıdan ne de içerik açısından tatminkâr gerekçeler sunmaktan uzak olduğu yönünde doktrinde yapılan eleştirilerde haklılık payı olduğu böylece görülmektedir³³.

Bu hâlde kanun yolu incelemesini yapan üst derece mahkemesinin, öncelikle ilk derece mahkemesince Anayasa'ya aykırılık iddiası hakkında karar verilmemiş olması sebebiyle, davacının bu temyiz sebebinin incelemesi gere-

29 Anayasa Mahkemesinin 08.05.2014 Tarihli ve 2012/1128 Başvuru Numaralı Kararı, RG: 02.07.2014-29048

30 Kuru-USul 3 s. 3052-3058; Özkes s. 181-184; Pekcanitez/Atalay/Özkes s. 810; Yılmaz s. 296, 299.

31 Tutumlu-Hüküm ve Gerekçe s. 19-20.

32 Doktrinde, hükmün gerekçesiz olmasının mutlak temyiz (bozma) sebebi olduğu belirtilmektedir (Kuru-USul 3 s. 3053).

33 Uzun, Ertuğrul: Yargıtay Kararlarından Örneklerle Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Zafiyeti (MİHDER 2007/2, s. 359-376), s. 359.

kir. Kanun yolu incelemesini yapan üst derece mahkemesi, ilgili tarafın ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulursa, mahkemenin hükmünü sırf bu sebeple bozmak yerine, kendisini Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararını, dava dosyasının örnekleriyle birlikte Anayasa Mahkemesi Başkanlığına göndermeli ve kanun yolu incelemesini, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar geri bırakmalıdır³⁴. Zira AY m. 152, 2'de, Anayasa'ya aykırılık iddiasını inceleyen mahkemenin, Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi görmemesi durumunda, bu iddianın *temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanacağı* belirtilmiştir. Aynı şekilde AMKYUHK m. 40, 2'ye göre, taraflarca ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiasının davaya bakan mahkemece ciddi görülmediği için reddi kararı, *esas hükümle birlikte temyiz konusu yapılabilir*. Taraflarca ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiasının davaya bakan mahkemece incelenmemesi veya reddi hâlinde, bunun hatalı olduğunu gören kanun yolu mahkemesinin, hükmü bu sebeple bozmak yerine doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurusu usûl ekonomisi ilkesine (AY m. 141, 4; HMK m. 30) de uygundur.

Yargıtay'ın emsal teşkil eden bir kararında, yukarıdaki hususlara isabetli olarak yer verilmekle birlikte, ilk derece mahkemesinin Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olup olmadığını tartışmadan davanın esas hakkında karar vermesi kanuna aykırı bulunmuş ve bozma sebebi sayılmıştır. Yargıtay'ın bu kararı şu şekildedir:

“Davacı taraf 3402 sayılı Yasanın 17. maddesi hükmüne dayanarak iptal ve tescil talebinde bulunmuştur. Daha önce aynı sebebe dayanılarak açılan dava 1617 sayılı kanunun 23. maddesi ile kaldırılan 766 sayılı Tapulama Yasasının 37. maddesinin son fıkrası hükmü ve ilga hükmü göz önünde tutularak reddedilmiş, buna dair hüküm kesinleşmiştir. Mahkeme bu hükmü göz önünde tutarak kesin hüküm sebebiyle davanın reddine karar vermiştir. Davacı taraf 3402 sayılı Yasa'nın geçici 4. maddesinin 1. fıkrasında sözü edilen kesin hüküm ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğunu, gerçekten de 17. maddenin getiriliş sebebiyle bu hükmün çelişki teşkil ettiğini ileri sürmüş ve Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunmuştur. Mahkemece Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olup olmadığı tartışılmamış, işin esası gözönünde tutularak talebin ve davanın reddi yönüne gidilmiştir. Anayasa'nın 152. maddesinde Anayasa Mahkemesine bir olayın intikal ettirilebilmesi için iki yol öngörülmüştür. Bunlardan birisi davaya bakan mahkemenin uygulanacak kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı görerek doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesine başvurusu ve kanuna aykırı hükmün iptalini istemesi hali; diğeri ise, taraflarca ileri sürülen iddianın ciddi görülmesi hâlinde bu hususta olumlu veya olumsuz bir karar verilmek üzere işin Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesidir.

34 Kuru-USul 5 s. 6315.

Olayımızda, birinci durum söz konusu değildir. İkinci hal tartışılmaya değer görülmektedir. Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olup olmaması davanın uzatılma maksadına matuf olmasıyla ilgilidir. Bir davada uzatma veya davayı savsama hâli söz konusu değil ise böyle bir iddia ciddi sayılır. Bu hallerde mahkemenin olayı Anayasa Mahkemesine intikal ettirmesi gerekir. Bu dava davacı tarafından açıldığına ve Anayasa'ya aykırılık davacı tarafından ileri sürüldüğüne göre davayı uzatmak maksadı söz konusu değildir. O halde iddianın ciddi olarak kabulü gerekir. İddia ciddi olarak kabul edildiği takdirde Anayasa'nın 152. maddesi hükmüne göre iddia hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmek üzere dosyanın örneğinin taleple birlikte Anayasa Mahkemesine gönderilmesi ve davanın ertelenmesi gerekmektedir. Bu erteleme aynı maddenin 3. fıkrası hükmüne göre 5 ayı geçemeyecektir. Bu süre içinde Anayasa Mahkemesince bir karar verilemezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracaktır. Ortada ciddiyetsizlik söz konusu olmadığından anılan madde hükmüne göre işlem yapılması gerekir. Mahkemenin iddianın ciddi olup olmadığını tartışmadan iddiayı ve dolayısıyla davayı reddetmesi yasaya aykırıdır. Temyiz itirazları açıklanan nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün (BOZULMASINA), oybirliğiyle karar verildi"³⁵.

Kanımca Yargıtay'ın yukarıdaki kararında, ilk derece mahkemesinin Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olup olmadığını tartışmadan davanın esası hakkında karar vermesinin kanuna aykırı olduğu yönündeki tespiti son derece isabetlidir. Yargıtayca haklı olarak işâret edildiği üzere, derdest bir davada Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunan tarafın davayı uzatma veya sürünce-medede bırakma kastı yoksa Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi sayılır. Taraflarca ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi görülmesi hâlinde ise, bu iddia hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmek üzere dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmesi gerekir. Mahkemenin aksine hareket etmesi durumunda temyiz mahkemesince hükmün bozulması yerine, davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğuna dair tarafın ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğunu belirterek davayı doğrudan Anayasa Mahkemesine göndermesi ve Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar incelemesini, sürmekte olan temyiz incelemesi için bekletici mesele sayması daha doğru olur.

Yukarıdaki açıklamalardan görüldüğü üzere, Ankara 10 ve 2. İdare Mahkemelerinin Anayasa'ya aykırılık iddiası hakkındaki hareketsizliği, Anayasa m. 141, 152 ve AMKYUHK m. 40'a açıkça aykırı olmuştur. Bu sebeplerle, Ankara 10. İdare Mahkemesinin E. 2011/2050 sayılı davasında verilen hükme kar-

35 8. HD 28.11.1988, 15864/15706 (İKİD 1989/348, s. 6873-6874). Ayrıca Bkz. Kuru-Usul 5 s. 6313-6314.

şı süresinde yapılan temyiz başvurusunda bu hususlar esas hükümle birlikte temyiz konusu yapılmış ve temyiz dilekçesinde Danıştaydan Anayasa Mahkemesine başvurusu talep edilmişse de³⁶, Danıştay da bu temyiz sebebi ve Anayasa'ya aykırılık iddiası hakkında herhangi bir bozma kararı vermediği gibi, Anayasa'ya aykırılık iddiasını hiç incelemeyen cevapsız bırakarak hükmü onamıştır.

C) Anayasa'ya Aykırılık İtirazının Ciddiliği

Mahkemenin, taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulması, kendisinin de itiraz konusu kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı gördüğü anlamına gelmez. Doktrindeki hâkim görüşe göre³⁷, davaya bakmakta olan mahkemenin, taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulması demek, bu iddiayı "haklı" ve "yerinde" bulması demek değildir. Doktrinde bu hususta şu haklı tespitler yapılmıştır:

*"...mahkemenin ciddi olduğu kanısına varacağı şey iddiaya konu normun Anayasa'ya aykırılığı değil, bu yolda ileri sürülmüş olan iddianın kendisidir. Mahkemece iddianın ciddi bulunması bir şey, ona konu edilen normun gerçekten Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varılması başka bir şeydir. Özetle iddianın ciddiliğinden anlaşılması gereken, onun ve dayanak yapılan kanıt ve gerekçelerin kuşku doğurucu, tartışılmaya değer nitelikte olmasıdır"*³⁸.

Elbette mahkeme, taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasını "haklı" ve "yerinde" bularak bu iddiayı benimseyebilir ve davada

36 Ankara 10. İdare Mahkemesinin, 12.01.2012 tarih, E. 2011/2050, K. 2012/42 sayılı hükmünün bozulması talebiyle Danıştay 15. Daire Başkanlığına verilen temyiz dilekçesinin talep sonucunda bu temyiz sebebi şu şekilde formüle edilmiştir:

"Yukarıda açıklanan ve inceleme sırasında re'sen tespit edilecek diğer hususlardan dolayı;

1. Tarafımızca ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiası hakkında, 6216 s.K. m. 40, 2'ye aykırı olarak davaya bakan mahkemece gerekçeli bir ara kararı verilmediğinden, Anayasa m. 152, 2 uyarınca iddiamızın, Danıştay'ca **ESAS HAKKINDAKİ HÜKÜMLE BİRLİKTE KARARA BAĞLANMASINA**,

2. Davada uygulanan, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi hükmünün, süresiz bir hak yoksunluğu getirdiği, yaptırımların ıslah edici yönüyle bağdaşmadığı ve yükümlülük ile yaptırım arasındaki dengeyi gözetmediğinden Anayasa'ya aykırı olduğu nazara alınarak, dosyanın Anayasa'ya aykırılık iddiamızın incelenmesi amacıyla Danıştay'ca **ANAYASA MAHKEMESİ'NE GÖNDERİLMESİNE**,

3. Derdest davada, Anayasa Mahkemesi Başkanlığının incelemesinin **BEKLETİCİ MESELE SAYILMASINA**,

4. Ankara 10. İdare Mahkemesinin, 12.01.2012 tarih, 2011/2050 E., 2012/42 K. sayılı hükmünün, hukuka aykırılıktan dolayı usul ve esas yönünden **BOZULMASINA**,

5. 2577 sayılı Kanunun 52. maddesi uyarınca **HÜKÜMÜN YÜRÜTÜLMESİNİN DURDURULMASINA**,

6. Yargılama giderleri ile ücreti vekâletin **DAVALI İDAREYE YÜKLENMESİNE** karar verilmesini vekâleten arz ve talep ederim".

37 Doktrinde bu konuda yapılan münâkaşaların özeti için bkz. Aybay s. 163-168.

38 Bilgin s. 366.

uygulanacak hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varabilir. Ancak mahkemenin, taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bularak Anayasa Mahkemesine taşıması için, bu iddianın "haklı" ve "yerinde" olduğu kanısına varması şart değildir.

Anayasanın 152 ve 6216 sayılı Kanunun 40. maddesinde "ciddilik" ile kast edilen, hukukî bakımdan *savunulabilirlik* veya *tartışılabilirlik*dir. Mahkemede, taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasını inceledikten sonra, itiraz konusu kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde *ciddî bir şüphenin uyanması*, mahkemenin iddiayı *hukukî bakımdan tartışılmaya değer* görmesi yeterlidir. Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi bulunmasına bundan öte bir anlam yüklemek, kişilerin Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunma hakkını ortadan kaldıracı bir yorum olacaktır³⁹. Doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi, Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunan kişiye düşen külfet, ilk derece mahkemesini, davada uygulanacak *kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ikna etmek değil, sâdece, aykırılık iddiasının ciddi olduğuna inan- dırabilmek* olmalıdır. Zira mahkemeyi, iddianın ciddi olduğuna ikna etmek, Anayasa'ya aykırılığın varlığına ikna etmekten daha kolaydır⁴⁰.

Buna karşılık davayı uzatma veya engelleme amacına yönelik olduğu anlaşılan veya hukukî dayanaktan açıkça yoksun olan iddialar, hiç şüphesiz ciddi kabul edilemez. İtirazın ciddiliğini takdir edecek olan, davaya bakmakta olan mahkemedir. Davaya bakmakta olan mahkemenin bu konudaki takdiri, temyiz denetimine tâbidir.

Ankara 10 ve 2. İdare Mahkemesinde görülmüş olan her iki davada da, ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiasının, yukarıda ortaya koyulan gerekçeler nazara alındığında, samimi, ciddi, inandırıcı ve hukukî bakımdan tartışılmaya değer durumda olduğu açıktır. Bu sebeple ilk derece mahkemelerinin, Anayasa'ya aykırılık iddiasını ileri süren davacıyla *aynı kanıda olmasa* ve davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğuna *inanmаса* bile, dava dosyasını Anayasa Mahkemesi Başkanlığına göndermesi gerektiğini kabul etmek gerekir. Zira Anayasa'ya aykırılık iddiasının yukarıda özetlenen gerekçeleri, hukukî bakımdan savunulabilir ve tartışılabilir nitelikte olup, itiraz konusu kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde ciddi bir şüphe, hattâ kanımca emsal Anayasa Mahkemesi kararı ışığında şüpheden öte bir kesinlik vardır. Üstelik farklı idare mahkemelerinde açılan her iki iptal davasında da Anayasa'ya aykırılık iddiasının davayı açan davacı tarafından

39 Aliefendioğlu, Yılmaz: Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara 1996, s. 132-145; Aliefendioğlu, Yılmaz: Türk Anayasa Yargısı nda İptal Davası ve İtiraz Yolu (Anayasa Yargısı C. 1, Ankara 1984, s. 101-137), s. 125; Aybay s. 158, 168-175; Gören s. 289; Gözler s. 907; Kıratlı s. 68-71; Kuru-Usul 5 s. 6312-6313; Tanör/Yüzbaşıoğlu s. 506; Özbudun s. 434.

40 Aybay s. 171.

ileri sürüldüğü nazara alındığında, davayı uzatma, sürüncemede bırakma veya engelleme amacına yönelik olmadığı da dosya kapsamından açıkça anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin bu konuda emsal teşkil eden, 29.12.2011 tarih ve ve E. 2010/104, K. 2011/180 sayılı iptal kararı uyarınca, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "...*Aksine hareket edenlere bir daha silâh ruhsatı verilmez*" ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine ve 13. maddesinde belirtilen ölçülülük ilkesine aykırı olduğu açık olup, Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olduğu ortaya koyulmuş olduğundan, dava dosyasının Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi gerektiğinde duraksama yoktur.

Yukarıdaki açıklamalardan görüleceği üzere, her iki mahkemede de ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi olduğu hâlde, ilk derece mahkemelerince bu hususta bir karar verilmediği gibi, Anayasa'ya aykırılık itirazı hakkında herhangi bir inceleme dahi yapılmaya lüzum görülmemiştir. Bu durum, tatbikatta somut norm denetiminin gerek ilk derece gerek üst derece mahkemelerinde (kanun yolu incelemesinde) *ciddî bir zafiyet içinde olduğunu* ortaya koymaktadır.

SONUÇ

Yukarıdaki dava dosyası tahlilleri, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesinde son derece etkili olması beklenen somut norm denetiminin, derece mahkemelerinin tutumundan dolayı, uygulamada yeterince etkili olmadığını göstermektedir. 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "...*Aksine hareket edenlere bir daha silâh ruhsatı verilmez*" ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine ve 13. maddesinde belirtilen ölçülülük ilkesine aykırı olduğu açık olduğu hâlde, buna ilişkin Anayasa'ya aykırılık iddiası hakkında ilk derece mahkemelerince müspet veya menfî hiçbir karar verilmemesi, bir hukuk devletinde düşündürücüdür.

Hiç kukusuz mahkemelerin ağır bir iş yükü altında çalışması, böyle bir durumu görmezden gelmeyi meşrulaştırmaz. Zira burada mevzu bahis olan, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde öngörülen ve "*silâh ruhsatının verilmiş sebebinin ortadan kalktığını bildirim yükümlülüğü*"nü ihlâl eden kişiler hakkında öngörülen süresiz hak yoksunluğudur. Böyle bir süresiz hak yoksunluğunun, hukuka aykırı fiille adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun bir

orantı içinde olmadığı, yükümlülük ve yaptırım dengesini bozduğu açıktır. Bu düzenleme kişilerin temel hak ve hürriyetlerini ihlâl etmekte ve Anayasa'ya aykırılık iddiası Anayasa Mahkemesine taşınmadığından, Anayasa'ya aykırı bir kanun hükmüne göz yumulmaktadır. Bu sebeple, somut norm denetimi yoluyla kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesinde, hem ilk derece mahkemeleri hem de kanun yolu incelemesini yapan üst derece mahkemelerince daha fazla hassasiyet gösterilmesi gerekmektedir.

Bu makalede, somut iki mahkeme kararından hareket edilmiş olmakla birlikte, örnek verilmeyen benzer başka mahkemelerde görülen davalarda da aynı sorunun tekerrür ettiği müşahede edilmiştir. Adli yargı ilk derece mahkemelerinde derdest olan bazı davalarda da, uygulanan farklı kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüşse de⁴¹ sonuç değişmemiştir. Bu anayasa aykırılık iddialarının mukadderatı da, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi hakkında ileri sürülen anayasa aykırılık iddiasıyla aynı olmuştur. Bu sebeple makalede, tatbikatta derece mahkemelerinde somut norm denetiminin gerektiği gibi işletilemediği yönünde genel bir sonuca ulaşmaktan çekinilmemiştir. Bu hususta UYAP üzerinden gerekli verilere ulaşmak mümkün olduğu takdirde, istatistik verilerine dayanılarak analitik tahliller yapılması da mümkün olacaktır.

41 Örneğin Ankara İş Mahkemelerinde derdest olan çok sayıda davada, Anayasa'nın eşitlik, mülkiyet, adil yargılanma hakkı, sosyal hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu ve hak arama hürriyetini kısıtladığı gerekçesiyle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi ile 120. maddesinin bir ve ikinci fıkralarının iptali için itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmesi talep edilmişse de, bu talepler, bir mahkemece gerekçe gösterilerek, diğerlerince gerekçe dahi gösterilmeden, ciddi bulunmayarak reddedilmiştir. Bu konuda bilgi için bkz. Özbek, Mustafa: Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansının Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu (Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Ankara 2012 s. 444-504); Özbek, Mustafa: Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansı, Ankara 2013.

KAYNAKLAR

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009.

Aliefendioğlu, Yılmaz: Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara 1996.

Aliefendioğlu, Yılmaz: Türk Anayasa Yargısı'nda İptal Davası ve İtiraz Yolu (Anayasa Yargısı C. 1, Ankara 1984, s. 101-137).

Aşık, İbrahim: Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara 2012.

Aybay, Rona: Anayasa'nın 151. Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasa'ya Aykırılık İddialarının "Ciddiliği" Sorunu (İÜHFM 1967/3-4, s. 155-176).

Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1978.

Bilgin, Çağlar: Türk Anayasa Yargısı'nda Somut Norm Denetimi Yolu (TBBD 1988/3, s. 350-376).

Gerek, Şahnaz/Aydın, Ali Rıza: İptal Davaları ve İtiraz Başvurularında Usulün Anayasal Denetime Etkisi (Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s. 329-357).

Gören, Zafer: Anayasa Hukuku, Ankara 2011.

Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000.

Kılınc, : Common Law (Ortak Hukuk) Sistemine Sahip Ülkelerden A.B.D. ve İngiltere'de Anayasa Kavramı ve Yargısal Denetim (Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Anayasa Mahkemesi 2006, s. 113-148).

Kadıgil, Ülkü Müge: İtiraz Başvurularında Davada Uygulanacak Kural Sorunu (Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Anayasa Mahkemesi 2006, s. 259-290).

Karagülmez, Ali: İptal Davaları ve İtiraz Başvurularında İlk İnceleme Aşaması (Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Anayasa Mahkemesi 2006, s. 191-218).

Karslı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012.

Kıratlı, Metin: Anayasa Yargısı'nda Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu, Ankara 1966.

Koch, Harald: Germany (Recourse against judgments in the European Union, Civil Procedure in Europe, Vol. 2, The Hague 1999, s. 155-173).

Koch, Harald/Diedrich, Frank: Civil Procedure in Germany, München 1998.

M. S. Özbek: Somut Norm Denetiminin Etkinliği Üzerine Bir Etüd

Koch, Harald/Diedrich, Frank: Germany (International Encyclopedia of Laws Civil Procedure, Vol. 2, Alphen aan den Rijn 2006).

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 3, 5, İstanbul 2001.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014.

Memiş, Emin: Anayasa'ya Uygun Yorum, İstanbul 2007.

Metin, Yüksel: Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara 2002.

Muşul, Timuçin: Medenî Usul Hukukunda Ara Kararları (İcra ve İflâs Hukuku ile İlgili Makaleler-Hukukî Mütalâalar ve Bilirkişi Raporları, Ankara 2010, s. 63-91).

Oğurlu, Yücel: AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak "Ölçülülük İlkesi" (Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 485-521).

Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2011.

Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2013.

Postacioğlu, İlhan E.: Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.

Sungurtekin Özkan, Meral: İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi (Prof.Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 177-203).

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2009.

Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku, İstanbul 2007.

Tutumlu, Mehmet Akif: Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçe, Ankara 2014.

Tülen, Hikmet: Türk Anayasa Yargısı Sisteminin Başlıca Özellikleri ve Sistemde Reform Arayışları (Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Anayasa Mahkemesi 2006, s. 149-189).

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014.

Uzun, Ertuğrul: Yargıtay Kararlarından Örneklerle Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Zafiyeti (MİHDER 2007/2, s. 359-376).

Haşim Kılıç'a Armağan

Üstündağ, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, C. 1-2, İstanbul 2000.

Yıldırım, M. Kâmil: İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçölülük İlkesi (MÜHF-HAD 1989/1-3, s. 98-115).

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013.

Dr. Musa SAĞLAM
(*Anayasa Mahkemesi Ar-İç Başraportörü*)

TÜRK ANAYASA YARGISINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNA AÇIKLIK¹

GİRİŞ

Ülkemizde gerek 1982 Anayasasının hazırlanması sürecinde gerekse mevcut Anayasada daha sonraları yapılan oldukça kapsamlı değişikliklerde Türk anayasal düzenini insan hakları evrensel standartlarıyla uyumlu kılma kaygısının varlığı, altı çizilmesi gereken bir olgudur. Asli ve tali kurucu iktidarın bu yöndeki iradesinin Anayasa Mahkemesi kararlarına nasıl yansıdığının öncelikle ortaya konulması yararlı olacaktır (I).

Anayasa Mahkemesinin genel yaklaşımını bu şekilde ortaya koyduktan sonra onun hem siyasi partilerin denetimi hem de norm denetimi görevleri çerçevesinde uluslararası insan hakları hukukunu, özelde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHM) ve onun kurduğu Mahkemenin (AİHM) içtihadını, dikkate alıp almadığına bakmak mümkündür (II).

Kuşkusuz Anayasa Mahkemesinin AİHS ve AİHM ile ilişkisinde yapılan anayasa değişikliklerinin olumlu yönde bir katkısının olması beklenen bir durumdur. Özellikle 12 Eylül 2010 referandumu ile kabul edilen ve AİHM önünde Türkiye'ye karşı her yıl yapılan binlerce başvuruya bir çare olarak tasarlanan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru müessesesi bu süreci daha da hızlandırmıştır (III).

I. ANAYASAL VE İÇTİHADÎ ÇERÇEVE

Anayasa Mahkemesinin uluslararası insan hakları hukukuna bakışını etkileyen hukuki düzenlemeleri ortaya koyduktan sonra (A) Mahkemenin uluslararası metinlerin Türk hukuk düzeni içindeki yerini genel anlamda nasıl algıladığını (B) belirtmek faydalı olacaktır.

1 Makalede, doktrinde bu konuda yaşanan tartışmalara girilmeksizin, Anayasamızda uluslararası hukuka açıklık bağlamında yapılan değişikliklerin Anayasa Mahkemesi kararlarına nasıl yansıdığı ortaya konulmaya çalışılmıştır.

A. Anayasa ve Anayasal Değişiklikler

1. 1982 Anayasasının temel hak ve özgürlüklere ilişkin İkinci Kısımının hazırlanmasında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile AİHS'in esin kaynakları arasında yer aldığı ve Anayasa'yı bu metinlerle uyumlu kılma çabasının varlığı bilinmektedir². Bunun en açık örneği, temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü dönemlerde düzenlenmesini ele alan ve neredeyse birbirinin aynı olan Anayasa'daki ve AİHS'deki 15. maddelerdir. Kurucu iktidarın bu çabasında her ne kadar yeterince başarılı olamadığı ifade kabul edilse de uyum kaygısı altı özellikle çizilmesi gereken bir unsurdur.

2. Öte yandan Anayasa'nın bazı maddeleri açık bir şekilde uluslararası hukukun dikkate alınmasını gerektirmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması başlıklı 15. maddesi, olağanüstü dönemlerde temel hak hürriyetlerle ilgili Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınmasına izin vermesine rağmen bu tedbirlerin "*milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler*"e ve ölçülülük ilkesine uygunluğunu aramaktadır. Anayasa'nın 16. maddesi ise temel hak ve hürriyetlerin "*yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla*" sınırlanabileceği hükmünü getirmektedir.

Aynı şekilde Anayasa'nın eğitim ve öğretim hakkı ve ödevini düzenleyen 42. maddesinde Türkçe'den başka bir dilin Türk vatandaşlarına anadili olarak okutulması ve yabancı dille eğitim ve öğretim hususlarında "*milletlerarası andlaşma hükümleri saklıdır*" denilmektedir. Savaş hâli ilanını "*milletlerarası hukukun meşrû saydığı haller*"e ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere ve yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasını "*milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller*"e özgüleyen Anayasa'nın 92. maddesi ise bu konuda diğer bir örnektir. Ancak bu son örnekte anılan kararın bir parlamento kararı şeklinde alındığı ve anayasal denetim dışında kaldığı hatırlatılmalıdır.

3. Anayasamızda zaman içinde, ilki 1987 yılında ve sonuncusu ise 2010 yılında olmak üzere, toplam 17 değişiklik yapılmıştır ve bunların en önemlileri temel hak ve özgürlüklere ilişkindir.

23 Temmuz 1995 tarih ve 4125 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, siyasi partilerin kapatılması hususundaki Anayasa'nın katı düzenlemelerini yumuşatma amacı taşımaktaydı. Bu değişiklikte Türkiye insan haklarına ilişkin "*Avrupa kriterlerine*" uyum sağlama gayreti ortaya konulmuştur.

18 Haziran 1999 tarih ve 4388 sayılı Kanun ise Anayasa'nın Devlet Güvenlik Mahkemelerini düzenleyen 143. maddesini "*Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları*

2 POLATCAN İsmet, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Gereğçeler, Anayasa Mahkemesi kararları Bilimsel Görüşler*, Bayrak yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 69.

M. Sağlam: Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna Açıklık

Sözleşmesini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorumları dâhil bağlayıcı yetkisini, kanunla kabul etmesinin, iç hukukunda bu doğrultuda değişiklikler yapmasını zorunlu kıldığı” gerekçesiyle yeniden düzenlemiştir³. Fakat daha sonra bu değişiklik dahi yeterli görülmeyerek 7 Mayıs 2004 tarihinde 5170 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 143. maddesi ilga edilmiştir.

21 Kasım 2001 tarih ve 4720 sayılı Kanunla Anayasa’nın temel hak ve ödevleri düzenleyen İkinci Kısmı Avrupa İnsan Hakları Düzeni ile uyum sağlamak amacıyla büyük bir revizyona tabi tutulmuştur: genel sınırlama nedenleri kaldırılmış (md. 14), hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulması gereken yeni güvenceler olarak ölçülülük ve hakkın özü vb. ilkeler kabul edilmiş (md. 13) ve bazı haklar yeniden yazıma tabi tutulmuştur (dernek kurma hakkı md. 33 ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı md. 34 vb). Tali kurucu iktidar bu değişikliklerle de *“toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek çağdaş-demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön plana çıkaran bir Anayasa değişikliği hedeflemektedir”*⁴.

Bu bağlamda 7 Mayıs 2004 tarihinde 5170 sayılı Kanunla Anayasa’nın “Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma” başlıklı 90. maddesinde yapılan değişiklikten özellikle ve ayrıca bahsetmek gerekir. Bu değişiklik uluslararası insan hakları hukukuyla Türk hukukunun daha da bütünleşmesini gerçekleştirmede çok açık bir hüküm getirmektedir: Eğer bir kanun hükmü, usulüne göre yürürlüğe girmiş temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşma ile çatışırsa esas alınacak olan iç hukuk metni olan kanun değil temel haklara ilişkin uluslararası metindir. Bundan böyle temel haklara ilişkin uluslararası belgeler artık normlar hiyerarşisinde kanunların üzerinde yer alacaktır.

Türkiye bu değişiklik ile özellikle AİHS ve AİHM kararları ile kanunları arasında bir çelişki var ise Sözleşme’nin ve AİHM kararlarının esas alınarak davanın çözülmesi esasını benimsemiştir. Böylece Ülkemiz “Sözleşmeyi ve onun bir parçası olan AİHM içtihadını içselleştirdi. Kendi iç hukukunun bir parçası yaptı. AİHM kararlarını yasaların önüne geçirdi. Böyle olunca yargıçların yasaları yorumlarken AİHM kararlarına uygun yorumlamaları Anayasa’nın getirdiği bir yükümlülük” olarak karşımıza çıkmaktadır⁵. Bu düzenlemenin genel mahkemeler tarafından algılanması ve uygulanmasında yaşanan zorluklar yeni bir anayasal reformu gerekli kılmıştır.

Aynı yönde son değişiklikle 7 Mayıs 2010 tarihli 5982 sayılı Kanun ile yeni bir hak arama yolu olarak bireysel başvuru yolu getirilmiştir. İkincil nitelikteki bu yol, Türkiye’den AİHM’e yapılacak başvuruların ve AİHM tarafından

3 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss2m.htm> (31.8.2012).

4 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm> (31.8.2012).

5 Rıza TÜRMEK, “Tutukluluk süresi”, *Milliyet Gazetesi*, 5 Ocak 2011

verilecek ihlal kararlarının sayısının azaltılması amacını gütmektedir. Ülkemizde insan haklarının korunmasında uluslararası standartların gerçekleşmesi, kamu otoritelerinin temel hak ve özgürlüklere daha duyarlı bir davranış sergilemesi ve vatandaşın hak ve özgürlüklerin daha iyi korunduğu inancını kuvvetlendirmesi bu reformun diğer amaçları arasında sayılabilir.

4. Belli ölçüde Anayasa'nın ilk metni ve özellikle Anayasada yapılan kimi değişiklikler dikkate alındığında genel mahkemeler ve Anayasa Mahkemesinin uluslararası insan hakları normlarını ve bunları somutlaştıran uluslararası mahkemelerin kararlarını dikkate almasının gerektiği sonucuna kolayca ulaşılabilecektir. Ancak bu dikkate almanın Anayasa Mahkemesince hangi düzeyde sağlanması gerektiğinin, bu metinlerin hukuk düzeni içindeki yerinin, başka bir deyimle bunların hangi ölçüde bağlayıcılık taşıdığı hususunun, belirtilmesinde yarar vardır.

B. Anayasa Mahkemesine Göre Uluslararası Andlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri ve Ölçü-Norm Değeri⁶

1. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasını yorumladığı kararlarında, fıkranın lâfzî anlamını izleyerek uluslararası andlaşmaların ilke olarak kanun hükmünde olduğunu vurgulamıştır: *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz”*.

Mahkeme, 22/12/1988 tarih ve K.1988/55 sayılı kararında dava dilekçesinde belirtilen normun 98 ve 111 sayılı ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü) Sözleşmelerinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık itirazını ele almıştır. Ancak Mahkeme, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca andlaşmaların yasa hükmünde olduğu ve normun Sözleşme'ye uygunluk denetiminin anayasal denetim kapsamında olmadığı gerekçesiyle bu iddiayı inceleme kapsamı dışında tutmuştur.

Mahkeme bu konudaki tavrını en açık şekilde 27/2/1997 tarih ve K.1997/33 sayılı kararında ortaya koymuştur. Hatta burada Türk doktrininde bu konuda yapılan tartışmaların ya da başka ülkelerin hukuk düzenlerinde uluslararası andlaşmalara tanınan statünün Anayasa Mahkemesi açısından bir bağlayıcılığı olmadığını ve kendisinin kararını oluşturmada Anayasa'yı dikkate almak durumunda olduğunu da ifade etmiştir.

“Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiş ve bunlar hakkında

6 Doktrinde bu konuda yaşanan tartışmalar için bakınız., GÖZLER Kemal, *“İnsan Hakları Normlarının Anayaaüstütlüğü Sorunu”*, **Türkiye'de İnsan Hakları**, Ankara, TODAİE Yayını, 2000, s.25-46. (www.anayasa.gen.tr/insan.htm; 1.5.2004).

Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı kurala bağlanmıştır. Kimi ülkelerde, uluslararası andlaşmaların yasaüstü ve hattâ Anayasaüstü normlar olduğunun kabul edilmiş olmasına ve doktrinde de bu görüşün savunulmasına karşın, Anayasa'nın 90. maddesinden bu sonucu çıkarmak olanaklı değildir”⁷.

Mahkeme, aynı kararda bu yöndeki görüşünü daha da kuvvetlendirir tarzda içtihadının uygulamada ortaya çıkaracağı sorunları da tartışmıştır. Kanun hükmünde olan uluslararası andlaşmaya aykırı bir kuralın sonradan kabul edilmesi hâlinde aynı düzeyde olan bu iki normdan kanun, iç hukuk açısından geçerli olacaktır:

“Anayasa’da çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir andlaşmaya aykırı olmayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, anlaşma kuralına aykırı bir yasa çıkarılması olanaklıdır. Böyle bir yasanın, uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağı da kuşkusuzdur.

İç hukuk yönünden; anlaşmalar ile yasalar arasında herhangi bir çatışma olması ve yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü gerekir”.

Bu nedenle hukuk düzeninde aynı düzeyde olan, aralarında hiyerarşik bir ilişki olmayan normlar arasında uygunluk denetimi yapılabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla Mahkeme kendisinin kanunun uluslararası andlaşmalarla uygunluğunu denetim yetkisi olmadığını bir kez daha vurgulamıştır.

2. Bununla birlikte Mahkeme, bir normun Anayasa'nın 15., 16. ve 42. maddelerine aykırılığı ileriye sürüldüğü durumlarda ilgili normun milletlerarası hukuka uygunluğunu denetleyeceğini ifade etmektedir. Mahkeme, 10/2/1991 tarih ve K.1991/1 sayılı kararında bu görüşünü şu şekilde ifade etmektedir.

“Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler içine öncelikle milletlerarası hukukun genel ilkeleri, sonra da Devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin girdiği kabul edilmektedir. Şu durumda, olağanüstü yönetimlerde kişi hak ve özgürlüklerine getirilebilecek sınırlandırmaların önce milletlerarası hukukun genel ilkelerine sonra da Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu sözleşmelere aykırı olmaması gerekir. İnsan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu en önemli sözleşme “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmedir”⁸.

3. Öte yandan insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmaların, en azından 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun kabul edilene kadar, hukuksal

7 http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1327&content= (31.8.2012)

8 http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=926&content= (31.8.2012)

planda diğer uluslararası andlaşmalardan bir farkının olmadığını söylemek mümkündür. Buna rağmen Mahkemenin bu tür andlaşmalara anayasallık denetimi görevi çerçevesinde farklı bir statü verdiği gözlemlenmektedir.⁹

Mahkeme, 23/9/1996 tarih ve K.1996/34 sayılı kararında bu tip andlaşmaların bizzat ölçü norm olmadığını, göz önünde bulundurulduğunu, ancak bir normu iptal ederken salt bunlara dayanılarak karar verilmediğini belirtmektedir. Çünkü bunlar ikincil niteliktedir, destek ölçü norm niteliğindedir, anayasa hükümlerinin yorumunda esin kaynağıdırlar.

“Anayasa’ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetenilen uluslararası belgelerin, cinsiyete dayalı ayırımı ya da eşitsizliği reddeden bu hükümleri ile Anayasa’nın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesi arasında özde bir farklılık bulunmamaktadır. Ulusların ortak insanlık ideallerini yansıtan bu belgelerde, hak ve özgürlüklerden yararlanmada ortak çıkış noktasını “eşitlik” ilkesi oluşturmaktadır. Uluslararası metinlerde temel bir ilke olarak yerini koruyan “eşitlik”in zaman içinde insana verilen değerin artmasına bağlı olarak hak ve özgürlükler listesinin genişlemesiyle soyuttan somuta indirgenerek birçok alanda düzenlemelerin kaynağını oluşturduğu görülmektedir. Çağdaş hukuk anlayışında görülen bu gelişmeler ulusların hukuk düzenlerinin yeniden gözden geçirilmesini, saptanan aykırılıkların giderilmesini gerektirmektedir”¹⁰.

Mahkeme temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaları, ölçü norm olarak kullandığı anayasa hükümlerini yorumlarken kendi argümanını güçlendirmek ve açıklamak amacıyla ele almaktadır. 7/11/1963 tarih ve K.1963/175 sayılı karar 1961 Anayasası döneminde bu andlaşmalara benzer bir işlev yüklediğini göstermektedir.

“Bu arada Anayasa Komisyonu raporundan ve meclis görüşmeleri sırasında yapılan açıklamalardan Anayasa’nın hazırlanmasında gözönünde bulundurulduğu anlaşılan milletlerarası bir Sözleşme’nin konuya ilişkin hükümlerinin, konuyu aydınlatması yönünden burada belirtilmesi uygun olacaktır. Memleketimizin 1954 senesinde katılmış olduğu, (İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya dair Sözleşme) nin 2 nci maddesinin (Her ferdin yaşama hakkı kanunun himayesi altındadır. Kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında hiç kimse kasten öldürülemez) suretindeki birinci fıkrası ölüm cezasının insan hak ve ana hürriyetlerine de aykırı bulunmadığını açıkça göstermektedir”¹¹.

9 Anayasa Mahkemesinin uluslararası andlaşmalara farklı bir nitelik verdiği kararları olsa da bunları istisnai olarak değerlendirmek gerektiği kanaatindeyiz. Bu konuda örnekler için bakınız, ARSLAN Zühtü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı : Uyum Sorunu ve Gözlemler”, **Anayasa Yargısı**, C. 17, Ankara, 2000, ss. 280-281.

10 http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1281&content= (31.8.2012)

11 http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_

M. Sağlam: Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna Açıklık

Bu durumda Anayasa Mahkemesinin uluslararası andlaşmaları, özellikle AİHS'i, kararlarında destek-ölçü norm olarak kullanmış olduğu söylenebilir.¹²

4. 5170 sayılı Kanun Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına getirdiği ek cümleyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalara hukuk düzeninde farklı bir statü vermiştir: *"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"*.

Bundan böyle milletlerarası andlaşmalarla kanunlar arasında uyumsuzluk olup olmadığını araştırma, bunu tespit ettiğinde de daha iyi bir koruma getiren uluslararası insan hakları standartlarını dikkate alarak kararını verme görevi olağan yargı yerlerine verilmiştir. Esasen bu değişiklik yargıçların kararlarında esas olarak AİHS Hukukunu dikkate almalarını sağlamaya dönüktür. Genel mahkemeler, kanunlar ve Sözleşme arasında bir uyumsuzluk tespit ettiğinde ilgili kanunu ihmal ederek önündeki somut olayı AİHS Hukukuna göre çözüme kavuşturmak yükümlülüğündedirler¹³.

Anayasa'nın 90. maddesine yapılan bu ilave, kanun ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar arasında hiyerarşik bir ilişki kurmaktadır. Dolayısıyla bahse konu hükmün Türk hukuk düzeninde bu tip andlaşmalara Anayasa'nın üzerinde bir değer atfetmediği açıktır. Anayasa Mahkemesi denetimde ölçü norm olarak anayasa hükümlerini esas aldığına göre, 90. maddedeki değişikliğin Mahkeme içtihadında bir farklılık oluşturması beklenmemelidir.

Başka bir anlatımla anılan düzenleme, Anayasa Mahkemesine kanunların anayasa yanında insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmalara uygunluğunu denetleme ve bu denetim neticesinde aykırılık tespit edilen kanunları salt bu nedenle iptal etme gibi bir yetki tanımamaktadır. Mahkemenin 2004 yılından sonra verdiği kararlarında dava dilekçelerinde 90. maddenin son fıkrasına dayanarak yapılan iptal taleplerini incelemediği gözlemlenmektedir.

Mahkeme 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin (7) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2, 11, 13, 36 ve 90. maddelerine aykırılığı iddiasını ele aldığı 16/6/2011 tarih ve K.2011/104 sayılı kararında iddiayı salt 13 ve 36. maddeler açısından incelemiştir. Adil yargılanma hakkı-

karar&ref=show&action=karar&id=57&content= (31.8.2012).

12 Bkz., ARSLAN Zühtü, a.g.m., s. 282.

13 Bkz., GÖNENÇ Levent, "2004 Anayasa Değişiklikleri", **Güncel Hukuk**, Sayı 7, Temmuz 2004, ss. 45-46 http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/docs/makaleler/2004_degisiklikleri.pdf (20 Ağustos 2007); KABOĞLU İbrahim, "Hukuka Yeni Düzenleme", <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=123268> (31.8.2012).

nın Anayasa'nın 36. ve AİHS'in 6. maddesinde düzenlendiğini ifade ettikten sonra Mahkeme bu hakkın içeriğini AİHS ve AİHM kararları çerçevesinde belirlemiştir.

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasındaki adil yargılama ölçütleri içerisinde çekişmeli yargılama, gerekçeli karar, duruşmada hazır bulunma, susma hakkı ve diğer sanık hakları yanında “silahların eşitliği”, “yüzyüzelik” ve “doğrudan doğruluk” ilkeleri de bulunmaktadır”¹⁴.

Mahkeme bu ilkeler çerçevesinde yaptığı değerlendirmede, davaya konu normun Anayasa'nın 13 ve 36. maddelerine aykırı olmadığına karar vermiş ve iptal istemini reddetmiştir. Konumuz açısından önemli olan husus, dava dilekçesinde ileri sürülen 90. maddeye aykırılık iddiasını “dava konusu kuralın Anayasa'nın 11. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir” gerekçesiyle incelemeye değer görülmemiş olmasıdır¹⁵.

5. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma ve Yüce Divan sıfatıyla görev yaparken davaya bakan mahkeme konumundadır. Bu nedenle Anayasa'nın 90. maddesi hükmünün bu görevleri çerçevesinde Mahkemeyi bağladığını kabul etmek gerekir.

Mahkeme, 11/12/2009 tarih ve K.2009/4 sayılı Demokratik Toplum Partisi'nin (DTP) kapatılması kararında bu hususa işaret etmiştir. Kararda ilk olarak 90. maddedeki düzenlemenin neyi içerdiği ve amacı üzerinde durulmuştur.

“Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin yasa hükmünde olduğu ve yasalarla farklı hükümler içermesi nedeniyle doğacak uyumsuzluklarda uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağı öngörülmektedir. Türkiye'nin hukuk düzeni ile çağdaş demokrasilere egemen ilke ve uygulamalar arasında koşutluğun sağlanmasını amaçlayan bu kural, kurucu üyesi ya da üyesi bulunduğumuz uluslararası kuruluşlarca oluşturulmuş temel hak ve özgürlük standartlarının dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır”¹⁶.

Bu hüküm karşısında Mahkeme, siyasi parti kapatma davalarında Anayasa'nın somut normlarının bu alanda geliştirilen uluslararası ilkelerle (özellikle AİHS ve AİHM kararlarıyla) birlikte yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Böyle bir çözümün hak ve özgürlüklerin güvenceye kavuşturulması açısından da önemli olduğunu ifade etmektedir.

14 http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000149&content=90. madde (31.8.212)

15 Bkz. Benzeryönde Anayasa Mahkemesinin 17.3.2011 gün ve K.2011/54 sayılı kararı: http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=3333&content=90. madde (31.8.212)

16 http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2756&content=90 (31.8.2012)

“Anayasa’nın somut kuralları, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin içtihatları ile Avrupa ortak standardını saptayan Venedik Komisyonunun belirlediği kriterlerle birlikte değerlendirildiğinde, bir yandan Anayasa’nın öngördüğü klasik demokrasi anlayışının gereği olarak siyasal özgürlüklerin güvence altına alınması sağlanırken, diğer yandan son çare olarak düşünülen siyasi parti kapatma yaptırımı ile demokratik düzenin korunması amaçlanmıştı”.

Neticede Anayasa’nın bizzat uluslararası andlaşmayı ölçü norm olarak belirlediği haller dışında (15., 16. ve 42. maddeler) Anayasa Mahkemesi bir normun, niteliği ve konusu ne olursa olsun uluslararası andlaşmaya uygunluğunu denetleme yetkisinin olmadığını söylemektedir. Zaten Mahkemenin, bir normun salt uluslararası andlaşmaya aykırılığı sebebiyle iptaline karar verdiği bir örnek de bulmak mümkün değildir.

II. AİHS VE AİHM KARARLARININ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA ETKİSİ

Anayasa Mahkemesinin anayasa hükümlerini yorumlarken uluslararası insan hakları belgelerinden AİHS’yi ve onu dinamik içtihadıyla günün gelişen şartlarıyla uyumlu kılan AİHM kararlarını nasıl gözettiğinin ve bunları anayasal sorunu aydınlatmada ne şekilde kullandığının AYM kararlarından örneklerle sistematik bir şekilde ortaya konulması bireysel başvuru için iki açıdan önemlidir.

İlki Türkiye, 18/5/1954 tarihinden beri AİHS’in taraflarından biridir. Ayrıca 1987 yılında bireysel başvuru yetkisini, 1990 yılında ise AİHM’in zorunlu yargılama yetkisini tanıyarak bizzat AİHS’in kendi vatandaşlarına etkin bir şekilde uygulanmasının denetimini Avrupa Konseyi makamlarına tanımıştır. Zaten Anayasa Mahkemesi de birçok kararında insan hakları uluslararası metinlerini özellikle AİHS’i Anayasa maddelerini yorumlamada, somutlaştırmada göz önünde bulundurduğunu ifade etmektedir.

“İnsan, içinde yaşadığı toplumun bireyi olması kadar, insanlığın da bir üyesidir. Bu durum, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir sorun olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu açıdan Anayasa’nın Başlangıç’ı ve 2. maddesi kuralları gereği olarak ‘İnsan Hakları Evrensel Demeci’ ile ‘Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’yi de itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur”¹⁷.

İkincisi bireysel başvurunun kabul edilmesinde AİHS ve AİHM’in verdi-

17 Anayasa Mahkemesinin 16.6.1992 gün ve K.1992/39 sayılı kararı: http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1027&content= (31.8.2012).

ği kararların etkisi yadsınamaz. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurunun kabul edildiği 12 Eylül 2010 tarihli referandum sonrasındaki tutumunun bilinmesi onun 23 Eylül 2012 tarihinde başlayan bireysel başvurulardaki tavrı konusunda fikir verecektir.

Konunun siyasi parti kapatma ve norm denetimi çerçevesinde ayrı ayrı incelenmesinin daha sağlıklı değerlendirme imkânı vereceği değerlendirilmiştir¹⁸.

A. Siyasi Parti Kapatma Davaları

1. Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde siyasi parti kapatma davalarında uluslararası insan hakları metinlerine özellikle de AİHS'e atıfta bulunmaktadır. Hatta Anayasa Mahkemesinin siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetlediği siyasi parti kapatma davalarında AİHS ve AİHM kararlarını diğer denetim usullerine göre daha yoğun şekilde kullandığı söylenebilir.

Ancak yakın dönem birkaç kararı hariç Mahkemenin kararlarında Sözleşme'yi kendi algıladığı şekliyle bir sonuca vardığını gözlemliyoruz: Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan örgütlenme özgürlüğünü sınırlayan millî güvenlik, suçun önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması vb. nedenler yoğun bir şekilde kararlarda kullanılmıştır. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi bu davalarda, AİHM'den farklı olarak, Sözleşme'nin 17. maddesine dayanarak örgütlenme özgürlüğünün demokratik düzeni tahrip etmek için kullanılamayacağını da ısrarla vurgulamıştır¹⁹.

Dolayısıyla Mahkeme yakın dönemlere kadar siyasi partilerle ilgili kararlarında Sözleşme'deki sınırlayıcı hükümleri esas almış, AİHM'in örgütlenme özgürlüğü giderek genişleten içtihadını göz ardı etmiştir. Üstelik Mahkeme bu sınırlayıcı hükümleri de oldukça geniş yorumlama eğilimindeydi.

2. 1990 ila 2000 yılları arasında on dokuz (19) siyasi parti hakkında kapatma davası açılmıştır²⁰. Bunlardan on beş âdeti, ilgili siyasi partinin Devletin

18 Anayasa Mahkemesinin AİHS ve AİHM içtihadına atıfta bulunduğu kararları, Nisan 2008 tarihine kadar olan dönemi kapsayacak şekilde, daha önce bir araya getirilmiştir (BAŞLAR Kemal, *Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, Nisan 2008 s. 19-73).

Bu çalışmada ise özellikle 12 Eylül 2010 yılında yapılan referandum sonrasında AİHM içtihadına atıflar ön plana çıkarılmaya çalışılmıştır. Bu nedenle siyasi partilerin anayasallık denetimi dışında –ki en yakın dönemde verilen karar 2009 yılına aittir– özellikle 2010 ve sonrası iptal ve itiraz davaları neticesinde verilen kararlar üzerinde durulmuştur.

19 BAŞLAR Kemal, *a.g.e.*, s. 42.

20 Bu konuda bakınız: *Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın 49. Kuruluş Günü Törenini Açış Konuşması* <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=haber&id=123> (31.8.2012).

ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ile laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı faaliyetlerinden dolayı; kalan dördü ise, çeşitli sebeplere bağlı olarak açılmıştır. Söz konusu on dokuz kapatma davasının on yedisi (17) kapatma kararı ile, ikisi ise kapatma isteminin reddi kararıyla neticelenmiştir²¹. Oysa 2001 ile 2010 yılları arasında on beş (15) siyasi parti hakkında kapatma davası açılmış, bunlardan biri (1) hakkında kapatma kararı, on dava hakkında red kararı, dördü hakkında ise davanın düşürülmesine karar verilmiştir²².

Anayasa Mahkemesinin ifade ve örgütlenme özgürlüğü konusunda katı ve sınırlayıcı tutumunu yansıtan içtihadında 2003 yılı sonrasında bir yön değişikliği olmuş, Mahkeme AİHS ve AİHM içtihatlarını dikkate alarak tercihinin siyasi özgürlükler lehine ortaya koymuştur. *“Başka bir anlatımla, terör, şiddet ve baskı bağlantılı parti çalışmaları dışında kalan faaliyetler, ifade ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirilerek, kapatma kararına dayanak teşkil etmemiştir. Bundan böyle Mahkemenin temel içtihadı bu şekilde oluşmuş ve yerleşmiştir”*²³.

3. Bu içtihat değişikliği konusunda en belirgin örnek Anayasa Mahkemesinin 11/12/2009 tarih ve K.2009/4 sayılı Demokratik Toplum Partisinin (DTP) kapatılması kararıdır²⁴. Mahkeme bu kararında, AİHM’in ve Venedik Komisyonunun siyasi partilerin kapatılması hususunda kabul ettiği kriterleri uygulamıştır.

Anılan kararda, Anayasa’nın 90. maddesinin Türk anayasal düzeni ile üyesi bulunulan uluslararası kuruluşlarca oluşturulmuş evrensel nitelikteki temel hak ve özgürlük standartlarının dikkate alınmasını gerekli kıldığı, bu anlamda Anayasa’nın ilgili hükümlerinin *“İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin içtihatları ile Avrupa ortak standardını saptayan Venedik Komisyonunun belirlediği kriterlerle birlikte değerlendiril”*mesi gerektiği belirtilmiştir²⁵.

21 Yukarıdaki verilerin değerlendirilmesinde hataya düşülmemesi için bu verilerde kapatma davalarının açıldığı tarihlerin değerlendirmede esas alındığını özellikle belirtmek gerekir.

22 HADEP konusunda kapatma davası 1999 yılında açılmış kapatma kararı ise 2003 yılında alınmıştır. Aynı şekilde Fazilet Partisi hakkında 1999 yılında açılan davada 2001 yılında kapatma kararı verilmiştir.

23 **Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın 49. Kuruluş Günü Törenini Açış Konuşması** <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=haber&id=123> (31.8.2012).

24 http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2756&content= (3.9.2012)

25 *“Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin yasa hükmünde olduğu ve yasalarla farklı hükümler içermesi nedeniyle doğacak uyumsuzluklarda uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağı öngörülmektedir. Türkiye’nin hukuk düzeni ile çağdaş demokrasilere egemen ilke ve uygulamalar arasında koşutluğun sağlanmasını amaçlayan bu kural, kurucu üyesi ya da üyesi bulunduğumuz uluslararası kuruluşlarca oluşturulmuş temel hak ve özgürlük standartlarının dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Anayasa’nın somut kuralları, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin içtihatları ile Avrupa ortak standardını saptayan Venedik Komisyonunun belirlediği kriterlerle birlikte değerlendirildiğinde, bir yandan*

Haşim Kılıç'a Armağan

Bu çerçevede Mahkeme, AİHM tarafından parti kapatmalarla alakalı olarak verilen *Herri Batasuna ve Batasuna/İspanya* kararına atıfta bulunarak oradaki kriterleri uyguladığını belirtmektedir. *"Nitekim teröre destek verdikleri ve terörü kınamayı reddettikleri gerekçesine dayalı olarak İspanyol yargı organlarınca kapatılmalarına karar verilen Herri Batasuna ve Batasuna Partilerinin yaptığı başvuruyu değerlendiren AİHM Beşinci Dairesi, 30 Haziran 2009 tarihli Herri Batasuna ve Batasuna / İspanya kararında özetle şu gerekçelerle Sözleşme'nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır"*.

Nihayet Anayasa Mahkemesi, Demokratik Toplum Partisinin haklar ve özgürlükleri ve siyasi çoğulculuk ilkelerini kötüye kullanarak etnisite temelli ayrışmayı *"demokratik ilkelerle bağdaşmayan söylem ve eylemler ile terör örgütü desteğiyle elde etmek istediği ve terörü kendi siyasi politikaları için araç olarak kullandığı"* gerekçesiyle kapatılmasına karar vermiştir. Mahkemeye göre bu tedbirin *"ulusal güvenliğin ve anayasal düzenin korunması yönünde güdülen meşru amaçla orantılı, demokratik bir toplumda gerekli ve zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevap veren nitelikte olacağı açıktır"*²⁶.

B. İptal ve İtiraz Davaları

Anayasa Mahkemesinin norm denetimi çerçevesinde verdiği kararlarda uluslararası hukuka açıklığın daha belirgin olarak ortaya konulduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi bazen hakkın hem Anayasa'da hem de AİHS'de yer aldığını tespit etmiş, bazen anayasal hakkı AİHM içtihatlarını dikkate alarak yorumlamış bazen de hakkın kapsamının belirlenmesinde AİHM ile paralellik kurma gayreti içine girmiştir.

1. Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında sadece Anayasa ile AİHS'in aynı nitelikteki bir hakkı benimsediğini hatırlatmakla yetinmektedir. Aslında bu tespitin karar gerekçesinde açıkça ifade edilmese de hakkın içeriği konusunda her iki metin arasında bir paralellik olduğuna işaret etmek amacına dönük olduğu söylenebilir.

Anayasa'nın öngördüğü klasik demokrasi anlayışının gereği olarak siyasal özgürlüklerin güvence altına alınması sağlanırken, diğer yandan son çare olarak düşünülen siyasi parti kapatma yaptırımını ile demokratik düzenin korunması amaçlanmıştır." Ibid.

26 *"Yukarıda belirtilen bu eylemlerle Demokratik Toplum Partisi'nin, eksik gördüğü ve siyaseten tanınmasını beklediği haklar ve özgürlükleri, demokrasinin siyasi çoğulculuğa verdiği anlamlı destek ve hoşgörüyü kötüye kullanarak, etnisite temeline dayalı kültürel, sınıfsal yapılanma ve yönetim ayrışıklığına yol açan ve demokratik ilkelerle bağdaşmayan söylem ve eylemlerle ve terör örgütü desteğiyle elde etmek istediği ve terörü kendi siyasi politikaları için araç olarak kullandığı sonucuna varılmaktadır ... Belirtilen gerekçeler karşısında davalı Parti hakkında verilecek bir kapatma kararının, ulusal güvenliğin ve anayasal düzenin korunması yönünde güdülen meşru amaçla orantılı, demokratik bir toplumda gerekli ve zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevap veren nitelikte olacağı açıktır."*Ibid.

28/4/2011 tarih ve K.2011/69 sayılı kararında²⁷ Mahkeme, eğitim ve öğrenim hakkının ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile de korunduğunu ifade etmiş, AİHS'e Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesindeki hükmü aynen aktarmıştır: *"Hiç kimse, eğitim hakkından yoksun bırakılamaz"*. Mahkeme, konuyu daha sonra Anayasa'nın 42 ve 13. maddeleri bağlamında ele alarak bir karara varmış olmakla beraber bu maddeleri yorumlamada AİHS metnini dikkate aldığını böylece ifade etmiştir²⁸.

2. Anayasa Mahkemesi bazen bir hakkın alt unsurlarını ya da hakkın içeriğinde yer alan bir kavramı tanımlarken açıkça AİHM'in özerk kavramlar teorisinden yararlanmış ve bizim hukukumuzda da bu konuda paralel bir düzenleme getirildiğini söylemiştir. 19/1/2012 tarih ve K.2012/10 sayılı kararında²⁹ Mahkeme, Anayasa'nın 9, 36 ve 142. maddelerinde yer alan *"mahkeme"* kavramının ulusal hukukta AİHS'in 6. maddesine paralel şekilde algılandığını ifade etmiştir: *"Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesi, adil yargılanma ve savunma haklarının temelidir. Anayasa'da ve uluslararası sözleşmelerde "mahkeme" kavramı için belirli bir şekil şartı aranmamakta, yasayla kurulmuş, bağımsız, tarafsız ve yargılama usulü güvencesine sahip yargı yeri, mahkeme olarak kabul edilmektedir. Bu ilkelere aykırı olmamak şartı ile yasa koyucunun mahkemelelerin oluşum, kuruluş ve çalışma usullerini serbestçe belirlemesi mümkündür"*. Dolayısıyla mahkeme kavramı, Türk anayasa Yargısı'nda AİHM içtihadına benzer bir içerik ve anlama sahiptir ve Anayasa Mahkemesi normun denetimini bu ilkelere göre belirlediği mahkeme kavramına uygunluk açısından yapmaktadır.

3. Anayasa Mahkemesi bir normun Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken bazen AİHM'in somut bir olayı değerlendirmede geliştirdiği kriterleri bizzat uygulayarak sonuca varmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 20/10/2011 tarih ve K.2011/142 sayılı kararına³⁰ göre, yasama organı yargı hizmetlerinin verilmesi karşılığında harç alınmasını düzenlerken bu harcın hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesi kapsamındaki mahkemeye erişim hakkını zedelememesine dikkat etmelidir³¹. Harcın mahkemeye erişimi zedeleyip zedelediğini araştırırken de AİHM içtihatlarıyla oluşan kriterleri uygulamıştır: *"harcın miktarının*

27 http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=3343&content= (3.9.2012).

28 Benzer bir karar için bakınız: Anayasa Mahkemesinin 17.6.2010 gün ve K.2010/82 sayılı kararı.

29 http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000198&content= (3.9.2012).

30 http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000152&content= (3.9.2012).

31 Mahkemeye erişim hakkının AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olduğunu gözden uzak tutmamak gerekir.

Haşim Kılıç'a Armağan

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".

Aynı zamanda AİHM'in bu kriterleri geliştirdiği ve uyguladığı kararları da Anayasa Mahkemesi tarafından kararının gerekçesinde sıralanmıştır: *"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)".*

4. Anayasa Mahkemesi bazen de Anayasa ve Sözleşme'de hakkın aynı şekilde adlandırıldığından yola çıkarak sadece AİHM içtihadıyla oluşan yoruma dayanarak da karar alabilmektedir.

16/6/2011 tarih ve K.2011/105 sayılı kararında³² Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkı için mahkemelerin sadece kararlarının adil olmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda hâkimlere adil bir karar verebilmeleri için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığının araştırılması gerektiğini ifade etmiştir: *"Anayasa'nın 36. maddesinin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin koruması altında olan, içerik olarak adil bir karar verilip verilmediğiyle birlikte, adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığıdır".*

İtiraza konu kuralı bu açıdan da değerlendiren Anayasa Mahkemesi kuralın diğer anayasa hükümleri yanında Anayasa'nın 36. maddesine de aykırı olduğuna hükmetmiştir: *"Yargının hiyerarşik organizasyonu, kıdem, sınıf veya derece farkları hiçbir biçimde yargıcın etki altında kalmadan, özgürce karar vermesine yönelik bir müdahaleye dönüşmemelidir. İtiraz konusu kuralda, sadece "en yakın askeri mahkeme" sözcüklerinin kullanılmasıyla davanın görüleceği mahkeme belirlenerek, yargılanacak hâkim ve savcı ile yargılamayı yapacak hâkim yönlerinden adil yargılanma hakkı korunmamıştır"*³³.

5. Anayasa Mahkemesi bir hakkı oluşturan unsurları belirlerken Anayasa'da açık bir şekilde yer almasa da o hakkın, AİHM kararları bağlamında ayrılmaz bir parçası kabul edilen ilkelerini kullanmaktadır.

Mahkeme, 16/6/2011 tarih ve K.2011/104 sayılı kararında³⁴; Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının Sözleşme'nin 6. maddesine AİHM içtihatlarıyla eklenen çelişmeli yargılama ilkesi ile silahların eşitliği ilkesini kapsadığı sonucuna varmıştır. Dolayısıyla bir kural, bu ilkelere uyumlu olduğunda ancak Anayasa ile de uyumlu olacaktır: 36. *"maddeye 2001 deği-*

32 http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000052&content= (3.9.2012).

33 Benzer bir karar için bakınız: Anayasa Mahkemesinin 12.5.2011 gün ve K.2011/77 sayılı kararı.

34 http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000149&content= (3.9.2012).

M. Sağlam: Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna Açıklık

şiklikleriyle eklenen “adil yargılanma” ibaresine ilişkin gerekçede, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dahil edildiği vurgulanmıştır. Bu sözleşmelerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasındaki adil yargılama ölçütleri içerisinde çekişmeli yargılama, gerekçeli karar, duruşmada hazır bulunma, susma hakkı ve diğer sanık hakları yanında “silahların eşitliği”, “yüz yüzelik” ve “doğrudan doğrudanlık” ilkeleri de bulunmaktadır³⁵.

Neticede aynı konuya ilişkin AİHM kararlarını da dikkate alarak yaptığı değerlendirmede Mahkeme, iptali istenen normun Anayasa’ya aykırı olmadığını karar vermiştir³⁶.

6. Anayasa Mahkemesinin norm denetimi görevi çerçevesinde AİHM içtihadını dikkate aldığı kararlarını tespit ederken sadece AİHS ve AİHM içtihadına açıkça atıf yapılan kararlarla yetinmek bizi yanıltıcı bir sonuca götürebilecektir.

Mahkeme 12/1/2012 gün ve K.2012/2 sayılı kararında³⁷ ne AİHS ne de AİHM içtihadına atıfta bulunmamıştır. Ancak bu karar, AİHM’in hukuk kuralının niteliğine ilişkin içtihadının Anayasa Mahkemesi kararlarına en iyi şekilde aktarıldığı örneklerden birini oluşturmaktadır.

İtiraza konu normu, öngörülebilirlik ve erişilebilirlik açısından değerlendirmeye tabi tutan Mahkemeye göre bir kuralın “metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanun muhtemel etki ve sonuçlarına dair yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır”. Bu da yeterli değildir, aynı zamanda hukuk kuralının erişilebilir olması da bir zorunluluktur. “Bu özelliklere sahip kanunun aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir

35 Benzer bir karar için bakınız: Anayasa Mahkemesinin 3.6.2010 gün ve K.2010/79 sayılı kararı.

36 “Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de hakkında koruma tedbiri uygulanmış tanık beyanları ile ilgili başvuruları incelediği kararlarında, tüm delillerin tartışma ortamını hazırlayacak şekilde tanığın mevcut bulunduğu aleni bir duruşmada ileri sürülmesi gerektiği ancak, tanık beyanının delil sayılabilmesi için tanığın mutlaka mahkemede aleni duruşmada dinlenilmesi zorunluluğunun bulunmadığı, muhakemenin bir bütün olarak adil olması şartıyla sanıktan gelecek haksız müdahalelerden korunması için yeterli sebep mevcutsa tanığın kimliğinin gizli tutulmasının mümkün olabileceği, mahkumiyet kararının yalnızca kimliği açıklanmayan tanığın ifadesine dayandırılmayacağı gibi bu ifadenin ağırlıklı rol oynayan delil konumunda da olamayacağı, açık celse dışında verilen bu tarz ifadelerin ancak savunma için, tanığın ve ifadesinin inanırlığını ve güvenilirliğini sorgulama fırsatını teminat altına alan telafi edici önlemlerin sağlanması gerektiği, savunma hakkı üzerindeki kısıtlamaların asgaride tutulmuş olması ve bu kısıtlamaların tanığın korunmasını sağlamak için gerekli olması gerektiği, sanığın çıkarlarının ona karşı ifade veren tanığın çıkarlarıyla dengelenmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa’nın 13. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”

37 http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000228&content= (3.9.2012).

olması da gerekir”.

Mahkeme Siyasi Partiler Kanunu Dördüncü Kısımındaki “maddelerde yer alan fiillerin hangi hallerde suç teşkil edeceğinin gerçek kişilerce yeterli açıklıkta öngörülebilir oldukları”nın söylenemeyeceğini, “Çünkü doğrudan siyasi parti tüzel kişiliğini muhatap alan bu yasaklar, itiraz konusu kuralla, kişiler hakkında yaptırım öngören düzenlemelere dönüştürülmüş”tür.

Öte yandan Mahkeme, öngörülebilirliğin kuralın konulduğu dönem için kabul edilse bile zaman içinde siyasi partiler hukukunda yapılan değişikliklerle bunun artık mümkün olmadığının altını da çizmektedir³⁸.

7. Bununla beraber Anayasa Mahkemesinin kendi değerlendirmesini üstün tutmak suretiyle AİHS ve AİHM içtihadından tamamen farklı yönde verdiği kararların da olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun 187. maddesindeki “Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” hükmünün anayasallık itirazına konu edildiği davada Anayasa Mahkemesi AİHM’in Ünal Tekeli/Türkiye davasındaki (B. No: 29865/96) kararının tamamen zıddı yönünde bir karar almıştır.

10/3/2011 tarih ve K.2011/49 sayılı bu kararında Anayasa Mahkemesi üye ülkelerin bu konudaki takdir hakkını ön plana çıkartmış ve söz konusu kurala yasama organının kamu yararı ile birey hakları arasında adil bir dengeyi kurduğunu ifade etmiştir.

“Bu kapsamda, yasakoyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması da sağlanmıştır”³⁹.

8. Öte yandan Anayasa Mahkemesi üyeleri de karşı oy yazılarında AİHS’ye ve AİHM içtihatlarına yoğun olarak atıfta bulunmaktadırlar. Mahkeme, Belediye Kanunu’nun 15. maddesinin Anayasa’ya aykırılığı iddiasını incelediği 16/12/2010 tarih ve K.2010/114 sayılı kararında⁴⁰ oy çokluğu ile talebi reddet-

38 “Diğer yandan, gerek anayasal veya yasal değişiklikler sonucunda gerekse uygulamayla zaman içerisinde siyasi faaliyet alanı genişlemiştir. Buna bağlı olarak kuralın, içinde yer aldığı Kanun’un yasalastığı dönemde ‘öngörülebilir’ olduğu kabul edilse bile, Anayasa ile yasalarda yapılan siyasi faaliyet özgürlüğünü genişleten değişikliklerle buna paralel uygulamalar neticesinde öngörülebilir olma özelliğini tümenden yitirdiği sonucuna varılmıştır.”

39 http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=3399&content= (3.9.2012).

40 http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=3334&content= (3.9.2012).

miştir. Fakat anılan normun Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri süren üyeler karşı oy gerekçelerinde bu iddialarını AİHM kararları ile desteklemişlerdir:

“AİHM’ne göre de, istenilebilir olduğu yeterince ortaya koyulduğunda, 1 No’lu Ek Protokol’ün 1. maddesi uyarınca, bir “alacak”, “mülk” olarak nitelendirilebilir (Bkz. Yunanistan Rafinerileri Stran ve Stratis Andreadis-Yunanistan, A serisi No: 301-B, s. 84, § 59 ve Bourdov-Rusya No: 59498/00, §40, CEDH 2002-II). Bu nedenle kişilerin alacak haklarının da Anayasa’nın 35. maddesinin güvencesi altında olduğunda duraksamaya yer yoktur.

... Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi benzer bir olayla ilgili olarak, Diyarbakır Belediyesi tarafından işten çıkarıldıktan sonra, Belediye aleyhinde Diyarbakır İş Mahkemesi’nde açtığı davayı kazanmasına ve haciz yoluna başvurmasına rağmen haciz yasağı öngören kural nedeniyle alacağına kavuşamayan başvuru yönünden Sözleşme’nin 1 No’lu Ek Protokol’ünün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır”⁴¹.

III. BİREYSEL BAŞVURUNUN İNCELENMESİNDE AİHS VE AİHM KARARLARININ YERİ

Anayasanın bireysel başvuruyu düzenleyen 148/3. maddesi *“Herkes, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir”* diyerek bireysel başvuru konusu hakların belirlenmesinde AİHS’i dikkate almayı emretmektedir. Başka bir ifadeyle kamu gücünün bir işlemi anayasal bir hak ve özgürlüğü –o hak aynı zamanda AİHS’de yer almalıdır- ihlal ediyorsa Anayasa Mahkemesi davaya bakan ve sonuçlandıracaktır. Anayasa ile Sözleşme’nin normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda bir değişiklik getirmeyen bu hüküm, Anayasa Mahkemesinin kişilerin hak ihlali iddialarının gerçekliğini araştırırken dayanak olarak Sözleşme hükümlerini dikkate almasını açıkça ifade etmektedir. Elbette Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru usulünde de kararını Anayasa’ya göre vermek durumundadır.

Ancak bu durum anılan maddedeki AİHS ibaresinin tek işlevinin bireysel başvuru konusu hak ve özgürlüklerin listesini belirlemeye yardımcı olmak olduğu şeklinde algılanmamalıdır. Bireysel başvurunun kabul ediliş süreci (A), bireysel başvuruyu düzenlerken kullanılan ifadeler (B) ve Mahkemenin bireysel başvuru uygulamasında verdiği kararlar (C) bunu açıklıkla göstermiştir.

⁴¹ Benzer bir karar için bakınız: Anayasa Mahkemesinin 18.6.2009 gün ve K. 2009/90 sayılı kararı.

A. Bireysel Başvuru Kabul Ediliş Süreci

1. Bireysel başvuru, 12 Eylül 2010 referandumuyla kabul edilinceye kadar gerek anayasa önerilerinde⁴² gerekse doktrinde⁴³ geniş yer bulan bir konudur. Anılan eserlerde bireysel başvurunun kabul edilmesini savunanların iki temel gerekçeden hareket ettiği söylenebilir: İlki, temel hak ve özgürlük ihlallerinin önlenmesi, ikincisi ise hukuk düzeninin ve anayasa Yargısı içtihadının insan hakları yönünde evriminin sağlanmasıdır⁴⁴.

2. 5982 sayılı Kanun'un 12/9/2010 referandumuyla kabulü ile hayata geçen anayasal reformun gerekçesinde de⁴⁵ bu düşüncelere paralellik arz edecek şekilde üç önemli hususun altı çizilmektedir⁴⁶.

İlk olarak bireysel başvurudan, ülkemizin AİHM önündeki saygınlığının tesisine yardımcı olması beklenmektedir. Gerekçede ifade edildiği üzere, Türkiye aleyhine her yıl AİHM'e binlerce başvuru yapılmakta ve bu başvuruların ve verilen ihlal kararlarının sayısının azaltılması amacıyla iç hukukta yeni çözüm yollarının kabul edilmesi acil bir ihtiyaç olarak belirmektedir⁴⁷. Bu arayış ise Federal Almanya ve İspanya gibi birçok ülkede uygulanan ve uygulandığı ülkelerde de AİHM'e giden başvuruların azalmasında önemli bir faktör olarak kabul edilen bireysel başvuruyu akla getirmektedir. Aslında AİHS sisteminin esası da, iç hukukta çözüme kavuşmayan temel hak ihlallerinin ulusalüstü düzeyde ele alınmasını gerektirmektedir.

Öte yandan başarılı bir bireysel başvuru mekanizmasının kurulmasının ülkemizde haklar ve hukukun üstünlüğü alanındaki standartları yükseltmesi beklenmektedir. Bu yolun hayata geçmesi ile kamu otoriteleri, ister istemez temel hak ve özgürlüklere daha duyarlı bir davranış ve tutum sergilemek ih-

42 Bkz., SAĞLAM Musa, "Yargının Yeniden Yapılandırılması", in **Yeni Anayasa'nın Temel Kodları**, Ed. Ahmet BATTAL, Turgut Özal Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 144-146.

43 Bkz., KABOĞLU İbrahim Özden, *Anayasa Yargısı*, 2. basım, İmge Yayınevi, Ankara, 1997, s. 80

44 Bu konuda örnek olarak Anayasa Mahkemesinin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Tartışma Paneli"nde sunulan bildiri ve tartışmalara bakılabilir: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg21/tbby.pdf (3.9.2012)

45 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> (3.9.2011)

46 Bu konu izleyen makaleden değiştirilerek alınmıştır: SAĞLAM Musa, "Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Ülkemizde Bireysel Başvuru", **Mehmet AKAD'a Armağan**, Der Yayınları, İstanbul, s. 753-754

47 AİHS ile O'nun kurduğu denetim organlarının kararları ve istatistikler konusunda izleyen adrese bakılabilir: <http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belgeler.php> (3.9.2012)
AİHM'in resmi istatistiklerine göre, Türkiye 1 Ocak 2010 tarihi itibarıyla AİHM'in bir mercii önünde karar aşamasında bekleyen dosya sayısı bakımından ülkeler arasında ikinci sırada yer almaktadır. 1959-2009 tarihleri arasında verilen ihlal kararlarını değerlendirdiğimizde ise aynı tarihte % 18.81'lik oranla hakkında en fazla ihlal kararının verildiği ülke Türkiye'dir. http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/gostergeler/istatistik_AIHM_GenelBilgiler.pdf (30.6.2011)

tiyacını hissedeceklerdir.

Son olarak bireysel başvuru sayesinde, Anayasa Mahkemesinin özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonu daha da ön plana çıkacak ve belki de bu görev O'nun özgürlük eksenli bir içtihat geliştiremediği yönündeki eleştirilerin son bulmasına neden olacaktır. Gerçekten de günümüzde anayasa mahkemelerinin temel misyonu temel hak ve özgürlükleri koruma haline gelmiştir ve bu çerçevede bireysel başvuru, çok sayıda ülkede anayasa Yargısı'nın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir⁴⁸.

B. Hakları AİHS'ye göre Belirleme

1. Anayasa'nın 148. maddesinde bireysel başvuru konusu hakların belirlenmesinde AİHS'ye göndermede bulunulması, hakların dolayısıyla denetimin kapsamının AİHS'ye bağlı olarak belirlenmesi, bazı yazarların ifade ettiği gibi salt sosyal ve ekonomik hakları dışarıda bırakmak için değildir⁴⁹. Anayasal hak ve özgürlüklerden salt AİHS kapsamında yer alanlardan birinin ihlali durumunda bireysel başvuru yoluna gidilebilmesinin esaslı nedeni yukarıda reformun gerekçesinde de ortaya konulduğu gibi ülkemiz hakkında AİHM önünde yapılmış başvurulardır.

2. 5982 sayılı Kanun'un kabul edilmesi öncesinde bireysel başvurunun kabul edilmesine yönelik anayasa önerilerinde de benzer kaygılar dile getirilmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesinin 2004 yılında Meclis Anayasa Komisyonu ve kamuoyuna sunduğu Mahkemenin teşkilat ve görevlerinde değişiklikler öneren Rapor⁵⁰ bireysel başvuruya yer vermektedir.

Bu Rapor, başvuruya konu hakların AİHS'ye atıf yaparak tespitini öngörmüş ve bu atıf, diğer sebepler arasında, anayasal haklar katalogunda klasik hakları ayırmadaki zorlukla da gerekçelendirilmişti. Ancak bireysel başvurunun salt klasik hakları kapsayacak şekilde sınırlandırılması için farklı yöntemler tercih edilebilirdi. İlk olarak Anayasa'da başvuru konusu hakların neler olduğu Anayasa'nın o hakkı düzenleyen maddesine yapılan bir göndermeyle yapılabilirdi. Eğer bu şekilde bir düzenlemenin Anayasa'da yapılmasının anayasa tekniğine uygun olmayacağı düşünülüyorsa konu, temel ilkeler belirlenerek tamamen kanun koyucuya bırakılabilirdi.

48 SAĞLAM Musa, "Bir Hak Arama Yolu Olarak Bireysel Başvuru", **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu, Anadolu Ün. Hukuk Fakültesi Yayınları** no: 10, Eskişehir, 2010, s. 30-33.

49 Bu konudaki tartışmalarla ilgili bakınız: SAĞLAM Musa "Bireysel Başvuru Konusu Haklar (1982 Anayasası ve 6216 sayılı Kanun Çerçevesinde)", **Anayasa Mahkemesi 50. Yıl Armağanı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013.

50 TÜLEN Hikmet, "Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Anayasa Değişikliği Taslağı Üzerine Açıklamalar ve Birkaç Öneri" <http://www.e-akademi.org/makaleler/htulen-1.htm> (3.9.2012).

İkinci olarak, diğer ülke uygulamalarında olduğu gibi, Anayasa'nın ilgili bölümlerine atıfta bulunarak da sorun çözümlenebilirdi: Anayasa'nın İkinci Kısım İkinci Bölümünde yer alan "*Kişinin Hakları ve Ödevleri*"nin bütünüyle, Üçüncü ve Dördüncü Bölümlerde yer alanlar haklardan da kapsama dâhil olması istenenler madde numarası ile ifade edilebilirdi: Örneğin 10. madde (Kanun önünde eşitlik), 48. madde (Çalışma ve sözleşme hürriyeti), 51. madde (Sendika kurma hakkı) veya 68. madde (Parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma) vb.

Dolayısıyla Raporda, Türkiye'nin AİHM önündeki durumu ile ilgili kaygının Önerinin bu şekilde kaleme alınmasında daha etkili olduğu söylenebilir: AİHM'e yapılan bireysel başvuruya benzer bir iç hukuk yolu olan bu yolun Türkiye'ye karşı AİHM önünde yapılacak başvuruların sayısında önemli bir azalmayı getirmesi. Ayrıca bireysel başvuru yolunun tüketilmiş olmasının AİHM'e başvurunun bir önkoşulu olduğuna gerekçede yer verilmiştir⁵¹.

2007 yılında hazırlanan TBB Anayasa Önerisinde de, bireysel başvurunun, AİHM'in Türkiye aleyhine verdiği ihlal kararlarının sayısında bir azalmaya yol açacağı Federal Almanya ve İspanya örneklerinden verilerle ortaya konulmaktadır: "*Örneğin Anayasa şikâyetini uygulayan Almanya ve İspanya aleyhine 1999-2005 yılları arasında AİHM'de açılan davalarda saptanan ihlal sayısı ülke sırasına göre 47 ve 19 iken, bu yöntemi benimsememiş olan Fransa, İtalya ve Türkiye'de bu sayı, ülke sırasına göre 344, 1170 ve 764'dür*"⁵².

3. 5982 sayılı Kanunun ne teklif metninde ne de Kanuna ilişkin Anayasa Komisyonu raporunda, bireysel başvuruda AİHM'e yapılan atfın salt klasik hakların başvuruya konu edilebilmesi amacına dönük olduğuna dair bir ifade de yer almamaktadır. Aksine gerekçede Türkiye'nin AİHM önündeki olumsuz olarak nitelendirilen tablosu ayrıntılı bir şekilde anlatılmıştır⁵³.

Doktrin de bireysel başvurunun kabul edilmesiyle temel hak ve özgürlük ihlallerinin önemli ölçüde azalacağı ve hukuk düzeni ve anayasa Yargısı içti-hadında insan hakları yönünde bir değişim yaşanacağını iddia etmektedir⁵⁴.

51 SAĞLAM Fazıl, "*Anayasa Şikâyeti İle İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları*", **Anayasa Yargısı İncelemeleri 1**, Editörler: Mehmet TURHAN-Hikmet TÜLEN, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2006, s. 72-73.

52 **Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi**, TBB Yayınları no: 131, Ankara, 2007, s. 292.

53 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> (3.9.2012)

54 Bu konuda örnek olarak bakınız, DERMAN Özgür, "*AİHM'in Sürekli İhlalinin Önlenmesi: Anayasa Mahkemesinin Rolü*", http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/conf3/Derman_AnayasaMahkemesi.doc (3.9.2012); KABOĞLU İbrahim, **Anayasa Yargısı** , 2. Baskı, Ankara 1997, İmge Yayınları, s. 76.

C. Bireysel Başvuru Uygulaması

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru ile ilgili verdiği ilk kararlardan itibaren başvuru konusu somut duruma ilişkin AİHM'in yaklaşımını araştırmış, kararlarının AİHM kararlarıyla uyumlu olmasına özen göstermiş ve bu çabasını da kararlarına açıkça yansıtmıştır. Mahkemenin bu değerlendirme usulü sadece başvurunun esasına ilişkin verdiği kararlarda değil kabul edilemezliğine dair kararlarında da gözlemlenmektedir.

1. Mahkeme, bireysel başvuruda bulunabilmek için kişinin bir kamu gücü işleminin mağduru olması gerektiğini, mağdur kavramının unsurlarının da 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinde belirtildiğine dikkat çekmiştir. Başvurucunun *"başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalden dolayı, ... "güncel bir hakkının ihlal edilmesi", bu ihlalden dolayı "kişisel olarak" ve "doğrudan" etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvurucunun kendisinin mağdur olduğunu ileri sürmesi gerekir"*⁵⁵. Mahkeme, mağdur kavramının unsurlarını yorumlarken nasıl hareket edeceğini ise AİHM'in mağdur kavramına verdiği anlam çerçevesinde ve O'nun kararlarına referanslarla deklare etmiştir: AYM'ye bireysel başvuru bağlamında mağdur, AİHM'de olduğu gibi⁵⁶, *"davada menfaat veya dava ehliyeti gibi kurallardan bağımsız bir şekilde yorumlanır ... Ayrıca mağdur kavramının yorumu, günümüzde toplumun koşulları ışığında değişime tabi olup, bu kavram aşırı biçimcilikten uzak bir şekilde uygulanmalıdır"*.⁵⁷ Hatta Mahkeme, mağdur kavramını incelerken AİHM'in kullandığı potansiyel mağdur, halk davası (actio popularis) gibi bazı alt kavramları da dikkate aldığı için altını çizmiştir.⁵⁸

Mahkeme benzer bir yaklaşımı bir diğer kabul edilebilirlik kriteri olan *"başvuru yollarının tüketilmemiş olması"* hususunda da sergilemiştir. Mahkemenin görevinin ikincil nitelikte olması nedeniyle başvurucuların ihlal iddialarını derece mahkemeleri önünde dile getirmiş olmaları, ihlal iddiasının giderilmesi için olağan yargı yerleri önünde kendilerine tanınan bütün yolları bireysel başvuruda bulunmadan önce tüketmiş olmaları esastır. Ancak Mahkeme bu kuralı katı bir şekilde yorumlamaktan kaçınmakta, yalnızca hukuk düzeninde soyut olarak başvuru yolunun tanınmasını yeterli görmemekte, somut başvurunun koşullarını dikkate alarak o yolun başvurucunun şikâyetleri açısından erişilebilirlik, elverişlilik ve yeterlilik kriterlerini karşılayıp karşılamadığı hususunu değerlendirmektedir⁵⁹. Anılan başvuru yollarının *"başvurucunun*

55 B. No: 2013/6179, 20/3/2014, § 24

56 Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri/İspanya, B. No: 62543/00, 10/11/2004, §§ 35 ve 38

57 B. No: 2014/13634, 8/9/2014, § 23

58 AİHM için bkz., Klass ve Diğerleri/Almanya, B. No: 5029/71, 6/9/1978, §33; Anayasa Mahkemesi için bkz., B. No: 2014/11438, 24/7/2014, § 20

59 AİHM için bakınız., NALBANT Atilla, *"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hukuku"*, AİHM VE TÜRKİYE II, Ed. Ahmet TAŞKIN, TAA Yayınları, 2010, Ankara, s.

şikâyetleri açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olarak anlaşılması gerekir.” Bu kuralın katı bir şekilde yorumlanması, AİHM’in değerlendirmelerinde olduğu gibi “bir takım başvurular açısından bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmayan neticelere yol açabilecektir. Bu nedenle, olayın özel şartları içinde etkisiz ve yetersiz olan bir kanun yolunun tüketilmesi şartı aranmaksızın, her bir başvuru yolunun somut başvurular açısından etkili olup olmadığının münferiden denetlenmesi gerekmektedir.”⁶⁰

2. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine dayanarak bir şikâyetin bireysel başvuru kapsamında incelenebilmesi için başvurucu tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın “Anayasa’da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerek”tiğini belirtmiştir. Bir başka anlatımla, “Anayasa ve AİHS’nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun” Mahkeme tarafından kabul edilebilir bulunup incelenebilmesi mümkün değildir.⁶¹

Başvuru konusu hakların kapsamı konusunda AİHS’e yapılan bu atıf, AYM’nin incelemesinde Anayasa’nın yanı sıra AİHM içtihadını da içerik olarak gözden geçirmesi sonucunu ortaya çıkarmıştır. Dolayısıyla her bir hakkın kapsamı AİHM kararına göre belirlenirken aynı zamanda AİHM’in o konudaki yaklaşımı da tespit edilmiş ve AYM kararına yansıtılmıştır. Her ne kadar, Mahkeme kararını Anayasa’ya göre vermek durumunda olsa da, AİHS’in ilke olarak, sadece başvuruya konu hakları belirlemede bir fonksiyonu öngörülse de hakkın kapsamını belirlemeye ilişkin inceleme, o hakkın bütün yönleriyle AİHM kararlarına koşut olarak değerlendirilmesi sonucunu ortaya çıkarmıştır.

3. Örneğin AYM bu çerçevede Anayasa’da açıkça o hakkın kapsamında yer almayan birçok hususu, AİHM kararlarını dikkate alarak bireysel başvurunun kapsamı içinde ele almıştır. Birçok diğer hak yanında “adil yargılanma hakkı” konusundaki içtihadı bunu göstermektedir. AYM’ye göre AİHS ve “AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa’nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır.” Zaten AYM daha önce norm denetimi bağlamında verdiği kararlarda da Anayasa’nın 36. maddesini AİHS’in 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlayarak gerek AİHS’in lafzından gerekse AİHM içtihadıyla geliştirilen ilke ve haklara, Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında yer verdiğini

215-240

60 B. No: 2013/1582, 7/11/2013 § 20

61 B. No: 2012/917, 16/4/2013, § 16

hatırlatmıştır.⁶²

Nitekim AYM, silahların eşitliği ilkesinin adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olduğunu, ilkenin “*davanın taraflarının usuli haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına*” geldiğini ve ceza davalarının yanı sıra medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin hukuk davaları ve idari davalarda da bu ilkeye uyulması gerektiğini belirtmiştir.⁶³ Mahkeme benzer değerlendirmeleri çelişmeli yargılama hakkı bakımından da yapmıştır.⁶⁴

Öte yandan AYM makul sürede yargılanma hakkını Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında ele almış, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa’nın 141. maddesinin de, Anayasa’nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁵ AYM, makul sürede yargılanma hakkı şikâyetlerini AİHM’in belirlediği ilkeler bağlamında ele alarak bir sonuca varmaktadır: “*Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurusunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar, AİHM tarafından bir davanın süresinin makul olup olmadığının tespitinde içtihat yoluyla geliştirilmiş olan kriterlerdir.*”

4. Bireysel başvuru kapsamında AYM’nin İnsan Hakları Avrupa Hukukunun ilkelerini ortaya koyan AİHM ile ilişkisi çok net bir şekilde iptal ve itiraz denetimi bağlamında Anayasa’ya aykırılığın reddi kararına konu olmuş bir kanunun somut uygulaması çerçevesinde yapılan hak ihlali iddiasını değerlendirmesinde ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere AYM 4721 sayılı Kanun’un 187. maddesindeki “*Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*” hükmünün AİHM’in Ünal Tekeli/Türkiye davasındaki kararına rağmen Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermişti. Anılan normun somut uygulamasının Anayasa’nın 17. ve 20. maddelerini ihlal ettiği yönünde yapılan bir başvuruda ise AYM, AİHM’in, “*bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi*” kavramını, özel yaşama saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel aldığını; bireyin dış dünya ile ilişki kurma

62 B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 38

63 B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 32.

64 Bkz., B. No: 2013/4424, 6/3/2014, § 21. “... adil yargılanma hakkının unsurlarından olan çelişmeli yargılama ilkesi taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir ... (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Ruiz-Mateos/Spain, § 63; Feldbrugge/Netherlands, B. No. 8562/79, 29/05/1986, § 44).”

65 B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 39

noktasında son derece önemli olan isim hakkının da, AİHM tarafından ön ad ve soyadını kapsayacak şekilde özel hayata saygı hakkının güvence alanı içinde yorumlandığını belirtmiştir.⁶⁶ AYM, anılan kararında norm denetimi bağlamında daha önce verdiği kararı hiçbir şekilde tartışmaya açmaksızın ilk olarak derece mahkemelerinin kararlarının 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesine dayandığını tespit etmiştir. Ancak AYM'ye göre Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının emredici hükmüne rağmen mahkemelerin Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları metinlerini dikkate almadan karar vermeleri davaya uygulanacak kuralın seçiminde bir isabetsizlik oluşturmakta ve böylece Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen ve temel hakların sınırlandırılmasındaki güvence ölçütlerinden biri olan kanunilik ilkesi ihlal edilmektedir.⁶⁷ Böylece AYM norm denetiminde Anayasa'ya aykırı bulmadığı bir normun salt uygulamasının Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.

5. AYM, Anayasa ve kanunlarda açıkça düzenlenmeyen bir hakkın varlığını da bireysel başvuruda AİHM kararlarını izleyerek kabul etmiştir. Mahkeme devlet memuruna greve katılmış olması nedeniyle verilen disiplin yaptırımını, sendikal faaliyete katılma gerekçesiyle cezalandırılma olarak değerlendirmiş ve böylece Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁸ Bilindiği üzere Anayasa'nın 51, 53 ve 54. maddelerindeki düzenlemelerde işçiler ve işverenler bakımından sendika kurma, toplu sözleşme hakkı ve grev hakkı düzenlenmekte, kamu görevlileri açısından ise sendika kurma (Any. 51/1 ve 4), toplu sözleşme yapma (Any. 53/3 ile 5) hakkından söz edilmekte, grev hakkından bahsedilmediği görülmektedir. Bu kurgunun 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nda da aynen korunduğu anlaşılmaktadır. Anılan Kanun'daki yetki ve yasaklara bakıldığında (19 ile 20. maddeler) grev hakkına dair bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Zaten derece mahkemeleri de bu hükümlere dayanarak başvurucuya verilen disiplin cezasını usul ve yasaya uygun bulmuşlardır.

66 B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 28

67 Bkz., B. No: 2013/2187, 19/12/2013, §§ 46 ve 47 "Somut başvuru açısından, başvurunun temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası andlaşmaların kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağı ve bu kapsamda Sözleşme'nin ve AİHM içtihadının uyumsuzluğu karara bağlanmasında nazara alınması noktasındaki itirazlarının yargı mercilerince dikkate alınmadığı ve tartışılmadığı anlaşılmaktadır.

Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili Sözleşme'nin hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvurunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır."

68 Bkz., B. No: 2013/8463, 18/9/2014.

AYM, yaptığı değerlendirmede sendikal faaliyet kapsamında ülke çapında yapılan bir eyleme katıldığı için başvuru hakkında uyarma cezası verilmesini sendika hakkına bir müdahale kabul etmiş, anılan müdahalenin Anayasa'nın 51. maddesindeki meşru amaçlardan bir veya daha fazlasına dayandığını, ancak Anayasa'nın 13. maddesindeki “demokratik toplumda gerekli olma” kriterini karşılamadığını belirtmiştir. Çünkü “verilen ceza hafif olsa da, başvuru gibi sendikaya üye kişileri, çıkarlarını savunmak amacıyla yapılan meşru grev veya eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir niteliğe sahiptir”.⁶⁹

AYM, bu karara varırken Anayasa'nın 51 ila 54. maddelerindeki sendikal hak ve özgürlüklerin kapsamı yorumlanırken aynı konuya ilişkin uluslararası metinlerde (Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri, Avrupa Sosyal Şartı ve AİHS) yer alan ilkelerin ve bu ilkeleri yorumlayan uluslararası organların kararlarının da göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁰ Nitekim AYM kararın ihlale vardığı paragrafında benzer nitelikteki olaylarda AİHM'in verdiği kararlar sıralanmıştır.⁷¹

Böylece her ne kadar Anayasa ve Kanun da grev hakkı açıkça tanınmamış olsa da grevin sendikal faaliyetler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği uluslararası metinlere özellikle AİHM kararlarına- atıfta bulunularak açıkça ortaya konulmuştur.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi uluslararası andlaşmaların insan haklarına ilişkin olsun ya da olmasın Türk hukuk düzenindeki yeri konusundaki içtihadını 27/2/1997 tarih ve K.1997/33 sayılı kararı ile ortaya koymuştu: Uluslararası andlaşmalar, normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı düzeydedir. “Kimi ülkelerde, uluslararası andlaşmaların yasaüstü ve hattâ Anayasaüstü normlar olduğunun kabul edilmiş olmasına ve doktrinde de bu görüşün savunulmasına karşın, Anayasa'nın 90. maddesinden bu sonucu çıkarmak olanaklı değildir.”

5170 sayılı Kanun ile 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına yapılan ilave temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaları kanunların üzerinde konumlandırmış, ancak Anayasa hukuk düzeninde en üst norm olarak yer almaya devam etmiştir. 5982 sayılı Kanun ile kabul edilen bireysel başvuruya ilişkin anayasal düzenlemelerin de insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki mevcut yerini etkilemediği de açıktır.

69 Bkz., B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 62.

70 Bkz., B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 35.

71 “(bkz. Kaya ve Seyhan/Türkiye, B. No: 30946/04, 15/12/2009, § 30; Karaçay/Türkiye, B. No: 6615/03, 27/6/2007, § 37; Ezelin/Fransa, B. No: 11800/85, 26/4/1991, § 43).”

Bununla beraber Anayasa Mahkemesinin gerek 1961 Anayasası gerekse daha yoğun bir şekilde 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlarda insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmalara özel bir yer verdiği, onları anayasal normu yorumlarken gözettiği ve normun içeriğini aydınlatmada kullandığı, başka bir ifadeyle anayasallık denetiminde destek ölçü norm olarak kullandığını gözlemlemekteyiz. 1982 Anayasasında yapılan onlarca değişiklik de Anayasa Mahkemesinin bu konudaki içtihadını desteklemektedir. Mahkeme, her ne kadar bir normun uluslararası andlaşmalara uygunluğunu denetleme yetkisi olmasa da, anayasal hükümleri yorumlarken AİHS ve onu yaşayan bir hukuk haline getiren AİHM içtihatlarını aşağıdaki sebeplerle dikkate almak durumundadır.

İlk olarak bireysel başvuruyu kabul eden değişikliğin gerekçesine bakıldığında amacın ülkemizde hak ve özgürlüklerin AİHS temelinde evrensel standartlara uygun kavrayış ve yorumunun yerleşerek Ülkemizin AİHM nezdinde saygınlığının temin edilmesi olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca başvuru konusu hakları belirlerken AİHS'e atıfta bulunulması bireysel başvurudan öncelikli olarak bekleneni de ortaya koymaktadır: ihlal iddialarının AİHM'e gitmeden iç hukukta son bir defa daha incelenerek ülkemiz aleyhine verilecek ihlal kararlarının sayısının belirgin bir şekilde azalmasının sağlanması. Son olarak Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya hazırlık sürecine bakıldığında AİHM içtihadının tanınması için özel bir gayret gösterildiği de görülmektedir.

Neticede Anayasa Mahkemesi, başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri yorumlarken İnsan Hakları Avrupa Hukukunu oluşturan AİHS ve AİHM kararlarını dikkate almak durumundadır. Dolayısıyla Mahkemeden beklenenin hak ihlali iddialarını, Sözleşme hukukuna uygun olarak yorumladığı anayasal hükümler çerçevesinde bir çözüme bağlaması olduğu söylenebilir. Ancak belirleyici ölçü-norm statüsünde Anayasa olduğuna göre, anayasal hükmün AİHS'e paralel yorumlanması imkânı olmadığında, yani onun Sözleşme ile açık aykırılık içinde bulunması halinde, dikkate alınması ve üstün tutulması gereken Anayasa'nın bizzat kendisi olacaktır. Ancak bu hususların son derece az olacağı beklenmelidir. Dolayısıyla Anayasa'ya açık aykırılık içermediği ve Anayasa ile yorum yoluyla bağdaştırılabildiği ölçüde AİHS Hukuku AYM tarafından dikkate alınabilecektir.

KAYNAKÇA

ARSLAN Zühtü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı : Uyum Sorunu ve Gözlemler”, **Anayasa Yargısı** , C. 17, Ankara, 2000, ss. 274-293.

BAŞLAR Kemal, **Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, Nisan 2008.

DERMAN Özgür, “AİHS’in Sürekli İhlalinin Önlenmesi: Anayasa Mahkemesi'nin Rolü”, http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/conf3/Derman_AnayasaMahkemesi.doc (3.9.2012).

GÖNENÇ Levent, “2004 Anayasa Değişiklikleri”, **Güncel Hukuk**, Sayı 7, Temmuz 2004. http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/docs/makaleler/2004_degisiklikleri.pdf (20/8/2007).

GÖZLER Kemal, “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, Ankara, TODAİE Yayını, 2000, s.25-46. (www.anayasa.gen.tr/insan.htm; 1.5.2004).

KABOĞLU İbrahim Özden, **Anayasa Yargısı** , 2. basım, İmge Yayınevi, Ankara, 1997.

KABOĞLU İbrahim, “Hukuka Yeni Düzenleme”, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=123268> (17/8/2007).

NALBANT Atilla, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hukuku”, AİHM VE TÜRKİYE II, Ed. Ahmet TAŞKIN, TAA Yayınları, 2010, Ankara, s. 215-240

POLATCAN İsmet, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi kararları Bilimsel Görüşler**, Bayrak yayıncılık, İstanbul, 1989.

SAĞLAM Fazıl, “Anayasa Şikâyeti İle İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı İncelemeleri 1**, Editörler: Mehmet TURHAN-Hikmet TÜLEN, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2006, s. 71-112.

SAĞLAM Musa, “Bir Hak Arama Yolu Olarak Bireysel Başvuru”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu, Anadolu Ün. Hukuk Fakültesi Yayınları** no: 10, Eskişehir, 2010, s. 14-64.

SAĞLAM Musa, “Yargının Yeniden Yapılandırılması”, in **Yeni Anayasa’nın Temel Kodları**, Ed. Ahmet BATTAL, Turgut Özal Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 121-159.

SAĞLAM Musa, “Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Ülkemizde Bireysel Başvuru”, **Mehmet AKAD’a Armağan**, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s. 751-798.

SAĞLAM Musa “Bireysel Başvuru Konusu Haklar (1982 Anayasası ve 6216

Haşim Kılıç'a Armağan

sayılı Kanun Çerçevesinde)", Anayasa Mahkemesi 50. Yıl Armağanı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, TBB Yayınları no: 131, Ankara, 2007.

TÜLEN Hikmet, *"Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Anayasa Değişikliği Taslağı Üzerine Açıklamalar ve Birkaç Öneri"* <http://www.e-akademi.org/makaleler/htulen-1.htm> (3.9.2012).

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> (21.8.2012)

<http://www.yargitay.gov.tr/abproje> (3.9.2012)

<http://www.anayasa.gov.tr/> (25.1.2015)

Dr. Hüseyin TURAN
(*Anayasa Mahkemesi Raportörü*)

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ BİREYSEL BAŞVURU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1-BİREYSEL BAŞVURU HAKKI

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı, 5982 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir¹. Bu Kanunun 18'inci maddesiyle Anayasa'nın 148'inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin sonuna *"ve bireysel başvuruları karara bağlar"* ibaresinin eklenmesiyle Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri arasına bireysel başvuruları karara bağlamak da bu şekilde dâhil edilmiştir². Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları kabul etme görev ve yetkisinin verilmesi ile birlikte Mahkeme, temel hak ve özgürlükleri içeren İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin ulusal düzeyde uygulanmasından ve Anayasada belirtilen insan haklarını etkin bir şekilde korumaktan sorumlu hâle gelmiş bulunmaktadır³.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi ile yeni bir hak arama yolu olarak bireysel başvuru hakkı, hukuk düzenimizde bir dava türü olarak yerini bu şekilde almıştır. Temel hak ve özgürlüklerin korunmasında birincil görev, hiç şüphesiz idari ve yargısal makamların yetkisindedir. Fakat Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları kabul etme görev ve yetkisinin verilmesiyle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvuruda bulunmak yerine temel hak ve özgürlüklerin ulusal bir yargı makamınca korunması amaçlanmıştır⁴.

Bireysel başvuru hakkı, 1982 Anayasası'nın 148'inci maddesinin 3'üncü 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..."* olarak ifade edilmiş, bu hak, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama

- 1 07.05.2010 Tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun. R.G.13/5/2010 Tarih ve No:27580.
- 2 İNCEOĞLU, Sibel (Editör); İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Avrupa Konseyi Yayınları, 1.Baskı, Ankara, 2013, s.7.
- 3 SAĞLAM, Musa (Editör); **Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**. Anayasa Mahkemesi Yayınları.2.Baskı, Ankara, 2013, s.1.
- 4 UZUN, Cem Duran; *"Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu"*, Seta Analiz, Şubat 2012. s.11.

Usulleri Hakkında Kanun'un 45'inci maddesinin birinci fıkrasında da *"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 Mahkemesi'ne başvurabilir"* şeklinde açıklanmıştır.

Görüldüğü üzere; gerek Anayasa'da ve gerekse bireysel başvurunun uygulanma şeklini gösteren 6216 sayılı Kanun'da bireysel başvuru benzer bir biçimde ifade edilmiştir. Buna göre bireysel başvuru şu biçimde tanımlanabilir: Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden birinin yasama, yürütme ve yargı organları tarafından ihlal edilen bireylerin başvurulması gerekli ve var olan diğer hak arama yollarını tükettikten sonra başvurabilecekleri ikincil derecede ve istisnai, bir başka ifadeyle olağanüstü bir yargı yoludur⁵.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak için zaman sınırılması da getirilmiştir. Mahkemenin zaman bakımından yetkisinin başlangıcı, 23.9.2012 tarihidir. 6216 sayılı Kanun'un geçici 1'inci maddesinin 8'inci fıkrasına göre *"Mahkeme, 23.9.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler"*⁶. Mahkeme, bu hüküm uyarınca ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvuruları inceleyebilmektedir. Niteliği itibariyle kamu düzenine ilişkin olan bu başvuru şartını taşımayan bireysel başvuruların Anayasa Mahkemesi tarafından incelenebilmesi mümkün değildir⁷. 23.9.2012 tarihinden önce kesinleşen işlem ve kararlar hakkında yapılan başvurularda bu nedenle Mahkemece zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararları verilmektedir⁸.

5 EKİNCİ, Hüseyin/SAĞLAM Musa; **Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**. Anayasa Mahkemesi Yayınları. Ankara, 2014. s.1. TURABİ, Selami; **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.14. ERGÜL, Ergin; **Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi, Ankara 2012. s.13.KİLİNÇ, ; *"Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı'nda Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği"*, Anayasa Yargısı , Anayasa Mahkemesi Yayınları, Sayı 25, s.23.

6 R.G. 3.4.2010 Tarih ve No:27894.

7 EKİNCİ/SAĞLAM; s.73.

8 *"Ceza hukukunda kararların kesinleşmesi bakımından tüketilmesi gereken son olağan kanun yolu kural olarak temyizdir. Somut olayda olağan kanun yolu Yargıtay 3. Ceza Dairesinin Sincan 1. Asliye Ceza Mahkemesinin kararını 30/5/2012 tarihinde onaması ile tamamlanmış ve karar bu tarihte kesinleşmiştir....Açıklanan nedenlerle, başvuru konusu kararın 23.9.2012 tarihinden önce kesinleşmiş olduğu anlaşıldığından başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "zaman bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir."* AYM, B. No: 2013/781. K.T: 26.3.2013. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi> (Erişim Tarihi 16.5.2014).

2-Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

a-Tanım

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması⁹, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun kurumu düzenleyen 231’inci maddesinin 5’inci fıkrasında şu şekilde ifade edilmiştir:

“Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir... Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.”

6.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanunla Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231’inci maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesinde maddenin beşinci fıkrasında kurumun tanımının verildiği belirtilmekte ve değişiklik gerekçesinde aynen şöyle denilmektedir:

“Hükümün açıklanmasının geri bırakılması için, öncelikle bir hüküm kurulmasını gerektirmektedir. Ancak bu hüküm sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamaktadır. Başka bir ifadeyle, kurulan hükmün hukuki sonuç doğurup doğurmaması, belli bir süreye ve bazı şartlara bağlı kılınmaktadır. Mahkûmiyet hükmü kurulduktan başka ayrıca, kurulan bu hükmün, sanık hakkında, yükümlülükler uydugu takdirde belirli bir süre hukuki sonuç doğurmayacağı anlamına gelen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı da verilebilecektir”¹⁰.

Şu halde hükümün açıklanmasının geri bırakılması, bir ceza yargılaması sonucunda sanık hakkında verilecek belli bir sürenin altındaki hapis cezası veya her miktardaki adli para cezasına ilişkin mahkûmiyet hükmünün, sanık yönünden hukuki sonuç doğurmaması için belli objektif ve sübjektif şartların da bulunması durumunda¹¹, belli bir süre içinde ve verilebilecek yükümlü-

9 Doktrinde Ceza Muhakemesi Kanunun 231’inci maddesinde ifade edilen bu kuruma “Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi” de denmektedir. ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan; **Ceza Muhakemesi Hukuku**. Adalet Yayınevi, 3.Bası. Ankara 2010. s.673. Kurum, Hükümet Tasarısında ise “hükümün geri bırakılması” olarak geçmektedir. Hükümet Tasarısı gerekçesi için bkz. EROL, Haydar; **Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması**, Ankara, 2006. s.1239.

10 ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhuriyet; **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Birinci Baskı, Mart 2007. s.616.

11 Bu şartlar CMK’nun 231.maddesinin 6.maddesinde tek tek ifade edilmiştir. Bu şartlar şunlardır: “(6) Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir. d) Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.” Maddeye 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunla “Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez” şartı da eklenmiştir.

lülklere uygun davranılması şartına bağlı olarak uygulanabilen hukuki bir kurumdur¹².

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun ne anlama geldiğini ve kabul ediliş nedenini daha iyi anlayabilmek için 5560 sayılı Kanun'un 23'üncü maddesiyle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231'inci maddesinde getirilen düzenlemenin gerekçesine bakmak gerekmektedir.

5560 sayılı yasanın 23'üncü madde gerekçesi, TBBM Adalet Komisyonu'nun 6.11.2006 tarihli ve Esas: 2/870, Karar:111 sayılı raporunda şu şekilde açıklanmıştır:¹³

“Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunundaki düzenlemesi itibariyle, erteleme, bir koşullu atıfet kurumu niteliği taşımakta idi. Buna göre, deneme süresi içerisinde yeni bir suçun işlenmemesi halinde, ‘mahkûmiyet esasen vaki olmamış’ sayılmakta idi. Keza, erteleme, sadece hapis cezası açısından değil, ‘ertelemenin bölünmezliği’ kuralı gereğince, diğer bütün ceza hukuku yaptırımları bakımından da, kural olarak, aynı sonucu doğurmakta idi. Buna karşılık 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun sisteminde ise, erteleme, sadece hapis cezasına özgü bir infaz rejimi olarak düzenlenmiştir. Bu bakımından, yeni sistemde artık ‘ertelemenin bölünmezliği’ kuralından söz etmek mümkün değildir. Hapis cezası açısından bir infaz rejimi olarak kabul edilen ertelemeye, hükümlü, denetim süresi zarfında kasıtlı yeni bir suç işlemediği ve kendisine yüklenen yükümlülüklerle uygun davrandığı takdirde, hakkında hükmolunan ‘hapis cezası’ infaz edilmiş sayılacaktır. Şayet hakkında hapis cezasının yanı sıra ya da sadece adli para cezasına veya güvenlik tedbirine hükmedilmişse, adli para cezası ve güvenlik tedbirleri bakımından erteleme söz konusu olmayacaktır. Bu durum, ertelemeyi hükümlü açısından, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu sistemindeki düzenlemeye nazaran daha ağır sonuçlar doğuran bir kurum haline getirmiştir. Bu nedenle kurumlar arasındaki dengeli geçişi sağlamak amacıyla, Türk Ceza Hukukuna ilişkin yeni mevzuatımızda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, bir kurum olarak düzenlenmesi bir ihtiyaç olarak doğmuştur.

Cezaya mahkûmiyete bağlı hak yoksunlukların doğmaması için, kişi açısından, denetim süresi zarfında yeni bir suç işlememesi ve özellikle mağdurun mağduriyetini

12 Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması konusunda benzer tanımlar için bkz. MERAN, Necati; *“Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri”*, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y:3, S:23, Temmuz 2008, s.61. OLGUN, Sevinç; *“Ceza Muhakemesi Kanuna Göre Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”*, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y:3, S:22, Haziran 2008, s.63. ARAS, Bahattin; *“Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar”*, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y:3, S:22, Haziran 2008, s.71. KUMBASAR Enver; *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.46.

13 ÖZGENÇ, İzzet/ ŞAHİN, Cumhur; *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Birinci Baskı, Mart 2007. s.617.

H. Turan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

gidermek amacına yönelik olarak kendisine yüklenen belirli yükümlülüklerle uygun davranması koşuluyla, hakkında cezaya hükmedilmemesi, toplum barışının sağlanması bakımından, cezaya mahkûmiyete nazaran daha etkili olabilecektir. Bu amaca hizmet eden hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının, müessese olarak hukuk sistemimize kazandırılmasında bir gereklilik bulunmaktadır...”

Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, hükümün açıklanmasının geri bırakılması, sanık hakkında yapılacak yargılama sonucunda, hakkında bir mahkûmiyet hükmü kurulması hâlinde bu mahkûmiyetin, iki yıl veya daha az süreli hapis cezası veya her türden adli para cezası olması halinde, diğer şartların da gerçekleşmesi durumunda, kurulan hükümün belli bir süre sonunda sonuç doğurmamasını ifade eder. Keza herhangi bir hak yoksunluğuna da sebebiyet vermemektedir¹⁴. Ancak sanığın, kurulan hükümün kendisi açısından sonuç doğurmaması ve bir hak yoksunluğuna neden olmaması için belli bir süre içinde yüklenen yükümlülüklerle uygun davranması da gerekmektedir.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması “şartlı bir erteleme”, ancak bu erteleme, cezanın ertelenmesinden farklı olarak kurulan hükümün açıklanmasının ertelenmesidir. Bir başka ifadeyle kurulan hüküm duruşmada varsa taraflara okunmaktadır ancak teknik olarak açıklanmamaktadır. Açıklanmadığı süre içerisinde de sanık açısından hukuki sonuç doğurmamaktadır¹⁵. Mahkeme davadan elini çekmemektedir. Dava dosyası derdest kalmaya devam etmektedir. Dolayısıyla, hakkında hüküm kurulmuş olan kişi, sanık sıfatını taşımaya devam etmektedir¹⁶.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması da ceza hukukunda kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükümün kurulmasının ertelenmesi, cezanın ertelenmesi ve kovuşturmanın ertelenmesi gibi uygulamalar arasında bir tür erteleme olup, fakat ertelemenin özel bir şeklini oluşturmakta¹⁷, ceza kanunundaki ertelemeye nazaran ise daha lehe sonuçlar doğuran kendine özgü bir düzenleme niteliğini taşımaktadır¹⁸.

14 ÖZGENÇ, İzzet; “**Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması**”, 3. Yılında Ceza Adaleti Sistemi. ÖZTÜRK, Bahri (Editör) Ankara. Seçkin, 2009. s.49.

15 Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre hükümün açıklanmasıyla kamu davası sona erdirilir. Hükümün açıklanması sırasında sanık huzurda ise başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir. Beraat etmesi durumunda ise tazminat isteyebileceği bir hal varsa bunun da bildirilmesi gerekir ve hüküm fıkrası herkes tarafından dinlenir. Bkz. CMK.mad.231/1, 2 ve 3.fıkraları.

16 ÖZGENÇ, **Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, s.49.

17 KAYA, Emir; “**Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması**” Ankara Barosu Dergisi, Y:71. S:2013/3. .s.411.

18 ÜNVER/HAKERİ, s.673.

b-Hukuki Niteliği

Bir kavramın ya da bir kurumun hukuki niteliğini belirlerken onun öncelikle hangi kanunda düzenlenmiş bulunduğuna, getirdiği düzenlemeye ve doğurduğu hukuki sonuçlara bir bütün olarak birlikte bakmak daha doğru bir yaklaşım olur. Çünkü bir kurumun niteliğinin belirlenmesi, onun doğuracağı sonuçları doğrudan etkilediğinden dolayı önem taşımaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, ilk önce Çocuk Koruma Kanunu'nda¹⁹, daha sonra ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiştir. Düzenlendiği kanunlara bakıldığında bu kurumun öncelikle ve özellikle bir *“muhakeme (usul) kuralı”* olduğunu söyleyebiliriz. Zira bu kurum, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Üçüncü Bölümünde *“Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması başlığı”* altında düzenlenmiştir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, yargılama usulü kanununda düzenlenmiş olduğundan yürürlüğe girmekle derhal uygulanan bir kurumdur. Ayrıca kurulan hükmün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasına olanak sağlayan ve bu yönüyle de sanık lehine sonuç doğurduğundan kuşku bulunmayan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, yürürlüğe girdiği tarihten önceki işlenen suçlar hakkında da şüphesiz uygulanabilmektedir.²⁰ Nitekim Yargıtay kararlarında da *“hükümden sonra yürürlüğe giren 5278 sayılı Kanunun 562. maddesiyle değişik 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesindeki koşulların varlığı halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünde mahkemesince değerlendirme yapılması zorunluluğun bulunması”*²¹ gerekçesiyle hükümler bozulmuş ve mahkemesince değerlendirme yapılmak üzere dosyalar mahkemesine iade edilmiştir²².

19 03.07.20015 Kabul Tarihli 5395 sayılı Kanun'un 23'üncü maddesi. R.G. No:15 Temmuz 2005. S.25786.

20 ÜNVER/HAKERİ, s.675.

21 8.C.D., 23.3.2009 T. 2007/4382 Esas, 2009/4465 Karar.

22 “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi hukukumuzda ilk olarak 15.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesi ile çocuklar hakkında, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesine eklenen 5-14. fıkraları ile büyükler için kabul edilmiş, aynı Yasa'nın 40. maddesiyle 5395 sayılı Yasa'nın 23. maddesi değiştirilmek suretiyle denetim süresindeki farklılıklar hariç olmak koşuluyla çocuk suçlular ile yetişkin suçlular hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına aynı koşullara tabi kılınmıştır. 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 23.01.2008 gün ve 5278 sayılı Yasa'nın 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında değişiklik ile hükmolunan 2 yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezaları için uygulanabilir hâle getirilmiştir. Ceza Genel Kurul'un 19.02.2008 gün ve 346-25 sayılı kararında açıkça vurgulandığı üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kurumu karma niteliğe haiz bir kurum olup, maddi ceza hukukuna ilişkin yönü dikkate alındığında 5237 sayılı Yasa'nın 7. maddesinde tanımlanan geçmişe yürümesi ilkesi uyarınca ve yasa koyucunun olası tartışmaları engelleyen biçimde 08.02.2008 gün ve 5278 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesi dikkate alındığında, 5278 sayılı Yasa ile değişik CMK'nun 231. maddesinin yeniden değerlendirilmesi lüzumu, Bozmayı gerektirmiş, sanık Emrah savunmasının temyiz itirazı bu bakımdan yerinde görülmesi olduğundan, diğer yönleri incelenmeyen hükmün açıklanan nedenle isteme aykırı

H. Turan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla mahkeme tarafından sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün belli bir süreyle açıklanmaması, açıklanmasının ertelenmesi nedeniyle de kurumun bir muhakeme kuralı olduğu açığa çıkar.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu bir muhakeme kuralı olması yanında uygulanma durumu ve hukuki sonuçları itibariyle de aynı zamanda “*maddi ceza normu*” niteliğini de taşımaktadır.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûmiyeti bulunmayan sanıkların ilk kez bir suç işlemeleri halinde, işlenen suç nedeniyle mağdurda maddi bir zarar meydana gelmiş ise bu zararın sanık tarafından giderilmesi durumunda uygulanma kabiliyeti olan bir kurumdur. Yargılama sonucunda sanığa verilen mahkûmiyet hükmü belli bir hapis cezasını veya adli para cezasını kapsadığından, bu kurum, cezanın yerine getirilmesine doğrudan etki ettiğinden, maddi ceza hukukuna ilişkin bir norm niteliği taşıdığı ortaya çıkmaktadır.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, suçu sabit görülen sanık hakkında uygulanması nedeniyle sanık ile ceza arasındaki bağlantıyı belirli şartlarla kesmekte ve askıya almaktadır. Geri bırakılma sürecinde, yani denetim süresi içinde, şartlara uygun olarak davranılması hâlinde de sanığın tamamen cezadan veya hükümlülük kararından kurtulmasını sağlamaktadır. Bir başka ifadeyle sanık hakkındaki kamu davasının düşürülmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle kurumun, maddi ceza hukukuna ilişkin sonuçlar doğuran bir kurum olduğu aşikârdır. Ayrıca hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği takdirde sanık hakkında mahkemece tedbir kararı uygulanması, özetle; sanığa aynı mahkûmiyet kararlarında olduğu gibi bir yükümlülük getirilmesi de bu düşüncüyü doğrulayan nedenlerden birisi olarak gösterilebilir²³. Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda bu husus açıkça ortaya konulmuş ve Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki bu düzenlemenin hem bir muhakeme kuralı olduğu, hem de maddi bir ceza normu niteliğini taşıdığı açık bir biçimde ifade edilmiştir²⁴.

3-Anayasa Mahkemesinin Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına Bakışı

Ceza Muhakemesi Kanununda hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun kabul edilmesinden sonra, hükümün açıklanmasının geri bırakılma-

olarak (BOZULMASINA), 21.01.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi. 6.C.D. 2007/24501 E.N, 2010/345 K.N.

23 ÖZSOY, yukarıda zikredile makale.

24 Y.CG.K.. T. 11.03.2008. 2008/7-14 E.N. 2008/50.K.N.

Haşim Kılıç'a Armağan

sı kurumunu düzenleyen 6.12.2006 tarihli 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 21. maddesiyle değiştirilen, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin; Değiştirilen başlığında yer alan "...ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" ibaresinin, eklenmesiyle (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14). fıkralarının... Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13., 36. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu iptal davasını esastan reddetmiştir. Mahkeme ret gerekçesinde şu hususlara değinmiştir: *"Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu batı ülkelerinde genellikle kabul edilmiş olan bir kurumdur. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu Anglo-Sakson hukuk sisteminde, yargılanması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması (probation) esasına dayanır. Hâkim, sanığın suçluluk ve kusurluluğunu saptamakla beraber cezaya hükmetmeyi geriye bırakmakta ve onu belirli bir süre içinde denetim altında tutmaktadır. Davranışları, tabi tutulduğu denetim süresi içinde olumlu bulunduğu takdirde suçlu için bir mahkûmiyet kararı verilmemektedir. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan suçlu, hükümlü olma süreci dışına çıkarılmaktadır.*

Fransız hukukunda bu kurum, ilk önce 2.2.1945 tarihli Kanun'la çocuk suçlular hakkında uygulanmaya başlanmış, daha sonra 1975 yılında yapılan değişikliklerle yetişkinleri de kapsamına almıştır. Belçika'da aynı kurum 29.6.1964 tarihli bir Kanun'la hukuk sistemi-ne getirilmiştir. Bu örneği, Hollanda, Japonya, Polonya, İsviçre gibi ülkelerde de görmek olanaklıdır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin dava konusu fıkralarında hükmün açıklanmasının ertelenmesinin koşulları, denetimli serbestlik tedbirleri, denetimli serbestlik koşullarına uygun davranılması veya ihlal edilmesi hallerinde ne tür bir uygulama yapılması gerektiğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili kurallar kurumun tamamı gözetilerek değerlendirilmelidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra öngörülen süre bir deneme süresidir. Kurum yalnızca sanığın menfaat ve çıkarları düşünülerek getirilmiş olmayıp, önemli ölçüde toplum menfaati ve kamu düzeninin korunması da amaçlanmıştır. Mukayeseli hukukta suç ve suçlulukla mücadele, suç işlenmesinin önlenmesi ve caydırıcılık açısından bu ve buna benzer kurumlara geniş biçimde yer verildiği görülmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması için beş yıllık bir sürenin öngörülmesi ve bu sürede uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbiri olarak bir kısım yükümlülükler yüklenmesine olanak sağlanması yasa koyucunun suç ve suçlulukla mücadele, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla takdir yetkisine dayanarak kabul ettiği bir sistemdir.

H. Turan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasa koyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Öte yandan, (12) numaralı fıkra hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmekte ise de, bu kuralla temyiz incelemesi yolu kapatılmış değildir. İtiraz yolu da verilen kararın bir üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve kararın sağlığı bakımından güvence oluşturan kanun yollarından biridir. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığından, deneme süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması hâlinde verilecek karar hakkında esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır²⁵.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının düzenlendiği Ceza Muhakemesi Kanun'un 231'inci maddesine eklenen 5 ila 14'üncü fıkralarının iptal başvurusunda iptalin reddi gerekçesinde Hükümet Tasarısı madde gerekçesindeki hususlara aynen değinmiş²⁶ ve özellikle hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının ceza hukukundaki yeri ve önemini açıkça ortaya koymuştur.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231'inci maddesinin (6) numaralı fıkrasının sonuna 22.7.2010 günlü, 6008 sayılı Kanun'un 7'inci maddesiyle eklenen "Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez." biçimindeki cümlelerin Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 13., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı iddiasıyla Mihalgazi Asliye Ceza Mahkemesi tarafından²⁷

25 AYM. E. 2007/4, K. 2009/48. T. 12.03.2009. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi> (Erişim Tarihi 12.5.2014).

26 Bkz. Hükümet tasarısı için; EROL, s.1239.

27 Başvuruya konu olan kararın gerekçesinde ilk derece mahkemesi: "Sanığın Mihalgazi İlçesi Alpagut Beldesinde bulunan iş yerinde yapılan kontrollerde 7324235 seri nolu elektrik sayacını sol yan taraftan ve disk hizasından delerek kullandığı, bilirkişi raporuna göre- tutanak tarihinin öncesi ve sonrası arasında tüketim değerinde farklılık olduğu, söz konusu sayacın mühürlü olduğu, şüphelinin sayacı delmesi sonucu mührün konuluş amacına aykırı hareket ettiği, bu nedenle üzerine atılı suçları işlediğinden bahisle TCK'nın 142/1.f, 168/1, 53, 203/1 ve 53. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle mahkememizde kamu davası açılmıştır. Yapılan yargılama sırasında sanığın savunması alınmış, tanık beyanları tespit edilmiş, bilirkişi raporu celp dilmiş, diğer bilgi ve belgeler dosyaya eklenmiştir. Sanık savunmasında özetle, sayacın delinmesi ile ilgili bilgisinin olmadığını, üzerine atılı suçlamaları kabul etmediğini belirtmiştir. Yargılama neticesinde sanığın eyleminin sabit görülmesi durumunda

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi gereğince yasal şartları değerlendirilerek hükmün açıklanmasına veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilecektir. Ancak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 6. fıkrasının sonuna, 6008 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesi ile sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez, şeklinde hüküm eklenmesinden sonra, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verilmesi durumunda 5 yıl süre ile denetime tabi tutulacağı, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemediği takdirde açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak davanın düşürüleceği, aksi durumda hükmün açıklanacağı, karara karşı itiraz hakkının bulunduğu, ancak itiraz incelemesinin merciiince şekillen yapıldığı, suçun sübutu veya nitelendirilmesi hususunda denetim yapılmadığı sanığa bildirilip açıklandıktan sonra bunu kabul edip etmeyeceği sorulmuş, sanık beyanında, suçsuz olduğunu, beraatine karar verilmesi gerektiğini, HAGB kararını kabul etmediğini belirtmiştir. 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesindeki şartlar oluşa bile 6008 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme karşısında sanık HAGB kararını kabul etmediğinden suçun sübutu durumunda adli para cezası veya hapis cezası veyahut hapis cezasının ertelenmesi kararı verilecektir. Bu nedenle 6008 sayılı Yasa ile getirilen bu düzenlemenin Anayasamıza aykırı olduğu kanaatine varılmıştır. Düzenlemeye ilişkin gerekçede, "hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları itiraza tabi olup; uygulamada itiraz mercii kararları şeklen incelemektedir. Her iki durumda da sanığın suçsuzluğunu ispat amacıyla kararı temyiz incelemesine götürmesi mümkün değildir. Bu sebeple sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla temyiz mahkemesinde beraat etme hakkının elinden alınmaması düşüncesiyle anılan hükmü ihdas eden madde eklenmiştir." denilmiştir. 5237 sayılı CMK'nın 231. maddesi gereğince verilen HAGB kararına itiraz durumunda, itiraz merciiince evrak üzerinde yapılacak incelemenin 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin objektif koşullarının belirlenmesi ile ilgili sınırlı bir inceleme olacağı; suçun sübutu nitelendirilmesi gibi esasa ilişkin hukuka aykırılıkların denetlenemeyeceği yargı kararlarıyla da sabitse de, ilerde kasten yeni bir suç işlediği takdirde verilmiş olan HAGB kararının kaldırılarak hükmün açıklanması durumunda, açıklanan bu hükmün temyiz yasa yolu denetiminden geçeceği, usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılıkların temyiz merciiince denetleneceği muhakkaktır. Ancak süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmemesi durumunda verilen bu karar esas yönünden denetime tabi olmaksızın kesinleşip sonuç doğuracaktır. Bu durumda yapılması gereken itiraz merciiince yapılacak incelemenin alanını esasa ilişkin hukuka aykırılıkları kapsayacak şekilde yasal düzenlemelerle veya yargı kararlarıyla genişletmektir. Getirilen yeni düzenleme ile somut olayda olduğu gibi sanık ya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmek zorunda kalacak ya da hapis veya adli para cezası ile karşı karşıya kalacaktır. Çünkü sanık suçsuz olduğunu, beraat etmesi gerektiğini düşünse bile mahkumiyet hükmünün Yargıtay'ca onanması ihtimali her zaman mevcuttur. Bu nedenle sanığa temyiz hakkı tanırken aynı zamanda mahkumiyet hükmü ile karşı karşıya bırakan bu yeni düzenleme Anayasa aykırıdır. Çünkü hiç kimse kendi aleyhinde beyanda bulunmaya ve savunma yapmaya zorlanamaz, kuralı anayasal bir ilkedir. Nitekim Anayasamızın 38/5. maddesine göre, hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Anayasamızın 36. maddesine göre ise, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Hukukun temel ilkelerinden olan ceza muhakemesi hukukumuzda yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmama hakkı olarak ifade edilen 'susma hakkı'; kendi aleyhine tanıklık etmeme, kendi suçlanmasına katkıda bulunmama hakkı olarak da bilinir ve baskı altında verilen ifadelerin kullanılmasını yasaklama, şüphelinin ve sanığın beyanının özgür iradesine dayanmasını sağlama amacına yöneliktir. Anayasamızın 5., 10/1. ve 12/1. maddelerine göre, herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olup, bu bağlamda herkes davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkı ile düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini Cumhuriyeti ve demokrasiyi

H. Turan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunda bulunulmuştur²⁸. Anayasa Mahkemesi bu itirazı reddetmiş ve ret gerekçesinde, “... Hükümün açıklanmasının ertelenmesine ilişkin olarak kanunda öngörülen tüm koşulların oluşması durumunda ceza hakiminin takdiri ile verilen hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, itiraz konusu kuralın 231. maddeye eklenmesinden sonra sanığın talebine bağlı olarak verilebilecektir. Ceza sistemimizde yer alan hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi koşullarına ilaveten getirilen ve sanığa kararı temyiz incelemesine götürebilme hakkı tanıyan kural, Anayasa’nın ve ceza hukukunun genel ilkelere aykırı olmayıp, yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

İtiraz konusu kuralda sanığın kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanması söz konusu olmadığı gibi, iptali istenilen kuralın 231. maddeye eklenmesinden sonra, sanığın iradesine önem verilerek, sanığın iradesi dışında hükümün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanması engellenmiştir. Sanığa, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla hakkında verilen kararı temyiz incelemesine götürebilme imkânı veren bir kural, Anayasa’nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak değerlendirilemez...” olduğunu belirterek söz konusu düzenlemenin Anayasa’ya aykırı bulunmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, gerek hükümün açıklanmasının geri bırakılmasını düzenleyen kanun maddesinin iptalinde, gerekse bu konuda yapılan kanun değişikliğine yönelik yapılan itiraz başvurusunda Anayasa’ya bir aykırılık görmemiştir.

4-Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Bireysel Başvuruda İncelenmesi

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 45’inci maddesinin birinci fıkrasında; “ Herkes, Anayasada güvence

korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır. Anayasamızın 11. ve 13. maddelerine göre, yasal düzenlemeler Anayasa’ya, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna aykırı olamaz. Çünkü Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk Devletidir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa’ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve eşitlik ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.” <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121013-5.htm> (Erişim Tarihi: 10.4.2014).

28 16.2.2012 Gün E: 2011/ 41, K: 2012: 25.R.G.13 Ekim 2012 Cumartesi S: 28440.

Haşim Kılıç'a Armağan

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” hükmü bulunmaktadır.

Bu hükme göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının da diğer mahkeme kararları gibi Anayasa Mahkemesi önüne bireysel başvuru olarak getirilmesi yargılamanın iki tarafı bakımından da pekâlâ mümkündür. Anayasa Mahkemesine hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanıklar ve mahkemeden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını talep edip, hakkında bu konuda karar verilmeyen sanıklar başvurabileceği gibi, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle de mağdur, şikâyetçi ya da katılanlar Anayasada güvence altına alınmış temel bir hakkın ihlal edildiği iddiasıyla başvurabileceklerdir. Zira kanunda “herkes” ibaresi özellikle geçmektedir.

a-Sanığın Bireysel Başvuruda Bulunması

Sanık, yargılandığı davada hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını talep etmiş ve bu talep mahkemeye kabul edilerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş ise bu karar itiraza tabi bir karar olduğundan sanık karara itiraz etmemiş ise kesinleşme; itiraz süresi sonunda, itiraz edilmiş ise, itiraz merciince itirazın reddine karar verilmesiyle gerçekleşir. Kararın kesinleşmesinden itibaren 30 gün içinde bu karar aleyhine bireysel başvuruda bulunulabilir²⁹.

Anayasa Mahkemesinin Birinci Bölümü tarafından 26.3.2013 tarihinde verilen karar bu mahiyette bir karar olduğundan kısaca bahsetmek gerekmektedir. Başvuru konusu olay ise şöyledir:

“Başvurucu, Sivas 3. Asliye Ceza Mahkemesinde resmî belgede sahtecilik suçundan yargılandığı davada eksik inceleme neticesinde hakkında hapis cezasına hükmedilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Sivas 3. Asliye Ceza Mahkemesi 18/9/2012 tarih ve E.2012/93, K.2012/616 sayılı kararıyla başvurusunun resmi belgede sahtecilik suçundan hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir.”

²⁹ “Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.”Bkz. 6216 sayılı Kanun’un 47’inci maddesinin 5.fıkrası. Bkz. **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun**. T.C. Anayasa Mahkemesi. 2013. AYM. B. No: 2012/969, T.18.9.2013. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi> (Erişim Tarihi 25.4.2014).

H. Turan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

“Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, sanığa yüklenen suçla ilişkin yargılama sonunda cezaya hükmedilmesi hâlinde, hükümün açıklanmasının belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak ertelenmesi anlamına gelmektedir. Kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesine karşın, sanığın kabul etmemesi hâlinde hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği 5271 sayılı Kanun’un 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasının son cümlesinde ifade edilmektedir. Bu kapsamda sanığın, yargılamanın hukuki kesinliği ifade eden bir hükümle sonuçlanmasını ya da cezaya hükmedilmesi durumunda hükümün açıklanmasının geri bırakılmasını tercih etme imkânı bulunmaktadır.

5271 sayılı Kanun’un 231. maddesine göre, yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza iki yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezası ise hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Anılan maddenin (5) numaralı fıkrasında, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının, kurulan hükümün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade ettiği belirtilmektedir. Öte yandan, aynı Kanun’un 223. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ifade edilen hüküm niteliğindeki kararlar arasında hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı sayılmaktadır.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, yargılamayı hükümle sonuçlandıran bir karar niteliğinde olmayıp, ceza yargılamasını sona erdiren düşme nedenlerinden birisidir. 5271 sayılı Kanun’un 231. maddesinin (10) ve (11) numaralı fıkralarında belirtildiği üzere, denetim süresi içinde kasıtlı yeni bir suç işlenmediği takdirde açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesine, denetim süresi içinde kasıtlı yeni bir suç işlenmesi hâlinde hükümün açıklanmasına karar verilir.

Aynı maddenin (12) numaralı fıkrasında, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, denetim süresi içinde kasıtlı yeni bir suç işlenmesi hâlinde hükümün açıklanmasıyla veya bu süre içinde kasıtlı yeni bir suç işlenmemesi hâlinde düşme kararıyla yargılama nihai olarak sona erdiğinde, hüküm niteliği olan bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilir ve esasa ilişkin itirazlar bu aşamada ileri sürülebilecektir.

Başvurucu, başvuru konusu olayda yargılama sonunda hakkında beraat kararı verilmemesi hâlinde lehe hükümler kapsamında hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Yargılama sonunda eksik incelemeye dayalı olarak verilen mahkûmiyet kararının temel hakları ihlal ettiği iddiası, başvurusunun talebi üzerine hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması ve temyiz yoluna başvurmayı mümkün kılan bir karar verilmesini başvurusunun tercih etmediği dikkate alındığında dayanaktan yoksun görünmektedir.

Açıklanan nedenlerle, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı kapsamındaki mahkûmiyet kararının eksik incelemeye dayanması nedeniyle ihlal oluşturdu-

Haşim Kılıç'a Armağan

*ğuna ilişkin başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmek-
sizin “açıkça dayanaktan yoksunluk”³⁰ nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar
verilmesi gerekir”³¹.*

Bu karardan da anlaşılıyor ki, Anayasa Mahkemesi, hükmün açıklaması-
nın geri bırakılması kararını yargılamayı sona erdiren nihai bir karar olarak
görmemektedir. Yeniden bir suç işlenmesi hâlinde hükmün açıklanması ya
da denetim süresi sonrasında açılan kamu davasının düşmesiyle hüküm ni-
teliğine bürüneceğinden ancak bu aşamada kanun yoluna başvurulabileceği
ve esasa ilişkin itirazların da bu durumda ileri sürülebileceğini vurgulamak-
tadır. Bu nedenle sanık bakımından henüz hüküm ifade etmeyen hükmün
açıklanmasının geri bırakılması kararının temel bir hakkın ihlalini oluşturma-
dığı hususu Anayasa Mahkemesince açıkça ortaya konulmuştur. Burada göz
önünde bulundurulması gereken en önemli husus, sanığın cezaya mahkûm
edilmesi durumunda mahkemeden, verilecek hükmün açıklanmasının geri
bırakılmasını talep etmesidir. Zira hakkında hükmün açıklanmasının geri bı-
rakılmasını talep eden sanık kendi iradesiyle temyiz talebinden vazgeçerek
verilen kararı kabullenmiş olmaktadır.

Sanık talep etmeden hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına
karar verilmesi durumunda ise, karara itiraz edildiğinde itiraz merci bu kara-
rı talep yokluğu nedeniyle kaldıracaktır. Zira 22 Temmuz 2010 kabul tarihli ve
6008 Sayılı “Terörle Mücadele Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına
Dair Kanun” un³² 7’inci maddesiyle 4.12.2004 tarihli ve 5237 sayılı Ceza Mu-
hakemesi Kanunu’nun 231’inci maddesinin 6’ıncı fıkrasının sonuna “Sanığın
kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez”
cümlesi eklenmiştir. Bu hüküm gereği 25 Temmuz 2010 tarihinden sonra hük-
mün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmeyen sanıklar hakkında bu
hüküm asla uygulanamayacaktır. Talep etmeden hakkında hükmün açıklan-
masının geri bırakılmasına karar verilen sanık, kararın kendisine tebliği üze-
rine bu hükme süresinde itiraz etmediği durumda ise bu kararı zımnen kabul
ettiği varsayılacaktır.

Sanık, gerek talep etmeden, gerekse talep üzerine hakkında hükmün açık-
lanmasının geri bırakılması kararı verildiği durumlarda bu karara itiraz et-
meden karar kesinleştikten sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda
bulunursa bu kez de kanun yollarının tüketilmediği sorunuyla karşılaşabilir.

30 “Mahkeme, Anayasa’nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvuruçunun önemli bir zarara uğ-
ramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar
verebilir.” 6212 sayılı Kanun 48/2.fıkrası.

31 AYM. B. No:2012/833.T. 26/3/2013. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBanka-si> (Erişim Tarihi 25.4.2014).

32 R.G. 25.07.2010. T. S:27652.

H. Turan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Çünkü hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararları itiraza tabidir ve itiraz Ceza Muhakemesi Kanununda olağan bir kanun yolu olarak öngörülmüştür³³.

Anayasa'nın 148'inci maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesine göre; *"Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."* 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45'inci maddesinin 2'inci fıkrasında ise; *"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."* hükmü yer almaktadır.

Anayasa ve Kanunun bu hükümleri dikkate alındığında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, *"ikincil nitelikte bir kanun yolu"* olup bu yola başvurulmadan önce kural olarak olağan bütün kanun yollarının tüketilmiş olması zorunludur. Zira temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının uyması gereken bir ilke olup bu ilkeye uygun davranılmadığı takdirde, ortaya çıkan ihlale karşı öncelikle yetkili idari mercilere ve derece mahkemelerine başvurulması gerekmektedir³⁴. Bireysel başvurunun ikincil niteliği gereği, başvurucunun, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarını öncelikle yetkili idari mercilere ve derece mahkemelerine usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtları zamanında bu mercilere sunması, aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması şarttır. Bu şekilde olağan denetim mekanizmaları önünde ileri sürülüp takip edilmeyen temel hak ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin iddialar, Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru konusu yapılamayacaktır³⁵. Dolayısıyla hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz yoluna başvurmadan yapılan bir bireysel başvuru diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *"başvuru yollarının tüketilmemiş olması"* nedeniyle Mahkemece kabul edilemezlik kararı verilebilecektir³⁶.

Sanık talep etmiş olmasına rağmen mahkemece hakkında hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmemesi durumunda ise ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması talebinin reddine verilen karar kesin nitelikte ise karar verildiği tarihte kesin niteliği taşıdığından bireysel başvuruya konu olabilecektir. Bu tür bir başvuruda

33 Bkz. 5271 Sayılı CMK'nun İkinci Kısımın başlığı Olağan Kanun Yolları olarak düzenlenmiş ve ilk olağan kanun yolu olarak İtiraz, CMK'nun 267 v.d. maddelerinde düzenlenmiştir.

34 EKİNCİ, Hüseyin; **"Kabul Edilebilirlik Kriterleri"** Editör Musa SAĞLAM, Bireysel Başvuru, İnceleme ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri. Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2.Baskı. 2013, s.124.

35 EKİNCİ/SAĞLAM; s.22.

36 AYM. B.No: 2012/74, T.5/3/2013. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi> (Erişim Tarihi 25.4.2014).

Anayasa Mahkemesi başvuruyu temyiz mercii şikayeti olarak değerlendirmekte ve ilk derece mahkemesinin delil değerlendirmesine karışmamaktadır. Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir başvuruda başvuru, daha önce suç işlememiş olmamasına rağmen hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmediğini iddia etmiştir. Mahkeme, başvuru iddiasının, derece mahkemesince delillerin değerlendirilmesinde ve yorumlanmasında isabet olup olmadığına, dolayısıyla yargılamanın sonucuna ilişkin olduğu ve başvurunun bu haliyle temyiz incelemesi talebi niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Bu durumda başvuru iddiasının kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu ve derece mahkemesi kararının da açıkça keyfilik de içermediği durumda başvuru hakkında diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin '*açıkça dayanaktan yoksun olması*' nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmiştir³⁷.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması talebinin reddi talebine rağmen bu kurumun uygulanmadığı durumlarda sanık hakkında kurulan hüküm kesin nitelikte değilse sanığın bu karara karşı temyiz hakkı bulunduğundan talebi temyiz merciince incelenecektir. Çünkü ceza mahkemelerinde olağan kanun yolu kural olarak temyizdir. Temyize tabi bir kararın temyiz edilmeden kesinleşmesi durumundan ise bireysel başvuru, kanun yollarının tüketilmediği gerekçesiyle reddedilme durumuyla karşı karşıya kalacaktır.

b- Mağdur, Şikâyetçi veya Katılanın Bireysel Başvuruda Bulunması

Mağdur, şikâyetçi ya da katılan tarafından sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yapılan bireysel başvurularda ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Şöyle ki bazı suç türleri vardır ki, örneğin hakaret, dolandırıcılık, tehdit gibi suçlarda ilgililer ceza soruşturmasını talep etme yanında hukuk mahkemesinde de dava açabilmektedirler. Fakat bazı dava türleri vardır ki örneğin işkence, eziyet ve kötü muamele gibi vücut bütünlüğüne yönelik suçlarda etkin bir soruşturmanın yapılması ve bir hüküm verilmesi, mağdur açısından daha bir hayati öneme sahiptir.

Mağdur, şahsına yönelik hakaret, tehdit ve dolandırıcılık gibi suçlarda sanık hakkında yargılama sonunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğinde bu karara yönelik Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunduğu durumda mağdur bu gibi durumlarda yargılamanın adil olmadığını, sanık hakkında daha fazla ceza verilmesini ve verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasını talep etmektedir. Böyle bir talep Anayasa'nın 36'ncı maddesinde güvence altına alınmış olan adil yargı-

37 AYM. B.No: 2013/1281. T.16/5/2013<http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi> (Erişim Tarihi 12.4.2014).

H. Turan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

lanma hakkının ihlali iddiasına dayanmaktadır. Oysa Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6'ncı maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin “*medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların*” ve bir “*suç isnadının*” esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvurunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyumsuzluğun tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması aranmaktadır³⁸. Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan mağdur başvuruları ya da şikayetleri, Anayasa ve Sözleşme kapsamı dışında kalacağından, bireysel başvuruya konu olamayacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre, bir ceza davasında üçüncü kişilerin suçlanması veya cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler, Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin koruma alanı dışında kalmaktadır. Bu kuralın istisnaları, ceza davasında medeni hak talebine imkân veren bir sistemin benimsenmiş olması veya ceza davası sonucunda verilen kararın hukuk davası açısından etkili ya da bağlayıcı olması hâlleridir³⁹. 4.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânı ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla başvurunun ceza muhakemesi sürecinde medeni haklarını ileri sürme imkânı bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17'inci maddesi kapsamında kalmayan suçlarda verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına yönelik yapılan bireysel başvurularda ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarında konu bakımından yetkisizlik kararları vermektedir. “*Başvurucu, suç işlediğini düşündüğü bir üçüncü kişi hakkında soruşturma açılmasını sağlamak amacıyla suç duyurusunda bulunmuş olup, talebi üçüncü kişilerin cezalandırılmasıyla sınırlıdır. Başvurucu, üçüncü kişilerin fiilleri nedeniyle medeni haklarına yönelik bir müdahalenin bulunduğunu düşünüyor ve buna ilişkin zararının giderilmesini istiyorsa, hukuk mahkemeleri önünde dava açma imkânları vardır. Sonuç itibarıyla, başvurunun Anayasa'nın 36. maddesine dayanan ihlal iddiasının konusu, Anayasa'da güvence altına alınmış ve Sözleşme kapsamında olan temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı dışında kalmaktadır. Açıklanan nedenlerle, başvuru konusu ihlal iddialarının Ana-*

38 HARRİS D.J./O'BOYLE M./BATES E.P./BUKLEY C.M; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, (Çevirenler: Mehveş BİNGÖLLÜ KILCI-Ulaş KARAN), Avrupa Konseyi, 2013, Ankara, s.212.v.d.

39 Perez/Fransa, 47287/99, § 70). DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar. 1.C. Avrupa Konseyi ve Yargıtay Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2012. 1.B., s.612.

Haşim Kılıç'a Armağan

*yasa ve AİHS'nin ortak koruma alanı dışında kaldığı anlaşıldığından başvurunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.*⁴⁰

Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir bireysel başvuruda kasten yaralama sonrasında sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını mağdur başvurusu olarak incelemiştir. Başvuru konusu olay ise şu şekildedir:

*"Başvurucu, hükümlü olarak bulunduğu Bandırma M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda infaz koruma memuru olarak görev yapan M. T.'nin, kendisine karşı kasten yaralama suçuna teşebbüs ettiği ve hakaret suçunu işlediği iddiasıyla yaptığı şikâyet üzerine yürütülen adli sürecin etkisiz olması nedeniyle anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.Başvurucu, başvuru tarihinde "kasten öldürme ve ruhsatsız silah bulundurma" suçlarından Bandırma M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunmaktadır. Başvurucunun 18/8/2012 tarihinde, infaz koruma memuru M. T.'nin kendisine karşı kasten yaralama suçuna teşebbüs ettiği ve hakaret suçunu işlediği şikâyeti üzerine, hem idare hem de savcılık tarafından adı geçen infaz koruma memuru hakkında idari ve adli soruşturma başlatılmıştır. Adli soruşturma sonucunda Bandırma Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından düzenlenen 28/9/2012 tarihli iddianame ile "kasten yaralama suçuna teşebbüs ve hakaret" suçlarından M. T.'nin cezalandırılması istemiyle Bandırma Sulh Ceza Mahkemesine kamu davası açılmıştır. Anılan Mahkemenin 2/11/2012 tarih ve E.2012/1123, K.2012/1419 sayılı kararı ile infaz koruma memuru M. T.'nin kasten yaralama suçuna teşebbüs eyleminden alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle sonuç olarak 1 ay 26 gün hapis; hakaret suçundan ise 1.740 TL adli para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiş; hükmolunan cezanın iki yılın altında hapis ve adli para cezası niteliğinde olması, sanığın daha önceden bir suçtan mahkumiyetinin bulunmaması, kişilik özellikleri itibarıyla yeniden suç işlemeyeceği yönünde olumlu kanaat oluşması ve sanığın da kabul etmesi nedenleriyle, sanık hakkında kurulan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ve sanığın beş yıl süre ile denetim altında tutulmasına karar verilmiştir. Başvurucu tarafından söz konusu karara karşı 5/11/2012 tarihinde itiraz kanun yoluna gidilmiş olup, Bandırma 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 7/11/2012 tarih ve 2012/349 Değişik İş sayılı kararı ile itiraz yerinde görülmeyle reddedilmiştir Aynı tarihte kesinleşen karar 9/11/2012 tarihinde başvurucaya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, 29/11/2012 tarihli dilekçesi ile 30 gün içinde bireysel başvuruda bulunmuştur."*⁴¹

Mahkeme, mağdura yönelik "işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele" düzeyine çıkmayan vücut bütünlüğüne yönelik bir yaralama eyleminden dolayı soruşturma derhal başlamış ve makul sürede yargılama

40 AYM. B. No: 2012/1049, § 23, 26/3/2012). <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgi-Bankasi> (Erişim Tarihi: 14.5.2014).

41 AYM. B. No. 2012/969. T.18/9/2013. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi> (Erişim Tarihi: 14.5.2014).

H. Turan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

yapılmış ise, gerçekleşen haksız eylem ile belirlenen ceza ve beş yıllık denetim yaptırımının orantısız olduğunun söylenemeyeceğini belirtmek birey onuruna ve vücut dokunulmazlığına saygı duyulmasını garanti eden hukuk hükümlerinin ve özellikle de cezai yaptırımların caydırıcı işlevinin mevzuat çerçevesinde etkin bir şekilde uygulanmasının sağlandığının kabulü gerekeceğini vurgulamıştır.

Dolayısıyla yargılama sonrasında suçu işleyen kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş ise kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı hakkının korunması kapsamında yürütülen adli sürecin etkisiz olmadığı ve temel bir hak ihlalinin bu nedenle söz konusu olmadığı sonucuna varılarak başvuru hakkında “açıkça dayanaktan yoksun”⁴² olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmiştir.

Karardan da anlaşılmaktadır ki şu aşamada işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele kapsamına varmayan vücut bütünlüğüne yönelik yaralama eylemlerinde sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükümünden sonra kurulan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları, mağdur bakımından bir hakkın ihlali anlamına gelmeyeceği söylenebilir. Nitekim Taylan/Türkiye kararında da vurgulandığı üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3’üncü maddesi kapsamında kalan suçlarda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği, verilmesi durumunda ise Sözleşme’nin 3’üncü maddesinde düzenlenmiş olan işkence görmeme hakkının usulden ihlal edilmiş sayılacağı kabul edilmiştir.⁴³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu kararı çerçevesinden bakıldığında Anayasa Mahkemesinin kararının bu kararla uyumlu olduğu görülmektedir.

5- SONUÇ

Anayasa Mahkemesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun Ceza Muhakemesi Kanun’unda düzenlenmesi sonrasında bu kurumun Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla yapılan hem iptal hem de itiraz başvurularında, söz konusu kurumun Anayasa’ya bir aykırılık oluşturmadığı sonucuna varmıştır.

Kabul edildiği tarihten itibaren mahkemelerce geniş bir surette uygulanan

42 “Mahkeme, Anayasa’nın 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 Kanunun 48/2.maddesi. **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun**, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013.

43 Taylan/Türkiye İkinci Daire Kararı (Başvuru No:32051/09) T. 3 Temmuz 2012. Kararın tam metni için bkz. www.inahak.bb.adalet.gov.tr. (Erişim Tarihi: 10.4.2014).

hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı; davanın tarafları olan hem mağdurlar, hem de hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanıklar tarafından itiraza tabi bir karar mahiyetindedir. Mağdurlar, sanık hakkında verilen bu kararın yerine mahkûmiyet kararı verilmesini, zira hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının 5 yıl süreyle bir denetim öngördüğü dikkate alındığında kararın etkisiz kaldığını düşünerek, sanık ise talebi hâlinde bu kararın verilmesine karşılık beraat etmesi gerektiği gerekçesiyle itiraz etmektedirler. Dolayısıyla her iki durumda da itiraz sonucunda verilen kararlar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kesin niteliğe kavuşmaktadır. Kararın kesinleşmesinin öğrenilmesinden itibaren gerek mağdur, gerekse sanık bakımından söz konusu karara karşı bireysel başvuru yolu açıktır.

Anayasa Mahkemesi, kendisine yapılan bireysel başvuruda Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden birisinin ihlal edilip edilmediği yönünde bir inceleme yapmaktadır. Bu minvalde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları da başvuru tarafından ileri sürülen hak ihlalinin niteliğine göre bir incelemeye tabi tutulmaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi ya da verilmemesi ile ilgili şikâyetleri bir itiraz veya temyiz mercii gibi inceleyip sonuçlandırmamaktadır. Başvurucuların; gerek sanık, gerekse mağdurun, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı nedeniyle yaptıkları bireysel başvurularda ileri sürdükleri hak ihlali iddiaları hakkında, Anayasa Mahkemesince yapılan inceleme sonucunda hakkın niteliğine göre farklı sonuçlar çıkması pek muhtemeldir. Bir hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında ihlal bulunurken, bir başka kararda ihlal bulunmayabilir. Zira incelenen, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının bizatihi kendisi değil, bu kararlar ihlal edilen hakkın kendisidir.

KAYNAKLAR

ARAS, Bahattin; **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar**, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y:3, S:22, Haziran 2008.

DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla; **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**. 1.Cilt. Avrupa Konseyi ve Yargıtay Başkanlığı Yayınları, 1.Bası. Ankara, 2012.

EKİNCİ, Hüseyin/SAĞLAM Musa; **Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**. Anayasa Mahkemesi Yayınları. Ankara, 2014.

EKİNCİ, Hüseyin;; **“Kabul Edilebilirlik Kriterleri”** Editör Musa SAĞLAM, Bireysel Başvuru, İnceleme ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2.Baskı. Ankara, 2013.

ERGÜL, Ergin; **Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi. Ankara 2012.

EROL, Haydar; **Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması**, Ankara, 2006.

HARRİS D.J./O’BOYLE M./BATES E.P./ BUKLEY C.M; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, (Çevirenler: Mehveş BİNGÖLLÜ KILCI-Ulaş KARAN), Avrupa ;Konseyi Yayınları, Ankara, 2013.

İNCEOĞLU, Sibel (Editör); **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Avrupa Konseyi Yayınları, 1.Baskı. 2013.

KAYA, Emir, **“Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”** Ankara Barosu Dergisi, Y:71. S:2013/3. .s.411.

KİLİNÇ, ; **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı nda Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği**, Anayasa Yargısı , Anayasa Mahkemesi Yayınları, Sayı 25.

KUMBASAR Enver; **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

MERAN, Necati; **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri**, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y:3, S:23, Temmuz 2008,

OLGUN, Sevinç; **Ceza Muhakemesi Kanuna Göre Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y:3. S:22. Haziran 2008.

ÖZGENÇ İzzet; **“Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”**, 3. Yılında Ceza Adaleti Sistemi. ÖZTÜRK, Bahri (Editör) Ankara. Seçkin, 2009.

Haşim Kılıç'a Armağan

ÖZGENÇ, İzzet/ ŞAHİN, Cumhur; **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Birinci Baskı, Mart 2007.

SAĞLAM, Musa (Editör); **Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**. Anayasa Mahkemesi Yayınları. 2.Baskı. Ankara, 2013.

TURABİ, Selami; **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun. T.C. Anayasa Mahkemesi. 2013.

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan; **Ceza Muhakemesi Hukuku**. Adalet Yayınevi, 3.Bası Ankara 2010.

UZUN, Cem Duran; **“Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu”**, Seta Analiz, Şubat 2012.

Erhan TUTAL
(*Anayasa Mahkemesi Raportörü*)

BİREYSEL BAŞVURUNUN İŞLEV VE NİTELİĞİ İLE BAŞVURU YOLLARININ TÜKETİLMESİ ZORUNLULUĞU

I- GİRİŞ

Anayasa'nın tanıdığı hak ve özgürlükleri korumak, anayasa Yargısı mekanizmasındaki temel amaç değil, anayasal düzene ilişkin korumanın dolaylı sonucudur. Anayasa Yargısı⁴⁴, anayasal düzeni korurken dolaylı olarak Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri de koruma altına almaktadır.⁴⁵ Temel hak ve özgürlüklerin hukuki koruması, Anayasa Mahkemesi tarafından anayasal düzenin korunmasının dolaylı bir sonucu olmaktan çıkıp doğrudan koruma alanına girmektedir. Bu yolla, temel hak ve özgürlüklerin sahibi olan bireyler, hak ihlallerine karşı artık bizzat başvurabilecekleri bir koruma mekanizmasına kavuşmuşlardır.

İkinci Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında özellikle Avrupa kıtasında yaşanan insan hakları ihlalleri ve savaş sonrasında oluşan iki bloklu dünya, insan haklarının korunmasının ne kadar önemli olduğunu göstermiştir. Bu doğrultuda, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 10.12.1948 tarihinde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni kabul etmiştir.⁴⁶ Belge, insan haklarının korunmasına yönelik oldukça geniş bir içeriğe sahip olmasına karşın Belge'nin hukuki açıdan herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Buna karşın, Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi taraf devletleri bağlayıcı ve zorlayıcı bir belgedir.

İnsan haklarının uluslararası düzeyde ele alınması ve insan haklarına ilişkin hukuk kurallarının geliştirilip sistemleştirilmesi, hak ve özgürlüklerin ko-

44 "Yasaların, yasa düzeyindeki düzenlemelerin ve TBMM İç Tüzüğü'nün biçim ve öz yönünden Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek işlevi, anayasa Yargısı'nın görevidir" **Yekta Güngör ÖZDEN**, "Anayasa Yargısı", Kırıkkale Barosu Dergisi, S: 10, 1994, s. 6; "Anayasa Yargısı, Anayasa'ya uygunluğu sağlayan bir çeşit yargılama faaliyetidir." **Bülent DAVER**, "Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasal Partiler; Birkaç Örnek Olay", Anayasa Yargısı 2, 1986, s. 94; "Anayasa Yargısı, yasama işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimidir." **Yavuz ATAR**, "Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi", Hukuki Araştırmalar Dergisi, Cilt: 1, Sayı:1, Ocak, 1998, s. 1.

45 **Ece GÖZTEPE**, Anayasa Şikâyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998, s.2.

46 "Kapitalist "Batı" ile sosyalist "Doğu" arasındaki ideolojik ayrılığın, Birleşmiş Milletler çerçevesinde ortaya çıkarılan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi üzerindeki tartışmalarda yansımaları olduğunu belirtilmektedir." **Ömer MADRA**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:458, s. 1.

runmasını salt ulusal devletin yetki alanı içinde bulunan bir sorun olmaktan çıkarıp, uluslararası toplumu ilgilendiren bir sorun haline getirmiştir.

Türkiye’de demokrasi ve insan hakları alanındaki gelişmeler, özellikle dış dinamikler çerçevesinde sağlanabilmiştir. Ancak bu gelişmeler belirtilen çerçevede olduğu için büyük oranda hukuksal alanda sınırlı kalmaktadır. Oysa insan hakları düşüncesinin ve demokrasinin yerleşmesi, ekonomik, siyasal ve diğer birçok alandaki köklü gelişimi gerekli kılmaktadır.⁴⁷ Devlet iktidarının sınırlandırılmasında en önemli araçlardan birisi ve belki de en önemlisi, insan haklarının en üst düzeyde korunmasıdır. İnsan haklarına saygı ile birlikte bu hakların korunmasının demokratik toplumların vazgeçilmez bir koşulu olduğu izahtan varestedir. İşte bireysel başvuru yolunun tanınması da bahsedilen gelişmeler çerçevesinde değerlendirilebilir.

Anayasa mahkemelerinin fonksiyonlarında zamanla meydana gelen bir değişim ⁴⁸ ile bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlükleri yasama, yürütme veya yargı organları tarafından ihlal edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir yol olarak tanımlanmaktadır.⁴⁹ Bu yol, hukuk devleti ilkesinin daha mükemmel bir biçimde gerçekleştirilmesine ve bunun en önemli unsurlarından biri olan devlet organlarının yaptığı temel hak ihlallerine karşı bireyin korunmasına yardımcı olmaktadır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemeleri, yurttaşların temel hak ve özgürlüklerinin iç hukukundaki aksamalar nedeniyle ihlali halinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) de kararları ışığında şekillenen ortak kuralları uygulayan makamlardan biri olarak değerlendirilmelidir.⁵⁰

Bireysel başvuru, Türkiye’de mahkeme kararlarına karşı ve yasama işlemleri⁵¹ ile düzenleyici işlemler⁵² dışında kalan kamu gücünün tesis ettiği iş-

47 **Sevtap YOKUŞ**, “Avrupa Birliği’ne Uyumda Siyasi Kriterler Doğrultusunda Türkiye’de Anayasal ve Yasal Dönüşüm Çabaları”,

48 **Özcan ÖZBEY**, “Anayasa Mahkemesi’ ne Bireysel Başvuru Hakkının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi ” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ekim 2012, Sayı: 11, Yıl: 3, s. 21.

49 **KILINÇ**; “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı nda Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, Anayasa Yargısı 25, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2008, s. 23.

50 **Valery ZORKİN**, “Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru”, Anayasa Yargısı , Cilt 26, Yıl 2009, s. 291.

51 Yasama işlemi, yasama organından çıkan tüm işlemleri değil, yasama organının yasama görev ve yetkileriyle ilgili olarak tesis ettiği işlemleri ifade etmektedir. Bkz. **Kemal GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2011, s.240.

52 Düzenleyici idari işlemlere karşı idari dava açılmak suretiyle hukuk aykırı iseler iptal edilmelerini sağlama imkânı tanınmış iken, diğer koşulların da bir araya gelmesiyle birlikte anılan düzenleyici işleme karşı bireysel başvuru yolunun doğrudan kullanılmamasının kendi içinde çelişkili olduğu belirtilmiştir. Bkz. **Özcan ÖZBEY**, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.213.

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

lemlere karşı yapılabilecektir.⁵³ Belirtmek gerekir ki yasama işleminin kişiye uygulanması neticesinde kişinin temel hak ve özgürlüğüne bir müdahale söz konusu ise uygulama işlemine karşı bireysel başvuru yapılabilecektir.⁵⁴ Türkiye uygulamasında kanunlara ve düzenleyici idari işlemlere doğrudan başvuru yapılamayacağının düzenlenmesi bireysel başvurunun mantığına çok da aykırı bir durum değildir. Yasama veya düzenleyici işlemlerden dolayı temel hak veya özgürlüğüne müdahale olunan kişi, anılan düzenlemelerin uygulama işlemine karşı bireysel başvuru yapabilecektir.⁵⁵

Bir temel hak ve özgürlük ihlali, anayasa Yargısı, idari yargı ya da adli yargı aracılığıyla ortadan kaldırılabilir. İşte bireysel başvuru yolu, tüm bu mekanizmaların ihlali ortadan kaldırmadığı durumlarda kullanılabilecek olağanüstü bir başvuru yoludur. Bu başvuru yolunu ifade etmek için genellikle *“anayasa şikâyeti”* veya *“bireysel başvuru yolu”* terimlerinin kullanıldığı görülmektedir.

Bu bağlamda anayasa şikâyeti, kendisine kişilik tanınmış süljelere özgülenmiş olan temel hak ihlallerine karşı ve yine sadece hakkı ihlal edilen sülje tarafından kullanılabilecek bir başvuru yolu/usuli haktır⁵⁶.

Bu çalışmada bireysel başvuru ile ilgili ayrıntılı değerlendirmeler yapılmaksızın bu yolun kullanılabilmesi için *“tüketilmesi zorunlu olan iç hukuk yolları”* konusu incelenmeye çalışılacaktır. Ancak söz konusu incelemeye geçmeden önce konumuzla ilgili olması bakımından niçin bireysel başvuru yolunun getirildiğine ve bireysel başvurunun hukuki niteliğine kısaca değinmek gerekmektedir.

53 Serap AYDIN, *“Türk Hukuk Sisteminde Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”*, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Nisan 2013, s.18. 6216 sayılı Kanun’un 3. fıkrasında, üç işlem bireysel başvuru kapsamı dışında bırakılmıştır. Bunlar, yasama işlemleri, düzenleyici idari işlemler ve Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerdir. Kanun, yasama işlemleri ve düzenleyici idari işlemlere karşı doğrudan başvuru yapılamayacağı, Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin ise bireysel başvuruya konu olmayacağını ifade etmiştir.

54 Ebru KARAMAN, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı nda Bireysel Başvuru, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2013, s.202.

“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.” 5.3.2013 tarih ve 2012/30 başvuru sayılı karar.

55 YALÇINÖZ, *“Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar”*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, Ocak 2014, s.204.

56 Tolga ŞİRİN, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, XII Levha, 1. Bası, İstanbul, Haziran 2013, s.68.

II- BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN AMACI

Türkiye’de uzun bir zamandır bireylere Anayasa Mahkemesi’ne doğrudan başvuru yolunun tanınması yolunda öneriler getirilmiştir.⁵⁷

Bireysel başvurunun ilk amacı, temel hak ve özgürlükleri anayasa Yargısı yoluyla korumak ve geliştirmektir. Ancak bu sübjektif işlevinin yanında, hukuk düzenini korumak ve anayasa hukukunu geliştirmek gibi objektif bir işlevi de bulunmaktadır.⁵⁸

Bireysel başvurunun amacı, olağan kanun yollarının bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını gerçekleştirememesi halinde, bu hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamaktır.⁵⁹ Bireysel başvuru, Devlet bünyesinde genel mahkemelerin sağladığı korumaya ek bir koruma sağlarken AİHM’e başvuru ise ulusal korumaya ek olarak tesis edilmiş bir güvencedir.⁶⁰

12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandumla kabul edilen 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun ile Anayasa Mahkemesi’nin yeniden yapılandırılması⁶¹ konusunda getirilen birçok yeniliğin yanında, bireylere de doğrudan Anayasa Mahkemesi’ne başvuru imkânı tanınmıştır.

Anayasa’nın 148. maddesine göre; herkes, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilir.⁶² Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Anayasa değişiklik teklifinin ge-

57 Bireysel başvuru konusunda 2005 yılında hazırlanmış kapsamlı bir öneri için Musa Sağlam’ın “*Bireylerin Anayasa Mahkemesine Başvurusu (Bir Reform Önerisi)*”, adlı makalesine bakılabilir. (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:60 (2005), s.139-168.)

58 Göztepe, s.17

59 M. Yavuz SABUNCU - Selin ESEN ARNWINE, Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu, Anayasa Yargısı , Anayasa Mahkemesi Yayınları, Sayı 21, s.230.

60 Özbey, Değerlendirme, s.24.

61 Anayasa Mahkemesi; Genel Kurul, iki Bölüm ve altı Komisyondan oluşmaktadır. Bölümlerin kararları arasında oluşmuş ya da oluşabilecek farklılıkları gidermekle görevli Genel Kurul 17 üyeden oluşmaktadır. Başkan ve en az oniki üye ile toplanır ve kural olarak katılanların salt çoğunluğu ile karar alır. Bölümler bireysel başvuruların esas incelemesi, komisyonlar ise kabul edilebilirlik incelemesini yapmaktadırlar. Öte yandan bireysel başvuru ile birlikte Mahkeme’de, yargısal ve idari çalışmalara yardımcı olmak üzere ilâve yeni birimler meydana getirilmiştir. Yeterli sayıda raportör ve personelin yer aldığı bu birimler; Bireysel Başvuru Bürosu, Komisyonlar Raportörlüğü, Bölümler Raportörlüğü ve Araştırma ve İctihat Birimidir

62 Bireysel başvuru konusu olabilecek bazı haklar şunlardır: Yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma hakkı, suç ve cezaların kanuniliği, özel yaşama ve aile yaşamına saygı, haberleşme özgürlüğüne saygı, düşünce, ifade, din-vidan özgürlüğü, örgütlenme ve toplantı özgürlüğü, evlenme, aile kurma hakkı, etkili başvuru hakkı, ayrımcılık yasağı, mülkiyet hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı ve serbest seçim hakkı.

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

rekçesinde⁶³, AİHM’de Türkiye aleyhine her yıl binlerce başvuru yapıldığı ve getirilen başvuru yoluyla, bu başvuruların iç hukuk yollarında çözülmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Ayrıca gerekçenin devamında, birçok ülke demok-rasisinde bireysel başvuru yolunun anayasa Yargısı’nın ayrılmaz bir parçası olduğu ya da benzer mekanizmaların mevcut olduğu, bu yöntemin bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayaca-ğı ve devlet organlarını Anayasa ve kanunlara uygun davranmaya zorlaya-cağı belirtilmiştir. Bununla birlikte, bireysel başvuru yolunun asıl amacının, AİHM’e başvurudan önce bir iç hukuk yolu oluşturarak bu başvuruların sayısını azaltmak olduğu söylenebilir.⁶⁴ Nitekim bu yolla başvuru konusu olabilecek haklar, Anayasa’da güvence altına alınmış tüm haklar değil, “Ana-yasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birisidir.”⁶⁵ Bireysel başvuru yoluna hukuk sisteminde yer verilmesinin en önemli amacının, AİHM’e yapılan başvuruları azaltmak olduğunu göstermektedir.⁶⁶

63 7.11.1982 Tarih ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ile Anayasa Komisyonu Raporu, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 4, S. Sayısı: 497, s.18–19. TBMM Resmi İnternet Sitesi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> (Erişim tarihi: 10.5.2013).

64 **Hüseyin EKİNCİ – Musa SAGLAM**, Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014, s.3; **Serap YAZICI**, Yeni Bir Uygulama Olarak Anayasa Şikâyeti-Konuşma, AİHM VE TÜRKİYE II, Anayasa Şikâyeti ve AİHM, Uluslararası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No: 8, Ankara, 2010, s. 10.

65 “Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa’da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir.” Anayasa Mahkemesinin 26.3.2013 tarih ve 2012/1049 başvuru numaralı kararı. (www.anayasa.gov.tr)

66 Ayrıca bireysel başvurunun, ülkemizde insan haklarının etkin bir şekilde korunması suretiyle hukuk ve demokrasi standartlarının yükseltilmesine imkân sağlayacağı; öte yandan, bireysel başvuru yolu ulusal düzeyde temel hak ve özgürlüklerin korunmasının önemli bir aracı haline geleceği belirtilmektedir. Bkz. **Ekinci – Sağlam**, Sorularla Bireysel Başvuru, s.4-5; Venedik Komisyonu Başkanı da konuya değindiği Anayasa Mahkemesi’nin 50. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “21. Yüzyılda Hak ve Özgürlük Hareketleri ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü” Konulu Sempozyum’da yaptığı konuşmasında, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolunun açılmasının AİHM’de Türkiye aleyhine açılan dava sayısını önemli oranda azaltacağını, ağır iş yükü olan Strazburg Mahkemesi’nin yükünün biraz olsun alındığı için şükran duyduklarını belirtmiştir. Bkz. **Gianni BUQUICCHIO**, Anayasa Yargısı , Sempozyum Bildirileri, Yıl:2012, Sayı:29, s.382; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza da aynı Sempozyum’da yaptığı konuşmasında; AİHM’de Türkiye aleyhine açılan dava sayısının hayli fazla olduğunu, Anayasa Mahkemesi’nin artık bu başvurular için bir filtre görevi göreceğini, bu durumun da kendilerinin işlerini kolaylaştıracağını belirtmiştir. Bkz. **Nicolas BRATZA**, Anayasa Yargısı , Sempozyum Bildirileri, Yıl:2012, Sayı:29, s.12.

Bireysel başvuru yöntemi, iptal davası⁶⁷ ya da itiraz yolu⁶⁸ gibi Anayasa Mahkemesi'ne diğer başvuru yollarından ayrı olarak, doğrudan temel hak ve özgürlüklerin sahibi olan bireylerin başvurabilecekleri ve esas amacı anayasal düzeni değil, bizzat temek hak ve özgürlükleri korumak olan bir mekanizmadır. Yani nihai hedefi temel hak ve özgürlükleri korumak olan bir başvuru yolu oluşturulmuş olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, kişilerin yürürlükte olan kanunların anayasal uygunluğunu, kendilerine dönük bir işlem olmaksızın, "soyut olarak" denetlebilecekleri bir anayasal başvuru yolu olarak değil doğrudan ve özel olarak oluşturulmuş bir müracaat yolu olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁹

Bireysel başvurunun amacı, insan hakları ve özgürlükleri standardını yükseltmek iken, itiraz başvurularının amacı kanunlardan kaynaklanan fakat uygulamayla anlaşılan Anayasa'ya aykırılıkları bertaraf etmektir. Bireysel başvuru olay ve olgu incelemesi ile bireysel hak ihlali tespitine yönelmektedir. İtiraz başvuruları ise bireysel durumlardan hareketle kanunların Anayasa'ya uygunluk durumunu genel olarak tespit etmeye yöneliktir. Bu iki amaç ve bu amaçların gerektirdiği yaklaşımlar birebir örtüşmemektedir. Gerekçe itibariyle ise, Anayasa'nın 90. maddesine dayanan bireysel başvuru ulusal üstü, dinamik ve etik bir karaktere sahiptir. İtiraz başvuruları ise, ulusal, daha statik ve yargısal bir temelde ele alınmaktadır.⁷⁰

III- BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN İŞLEVİ

Farklı açılardan değerlendirildiğinde, bireysel başvuru yolunun birçok işlevi olduğu görülmektedir. Bunlardan birincisi, temel hak ve özgürlükleri anayasa Yargısı yoluyla koruyup geliştirmektir. Anayasal düzenin bir bütün olarak korunmasını amaçlayan diğer başvuru yollarından farklı olarak bireysel başvuru yolu, özel olarak insan haklarını korumaya yöneliktir. Temel hak ve özgürlükleri korumak, diğer başvuru yollarının muhtemel ve dolaylı bir sonucu

67 Soyut norm denetimi de denilen iptal davası, Anayasa'da belirtilen kişi ve organların, gene Anayasa'da öngörülen süre içerisinde, bir kanunun Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurduğu bir denetimdir. Bu başvuru yolunda kanunun tümünün ya da belirli hüküm veya hükümlerinin iptali istenir.

68 Bir mahkemede görülmekte olan bir dava sırasında, taraflardan birinin kendisine uygulanacak olan kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünün Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmesi hâlinde işlemeye başlayan denetim yoluna "itiraz yolu" ya da başka bir ifadeyle "def'i" yolu denilmektedir.

69 **Esra KATIMAN**, "Bir İç Hukuk Yolu Olarak Bireysel Başvuru ve Etkinliği Sorunu", TBB Dergisi, 2013 (107), s.29.

70 **Emir KAYA**, "Bireysel Başvurunun Anayasa Yargısı na Etkisi: On Yıl Yasağı Ve Kadının Soyadı Örneği", Bireysel Başvuru İncelemeleri 1, (Editörler: Musa Sağlam, Serdar Gülenler, Recep Kaplan), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013, s.133.

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

iken, bireysel başvuru yolunun doğrudan amacıdır. Böylece devlet temel hak ve özgürlükleri bireysel başvurularla da koruyarak, her türlü hak ihlalinin takipçisi olacağını göstermektedir.

Bireysel başvuru yolunun ikinci işlevi, temel hak ve özgürlüklerin kişiler tarafından dolaysız kullanımını sağlamaktır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda vatandaşlar doğrudan başvurabilecekleri bir mekanizmaya sahip olmaktadır. Böylece vatandaşlarda anayasal hak sahibi olma ve demokrasi bilinci gelişmektedir. Bir başka ifadeyle, bireyler, demokratik anayasal düzenin bir örneği olarak devletten hak talep etme imkânına ve bilincine sahip olmaktadır. Ayrıca bu başvuru imkânı sayesinde vatandaşlar, Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerin kâğıt üzerinde kalmış içi boş hukuk kuralları olmadığını, bireysel başvuru yolu ile bizzat görmekte, hukuk ve adalete olan güvenleri artmaktadır.

Üçüncü işlevi ise bu yöntemle, temel hak ve özgürlükler konusunda Anayasa'ya uygun yorum⁷¹ yaygınlaşmakta ve anayasa mahkemelerinin gücü ve etkisi sayesinde bu konuda yargıda bütünlük oluşturulabilmektedir. Bireysel başvuru yolu, özelde yasa koyucuya genel olarak ise tüm kamu gücünü kullananlara, temel hakların yorumu, uygulanması ve somutlaştırılmasında yol göstermektedir.

Bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi'nin işlevinin, önüne gelen her somut olayda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme kuralları ile Anayasa hükümlerinin anlamını tespit etmek, Anayasa'nın ve Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkesi sayesinde, bu yorumun diğer yargı organları tarafından benimsenmesini sağlamak olduğu belirtilmektedir.⁷²

Anayasaya uygun yorum, sadece anayasa yargıcının Anayasa'ya uygunluk denetimi yaparken kanun hükümlerinin yorumlanmasında gözetilecek bir yorum yöntemi değil, yargı işinin doğasından kaynaklanan ve mahkemelerce kanun hükümlerinin yorumlanmasında gözetilecek temel bir hukuksal yorum ilkesi olarak kabul edilmektedir ve anayasa Yargısı yanında idari yargı ve adli yargı başta olmak üzere tüm yargı organları tarafından gözetilmektedir.⁷³

Böylece anayasada güvence altına alınmış temel haklar, tüm ülkede aynı şekilde yorumlanıp anlaşılacak ve uygulamada bir bütünlük ve tutarlılık sağlanacaktır. Verdikleri tüm kararların bireysel başvuru konusu olabileceğini bi-

71 Anayasa'ya uygun yorum, kanun hükümleri ya da düzenleyici idari işlemlerin yorumunda ve kişilerarası uyumazlıkların çözümünde anayasa kural ve ilkelerinin birer yorum ölçüsü olarak her zaman göz önünde tutulmasıdır.

72 Özbey, Bireysel Başvuru Hakkı, s.83.

73 Şerife İlgin YILDIZTURAN, Anayasa Mahkemesinin Yorumlu Ret Kararları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s.36.

len mahkemeler, temel haklar konusunda daha dikkatli ve hassas davranmak durumunda kalacaklardır. Sonuçta, anayasa mahkemeleri bütün bir hukuk ve yargı sistemine temel hak ve özgürlükleri koruma amaçlı olarak rengini verecektir.

Başka bir açıdan, bireysel başvuru yolunun objektif ve sübjektif olmak üzere iki tür işlevi olduğu; sübjektif işlevin bireyin temel hak ve özgürlüklerinin anayasa Yargısı yoluyla korunması, objektif işlevin ise hukuk düzeninin korunması ve anayasa Yargısı içtihatlarının geliştirilmesi olduğu söylenebilir.⁷⁴

Evrensel uygulamanın ortaya çıkardığı tüm bu işlevlerin, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi açısından önemi göz ardı edilemeyecek kadar büyüktür.

Bireysel başvuru yolunun anayasa hukukunu geliştirmek dışında, temel hakların yorumu, uygulaması ve somutlaştırılmasında kamu gücünü kullananlara yol gösterdiği belirtilmektedir.⁷⁵ Bu yol bireylere, etkili hukuki koruma sağlamanın yanında kamu organlarının anayasal ilkelere uygun eylem ve işlem yapmaları sonucunu da doğurmaktadır. Kamu organları, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi⁷⁶ gereğince her ne kadar eylem ve işlemlerinde en üstün norm olan Anayasa'ya bağlı olsalar da öncelikle kendilerini yetkilendiren türevsel normlara bağlı kalarak işlem yapmaktadırlar. Oysa eylem ve işlemlerin Anayasa Yargısı denetiminin konusu olabileceğini bilen kamu organları türevsel hukuku yorumlarken bunlara kaynaklık eden en üst norm olarak Anayasa'yı ve temel hakları daha fazla dikkate almakta ve bu çerçevede yorum yapmaktadırlar. Bu nedenlerle türevsel hukukun anayasa ışığında yorumlanmasının, bireysel başvuru yolu sayesinde gerçekleştiği belirtilmiştir.⁷⁷

Sonuç olarak denilebilir ki bireysel başvuru yolunun birçok işlevinin bulunmasına rağmen bunlar toplamda iki kategoriye ayrılabilir. Birincisi, kişilerin sübjektif haklarını koruması, ikincisi ise kararları aracılığıyla kimi anayasal sorunlara açıklık getirilmesi, anayasa düzeninin korunmasına, yorumlanmasına ve geliştirilmesine katkıda bulunmasıdır.

74 Kılınc, s. 26.

75 Göztepe, s. 20

76 Anayasanın, normlar hiyerarşisinde kanunların ve idarenin diğer düzenleyici işlemlerinin üstünde yer alması ile bunların Anayasa'ya uygun olması gerekliliğine "anayasanın üstünlüğü ilkesi" denilmektedir. Anayasa Yargısı'nın temeli olan, "Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı" ilkesine 1961 Anayasası'nın 8. ve 1982 Anayasası'nın 11. maddelerinde yer verilmiştir. Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinin pratikte bir anlam ifade edebilmesi, üstünlüğü sağlayacak mekanizmaların varlığı ve etkinliği ile doğru orantılıdır.

77 Göztepe, s.138.

IV- BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN NİTELİĞİ

Bireysel başvuru öncelikle, hakları ihlal edilenlere Anayasa veya yasayla tanınan bir dava türüdür. Dava olması nedeniyle, başvuruların incelenme yeri temel hak ve özgürlüklerin korunmasında görevli mahkemeler, yani anayasa mahkemesi veya anayasa mahkemesinin görevini yerine getiren yüksek mahkemeler olmaktadır.

İkincil nitelikte bir başvuru yoludur. Bireysel başvuru yolu temel hakların ihlalinin önlemede en son hukuki çaredir. Temel haklara ilişkin ihlal iddiaları başka hukuki yollarla giderilebilecekse bu yola başvurulmaz. Bu itibarla, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve ihlallerin önlenmesi öncelikli olarak parlamentonun, yürütme organının ve genel mahkemelerinin görevidir. Temel hak ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin iddialar genel adalet düzeni içinde Anayasa Mahkemesi'ne gelmeden yanıtlanmalıdır. Ancak olağan yasa yollarında yapılan denetime rağmen, temel hak ve özgürlüklerin çiğnendiği iddiası karşılanmamış ise ancak ondan sonra gerekli şartları taşıyan başvuruların Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi kabul edilebilir.⁷⁸

Bireysel başvuru temel hakların ihlalinin önlemede en son ve olağanüstü bir hukuki çaredir. Yani temel hak ve özgürlüklerin korunması ve ihlallerin önlenmesi öncelikli olarak idari makamların ve genel mahkemelerinin görevidir. Çünkü bu makamlar ihlale ilişkin olgulara yer, zaman ve şartları değerlendirme açısından daha yakın ve avantajlı durumdadırlar. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yoluyla yaptığı denetim kural olarak ikincil niteliktedir.⁷⁹

Bireysel başvuru, temyiz veya istinaf benzeri bir başvuru olmadığı gibi temyiz veya istinaf sonrası olağanüstü bir temyiz fırsatı da değildir.⁸⁰ Temyiz ve

78 AİHS'nin kabul edilebilirlik koşulları başlıklı 35'inci maddesinde; uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen prensiplerine göre, ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde AİHM'ye başvurulabileceği hükme bağlanmıştır.

AİHM'ye bireysel başvuru yapabilmek için, hakkında başvuru yapılacak devlette mevcut iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Bu, uluslararası bir sözleşme olan AİHS'nin sağladığı güvencenin, ikincil olmasından kaynaklanan bir durumdur.

79 Anayasa Mahkemesi bir kararında, başvurunun kendi taşınmazının da bulunduğu bölgede uygulanan projeyle ilgili şikâyetlerini öncelikle yetkili ve görevli ilk derece mahkemeleri önünde dile getirmesi, hatta ilk derece mahkemesinin kararından tatmin olmaması durumunda buna karşı kanun yollarını tüketmesi gerektiği halde bunları yapmadan önüne getirilen bir başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. İncelenen olayda başvurunun bahsedilen projeyle ilgili şikâyetlerini daha önce dava konusu yaptığına dair herhangi bir belge sunmamış olduğunu, sadece kamulaştırma kararının iptali istemiyle idari yargıda dava açtığını ve bu davanın devam ettiğini tespit etmiştir. Bu durumda başvurunun bahsedilen projeyle ilgili şikâyetleri hususunda başvuru yollarının tüketilmediği sonucuna varılmıştır. (17.9.2013 tarih ve 2013/1205 sayılı Başvuru kararı).

80 Anayasa'nın 148. maddesinde "Bireysel Başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz" hükmü yer almakta olup Anayasa Mahkemesi, mahkemelerin kararlarını

istinaf aşamalarında, ilk derece mahkemelerinin olayları ve delilleri değerlendirmeleri doğru yapıp yapmadıkları, mahkemelerin yaptığı işlemlerin yasalara uygun olup olmadığı ve yasa kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı değerlendirilir. Oysa bireysel başvuruda, Anayasa Mahkemesi, kuralların doğru uygulanıp uygulanmadığı, olay ve delillerin doğru değerlendirilip değerlendirilmediğini kural olarak incelemeyiz.

Bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesi'nin bir temel hak ihlali iddiasını spesifik anayasa hukuku ve temel hak perspektifiyle incelemesine imkân tanıyan istisnai bir yargı yoludur. Dolayısıyla mahkeme kararlarının bireysel başvuru konusu temel haklara ilişkin olmayan yönlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesi söz konusu olmayacaktır. Bu, Anayasa Mahkemesi önüne getirilen mahkeme kararlarının belirli konularla sınırlı olarak incelenebileceğini de göstermektedir. Dolayısıyla, salt olağan kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara yönelik iddiaları içeren bir başvuru⁸¹, Anayasa Mahkemesince öncelikle ve başvurunun esasına girilmeksizin reddedilir.⁸²

Genel mahkemelerin bir kuralı yanlış uygulamaları, temel bir hakkı ihlal etmediği sürece Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmez. Anayasa Mahkemesi, genel mahkemelerin olayı ve delilleri değerlendirirken, yasa kurallarını uygularken temel hakları ihlal edip etmediklerini ve ihlal varsa bu ihlallerin bireysel başvuru yolu dışında başka bir yolla giderilip giderilemeyeceğini inceler.

Bireysel başvurunun temyizden temel farkı, temyiz yolunda kanunun ve usulün doğru uygulanıp uygulanmadığı denetlenirken, bireysel başvuruda bir yargı kararı sonucunda bireyin temel hakkının ihlal edilip edilmediğinin incelenmesidir. Kanunların doğru uygulanmasını ve yorumlanmasını sağlamak temyiz mahkemelerinin görevidir. Oysa Anayasa Mahkemesi, önüne gelen başvurularda kanunun doğru uygulanıp uygulanmadığı yönünden değil, temel hak odaklı bir inceleme yapacaktır. Bu anlamda kanunlar gerek idare gerekse mahkemeler tarafından doğru uygulanmış olsa bile, bir hak ihlali ortaya çıkabileceği gibi, kanunlar doğru uygulanmamış olsa bile bireysel başvuru kapsamında incelenmesi gereken bir hak ihlali meydana gelmemiş olabilir.⁸³

her türlü hukuka aykırılık sorunu açısından inceleyebilecek bir süper temyiz makamı değildir. Bu nedenle yüksek yargı organlarının temyiz incelemesinde, kanun gereğince baktığı hususlar kural olarak Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirme kapsamı dışındadır.

81 Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin şikâyetlerin bireysel başvuruda incelenemeyeceğinin Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtildiğine işaret edildikten sonra bu şekilde olduğu tespit edilen başvuruların açıkça dayanaktan yoksunluk kapsamında kabul edilemezliğine karar verilebileceği belirtilmiştir. (23.1.2014 tarih ve 2013/6401 sayılı Başvuru Kararı.).

82 **Ekinci – Sağlam**, Sorularla Bireysel Başvuru, s.101.

83 **Ekinci – Sağlam**, Sorularla Bireysel Başvuru, s.102.

E. Tutar: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

Kamu gücünün bir temel hakkı ihlal ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru olarak anlaşılan anayasa şikâyetinin amacı, olağan kanun yollarının bunu gerçekleştiremediği durumlarda hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak olup, anayasa şikâyeti başka yollarla giderilemeyen temel hak ihlallerini ortadan kaldırmaya yönelik istisnai ve ikincil nitelikte bir başvuru yoludur. Anayasa şikâyeti ne mevcut kanun yollarının devamı, ne de hukuk düzeni içinde görülen uygulama hatalarının düzeltilebileceği bir kanun yoludur. Bu yol, sadece bir temel hak ihlalinin denetlenebileceği istisnai bir hukuk yolu, olağanüstü bir hukuki çözümdür.

Sonuç olarak bireysel başvurunun nitelikleri kısaca şöyle sıralanabilir.

- Anayasal bir yargı yolu olması
- İkincil niteliğe sahip olması
- Temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin önlenmesine yönelik olması
- İdarenin ya da yargının bireysel kararlarına karşı kullanılması.

V- BAŞVURU YOLLARININ TÜKETİLMESİ

1- Genel Olarak Kabul Edilebilirlik Kriterleri⁸⁴

30 Mart 2011 tarihinde kabul edilen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Esasları Hakkında Kanun'un 45 ila 51. maddelerinde bireysel başvuru yolunun esasları düzenlenmiştir. Kanun'a göre; herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan

84 Anayasa Mahkemesi'nce uygulanmakta olan kabul edilebilirlik kriterleri hiyerarşik olarak şu şekilde sıralanabilir:

A-BİREYSEL BAŞVURU BÜROSU AŞAMASI Şekil eksikliği incelemesi (6216 S.Kanun m. 48/1, İçtüzük m. 66/1)

B-KOMİSYON VE BÖLÜMLER AŞAMASI

1.Mükerrer başvuru

2.Mahkemenin yetkisine ilişkin kabul edilmezlik nedenleri(6216 S.Kanun m.45/1, 46/1)

— Kişi bakımından yetkisizlik

— Yer bakımından yetkisizlik

— Zaman bakımından yetkisizlik

— Konu bakımından yetkisizlik

3.Başvuru yollarının tüketilmesi (6216 S.Kanun m. 45/2)

4.30 gün kuralı (6216 s. Kanun madde 47/5)

5.Açıkça dayanaktan yoksunluk (6216 S.Kanun m. 48/2)

— Bir ihlalin olmadığının açık olduğu şikâyetler

— Kanıtlanmamış şikâyetler

— Karmaşık ve zorlama şikâyetler,

— Temyiz mercii şikâyeti

6. Başvuru hakkının kötüye kullanılması (6216 S.Kanun m. 51)

7. Başvurunun Anayasal açıdan önem taşınamaması ve önemli bir zararın bulunmaması (6216 S.Kanun m. 48/2)

8. Düşme talebi (6216 S.Kanun m. 50/5)

Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir.

Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'un 45., 46. ve 48. maddesinde yer alan hükümleri gözetildiğinde, bireysel başvuruda bulunacakların, başvuruya konu ettiği kamu gücü işlemi, eylemi ya da ihmali nedeniyle ya kişisel olarak doğrudan etkilenmiş olması ya da başvuru ile doğrudan mağdur⁸⁵ arasında şahsi ve özel bir bağ bulunması gerekir.

Olağanüstü bir yargı yolu olan bireysel başvuruya göre, olağan yargı yerleri önündeki mekanizmalar bireysel hak ihlallerinin engellenmesinde daha elverişli konumda olup söz konusu ihlallerin iç hukuk yollarınca çözümlenmesi gerektiğinden AİHM'e bireysel başvuru yapılabilmesi için öncelikle iç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmesi gerekmektedir.⁸⁶ Bu hukuk yollarının tüketilmemesi, altı ay kuralı⁸⁷ ile birlikte en çok kullanılabilecek kabul edilemezlik nedenidir.⁸⁸

AİHM, önüne gelen bir başvuruyu, öncelikle başvuru koşulları açısından incelemekte, ardından esasa geçmeden usuli bir inceleme yaparak kabul edilebilirlik kriterleri açısından değerlendirmesini yapmaktadır.

AİHM'e göre, iç hukuk yollarını tüketme kuralı Sözleşme ile oluşturulan koruma mekanizmasının ayrılmaz bir parçasını ve bu mekanizmanın temel bir ilkesini oluşturmaktadır.⁸⁹

85 AİHM'e göre "mağdur" kavramı bireysel başvuruda, davada menfaat veya dava ehliyeti kuralları gibi kurallardan bağımsız bir şekilde yorumlanması gerektiği ve kavramının yorumunun, günümüzde toplumun koşulları ışığında değişime tabi olduğundan aşırı biçimcilikten uzak bir şekilde uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri/İspanya, B. No: 62543/00, 10.11.2004.

86 AİHM tarafından verilen Uzun-Türkiye kararı (10755/13, 30 Nisan 2013), Anayasa Mahkemesi'ne yapılması öngörülen bireysel başvuru yolunun, Türkiye aleyhine başvuruda bulunan başvuru sahiplerinin tüketmesi gereken bir iç hukuk yolu olduğuna karar vermiştir. AİHM tarafından kararda, başvuru sahiplerinin olağan başvuru yollarını tüketmelerinin önünde herhangi bir engel olmadığı, başvuruların Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan doğruya veya mahkemeler veya yurtdışı temsilcilikleri aracılığıyla yapılabileceği, bireysel başvuru süresi olan otuz günün makul olduğu ve ödenmesi gereken harcın aşırı olmadığı belirtilmiş ve söz konusu yolun şahıslara ulaşılabilir olduğuna karar vermiştir.

87 AİHS'nin 35/1. maddesine göre; "Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir."

AİHM'e göre altı ay kuralının amacı, hukukun güvenliğini artırmak ve AİHS uyarınca benzer konuların ortaya çıktığı davaların, makul süre içerisinde görülmesini sağlamak, ayrıca yetkili makamları ve diğer ilgili kişileri, uzayan süre boyunca belirsizlik altında kalmaktan korumaktır. Bkz. Bulut ve Yavuz/Türkiye, B. No. 73065/01, 28/5/2002.

88 **Hüseyin EKİNCİ**, "Kabul Edilebilirlik Kriterleri", Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), Editör: Musa Sağlam, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi 2013, s.113.

89 Demopoulos/Türkiye ve Diğerleri (7 Başvuru), No. s 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03,

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

AİHM⁹⁰ gibi Anayasa Mahkemesi de oluştuğu ileri sürülen hak ihlallerine ilişkin başvuruları öncelikle kabul edilebilirlik koşulları bakımından değerlendirmektedir. Bu koşullardan birisi de ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olmasıdır.⁹¹

Başvuru yollarının tüketilmesi hususu, öncelikle çözümlenmesi gereken

- 10200/04, 19993/04 ve 21819/04 kararı 10 Mart 2010 tarihli kabuledilemezlik kararı.
- 90 AİHS'nin 35. maddesinde kabul edilebilirlik koşullarına yer verilmiştir.
- "Madde 35
- Kabul edilebilirlik koşulları:
1. Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir.
 2. Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan bireysel başvuruları aşağıda sayılı hallerde ele almaz:
 - a) Başvuru isimsiz ise; veya
 - b) Başvuru, Mahkemece daha önce incelenmiş ya da uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm merciine daha önceden sunulmuş bir başka başvuruyla esasen aynı olup yeni olgular içermiyorsa.
 3. Aşağıdaki 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 Protokoller 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.
 4. Mahkeme bu maddeye göre kabul edilemez bulunduğu tüm başvuruları reddeder. Mahkeme, yargılanmanın her aşamasında bu yönde karar verilebilir."
- 91 Başvurucuların, haklarında açılan tazminat davasında, ilk bilirkişi raporundan farklı bir kusur oranı içeren ikinci bilirkişi raporuna dayanılarak aleyhlerinde tazminata hükmedildiğini belirterek, Anayasa'nın 35., 36., 41. ve 19. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek yaptıkları bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, "...Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, bireysel başvuruda bulunulmadan önce, ihlal iddiasının dayanağı olan işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerektiği belirtilmiştir.
20. Kanun yollarının tüketilmesi koşulu, bireysel başvurunun temel hak ihlallerini önlemek için son ve olağanüstü bir çare olmasının doğal sonucudur. Temel hak ihlallerini öncelikle derece mahkemelerinin gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılar.
21. Geniş anlamda kanun yolu, her türlü kuruma, idareye ve mahkemelere başvuru yoludur. Dar anlamda ise, mahkemeye başvurma olanağını ifade eder. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise açıkça, ihlal iddiasının dayanağı olan işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması koşuluna yer verilmiştir.
22. Başvuru konusu olayda ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın yalnızca ikinci başvurucu tarafından temyiz edildiği, birinci başvurucu tarafından bu karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulmadığı görülmektedir.
23. Açıklanan nedenlerle, birinci başvurucu 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 gerekir." şeklindeki gerekçeyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesinin 12.2.2013 tarih ve 2012/1027 başvuru sayılı kararı.

bir ön sorun olduğundan usuli olarak başvuru, söz konusu yolları tükettiğini ispatlamakla ve başvurunun bireysel başvuruya konu olabilecek bir hususa ilişkin olduğunu ortaya koymakla yükümlüdür. Bu bağlamda mevzuatımız uyarınca bireysel başvuruya konu olamayacak işlem ve kararlara kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır.

Bireysel başvuruya konu olabilecek işlemlerin, nihai ve icrai nitelikleri haiz ve başvuruda bulunan kişiler açısından bağlayıcı ve emredici kamu gücü işlemleri olması ve işlemin kişinin temel anayasal haklarından bir veya birkaçını ihlal etmesi gerekir.⁹²

Yasama işlemleri⁹³ ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı⁹⁴ gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olmaz.⁹⁵

Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler aleyhine hiçbir şekilde bireysel başvuru yapılamaz. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı denetimin türü önemli değildir. Anayasa Mahkemesi'nin kararı, ister Yüce Divan sıfatıyla hareket ederken, isterse siyasi partilerin anayasallık veya malî denetimi çerçevesinde verilsin, bireysel başvuruya konu yapılması mümkün değildir. Ayrıca söz konusu kararların Anayasa Mahkemesi'nin hangi organı tarafından alındığı başka bir ifadeyle komisyon, bölüm ya da genel kurul kararı olması arasında da bir fark bulunmamaktadır.⁹⁶

Öte yandan Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askerî Şûra'nın terfii işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri; Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun meslekten çıkarma cezasına ilişkin

92 İbrahim ÇINAR, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü", Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), Editör: Musa Sağlam, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi 2013, s.195.

93 Anayasa Mahkemesi yasama işleminin iptali talebiyle yapılan başvuruları "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez bulmaktadır. Konuyla ilgili bir kararında Mahkeme, başvuru kanunun ilgili kanunun doğrudan Anayasa'ya aykırılığını ileri sürerek iptali talebini, bireysel başvuru kapsamında bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamayacağı gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur. (5.3.2013 tarih ve 2012/837 sayılı Başvuru Kararı).

94 "Bireysel başvuru yolu, kamusal bir düzenlemenin soyut olarak Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak düzenlenmediğinden, yasama işlemleri (kanun, içtüzük vb.) ile idarenin düzenleyici işlemleri (tüzük, yönetmelik vb.) doğrudan bireysel başvuruya konu edilemez." **Ekinci – Sağlam**, Sorularla Bireysel Başvuru, s.18.

95 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrası. Söz konusu fıkranın, bireysel başvurunun bir norm denetimi mekanizması olmadığına delili olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Kaya**, On yıl Yasağı, s.131.

96 **Ekinci – Sağlam**, Sorularla Bireysel Başvuru, s.19.

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

olanlar dışındaki kararları⁹⁷ gibi Anayasa'nın açıkça yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler⁹⁸ de bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi imkânı olmayan işlemlerdir.⁹⁹

Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağına ilişkin kural, yasama işlemi ya da düzenleyici işlemin kişiye uygulanması ve bunun da bir hak ihlaline yol açması hâlinde söz konusu uygulama işlemi aleyhine bireysel başvuru yapılmasına engel oluşturmamaktadır.¹⁰⁰ Başka bir ifadeyle 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 veya ihmallere karşı başvuru yapılabilecektir. Bu şekilde bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesi için söz konusu işlem, eylem ya da ihmallere yönelik olarak varsa başvurulabilecek kanun yollarının önceden tüketilmiş olması gerekir. Bu gibi durumlarda bireysel başvurunun doğrudan yasama işlemine karşı değil, bunun uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ya da ihmale karşı yapıldığı kabul edilmektedir.¹⁰¹

2- Kabul Edilebilirlik Kriteri Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

Temel anayasal haklarından birinin ihlal edildiğini iddia eden herkes, ilk önce bu alanda asıl görevli olan diğer idari ve yargısal mekanizmaları hare-

97 Mahkeme, hâkimler hakkındaki şikâyetin işleme konulmamasına yönelik itirazların HSYK tarafından reddedilmesi kararına karşı yapılan başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Kararda, Anayasa'nın 159. maddesinin onuncu fıkrası ile HSYK'nın meslekten çıkarma cezası dışındaki kararlarının yargı denetimi dışında bırakıldığını vurguladıktan sonra başvuru konusu işlemin bu nitelikte olduğunu tespit edilmiş ve bireysel başvuruya konu olamayacağı sonucuna varılmıştır. (16.4.2013 tarih ve 2013/1581 sayılı Başvuru Kararı).

98 Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı kamu gücü işlemlerine karşı yapılan başvurular hakkında *"konu bakımından yetkisizlik"* nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmektedir. Konuyla ilgili bir kararında Mahkeme; Anayasa'nın 59. maddesinde spor tahkim kurulu kararlarına karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağına hükme bağlandığı, bu nedenle spor federasyonu başkanı olan başvuru sahibinin, görevi nedeniyle açılan soruşturma sonucunda Spor Genel Müdürlüğü Merkez Ceza Kurulu'nun kararıyla hakkında verilen hak mahrumiyeti cezasına karşı yaptığı itirazın Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'na reddi işleminin bireysel başvuruya konu olamayacağına karar vermiştir. (12.2.2013 tarih ve 2012/620 sayılı Başvuru Kararı).

99 **Ekinci – Sağlam**, Sorularla Bireysel Başvuru, s.19.

100 Anayasa Mahkemesi bir kararında, başvuru sahibinin idareye karşı açtığı davada 659 sayılı Kanun Hükmünde Karamame'ye (KHK) dayanılarak vekâlet ücretine hükmedilmesinin hak arama hürriyetini kısıtladığı yönündeki şikâyeti doğrudan yasama işlemine yönelik başvuru olarak değerlendirilmemiş; söz konusu KHK hükmünün yetkili mahkeme önündeki bir davada uygulanmış olduğunu, bu anlamda KHK'nin uygulanmasına yönelik bir işlemin (mahkeme kararının) mevcudiyetini tespit etmiş ve dolayısıyla incelemenin bu işlem üzerinden yapılmasına karar vermiştir. (2.10.2013 tarih ve 2013/1613 sayılı Başvuru Kararı).

101 **Ekinci – Sağlam**, Sorularla Bireysel Başvuru, s.18.

kete geçirecek ve burada bir çözüm bulamaması hâlinde¹⁰², iddiasını Anayasa Mahkemesi önüne taşıyabilecektir¹⁰³. Bu nedenle kişilere bu yola başvurmada önce 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin son fıkrasına göre ihlale neden olduğunu ileri sürdükleri işlem, eylem ya da ihmal için "*kanunda öngörülmiş idarî ve yargısal başvuru yollarının tamamını*" tüketmiş olmaları zorunluluğu getirilmiştir.¹⁰⁴ Anayasa'nın 148. maddesinde "*olağan kanun yolları*" ifadesi geçmekte iken, Kanun'da bunun "*idari ve yargısal başvuru yolları*" olarak ifade edilmesi hem karışıklığa sebep olabilecektir hem de gereksiz tartışmalar yaratabilecektir. Öncelikle "*yargısal başvuru yolları*"nın olağanüstü başvuru yollarını da kapsayacak şekilde anlaşılması ve burada bireysel başvuru için sadece olağan kanun yollarının tüketilmesinin yeterli görülmesi doğru olacaktır. Nitekim AİHM'e başvuruda da, olağan kanun yollarının tüketilmesi yeterli görülmekte, ayrıca olağanüstü kanun yollarına başvurmuş olma şartı aranmamaktadır.¹⁰⁵

Anayasa Mahkemesi, hukuk sisteminde yeni ve etkili bir başvuru yolunun daha sonradan ortaya çıkması hâlinde kişilerin bireysel başvuru yapmadan önce bu yolu da tüketmeleri gerektiğini belirtmektedir.¹⁰⁶ Konuyla ilgili olarak akla gelen bir husus da 2010 Anayasa değişikliği ile kabul edilen ve 29 Mart 2013 tarihinde faaliyete geçen Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvuru gündeme gelebilecektir. Bu müessese bir idari başvuru yolu olarak değerlendirilir ve bireysel başvuru yapabilmek için kendisine başvuru zorunluluğu getirilirse, kademeli ve uzun bir süreç yaratılmış olacaktır. Kamu Denetçiliği Kurumu'nun, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na bağlı olması sebebiyle idari bir başvuru yolu olarak değerlendirmemek ve buraya başvurma zorunluluğu olmaksızın Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilme imkânı tanı-

102 Mahkeme, bir üniversitenin ikinci öğretim programına dikey geçiş hakkı kazandığı hâlde kayıt talebinin idarece reddedildiği iddiasıyla yapılan başvuruyu, başvurunun idari işlem aleyhine kanunda öngörülmemiş idari ve yargısal başvuru yollarına gitmeyip doğrudan bireysel başvuruda bulunması nedeniyle kabul edilemez bulmuştur. Kararda, bireysel başvurunun ikincil nitelikte bir hak arama yolu olduğu vurgulanmış, anılan idari işleme karşı idari makamlara başvurulmaması ve mahkemelere dava da açılmaması nedeniyle başvuru yollarının tüketilmemiş olduğu tespiti yapılmıştır (5.3.2013 tarih ve 2012/74 sayılı Başvuru Kararı).

103 Mahkeme önüne gelen bir başvuruda, başvurunun kendi taşınmazının da bulunduğu bölgede uygulanan projeyle ilgili şikâyetlerini öncelikle yetkili ve görevli ilk derece mahkemeleri önünde dile getirmesi, ilk derece mahkemesi kararlarından tatmin olmaması durumunda ise süresinde ve usulüne uygun olarak temyiz yolunu kullanması gerektiğine işaret etmiştir. Başvurucunun söz konusu projeyle ilgili şikâyetlerini daha önce dava konusu yaptığına dair herhangi bir belge sunmamış olduğunu tespit eden Mahkeme, başvuruda bahsedilen şikâyetler açısından başvuru yollarının tüketildiğinin söylenemeyeceğini ifade etmiştir (17.9.2013 tarih ve 2013/1205 sayılı Başvuru Kararı).

104 **Ekinci – Sağlam**, Sorularla Bireysel Başvuru, s.46.

105 AİHM'e göre "*olağanüstü kanun yolu*", iç hukukta öngörülen hukuki tazmin yoluna bireyin doğrudan ulaşması imkânının olmaması hâlinde söz konusudur.

106 **Ekinci – Sağlam**, Sorularla Bireysel Başvuru, s.51.

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

mak, en doğru yöntem olarak görülmektedir.¹⁰⁷

Bireysel başvuru yolunun olağanüstü bir başvuru yolu olduğuna daha önce değinilmişti. Zira bireysel başvuru yoluna nazaran olağan yargı mercileri önünde bireysel hak ihlallerinin engellenmesi daha olanaklıdır.

Kamu gücünün işlem, eylem veya ihmali nedeniyle temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireylerin iç hukuk yollarını tükettikten sonra başvurdukları istisnai, olağanüstü ve ikinci nitelikte (tali) bir hak arama yolu¹⁰⁸ olan bireysel başvuru yolu, insan hakları ihlallerinin önlenmesi öncelikle idare ve yargı mercilerine ait olduğu için ikincil nitelikte olup istinaf veya temyiz yolu da değildir.¹⁰⁹

Bireysel başvuru için ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ve ihmali için idari ve yargısal tüm yollar tüketilmiş olmalıdır.¹¹⁰ Sadece işlem ve eylemler değil, ihmaller de bireysel başvurunun konusu yapılabilmektedir¹¹¹. Kişi, kanun yollarını kullanamamış ise örneğin dosyasını temyiz etmediği için karar kesinleşmiş¹¹² ise bireysel başvuru yolunu kullanamaz. Çünkü bireysel

107 İnceoğlu; kamu denetçisinin önerdiği çözümü ilgili mercie bildirmekle sınırlı bir yetki kullandığı için tek başına etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilemeyeceğini, fakat idarenin Kurum kararlarına uyma yönünde yerleşik bir uygulamada bulunması hâlinde etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. **Sibel İNCEOĞLU**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Editör: Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi 2013 (1. Baskı), s.456-457.

108 Anayasa koyucunun anayasal bireysel başvuru incelemesinde “kanun yollarında gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.” kuralını koyması bu yolun ikincil bir başvuru yolu olduğunu ortaya koymaktadır. **Atilla NALBANT**, “Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru” AİHM ve Türkiye-II Anayasa Şikâyeti ve AİHM, Editör: Ahmet Taşkın, TAA, Ankara, 2010, s. 215-216.

109 “Bireysel başvuru, (ek) bir istinaf ya da temyiz yolu da değildir. Kanun yolundaki yargılamalar esnasında ortaya çıkan her türlü hukuka aykırılığın giderilmesinden ziyade, sadece Anayasa’da işaret edilen haklardan birinin ihlal edildiği iddiası, bireysel başvuruya konu olabilmektedir.” **Ekinci – Sağlam**, Sorularla Bireysel Başvuru, s.2.

110 Bireysel başvuru yolunun kabul edildiği Arnavutluk, Andora, Ermenistan, Avusturya, Azerbaycan, Brezilya, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Almanya, Macaristan, Kore Cumhuriyeti, Letonya, Lihtenştayn, Malta, Karadağ, Polonya, Portekiz, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsviçre ve Makedonya’da diğer hukuki yolların tüketilmesinin bireysel başvurunun kabul edilebilmesinin ön koşulu olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Ali Rıza ÇOBAN**, “Bireysel Başvuru: Türk Anayasa Mahkemesi İçin Ağır İş Yüklü Sorunu”, AİHM ve Türkiye-II Anayasa Şikâyeti ve AİHM, Uluslar arası Sempozyum, Editör: Ahmet Taşkın, 10 Aralık 2010 Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları No:8, s.201.

111 **Bertil Emrah ODER**, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru: Başvuruculara Öneriler”, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı, İstanbul Barosu Yayınları, 2013, İstanbul, s.39.

112 –Ceza yargılamasında kural olarak temyiz yolu açık olan kararlar onama, itiraz yolu açık kararlar ise itirazın reddi ile kesinleşir.

–Hukuk yargılaması ve idari yargıda temyiz yolu açık olan kararlar bakımından kesinleşme, karar düzeltme yoluna gidilip gidilmemesine göre belirlenir.

–Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararları bakımından da kesinleşme karar düzeltme yoluna gidilip gidilmemesine bağlı olarak belirlenir.

başvuru ikincil nitelik taşır. Tüm kanun yollarına¹¹³ başvurmuş olmalıdır.¹¹⁴

Başvuruculara idari ve yargısal başvuru yollarını tüketme yükümlülüğünün getirilmesi, ileri sürülen temel hak ihlalinin mümkün olduğunca yetkili genel mahkemeler hiyerarşik düzeni içinde çözüme kavuşturulması gerektiği yaklaşımının bir sonucudur.

6216 sayılı Kanun'un 45/II. maddesinde geçen idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi kuralı, başvuranların hukuk sistemi içinde yer alan olağan hukuk yollarına başvurmuş ve davalarını bu hukuk sisteminin benimsediği en yüksek makama kadar taşımış olmalarını gerektirmektedir.¹¹⁵ Maddede geçen "*idari... başvuru yolları*" ibaresi bir işleme karşı dava açılması için öngörülmüş olan zorunlu idari başvuru yollarını ifade etmektedir.¹¹⁶ Bu nitelikteki

—Tutuklama kararları, bu kararlara karşı yapılan itirazın reddedilmesi ile kesinleşmiş sayılır.

113 Hukukumuzda kanun yolları; medeni usul hukukunda, temyiz, karar düzeltme ve yargılamanın iadesi; ceza usul hukukunda itiraz, istinaf, temyiz ile Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itirazı, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi; idari yargılama usulünde de temyiz, karar düzeltme ve yargılamanın yenilenmesidir. Sayılanlardan itiraz, istinaf, temyiz, karar düzeltme olağan kanun yolları olarak, yargılamanın iadesi, Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itirazı, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi ise olağanüstü kanun yolları olarak kabul edilmektedir.

114 AİHM, iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını, mağdur bakımından "elverişli", "etkin işleyen" ve "somut sonuç veren" nitelikte olmasını aramaktadır. AİHM'ye göre, bu yollar, uygulanabilir olmalı (AİHM'nin Vernillo/Fransa Kararı (başvuru no: 11889/85)-(20.2.1991 günlü); (AİHM'nin Johnston ve Diğerleri/İrlanda Kararı (başvuru no: 9697/92)-(18.12.1986 günlü) ve başvuru, ulusal hukuka uygun olarak yapılmalıdır (AİHM'nin Cardot/Fransa Kararı (başvuru no: 11069/84)-(19.3.1991 günlü).

115 Uğur ERDAL, Hasan BAKIRCI, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesi Uygulama El Kitabı, OMCT El Kitapları Serisi, C.1, 2006, s.67.

116 Fırat Üniversitesi Mühendislik Fakültesi İnşaat Mühendisliği Bölümü İkinci Öğretim Programına kayıt hakkı kazandığı hâlde yaptığı müracaatın kabul edilmediğini belirterek eğitim ve öğrenim hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvurusunun yaptığı bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, "*İdari işlemler, idarenin kamu kudretini kullanarak tesis ettiği, tek yanlı irade açıklaması ile hukuksal sonuç doğuran, başka bir deyişle, hukuk düzeninde değişiklik yapan işlemlerdir. İdari işlemlere karşı idari yargıda 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde tanımlanan iptal davası açılabilceği gibi, idari işlemler nedeniyle bir zarar doğmuşsa, bunun giderilmesi için aynı fıkranın (b) bendinde belirtilen tam yargı davası açılması imkânı da bulunmaktadır.*

17. Bunun yanı sıra 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, ilgililerin, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilecekleri, altmış gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı, altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde konusuna göre Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilecekleri düzenlenmiştir.

18. Öte yandan anılan Kanun'un 11. maddesinde ise idare tarafından bir idari işlemin tesis edilmesi durumunda, ilgililerin dava açmadan önce bu işlemin kaldırılmasını, geri alınmasını, değiştirilmesini veya yeni bir işlem yapılmasını üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan idari dava açma süresi içinde isteyebilecekleri belirtilmiştir.

19. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemelerinde, olağan kanun yolları ile çözüme kavuşturulması esastır. Bireysel başvuru yoluna, iddia edilen hak ihlallerinin bu olağan denetim mekanizması çerçevesinde giderilememesi durumunda başvurulabilir.

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

idari başvurular, dava açılması ya da olağan kanun yolu aşamasına gelinmenin önkoşulu olduklarından, Kanun'da bu koşulların yerine getirilmesinin düzenlenmesi Anayasa'daki olağan kanun yollarının tüketilmesi kuralının genişletilmesi değil, somutlaştırılması olarak anlaşılmalıdır.¹¹⁷

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılmadan önce başvuru, idari ve yargısal başvuru yollarından mevcut, erişilebilir ve etkili olanları¹¹⁸ tüketmekle yükümlüdür.¹¹⁹ Bu özellikleri taşımayan yolların tüketilmesi ise gerekli değildir.¹²⁰

Bireysel başvuru açısından tüketilmesi gereken idari yolların etkili olanlarının tüketilmesinin zorunluluğunun kabulü gereklidir. Zira bireysel başvuruda iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının mantığı, konunun Anayasa Mahkemesi önüne gelmesinden önce diğer makamlar nezdinde çözülmesidir. Etkisiz idari başvuruların bu amacı gerçekleştirme potansiyeli idarenin takdirine dayalıdır. İdarenin takdirine dayalı bu tür olasılıklardan hareket

20. *Başvuru konusu olayda, başvuruçunun anılan öğretim programına kaydının yapılmaması üzerine, öncelikle yazılı olarak idari makamlara başvuruda bulunması, bunun reddi üzerine 2577 sayılı Kanun'un 7., 10. ve 11. maddelerinde belirtilen süreler içinde idari yargı mercilerinde dava açması ve olağan kanun yollarını tüketmesi gerekirken, belirtilen usulü takip etmeyip söz konusu işleme karşı doğrudan bireysel başvuruda bulunduğu görülmüştür.*

21. *İncelenen başvurunun, başvuruçunun idari işlem aleyhine kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamını tüketmeden doğrudan bireysel başvuruda bulunması nedeniyle, 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca kabul edilebilirlik kriterlerini taşımadığı anlaşılmaktadır.*

22. *Açıklanan nedenlerle, başvuru konusu işleme karşı idari ve yargısal kanun yollarının tamamı tüketilmeden bireysel başvuru yapıldığı anlaşıldığından başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "başvuru yollarının tüketilmemiş olması" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir." gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. (5.3.2013 tarih ve 2012/74 sayılı Başvuru Kararı)*

117 **Fazıl SAĞLAM**, "Anayasa Şikâyeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar" Demokratik Anayasa, Editörler: Ece Göztepe, Aykut Çelebi, Metis, İstanbul, 2010, s.452.

118 Etkililik kavramı ile söz konusu hak arama yolunun, iddia edilen ihlalin ortaya çıkmasını önleme ya da mevcut bir ihlal varsa onu ortadan kaldırma veya mevcut ya da uğranılan bir ihlal nedeniyle meydana gelen zararları uygun bir biçimde ortadan kaldırması konularında çare sunabilmesi ifade edilmektedir. **Nalbant**, s.221.

Anayasa Mahkemesi, başvuru yollarının tüketilmesi kuralından anlaşılması gerekenin, başvuruçunun şikâyetleri açısından makul bir başarı şansını içeren ve bir çözüm sunabilecek nitelikteki, kullanılabilir ve etkili başvuru yollarının tüketilmesi olduğunu belirtmektedir. Bu hususa ilişkin yapılacak incelemede somut olayın özellikleri dikkate alınması gerektiğinden yalnızca başvuru yollarının varlığı değil, aynı zamanda bunların işlediği bağlam ile başvuruçunun kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde değerlendirilmesi zorunluluğu olduğu, diğer bir ifadeyle başvuruçunun, başvuru yollarının tüketilmesi noktasında kendinden beklenebilecekleri yapıp yapmadığı her somut olayın özellikleri dikkate alınarak inceleneceğini belirtmektedir. (7.11.2013 tarih ve 2013/2355 sayılı Başvuru Kararı).

119 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, yasa yollarının tüketilmesi kuralına herhangi bir istisna öngörmemiştir. Bu nedenle öngörülecek istisnaların Mahkemenin içtihatlarıyla geliştirileceği söylenebilir.

120 **Hüseyin EKİNCİ**, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak 'Başvuru Yollarının Tüketilmesi' Sorunu", TAAD, Yıl: 3, Sayı: 11 (Ekim 2012), s.6.

edildiğinde sayısız başvuru ihtimali gündeme gelebilir.¹²¹ Bireysel başvuru yoluna gidilmeden önce yapılacak başvurunun, işlemin niteliğine göre ilgili kuruma, idareye ya da mahkemeye yapılması gerekir.¹²²

İç hukuk yoluna başvurma yerleşmiş bir içtihat olması durumunda, yani daha önce verilen kararlar hep aynı şekilde sonuçlanmışsa, bu durumda da iç hukuk yolunu tüketmeye gerek yoktur.¹²³

İç hukuk yollarının tüketilmesi ile teknik manada yargı organları olarak ilk derece ve üst derece mahkemelerinde öngörülen sürecin tamamlanması ile uyuşmazlık çözme yetkisine sahip mahkeme dışı organlar aracılığıyla bir çözüm mekanizması öngörülmüş ise buna ilişkin süreç de tamamlanmalıdır. Başka bir ifadeyle başvuru yollarının tüketilmesi ile sadece yargısal süreçler değil bununla birlikte alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının ve idari başvuru usullerinin de dikkate alınması gerekmektedir.¹²⁴

Başvuru yollarının tüketilmesi ilkesi bireysel başvurunun ikincil niteliğine vurgu yapan bir kabul edilebilirlik kriteri olup bir hak arama yoluna başvurulmuş olması tek başına bu yolun tüketildiği anlamına gelmemektedir. Başvuru yollarının tüketildiğinden söz edilebilmesi için öncelikle bu başvurunun sonucunun beklenmesi ve inceleme süresince öngörülmüş olan yöntem, biçim, süre ve diğer koşullara uygun hareket edilmesi gerekir. Bu ilke, başvuru öncesinde tüketilmesi zorunlu olmamakla birlikte başvuru sahibinin ihtiyarına bırakılan ve fakat onun iddiasını önüne taşıdığı başvuru yolları için de geçerlidir.

Bireysel başvuru yolunun niteliği dikkate alındığında, kanun yolunda gözetilmesi gereken konuların bu kapsamda incelenemeyeceği benimsenerek, diğer yüksek yargı organları ile Anayasa Mahkemesi arasında bir görev uyuşmazlığı çıkmasının önüne geçilmektedir. Ayrıca bireysel başvuru yolu, kişinin temel hak ve özgürlüğünü ihlal eden kamusal bir işlemle gündeme geleceği için bu ihlalin önlenmesi kural olarak uzman mahkemelerin sorumluluğu altındadır. Ancak bu mahkemelerin ihlali önlemede hatalı ya da yetersiz olması ve/veya bizzat uzman mahkeme kararının bir temel hak ihlali oluşturması hâlinde yalnızca bu konuyla sınırlı olmak üzere nihai karar Anayasa Mahkemesi'ne ait olacaktır.

121 Şirin, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, s.507-508.

122 Hakan ATASOY, "Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Yıl:3, Sayı:9, s.79.

123 Özbey, Değerlendirme, s.28.

124 Esat Caner YILMAZOĞLU, "İdari Davalarda Kanun Yolları ve Kesinleşme", Teorik Açidan ve Temel Düzenlemeler Çerçevesinde Tutuklama, Kesinleşme, Geçici Tedbir Başvuru Yollarının Tüketilmesi ve Uzun Yargılama, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı Hizmetiçi Eğitim Yayınları, No:2, Ankara, Ocak 2013, s.122-123.

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

Yargı mercileri dışında kesin ve etkili karar verip soruna çözüm getirebilme yeterliliği olan idari başvuru yolları da mevcut ve etkili¹²⁵ başvuru yolu olarak kabul edilirler.¹²⁶

AİHM birçok kararında, başvurucunun şikâyetine çözüm getirme yetkisine sahip olmayan cumhurbaşkanlığı, ombudsman, insan hakları kurulları veya meclis soruşturma komisyonu gibi idari ve siyasi kuruluşlara yapılan başvuruların, etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.¹²⁷

Ülkemizde de sıkça rastlanan ve iç hukuk yollarının tüketilmesini gerektirmeyen bir diğer durum da davanın sürüncemede kalmasıdır. Ulusal makamlar önündeki girişimler anormal ölçülere varan ihmellere, ilgisizliklere veya gecikmelere maruz kalmışsa, bu durum kişilere, davaların sonucunu beklemeden yani iç hukuk yolunu tüketmeden sorunu AİHM'e götürebilme imkânı vermektedir.¹²⁸

Ceza davalarında kararın kesinleşmesi bakımından tüketilmesi gereken son iç hukuk yolu temyizdir. Ceza yargılamasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz (CMK. m.308) yolu olağanüstü bir yargı yolu olarak kabul edilmesi nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılmadan önce ayrıca bu hukuk yolunun tüketilmesine gerek bulunmamaktadır.¹²⁹

Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvurular açısından yargılamanın yenilenmesi olağanüstü bir yargı yolu olması itibarıyla kural olarak tüketilmesi gerekli bir yargı yolu olarak görülemez. Ne var ki olayın niteliği itibarıyla bu yolun hak ihlalini ortadan kaldırmada tek hukuki çare olduğu istisnai durumlarda, artık etkin bir hukuk yolu olarak kabulü gerekmektedir.¹³⁰

Anayasa Mahkemesi önüne getirilen her bireysel başvuruyu doğrudan esas incelemeye almayacaktır. Öncelikle bir ön inceleme mahiyetinde bireysel başvurunun kabul edilmesi gereklidir. Bireysel başvurunun kabul edilebilir bu-

125 AİHM'e göre, kullanılması zorunlu iç hukuk yollarının bu iki kriteri (mevcut ve etkili) karşılaması gerekmektedir.

126 **Mehmet YALÇIN**, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Başvurudan Sonra Ortaya Çıkan İç Hukuk Yolunun Tüketilmesi Sorunu", İnsan Hakları Çalışma Metinleri: XI, İHM, Ankara, 2010, s. 3.

127 AİHM, Türkiye aleyhine yapılan başvurularda, hukuk mahkemeleri ve idari yargı mercilerinde görülen davalarda karar düzeltme yoluna gidilmesini tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olarak değerlendirmemektedir. Buna rağmen başvuru iç hukuktaki karar düzeltme yoluna gitmiş ise bu durum, altı aylık süre açısından aleyhe değerlendirilmemektedir.

128 **Ömer ANAYURT**, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 219.

129 Bir kanunun Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebilmesi hakkının sadece mahkemelere tanınması, bir hukuk yoluna ulaşılmasının bir kamu yetkilisinin takdirine bırakılması, yazılı emir yolunda ancak adalet bakanının talebi üzerine savcılarının talepte bulunabilmeleri olağanüstü hukuk yollarına örnek olarak verilebilir.

130 **Ekinci**, s.14.

lunması için başvurunun 6216 sayılı Kanun'un 45 ila 47. maddeleri arasında öngörülen şartları taşıması gerekir. Bu şartlar genel olarak şunlardır:

- 1) Başvuranın başvuru hakkına sahip olup olmadığı¹³¹,
- 2) Başvuru usulüne riayet edilip edilmediği¹³², özellikle başvuru dilekçesin-

131 “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin” ihlal edildiğini iddia eden “herkes” bireysel başvuru hakkına sahiptir. Ancak “herkes” ifadesinin istisnaları vardır. Yabancı başvuru sahipleri ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi bir kararında, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olan başvuru hakkındaki sınır dışı edilmesi ve ülkeye giriş yasağı konulmasına karşı yaptığı başvurusunu incelemiş, kişi yönünden yetki açısından bir sorun görmemiş, ancak başvurunun tedbire ilişkin kısmını kabul edilebilirlikten ayırarak ayrıca değerlendirmiş ve tedbir talebinin reddine karar vermiştir. (16.4.2013 tarih ve 2013/1243 sayılı Başvuru Kararı).

Özel hukuk tüzel kişileri de örgütlenme hürriyeti veya hak arama hürriyeti gibi sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilirler. Ancak özel hukuk tüzel kişilerine, üyelerinin durumlarını etkilemekle birlikte tüzel kişiliklerine yönelik bir etki doğurmayan ve doğrudan mağduru olmadıkları işlemler aleyhine, yani üyelerinin haklarını savunmak amacıyla, başvuru hakkı tanınmamıştır. Bu nitelikteki başvurular “kişi bakımından yetkisizlik” gerekçesiyle kabul edilemez bulunmaktadır (25.12.2012 tarih ve 2012/95 sayılı Başvuru Kararı).

Kamu tüzel kişilerine ise bireysel başvuruda bulunma hakkı tanınmamıştır. Bu nedenle kamu tüzel kişilerinca yapılan başvurular “kişi yönünden yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez bulunmaktadır. Mahkeme konuyla ilgili bir kararında köy tüzel kişiliğinin yaptığı başvurunun kabul edilemezliğine karar vermiştir. (25.12.2012 tarih ve 2012/22 sayılı Başvuru Kararı).

Doktrinde bazı yazarlar özel hukuktan doğan haklarının korunması amacıyla kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru yapma imkânının tanınmamasını eleştirmekte (Ece GÖZTEPE, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi 2011 (95),); bazı yazarlar ise kamu gücünü kullanan ve devlet organları ile arasında hiyerarşik bir bağı olan bir kurumun, diğer kamu makamları tarafından yapılan işlemlere karşı Anayasa Mahkemesi’ne başvurmamasının, bireysel başvurunun doğasına aykırı olduğunu belirterek bu görüşe karşı çıkmaktadırlar. (Ümit KILINÇ, “Anayasa Mahkemesi Önünde Bireysel Başvuru: Kabul edilebilirlik Kriterlerinin Uygulanması Konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İle Uyum ve Uyumsuzluklar”, TAAD, Yıl:4, Sayı:14 (Temmuz 2013), s.632).

AİHM’in içtihatlarıyla da kamu gücünü kullanan kamu tüzel kişiliklerinin bir başka kamu tüzel kişiliği aleyhine bireysel başvuruda bulunamayacağı konusu ilke olarak kabul edilmektedir. Bu konuda AİHM tarafından Türkiye ile ilgili olarak verilmiş olan en bilinen kararlardan birisi “Döşemealtı Belediyesi/Türkiye” kararıdır. (50108/06, 23 Mart 2010)

Öte yandan ölen kişi için yapılan başvurularda Anayasa Mahkemesi bir kararında yaşam hakkının ihlali nedeniyle, hakkı ihlal edilenin yakınlarının ölen kişi için başvuru yapabileceğini kabul etmiştir. Kararda, yaşam hakkının doğal niteliği gereği, yaşamını kaybeden kişiler açısından bu hakka yönelik bir başvuru ancak yaşanan ölüm olayı nedeniyle mağdur olan ölen kişinin yakınları tarafından yapılabileceği, olayda, ölen kişinin eşi, çocukları ve kardeşlerinin başvurusunda başvuru ehliyeti açısından bir eksiklik bulunmadığı, ancak başvurunun kabulü için ölen kişinin yakınlarının derece mahkemeleri önünde ölüm olayı ile ilgili gerekli girişimlerde bulunması gerektiği belirtilmiştir. (17.9.2013 tarih ve 2012/752 sayılı Başvuru Kararı).

132 “...posta yoluyla başvuru yapılabilmesi mümkün değildir ve bu şekilde yapılan başvurular usulüne uygun olmadığından reddedilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, posta yoluyla yapıldığı ve dolayısıyla başvuru usulü izlenmediğini tespit ettiği altı yüze yakın başvuruyu işleme koymamıştır. 2013 yılı istatistikleri dikkate alındığında bir yıl içinde toplam başvuru sayısının yaklaşık on bin olduğu dikkate alınırsa posta yoluyla yapılan başvuruların %6 civarında bulunduğu ve çok da düşük olmayan bir oranı oluşturduğu söylenebilir.” İkinci – Sağlam, Sorularla Bireysel Başvuru, s.95.

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

de belirtilmesi gerekenlerin belirtilip belirtilmediği¹³³,

3) Başvuru süresine riayet edilip edilmediği¹³⁴,

4) Bireysel başvuru mekanizması ile korunan bir hakkın ihlalinin başvuru konusu edilip edilmediği¹³⁵,

5) Başvuranın kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamını bireysel başvuru yapmadan önce tüketip tüketmediği.¹³⁶

133 “Bireysel başvuruların Bireysel Başvuru Formu kullanılarak veya başvuru formunda bulunması gereken bütün bilgileri içeren ve aynı formatta olan bir dilekçeyle yapılması zorunludur. Bu formda istenen bilgiler, tam ve okunaklı bir şekilde doldurulmalı ve başvuru tarafından imzalanmalıdır. Başvurucunun şayet bir avukatı ya da kanuni temsilcisi varsa form bunlar tarafından imzalanır.

Form, sadece başvurunun esasına yönelik ve başvurunun karara bağlanmasında zorunlu olan özlü bilgileri içermeli ve toplamda ekleri hariç 10 sayfayı geçmemelidir. Sayfa sayısı belirtilenden fazla ise başvurucunun ayrıca başvuru formuna açıklamalar kısmının en fazla 10 sayfalık bir özetini eklemesi gerekir. 10 sayfalık özetin eklenmemesi bir eksiklik olduğundan verilen süreye rağmen bunun giderilmemesi hâlinde başvurunun reddi kararı verilebilecektir.

Öte yandan başvuru formuna, dosyanın içeriği gerektirdiği takdirde, İçtüzüğü’nün 59. maddesinde sayılan belgeler ya da onaylı örneklerinin, eklenmesi gerekir. Başvuru formuna ek sunulan belgelerin tarih sırasına göre numaralandırılarak, her bir belgeyi tanımlayıcı başlıklar hâlinde dizi pusulasına bağlanması şarttır.” **Ekinci – Sağlam**, Sorularla Bireysel Başvuru, s.32.

134 6216 sayılı Kanun’un ‘Bireysel başvuru usulü’ kenar başlıklı 47. maddesinin (5) numaralı fıkrası “Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.”; Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün “Başvuru süresi ve mazeret” kenar başlıklı 64. maddesinin (1) numaralı fıkrası ise “Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.” şeklindedir.

Bireysel başvurunun, kanunlarda başvurulması zorunlu idari ve yargısal başvuru yolları öngörülmemişse, bu yolların tamamının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren 30 gün içinde yapılması gerekir. (16.5.2013 tarih ve B. No: 2013/2001 sayılı; 18.9.2013 tarih ve B. No: 2013/3351 sayılı; 7.11.2013 tarih ve B. No: 2013/1582 sayılı; 16.4.2013 tarih ve B. No: 2013/1557 sayılı kararlar) Süre, başvurunun her aşamasında dikkate alınması gereken bir usul şartıdır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, dosya kapsamından nihai kararın başvuru yoluyla tebliğ tarihi anlaşılmamakla birlikte başvuru formunda tebliğ tarihi olarak bildirildiği tarih esas alındığında bireysel başvuru için öngörülen 30 günlük sürenin geçtiği anlaşıyorsa Anayasa Mahkemesi tarafından ayrı bir inceleme yapılmayacağını ve başvuru hakkında “süre aşımı” nedeniyle kabul edilemezlik kararı verileceğini belirtmiştir. (13.6.2013 tarih ve 2013/1267 sayılı Başvuru Kararı)

135 Bkz. 11 numaralı dipnot. Yaşama hakkı, işkence ve eziyet yasağı, zorla çalıştırma yasağı, kişi hürriyeti ve güvenliği, hak arama hürriyeti, suç ve cezaların kanuniliği, özel hayata, aile hayatına, konut ve haberleşmeye saygı, düşünce, din ve vicdan hürriyeti, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, toplantı ve örgütlenme hürriyeti, mülkiyet hakkı, serbest seçim hakkı, temel hak ve hürriyetlerin korunması, eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi ile eşitlik bireysel başvuru yoluyla korunan haklardandır.

136 Kanun’un 45. maddesinin 2. fıkrasında, Anayasadaki “olağan kanun yolları” ifadesinin, “idari ve yargısal başvuru yolları” olarak genişletilmesinin Anayasa’ya aykırı olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Göztepe**, Anayasa Şikâyeti, s.26. Özbey bu konuda farklı bir yaklaşım sergilemektedir. Yazara göre; Anayasa’nın, ülkedeki tüm normların üzerinde olduğu ve kapsayıcılık yönü bulunduğu hususu da gözetildiğinde, Anayasa’nın 148. maddesinde geçen “olağan kanun yolu” kavramını sadece yargı boyutuyla ele almak, Anayasa’nın bütün kurum ve kanunları kapsadığı gerçeğine aykırılık oluşturacaktır. Kaldı ki, bir an için böyle düşünülse dahi düzenlemenin de “yargısal olağan kanun yolu” şeklinde belirtilmiş olması

Kabul edilebilirlik incelemesini Anayasa Mahkemesi'nde kurulacak olan Komisyonlar¹³⁷ yapacaktır. Komisyonlar kararlarını oy birliği ile alırlar ve kararları kesindir. Oybirliği sağlanamayan dosyalar, Bölümlere¹³⁸ havale edilecektir.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 66. maddesi gereğince, başvuru formunun eksiksiz doldurulması gerekmektedir. Başvuru formu ve eklerinde eksiklik tespit edilmesi hâlinde, bunların tamamlattırılması için başvurucaya, varsa avukatına veya kanuni temsilcisine onbeş günü geçmemek üzere bir süre verilir.¹³⁹ Tespit edilen eksiklikler verilen sürede tamamlanmadığı hâllerde Komisyonlar Başraportörü tarafından başvurunun reddine karar verilir. Bu karara karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde Komisyon'a itiraz edilebilir. Bu konuda Komisyonların verdiği kararlar kesindir.

Anayasa Mahkemesi tarafından diğer başvuru yollarının tüketilmesi sorunu re'sen ele alınması gereken bir konudur. Başvurucunun kural olarak maruz kaldığı temel hak ihlalini ortadan kaldırabilmek amacıyla idari ve yargısal tüm başvuru yollarının tüketmiş olduğunu ispatlaması gerekir.¹⁴⁰ Başvurucu-

gerekirdi. Dolayısıyla bu ifadenin "*idari olağan kanun yollarını*" da içerdiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Bu nedenle kanuni düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığı belirtilmektedir. Bkz. **Özbey**, s.284.

Anayasa Mahkemesi bir kararında başvuru yollarının tüketilmesi ilkesinin hukuk sisteminde öngörülen usul kurallarına riayet edilmesini gerektirdiğini vurgulamış, başvuru yollarının tüketilmesi için usule ilişkin koşullara ve sürelere uymak gerektiğini belirterek başvurucaya kendi ihmali nedeniyle usul gerekliliklerini yerine getiremediği hâllerde başvurunun, başvuru yolları tüketilmediği için kabul edilemez bulunacağını ifade etmiştir. (4.12.2013 tarih ve 2013/7521 sayılı Başvuru Kararı)

137 Komisyonlar iki üyeden oluşur, iki üye ile toplanır ve oybirliği ile karar alırlar. Bunlar, bağlı oldukları Bölümle birlikte ve numaralandırılmak suretiyle isimlendirilirler. Bölüm başkanı komisyonlarda görev almaz. Komisyonları oluşturacak üyeler, kıdem durumuna göre yapılan sıralama esas alınmak suretiyle ve her ay dönüşümlü olarak belirlenir.

138 Bölümler, başkanvekilleri hariç yedişer üyeden oluşur, başkanvekili başkanlığında en az dört üye ile toplanır ve katılanların salt çoğunluğu ile karar alır. Toplantıya katılacak başkanvekili dışındaki üyeler, kıdem durumuna göre yapılan sıralama esas alınmak suretiyle ve her ay dönüşümlü olarak belirlenir.

139 AİHM'de eksikliklerin giderilmesi için ilave süre verilmesi gibi bir uygulama yoktur. Ancak AİHM'e başvuru için öngörülen süre 6 ay olup başvurusu reddedilen başvurucaya bu süre içerisinde yeniden başvuru yapma imkânı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapabilmek için sürenin 30 günle sınırlı olduğu göz önüne alındığında eksiklik tamamlattırma yöntemi bireylerin hak kayıplarının önlenmesi adına uygun bir düzenlemedir.

140 İç hukuk yolunun tüketilmesi konusunda ispat yükümlülüğü, ispat edilecek duruma göre her iki tarafa da düşmektedir. AİHM içtihatları ile ispat yükümlülüğü davanın tarafları arasında paylaştırmıştır. Akdivar ve Diğerleri/Türkiye kararında bu durum şu şekilde özetlenmiştir;

"İç hukuk yollarının tüketilmesi alanında ispat yükü, her iki taraf arasında dağılmış durumdadır. İç hukuk yollarının tüketilmediği iddiasında bulunan hükümete düşen görev, iç hukuk yolunun olay sırasında teoride ve pratikte mevcut ve etkili olduğu, yani bu hukuk yolunun ulaşılabilir olduğu, ayrıca başvurucaya şikâyetleri konusunda bir giderim sağlama yeteneğine sahip olup makul bir başarı şansı sunduğu konusunda Mahkeme'yi ikna etmektir. Ancak bu ispat yükü bir kez yerine getirildiğinde artık başvuruca, hükümetin belirttiği hukuk yolunun aslında tüketildiğini veya

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

nun kanunda öngörülen başvuru yolunun ihlali gidermede etkin olmadığı¹⁴¹ kanaat veya kuşkusunu taşıması ya da yolun sistematik sorunlar içerdiğine inanması, onun bu yolu tüketme yükümlülüğünden muaf tutulmasını gerektirmediği belirtilmektedir.¹⁴²

AIHM, kabul edilemezlik kararı verdiği bir başvuruda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141 ve devamı maddelerine istinaden ulusal mahkemelere başvurmaksızın AIHM'e giden başvuran tarafından söz konusu iç hukuk yolunun etkin olmadığını ileri sürülmesine karşılık, başarısızlıkla sonuçlanacağı kesin olmayan bir başvurunun başarılı olup olmayacağı konusunda şüphe duymanın, iç hukuk yollarının tüketilmemesini haklı göstermek için geçerli bir sebep oluşturmayacağını belirtmiştir.¹⁴³

İç hukuk yollarında tükenmenin aranmayacağı hallerin ne 6216 sayılı Kanun'da ne de Anayasa'da yer almadığı¹⁴⁴, bireysel başvuru süreçlerinde idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi ilkesinin, farklı hukuk düzenlerinde ve özellikle uluslar arası insan hakları mekanizmalarına başvuruda da öngörülmüş olmakla birlikte, bu ilkenin istisnalarının uygulanabileceği durumların olabileceği ileri sürülmüştür.¹⁴⁵

Bireylerin özel ve istisnai koşullar altında kanunlarda öngörülmüş diğer hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünden muaf tutulabilmeleri, başvuru yollarının tüketilmesi kuralının bireysel başvurunun amacı dikkate alınarak aşırı şekilcilikten uzak ve belli ölçüde esneklikle uygulanması gerektiği yaklaşımının bir gereğidir.¹⁴⁶ Bu konudaki istisnaların saptanmasında genellikle başvurulacak ölçütler; idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi kuralına sıkı sıkıya uyulmasının telafisi imkânsız bir zarara yol açması ihtimalinin var-

davanın özel koşulları bakımından bazı nedenlerle yetersiz ve etkisiz olduğunu veya kendisini bu yükümlülüğün kurtaracak özel şartların mevcudiyetini kanıtlamak durumundadır."

141 Anayasa Mahkemesi bir kararında başvuru yolunun, şahsına yapılan hakaret nedeniyle sadece suç duyurusunda bulunduğu ancak herhangi bir hukuk davası açmadığını tespit etmiş ve somut şikâyet açısından ceza soruşturmasının, ulaşılabilir, ihlali gidermede tatmin edici ve başvuru yolunun şikâyetleri için makul başarı şansı tanıyan tek başvuru yolu olmadığı, başvuru yolunun hukuk davası açarak da bu şikâyetleriyle ilgili olarak hakkaniyete uygun bir tatmin elde etmesinin mümkün olduğu gerekçeleriyle, söz konusu iddialarla ilgili olarak hukuk davası açılmadan yapılan bireysel başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. (2.10.2013 tarih ve 2013/1123 sayılı Başvuru Kararı).

142 **Ekinci**, Kabul Edilebilirlik Kriterleri, s.125.

143 57770/07 Başvuru Numaralı Şefik Demir / Türkiye kararı. (<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/sefikdemir.pdf>, e.t. 16.5.2014)

144 Şirin, bu durumun, olağan yasal yolların tüketilmesi kuralının mutlak bir anlam taşıdığı anlamına gelmeyeceğini belirtmektedir. Bkz. **Şirin**, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, s.521.

145 **Bertil Emrah ODER**, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda (Anayasa Şikâyeti) Etkin ve Etkili Kullanım Sorunları", Bireysel Başvuru "Anayasa Şikâyeti", HUKAB Yayınları, HUKAB Sempozyum Serisi, Editör: Yrd. Doç. Dr. Musa SAĞLAM, 2011, Ankara, s.102.

146 Başvuru yollarının tüketilmesi ilkesinin mutlak şekilde uygulanmasının temel hak ve özgürlüklerin etkin kullanımını ve korunmasını engelleme ihtimalinin bulunduğu belirtilmektedir. Bkz. **Ekinci – Sağlam**, Sorularla Bireysel Başvuru, s.61.

lığı, söz konusu başvuru yollarının aslında etkisiz olması, son olarak da başvurunun sonucunun genel bir öneme sahip olması şeklinde sıralanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında başvuru yollarının tüketilmesi kuralına istisna olacağı belirtilen durumlar şunlardır:

- 1- Makul sürede yargılanma hakkı şikâyetleri¹⁴⁷,
- 2- Tutukluluk şikâyetleri¹⁴⁸,
- 3- Başvurucunun etkin olarak değerlendirmedeği başvuru yolu¹⁴⁹,

Başvurucu mevcut¹⁵⁰ bir idari ya da yargısal başvuru yolunu tüketmemiş ve buna gerek bulunmadığını ileri sürmüştü dayandığı haklı nedenleri başvuru dilekçesinde göstermelidir. Bu konuda özellikle, söz konusu idari ya da yargısal başvuru yolunun benzer olaylarla ilgili başvurular nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından etkisiz olduğunun tespit edildiğini; benzer bir başvuru-

147 Yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilmesini temin eden, diğer bir ifadeyle yargılamanın uzamasını önleyici etkiye sahip olan veya yargılamanın makul sürede yapılmaması sonucunda oluşan zararları tespit ve tazmin edici nitelik taşıyan bir idari veya yargısal başvuru yolunun var olması halinde, bireysel başvuruda bulunulmadan önce bu başvuru yolunun tüketilmesi şartı aranacağı ancak ülkemizde, yargılama faaliyetinin uzamasını önleyici veya yargılama faaliyetinin uzamasından doğan zararları giderici nitelikte, etkin bir başvuru yolu bulunmadığı belirtilmiştir. (2.7.2013 tarih ve 2012/13 sayılı Başvuru Kararı).

148 Anayasa Mahkemesi'ne göre tutuklama tedbirine başvurulabilmesi için her şeyden önce kişilerin suçluluğu hakkında kuvvetli belirtinin bulunması gerektiği ancak bu hususun tek başına yeterli olmadığı, bunun yanı sıra kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla da olması gerektiği, başlangıçta aranan bu tutuklama nedenlerinin varlığının belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görüldüğü, derece mahkemelerinin belli bir süre başlangıçta verdikleri bu karara dayanarak tutukluluk nedenlerinin varlığını göstermeleri yeterli olduğu, bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin haklı gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. (2.7.2013 tarih ve 2012/239 sayılı Başvuru Kararı). Tutukluluğa itirazın incelenmesi sürecindeki usuli işlemler nedeniyle ortaya çıkan temel hak ihlalleri de şikâyet konusu yapılabilecektir. Anayasa Mahkemesi'ne göre tutukluluğunun gözden geçirilmesiyle alakalı incelemenin "*çelişmeli yargı*" ve "*silahların eşitliği*" ilkelerine saygı gösterilerek yapılmalıdır. Konuyla ilgili olarak Mahkeme, Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan alınan görüşün başvuruçulara bildirilmemesi nedeniyle Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir. (21.11.2013 tarih ve 2012/1158 sayılı Başvuru Kararı).

149 İlk derece mahkemesinin temyiz aşaması sonrasında uyma kararı verdiği ya da temyiz aşamasında verilen karara uygun karar veremeyi yükümlülüğü ortaya çıktığında, başvuruçunun tekrar temyiz yoluna başvurusunu gerekli bir yol olarak değerlendirilmemektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre başvuruçusu, mevcut kabul edilebilirlik kriteri açısından aslında olağan yargı yerleri önünde kendisinden bekleneni yapmış olup başvuruçudan yeniden temyiz yoluna başvurusunu beklemenin bireysel başvuru hakkının önünde orantısız bir engel oluşturabilecektir. (4.12.2013 tarih ve 2013/7523 sayılı Başvuru Kararı).

150 Bir hukuki tazmin yolunun "*mevcut*" sayılması, onun AİHM'e başvuru yapıldığı sırada varlığını ve bireyler açısından doğrudan ulaşılabilir olmasını gerektirdiği, AİHM'e yapılan başvurunun ardından yeni bir hukuki tazmin yolunun ihdas edilmesinin temel olarak bu yola başvuruyu zorunlu kılmadığı belirtilmektedir. Bkz. **Ekinci**, Kabul Edilebilirlik Kriterleri, s.118.

E. Tatal: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

ru daha önce Anayasa Mahkemesi önüne getirilmemişse, kullanmadığı idari ya da yargısal başvuru yolunun etkisiz olduğunu ispatlamak amacıyla bu yolun erişilemez ve etkisiz olduğunu gösteren örnekler sunması yerinde olacaktır. Bu yöndeki itiraz üzerine Anayasa Mahkemesi'nin, başvuru tarafından tüketilmeyen idari ve yargısal başvuru yollarının teorik ve pratik açılardan mevcut ve etkili bir yol olup olmadığının değerlendirmesi gerekir. Başka bir ifadeyle anılan idari ya da yargısal başvuru yolunun başvuru açısından ulaşılabilir olduğu¹⁵¹, ayrıca başvuranlara şikâyetleri konusunda uygun bir tazmin sağlama konusunda makul bir başarı şansı sunduğu Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilecek olursa¹⁵², başvurusu idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle reddedilecektir.¹⁵³

Kanun yollarının tüketilmiş olması şartı bütün ülkelerin uygulamalarında aranan ortak şartlardan birisidir.¹⁵⁴ Geniş anlamda kanun yolu, her türlü kuruma, idareye ve mahkemelere başvuru yoludur. Dar anlamda kanun yolu ise, mahkemeye başvurma olanağıdır.

Federal Almanya'da içtihadı dayalı olarak ortaya konulan üç koşuldan birinin varlığı hâlinde Mahkemenin, başvurunun kabulü için yargı yolunun tüketilmesi koşulunun gerçekleşmesini her zaman aramadığı bilinmektedir.

Aşağıdaki koşulların varlığı hâlinde başvuranın “*anayasa şikâyeti*”ne başvurmadan önce diğer başvuru yollarını tüketmesine gerek bulunmamaktadır.¹⁵⁵

- 1) Kanun yollarının tüketilmesinden bir sonuç alınmasının beklenmemesi,
- 2) Kanun yollarının tüketilmesinin beklenmesi, başvuran açısından ağır ve telafisi imkânsız bir zarara yol açacak olması,

151 Ceza muhakemesi hukukunda 5271 sayılı Kanun'un 309. maddesi gereğince hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararların Yargıtay'ca bozulmasını isteme hakkı yalnızca Adalet Bakanlığının takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla başvurunun kanun yararına bozma yoluna gidilmesi istemi, sadece Adalet Bakanlığı'nın takdirini harekete geçirmeye yönelik bir taleptir. Bu kapsamda yapılan başvurular bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmediğinden, bu yola gidilmesinin bireysel başvuru süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi de, kanun yararına bozmanın olağanüstü bir kanun yolu niteliği taşımasıyla birlikte kişiler için doğrudan ulaşılabilir bir yol olmadığını, dolayısıyla tüketilmesi gereken bir yol olmadığını ifade etmiştir. (25.2.2014 tarih ve 2013/4669 sayılı Başvuru Kararı)

152 Anayasa Mahkemesi, başvurunun tüketmekle yükümlü olduğu başvuru yollarının olağan nitelikte olan yollar olduğu, tek başına bir başvuru yolunun varlığının bu başvuru yolunun tüketilmesini zorunlu kılmayacağı, bu yolların ulaşılabilir olmalarının yanında, temel hak ihlalini telafi kabiliyetini haiz ve tüketildiklerinde başvurunun şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanımlarının da gerektiğini belirtmektedir. (21.11.2013 tarih ve 2013/1158 sayılı Başvuru Kararı).

153 **Ekinci**, s.17.

154 **Kılınç**, s.33.

155 **Öykü Didem AYDIN**, “Türk Anayasa Yargısı nda Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sa. 4, s.147.

3) Anayasa şikâyetinin karara bağlanmasının, tüm toplumu ilgilendirecek, genel öneme sahip bir soruna ışık tutacak olması.

Başvuru yollarının tüketilmesi sorunu, başvuruya konu olayın niteliği dikkate alınarak çözülebilecektir. Bazı davalar bakımından başvuru yolları ancak temyiz ve hatta karar düzeltme aşamalarından sonra tüketilmiş kabul edilirken, bazılarında ilk derece mahkemesi önündeki yargısal işleme yapılan itiraz ile bu süreç sona ermektedir. Bu bağlamda tutukluluk ile ilgili başvurular önem kazanmaktadır.

Bir örnek vermek gerekirse; sulh ceza mahkemesince tutuklanan bir kişinin, bir üst yargı merciiine yaptığı itirazı reddedildiğinde bu mercii tarafından verilen karar kesin olduğundan, anılan karara karşı başka bir itiraz imkânı bulunmamakta, bu kişinin sözü edilen aşamadan sonra doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapıp yapamayacağı ve Anayasa Mahkemesi'nin bu nitelikteki bir başvuruyu hangi açılardan inceleyeceği değerlendirilmelidir.

Öncelikle tutukluluk kararına itirazı inceleyen mahkemenin kararının, başvurunun konusu itibarıyla buna karşı gidilecek başka makam ya da mercii bulunmadığı için nihai bir karar olduğu kuşkusuzdur.

Bu kararın ardından Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilir. Bireysel başvurunun, ilk derece yargılaması devam ederken tutukluluğun devamına karar verilen her aşamada başvuru yolları tükettikten sonra ve serbest bırakılma dışında, nihayet bu durumun ortadan kalktığı mahkûmiyet kararından itibaren süresi içinde yapılması gerekir. Bu tür bir başvuruda şikâyet konusu edilebilecek olan ve Anayasa Mahkemesi'nin inceleyebileceği hususlar şu şekilde özetlenebilir:

— Süre şikâyeti (AİHS, m. 5/3; AY. m. 19/7–8) : Davanın niteliğine göre, tutukluluğun uzun görülmesi hâlinde, esastan inceleme yapılabilir. Ancak bu tür başvurularla ilgili olarak tutukluluk sürelerinin hangi andan itibaren “uzun” sayılacağı hususu, Anayasa Mahkemesi'nin ilke kararlarıyla ortaya konulmalıdır. Bundan sonraki aşamada Anayasa Mahkemesi'ne gelen uzun süre şikâyetlerinden ilke kararlarındaki koşulları taşımayanların, daha kabul edilebilirlik aşamasında Komisyonlarca açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle¹⁵⁶ reddedilmesi gerekecektir.¹⁵⁷

156 “AİHM içtihatları dikkate alındığında ADY kararının; “açık ve görünür bir ihlalin bulunmaması”, “kanıtlanamamış şikâyetler ve delil yokluğu”, “karmaşık ve zorlama şikâyetler” ve “AİHM’i dördüncü derece yargı yeri olarak gören şikâyetler” söz konusu olduğunda verildiği görülmektedir.” **Serdar GÜLENER**, “Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Merci Şikâyetlerinin İstisnai Bir Alanı Olarak “Keyfilik” Kriteri”, Bireysel Başvuru İncelemeleri 1, (Editörler: Musa Sağlam, Serdar Güleener, Recep Kaplan), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013, s.56.

157 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) kabul edilebilirlik kriterleri hiyerarşisinin en alt basamağında yer alan “açıkça dayanaktan yoksun olma” (ADY), diğer kabul edilebilirlik kriterlerinden farklı olarak, bireysel başvurunun usule ilişkin yapılan değerlendirmesi

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

AİHS'nin 5. maddesinde düzenlenen “Özgürlük ve güvenlik hakkı” açısından etkili yol, eğer özgürlükten yoksun bırakan bir tedbir başvuru konusu yapılmış ise, kişinin tutukluluk nedenlerini inceleyecek, işlemin yasallığı hususunda karar verebilecek ve gerekli görürse ilgilinin serbest bırakılmasını sağlayabilecek bir yoldur.

— İtirazı inceleyen merci önündeki usule ilişkin şikâyetler (AİHS, m. 5/4; AY. m. 19): Tutukluluğa itirazın incelenmesi sürecinde usuli işlemler nedeniyle ortaya çıkan temel hak ihlalleri şikâyet konusu yapılabilir. Örneğin duruşma yokluğu, savcının görüşünün sanığa tebliğ edilmemiş olması vs. (AİHM, Altınok/Türkiye kararında Cumhuriyet savcısının tutukluluğa ilişkin mütalaasının sanığa tebliğ edilmemiş olmasını ihlal sebebi sayılmıştır.) Başvurucunun tutukluluğa süresinde itiraz etmemesi hâlinde ise başvuru yolları tüketilmemiş olduğundan bu konudaki şikâyeti incelenemez nitelikte bulunup reddedilecektir.

— Yargılamanın uzunluğu şikâyetleri¹⁵⁸ (AİHS. m. 6): Adil yargılanma bağlamında makul sürede yargılanma hakkı¹⁵⁹ bakımından “makul süre”nin ne olduğu meselelerinin, AİHM kriterleriyle¹⁶⁰ uyumlu olacak şekilde Anayasa Mahkemesi’nin içtihadı ile çözümlenmesi gerektiği kuşkusuzdur. AİHM, süre şikâyeti içeren başvurularda, davanın niteliği ve karmaşıklığı, sanıkların sayısı, duruşmaların sıklığı, vb. hususlar göz önünde tutularak hangi sürelerin makul sayılabileceği değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvurular bakımından bu konuda öncelikle Bölümlerce verilen kararlarla içtihat oluşturulması gerekecektir. Bundan sonra Komisyonlar, tutuklulukta makul süre başvurularında olduğu gibi bu sürelerle ulaşmayan başvuruları dayanaktan yoksun oldukları gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı ile

kapsamında yer almayan bir kriter olup diğer kabul edilebilirlik şartlarının tamamı yönünden yapılan bir incelemenin ardından dikkate alınması gerektiği söylenmektedir. Bkz. **Mehmet ÖNCÜ**, “Bireysel Başvuruların AİHM Tarafından Usulden İncelenmesi ve Dördüncü Derece Türünden Şikâyetler”, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Ed. Alparslan Altan, Engin Yıldırım, Erdal Tercan, Hikmet Tülen ve Ali Rıza Çoban, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012, s. 391.

158 Ülkemizde uzun yargılamalarla ilgili tazminat komisyonu kurulmuştur. Ancak bu komisyon sadece AİHM önündeki başvurularla ilgili olduğundan uzun yargılama şikâyetleri ile ilgili başvurular doğrudan Anayasa Mahkemesine yapılacaktır. Bu şikâyetlerin hem dava devam ederken hem de dava sonuçlandıktan sonra Anayasa Mahkemesi önüne getirilebilmesinin mümkün olduğu düşünülmektedir.

159 AİHM’in tüm tarihi boyunca Sözleşme’nin 6(1) maddesi çerçevesinde makul bir sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle verdiği kararların sayısının, diğer tüm maddelerin ihlaline ilişkin verdiği kararların sayısından fazla olduğu belirtilmektedir. Bkz. **D.J. HARRIS-M.O. BOYLE-E.P. BATES-C.M. BUCKLEY**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi 2013 (Türkçe Birinci Baskı), s.590.

160 AİHM, davanın niteliği yani karmaşıklığını, şikâyet sahibinin tutum ve davranışlarını ile adli ve idari yetkililerin tutum ve davranışlarını makul süreyi değerlendirirken ölçüt olarak göz önünde bulundurmaktadır.

reddedebileceklerdir.

İç hukuk yolunun tüketilmesi kuralı her durumda mutlak olarak uyulması gereken ve uyulmaması hâlinde mutlak bir yaptırım olarak kabul edilemezlik kararı verilen bir kural değildir. AİHM, iç hukuk yolunda bulunması gereken belli özellikler aramaktadır; iç hukukta düzenlenen, sadece teoride değil fiilen de ulaşılabilen, sorunun çözümü için yeterli olanakları sunan, sonuç alma olanağı bulunan, başka bir deyişle etkili¹⁶¹ olan iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir.¹⁶²

İdari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi kuralı, mutlak ve otomatik şekilde uygulanabilir bir ilke olmadığından bu kabul edilebilirlik koşulunun uygulanmasında aşırı şekilcilikle hareket edilmeyip, belirli ölçüde esneklik gösterilmesi gerekmektedir.¹⁶³

Birden fazla iç hukuk yolunun etkili olması söz konusu ise, başvuru yolunun bunlardan sadece birini kullanmış olmasının gerekli ve yeterli olduğunu da belirtmek gerekir¹⁶⁴. Ayrıca, iç hukuk yolunun tüketilmesinin, taraf devlet mevzuatının öngördüğü süre ve şekil şartlarına uyularak gerçekleştirilmesi gerekir. Yani iç hukuku tüketirken o iç hukuk kuralının koyduğu kurallara uymak gerekir.¹⁶⁵

İç hukuk yollarının tüketilmesi sadece usulü ilgilendiren bir süreç olmayıp, içerik olarak da denetime tabi tutulacaktır. Zira Anayasa Mahkemesi tarafın-

161 Burada şunu belirtmek gerekir ki, ulusal makamlarca etkili olduğu belirtilen bir iç hukuk başvuru yolunun temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından gerçekten etkili olup olmadığı konusunda değerlendirme yapma yetkisi önlerine gelen başvurular bakımından Anayasa Mahkemesi ile AİHM'e aittir. AİHM, Azerbaycan'da kabul edilmiş anayasa şikâyetini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35. maddesi kapsamında etkili bir yol kabul etmemiş ve önüne gelen bir başvuruda (İsmayilov / Azerbaycan davası, 4439/4, 17.04.2008) Azerbaycan Devleti'nin, başvuru yolunun anayasa şikâyetine gitmediği için iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını yerinde bulmamıştır. Ayrıca AİHM, Slovakya ve Hırvatistan'da öngörülmüş olan anayasal şikâyet yolunu; kişilerin doğrudan ulaşabilecekleri bir yol olmamasına da dayanarak etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul etmemiştir.

162 A. Şeref GÖZÜBÜYÜK – Feyyaz GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2007, 7. Basım, s.64

163 Ülkemizde kanun yollarının tüketilmesi şartının mutlak olarak algılanmaması ve söz konusu şartın birtakım istisnalarının olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Musa SAĞLAM, "Bir Hak Arama Yolu Olarak Bireysel Başvuru", Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu, 26 Kasım 2010, Eskişehir 2011, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları No:2193, s.51.

164 Harris-Boyle-Bates-Buckley, s.800; Anayasa Mahkemesi, bazı şikâyetler yönünden birden fazla başvurulabilecek etkili başvuru yolunun bulunması hâlinde olayın niteliğini de dikkate alarak, aynı amacı taşıyan bu yolların tamamının tüketilmesinin gerekmediğini belirtmektedir. (7.11.2013 tarih ve 2013/2355 sayılı Başvuru Kararı). AİHM de başvuru için şikâyetini telafi edebilecek, ulaşılabilir ve etkili olan birden fazla başvuru yolunun olması durumunda, bu yollardan birinin kullanılması, iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğunun yerine getirilmesi için yeterli görmektedir. Bkz. Kozacıoğlu/Türkiye Kararı, B. No: 2334/03, 19.2.2009.

165 Gözübüyük – Gölcüklü, s.67.

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

dan yayınlanan “66 Soruda Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru” kitapçığının da kişilerin, hak ihlali iddialarını öncelikle ilk derece mahkemeleri ve yüksek mahkemeler önünde ileri sürmüş olmaları gerektiği¹⁶⁶, diğer yargı organları önünde hak ihlali iddialarının karşılık görmemesi hâlinde ancak Anayasa Mahkemesi’ne başvurabileceği, bu nedenle diğer yargı mercilerine bu hak ihlali iddialarını değerlendirme ve gerektiğinde ihlalin sonuçlarını giderme imkânı tanınmaksızın yapılacak bireysel başvurunun reddedileceği yazılmıştır¹⁶⁷. AİHM’in de eğilimi bu yönde olmakla beraber, şu anda uygulama bu kadar katı değildir. Sözleşme’deki bir hakkın iç hukuktaki yargılama sırasındaki açıkça ileri sürülmüş olmasının gerekliliği Avrupa Mahkemesi tarafından yayınlanan Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi’nde¹⁶⁸ açıkça yer almaktaysa da, şikâyetin iç hukukta “en azından özü itibarıyla” ileri sürülmüş olması yolundaki içtihatlar halen geçerlidir. Bunun anlamı, Sözleşme hükümlerine açıkça dayanılmamış olsa da aynı veya benzer iddiaların iç hukuka dayanarak ileriye sürülmüş olmasıdır. Başka bir ifadeyle AİHM içtihatlarına göre, bir başvurunun iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğunu yerine getirebilmesi için, bu başvuruya konu şikâyet ve şikâyetlerin de en azından “özü” itibarıyla öne sürülmesi gerekmektedir.¹⁶⁹

İç hukuk yollarının tüketilmesi şartı, Sözleşme’nin 35. maddesinin kendisinin de işaret ettiği gibi uluslararası hukukun genellikle tanınmış bir kuralıdır.

166 “...Bireysel başvurunun ikincil niteliğinin bir sonucu olarak olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler önünde dayanılmayan iddialar Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet konusu edilemeyeceği gibi genel mahkemelere sunulmayan yeni bilgi ve belgeler de Anayasa Mahkemesine sunulamaz.

21. Öte yandan mülga 1086 sayılı Kanun’un 74. maddesi uyarınca mahkemelerce davacının talebi dışında, talepten fazlaya veya başka bir şeye hükmedilemeyeceği gibi, davacı tarafından talep konusu yapılmayan veya davalı tarafından karşılık dava ile talep edilmeyen bir hususta resen karar verilemez.

22. Başvuru konusu olayda, Samsun Büyükşehir Belediyesi tarafından başvuru aleyhine kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmazın tapu kaydının iptali ile yola terkini istemiyle açılan davanın reddine karar verilmiş olup davalı tarafından açılan bir dava olmadığı için davalının yargılama sırasındaki savunmasında ileri sürdüğü iddialar doğrultusunda kamulaştırma bedelinin ödenmesine hükmedilememiştir.

23. Başvurucunun nihai taleplerine ilişkin olarak, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 10/4/2012 tarihli onama kararında da belirtildiği üzere, dava konusu taşınmaza el atıldığı iddiası olduğunda 16/5/1956 tarih ve 1/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca idare aleyhine el koymanın önlenmesi davası açılabilirliği gibi, bu eylemli duruma razı olunduğu takdirde taşınmazın değerinin tahsili davası da açılabilirken başvuru bu davaları açmamıştır. Dolayısıyla başvuru, kamulaştırmaz el atma nedeniyle uğradığını iddia ettiği zararın tazmini amacıyla ayrı bir dava açmadığı veya karşılık dava ile de bu talebini ileri sürmediği için başvuru konusuna ilişkin olarak yargısal yollar tüketilmemiştir.

24. Açıklanan nedenlerle, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasının yetkili derece mahkemeleri önünde tanınan başvuru yolları tüketilmeden bireysel başvuru konusu yapıldığı anlaşıldığından başvurunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin “başvuru yollarının tüketilmemesi” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.” Bkz. Anayasa Mahkemesinin 26.3.2013 tarih ve 2012/946 başvuru sayılı kararı.

167 Bkz. 66 Soruda Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, 30. soru ve cevabı, sf. 23

168 Bkz. Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, sf. 17, 51. paragraf

169 Özalp Ulusoy/Türkiye Kararı, No:9049/06, 4 Haziran 2013.

İç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğü, Uluslararası Adalet Divanının Interhandel¹⁷⁰ kararında belirtildiği gibi, uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçasıdır.

Başvurucudan belirli bir hukuk yolunu tüketmesinin istenmesinin pratikte makul olmadığı ve başvurunun Sözleşme'nin 34. maddesindeki bireysel başvuru hakkını kullanmasının önünde orantısız bir engel oluşturduğu hallerde¹⁷¹, Mahkeme başvurunun bu şartı yerine getirmekten muaf tutulması gerektiği sonucuna varmaktadır.¹⁷²

Bir başvuru yoluna gidildiği için, hatalı veya kötüye kullanarak başvuru yapmak söz konusu olmadan, sadece sonucuna dayanarak para cezası verilmesi, bu başvuru yolunu tüketme zorunluluğunu ortadan kaldırır.¹⁷³

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, hakların korunmasında ikincil bir koruma sistemi getirdiğinden, bu yola başvurulmadan önce diğer idari ve yargısal organlara hak ihlali iddialarının karar bağlama olanağı tanınmalı ancak başvuru yollarının tüketilmesi ilkesinin insan haklarının daha etkin korunması bağlamında aşırı şekilcilikten uzak ve belirli bir esneklikte uygulanması gerektiği belirtilmektedir.¹⁷⁴

3- Karar Düzeltme

Herhangi bir kamu gücü işlemine karşı bireysel başvuru yapılmadan önce ilk derece mahkemelerince verilmiş olan kararlara karşı tanınmış olan başvuru yollarının da tüketilmesi gerekir. Burada başvurucudan beklenen olağan nitelikteki tüm başvuru yollarını tüketmesidir. Karar düzeltme doktrinde her ne kadar olağan bir kanun yolu olarak nitelendirilmekteyse de Anayasa Mahkemesi; hukuk Yargısı, idari ve askeri idari yargı kararlarına karşı bireysel başvuru açısından bu kanun yolunun, tüketilmesinin zorunlu olmadığını kabul etmektedir.¹⁷⁵

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesinde idari yargıda karar düzeltme başvuru yolu düzenlenmiştir. Anılan maddede yer alan aykırılıkların Danıştay dava daireleri ile İdari veya Vergi Dava Daireleri Ku-

170 21 Mart 1959 tarihli Interhandel kararı, (İsviçre v. Amerika Birleşik Devletleri)

171 Anayasa Mahkemesi'nin 4.12.2013 tarih ve 2013/7523 sayılı Başvuru Kararı.

172 Veriter v. Fransa, §27; Gaglione ve Diğerleri v. İtalya, §22.

173 Prencipe v. Monako, §95-97.

174 **Musa SAĞLAM**, "Kanun Yollarının Tüketilmesi", Teorik Açıdan ve Temel Düzenlemeler Çerçevesinde Tutuklama, Kesinleşme, Geçici Tedbir Başvuru Yollarının Tüketilmesi ve Uzun Yargılama, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı Hizmetiçi Eğitim Yayınları, No:2, Ankara, Ocak 2013, s. 157.

175 Kural olarak hukuk yargılamalarında, idari ve askeri idari yargıda temyiz incelemesinden geçen ve onanan karar ile birlikte olağan başvuru yollarının tüketilmiş olduğu kabul edilmektedir.

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

rullarının temyiz üzerine verdikleri kararlar ile bölge idare mahkemelerinin itiraz üzerine verdikleri kararlarda yer aldığı iddiasıyla bir defaya mahsus olmak üzere kararın tebliği tarihinden itibaren onbeş gün içinde taraflarca karar düzeltme yoluna gidilebilecektir.

Öte yandan karar düzeltme, Yargıtay'ın hukuk davalarında temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu kararlarına karşı tanınmış olan olağan bir kanun yoludur. Bir hüküm hakkında Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu karara karşı karar düzeltme yolu açık ise o hüküm ancak, karar düzeltme yoluna başvurulmaması veya başvurunun reddi ile kesinleşebilir.¹⁷⁶ Karar düzeltme yolunda, karar düzeltme talebi, bu kararı vermiş olan Yargıtay dairesinde incelenip karara bağlanır. Bu nedenle karar düzeltme yolu Yargıtay'ın temyiz incelemesi sırasında yapmış olduğu hatalardan dönmesini sağlayan kendine özgü bir kanun yoludur. Karar düzeltme ancak Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu kararlara karşı tanınmış olan kanun yoludur. Hüküm mahkemesinin bir kararına karşı süresi içinde temyiz yoluna başvurulmamış ve bu nedenle karar kesinleşmiş ise artık o karara karşı karar düzeltme yoluna başvurulamaz. Karar düzeltme temyiz yolunun devamı niteliğindedir.¹⁷⁷

AIHM, hukuk mahkemeleri ve idari yargı yerlerinde görülen davalarda karar düzeltme yolunu tüketilmesi zorunlu bir iç hukuk yolu olarak görmemektedir. Bununla birlikte bu yola başvurulması hâlinde AIHM'de dava açma sü-

176 "...Başvurucular, tapuda iştirak (elbirliği) hâlinde maliki oldukları arsanın 1994 yılında yapılan kadastro çalışması ile başkası adına kayıt ve tescil edilmesi üzerine tescilin iptali istemiyle açtıkları davada verilen ret kararı nedeniyle hak arama hürriyeti ve mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir...

6100 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca bölge adliye mahkemelerinin Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanun'un temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunmaktadır.

19. Hukuk davalarında 1086 sayılı Kanun'un 440. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre Yargıtay kararlarına karşı tefhim veya tebliğden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yoluna başvurulabilmektedir. Bu yola başvurulması hâlinde karar düzeltme talebine ilişkin bir karar verilinceye kadar mahkeme kararının kesinleşmesi ve başvuru yollarının tüketilmesi söz konusu değildir. Bu durumda karar düzeltme talebine ilişkin bir karar verilmeden hukuk yollarının tüketildiği söylenemez.

20. Bu çerçevede, hukuk davalarında karar düzeltme yoluna başvurulmuş ise Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmesi için, öncelikle bu talebe ilişkin kararın beklenerek bu yolun tüketilmesi gerektiği açıktır. Başvuru konusu olayda, başvuru yollarının karar düzeltme talebi hakkında henüz karar verilmediğinden olağan kanun yolları tüketilmemiş sayılmaktadır.

21. Açıklanan nedenlerle, başvuru konusu işleme karşı kanunda öngörülmuş yargısal başvuru yollarının tamamı tüketilmeden bireysel başvuru yapıldığı anlaşıldığından başvuruların diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "başvuru yollarının tüketilmemiş olması" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir." Anayasa Mahkemesi'nin 26.3.2013 tarih ve 2012/403 sayılı kararı.

177 6100 sayılı HMK'da kanun yolları istinaf ve temyiz olarak sayılmıştır. Bu doğrultuda Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başladıktan sonra karar düzeltme müessesesi ortadan kalkmış olacaktır.

resi aleyhe değerlendirilmemektedir. Başka bir ifadeyle bu yola başvurulmuş olması hâlinde başvuru süresi işlememektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin uygulamasına bakıldığında da benzer bir uygulamanın kabul edildiği görülmektedir. Şöyle ki; karar düzeltme yoluna başvurulması hâlinde Anayasa Mahkemesince bu sürecin tamamlanmasından sonra bireysel başvuru yapılabileceği ifade edilmekte, aynı anda hem karar düzeltme yoluna hem de Mahkemeye başvurulması hâlinde ise başvuru iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunmaktadır.¹⁷⁸

Öte yandan karar düzeltme yoluna başvurulmaksızın süresi içerisinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurular bakımından karar düzeltmeye gidilmediği gerekçesiyle iç hukuk yollarının tüketilmediği için kabul edilmezlik kararı verilmemektedir.¹⁷⁹

Öte yandan başvuru konusu karar aleyhine temyiz incelemesinin ardından ayrıca karar düzeltme yolu kapalı olmasına rağmen bu yola gidilse de

178 "...Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca, başvurunun Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir. 18. 1602 sayılı Kanun'un 63. maddesine göre AYİM Daire ve Daireler Kurulu kararları kesin olup, kesin hükmün bütün hukuki sonuçlarını doğurur. Bu nedenle bu kararlardan sonra bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkündür. Ancak anılan Kanun'un 66. maddesinin birinci fıkrası uyarınca AYİM kararlarına karşı ilamın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yoluna başvurulabilir. Bu yola başvurulması hâlinde karar düzeltme talebine ilişkin bir karar verilinceye kadar olağan kanun yolları tüketilmiş olmayacaktır. Bir başka ifadeyle, kanun yolunun tüketildiğinden söz edilebilmesi için öncelikle yapılan başvurunun sonucunun beklenmesi gerekir. Bu çerçevede, askeri idari yargı önündeki davalarda karar düzeltme yoluna başvurulması hâlinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için, öncelikle karar düzeltme talebinin sonucunun beklenmesi, böylece bu yolun tüketilmesi gerektiği açıktır.

19. Başvuru konusu olayda, başvurunun Milli Savunma Bakanlığının ret işleminin iptali istemi ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde açtığı dava Birinci Dairenin 6/12/2012 tarih ve E.2012/365, K.2012/1370 sayılı kararı ile reddedilmiş, bu karara karşı 16/1/2013 tarihinde karar düzeltme yoluna başvurulmuş, karar düzeltme talebi hakkında henüz karar verilmeden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmıştır. Başvurucunun, etkili ve sonuç almaya yeterli görerek başvurduğu bir kanun yolunun sonucunu beklemezsizin bireysel başvuruda bulunduğu ve dolayısıyla yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmediği anlaşılmaktadır.

20. Açıklanan nedenlerle, başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin "başvuru yollarının tüketilmemiş olması" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir." Anayasa Mahkemesi'nin 26.3.2013 tarih ve 2013/1177 sayılı başvuru kararı. Aynı yönde 26.3.2013 tarih ve 2012/403 sayılı başvuru karar.

179 Karar düzeltme yolu açık olan kararlar bakımından bu yola gitmeksizin temyiz onama kararının ardından başvuru süresi içinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurular başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle reddedilmemektedir (5.3.2013 tarih ve 2012/73 sayılı başvuru kararı). Aynı değerlendirmeler Askeri İdari Yargı bakımından karar düzeltme kanun yolu açısından da geçerlidir.

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

bu durum temyiz merciinin kararıyla başvuru yollarının tüketilmiş olduğu gerçeğini değiştirmeyecek ve bu gibi durumlarda Yargıtay'ın onama kararı, kararın kesinleştiği; bu kararın tebliğ ya da öğrenilmesi ise bireysel başvuru süresinin başladığı tarih olarak kabul edilecektir. Bireysel başvurunun anılan kararın tebliğ ya da öğrenilmesi tarihinden itibaren 30 gün içinde yapılması gerekmekte olup, bu nitelikteki kararlara karşı kapalı olan karar düzeltme yolunun denenmiş olması nedeniyle kaybedilen zaman yüzünden 30 günlük başvuru süresi kaçırılmışsa, başvuru süre aşımı nedeniyle reddedilecektir.¹⁸⁰

4- Twitter¹⁸¹ ve YouTube¹⁸² Kararları

Çalışmanın bu bölümünde Anayasa Mahkemesi'nce verilmiş ve kamuoyunda yoğun bir şekilde yer almış ve tartışılmış olan iki karardan bahsedilecektir.

a- Twitter Kararı

Dava konusu olayda, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB), İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 7.3.2014 tarih ve 2011/762, Samsun 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 4.3.2014 tarih ve 2014/223, İstanbul Anadolu 5. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 18.3.2014 tarih ve 2014/181 ve İstanbul Anadolu 14. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 3.2.2014 tarih ve 2011/795 sayılı kararlarına istinaden koruma tedbiri kararı¹⁸³ uygulamış ve twitter.com adresine ulaşım engellen-

180 Anayasa Mahkemesi'nin 25.12.2013 tarih ve 2013/7583 sayılı başvuru kararı.

181 Twitter; 140 karakterden oluşan tweet adı verilen internet kısa mesajlarının gönderildiği ve başkalarının mesajlarının okunabildiği bir mikro-blog servsidir. Twitter; her geçen gün karmaşıklaşan internet dünyasına basit bir takip mekanizması sağlamaktadır.

182 YouTube, kullanıcılarının video izleyip aynı zamanda kendi videolarını yayınlatabildiği 15 Şubat 2005'te 3 eski PayPal çalışanı tarafından kurulmuş ve Ekim 2006'da Google tarafından satın alınmış bir platformdur.

183 TİB'in kararı şöyledir:

"...Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, 5651 sayılı Kanun ve diğer ilgili mevzuat hükümlerine göre çalışmalarını yürütmektedir.

Vatandaşlarımızın şikâyetleri üzerine, Twitter'da kişilik haklarının ve özel hayatın gizliliğinin ihlali nedeniyle Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerince erişimi engelleme kararları verilmiştir.

Bu kararlar, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na ulaşmış ve Başkanlığımız tarafından içeriğin çıkarılması Twitter'dan istenmiştir.

Ancak, mahkeme kararlarının uygulanması hususunda tüm iyi niyet çabalarımıza karşılık Twitter bu kararlara duyarsız kalmış ve mahkeme kararlarını tanımamıştır.

Yurtdışı merkezli sözkonusu internet sitesi Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinin vermiş olduğu kararları yok saymıştır.

Bu nedenle, vatandaşlarımızın ileride telafisi mümkün olmayacak mağduriyetlerinin önlenmesi için başka bir seçenek kalmadığından mahkeme kararları doğrultusunda Twitter'a erişimin engellenmesi tedbiri uygulanmıştır. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde mahkeme kararlarını uygulamakla yükümlüdür.

Yurt dışı merkezli söz konusu internet sitesi, Türk mahkemelerinin kararlarına uyarak hukuka aykırı içerikleri çıkardığı takdirde, tedbir amaçlı uygulanan erişimin engellenmesine son verilecektir.

Kamuoyuna saygıyla duyurulur."

miştir¹⁸⁴.

Başvurucular, kullanıcısı oldukları “twitter.com” isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair TİB işlemi nedeniyle Anayasa’nın 26., 27., 40. ve 67. maddelerinin ihlal edildiğini ve anılan işleme karşı etkili bir yargı yolu¹⁸⁵ bulunmadığını belirterek Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmuşlardır.¹⁸⁶

TİB’in söz konusu erişimin engellenmesi işlemine karşı Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı tarafından Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu hasım gösterilerek yürütmeyi durdurma istemli olarak açılan davada, Ankara 15. İdare Mahkemesi 25.3.2014 tarihinde davalı idarelerin savunması ve ara karar cevabı alınıp ya da savunma ve ara kararına cevap verme süresi geçip yeni bir karar verilmeye kadar dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına oyçokluğuyla karar vermiştir.¹⁸⁷

184 TİB’in engellemeye dönük olarak dayandığı yargı kararlarının, internet sitesindeki tüm yayına yönelik tümel bir yasak içermediği, TİB’in işleminin yargı kararlarının içeriğini aştığını dolayısıyla “yetki gasbı” söz konusu olduğu, bu nedenle de hukuksal dayanağının bulunmadığı belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bertil Emrah ODER – Korkut KANADOĞLU**, “Anayasa Mahkemesi’nin Twitter Kararı Usul ve Esasa İlişkin Sorunlar”, Güncel Hukuk, Haziran 2014, s.52.

185 Yargı yolunun etkililiği ile ilgili olarak çalışmanın önceki bölümlerine bakılabilir.

186 Başvurucular, TİB tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı ve bazı mahkemelerce verilen kararlara istinaden koruma tedbiri uygulanarak twitter.com adresine erişimin engellendiğini, TİB’in bu işlemine dayanak olarak gösterdiği mahkeme kararlarının twitter.com isimli siteye erişimin tamamen engellenmesine yönelik olmadığını, bu uygulamanın hukuka aykırı olduğu ve keyfi nitelik taşıdığını, bilgiye ulaşma imkânının yanında bilgiyi yayma hakkını da ciddi şekilde sınırladığını, uygulamanın sadece anılan sitede mevcut olan değil bu sosyal ağda ileride paylaşılacak bilgilere de erişimi engellediğini ve bu haliyle Anayasa’da mutlak olarak yasaklanmış olan sansürü mümkün kıldığını, söz konusu işlemin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) ve Sözleşme’nin (AİHS) 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğüne ilişkin benimsediği ilkelere aykırı olduğunu, 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca kişilik haklarının ihlali iddiasının söz konusu olduğu hallerde erişimin sadece hâkim kararı ile ve ihlalin gerçekleştiği kısma ilişkin olarak engellenebileceğini, tüm sitenin erişime engellenmesinin de ancak gerekçesini belirtmek kaydı ile hâkim kararı ile verilebileceğini, hâkim tarafından URL bazında kısmi engelleme kararı verilmesi hâlinde TİB’in sitenin tamamen erişime kapatılmasına karar vermesinin fonksiyon gaspı niteliğinde olduğunu, TİB’in engelleme kararına dayanak gösterdiği yargı kararlarının belli URL adreslerine erişimin engellenmesine yönelik olmasına rağmen TİB tarafından twitter.com adlı internet sitesine erişimin tamamen engellenmesinin kanuni dayanağı olmadığını, erişimin engellenmesi yönündeki sınırlamanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kriterlere aykırılık oluşturduğu, özel hayatın korunması ile ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi sağlamadığını, twitter.com isimli siteye 30 Mart 2014 tarihinde yapılacak yerel seçimlerin hemen öncesinde erişimin engellenmesi ile dolaylı bir sansür etkisi yaratıldığını ileri sürmüşlerdir.

187 Ankara 15. İdare Mahkemesi’nin anılan kararının yürütmenin durdurulmasına ilişkin kısmı şöyledir:

“...Dava konusu işlemin “twitter.com” isimli internet sitesine erişimin tamamen engellenmesine ilişkin olması, bu durumun Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan ifade ve haberleşme hürriyetini kısıtlayabilecek nitelikte olması ve uygulanması hâlinde telafisi güç zarar doğurabilecek nitelikte bulunması nedeniyle, davalı idarenin savunması ve ara kararı cevabı alınıp ya da savunma ve ara kararına cevap verme süresi geçip yeni bir karar

E. Tatal: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

Başvurucular, TİB'in anılan kararına karşı idari yargı mercileri önünde iptal davası açılmasının tüketilmesi gerekli etkili bir yol olmadığı iddiası ile doğrudan bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi, iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğuna ilişkin yaptığı değerlendirme sonucunda kabul edilebilirlik açısından şu şekilde karar vermiştir.¹⁸⁸

“...Yukarıda (§14, §17) yer verilen mevzuat hükümleri uyarınca yargı kararının icaplarına göre gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olan idarece anılan internet sitesinin bu konudaki mahkeme kararına rağmen erişime açılmadığı, her ne kadar kanunda yargı kararının yerine getirilmesine ilişkin sürenin otuz günü geçemeyeceği belirtilmiş ise de bu sürenin azami bir süreye işaret ettiği anlaşılmaktadır. Hukuk devletinde yargı kararının uygulanması, yalnızca şeklen bir yerine getirmeyi değil, objektif koşullar altında, olabilecek en kısa süre içinde, tespit edilen hukuka aykırılığın giderilmesini gerektirir. Bu konuda verilen yürütmeyi durdurma kararının, işlemin uygulanması hâlinde telifi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleştiği tespitine dayandığı ve yürütmesinin durdurulmasına karar verilen işlemin doğurduğu olumsuz etkinin idarece giderilmesi zorunluluğu da dikkate alındığında, TİB tarafından anılan sitenin derhal erişime açılmaması nedeniyle bu yükümlülüğün yerine getirilmediği anlaşılmaktadır.

...

Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti hâlinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Söz konusu idari uygulamaya ilişkin yukarıda belirtilen yürütmeyi durdurma kararına rağmen başvuru sahiplerinin ihlal iddiasına konu olan twitter.com isimli siteye erişimin halen mümkün olmadığı görülmektedir. Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır. Bu durumda yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının söylenemeyeceği ve böylece başvuru sahiplerinin idare mahkemesine başvurmalarının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”

verilinceye kadar dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasına... Savunma ve ara karara cevap verilebilmesi için davalı idarelere (15) gün süre tanınmasına, 25/03/2014 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.”

188 Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm'ünün 2.4.2014 tarih ve 2014/3986 Başvuru numaralı kararı.

Haşim Kılıç'a Armağan

Twitter kararındaki temel sorunlardan birinin, Anayasa Mahkemesi'nin, ilgili başvuruların konusunu mantıksal ve hukuksal anlamda ikna edici biçimde tespit edememesi olduğu belirtilmiştir.¹⁸⁹

Mahkeme'nin bu kararına karşı birçok eleştiride bulunulmuştur. Bunlardan bazılarına aşağıda yer verilmiştir.

Adalet Bakanlığı Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği'nce yapılan Basın Açıklaması'nda şöyle denilmiştir:¹⁹⁰

“...Bireysel başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır (Anayasa, 148/3; 6216 sayılı Kanun, 45/2). Olağan yargı yolu tüketilmeden bireysel başvuru yapılamaz.

2- Anayasa Mahkemesinin 02/04/2014 tarihli Twitter kararına konu olayda talep sahipleri, olağan yargı yollarına müracaat etmeden doğrudan bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Anayasa Mahkemesinin, bu başvuruyu, daha işin başında kabul edilemez bularak esasa girmeksizin usulden reddetmesi, Anayasa'nın 148 inci maddesi ve 6216 sayılı Kanunun amir hükümleri gereğidir. Anayasa Mahkemesi, bu açık anayasal ve yasal zorunluluğa rağmen başvuruyu usulden reddetmemiş ve işin esasına girerek karara bağlamıştır.

3- “Anayasa Mahkemesi, anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir.” (Anayasa 148/son) hükmü gereği Anayasa Mahkemesine görev, sadece Anayasa ile verilir. Anayasa Mahkemesine Anayasayla verilmemiş bir görev, kanunla dahi verilemez. Bu açık ve net kurala rağmen Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesine götürülmeyen ve bütün kanun yolları tüketilmeyen bir konuyla ilgili bireysel başvuruyu usulden reddetmesi gerekirken esastan karara bağlayarak, kendi görev ve yetki alanını genişletmiştir.

4- Anayasa Mahkemesi verdiği bu kararla, bireysel başvurularda kendisini ilk derece mahkemesi konumuna getirmektedir. Bu karar, hakkının ihlal edildiğini düşünen pek çok kişinin doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmasına yol açacaktır. Bunun da Anayasa Mahkemesinin iş yükünü artıracığı ve Mahkemeyi

¹⁸⁹ “TİB, bir yandan dört adet yargı kararına dayanarak twitter.com adresine ulaşımı engelleyen bir koruma tedbiri kararı almış, öte yandan başvuru ile ilgili olmayan Türkiye Barolar Birliği (TBB) tarafından açılan davada, Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin verdiği ve bu idari işlemin yürütmesinin durdurulmasına hükmeden kararı yerine getirmemiştir. Henüz herhangi bir yargı kararı olmaksızın yapılan bireysel başvuruları kabul eden AYM ise TİB'in hem bir müdahalesi hem de başvuru anında var olmayan bir ihmalile düşünceyi açıklama ve yayma (ifade) özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Oysa başvuru istemlerinde TİB'in öngörülmez tutumu (idari yargı kararının uygulanmaması) değil, TİB'in işlemine karşı etkili başvuru yolunun yapısal sorundan ötürü olmadığı iddia edilmektedir. Başvurucular idari yargı yolunun varlığını (iptal davası ve yürütmenin durdurulması) tüketilmesi gerektiği ve etkili bir yargı yolu olarak görmemektedirler...” Oder – Kanadoğlu, Twitter Kararı, s.53.54.

¹⁹⁰ 8.4.2014 tarih ve 09 sayılı Basın Açıklaması.
<http://www.basin.adalet.gov.tr/duyuruveaciklamalar/2014/08042014tarihliaciklama.html>, (e.t.2.6.2014)

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

çalışamaz bir noktaya getirebileceği gibi, bundan sonra doğrudan bireysel başvurusu usulden reddedilen kişilerin Mahkemeye olan güvenlerini de olumsuz etkileyeceği açıktır.

5- Anayasa'ya 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." (Anayasa 138/son). Gerçek ve tüzel kişiler de mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Türkiye'de faaliyette bulunan Twitter firmasının da Türk hukukuna ve mahkeme kararlarına uyması, anayasal ve yasal bir zorunluluktur. Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Almanya ve Hindistan gibi ülkelerde ofis açıp, bu ülkelerin hukukuna ve mahkeme kararlarına uyan Twitter firması, maalesef bugüne kadar ülkemiz hukukuna ve mahkeme kararlarına uymamıştır. Anayasa Mahkemesinin bu kararı, Twitter'ın Türk hukukunu ve mahkeme kararlarını tanımama ve uymama konusundaki ısrarcı ve keyfi tutumunu güçlendirmiştir.

6- Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapamaz. İlk derece mahkemelerinin kararlarını temyizden incelemek ve karara bağlamak yetki ve görevi sadece Yargıtay ve Danıştay'a aittir. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurular yönünden kendisine doğrudan başvurulabilecek ilk derece mahkemesi olmadığı gibi, ilk derece mahkemeleri ile diğer yüksek mahkemele- rin kararlarını her türlü hukuka aykırılık sorunu açısından inceleyebilecek bir süper temyiz mahkemesi de değildir."

Bir başka değerlendirmede ise şu ifadelerle yer verilmiştir:

"Anayasa Mahkemesi, "twitter kararı"nda; "... yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının söylenemeyeceği ve böylece başvuru sahiplerinin idare mahkemesine başvurmalarının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılmıştır" şeklindeki gerekçesiyle bu başvuruda faydasız kalacağına inanılan iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek görmemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumu Anayasa ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile uyumlu değildir. Çünkü her şeyden önce işleyen bir yargı süreci vardır. Yargı süreci henüz bitmemiştir. Dolayısıyla ortada kesin hüküm haline gelmiş bir mahkeme kararı yoktur. Ayrıca, "başvurucuların idare mahkemesine başvurmalarının etkili bir yol olmadığı" görüşü iç hukukumuz bakımından kabul edilebilir değildir. Çünkü Ülkemizde mahkeme kararlarının gereği mevcut süreler çerçevesinde yerine getirilmektedir. Bu konuda aksine bir idari uygulamanın olduğunu söylemek mümkün değildir. Ayrıca yargı süreci bitmediği için itiraz hâlinde engelleme kararının uygunluğuna karar verilmesi hâlinde hukuken belirsiz bir durum ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı tamamlanmamış yargı sürecini anlamsız hâle ge-

tirmiştir.”¹⁹¹

Rıza Türmen ise konuyla ilgili görüşlerini şu şekilde ifade etmiştir:¹⁹²

“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 başvurabilmektedir. Bir başka deyişle bireysel başvuru için belirlenen hak kataloğu AİHS ile paraleldir.

Hak kataloğunun, başvuru yönteminin ve bireysel başvuru kurumunun genel düzenleniş felsefesine bakıldığında AİHM ile uyumlu olması gerektiği açıktır. AİHM’e başvuru için nasıl ki iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekiyorsa, 6216 sayılı kanun da kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olmasından bahsetmektedir.

Ancak AİHM’in yerleşik kararlarına göre “iç hukuk yolunun etkisiz olması halinde” iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmaz. Anayasa Mahkemesi AİHM ile uyumlu olarak iç hukuk yollarının etkisiz olması sebebiyle kararını açıklamıştır. Kaldı ki, Sayın Haşim Kılıç 15. İdare Mahkemesi kararının idare tarafından uygulanmaması üzerine mahkemenin kararını açıkladığını belirtmiştir...

Twitter’ın kapatılmasıyla ilgili Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karar, AİHM’nin içtihatları ile uyumlu ve yüz ağartıcı bir karardır... Anayasa Mahkemesi bu kararı ile uzun tutukluluk konusunda verdiği karar gibi etkili bir iç hukuk yolu haline geldiğini göstermektedir. Umudumuz Mahkeme’nin bu kararlığının hiçbir baskı, yasal değişiklik, yapılandırma stratejilerine kurban edilmemesi, yaşanan hak ihlallerini iç hukukumuzda çözerek mağduriyetleri gidermeye devam edebilmemizdir.”

Karara bakıldığında Mahkeme’nin bu başvuruda, iç hukukta tüketilmesi gereken yargı yolu başvurularının bitmesini beklemeden karar verdiği görülmektedir. Genel olarak karar bu yönüyle eleştirilmekle birlikte Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmediğini kabul etmektedir. Ancak Mahkeme, başvurunun özelliği gereği tüketilmesi gereken idari yargı yolunun bu başvuru açısından etkin ve sonuç alıcı bir yol olmadığı görüşündedir.

Kanun yollarının tüketilmesi koşulunun etkisizlik nedeniyle yumuşatılması ya da sınırlandırılması, özellikle ulusal ve ulusüstü yargı düzenleri arasındaki ilişki bakımından geçerli bir istisnadır.¹⁹³

Mahkeme, bu başvurunun özelliğine ve idari yargı yerince verilen yürüt-

191 <http://www.ankarastrateji.org/yazar/prof-dr-faruk-bilir/anayasa-mahkemesi-nin-twitter-karari/> (e.t. 2.6.2014)

192 <http://zete.com/aihm-eski-yargici-chpli-riza-turmen-aymnin-twitter-karari-yuz-agartici-bir-karar/>, (e.t.2.6.2014)

193 Bertil Emrah ODER – Korkut KANADOĞLU, “Anayasa Mahkemesi’nin Twitter Kararı Usul ve Esasa İlişkin Sorunlar”, Güncel Hukuk, Temmuz 2014, s.51–52.

E. Tutar: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

menin durdurulmasına dair kararın hemen uygulanmamasına bağlı olarak eğer hak ihlali varsa derhal giderilmeli ve iç hukuk yollarının tüketilmesi beklenmemelidir demekte ve ortada idare mahkemesinin verdiği yürütmeyi durdurma kararının olduğunu ve idarenin bu kararı uygulayarak gecikmesizin işlem tesis etmeye ve eylemde bulunmaya mecbur olduğunu, idari usul yargılamasında kararların uygulanması için varolan 30 günlük kanuni sürenin “azami” süre olduğunu belirtmekte ve kararın gereğinin mümkün olan en kısa zaman içerisinde yerine getirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

b- YouTube Kararı

Dava konusu olayda TİB, 27/3/2014 tarihinde youtube.com isimli internet sitesine erişimi engellemiş ve bu adreste kullanıcılara yönelik olarak “5651 sayılı Kanun uyarınca yapılan teknik inceleme ve hukuki değerlendirme sonucunda bu internet sitesi (youtube.com) hakkındaki Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’nın 27/3/2014 tarih ve 490.05.01.2014-48125 sayılı kararına istinaden Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından idari tedbir uygulanmaktadır.” duyurusu yayınlanması üzerine başvuru, video paylaşım sitesi “youtube.com” isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’nın (TİB) 27/3/2014 tarihli işlemi nedeniyle Anayasa’nın 22., 26., 27., 40., 48. ve 67. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

Başvuruculardan Youtube LCC, TİB’in erişimin engellenmesi işlemine karşı Ankara Nöbetçi İdare Mahkemesi Başkanlığı nezdinde yürütmeyi durdurma istemli iptal davası açmış, bu arada Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi’nin 27/3/2014 tarih ve Değişik İş No. 2014/358 sayılı kararıyla 15 adet URL bazlı youtube.com hesabına erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Kararda-TİB tarafından bahse konu içeriklerin erişime engellenmesine yönelik kararın bildirilen süre içinde gereğinin yerine getirilmemesi durumunda IP (Internet Protocol Address) ve alan adı yoluyla sitedeki tüm yayının erişiminin engellenmesine, bahse konu içerikler ve aynı nitelikteki diğer içerikler tamamen kaldırılincaya kadar erişime engelin devam etmesine, hükmün infazı ve gereği için kararın Cumhuriyet Başsavcılığı’na gönderilmesine karar verilmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı, 2/4/2014 tarihinde Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi’ne başvurarak anılan Mahkemenin erişimin engellenmesi kararının yeniden gözden geçirilerek kaldırılması talebinde bulunmuş, Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi 4/4/2014 tarih ve Değişik İş No. 2014/381 sayılı kararı ile ilk kararını gözden geçirmiş ve 15 adet URL bazlı youtube. com hesabına erişimin engellenmesine dair kararın aynen devamına, buna karşılık “youtube.com” isimli internet sitesinin erişime kapatılması nedeniyle tüm kullanıcılarının Anayasa’nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü

hakları ihlal edildiğinden tüm yayına erişimin engellenmesine dair kararın kaldırılmasına karar vermiştir¹⁹⁴.

TİB tarafından Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 4/4/2014 tarih ve 2014/381 Değişik İş sayılı kararına karşı Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde itiraz edilmiş, Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi'nin 4/4/2014 tarih ve Değişik İş No. 2014/81 sayılı kararı ile 15 adet URL (Uniform Resource Locator) bazlı "youtube" hesabına erişimin engellenmesine dair kararın aynen devamına, TİB tarafından yukarıda yazılı içeriklerin (linklerin) erişime engellenmesinin "youtube.com" a bildirimine rağmen ilgilisi tarafından bildirilen süre içinde gereğinin yerine getirilmemesi durumunda sözkonusu internet sitesinin tüm yayınına erişimin engellenmesine ve suça konu içerikler kaldırılıncaya kadar erişim engelinin devamına karar verilmiştir.

Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, 4/4/2014 tarihinde Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi'nin verdiği karara itirazı üzerine Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi 9/4/2014 tarih ve Değişik İş No. 2014/91 sayılı kararıyla, anılan Kanun'un 268. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları gereğince açık usul ve yetki ihlali nedeniyle verilen 2014/81 D. İş Sayılı kararın yok hükmünde sayılmasına, youtube.com internet sitesindeki tüm yayına erişimin engellenmesine dair kararın kaldırılmasına ilişkin Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi'nin 4/4/2014 tarih ve 2014/381 D. İş Sayılı kararında belirtilen 15 adet linke erişimin engellenmesine dair kararın aynen devamına ve ilgili internet sitesinin bu şekilde erişime açılmasına, kararın bir suretinin TİB, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) ile Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına gönderilmesine, kesin olarak karar vermiş ancak Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi'nin 9/4/2014 tarih ve 2014/91 sayılı kararına rağmen "youtube.com" isimli video paylaşım sitesi erişime açılmamış¹⁹⁵ ayrıca Youtube LCC tarafından erişimin engellen-

194 Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi'nin "youtube.com" sitesinin erişim engelinin kaldırılmasına dair 4/4/2014 tarih ve 2014/381 Değişik İş sayılı kararının aynı tarihte TİB'e 2014/175774 sayılı evrak kayıt no.'su ile tebliğ edildiği, ancak sitenin erişime açılmadığı anlaşılmıştır.

195 Sitenin erişime açılmaması kararının gerekçesi kamuoyuna şu şekilde bildirilmiştir: "Bilindiği üzere, Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin devlet sırlarının ifşasının önlenmesi amaçlı 27/03/2014 tarihli ve 2014/358 Değişik İş No.lu Kararına istinaden ve ayrıca Gazi Mustafa Kemal Atatürk'e hakaret niteliğindeki içerikler nedeniyle 5651 sayılı Kanun'un 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (4) numaralı fıkrası hükümleri uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından youtube.com adlı internet sitesine erişimin engellenmesi tedbiri uygulanmaya başlanmıştır.

Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 04/04/2014 tarihli ve 2014/381 sayılı Kararıyla, 2014/358 Değişik İş No.lu Kararda belirtilen ilgili internet sitesindeki (youtube.com) tüm yayına erişimin engellenmesine dair karar kaldırılmıştır. Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine, Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin 04/04/2014 tarihli ve 2014/81 Değişik İş No.lu Kararıyla, ilgili internet sitesi tarafından gereğinin yerine getirilmemesi durumunda, youtube.com internet sitesinin tüm yayınına erişimin engellenmesine ve suça konu içerikler kaldırılıncaya kadar erişime engelinin devamına hükmedilmiştir. Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin 09/04/2014 tarihli ve 2014/91 Değişik İş No.lu Kararı ile 2014/381 Değişik İş No.lu Kararında belirtilen 15 linke erişimin engellenmesine dair Kararın aynen devamına ve youtube.com internet sitesinin bu şekilde erişime açılmasına karar

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

mesine ilişkin karara karşı açılan davada Ankara 4. İdare Mahkemesi'nce verilen 2/5/2014 tarih ve E. 2014/655 sayılı yürütmenin durdurulması kararına rağmen anılan siteye erişimin engellenmesine devam olunmuştur.

Başvurucular, TİB'in anılan işlemine karşı yargı yolunun tüketildiğini, ayrıca idari yargı merciine başvurulmasının etkili bir başvuru yolu olmadığını, dolayısıyla bu yolun tüketilmesinin gerekmediğini, Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi'nin 4/4/2014 tarih ve Değişik İş No. 2014/81 sayılı itirazın kabulüne ilişkin kararının kesin olması nedeniyle başvuru yollarının tüketildiğini, birçok sebeple birlikte genel olarak anılan sitenin tamamına yönelik uygulanan erişim engelinin mahkeme kararı ile kaldırılmış olmasına karşın siteye erişimin keyfi nitelikteki idari kararlara dayalı olarak engellenmeye devam edildiğini belirterek başvuruda bulunmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi, iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğuna ilişkin yaptığı değerlendirme sonucunda kabul edilebilirlik açısından şu şekilde karar vermiştir:¹⁹⁶

“...Tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olmaları yanında telafi kabiliyetini haiz ve tüketildiklerinde başvurucunun şikayetlerini gidermede makul başarı şansı tanınmaları gerekir. Dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduklarının gösterilmesi gerekir (B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 29). Ayrıca başvuru yollarının tüketilmesi kuralı mutlak nitelikte olmayıp bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken her somut başvurunun kendine özgü koşullarının da göz önüne alınması zorunludur. Bu anlamda yalnızca hukuk sisteminde bir takım başvuru yollarının varlığının değil, aynı zamanda bunların uygulanma şartları ile başvurucunun kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle başvurucunun başvuru yollarının tüketilmesi noktasındaki yükümlülükleri başvurunun özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir.

35. Başvuru konusu olayda, Türkiye Barolar Birliğince Gölbaşı Sulh Ceza Mahke-

verilmiştir. Youtube tarafından 2014/381 Değişik İş No.lu Kararda yer alan 15 linkteki içeriklerin bir kısmının kaldırılmış olduğu, bir kısım linklerde ise içeriğin tamamen çıkarılmayarak sadece Türkiye'den erişimin engellendiği ancak, yurtdışından erişimin mümkün olduğu tespit edilmiştir. 27/03/2014 tarihinden bugüne kadar ilgili internet sitesinde aynı içeriği taşıyan toplam 151 link tespit edilmiş, bu içeriklerin çıkarılması için Youtube'a bildirimde bulunulmuştur. Youtube tarafından bu içeriklerin bir kısmının kaldırılmış olduğu, bir kısım linklerde ise içeriğe sadece Türkiye'den erişimin engellendiği fakat, yurtdışından erişilebildiği tespit edilmiştir. Ayrıca, aynı içeriği taşıyan bir kısım linklerin halen yayınlanmaya devam ettiği görülmektedir. Diğer taraftan, Gazi Mustafa Kemal Atatürk'e hakaret niteliğindeki içerikler nedeniyle youtube'a uyarı mesajları gönderilmiş olup, söz konusu içerikler çıkarılmadığı için 27/03/2014 tarihinden itibaren 5651 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (4) numaralı fıkrası hükümleri uyarınca erişimin engellenmesi tedbiri uygulanmıştır. Söz konusu içeriklerin bir kısmı hâlâ ilgili internet sitesinde yayınlanmaya devam ettiğinden, youtube.com internet sitesine uygulanan erişimin engellenmesi tedbirine devam edilmektedir.”

¹⁹⁶ Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun 29.5.2014 tarih ve 2014/4705 Başvuru Numaralı kararı.

Haşim Kılıç'a Armağan

mesinin erişimin engellenmesi kararına karşı bu kararın yeniden değerlendirilmesi talebinde bulunulduğu, talebin kabul edilmesi üzerine tüm siteye erişimin engellenmesine yönelik kararının kaldırıldığı, anılan karara karşı yapılan itirazın Asliye Ceza Mahkemesi tarafından kabul edilmesi üzerine erişim yasağının devam ettiği, son olarak Asliye Ceza Mahkemesince verilen 2014/81 sayılı kararın, "5271 sayılı Kanun'un 268. maddesine aykırı olduğu ve verilen kararın yok hükmünde sayılması gerektiği" yönündeki itiraz üzerine, "15 adet linkin erişime engellenmesine dair kararın aynen devamına ve ilgili youtube.com internet sitesinin bu şekilde erişime açılmasına, kararın bir suretinin Bilgi İletişim Teknolojileri Kurumu, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına gönderilmesine", kesin olarak karar verildiği anlaşılmıştır.

36. Diğer taraftan TİB işlemine karşı Youtube LCC tarafından 4/4/2014 tarihinde yürütmenin durdurulması istemli olarak açılan davada ise Ankara 4. İdare Mahkemesince 2/5/2014 tarih ve E.2014/655 sayılı karar ile yürütmenin durdurulmasına karar verildiği ve anılan kararın 7/5/2014 tarihinde TİB'e tebliğ edildiği anlaşılmıştır.

37. Bu durumda potansiyel olarak var olduğu kabul edilen birden fazla başvuru yolunun kullanıldığı; Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin kesin nitelikteki kararı ile Ankara İdare Mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararına rağmen anılan internet sitesine erişimin engellenmeye devam edildiği anlaşılmaktadır. Oysa hukuk devletinde yargı kararının uygulanması, yalnızca şeklen bir yerine getirmeyi değil, objektif koşullar altında, olabilecek en kısa süre içinde, tespit edilen hukuka aykırılığın giderilmesini gerektirir...

Başvuruculardan Youtube LCC tarafından idari yargıda yürütmeyi durdurma talepli olarak açılan davada yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş olmasına rağmen kararın gereğinin bugüne kadar yerine getirilmemesi ve siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi sözkonusu başvuru yolunun etkili olmadığını göstermektedir. Ayrıca yürütmenin durdurulması kararının uygulanması sonunda sitenin tümüyle erişime açılması, işin niteliği gereği kapatılan sitenin kullanıcıları olduğu anlaşılan diğer başvuru sahipleri açısından da sonuç doğuracağından, her bireysel kullanıcının yeniden yargı yollarına başvurmasının beklenmesi bireysel başvuru usulündeki başvuru yollarının tüketilmesi prensibinin amaçları ile uyumlu değildir. Bu durumda söz konusu başvuru yolunun temel hak ihlalinin ortadan kaldırılması bakımından tüketilmesi gerekli etkili bir yol olmadığı sonucuna varılmıştır.¹⁹⁷

197 Mahkeme üyelerinden Sayın Hicabi Dursun kabul edilebilirliğe ilişkin muhalefet gerekçesinde şunları ifade etmektedir:

"...Somut olayda Youtube.com internet sitesi yetkililerince İdari Yargı yoluna başvurulmuş, Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin yürütmenin durdurulması kararı 7.5.2014 tarihinde TİB'e tebliğ olunmuş, kurum bu karara karşı itirazlarını İlk Derece Mahkemesine sunmuştur. Anayasa Mahkemesince somut dosya hakkında karar verildiği esnada kurumun itirazı henüz sonuçlanmamıştır. Öte yandan TİB'in, İdari Yargılama Usulü kanununa göre yürütmeyi durdurma kararını uygulamak zorunda olduğu otuz günlük sürenin dolmasına bir hafta kaldığı dikkate alındığında da halen yargı yolu

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

Karara bakıldığında Mahkeme'nin bu başvuruda, kabul edilebilirlik bakımından iki gerekçeye dayandığı görülmektedir. Mahkeme, adli yargı yönünden yapılan başvurular ve itirazlar üzerine iç hukuk yollarının tüketildiğini, idari yargı yönünden ise verilen yürütmenin durdurulmasına dair kararın hemen uygulanmamasına bağlı olarak bu yolun etkili bir iç hukuk yolu olmadığını, ayrıca iç hukukta potansiyel olarak varolan birden fazla başvuru yolunun her ikisinin de kullanılmasına rağmen erişim yasağının kaldırılmadığını da belirtmektedir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevidir. Bu ödevin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi idari ve yargısal makamların görevidir. Bu nedenle, temel hak ve

tükenmiş değildir.

TİB'in idari yargı kararlarını uygulama zorunluluğu karşısında yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusunda belirsizlik söz konusu değildir. Somut olayda yargı kararlarının uygulanması için TİB'e verilen kanuni süre henüz dolmadığından idari yargı kararlarının ve özellikle yürütmeyi durdurma kararlarının ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağlamadığı söylenemez. Mahkeme kararının kanunda öngörülen sürenin dolmasına rağmen uygulanmamış olsaydı başvuru sahiplerinin idare mahkemesine başvurularının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılabilirdi.

Çoğunluk görüşünde yer alan, idari yargı kararlarının ve bilhassa yürütmeyi durdurma kararlarının etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağlamadığı düşüncesi, Türk yargı sisteminde bir kaosa neden olma tehlikesini içinde barındırmaktadır. Bundan sonra idari yargı yerlerinden yürütmeyi durdurma kararı alan kişilerin, kararların uygulanması için idareye verilen ve kanunlarda öngörülen sürenin dolmasını beklemeden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma yolunu açacaktır..."

Üyelerden Celal Mümtaz Akıncı ise muhalefet gerekçesinde şunları belirtmektedir:

"...youtube.com sitesine erişimin engellenmesinin bu aşamada kanuni dayanağı bulunduğu, engellenmenin tamamen kanunsuz ve keyfi olmadığı değerlendirilebilir. Kanunla Kuruma verilen yetkinin kanuna aykırı, usulsüz kullanıldığı iddiasında bulunulması hâlinde başvuru yapılmadan önce idari makamlara, derece mahkemelerine başvurulması, başvuru yollarının tüketilmesinden sonra burada sonuç alınamazsa bireysel başvuruda bulunulması gerekmektedir. (6216 s.k. 45/2 md)

Bir kısım başvuru 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi dördüncü fıkrasında, bazı hallerde idareye erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi tanınmasının Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6. ve 9. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürüp idarenin yargı yerine geçerek karar vermesini fonksiyon gaspı olarak nitelendirmişse de bu iddianın değerlendirilme yeri bireysel başvuru değildir. Bireysel başvuru esnasında soyut norm denetimi yapılmasına yasal imkan tanınmamıştır. Kaldı ki olayımızda kurumun derece mahkemesi yerine geçip fonksiyon gaspında bulunduğunu söylemek de pek mümkün değildir. Çünkü TİB, 5651 sayılı Kanun'un kendisine verdiği yetkiyi kullandığını ileri sürmektedir. Başvurucular, kurumun işlem veya eyleminin ihlale neden olduğu iddiasında iseler, öncelikle bu konuda öngörülen kanun yollarını tüketmelidirler...

Youtube.com internet sitesi yetkililerince idari yargı yoluna başvurulduğu, mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verildiği, buna rağmen erişim engelinin kalkmadığı iddiasının değerlendirilmesine gelince; Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin yürütmenin durdurulması kararı 7.5.2014 tarihinde kuruma tebliğ olunmuş, kurum bu karara karşı yasal itiraz hakkını kullanmış ve mahkememizce karar verildiği esnada kurumun itirazı henüz sonuçlanmamıştır. İtirazın kabulü ihtimali bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle başvuru sahiplerinin kanun yolunu tüketmeden yaptıkları başvurularda, "kanun yolunun tüketilmemiş olması nedeniyle", bireysel başvurularının kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği kanaatinde olduğundan aksi yöndeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum..."

özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esastır.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca, başvurunun Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, hakkı kamu gücü tarafından ihlal edilen kişilerin bu ihlali gidermek için kanun yollarını tükettikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaları şeklinde tanımlanabilir. Bu başvuru türü ikincil nitelikte bir koruma mekanizmasıdır. Yani kamu gücü tarafından hakları ihlal edilen kişiler doğrudan doğruya bireysel başvuru hakkını kullanmazlar. 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. Yasaların tanıdığı hak arama olanaklarının birey tarafından kullanılmamış olması ya da usule ilişkin nedenlerle başvurunun reddedilmiş olması durumlarında yargı yolunun tüketilmediği kabul edilecektir.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları kabul etmeye başladığı 23.9.2012 tarihinden itibaren kabul edilebilirlik kriterlerine ilişkin yaklaşımını ortaya koymuş ve bu kriterlerden birisi olan iç hukuk başvuru yollarının tüketilmesi kuralını verdiği çeşitli kararlarla uygulamış ve genel hatlarıyla somutlaştırmıştır¹⁹⁸.

Son olarak denilebilir ki Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilmek için zorunlu olan iç hukukta başvuru yollarının tüketilmesi kuralı kesin çizgilerle sınırları belirli bir kural değildir. Çalışmanın yukarıdaki bölümlerinde de değinilmiş olan Mahkemenin verdiği bazı kararlarında da bu kural istisnai olarak göz ardı edilebilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu istisnaların da belirli ilke ve kurallara bağlanması gerekmekte olup aksi durum belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleriyle çelişecektir.

198 7.4.2014 tarihi itibarıyla 1658 idari ret, 4344 komisyon kararı ve 318 bölüm kararı olmak üzere toplam 6320 karar verilmiştir.

KAYNAKÇA

Ali Rıza ÇOBAN, “*Bireysel Başvuru: Türk Anayasa Mahkemesi İçin Ağır İş Yükü Sorunu*”, AİHM ve Türkiye-II Anayasa Şikâyeti ve AİHM, Uluslar arası Sempozyum, Editör: Ahmet Taşkın, 10 Aralık 2010 Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları No:8.

Atila NALBANT, “*Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru*” AİHM ve Türkiye-II Anayasa Şikâyeti ve AİHM, Editör: Ahmet Taşkın, TAA, Ankara, 2010.

A. Şeref GÖZÜBÜYÜK–Feyyaz GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2007, 7. Basım.

KILINÇ; “*Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı nda Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*”, Anayasa Yargısı 25, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2008.

YALÇINÖZ, Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, Ocak 2014.

Bertil Emrah ODER, “*Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda (Anayasa Şikâyeti) Etkin ve Etkili Kullanım Sorunları*”, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikâyeti”, HUKAB Yayınları, HUKAB Sempozyum Serisi, Editör: Yrd. Doç. Dr. Musa SAĞLAM, 2011, Ankara.

Bertil Emrah ODER, “*Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru: Başvuruculara Öneriler*”, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı, İstanbul Barosu Yayınları, 2013, İstanbul.

Bertil Emrah ODER – Korkut KANADOĞLU, “*Anayasa Mahkemesi’nin Twitter Kararı Usul ve Esasa İlişkin Sorunlar*”, Güncel Hukuk, Haziran 2014.

Bertil Emrah ODER – Korkut KANADOĞLU, “*Anayasa Mahkemesi’nin Twitter Kararı Usul ve Esasa İlişkin Sorunlar*”, Güncel Hukuk, Temmuz 2014.

Bülent DAVER, “*Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasal Partiler; Birkaç Örnek Olay*”, Anayasa Yargısı 2, 1986.

D.J. HARRİS-M.O. BOYLE-E.P. BATES-C.M. BUCKLEY, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi 2013 (Türkçe Birinci Baskı).

Ebru KARAMAN, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı nda Bireysel Başvuru, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2013.

Ece GÖZTEPE, Anayasa Şikâyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ya-

yınları, Ankara, 1998.

Ece GÖZTEPE, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi 2011 (95).

Emir KAYA, “Bireysel Başvurunun Anayasa Yargısı na Etkisi: On Yıl Yasağı Ve Kadının Soyadı Örneği”, Bireysel Başvuru İncelemeleri 1, (Editörler: Musa Sağlam, Serdar Gülenler, Recep Kaplan), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013

Esat Caner YILMAZOĞLU, “İdari Davalarda Kanun Yolları ve Kesinleşme”, Teorik Açidan ve Temel Düzenlemeler Çerçevesinde Tutuklama, Kesinleşme, Geçici Tedbir Başvuru Yollarının Tüketilmesi ve Uzun Yargılama, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı Hizmetiçi Eğitim Yayınları, No:2, Ankara, Ocak 2013.

Esra KATIMAN, “Bir İç Hukuk Yolu Olarak Bireysel Başvuru ve Etkinliği Sorunu”, TBB Dergisi, 2013 (107).

Fazıl SAĞLAM, “Anayasa Şikâyeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar” Demokratik Anayasa, Editörler: Ece Göztepe, Aykut Çelebi, Metis, İstanbul, 2010.

Gianni BUQUICCHIO, Anayasa Yargısı , Sempozyum Bildirileri, Yıl:2012, Sayı:29.

Hakan ATASOY, “Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Yıl:3, Sayı:9.

Hüseyin EKİNCİ, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak ‘Başvuru Yollarının Tüketilmesi’ Sorunu”, TAAD, Yıl: 3, Sayı: 11 (Ekim 2012).

Hüseyin EKİNCİ, “Kabul Edilebilirlik Kriterleri”, Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), Editör: Musa Sağlam, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi 2013.

Hüseyin EKİNCİ – Musa SAĞLAM, Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014.

İbrahim ÇINAR, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü”, Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), Editör: Musa Sağlam, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi 2013.

E. Total: Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu

Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2011.

Mehmet ÖNCÜ, “Bireysel Başvuruların AİHM Tarafından Usulden İncelenmesi ve Dördüncü Derece Türünden Şikâyetler”, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Ed. Alparslan Altan, Engin Yıldırım, Erdal Tercan, Hikmet Tülen ve Ali Rıza Çoban, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012.

Mehmet YALÇIN, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Başvurudan Sonra Ortaya Çıkan İç Hukuk Yolunun Tüketilmesi Sorunu”, İnsan Hakları Çalışma Metinleri: XI, İHM, Ankara, 2010.

Musa SAĞLAM, “Bir Hak Arama Yolu Olarak Bireysel Başvuru”, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu, 26 Kasım 2010, Eskişehir 2011, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları No:2193.

Musa SAĞLAM, “Kanun Yollarının Tüketilmesi”, Teorik Açidan ve Temel Düzenlemeler Çerçevesinde Tutuklama, Kesinleşme, Geçici Tedbir Başvuru Yollarının Tüketilmesi ve Uzun Yargılama, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı Hizmetiçi Eğitim Yayınları, No:2, Ankara, Ocak 2013.

M. Yavuz SABUNCU - Selin ESEN ARNWINE, Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu, Anayasa Yargısı , Anayasa Mahkemesi Yayınları, Sayı 21.

Nicolas BRATZA, Anayasa Yargısı , Sempozyum Bildirileri, Yıl:2012, Sayı:29.

Ömer ANAYURT, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

Ömer MADRA, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:458.

Öykü Didem AYDIN, “Türk Anayasa Yargısı nda Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sa. 4.

Özcan ÖZBEY, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Özcan ÖZBEY, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ekim 2012, Sayı:11, Yıl:3.

Serap AYDIN, Türk Hukuk Sisteminde Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Nisan 2013.

Serap YAZICI, Yeni Bir Uygulama Olarak Anayasa Şikâyeti-Konuşma, AİHM VE TÜRKİYE II, Anayasa Şikâyeti ve AİHM, Uluslararası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No: 8, Ankara, 2010.

Serdar GÜLENER, “Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Merci Şikâyetlerinin İstisnai Bir Alanı Olarak “Keyfilik” Kriteri”, Bireysel Başvuru İncelemeleri 1, (Editörler: Musa Sağlam, Serdar GüleNER, Recep Kaplan), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013.

SevtaP YOKUŞ, “Avrupa Birliği’ne Uyumda Siyasi Kriterler Doğrultusunda Türkiye’de Anayasal ve Yasal Dönüşüm Çabaları”, İÜHFİM, C.LXI, S.1-2, 2003.

Sibel İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Editör: Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi 2013 (1. Baskı).

Şerife İlgin YILDIZTURAN, Anayasa Mahkemesinin Yorumlu Ret Kararları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.

Tolga ŞİRİN, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, XII Levha, 1. Bası, İstanbul, Haziran 2013.

Uğur ERDAL, Hasan BAKIRCI, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesi Uygulama El Kitabı, OMCT El Kitapları Serisi, C.1, 2006.

Ümit KILINÇ, “Anayasa Mahkemesi Önünde Bireysel Başvuru: Kabul edilebilirlik Kriterlerinin Uygulanması Konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İle Uyum ve Uyumsuzluklar”, TAAD, Yıl:4, Sayı:14 (Temmuz 2013).

Valery ZORKİN, “Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru”, Anayasa Yargısı , Cilt 26, Yıl 2009.

Yavuz ATAR, “Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi”, Hukuki Araştırmalar Dergisi, Cilt: 1, Sayı:1, Ocak, 1998.

Yekta Güngör ÖZDEN, “Anayasa Yargısı ”, Kırıkkale Barosu Dergisi, S: 10, 1994.

66 Soruda Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru

Çalışmada faydalanılan kararların tümüne www.anayasa.gov.tr adresinden esas veya karar numarası girilmek suretiyle erişilebilir.

Doç. Dr. Murat YANIK
(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

SIYASİ PARTİLERİN PARTİ İÇİ DEMOKRASİ ESASLARINA UYMAMASI KAPATMA NEDENİ OLABİLİR Mİ?

*Bu makale,
görevi boyunca kararları ve duruşuyla
demokrasi ve hukuk devletinin
yaşama geçmesi için verdiği katkı nedeniyle
Haşim Kılıç'a ithaf edilmiştir.*

GİRİŞ

Çağdaş çoğulcu demokrasilerde siyasi partilerin kapatılması, en son çare olarak çok istisnai hallerde başvurulması gereken bir yaptırımdır.¹ Ancak, ülkemizde uzun yıllar boyunca demokrasinin bu vazgeçilmez unsurundan kolayca vazgeçilmiş; değişik gerekçelerle gereksiz yere bir çok parti kapatılmıştır. Kapatma dışında başkaca yaptırımların da uygulanmaya başladığı son yıllarda, bu yanlış uygulamalar son bulmuş gözükmektedir.

Biz burada mevzuatta ve uygulamadaki son gelişmeler doğrultusunda ülkemizde siyasi partilerin parti içi demokrasi esaslarını uygulamamaları (veya parti içi demokrasiye aykırı eylemlerin odağı olması) nedeniyle kapatılıp kapatılamayacağını ele almaya çalışacağız. Acaba bir siyasi parti, parti içi demokrasinin gereklerini yerine getirmiyorsa, parti içi karar ve seçimlerde demokrasi ilkelerine aykırı davranıyorsa ve eylemsel olarak demokrasiyi tehdit ediyorsa, Anayasa Mahkemesi'nce kapatılabilir mi?²

Bu soruya yetkinlikle cevap verebilmek için önce parti içi demokrasinin ne olduğunun ve ülkemizde partilerin parti içi demokrasiye uymak zorunda olup olmadığının ortaya konması gereklidir. Bundan sonra da, parti içinde

1 Bu makalenin yazarı, yukarıda da açıkça ifade edildiği gibi, çok zorunlu olmadıkça ilkesel olarak partilerin kapatılmasına karşıdır. Ancak bu karşı olma, pozitif hukukta varolan bir yaptırımın belirli bir durumda uygulanıp uygulanamayacağını bilimsel olarak tartışmaya engel olmamalıdır. Diğer yandan, daha önceki partisi kapatılan Yüce Diriliş Partisi lideri Sezai Karakoç'un "parti kapama, hükmi şahıs idamı denebilecek kadar ağır bir cezadır" düşüncesine katılmamak mümkün değildir. AMK.(SPK), E.: 1996/2, K.: 1997/2, Kt.: 18.2.1997, R.G.: 18.07.1997-23053.

2 Bu soru salt teorik bir soru değildir. Zira 1983 yılında, benzer gerekçeyle açılan bir davada AYM, konunun esasını tartışarak karar vermiştir. Bu kararı, ileride detaylı olarak ele alacağız. Bkz: AMK.(SPK), E.: 1983/3, K.: 1983/3, Kt.: 1.11.1983.

parti içi demokrasiyi uygulamayan partilere kapatma yaptırımının uygulanabilip uygulanamayacağını irdelemeye çalışacağız.

Bu irdelemenin sağlıklı yapılabilmesi ve makaledeki sorunsalımızın doğru bir şekilde cevaplandırılması için öncelikle siyasi partilerin hukuksal statüsüne değinmek gerekir.

A. Siyasi Partilerin Hukuksal Niteliği

Siyasi partilerin hukuksal düzenlemelere konu olduktan sonra, özellikle 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, 1982 Anayasası'nda da, "demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları" olarak kabul edildikten, kapatılmalarının AYM'ye (Anayasa Mahkemesi) bırakılmasından ve bazı kamu kaynaklarından ve mali yardımdan yararlanmaları söz konusu olduktan sonra, hukuksal niteliklerinin belirlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmış³ ve bu konu gerek öğretilerde, gerekse AYM kararlarında, değişik vesilerle tartışma konusu olmuştur.

Öğretilerde ve yargısal içtihatlarda, partilerin kamu tüzel kişisi veya özel hukuk tüzel kişisi olduğuna dair görüşler olduğu gibi, her iki düşünceyi uzlaştırmaya çalışan görüşler de vardır. Örneğin AYM, siyasi partilerin bazı sınırlı hallerde kamu hizmeti yaptığını kabul etse de, partilerin kamu hukuku kurumları olarak kabul edilemeyeceğini ve devlet örgütü içinde düşünülemeyeceğini belirtmektedir. Çünkü partiler, devletin hiçbir müdahalesi olmaksızın örgütlenmelerini ve çalışmalarını sürdürürler.⁴

Özbudun, siyasi partilerin sivil toplumla devlet kurumları arasında köprü oluşturan, bu özellikleri itibarıyla de bazı açılardan özel hukuk tüzel kişilerine, bazı açılardan da kamu hukuku tüzel kişilerine benzeyen, "kendilerine özgü (sui generis)" kuruluşlar olduğunu belirtmektedir.⁵

Teziç'e göre ise siyasi partileri, halkın siyasi düşünce ve inançlarının oluşmasında birer araç olan "serbest kuruluşlar" olarak nitelendirmek gerekir.⁶

Diğer yandan siyasi partileri, kamu hukukuna tabi sayan görüşlerle, özel hukuka tabi sayan görüşler, Alman Bilim Komisyonu tarafından uzlaştırılmıştır. Komisyon'un raporuna göre, siyasi partilerin toplum içindeki özgür karakterlerini reddetmeksizin, onların kamusal gerçekliğini kabul etmek gerekir.⁷

3 Özcan, Hüseyin – Yanık, Murat, Siyasi Partiler Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2014, Üçüncü Baskı, s. 58.

4 Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili görüşleri için bkz: AMK., E. 1970/12, K. 1971/13, Kt. 2.2. 1971, AMKD., S. 9, s. 287.

5 Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 1995, s. 73.

6 Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s. 316.

7 Özcan-Yanık, s. 60.

M. Yanık: Siyasi Partilerin Parti İçi Demokrasi Esaslarına Uymaması

Görüldüğü gibi partilerin hukuksal niteliği tartışmalıdır. Gerçekten siyasi partilerin bazı durumlarda bir tür kamu hizmeti gördükleri yadsınamaz bir gerçektir. Ancak, partilerin bütün faaliyetlerini böyle düşünmek de doğru değildir. Ayrıca siyasi partiler, toplum hayatının sürekli değişen ve gelişen unsurlarıdır. Bu gelişmenin belirli bir anda hukuk kalıpları içinde dondurulmasına olanak yoktur.⁸

Sonuç olarak, siyasi partileri kamu hizmeti yapan kamusal nitelikte sui generis kuruluşlar olarak nitelendirmek gerekir. Zira, aksi halde siyasi partilerin mevcut hukuksal ve anayasal statülerini izah etmek güçleşir.

B. Siyasi Partiler ve Hukuk Düzeni

Anayasanın 69. maddesinin 1. fıkrasına göre, *“siyasi partilerin faaliyetleri, parti içi düzenlemeleri ve çalışmaları demokrasi ilkelerine uygun olur. Bu ilkelerin uygulanması kanunla düzenlenir”*. Siyasi Partiler Kanunu’nun (SPK) 4. maddesinde ise, *“siyasi partilerin kuruluşu, organlarının seçimi, işleyişi, faaliyetleri ve kararları, Anayasa’da nitelikleri belirtilen demokrasi esaslarına aykırı olamaz”* denilmektedir. Görüldüğü gibi, bütün bu düzenlemeler, “parti içi hukuk” kavramına ve onun demokratik esaslara uygun olmasına vurgu yapmaktadır.

Parti içi hukukun kaynağı elbette en başta Anayasa, SPK ve bunlara uygun olarak belirlenen parti tüzükleridir. Parti içi hukukun parti tüzüklerinden başka parlamento grup yönetmeliği, parti disiplin yönetmeliği, parti programı v.b. kaynakları da vardır. Tüm bu parti içi düzenlemeler birleşerek parti içi hukuku oluşturur.

Anayasa’nın 68 ve 69. maddeleri, siyasi partilerle ilgili olarak, *parti kurma, partilere girme, partilerden çıkma ve partilerin uyacakları esasları* hükme bağlamıştır. 17 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun’la yapılan Anayasa değişiklikleri ile, Siyasi Partiler Hukukunun anayasal temellerini oluşturan 68. ve 69. maddeler değiştirilerek, Siyasi Partiler Hukukunda kısmi bir iyileştirme yapılmıştır. Bu bağlamda, taksirli suçlardan hüküm giymiş olanlara da oy hakkı tanınmış, “odak” kavramı tanımlanmış ve kapatma kararı Anayasa Mahkemesi’nin beşte üç çoğunluğunun oyuna bağlanarak siyasi partilerin kapatılması zorlaştırılmıştır.

Yine, 12 Eylül 2010’da halkoyuna sunulan Anayasa değişikliği paketi kapsamında da, siyasi partilerle ilgili oldukça köklü başka değişiklikler yapılması öngörülmüyordu. Fakat, paketin bu konuyu düzenleyen 8. maddesi, TBMM’deki oylamada yeterli çoğunluğu sağlayamadığı için gündemden düşmüş ve

8 Daha geniş bilgi için bkz. Özcan-Yanık, s. 58-62.

dolayısıyla halkoyuna da sunulamamıştır. Ancak, referandumla yapılan bu anayasa değişikliğiyle, Anayasamızın partilerin kapatılmasındaki oy oranlarını düzenleyen 149. maddesinin ilgili hükmü değişmiştir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliğinde iptale, siyasî partilerin kapatılmasına ya da devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu şarttır.⁹ Dolayısıyla partilerin kapatılması, eskiye oranla biraz daha zorlaştırılmıştır.

Diğer yandan, 22 Nisan 1983 tarih ve 2820 sayılı SPK da, 648 sayılı SPK gibi, partileri özel olarak düzenlemiştir. Halen yürürlükte olan 2820 sayılı SPK, zaman içerisinde bazı olumlu değişikliklere uğrasa da, bunlar çağdaş Siyasi Partiler Hukukunun ihtiyaçlarını karşılayacak düzeyde değildir.

Bu nedenle genelde siyasi partilere, dolayısı ile günümüzün “partiler demokrasisine” karşı güvensizliği yansıtan ve sosyal gerçeklerle bağdaşmayan bir düşünceye (siyasi sorunların ayrıntılı hukuk düzenlemeleri ile çözümlenebileceği düşüncesi) dayanan 2820 sayılı SPK, demokratik ülkelerde eşine rastlanmayan tek örnek olsa gerektir.¹⁰ Oysa, Türk'ün de belirttiği gibi, siyasi partiler için özel bir kanun yapmanın en temel nedeni, parti içi demokrasiyi gerçekleştirmek ve partilerin demokrasi dışına çıkmalarını engellemek olmasıdır.¹¹

Son olarak belirtmek gerekir ki, Siyasi Partiler Hukukunun mevzuatı, Anayasa ve SPK ile sınırlı değildir. 2820 sayılı SPK'nın 121. maddesine göre, Medeni Kanun, Dernekler Kanunu ve dernekler hakkında uygulanan diğer kanunların SPK'ya aykırı olmayan hükümleri, partiler hakkında da uygulanır. Örneğin, SPK'nın 57. maddesi gereğince disiplin cezalarına itirazı inceleme yetkisi, kararı veren birimin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesidir. Elbette bu dava sırasında siyasi partilere SPK dışındaki kanunların da uygulanma durumu söz konusu olacaktır.

9 2010 yılındaki bu yeni düzenleme demokratik açıdan bir ilerlemedir. Ancak; bu düzenleme içerisinde bir riski de barındırmaktadır. Zira bu düzenlemede parti kapatmaya, AYM üye tamsayısının 2/3'sinin oyuyla değil, *toplantıya katılan üyelerin 2/3'sinin oyuyla* karar verileceği öngörülmektedir. Dolayısıyla diyelim ki, bir kapatma davasının karar toplantısına tüm üyeler değil, AYM Genel Kurulu'nun asgari toplantı yeter sayısı olan 13 üye katılmışsa, bu durumda 9 üyenin kapatma yönünde oy kullanması hâlinde bir partinin kapatılması söz konusu olabilecektir. Muhtemelen anayasa koyucunun bu hatası, yeni düzenleme hazırlanırken AYM'nin yedek üyelerinin olmasıdır. Yapılacak yeni bir anayasa değişikliğinde bu husus düzeltilmelidir. Mevcut düzenlemede yer alan “toplantıya katılanların” ifadesi yerine “üye tam sayısının” ifadesinin konması yeterli olacaktır.

10 Kapani, Münci, Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 1995, s. 165.

11 Türk, H. Sami, Siyasi Partiler Yasası, TÜSİAD Demokratik Standartların Yükseltilmesi Paketi Tartışma Toplantıları Dizisi - 1, TÜSİAD Yayını, İstanbul 1997, s. 70.

C. Parti İçi Demokrasi

a. Kavram

Parti içi demokrasiyi, en dar anlamda “partinin iç işlerinde demokrasi ilkele-
rinin uygulanması” olarak tanımlayabiliriz.¹² Parti içi demokrasi, *partinin bü-
tün kademelerinde görev alanların demokratik seçimle ve belirli bir süre için göreve
gelmelerini ve partinin önemli sorunları hakkındaki çözüm önerilerinin alt kademe-
lerden yukarı kademelere doğru gerçek ve demokratik bir süreç içerisinde oluşmasını
gerektirir.*¹³ Nitekim, Wright’a göre, partinin alt kademelerindekilerin fikirle-
rinin ve kararlarının akışı, parti yöneticileri tarafından engellenmediği ve par-
ti yöneticileri, alt kademelerin fikir ve kararları üzerinde mutlak bir hakimiyet
kurmadığı sürece, parti içi demokrasinin varlığından söz edilebilir.¹⁴

Ayrıca, parti içindeki düşünce ayrılıklarının, farklı çözüm önerilerinin, siya-
si konulardaki farklı yorumların uygarca dile getirilebilmesi için de, parti içi
demokrasi zorunludur. Demokratik partiler, parti içinde düşünce temelinde
oluşan gruplaşmaları ve kanatlaşmaları doğal kabul ederler. Partinin sağlıklı
politikalar üretebilmesi ve canlılığını koruyabilmesi için bu gibi grupları
özendirirler. Demokratik partilerin, parti içi eleştirinin adeta yasak olduğu
diğer partilere karşı üstünlüğü de burada, yani parti içi demokrasiyi özenle
yaşatmasında aranmalıdır.¹⁵

Anayasa Mahkemesi’ne göre ise “*Siyasî partilerin örgüt içi düzenlerinin demok-
rasi esaslarına uygun olması, hukuki düzenlemelerle sınırlarının çizilerek, partilerde-
ki oligarşik eğilimlerin ve baskıların ortadan kaldırılması, demokratik örgüt yapısının
kurularak lider, teşkilat, organlar ve adayların demokratik yöntemlerle belirlenmesi
ve karar mekanizmasının tabandan tepeye oluşturulması parti içi demokrasi ilkesinin
gereklerindendir*”.¹⁶

Gerçekten parti içi demokrasi, partinin iç işleyişinde, yani parti yöneticileri-
nin belirlenmesi ve kararların alınmasında katılımcı anlayışın uygulanmasını;
her türlü eleştiri, özeleştiri ve önerinin serbest olmasını ifade eder. Parti içi
demokrasinin tam anlamıyla uygulanması halinde, parti içinde devinim sağ-
lanır ve lider egemenliği önlenmiş olur.¹⁷

Parti içi demokrasi açısından ülkemizdeki siyasi partilere baktığımızda ise,

12 Özcan-Yanık, s. 212.

13 Bosuter, Kudret, Parti İçi Demokrasi, Ankara 1969, s. 37.

14 Wright, E. William, “Comparative Party Models: Rational-Efficient and Party Democracy”,
Columbus, Ohio 1971, s. 47.

15 Karakaş, Ercan, “CHP Yeniden Yapılanmaya İlişkin Öneriler”, (Çevrimiçi) <http://www.sodev.org.tr>, 13 10 2001.

16 AMK(Siyasî Parti-İhtar), E: 2005/3, K: 2011/1, Kt: 12.10.2011, R.G.: 17.10.2012-28444.

17 Atar, Yavuz, “Çağdaş Demokrasinin Siyasi Boyutu: Türkiye’de Demokratikleşme ve Anti-
Demokratikleşme Göstergeleri”, Yeni Türkiye, Eylül-Ekim 1997, s. 79.

hiyerarşik bir şekilde *parti liderinin ve yakın çevresinin tartışılmaz egemenliğini* görürüz.¹⁸ Bu oligarşik yapı, parti içi demokrasinin işlemesine engel teşkil eder. Ayrıca, bu oligarşik yapı, hem demokrasiye hem de her türlü değişime kapalıdır.¹⁹

Bu oligarşik yapı nedeniyle partide siyasi iradenin oluşum tekeli, parti yöneticilerinden oluşan bir azınlığın eline geçmektedir. Bu sürecin sonunda ise, üyelerce denetlenemeyen; tersine, parti örgütü sayesinde üyelerin yönlendirildiği ve yönetildiği bir yönetim şekli ortaya çıkmaktadır.²⁰

Parti içi seçimlerde üye-delege oyunları, üyelere duyuru göndermemek, sahte oy kullanmak ve benzeri uygulamalar oldukça yaygındır. Daha ötesi, üst parti örgütleri, seçimle gelmiş alt örgütleri görevden almaktan ve yerlerine kendi yandaşlarını atamaktan çekinmezler. Tüzük maddeleri kolayca çiğnenir ve atama ile gelen yönetimler, üyelik ve delege operasyonunu tamamlayıncaya kadar, gerektiğinde aylarca görevde tutulurlar. Önseçimlerin bütün partililerin katılacağı bir şekilde yapılması gerekirken, önseçim adı altında merkez yoklaması ile yetinilir. Bu listeyi uzatabiliriz. "Hemen hemen bütün partililer, büyük oranda parti içinde ahlakın ve hukukun değil, dayatma ve sahteciliğin hüküm sürdüğünü bilmektedirler."²¹ Bu yüzden de bir çok nitelikli insan, siyasetten ve partilerden uzaklaşmaktadır.

O halde vurgulamalıyız ki, parti içi demokrasinin yaşama geçmesi için her şeyden önce, siyasi partilerin örgüt yapılarının demokratik özellikler taşıması gerekmektedir. Bunun için parti liderlerinin rolü ve seçilme yöntemleri, örgütün merkeziyetçilik derecesi, liderliğin örgüt hiyerarşisi içindeki gücü, katılma derecesi, parti bürokrasisinin denetimi, parti merkez kadrolarının partinin diğer bölümleriyle ilişkisi, üyeliğin temeli ve saygınlık derecesi gibi unsurlar önem taşımaktadır.²²

Ülke bazında demokrasinin yılmaz savunucusu olan siyasi partiler, iç yapılarında bunu uygulamayı hiç akıllarına getirmemektedirler. Dolayısıyla Türkiye'de *partiler demokrasisi, liderler demokrasisine* dönüşmüştür.²³

18 Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Çapoğlu, Gökhan, Türkiye'de Siyasi Tıkanıklığı Aşmak İçin, Stratejik Araştırmalar Vakfı, Ankara 1994.

19 Yanık, Murat, Başkanlık Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, Adalet Yayınevi, İstanbul 2013, s. 114.

20 Tanilli, Server, Devlet ve Demokrasi, 3. Bası, İstanbul 1982, s. 227.

21 Akat, A. Savaş, Sosyal Demokrasi Gündemi, Armoni Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1991, s. 7.

22 Kabasakal, Mehmet, Türkiye'de Siyasi Parti Örgütlenmesi, Tekin Yayınevi, İstanbul 1991, s. 18-19.

23 Bektaş, Arsev, "Türk Siyasal Demokrasisi, Sorunlar ve Nedenleri", Yeni Türkiye, S. 23-24, 1998, s. 184-185.

b. Parti İçi Demokrasinin Hukuksal Zorunluluğu ve Önemi

Parti içi demokrasiyi düzenleyen Anayasa'nın 69. maddesinin 1. fıkrası; *"siyasi partilerin faaliyetleri, parti içi düzenlemeleri ve çalışmaları, demokrasi ilkelerine uygun olur. Bu ilkelerin uygulanması kanunla düzenlenir"* hükmünü getirmiştir. Anayasamızın kanuna yaptığı atıf doğrultusunda konuyu düzenleyen SPK'nın *"parti içi çalışmaların demokrasi esaslarına uygun olma zorunluluğu"* başlığını taşıyan 93. maddesi de, *"siyasi partilerin parti içi çalışmaları, parti yönetimi, denetimi, parti organları için yapılacak seçimler ile parti genel başkanlığınca, genel merkez organlarınca ve parti gruplarınca alınan kararları ve yapılan eylem ve işlemleri, parti tüzüğüne, parti üyeleri arasındaki eşitlik ilkesine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz"* demektedir.

Görüldüğü gibi parti içi demokrasiyle ilgili ülkemizde anayasal ve yasal düzenlemeler, parti içi demokrasinin ülkemiz için bir lüks olmadığını, tüm partilerin mutlaka uyması gereken anayasal ve yasal bir zorunluluk olduğunu açıkça emreder. Yani partiler anayasa ve yasadaki diğer kurallara ve yasaklara uydukları gibi, gerek parti içi hukuklarında, gerekse parti içi uygulamalarının da parti içi demokrasiyi yaşama geçirmek zorundadırlar.²⁴

Gerçekten partiler, iktidara geldiklerinde tüm toplum düzeyinde kuracakları demokratik yapının bir örneğini, daha iktidara gelmeden parti-içi işlemlerde yaşama geçirmek zorundadırlar. Tersine durumda, demokrasiyi işlemlerinde özümsemeyenler, bunu ülke bazında yaşama geçiremezler. Gerçekten, kendi iç yapılarında ve uygulamalarında demokrasinin gereklerine uygun davranmayan, demokratik kuralları geçerli ve etkin kılmayan siyasi partilerin, 'demokratik devlet' ilkesini tüm kural ve kurumlarıyla gerçekleştirmesini beklemek güçtür. Partilerde demokratik kuralların işlerliğini sağlayacak bir yapılanmanın gerekliliği kaçınılmazdır.²⁵

Dolayısıyla, parti içi demokrasi, salt partilerin bir iç sorunu değildir. Çünkü parti içi demokrasi, demokrasiyi gerçekleştirmenin bir şartı olarak, hem yönetilenleri hem de yönetenleri birinci derecede ilgilendirmektedir. Demokrasi ve toplum için bu derece önemli bir kurumun, sadece partilerin iç işlerine ve kendi isteklerine bırakılması söz konusu olmamalıdır.

Zira kendi içinde demokrasiye inanmayan ve gerçekleştirmeye çalışmayan bir partinin toplum adına demokrasi talep etmesini ve bunun mücadelesini vermesini beklemek doğru olmaz.²⁶ Zira, demokrasi, her şeyden önce çok

24 Özcan-Yanık, s. 216.

25 Sezer, Ahmet N., Milliyet, 06.09.2001, s. 1.

26 Bozoğlu, Esin, "Sosyal Demokrat Partilerde Örgütlenme Sorunu ve Çözüm Önerileri", Sosyal Demokrat Değişim, S. 6, Ocak-Şubat 1997, s. 60.

Haşim Kılıç'a Armağan

seslilik, farklı fikir ve düşüncelerin karşılıklı olgunluk, hoşgörü ve saygı içerisinde yaşayabilmesidir. Siyasi zeminde bu farklılık ve çok seslilik, partiler arasında olduğu gibi aynı parti içinde de var olabilmelidir.²⁷ Partiler, bir demokrasi kurumu olduğuna göre, öncelikle ve bizzat kendilerinin demokratik bir yapıya sahip olmaları gerekir.²⁸ Tersi durumda zaman içinde inandırıcılıklarını ve güvenilirliklerini yitirirler.

Siyasi partilerin topluma öncülük edebilmesinin ve çoğulcu demokrasiyi yaşama geçirebilmesinin önkoşulu, parti içinde farklı fikirlerin bir arada yaşayıp yarışmalarına olanak veren bir parti içi hukuk ve demokrasi düzeninin kurulması ve işlerlik kazanmasıdır. Bu bağlamda parti içi demokrasi, demokratik bir yaşam için *bir amaç değil, bir araçtır*.²⁹

Çağdaş anlamda demokrasinin yerleşebilmesi için, siyasi partilerin fonksiyonel hâle gelebilmesi; ulusal iradenin parlamentoya tam yansıyabilmesi ve demokratik örgüt yapısı içinde tartışma ortamının oluşturularak, çoğulculuk temeline dayanan geniş katılımlı siyasi kararların alınabilmesi; adil, eşit ve özgür seçimlerle lider, örgüt ve adayların belirlenerek demokratik uygulama yöntemlerinin bulunması; ancak parti içi demokrasinin varlığı ile mümkündür.

Parti içi demokrasinin önemini artıran bir başka etmen ise, günümüzde parti içinde, özellikle iktidar partisinde alınan bir kararın, genellikle parlamentoda ve hükümette de aynen yaşama geçmesidir. Bu nedenle “parti merkezlerinde alınan kararların” nasıl ve hangi yöntemlerle alındığı, önem kazanmaktadır.³⁰

Siyasi partilerle demokrasi ilişkisi konusunda temel olarak cevaplandırılması gereken soru, demokratik olmayan partilerle demokrasinin gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğidir. Diğer bir deyişle asıl sorunsal, parti içi demokrasinin olmadığı yerde demokrasinin başarılı ve istikrarlı olup olmayacağıdır.

Bazı yazarlara göre, bu iki kavram arasındaki ilişki, bahsedildiği kadar direkt değildir. Zira iç işleyişi demokratik olmayan bir parti, demokrasi için tehlikeli olabilir; ancak, bu demek değildir ki, bu tür partiler, demokrasiye her durumda zararlıdır.³¹ Ancak hemen belirtmeliyiz ki, bu tür partilerin salt var-

27 Dülger, İbrahim, “Zavallı Demokrasi”, 11. 01. 2001, (Çevrimiçi) <http://www.otuken.net>, 15.11.2001.

28 Savcı, Bahri, “Türkiye’nin Şartları Açısından Siyasi Partiler Rejimine Bir Bakış (1)”, AÜSBFD., c. 20, No: 1, 1965, s. 176.

29 Akat, A. Savaş, Sosyal Demokrasi Gündemi, Armoni Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1991, s. 10-11.

30 Tuncay, Suavi, Parti İçi Demokrasi ve Türkiye, Gündoğan Yayınları, Ankara 1996. s. 198.

31 Bu yaklaşımı savunan yazarlardan Schumpeter’e göre, demokrasinin karakteristik özelliği, halkın iradesinin siyasi iradeye yansması değil; halka alternatif programlar sunan partilerin varlığıdır. Aynı şekilde Robert Dahl’e göre de, demokrasi, elit gruplar arasında bir yarış sürecidir. Yayla, Atilla, Siyaset Teorisine Giriş, Siyasi Kitapevi, Ankara 1998, s. 183.

M. Yanık: Siyasi Partilerin Parti İçi Demokrasi Esaslarına Uymaması

lığı, demokrasiye zarar vermemiş veya vermeyecek olsalar bile, demokrasinin doğasına terstir. Çünkü demokrasi, çeşitli kural ve kurumlara dayanmaktadır ve bunlardan biri de parti içi demokrasidir.³²

Siyasi Partiler için parti içi demokrasinin uyulması zorunlu olan bir hukuksal ilke olduğunu böylece belirledikten sonra, bu bölümde acaba bu ilkeye aykırılık bir partinin kapatılmasına yol açar mı sorusunu cevaplandırmaya çalışacağız.

D. Türk Hukukunda Siyasi Partilerin Kapatılması

Türk Hukuku'nda siyasi partilerin tüzel kişiliğinin sona erme hallerinden biri de, partinin AYM'ce kapatılmasıdır. Demokratik toplumlarda siyasi partilerin kapatılması istisnai bir önlem olarak kabul edilmesine rağmen,³³ AYM, kuruluşundan günümüze kadar yaklaşık 25 partiye yönelik kapatma kararı ile demokratik ülkelerde rekor düzeyde siyasi parti kapatan yüksek mahkeme olduğunu ispatlamış bulunmaktadır.³⁴

Bir partinin nasıl kapatılacağı, Anayasa'da (m.69/4) düzenlenmektedir. Buna göre; siyasi partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın açacağı dava üzerine, AYM'ce kesin olarak karara bağlanır. Bu karar verilirken aşağıdaki nedenlere dayanması gerekir.

a. Parti Kapatma Nedenleri

SPK, parti yasaklarını ve kapatma nedenlerini düzenleyen 1982 Anayasası'nın 68. ve 69. maddelerine yenilerini eklemekteydi. Ancak, gerek 12 Ağustos 1999 tarih ve 4445 sayılı Kanun, gerekse 2.1.2003 tarih ve 4778 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle ve yeni gelişmelerle artık parti kapatma nedenlerinin Anayasa'da belirtilenlerle sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir. Sonuç olarak denebilir ki, tüm bu değişikliklerle ve yeni içtihatlarla artık parti kapatma açısından SPK'nın 4. kısmında yer alan yasakların değil, sadece Anayasa'da öngörülen yasakların geçerli olduğu açıktır. Ancak, SPK'nın 4. kısmında yer alan ve yapılan anayasa değişiklikleriyle çoğu Anayasa'ya aykırı hâle gelen 78 ve 97. maddeler arasındaki bu yasaklar zincirine, bugüne kadar birkaç istisna dışında dokunulmamıştır.

Ayrıca, parti içi demokrasiyi emredici nitelikte düzenleyen SPK'nın "Siyasi

32 Özcan-Yanık, s. 216.

33 Bu, Venedik Komisyonu'nun kabul ettiği ilkelerde özellikle vurgulanmaktadır. Bkz., [http://venice.coe.int/docs/2001/CDL-PP\(2001\)001-e.html](http://venice.coe.int/docs/2001/CDL-PP(2001)001-e.html).

34 Yüzbaşıoğlu, Necmi/Tanör, Bülent, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, s. 189.

Partilerle İlgili Yasaklar" başlıklı 4. kısmındaki bu yasaklara aykırılık nedeniyle, SPK'nın 104. maddesi doğrultusunda, partilere Yargıtay Başsavcılığı'nın başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi'nce ihtar verilebilir. Nitekim, Ak Parti'nin 2005 yılında yaptığı bazı tüzük değişiklikleri, Yargıtay Başsavcılığı'na SPK'ya aykırılık nedeniyle ihtar istemine konu edilmiş ve AYM, 4 muhalif oya karşı oy çokluğu ile AK Parti'ye ihtar verilmesi talebini reddetmiştir.³⁵

Diğer yandan, Yargıtay Başsavcılığı'na 1983 yılında, Bizim Parti hakkında, bazı tüzük hükümlerinin demokrasi esaslarına (SPK m. 93) aykırı olduğu gerekçesiyle kapatma davası³⁶ açılmıştır. Bu davada Başsavcılık Bizim Parti'nin Tüzüğü'nün 56/n., 58/g., 65. ve 66. maddelerinin 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 93. maddesine aykırı olması nedeniyle kapatılması gerektiğini iddia etmiştir. AYM, Bizim Parti'nin Tüzüğü'nün 56. maddesinin (n) bendinin ikinci fıkrasında yer alan, *"partinin bütün temel teşkilatının iller ve merkez teşkilatı ile birlikte disiplin kurullarının parti tüzüğü ve yönetmeliği hükümlerine uygun hareket etmek zorunda oldukları belirtildikten sonra bunlara aykırı kararlar alındığı takdirde merkez karar ve yönetim kurulunun, büyük kongreye karşı sorumluluğu üzerine alarak, bu kararları uygulamama yetkisine sahip olduğu; ancak disiplin kurulukararı ile ilgili kararları, üçte iki çoğunlukla alması gerektiği"* şeklindeki hükümlerin, Siyasi Partiler Kanunu'nun 58. maddesinde yer alan disiplin kurullarınca verilen cezaların af edilebileceği kuralı gereğince, demokrasi ilkesine oy çokluğuyla aykırı bulmamıştır.³⁷

Yine aynı kararda AYM, bu partinin tüzüğü'nün 58. maddesinde yer alan *"disiplin kurullarınca verilmiş olan kararları kesinleşme tarihinden itibaren iki ay içinde tasvip etmediği takdirde uygulanmaz"* hükmünü ve tüzüğü'nün 65. ve 66. maddelerinde merkez disiplin kurulu ile müşterek disiplin kurulu kararlarına karşı yapılacak itirazın mercii olarak merkez karar ve yönetim kurulunun belirlenmiş olmasını, aynı gerekçeyle demokrasi ilkesine oy çokluğuyla aykırı bulmamıştır.³⁸

Sonuç olarak AYM bu davada, bazı iddialar açısından Bizim Partinin kapanma kararı almış olması ve Kanunun 108. maddesinde düzenlenen hükmün ancak kapatma davalarında uygulanma kabiliyeti bulunduğu gerekçeyle karar vermeye yer olmadığına; SPK'nın 93. maddesi açısından ise, dava konusu Bizim Parti'nin Tüzüğü'nün 56/n., 58/g., 65. ve 66. maddelerinin hükümlerinin 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 93. maddesinde yer alan

35 SPK m. 93'e aykırılık nedeniyle ihtar isteminin reddine ilişkin örnek bu karar için bkz: AMK(Siyasî Parti-İhtar), E: 2005/3, K: 2011/1, Kt: 12.10.2011, R.G.: 17.10.2012-28444. Burada belirtmem gerekir ki, Alifeyyaz Paksüt, Fulya Kantarcıoğlu, Mehmet Erten ve Fettah Oto tarafından yazılan, karşıoy gerekçelerinin bir kısmına katılmamak mümkün değildir.

36 Daha geniş bilgi için Bkz: AMK.(SPK), E.: 1983/3, K.: 1983/3, Kt.: 1.11.1983.

37 AMK.(SPK), E.: 1983/3, K.: 1983/3, Kt.: 1.11.1983.

38 AMK.(SPK), E.: 1983/3, K.: 1983/3, Kt.: 1.11.1983.

M. Yanık: Siyasi Partilerin Parti İçi Demokrasi Esaslarına Uymaması

“Demokrasi Esasları”na aykırı olmadığına ve bu maddeler nedeniyle açılan kapatma davasının reddine karar vermiştir.³⁹

Ancak, bu çoğunluk kararına karşı 2 üye, yazdıkları karşıoy yazısında, Bizim Parti’ye Tüzüğü’nün dava konusu maddeleri nedeniyle, SPK’nın 104. maddesi doğrultusunda, ihtar cezası verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.⁴⁰

Başta da belirttiğimiz gibi günümüzde hukuksal değişiklikler ve yargısal içtihatlar nedeniyle, parti kapatma nedenleri Anayasa’da sayılanla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla yukarıdaki örnekte olduğu gibi salt SPK 93’e aykırılık nedeniyle bir parti hakkında kapatma davası açılmaz.

Bu gelişmeyle uyumlu olan, SPK’nın 101. maddesinde belirtildiği gibi, “Anayasa Mahkemesi’nce bir siyasi parti hakkında kapatma kararı ancak;

a) Bir siyasi partinin tüzük ve programının Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı olması, sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlaması, suç işlenmesini teşvik etmesi,

b) Bir siyasi partinin, Anayasa’nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin işlendiği odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespiti,

c) Bir siyasi partinin, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alması, hallerinde verilir.

Ancak, yine aynı maddeye göre Anayasa Mahkemesi, (a) ve (b) hallerinde temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin almakta olduğu son yıllık devlet yardımı miktarından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına, yardımın tamamı ödenmişse aynı miktarın Hazine’ye iadesine karar verebilir.

Yani, yabancılardan yardım alınması hâlinde mutlaka kapatma yaptırımı uygulanmak zorundayken, diğer iki halde kapatma yaptırımına veya diğer bir yaptırıma karar vermek Anayasa Mahkemesi’nin yetkisindedir.

Bu düzenlemelere göre, bir siyasi partinin tüzük ve programının açıkca demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı olması, sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlaması hâlinde kapatma yaptırımı uygulanabilir. Yani salt bir partinin tüzük ve programının açıkca parti içi demokrasiye aykırı olması hâlinde veya sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savun-

39 AMK.(SPK), E.: 1983/3, K.: 1983/3, Kt.: 1.11.1983.

40 AMK.(SPK), E.: 1983/3, K.: 1983/3, Kt.: 1.11.1983.

mayı ve yerleştirmeyi amaçlaması hâlinde o parti Anayasa Mahkemesi'nce kapatılabilir.

Görüldüğü gibi buradaki kapatma nedeni, tamamen teorik olarak bir siyasi partinin tüzük ve programının Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen ilkelere aykırılığını içermektedir. Yani herhangi bir eyleme, işleme veya uygulamaya gerek olmaksızın salt teorik bir aykırılık partilerin kapatılmalarına neden olabilmektedir.

Ancak, parti içi demokrasi açısından partilere kapatma yaptırımının uygulanması ihtimali, özellikle bir siyasi partinin, Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin işlendiği odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesi'nce tespiti hâlinde daha gerçekçi bir ihtimaldir.

Anayasamıza göre, odak olma durumunun gerçekleşebilmesi için; Anayasa'nın 68. maddesinin 4. fıkrasında sayılan nitelikteki fiiller, parti üyelerince yoğun bir şekilde işlenmeli ve bu durum, o partinin Büyük Kongre, Genel Başkan, Merkez karar ve Yönetim Organları, TBMM Grup Genel Kurulu, TBMM Grup Yönetim Kurullarınca zımnen veya açıkça benimsenmiş olmalı veya bu fiiller, doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılıkla benimsenmiş olmalıdır.

Bu tanımdan yola çıkarak odak olma kavramı için ölçüt olarak 4 koşul aranmalıdır. Bunlar, *eylemin niteliği, yoğunluk, benimseme ve kararlılık* koşullarıdır.⁴¹ Yani belirli nitelikteki fiiller, belli bir yoğunlukta ve kararlılıkla işlenmeli ve bunlar parti yetkililerince benimsenmelidir.

Burada, "yoğunluk"tan söz edilebilmesi için, her şeyden önce partinin farklı üyeleri tarafından değişik zamanlarda çok sayıda belirli nitelikteki aykırı fiilin işlenmiş olması gereklidir. Bu duruma göre, kimi parti üyelerinin tekil eylemlerine bakarak bir partinin anayasal ve yasal anlamda yasak eylemlerin odağı haline gelmiş olduğu ileri sürülemez. Yoğunlaşma kavramı, yasak fiillerin muhtelif parti üyeleri tarafından düzenli ve sürekli olarak işlenmiş olmasını da gerektirir. Parti üyelerinin ara sıra meydana gelen ve düzenlilik göstermeyen, bireysel ve keyfi eylemlerine dayanılarak o partinin bu nitelikteki fiillerin odağı haline geldiğine karar verilemez.⁴²

Diğer yandan AYM'nin bu yoğunluğun oluşumunu saptamada takdir yetkisi vardır. Mahkeme, Refah Partisi'nin kapatılma davasında, "çok hukukluluk sisteminin savunulması", "geçiş sürecinin kanlı mı kansız mı olacağı" sözü, "türbanı teşvik", "şeyhlerin başbakanlığa daveti", "şeriatın savunulması", "laikliğe aykırı gösterilerin desteklenmesi" gibi eylemleri odak olmanın ger-

41 Özcan-Yanık, s. 149.

42 Özcan-Yanık, s. 150.

M. Yanık: Siyasi Partilerin Parti İçi Demokrasi Esaslarına Uymaması

çekleşmiş sayılması için yeterli görürken; Fazilet Partisi davasında, “başörtüsünün serbest bırakılmasına ilişkin milletvekillerinin çeşitli yerlerde yaptıkları konuşmalar”, “bu yasaktan etkilenenlere verilen destekler”, “bu desteği belirten Meclis içi bir konuşmanın ayakta alkışlanması” yeterli görülmüştür. HADEP kararında ise üyelerin 188 eylemi, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine aykırı eylemlerin odağı haline gelme için yeterli görülmüştür.⁴³

AYM AK Parti kararında “*bu nedenle, Anayasa’nın 69. maddesi uyarınca tüzük ve programlarındaki söylemleri ya da eylemlerinin, ancak Anayasa’nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında korunan ilkelere temel esasları itibarıyla aykırı olması, bu ilkeleri ortadan kaldırmayı amaçlaması ve bu nitelikleriyle demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturmada durumunda siyasi partilerin kapatılmasına elverişli ağırlıkta olduğu kabul edilebilir*”⁴⁴ diyerek, yoğunluk ölçüsünü açıklığa kavuşturmaya çalışmıştır.

Yukarıdaki örneklerden anlaşılan, AYM, eylemlerin yoğunluğunun nitelik ve niceliği konusunda kesin bir görüşe sahip değildir. Bu noktada her bir siyasi parti davasında özgün bir değerlendirme yoluna gitmeyi tercih etmiştir.⁴⁵

Birden çok sayıda partinin yasak eylemleri yoğun bir şekilde işlemiş olmaları, onlar hakkında birtakım müeyyidelerin uygulanmasını gerektirebilirse de; bu eylemler, *parti organlarıncı benimsenmediği* sürece partinin o eylemlerin odağı haline geldiğinden söz edilemez. Ayrıca, dikkat edilmesi gereken bir nokta da, sadece *isim belirtilen parti organlarının* bu eylemleri “benimsemesi” veya onaylamasının partiyi ilzam edecek olmasıdır. Yani, partinin bu organlar dışındaki merci, makam ve kurulları ile varsa yan örgütlerinin tutumu, odak olma hâli açısından nazara alınmayacaktır.⁴⁶

Anılan parti organları, üyelerinin söz konusu yasak fiillerini onayladığını, tasvip ettiğini, beğendiğini, takdir ettiğini vs. alenen ve sözlü olarak ifade etmek suretiyle onları doğrudan doğruya benimseyebilir. Ayrıca, Kanun, bu

43 Özcan-Yanık, s. 151.

44 AYM bu kararında Ak Parti’nin demokratik ve laik Cumhuriyet ilkesine aykırı eylemlerin odağı olduğuna karar vermiş; ancak bu eylemlerin yaptırımını kapatma olarak değil, devlet yardımından yoksun bırakma olarak belirlemiştir. Bu karara muhalif olan Haşim Kılıç ise karşıoy yazısında düşüncesinin gerekçesini şöyle açıklamıştır: “*Davalı siyasi partinin iktidar olduğu süreç içindeki tüm çalışmaları ve etkinlikleri birlikte değerlendirildiğinde, demokratik düzeni reddeden bir amacına ulaşamadığı gibi eylemlerinin şiddet ya da şiddete çağırıcı içermemesi nedeniyle laikliğe aykırı fiillerin odağı olduğundan sözedilemez. Bu nedenle, ne kapatılma ne de Devlet yardımından mahrum bırakılma düşüncelerine katılmadım.*” AMK.(SPK), E. 2008/1, K. 2008/2, Kt. 30.7.2008.

45 Özcan-Yanık, s. 151.

46 Özcan-Yanık, s. 151.

gibi eylemlerin “zımnen” de benimsenebileceğini belirtmiştir. Bu durumda, parti üyelerinin eylemlerine ilaveten partinin anılan organlarının bir tutum veya davranışı söz konusudur. Buna göre, parti organları, parti üyelerinin yasak eylemlerini onayladığını açıkça belirtmese bile, söz konusu kişilere işledikleri yasak fiillerde önceden veya sonradan *destek vererek* veya onları *savunarak* da, onların tutumunu açıkça benimseyebilir.⁴⁷

Belirtelim ki, partinin eylemi benimsemiş sayılabilmesi için, öncelikle eylemden haberdar olması ve eylemi değerlendirebilmesi için makul sürenin geçmesi gereklidir. Makul süre geçmeden eylemin kabul edildiği sonucu çıkarılarak dava açılması doğru olmadığı gibi; partinin de dava açılacağı anlaşıldıktan sonra, açılacak davayı sonuçsuz bırakmaya yönelik davranışları da dikkate alınmayacaktır. Bir parti, demokratik siyasi düzene bağlı ise, üyelerinin Anayasa'ya aykırı eylemlerine kayıtsız kalmaması gerekir. Bu durum üyenin sözlerinin partiyi bağlamadığının açıklanması, hatta üyenin ihracı yollarıyla kendini gösterebilir. Siyasi partilerin mensuplarının eylemlerine tepki göstermeyip hareketsiz kalması, bu eylemleri benimsedikleri şeklinde yorumlanacaktır.⁴⁸

Kararlılık unsuru için üye eylemlerinde belirli bir yoğunluk aranmakta ise, parti organlarının eylemlerinde de kararlılığın oluşmuş sayılabilmesi için, eylemlerde tekrar olması gereklidir. Kısaca, parti organlarının, eylemleriyle 68. maddenin 4. fıkrasındaki hukuksal değerleri ortadan kaldırma amacını gütmesi hali, burada temel ölçüt olarak anlaşılmalıdır. Buna karşılık, eleştiri ve tepkiler karşısında geri çekilen, tevîl yoluna sapan, kendini mazur göstermeye çalışan bir iradenin “kararlı” olduğundan söz edilemez.⁴⁹

b. Siyasi Partilerin Parti İçi Demokrasi Esaslarına Aykırı Eylemlerin Odağı Olması Nedeniyle Kapatılması İhtimali

Burada şu soruyu sormalıyız; Acaba, Anayasa Mahkemesi bir partinin, parti içi demokrasiye aykırı eylemlerin işlendiği bir odak olduğunu tespit edip, kapatma kararı verebilir mi? Verebilirse, AYM hangi hallerde ve şartlarda bir partinin bu durumda olduğuna ve dolayısıyla kapatılabileceğine karar verebilecektir. Elbette yukarıda belirttiğimiz gibi, AYM bir partinin odak olduğunu tespit etse bile, kapatma yaptırımını uygulamak yerine başka bir yaptırımın uygulanmasına da karar verebilir.

Anayasamıza göre, böyle bir ihtimalde kapatmaya ancak bir partinin demokratik cumhuriyet ilkesine aykırı eylemlerin odağı olması veya bir partinin

47 Özcan-Yanık, s. 152.

48 Özcan-Yanık, s. 152.

49 Özcan-Yanık, s. 153.

M. Yanık: Siyasi Partilerin Parti İçi Demokrasi Esaslarına Uymaması

sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayan eylemlerin odağı olması hâlinde kapatma yaptırımını uygulanma olasılığı vardır.

O halde burada şu soruyu sormalıyız: Bir partinin parti içi demokrasiye aykırı eylemlerin odağı olması, Anayasamıza göre o partinin demokratik cumhuriyete aykırı eylemlerin odağı olduğu anlamına gelir mi? Bu soruya olumlu cevap vermek kolay değildir. Zira bunun ölçüsünü, bilimsel ve objektif olarak ortaya koymak pek mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre Anayasa'da öngörülen demokrasinin klasik ve çağdaş batı demokrasisi biçiminde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu nedenle demokrasinin kavramsal ve kurumsal niteliği, Anayasa'nın tüm somut kurallarının bütünsel yorumu ve bu bütünlüğün demokratik anayasacılık tarihi içinde özgülendiği amaç ve felsefe ışığında yorumlanarak anlaşılması gerekir.⁵⁰

Bu bağlamda AYM'ye göre: *“demokraside azınlığın çoğunluğun kararlarına saygı göstermesi, çoğunluğun da azınlıkların hak ve özgürlüklerini korumayı kabullenmesi zorunludur. Demokratik kararlar, arkasında belirli bir çoğunluğun bulunduğu kararlar olmakla birlikte, modern demokrasilerde karar öncesi süreçte egemen olan ilke çoğulcu katılım ilkesidir. Çoğunluğun karar yetkisinin demokrasi ilkesine uygunluğu, her türlü baskı ve yönlendirmeden bağımsız parlamento çalışmaları, özgür bir kamuoyu, iletişimsel ve kolektif özgürlüklerin etkin ve özgür biçimde kullanılabilmesiyle sağlanır. Bu nedenle demokrasi, Anayasada soyut bir ilkeden çok, siyasal sistemin ana yapısı olarak belirlenmiş, kurumsal yapıları, yetki paylaşımı ve sorumluluk sistemi buna göre düzenlenmiş bulunmaktadır. Temsili parlamenter demokrasinin temel özelliği, parlamentonun toplumdaki siyasal eğilimleri yansıtabilmesi, karar sürecinin kamuya açık özgür müzakerelerde belirlenmesi ve siyasal ve hukuksal hesap verilebilirlik ilkelerinin mevcut olmasıdır”*.⁵¹

Diğer yandan yukarıda da belirttiğimiz gibi, Anayasamıza ve ilgili yasalara göre parti içi demokrasi, partiler için bir fantezi değil; uymak zorunda oldukları hukuksal ve demokratik bir gerekliliktir. Bu gerekliliğin içeriği SPK'nın 93. ve diğer maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. Örneğin, SPK'nın *“parti içi çalışmaların demokrasi esaslarına uygun olma zorunluluğu”* başlığını taşıyan 93. maddesi, *“siyasi partilerin parti içi çalışmaları, parti yönetimi, denetimi, parti organları için yapılacak seçimler ile parti genel başkanlığınca, genel merkez organlarınca ve parti gruplarınca alınan kararları ve yapılan eylem ve işlemleri, parti tüzüğüne, parti üyeleri arasındaki eşitlik ilkesine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz”* demektedir.

50 AMK.(SPK), E. 2008/1, K. 2008/2, Kt. 30.7.2008.

51 AMK.(SPK), E. 2008/1, K. 2008/2, Kt. 30.7.2008.

Haşim Kılıç'a Armağan

Dolayısıyla, Anayasamızın öngördüğü demokratik cumhuriyet ilkesinin gerekliliklerinden biri de parti içi demokrasidir denebilir ve nitekim bunun bazı gerekleri yasalarımızda belirlenmiştir. Bu nedenle, parti içi demokrasinin mevzuatımızdaki yasal gereklerine uymayan eylemlerde bulunan partilerin, Anayasamızın belirlediği demokratik cumhuriyet ilkesine aykırı eylemlerde bulundukları söylenebilir.

Örneğin partilerin her türlü kamusal görevler için adaylarını belirlerken sürekli olarak SPK'nın öngördüğü demokratik aday belirleme yöntemlerine göre değil, anti-demokratik aday belirleme yöntemlerine göre adaylarını belirlemeleri, parti içi demokrasiye açıkça aykırılık teşkil eder. SPK'da yapılan değişiklikle en demokratik aday belirleme yöntemi olan "önseçim" zorunlu ve tek aday belirleme yöntemi olmaktan çıkarılmıştır. Ancak, mevcut siyasi partilerimiz uygulamalarında genellikle SPK'nın öngördüğü diğer yasal aday belirleme yöntemlerine de bazen uymadıkları ve adayların parti yönetimlerince keyfi olarak belirlendikleri gözlemlenmektedir. Ancak salt böyle bir yasağa aykırılık nedeniyle, partinin odak olduğu söylenemeyeceği için, bu gerekçeyle bir siyasi parti kapatılamaz.

Buna karşılık parti içi demokrasinin gereklerine aykırı nitelikteki eylemlerin parti üyelerince belirli bir yoğunlukla ve kararlılıkla işlenmesi ve bu eylemlerin Anayasa'da belirlenen parti yetkililerince benimsenmesi veya onaylanması hâlinde AYM'nin, o partinin demokratik cumhuriyet ilkesine aykırı eylemlerin odağı olduğuna ve dolayısıyla kapatılmasına karar verebileceği iddia edilebilir.

Ancak, burada hukuk devletinin en önemli unsurlarından olan "hukuk güvenliği"ne uygun olarak partilerin hangi eylemlerin hukuka aykırı olduğunu bilmeleri gerekir. Dolayısıyla mevzuatımızda parti içi demokrasinin yasal gereklilikleri olarak düzenlenmiş hususlara partilerin eylemsel olarak uymaması, Anayasa madde 68/4'e aykırı bir eylem olarak odak kavramının içine girebilir.

Buna karşılık mevzuatımızda parti içi demokrasinin bir gereği olarak pozitif düzenlemelere konu olmamış hususların, Anayasa madde 68/4'e aykırı bir eylem olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Elbette parti içi demokrasinin tüm gerekleri mevzuatımızda düzenlenmiş değildir. Bu şekilde yasal gereklilik haline getirilmemiş hususlara partilerin riayet etmesini beklemek ve riayetsizlikleri durumunda onları cezalandırmak hukuk devleti ile bağdaşır bir durum değildir.

Aksi bir durumda, AYM'nin bir partinin kapatılmasına karar vermemesi gerekiyor. Zira böyle bir karar, ancak çok zorlama bir yoruma dayalı olarak verilebileceği gibi, çağdaş demokratik hukuk devletlerinde parti içi demokrasinin

M. Yanık: Siyasi Partilerin Parti İçi Demokrasi Esaslarına Uymaması

hukuksal zorlamalarla yaşama geçirilebileceği inancı büyük bir yanılsamadır.

Diğer yandan bir partinin kapatılmasına ancak tartışmasız bir kesinlikte odak olduğu kanaatine varıldığında karar verilebilir. Bilinen bir gerçektir ki, “demokratik cumhuriyetin gerekleri nelerdir?” sorusunun herkesçe kabul edilen bir cevabını vermek mümkün olmadığı için, buna karşı eylemlerden dolayı bir partinin odak olduğunu söylemek kolay değildir.

SONUÇ

Siyasi partilerin parti içi demokrasiye açıkça aykırı eylemlerin odağı olması nedeniyle kapatılabilmesi, bir anlamda siyasi partilerin hukuksal nitelendirilmeleriyle ilgili bir konudur. Eğer siyasi partileri tamamen bir özel hukuk tüzel kişisi kabul edersek; bu durumda partilerin içişlerine karışmamız ve müdahale etmemiz söz konusu olamayacaktır. Bunun tam tersi eğer siyasi partileri bir kamu hukuku tüzel kişisi kabul edersek; bu durumda partilerin içişlerine karışmamız, müdahale etmemiz ve hatta bazı bağlayıcı düzenlemeler yapmamız mümkün olacaktır. Belki daha da ötesi böyle bir müdahalede bulunmak, bazı hallerde kamusal bir görev ve gereklilik olarak değerlendirilebilecektir.

Diğer yandan eğer siyasi partileri nevi şahsına münhasır “sui generis” kurumlar olarak nitelendirirsek; bu durumda ise ancak kamusal gereklilik ve zorunluluk hâlinde partilerin içişlerine karışabilmemiz mümkün olacaktır. Siyasi partilerin en doğru nitelendirmesi bu yaklaşımdır. Bu nedenle siyasi partilerin içişlerine ancak kamusal gereklilik ve zorunluluk hâlinde ancak sınırlı müdahale edilebilmelidir. Özellikle parti içi demokrasi gibi, salt siyasi partilerin kendisini değil, aynı zamanda tüm demokratik yaşamı ve ülkeyi etkileyen bazı konularda kamusal-demokratik gereklilik nedeniyle partilerin bazı içişleri hukukun düzenleme alanı yapılmıştır.

Bu doğrultuda Anayasamız ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’na baktığımızda parti içi demokrasinin ayrıntılı düzenlemelere konu olduğu ve buna aykırı eylemlerin yaptırıma tabi tutulmak istendiği görülür. Bu bağlamda yukarıda belirttiğimiz gibi ülkemizde bir siyasi partinin, parti içi demokrasiye aykırı eylemlerin odağı olması nedeniyle, kapatılma veya başka bir yaptırıma tabi tutulabileceği iddia edilebilir. Ancak söz konusu bu yaptırımın özellikle parti kapatma şeklinde olup olamayacağı veya bu tür sorunların salt ağır yaptırımlarla düzeleceğini ummak, üzerinde titizlikle düşünülmesi gereken bir konudur.

Diğer yandan parti içi demokrasiyi gerçekleştirmek üzere yapılacak hukuksal düzenlemeler ve müdahalelerin temel amacı, tek tip bir parti düzeni oluşturmaya değil, demokratik bir parti iç yapısı oluşturmaya yönelik olmalıdır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, salt hukuksal düzenlemelerin varlığı veya yargısal yaptırımlar, parti içi demokrasiyi gerçekleştirecek değildir. Parti içi demokrasi, demokrasinin tüm kurum ve kurallarının toplumun bütün kesimlerinde benimsenip içselleştirilmesiyle uygulamaya konulabilecektir. Bununla beraber, hukuksal düzenlemeler, parti içi demokrasinin yaşama geçirilmesinin en önemli ön şartıdır. Dolayısıyla parti içi demokrasinin varlığı, yokluğu ya da eksikliği sorunu, salt hukuksal bir sorun olmaktan çok, siyasi kültür ve zihniyetle ilgili bir sorun şeklinde belirmektedir. Bunun dışında bir çok hukuk dışı unsur, bu sorunun ortaya çıkmasında rol oynamaktadır. Bu nedenle parti içi demokrasinin yaşama geçmesinde salt hukuksal etmenleri dikkate almak doğru olmadığı gibi, salt hukuk eliyle tılsımlı sonuçlara ulaşılabileceğini sanmak da yanlış olur.⁵²

Bu açıdan ülkemizdeki partilerin eylem ve işlemlerini dikkate aldığımızda, bir çok partinin parti içi demokrasi eksikliği nedeniyle, yaptırım tehlikesiyle karşı karşıya olduğu söylenebilir. Zira, partilerimizin parti içi demokrasinin asgari gerekliliklerine bile riayet etmediği tüm kamuoyunun malumudur. Öyle ki, demokrasimiz nisbi olarak ilerlerken parti içi demokrasi açısından partilerimizin geri gittiği rahatlıkla söylenebilir.

Parti içinde diktatörlüğün veya oligarşinin hakim olduğu bir partinin, ister iktidarda isterse muhalefette olsun, ülke genelinde demokrasiyi yaşama geçireceği ve uygulayacağına inanmak güçtür. Bu şekilde eylemsel olarak demokrasiyi kendi içinde tamamen ortadan kaldıran partilerin demokrasi için tehdit oluşturduğu ve yaptırıma tabi tutulmalarının demokratik bir gereklilik olduğu söylenebilir.

Ancak, Türk Hukuku açısından söz konusu yaptırımın, yukarıda da belirttiğimiz gibi kapatma cezası olması çok zor bir ihtimaldir. Zira, parti içi demokrasinin demokratik cumhuriyetin zorunlu bir gereği olduğunu kabul etsek bile, AYM'nin bu durumda kapatmaya karar verebilmesi için, parti içi demokrasinin hukuksal düzenlemelere konu olmuş gereklerine aykırılıkları tespit etmiş olması gerekir. Bunun dışında hukuksal düzenlemelere konu olmamış parti içi demokrasiye aykırılıklar nedeniyle bir partinin kapatılmasına karar vermek mümkün değildir.

Diğer yandan, kapatma yaptırımı, partiler için çok ağır bir ceza olması nedeniyle ancak istisnai bazı hallerde, kesin bir kanaate varıldığında başvurulması gereken son çare olmalıdır. Bununla beraber partilere, parti içi demokrasinin yasal gerekliliklerine riayet etmedikleri için, AYM tarafından kapatma dışında bazı yaptırımlar uygulanabilir.

Elbette tüm bu hususlardaki belirlemeleri yapacak ve bir yaptırımın uygu-

52 Özcan-Yanık, s. 277.

M. Yanık: Siyasi Partilerin Parti İçi Demokrasi Esaslarına Uymaması

lanıp uygulanmamasına karar verecek olan ülkemizdeki yetkili tek hukuk otoritesi AYM'dir. Ümit ederiz ki, demokratik hukuk devleti olan ülkemizde hiçbir partimiz parti içi demokrasiye aykırı eylemleri nedeniyle herhangi bir yaptırımla karşılaşmaz. Ancak, siyasi partilerimizin de, parti içi demokrasiye aykırı eylemleri nedeniyle AYM'nin bir ihtarı veya başka bir yaptırımıyla karşılaşmadan, iç işleyişlerini daha demokratik bir hâle getirmelerinde yarar vardır. Aksi halde, kapatma cezası almasalar da, başka bazı hukuksal yaptırımlarla karşılaşabilirler. Zira, yakın hukuk tarihimizdeki bazı Yargıtay Başsavcılarının demokratik hukuk devletine ve Anayasa'ya aykırı uygulamaları unutulmamalıdır.

Yeni bir anayasayla demokratik kazanımlar ve ilerlemeler kurumsallaştırılmazsa, bu tür tehlikeler her zaman ortaya çıkabilir.⁵³ Zira partiler hukukundaki halihazır ilerlemelerin çoğu, AYM'nin yargısal içtihatlarıyla sağlanmıştır. Bu nedenle bir an önce demokratik hukuk devletinin ve demokratik siyasi yaşamın anayasal kurumsallaşmasının yaşama geçirilmesi gerekir.

Ümit ederiz ki, bütün partilerimiz hızlıca kendilerine çekidüzen verirler ve hiçbir parti, parti içi demokrasiye aykırılık nedeniyle herhangi bir yaptırımla karşılaşmaz. Ancak partilerimizin bu tehlikeye karşı yapacakları en öncelikli ve önemli bir iş; bütün partilerimizin partisel korku ve menfaatlerini bir kenara bırakıp, demokratik hukuk devletini kurumsallaştıracak sivil, olağan, demokratik yeni Anayasa'yı yaşama geçirmektir.

53 Bunun bir örneği için Bkz.: dipnot 9.

Akif YILDIRIM
(*Anayasa Mahkemesi Raportörü*)

“HAKLARIN YETİMİ: AKLANMA HAKKI”

YARGI KARARLARI VE MEVZUATTAKİ DURUM AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZET

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıyla esastan verilen kararlar, kişinin toplum önünde temize çıkmasını sağladığından, şeref ve itibarı suç ithamıyla örselenen sanık için psikolojik rahatlık sunmaktadır. Anayasa’nın 17. maddesine göre, şeref ve itibar devletin korumakla mükellef olduğu bir değer olduğundan, bununla ilgili gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü vardır. Devlet için kişiyi suçla itham etmesi ne ölçüde bir hak ise, suçlananın bu ithamdan kurtulmayı istemesi, o ölçüde önemli bir talep olarak değerlendirilmelidir.

Sanığın, ceza muhakemesinde davayı düşüren veya davanın yürütmesine engel olan durumlar karşısında, esastan verilecek bir kararla üzerindeki suç şüphesinin kaldırılmasını diğer bir deyişle aklanmayı isteme hakkının izleri, mevzuatta ve yargı kararlarında aranmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hüküm, Aklanma Hakkı, Beraat Hükümü, Temize Çıkma, Mahkemeye Erişim Hakkı.

GİRİŞ

Ceza muhakemesindeki davayı düşüren veya davanın yürütmesine engel olan durumlar karşısında, sanığın, esastan verilecek bir kararla üzerindeki suç şüphesinin kaldırılmasını diğer bir deyişle aklanmayı isteme hakkının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Genel af, yasama dokunulmazlığı ve dava zamanaşımı yönünden şüphelinin/sanığın bunları reddetme hakkı bulunmaktadır. Şikâyetin geri alınması ve hükmün açıklanmasının ertelenmesi ise sanığın kabulüne bağlanarak sanığa, mağdurun atıfetine gerek olmaksızın aklanma imkânı tanınmıştır.

Aklanma hakkına gerek akademik dünyada gerekse de uygulamada teveccüh gösterilmemiş, deyiş yerinde ise bu hak yetim bırakılmıştır. Tespit edemediğimiz kadarıyla bu konuda ülkemizde yazılmış bir adet makale bulunması

ve ceza muhakemesi hukuku kitaplarında bu hakka yer verilmemesi bunun en önemli göstergeleridir. Anayasa/kanun koyucunun ilgisizliği ise bu konudaki başka bir eleştiri noktasıdır. Dolayısıyla, konunun kavramsallaştırılmasının zorluğu ortadadır.

Çalışmada, aklanma hakkı hakkında bilgiler verildikten sonra adil yargılanma hakkı ilişkisi ortaya konulacak, Türk yargı kararları ve mevzuattaki durum değerlendirilecektir. Ayrıca konuyla ilgili olarak, öğreti ve uygulamadaki görüş farklılıklarına beraber değinip bir sonuca varmaya çalışılacak ve olması gereken hukuk açısından bir takım önerilerde bulunulacaktır.

I. BERAAT ETME (AKLANMA) HAKKI

A. Beraat Hükümünün Genel Olarak Değerlendirilmesi

Ceza muhakemesinde amaç, hukuk kuralları içinde, maddi gerçeğin araştırılması ve bulunmasıdır. Maddi gerçeğin araştırılmasının sebebi ise, suçsuz olan sanığın aklanmasına, suçlu olan sanığın ise cezalandırılmasına karar vermeye dönük bir vicdani kanaate ulaşma çabasıdır. Çünkü, suçla itham edilen kişi yönünden aklanma veya mahkûmiyet ancak bir mahkeme kararıyla mümkün olabilir. Ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeğe nasıl ulaşıldığı ise hükümle anlaşılır. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) "*Duruşmanın sona ermesi ve hüküm*" başlıklı 223. maddesinde ise, "*hüküm*"lerin; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararları olduğu belirtilmiştir.

Etimolojik olarak Arapça "*hüküm*"¹ kökünden gelen, sözlükte "*yargı*", "*egemenlik*" ve "*önem, geçerlilik*" "*karar*" anlamlarında² kullanılan hüküm, birbirine karşı olan iki tarafı dinleyerek bir yargıya varmak, bir konuyu zihinde iyice düşünüp inceleyerek karar vermek, akıl süzgecinden geçirmek anlamlarına gelir³. "*Bir dava sonucunda temiz ve ilişiksiz çıkma, aklanma*" anlamında da kullanılmaktadır⁴. Ceza muhakemesinde ise hüküm, muhakemenin sonucunda süreçte ortaya konan ve tartışılan delillerin, akıl ve mantık süzgecinden geçirilerek değerlendirilmesiyle ulaşılan vicdani kanaattir⁵. Bundan dolayı ulaşılan sonucun oluşum sürecine ve sebebine göre hükümler çeşitli şekillerde sınıflandırılmıştır.

1 Wehr Hans, A Dictionary Of Modern Written Arabic, Otto Harrassowitz Verlag, Wiesbaden 1971, s. 196(Nakleden: Kurşun Günal, Ceza Muhakemesinde Hüküm, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011, s. 17.

2 <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim:14/2/2014).

3 Kurşun, s. 1-2.

4 Türk Hukuk Lûgati, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991, s. 34; Şener Esat, Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 93.

5 Kurşun, s. 136.

A. Yıldırım: Hakların Yetimi: Aklanma Hakkı

Hükümlerden bir kısmı (mahkûmiyet ve ceza verilmesine yer olmadığı) uyuşmazlığı esastan çözerken, bir kısmında ise (düşme ve davanın reddi) muhakeme bir yargı ile sona ermekle birlikte, uyuşmazlığın esası çözülmez. Bu hallerde muhakeme, ortada çözülecek bir uyuşmazlık kalmaması nedeniyle sonuçlanır⁶. Beraat hükmü ise, sanık üzerindeki suç şüphesini kaldıran esasa ilişkin kararlardandır.

Gündelik yaşamda *aklanma* anlamına gelen beraat⁷; hukuki anlamda ise, suç isnadı altında bulunan sanığın, yapılan yargılama sonucunda kanunda sayılan nedenlerden dolayı cezalandırılmamasıdır. Değiş yerindeyse beraat, iddia konusu suçla ilişkisiz çıkma ve katışıksız bir aklanmayı ifade eder⁸.

CMK'da belirtilen beraat nedenlerinin bir kısmında sanık tam olarak aklanmakta, diğer bir kısmında ise şüpheden yararlandırılarak hakkında cezaya hükmedilmemektedir. Beraat kararından sonra, sanığın iddia konusu suçu işleyen kişi olmadığı ya da iddia konusu suçu işlemediği tespit edildiğinden, ceza muhakemesinde beraat kararı, uyuşmazlığı temelinden çözen kararlardan biridir⁹. Yüklenen suçun işlenmediğinin sabit bulunması durumunda ise; yüklenen eylemin, başka hiçbir şüpheyi yer bırakmayacak şekilde sanık tarafından işlenmediği kanıtlandığından, sanık açısından verilebilecek en lehe son kararı ifade eder¹⁰.

Tam bir aklanma sağladıklarından beraat kararlarının durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararlarından daha lehe olduğu Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20/10/2009 tarih ve E.2009/11-89, K.2009/243 sayılı kararında da vurgulanmıştır¹¹. Zira bu nev'i kararlarda masum olduğunu düşünen

6 Şahin Cumhur, "Dava Zamanaşımı Sanığın Aklanmasına Engel Olabilir mi?", Adalet Dergisi, Yıl: 2013, Sayı: 45, s. 232.

7 CMK teknik anlamıyla "beraat"ı tanımlamamış ancak hangi hallerde bu kararın verilebileceğini düzenlemiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/2 hükmüne göre beraat kararı;

1. Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,

2. Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,

3. Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,

4. Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,

5. Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması,

6. Hallerinde verilir. Mahkeme beraat hükmünün gerekçesinde, yukarıda belirtilen durumlardan hangisine dayandığını belirtmek zorundadır (CMK md. 230/2)

8 Kurşun, s. 143.

9 Kurşun, s. 150.

10 Kurşun, s. 150-151; Balcı Murat, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, Adalet Yayınları, Ankara 2013, s. 267.

Bu durumun "yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması" durumundan ayrı olarak düzenlenmesinin gereksiz olduğuna dair görüş için bkz. Doğan Koray, "Ceza Muhakemesinde Hüküm", CHD, Yıl: 3, Sayı: 7, Ağustos 2008, s. 179.

11 ".....Diğer yönden, 5271 sayılı CYY'nın 193. maddesinin 2. fıkrası ile 223. maddesinin 9. fıkrasındaki, "derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez" hükümleri arasında da bir bağ kurulmamalıdır. 223.

sanık yönünden aklanma (temize çıkma) sağlanmamaktadır. Bu nedenle derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez (CMK md. 223/9).

B. Beraat Etme (Aklanma) Hakkı

1. Genel Olarak

Beraat Etme (Aklanma) hakkı, ceza muhakemesindeki davayı düşüren veya davanın ilerlemesine engel olan durumlar karşısında, sanığın, üzerindeki suç şüphesinin esastan verilecek bir kararla kaldırılmasını istemesidir.

Bireyin aklanma hakkı olmalı mıdır? Bu hak anayasal bir insan hakkı mıdır?

Öncelikle şu belirlemeyi yapalım: Kamusal makamlara verilen itham görevi devlet yönünden ne ölçüde değerliyse, sanığa, toplum ve kamuoyu önünde bu ithamdan kurtulma ve temize çıkmayı isteme hakkı verilmesi de o ölçüde değer taşımalıdır. İtham edene verilen hakkın karşısında itham edilenin suç şüphesinden kurtulması olanağı sağlanmalıdır. Aklanma ise ancak mahkemece olur, bunun dışında hiçbir kişi ya da kurumun aklamayı kişiyi suç şüphesinden kurtaramaz.

İnsan hakları kavramı, günümüzde herkesçe farklı şekilde içi doldurulmaya çalışılsa da, sözcük anlamı itibarıyla “*kişinin sırf insan olduğu için sahip olduğu hakları*” ifade etmektedir¹². Bu haklar en üstün ahlaki değerleri güvence altına almaktadırlar¹³. İnsanlık tarihi boyunca bilimsel ve felsefi düşüncede gerçekleşen gelişim sonucunda tüm insanların, sırf insan olduklarından dolayı devredilemez bazı haklara sahip oldukları ve bu haklardan herhangi bir ayırmıcılığa maruz kalmadan yararlanmaları gerektiği genelde kabul edilmiştir¹⁴.

Hemen belirtelim ki, kanun önünde aklanmayı istemek Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen savunma hakkının doğal sonucu olduğundan bir in-

maddede belirtilen husus, derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, sanığın en lehinde olan bu hükmün verilmesinin zorunlu olduğunu belirtmekten ibaret olup, buradaki derhal keyfiyeti ile 193. maddenin 2. fıkrasının uygulanma koşulları arasında bir benzerlik bulunmamaktadır. Bu nedenle anılan fıkranın uygulanma koşullarının eylemin ilk bakışta açıkça suç oluşturmadığının saptanması ile sınırlı olduğunun kabulü, fıkradaki düzenlemenin konuluş amacı ile de bağdaşmamaktadır. Fıkroda aranan husus, toplanan kanıtlara göre mahkûmiyet dışında bir hükmün verilmesinden ibarettir.” (YCGK., T. 20/10/2009, E.2009/11-89, K.2009/243, UYAP’tan alınmıştır, metindeki karartmalar tarafımızca yapılmıştır).

12 **Uygun** Oktay, “İnsan Hakları Kuramı” İnsan Hakları, İstanbul 2000, s. 13; **Kılınc**, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı nda Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, Anayasa Yargısı , Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2008, s. 19.

13 **Odyakmaz** Zehra, “1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 18 (2001), s. 367.

14 **Uygun**, s. 13-21; **Kılınc**, s. 19.

A. Yıldırım: Hakların Yetimi: Aklanma Hakkı

san hakkıdır¹⁵. Gerçekten de suçsuz olduğuna inanan bir kimsenin aklanmayı istemesi, şeref ve itibarının yeniden tesisi için bir psikolojik ihtiyaç olduğu gibi kamusal menfaatin de gereğidir¹⁶. Çünkü suçsuz bir insanın mahkûm edilmemesi herkesin menfaatinedir. Adaletle olan inancı arttırır. Dolayısıyla aklanmayı isteyen kişinin bundan mahrum edilmemesi gerekir. Bu hakkın tanınması masumiyet karinesinin de gereğidir¹⁷.

Anayasa'nın 17. maddesi şu şekildedir:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir..."

Anayasa'nın başlangıcının altıncı paragrafında her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, bireyin şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan *"manevi varlık"* kapsamında mütalaa edilmektedir. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibarına keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür¹⁸.

Şeref ve itibar, devletin korumakla mükellef olduğu bir değer olduğundan, bununla ilgili gerekli tedbirleri almak gerekliliği vardır. Anayasa'nın 5. maddesinde devletin amaç ve görevleri arasında, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartların hazırlanulmaya çalışılması da düzenlenmiştir. Bu bağlamda, aklanma hakkının sağlanması sosyal hukuk devletinin gereği olduğu söylenebilir.

Ülkemizde genel af¹⁹, yasama dokunulmazlığı, dava zamanaşımı ve şikâyetin geri alınması durumları için bu hak tartışılmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) affı ve zamanaşımını ret hakkını ön gören bir hüküm yoktur²⁰. TCK'nın 72. maddesine göre; dava ve ceza zamanaşımı re'sen

15 Odyakmaz, s. 367.

16 Keyman Selahattin, Türk Hukukunda Af, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 199, Ankara 1965, s. 50; Odyakmaz, s. 367; Taner Fahri Gökçen, *"Orada Bir Hak Var Uzakta: Sanığın Aklanmayı İsteme (Aklanma) Hakkı"*, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan içinde, Cilt: I, Ankara 2013, s. 618.

17 Keyman, s. 48; Taner, Aklanma, s. 618 (Yazarlar görüşlerini genel affı reddetme hakkına dönük olarak belirtmişlerdir).

18 AYM., B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33; Atıf yapılan tüm AYM kararları Mahkeme'nin www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr, adlı resmi internet sayfasından alınmıştır.

19 Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Odyakmaz, s. 364-377.

20 Bireyin aftan yararlanmayı reddetme hakkının anayasal dayanaklarına dair açıklamalar için bkz. Odyakmaz, s. 365-376.

uygulanır ve bundan şüpheli, sanık ve hükümlü vazgeçemezler. İtalyan Ceza Kanunu'nun 2005 yılında değişen 157/7. maddesine göre, sanık açıkça vazgeçmek kaydıyla dava zamanasımından vazgeçebilir²¹. Yargıtay, dava zamanasımı nedeniyle verilen düşünme kararını temyiz eden sanıkların taleplerini, hukuki menfaat bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir²².

Yasama dokunulmazlığı devletin cezalandırma yetkisini ortadan kaldırma-yıp geçici bir muhakeme engeli teşkil ettiğinden²³, milletvekillerinin belli bir süre de olsa yargılanamamaları aklanma hakları açısından tartışmalı diğer konudur. Ülkemiz açısından sorun teşkil eden bu durum, *Kart/Türkiye* davasıyla uluslararası bir boyut kazanarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) taşınmıştır. AİHM'in bu husustaki değerlendirmesine aşağıda değinilmiştir.

2. Beraat Etme (Aklanma) Hakkı –Adil Yargılanma Hakkı İlişkisi

a. Mahkemeye Erişim Hakkının Aklanma Hakkı İle İlişkisi

Anayasa'nın 36. maddesine göre²⁴, *“Herkes meşru vasıta ve yollardan yararlanmak sureti ile yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”*.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) *“Adil yargılanma hakkı”* kenar başlıklı 6. maddesini (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“ Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakka-niyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. ...”

AİHS'in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin *“medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıkların”* ve bir *“suç isnadının”* esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır²⁵.

Bilindiği üzere, AİHS'in yaşayan bir metin olduğunu kabul eden AİHM, *Golder/Birleşik Krallık*²⁶ davasında, Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasındaki *“herkes, ... bir mahkeme tarafından davasının ... görülmesini isteme hakkına*

21 **Taner**, Aklanma, s. 621.

22 Yargıtay 1. CD., T. 6/10/2004, E.2004/112, K.2004/3327(www.kazanci.com.tr, Erişim: 12/12/2013).

23 **Taner**, Aklanma, s. 621.

24 Bireyin aftan yararlanmayı reddetme hakkı kapsamında yapılan bir çalışmada, bu konuyla ilgili olarak Anayasa'nın başka hükümleri de dayanak yapılmıştır (**Odyakmaz**, s. 365-373).

25 AYM., T. 26/3/2012, B. No: 2012/1049, § 23.

26 www.worldlii.org, B. No: 4451/70, 21.02.1975 (Erişim:12.2.2013).

A. Yıldırım: Hakların Yetimi: Aklanma Hakkı

sahiptir” hükmünden hareket ederek, 6. maddenin “*mahkemeye erişim*” hakkını da içerdiğine karar vermiştir²⁷. Gerçekten de mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğünü yaşama geçirdiğinden, demokratik bir ülkede hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünün gerçekleşebilmesi için öneme sahiptir²⁸.

Mahkemeye erişim, hukuki ve fiili erişimi kapsar; kısmi ya da geçici engelleme bu hakkın ihlalini oluşturur²⁹. Mahkemeye erişim hakkı büyük ölçüde “*medeni*” nitelikteki hak ve yükümlülüklerin esasının karara bağlanması için tesis edilmiş ise de, ceza davaları bakımından, sanıkların, haklarındaki suç isnatları yönünden bir mahkeme önünde yargılanmalarını ifade eder³⁰. Madde metninde bu husus şöyle ifade edilmiştir: “*herkes... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda... davasının görülmesini isteme hakkına sahiptir.*”

AIHM bir kararında, ceza davası açısından, suç isnat edilen kişinin mahkemeye başvurma hakkı, suç isnadının çözüme ulaştırılması için sanık tarafından mahkemeye götürülmesini değil, suç isnadının bir mahkeme/hâkim tarafından sonuçlandırılmasını isteme hakkını ifade ettiği belirtilmiştir³¹. Ceza davasının savcılar tarafından açıldığı nazara alındığında, Mahkemenin ulaştığı sonucun ne kadar yerinde olduğu görülmektedir.

AIHM *Ashingdane* kararı³² ile devletlerin mahkemeye erişim hakkını sınırlandırmada göz önüne alacakları hususları belirlemiştir. Buna göre, devlet tarafından mahkemeye erişim hakkına getirilecek sınırlama;

a) hakkın özüne zarar vermemelidir,

b) meşru bir amaç gütmelidir,

c) sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında makul bir orantılılık (ölçülülük) bulunmalıdır, bunlar var ise sınırlama AIHS’in 6. maddesine uygundur³³.

AIHM yasama dokunulmazlığı açısından *Kart/Türkiye* davasında (B. No:

27 Harris David/O’Boyle Michael/Bates Ed/Buckley Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi 2013, s. 237.

28 İnceoğlu Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı- Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*. 2. Baskı, İstanbul 2005, s. 107.

29 Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s. 238.

30 Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s. 238-239;

31 *Deweer/Belçika Kararı*, 27.02.1980 (İnceoğlu, s. 113; Yolcu Serkan, “Adil Yargılanma Hakkı Karşısında Yasama Dokunulmazlığını Yeniden Düşünmek: Atilla KART Olayı Üzerine Bir Deneme”, AÜHFD, Yıl: 2011, Cilt: 60, Sayı: 2, s. 381). Mahkeme, *Kart/Türkiye* davasında, ceza davaları yönünden mahkemeye erişim hakkından bahsederken “*ceza yargılaması sonunda kesin bir karara ulaşma hakkı*”ndan bahsetmektedir (B. No: 8917/05, 8.7.2008; karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int>).

32 *Ashingdane/Birleşik Krallık Kararı*, 28.5.1985, B. No: 8225/78, <http://cmiskp.echr.coe.int/> (Erişim:12.2.2013).

33 İnceoğlu, s.1 18; Yolcu, s. 382.

8917/05) *Ashingdane* kriterlerine uygun bir sınırlama getirip getirilmediğini araştırmış, Büyük Daire, 13'e karşı 4 oyla, başvurucunun yasama dokunulmazlığının kaldırılmamasının, mahkemeye erişim hakkına meşru amaçlarla müdahale edildiğine ve orantılı olmayacak şekilde zarar vermediğine hükmetmiştir (§ 113) ³⁴.

Mahkemeye erişim hakkı, kişinin toplum önünde hesap vermesini ve kişiye aklanma imkânı sağladığından, aklanma hakkı ile sıkı ilişki içindedir. Ancak, mahkemeye erişim hakkı, *ceza yargılaması sonunda kesin bir karara ulaşma* hakkını içerirken, aklanma hakkı açısından kesin nitelikte bir karar (hüküm) den daha çok, bu hükmün temize çıkmaya elverişli (aklanmayı sağlayacak nitelikte) olması gerekir. Örneğin ceza muhakemesinde davayı düşüren bir hâlin varlığı hâlinde verilen "*düşme*" kararı mahkemeye erişim hakkı bakımından bir önem arz etmez. Ancak bu hüküm, sanığı tam olarak temize çıkaramadığından³⁵, aklanma hakkı yönünden sıkıntılı bir duruma işaret eder. Belirtelim ki, mahkemeye erişim hakkı tanınmadan, aklanma hakkının tanınması bir anlam ifade etmez. Mahkeme hakkı tanınmadan sanığın aklanmasının sağlanması mümkün değildir.

Diğer taraftan mahkemeye erişim hakkı, suçlanan kişiye davasının mutlaka devam etmesini isteme hakkı anlamına gelmez; suçlanan kişiye hakkındaki isnadın bir hâkim bir mahkeme tarafından karara bağlanmasını isteme hakkı anlamına gelir³⁶. Anayasa Mahkemesine göre mahkemeye erişim hakkı, cezai olaylarda da uygulanabilir bir haktır ve bu bağlamda bu hak, suç isnadı bulunan bir kimsenin, bu isnat hakkında bir mahkeme tarafından bu isnadın yerinde olduğu ya da olmadığı yönünde bir karar verilmesini isteme hakkıdır³⁷.

Ancak, suç ithamlarıyla ilgili karar elde etme hakkı mutlak değildir³⁸. Bu bakımdan AİHS'in 6. maddesi sanığa, ceza davalarının mutlaka bir mahkûmiyet ya da beraat hükmü ile sonuçlandırılmasını isteme hakkını içermez. Aklanma hakkı ise sanığa, hakkındaki isnadın bir hâkim/mahkeme tarafından *esastan verilecek bir kararla (beraat kararı ile)* kaldırılmasını isteme hakkı verir.

Ceza muhakemesinde davanın düşmesine sebep olan hâllerin yanında, davanın yürümesine engel olan durumlar karşısında, sanığın, esastan verilecek bir kararla üzerindeki suç şüphesini kaldırılmasını istemesi de aklanma hakkı

34 Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. **Taner**, Aklanma, s. 621-625.

35 Düşme kararının tam bir aklanma sağlayan beraat kararından daha lehe olduğunu belirten ve aklanma hakkı açısından katılmadığımız karar için bkz. Yargıtay. 11. CD., T. 11/4/2005, E.2003/5518, K.2005/1758 (**Günay** Erhan, Uygulamalı - Örnekli Dava ve Ceza Zamanasımı, Ankara 2008, s. 56).

36 İnceoğlu Sibel, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaa, Ankara 2007, s. 22.

37 AYM., B. No: 2013/500, 20/3/2014, § 49.

38 *Kart/Türkiye*, [BD], B. No: 8917/05, § 113.

A. Yıldırım: Hakların Yetimi: Aklanma Hakkı

kapsamındadır. İşte bu ikinci hipotezde, mahkemeye erişim hakkı ile aklanma hakkı kesişmektedir. Mahkemeye erişim hakkı bakımından, bu engelin bir an evvel kaldırılması ve mahkemenin yargılamaya devam etmesi önemli iken, aklanma hakkı açısından engelin kalkması yetmemekte, sanığın esastan verilecek bir kararla temize çıkmasının sağlanması gerekmektedir.

b. Masumiyet Karinesi ve Savunma Hakkının Aklanma Hakkı İle İlişkisi

Aklanma hakkı, sadece adil yargılanma hakkının bir parçası olan “mahkemeye erişim hakkı” ile ilişkili değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, aklanma hakkı masumiyet karinesinin ve savunma hakkının da bir gereğidir. Masumiyet karinesi ve savunma hakkı ise adil yargılanma hakkının ayrılmaz parçalarıdır. Bunlar, adil yargılanma hakkının alt unsurlarını oluşturmaktadır.

Masumiyet karinesi, AİHS’in 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında “*Kendisine bir suç isnat edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu ilke, Anayasa’nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında ise benzer şekilde “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*” biçiminde düzenlenmiştir.

Masumiyet karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçsuz olarak kabul edilmesini güvence altına alır. Bundan dolayı hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz³⁹. Ceza davası sonucunda kendisine isnat edilen suçu işlemediğinin sabit olduğu veya suçu işlediğine kesin olarak kanaat getirilemediği (şüpheden sanığın yararlandırıldığı) ve bu nedenle sanık hakkında beraat kararı verilen durumlarda kişi hakkında masumiyet karinesi devam etmektedir⁴⁰. Kişi hakkında beraat kararı verilmiş olması, ceza davası dışında ve fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden diğer uyuşmazlıklarda (örneğin disiplin soruşturmalarında) nazara alınacağından, kişinin aklanması bu açıdan son derece önemli hâle gelmektedir.

Masumiyet karinesi, sanığın bir suçu işleyip işlemediğinin ispatlanması sürecine ilişkindir. Masumiyetin ispatı olamayacağından, sanığın mahkûmiyeti için gerekli ve yeterli delillerin iddia makamınca sunulması gerekir. Eğer bir yargısal karar, sanığın resmi olarak suçluluğunu tespit etmemesine karşın, sanığın suçlu olduğu düşüncesini yansıtıyorsa masumiyet karinesi ihlal edilmiş sayılır⁴¹. Örneğin sanık hakkında verilmiş bir beraat kararı, Yargıtay tarafından beraate konu suçun dava zamanaşımının dolduğu gerekçesiyle bozulup

39 AYM., T. 13/6/2013, B. No: 2012/665, § 26.

40 AYM., T. 6/2/2014, B. No: 2012/574, § 76.

41 İnceoğlu, Adil Yargılanma, s. 94.

Haşim Kılıç'a Armağan

akabinde de kamu davasının düşürülmesine ve yargılama giderlerinin sanığa yükletilmesine karar verilmiş ise masum karinesi ihlal edilmiştir. Bu örnekte sanığın aklanma hakkı da ihlal edilmiştir. Ancak, yargılama giderleri sanığa yükletilmez, sadece davanın düşmesine karar verilir ise masumiyet karinesi ihlal edilmemesine karşın, aklanma hakkı ihlal edilmiştir.

AIHS'in 6. maddesinin savunma hakkını düzenleyen (3) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

..."

Anayasa Mahkemesine göre, AIHS'in 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"hakkaniyete uygun yargılama"* kavramı, aynı maddenin (3) numaralı fıkrasında yer alan bir suçla itham edilmiş kişinin asgari haklarıyla doğrudan bağlantılıdır. Bu fıkradaki haklar, hakkaniyete uygun yargılama ilkesinin somut görünümleridir. Fakat hakkaniyete uygun yargılama çerçevesindeki haklar ve ilkeler, (3) numaralı fıkradaki kapsamlı olmayan listedeki minimum haklarla sınırlı değildir. Maddenin (3) numaralı fıkrasında yer alan asgari şüpheli/sanık hakları, (1) numaralı fıkrasında koruma altına alınmış olan daha genel nitelikteki *"hakkaniyete uygun yargılanma"* hakkının özel görünüm şekilleridir⁴².

Sanığın kendini savunma hakkından faydalanmasının ilk koşulu ise sanığın savunmasını yapabilmesi için mahkeme önünde hazır bulunma olanağına sahip olmasıdır. AIHS'in 6. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da duruşmada hazır bulunma hakkı AIHS'in 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki adil muhakeme hakkının bir parçasıdır⁴³.

42 AYM., T. 7/3/2014, B. No: 2013/4784, § 34.

43 AYM., T. 7/3/2014, B. No: 2013/4784, § 41; Mahkeme anılan kararında: *"...Bir sanığın aleyhine açılan ceza davasında duruşmada hazır bulunması genel bir haktır ve AIHS'in 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan (c), (d) ve (e) bentlerinde yer alan hakların bir parçasıdır (bkz. Sejdovic/İtalya, B. No: 56581/00, 1/3/2006, § 81). Nitekim duruşmada hazır bulunma hakkının bir sonucu olarak 5271 sayılı Kanun'un 193. maddesinin (1) numaralı fıkrasında istisnalar saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamayacağı hükmüne bağlanmıştır..."* ifadelerine yer vererek, duruşmada hazır bulunma hakkını savunma hakkı ile ilişkilendirmiştir.

A. Yıldırım: Hakların Yetimi: Aklanma Hakkı

Duruşmada hazır bulunma hakkı, sanığa, mahkûmiyeti veya masumiyeti hakkında verilecek karara, savunma, delil gösterme ve tutum ve davranışlarıyla mahkemede izlenim oluşturma gibi etmenlerle etki etmesini sağlamak tadır. Çelişmeli yargılama ilkesi uyarınca, hakkında toplanan deliller sanığın hazır bulunduğu duruşmada tartışılacağından, sanığın aleyhindeki delillere itiraz etme fırsatı olacaktır. Hal böyle olunca, savunma ve duruşmada hazır bulunma hakkı, sanığın aklanması için çok önemli hâle gelmektedir. Ancak bu haklar sanığın adil yargılanması için getirilmiş usuli güvencelerdir. Amaç, sanığın aklanması değildir; aklanma, olsa olsa bu hakların kullanılmasının “sonucu” olabilir. Aklanma hakkı ise sanığa yargılamanın sonucunda esasa ilişkin bir kararla temize çıkmayı isteme hakkını içerir. Aklanma, bu hak yönünden “amaç”tır.

c. Etkili Karar Hakkının Aklanma Hakkı İle İlişkisi

Bir uyuşmazlığın bir mahkeme tarafından karara bağlanması hakkı, mahkemeye erişim hakkından türetilmiş bir haktır. Anayasa Mahkemesine göre, mahkemenin yalnızca önüne getirilen maddi ve hukuki sorunları inceleyebilmesi yeterli değildir. Bu yargı yerinin aynı zamanda bir karar verebilmesi de gerekir. Mahkeme hakkını kullanan tarafın amacı, davanın sonucunda bir karar elde etmektir. Karar elde edemiyorsa, dava açmanın da bir anlamı olduğu söylenemez⁴⁴.

Etkili karar hakkı, davanın sonucunda bir karar elde etmeye yönelik amaç taşınması bakımından aklanma hakkı örtüşürken, nihai kararın niteliği hususunda ayrılmaktadır. Aklanma hakkında nihai kararın sanığın temize çıkmasını sağlayacak ve esastan verilen bir karar olması gerekir. Etkili karar hakkında ise amaç, davanın sonucunda -esastan verilmiş olmasa bile- etkili bir karar elde etmektir.

II. MEVZUATTA AKLANMA HAKKI

Anayasamızda aklanma hakkıyla ilgili doğrudan bir düzenleme yoktur. Bu hakkı ilgilendiren dolaylı düzenlemelere yukarıda başlıkta yer verildiğinden yeniden değinilmeyecektir. Ancak bu hakkın anayasal bir korumaya ihtiyacı olduğu açıktır. Anayasa’nın 36. maddesine yapılacak bir ekleme hem kanun koyucunun bu hakka değer vermeyen düzenlemeler yapmasını engelleyecek hem de tüm mahkemelerin kanun hükümlerini aynı biçimde uygulamaları kolaylaşacaktır⁴⁵.

44 AYM., T. 20/3/2014, B. No: 2013/500, § 60.

45 **Taner**, Aklanma, s. 626; Yazar, bu soruna ilişkin olarak Anayasa’nın 36. maddesine şu şekilde bir fıkra eklenmesini önermektedir: “Sanığın, düşme yerine mahkemeden davayı esastan çözen

Kanunlarda ise, şikâyetin geri alınmasının sanığın kabulüne bağlayan düzenleme, sanığa aklanma hakkı tanıyan ilk hükümdür⁴⁶. TCK'nın 73. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, kovuşturma yapılabilmesinin şikâyete bağlı olduğu suçlarda, suçtan zarar gören kişinin şikâyetini geri almasının davayı düşüreceği düzenlenmiştir. Diğer yandan, maddenin (6) numaralı fıkrasında mağdurun şikâyetini geri almasının, onu kabul etmeyen sanığı etkilemeyeceği hükme bağlanmıştır. O halde sanığın, mağdurun şikâyetini geri almasını kabul etmemesi durumunda, yargılamaya devam edilerek, suçun sabit olması hâlinde beraatine, suçun sabit olduğunun anlaşılması hâlinde ise, bu husus kararda açıklanarak, kovuşturmanın şikâyet koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle davanın düşürülmesine karar verilmesi gerekecektir⁴⁷.

Her ne kadar hükümde, şikâyetten vazgeçme ifadesi kullanılmış ise de, burada kast edilen şikâyetin geri alınmasıdır⁴⁸. Şikâyetten vazgeçme tek yanlı bir işlem iken, şikâyetin geri alınması iki yanlı olup şikâyetin geri alınması için, yapılmış bir şikâyetin varlığı zorunludur⁴⁹. Burada kanun koyucu, suç şüphesi altında bulunan sanığa, tam beraat edeceği esnada şikâyetçinin affına ihtiyaç duymadan suçsuzluğunu ispatlama (aklanma) imkânı tanımıştır.

Sanığın aklanmasını önceleyen diğer bir hüküm ise, 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesinin (9) numaralı fıkrasıdır. Buna göre, derhâl beraat kararı verilebilecek hâllerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez. Bu hükümle, yargılamanın geldiği aşama itibarıyla iki farklı karar verilebilmesinin mümkün olduğu hallerde, sanığın daha lehine olan beraat kararının tercih edilmesi gerektiği düzenlenmiştir⁵⁰. Böylece “düşme” yerine, esasa ilişkin bir karar olan “beraat” hükmü ile sanığın aklanması sağlanmaya çalışılmıştır⁵¹. Çünkü, beraat kararı durma ve düşme kararlarından daha güvenceli ve sanığın aklanmasına yöneliktir⁵².

bir karara ulaşılmaması istemeye hakkı vardır. Düşme sebebi ortaya çıktığı fakat sanık ceza davasına devam edilmesini istediği takdirde, düşme kararı verilmez.”

46 **Taner**, Aklanma, s. 629-630.

47 Yargıtay 2. CD., T. 14/3/2012 E.2010/8736, K.2012/6299 (UYAP'tan alınmıştır).

48 **Güngör** Devrim, 5237 ve 5271 sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 69; **Taner**, s. 625.

49 **Güngör**, s. 69, 83; **Taner**, Aklanma, s. 625.

50 Şahin, s. 234.

51 Aksi yöndeki Yargıtay ilâmı için bkz. Yargıtay. 2. CD., T. 10/3/1976, E.1976/1941, K.1976/2176 (Şahin, s. 236, dipnot 19). Yargıtay, hakaret suçuna yönelik olarak delil yetersizliğinden verilen beraat hükmünü, şikâyet geri alındığı için davanın düşürülmesi gerektiği gerekçesiyle bozmuştur.

52 “...Kural olarak düşme nedenleri bulunduğu hâkim, başka hususları araştırmadan düşme nedeninin uygulanma olanağı olup olmadığını araştırır. Ön ödeme de davanın düşme nedenlerinden biridir. CMUK'un derhal beraat kararı verilecek durma veya düşme kararı verilemeyeceğine ilişkin hükmü ise bu kuralın istisnalarındandır. Durma ve düşme nedenleri mahkûmiyeti engellemek amacıyla kabul edilmiş olup, beraat kararı durma ve düşme kararlarından daha güvenceli ve önceliklidir...” (YCGK., T. 8/4/2003, E.2003/9-84, K.2003/85 (Özbek Veli Özer, CMK İzmir Şerhi: Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Ankara 2005, s. 870).

A. Yıldırım: Hakların Yetimi: Aklanma Hakkı

Derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma veya düşme kararı verilemeyeceği yönündeki düzenlemeye ilk olarak 1412 sayılı mülga CMUK'nın 253. maddesine 1973 yılında eklenen son fıkrasında yer verilmiştir. Bu düzenlemenin konuluş amacı gerekçede şu şekilde ifade edilmiştir: "... *tatbikatta derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma veya düşme kararı verildiğine çok rastlanmaktadır. Durma ve düşme sebepleri netice itibariyle mahkûmiyet kararı verilmesini önlemek üzere kabul edildiklerinden, ayrıca mahkeme faaliyeti yapmadan beraat kararı verilebilecek hallerde, bu kararın verilmesine engel olamayacaklarının belirtilmesi fertler bakımından bir teminat teşkil edecektir*"⁵³. Belirtelim ki, bu hallerde aklanma hakkının sağlanması için, Yargıtay'ın beraat kararının durma ve düşme kararlarından daha güvenceli ve öncelikli olduğu yönündeki içtihadını sürdürmesi ve CMK'nın 223. maddesinin (9) numaralı fıkrasındaki hükmünde belirtilen "*derhal*" ifadesini "*yargılamanın geldiği aşama itibariyle*" şeklinde yorumlaması hâlinde anlamlı olacaktır.

Mevzuatımızda, genel affı ve zamanaşımını ret hakkını ön gören bir hüküm bulunmamakta ise de, hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararı, 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile sanığın kabulüne (rızasına) bağlanmıştır. Sanığın, hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla temyiz mahkemesinde beraat etme hakkının elinden alınmaması düşüncesiyle anılan hüküm ihdas edilmiştir.

Hükmün açıklanmasının ertelenmesinin sanık hakkında uygulanmasının, 22/7/2010 tarih ve 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile sanığın kabulüne (rızasına) bağlanana değin, hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararını verip vermemek hâkimin takdirindeydi. Aklanma hakkı açısından sıkıntılı olan bu durum, hükmün açıklanmasının ertelenmesinin sanığın kabulüne bağlanmasıyla aşılmıştır⁵⁴. Unutulmuş/yetim bırakılmış bu hakkın, hükmün açıklanmasının ertelenmesi kurumu özelinde sanığa tanınması, kanun koyucunun aklanma hakkına önem vermeye başladığının göstergesi olarak umut verici olmuştur.

III. YARGI KARARLARINDA AKLANMA HAKKI

Ülkemizde bu hakka, akademik dünyada olduğu gibi yargı kararlarında da fazla teveccüh gösterilmemiştir. Aklanma hakkına değinen yargı kararları, tespit edebildiğimiz kadarıyla yok denecek kadardır. UYAP bilişim sistemin-

⁵³ Şahin, s. 232.

⁵⁴ Aynı durum kamu davasının açılmasının ertelenmesi için geçerli değildir. Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetine bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, şüphelinin rızasına bağlı olmaksızın kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir (CMK. Md. 171/2).

de “aklanma hakkı” ifadesiyle yapılan ayrıntılı sorgulamada, sistemin çalışmaya başladığı 2006-2014 yılları arasında bir tane dahi karara rastlanmamıştır. Aşağıda belirtilen kararlarda ise aklanma hakkına doğrudan bir gönderme bulunmamakta, bu hakkı ima eden ifadeler içermektedir.

4616 sayılı Kanun’un 1. maddesinin 4. bendine yönelik Anayasa Mahkemesine yapılan iptal başvurusunda, affı ret hakkının tanınmamasının kişilerin yargılanıp beraat etme haklarının ellerinden alınarak adil yargılanma haklarının ortadan kaldırıldığı ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesinin bu hüküm ile ilgili iptal gerekçesi şu şekildedir:

“Anayasa’nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında ise “suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” hükmü getirilmiştir. İtiraz konusu kuralla getirilen mahkûmiyetine yeterli kanıt bulunanlar bakımından hükümlülüğün engellenmesi kuralı lehte ise de hazırlık soruşturması yapılarak kamu davası açmaya yeterli delil bulunamaması hâlinde takipsizlik kararıyla sonuçlandırılacaklar veya yargılama sonucunda beraat edebilecekler yönünden alehte sonuç doğuracağı açıktır. Hakkında kimi nedenlerle yanlışlıkla kamu davası açılmış kişilerin (başkasının kimlik bilgileri verilerek suçla ilgisi olmayan kişiler hakkında kamu davası açılması gibi) hukuk devleti olmanın gereği olarak gerçeği savunup aklanabilecekleri söz konusu olabilecekken dava ertelenmesiyle bu hakları ellerinden alınmış olmaktadır. Bu durumu, Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 2., 36. ve 38. maddelerinde belirtilen ilkelerle bağdaştırmak olanaksızdır”⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında yakın tarihte verdiği bir kararında⁵⁶, aklanma hakkını mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Karara göre, mahkemeye erişim hakkı, suçlanan kişiye hakkındaki isnadın bir hâkim bir mahkeme tarafından karara bağlanmasını isteme hakkı anlamına gelse de, AİHS’in 6. maddesi, ceza davalarının mutlaka bir mahkûmiyet veya beraat hükmü ile sonuçlandırılmasını isteme hakkını içermez. Bu kararla aklanma hakkının AİHS kapsamında korunmadığı belirtilerek, “konu bakımından yetkisizlik” kararı verilmesinden özellikle kaçınıldığı görülmektedir. Soruşturmanın geçici olarak durdurulması kararının beraat etme hakkını ihlal ettiği iddiasının, açıkça dayanaktan yoksun olduğuna ilişkin AİHM’in *Niedermeier/Almanya* içtihadına paralel bir tutum takınıldığı anlaşılmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bir kararının⁵⁷ karşı oy gerekçesinde, “hukuk devletinin kurulması ve sürdürülmesinde yargı en önemli güvencelerden biridir. O nedenle yargıya ulaşma hakkı insan haklarındandır. Yargıya ulaşma hakkı sanığın

55 AYM., T. 18/7/2001, E.2001/4, K.2001/332, Karardaki vurgulamalar tarafımızca yapılmıştır.

56 AYM., T. 16/10/2014, B. No: 2014/2354, § 26-32.

57 YCGK., T. 24/4/2010, E.2010/6-713, K.2010/97 (UYAP’tan alınmıştır).

A. Yıldırım: Hakların Yetimi: Aklanma Hakkı

temize çıkma (aklanma) veya hakkettiği cezayı alması sonucunu doğurur” denilerek, “mahkemeye erişim hakkı” ile bu hak arasındaki ilişkiye dolaylı şekilde temas edilmiştir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesinin sanık hakkındaki davanın zamanaşımı nedeniyle düşürülmesine yönelik yerel mahkeme hükmünün onanmasına yönelik bir kararının karşı oy gerekçesinde, aklanma hakkına dolaylı şekilde değinilmiştir. Düşme nedenlerinin sanığın mahkûm olmasının istenmemesinin sonucu olduğu ve bunların sanığın beraat kararı ile temize çıkmasının engellememesi gerektiği burada belirtilmiştir⁵⁸. Yine karşı oy gerekçesine göre, bu suretle masumiyet ilkesi ve sanığın başta lekelenmeme hakkı olmak üzere çeşitli hakları uygulanma alanı bulacaktır. Karşı oy gerekçesinde uygulama alanı bulacağı söylenen haklardan birisi de şüphesiz aklanma hakkıdır.

SONUÇ

AİHM’e göre Sözleşme yaşayan bir metindir. Hukuki metinlerin, uygulandığı çağın gereklerine/ihtiyaçlarına cevap verebilmesi için o çağa uygun yorumlanmalarını gerektirir. Ancak yaşayan bir metin bu işlevi görür. Dolayısıyla bu benzetmenin yerinde olduğu söylenebilir.

Bu benzetmeden mülhem olarak, aklanma hakkının da yetim olduğunu söyleyebiliriz. Ceza muhakemesinin nihai amaçları, sanığın suçluluğunun veya masumiyetinin ispatıdır. Masumiyeti ispatlandığında sanık, aklanacak ve beraat edecek; suçlu olduğu ispatlandığında ise mahkûm olacaktır. Bu amaçlardan sanığın beraatine yönelik olanının sağlanması için çeşitli araçlar (muhakeme hukukuna eğemen olan ilke, kural ve haklar) öngörülmesine karşın, bu amacın bizatihi kendisinin içerisinde mündemiç olduğu aklanma hakkı Anayasamızda düzenlenmemiştir. 5271 sayılı CMK’da bu hakkın sağlanması için cılız birkaç düzenleme hüküm altına alınmış ise de, muhakeme hukukunun tamamında geçerli olacak bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yargı organları ise, bu hakkın varlığından dahi bihaberdir.

Bu hakka ilişkin bir bilgi/içtihat birikiminin oluşmaması, konuya ne kadar az önem verildiğini göstermektedir. Dileğimiz, insan hakları Yargısı’nın temel hak ve özgürlükleri korumada “*bireysel başvuru yolu*” ile üstlendiği rol ile bu bakış açısının yanlışlığının ortaya konmasıdır. Anayasa’nın 17. maddesine

⁵⁸ Yargıtay 12. CD., T. 11/12/2013, E.2013/23750, K.2013/2863 (UYAP’tan alınmıştır). Muhalif üyeler Saniye TARHAN ve Gürsel YALVAÇ’ın ortak karşı oy gerekçelerinin ilgili kısmı şöyledir: “.....düşme nedenlerinin kabul edilmesi demek, muhakemenin yapılmamasının, neticede sanığın mahkûm olmamasının istenmesi demektir. Bu sebeplerin kabulü, sanığın beraat kararı ile temize çıkmasının istenmemesi demek değildir. Bunun içindir ki kovuşturmada tam beraat kararı verileceği sırada bu sebeplerin bulunduğuunun anlaşılması beraat kararı verilmesine mani olmaz...”

Haşim Kılıç'a Armağan

göre, şeref ve itibar devletin korumakla mükellef olduğu bir değer olduğundan, şeref ve itibarı suç ithamıyla örselenen sanığa aklanma hakkının anayasa uygun yorumla içtihat yoluyla tanınması umutları arttıracaktır.

Akademik çalışma ve eserler de devletin bu hakka eğilmesine ve uygulamanın bu yönde kararlar vermesinde önemli katkılar sunacaktır.

Bu çalışma ile biz de mütevazı bir katkı sunmak istedik.

KAYNAKÇA

Balcı Murat, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, Adalet Yayınları, Ankara 2013.

Çıgılı Halil, “10 Soruda Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, Adalet Dergisi, Yıl: 2013, Sayı: 46.

Doğan Koray, “Ceza Muhakemesinde Hüküm”, CHD, Yıl: 3, Sayı: 7, Ağustos 2008.

Ekinci Hüseyin, “Kabul Edilebilirlik Kriterleri”, Bireysel Başvuru ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi) Avrupa Konseyi 2013.

Günay Erhan, Uygulamalı -Örnekli Dava ve Ceza Zamanaşımı, Ankara 2008.

Güngör Devrim, 5237 ve 5271 sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009.

Harris David/**O’Boyle** Michael/**Bates** Ed/**Buckley** Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi 2013.

İnceoğlu Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı- Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*. 2. Baskı, İstanbul 2005.

İnceoğlu Sibel, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaa, Ankara 2007, (Aklanma).

Kaya Emir, “İnsan Hakları Açısından Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2013/3.

Keyman Selahattin, Türk Hukukunda Af, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 199, Ankara 1965.

Kurşun Günel, Ceza Muhakemesinde Hüküm, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011.

Kılınç, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı nda Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, Anayasa Yargısı , Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2008.

Odyakmaz Zehra, “1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı”, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 2001, Cilt: 18.

Özbek Veli Özer, CMK İzmir Şerhi: Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Ankara 2005.

Haşim Kılıç'a Armağan

Özbek Veli Özer, **Kanbur** Mehmet Nihat, **Doğan** Koray, **Bacaksız** Pınar, **Tepe** İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Eylül 2012.

Şahin Cumhur, "Dava Zamanaşımı Sanığın Aklanmasına Engel Olabilir mi?", Adalet Dergisi, Yıl: 2013, Sayı: 45.

Şen Ersan, "HAGB'de Yargılamanın Yenilenmesi – 2" (www. adalet.org).

Şen Ersan/**Maviş** Mert, "HAGB Hakkında Güncel Notlar" (www. adalet.org).

Şener Esat, Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

Taner Fahri Gökçen, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.

Taner Fahri Gökçen, "Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 69, Sayı: 2011/4. (Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi)

Taner Fahri Gökçen, "Orada Bir Hak Var Uzakta: Sanığın Aklanmayı İsteme (Aklanma) Hakkı", Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan içinde, Cilt: I, Ankara 2013. (Aklanma)

Türk Hukuk Lûgati, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991.

Uygun Oktay, "İnsan Hakları Kuramı" İnsan Hakları, İstanbul 2000.

Wehr Hans, A Dictionary Of Modern Written Arabic, Otto Harrassowitz Verlag, Wiesbaden 1971.

Yolcu Serkan, "Adil Yargılanma Hakkı Karşısında Yasama Dokunulmazlığını Yeniden Düşünmek: Atilla KART Olayı Üzerine Bir Deneme", AÜHFD, Yıl: 2011, Cilt: 60, Sayı: 2.

Serkan YOLCU

*(Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Öğretim Üyesi)*

JAPONYA'DA ANAYASA'NIN YARGISAL KORUNMASI

1. GİRİŞ¹

Uzak doğunun en köklü ve gelişmiş uygarlıklarından biri olan Japonya, anayasacılık bakımından da Batı'dan geri kalmayan bir birikime ve geçmişe sahiptir. Yaklaşık iki bin yıllık bir tarihi olan Japonya'da ilk kez Veliaht Prens Shoutoku tarafından 604 yılında ilan edilen, on yedi maddeden oluşan ve devletin dayandığı temel felsefeyi ortaya koyan bir *anayasal belgenin* varlığı bilinmektedir. Ancak bu anayasa benzeri belge gerçek anlamda bir "anayasa"dan ziyade kamu görevlilerinin için bir ahlaki ilkeler manifestosu niteliğindeydi². Japonya'da devletin teşkilatını kuran ve bireylerin temel hak ve hürriyetlerini güvence altına alan modern anlamda bir "anayasa (*constitution*)" kavramı ancak son iki yüz yıl içinde ortaya çıkmıştır. Japon hukuk sistemi 19'uncun yüzyılda başladığı anayasacılık deneyimi ile birlikte "yargı denetimi/anayasa Yargısı " deneyimine de kavuşmuştur.

Günümüzde artık anayasal demokrasilerin olmazsa olmaz bir parçası haline gelen ancak bir zamanlar sadece Amerika Birleşik Devletleri'ne has bir kurum olarak kabul edilen anayasa Yargısı , günümüzde daha önce benzeri görülmemiş biçimde yaygınlaşmıştır. Öyle ki anayasa Yargısı yla dünya üzerinde Doğu Bloğu'ndan Kanada'ya, Latin Amerika'dan Güney Afrika'ya kadar uzanan bir coğrafyada seksenden fazla ülkede, temsili kurumlardan yargı organlarına yönelik beklenmedik ölçüde güç aktarılmıştır. II. Dünya Savaşı öncesinde kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek düşüncesinin kabul gördüğü ülke sayısı iki elin parmaklarını geçmeyecek sayıda iken, bugün artık anayasa Yargısı demokratik bir siyasal sistem için vazgeçilmez ve gerekliliği tartışılmaz bir kurum haline gelmiştir³.

Nitekim Japonya da dünyadaki yargı denetimi rüzgârından etkilenecek, II. Dünya Savaşı sonrası kurduğu yeni anayasal düzende ilk kez anayasa Yargısı

1 Bu başlık altındaki açıklamalar için bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_of_Japan; http://en.wikipedia.org/wiki/Meiji_Constitution ; http://en.wikipedia.org/wiki/Meiji_government ; http://en.wikipedia.org/wiki/Meiji_Restoration ; http://en.wikipedia.org/wiki/Meiji_oligarchy (Ekim 2012).

2 Shigenori Matsui, *The Constitution of Japan: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2011, s.4-5.

3 Serkan Yolcu, "Küreselleşme Sürecinde Anayasa Yargısı'nın Meşruluğu", *Uluslararası Davraz Kongresi Bildiriler*, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Yayını, 2009, s. 1911.

na yer vermiştir. Japonya'nın savaş sonrası siyasal dönüşümüne ciddi katkısı olan yargı denetimi, Amerikan modeli üzerine kurulmuş olmasına rağmen bir '*yargısal pasiflik abidesi*' olarak gösterilmektedir⁴. Zira günümüzde Avrupa ve Latin Amerika'da kürtaj, eşcinsel evlilik, din özgürlüğü gibi büyük siyasi ve sosyal problemler yüksek mahkemelerin/anayasa mahkemelerinin denetimi yoluyla karara bağlanırken, Japon Yüksek Mahkemesi bu tip önemli meselelerden özenle uzak durmaktadır. Hatta hemen yanı başındaki Kore ve Tayvan anayasa mahkemeleri bile sosyal politikaya ilişkin problemler ile ilgili sürekli kararlar verirken, Japon mahkemeleri politik karar almayla karşılaş- tığında mütemadiyen hareketsiz kalmayı tercih etmektedir⁵. Görece güçsüz bir aktör olarak kalmayı tercih eden Japon Yüksek Mahkemesinin siyasi karar alma sürecine katılma ve onu etkilemedeki bitmek bilmeyen isteksizliği onun 'dünyanın en muhafazakâr mahkemesi' olarak nitelendirilmesine yol açmak- tadır⁶.

Japonya'da yargı denetiminin anlamını ve kapsamını anlayabilmek için öncelikle Japon anayasacılığının seyrine değinmek gerekir. On yedinci yüzyılın başından on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısına kadar kapalı bir toplum ve devlet yapısına sahip bir imparatorluk görüntüsü veren Japonya'nın anayasal tarihi esas olarak iki temel zaman dilimine bölünebilir: Modern Japonya ve Çağdaş Japonya. Modern dönem Japonya'da 19'uncu yüzyılın ortalarından II. Dünya Savaşına kadar süren "monarşik anayasacılığı" karşılarken, Çağdaş dönem II. Dünya Savaşı sonrası yapılan "yeni" anayasa ile günümüze kadar uzanan Japonya'nın "anayasal demokrasi" deneyimini kapsamaktadır⁷.

Japonya'nın ilk anayasası Modern dönemde yapılan 1889 tarihli "Japon İmparatorluk Anayasası" (*Dai Nihon Teikoku Kenpō*) ya da bilinen ismiyle "Meiji Anayasası"dır. Günümüzde yürürlükte olan 1947 tarihli yeni Japonya Ana- yasası (*Nihon Koku Kenpō*) ise Japon tarihinin ikinci, Çağdaş Japonya'nın ilk anayasasıdır. Mayıs 1947'de yürürlüğe giren ve halen (2014) yürürlükte olan Japon Anayasası –Savaş Sonrası Anayasa (*Postwar Constitution*) ve Barış Ana- yasası (*Peace Constitution*) olarak da adlandırılır- dünyada ender görülen bir niteliği ile diğer anayasalardan ayrılmaktadır. 1947 Anayasası bugüne kadar hiçbir değişiklik geçirmemiştir. Bu yönü itibarıyla Japon Anayasası İkinci Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkan anayasacılık dalgasıyla birlikte yapılan

4 Norikazu Kawagashi, "The Birth of Judicial Review in Japan", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 5, Number 2, 2007, s.309.

5 Tom Ginsburg ve Tokujin Matsudaira, "The Judicialization of Japanese Politics?" (Ağustos 29, 2012), içinde *The Judicialization of Politics in Asia*, Björn Dressel (ed), Routledge, 2012, ss.11–37 (taslak sayfa numaraları), s.11, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2190478>

6 David S. Law, "The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan", *Texas Law Review*, Cilt 87, 2008–2009, ss. 1545–1593, s. 1545.

7 Meryll Dean, *Japanese Legal System*, Cavendish Publishing, London, 2. Baskı, 2002, s. 445.

S. Yolcu: Japonya’da Anayasa’nın Yargısal Korunması

anayasalar arasında dünyanın en kalıcı ve istikrarlı anayasalarından biridir⁸. Çalışmanın bundan sonraki kısmında Japon hukuk tarihindeki ‘Modern’ ve ‘Çağdaş’ döneme bir de modernleşme öncesi ‘Eski’ dönem eklenerek Japon anayasacılığının seyri ana hatlarıyla incelenecek; daha sonra ise yargı denetiminin savaş sonrası Japonya’daki kurumsallaşma süreci, yapısal ve fonksiyonel nitelikleri incelenecektir.

2. Eski Japonya: Tokugawa Dönemi

Batı’da anayasacılık hareketlerinin en yüksek hıza ulaştığı 19’uncu yüzyılın ikinci yarısı Japonya için de uzun ve dışa kapalı bir yönetim tarihinin ardından bir dönüm noktası olmuştur. Zira modern Japonya’nın 1868 Meiji Reformu ile başladığı kabul edilmektedir⁹. Ancak *moderni* modern olmayan- dan ayırt edebilmek ve bu kırılmayı kavrayabilmek için modernleşme öncesi Japonya’da nasıl bir siyasi ve hukuki yapıya sahip olduğuna, diğer bir ifadeyle *eski* Japonya’ya değinmek gerekir. Japon topraklarında merkezi devletin takriben VI. yüzyıldan başlayarak ortaya çıktığı ve giderek imparator tarafından doğrudan idare edilen hayli merkeziyetçi bir devlet yapısı oluşturulduğu bilinmektedir. Ancak VIII. Yüzyılın sonlarından itibaren imparator merkezi gücü giderek kaybetmiş ve asilzadeler/soylular sınıfı (*kuge*) giderek güçlenmeye başlamıştır. Merkezden imtiyazlar elde etmeye başlayan soylular zamanla kendi topraklarında özerk yönetimler kurmaya başlamıştır. Bu ise beraberinde yeni bir sınıfın doğmasına neden olmuştur: soylu sınıfın topraklarını koruyan savaşçı sınıfı (*bushi/samurai*). Zamanla bu savaşçı sınıf, soylulardan gücü eline geçirmiş ve savaşçı sınıfın yönetimi (*bakufu*) ülkeye egemen olmuştur¹⁰.

Bu yönetim feodal yapıyı kuvvetlendirmiş ve her ne kadar imparator varlığını sürdürse de gerçekte bütün siyasi güç savaşçılara ve onların liderine, yani Şogun (*Shogun*)’a, geçmiştir. Savaşçılar Şogun’a koşulsuz bir şekilde biat ediyor ve karşılığında da kendilerine toprak tahsis ediliyordu. Ancak orta çağ Avrupa’sındaki feodal düzenden farklı olarak savaşçılar ile lider arasındaki bu ilişki tek taraflıydı, yani lideri bağlamıyordu. Liderin sağladığı bütün yardım ve koruma onun bir lütfu olarak görülüyordu ve dolayısıyla savaşçıların liderden hiçbir talepte bulunma hakları yoktu. Neticede 1600 yılında Ieyasu Tokugawa bugünkü Tokyo’da kalıcı bir yönetim (*Bakufu*) kurdu ve

8 Rüdiger Wolfrum ve Rainer Grote (ed.), “Introductory notes on the constitution of Japan” içinde *Constitutions of the Countries of the World*, Oxford University Press (Oceana Law Online), New York, 2005, http://www.oceanalaw.com/NXT/gateway.dll/CCW/current/japan/jpn_intro-2005.htm (Ocak 2010).

9 Carl F. Goodman, *The Rule of Law in Japan: A Comparative Analysis*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, s.11.

10 Matsui, *The Constitution of Japan*, op. cit., s.4-5.

İmparator'dan Şogun unvanını alarak ülkenin gerçek siyasi gücünü ele geçirdi¹¹. Böylelikle Japonya'da 1867'ye kadar sürecek olan Tokugawa Şogunluğu (*Tokugawa Shogunate*) dönemi başlamış oldu; Japonya iki buçuk asır boyunca Tokugawa ailesine mensup Şogun'lar tarafından yönetildi.

Tokugawa döneminde Japonya'nın siyasi sistemi Şogun'un doğrudan yönetimi ile soyluların kendi toprakları üzerinde kurdukları özerk yönetimlerin bir birleşiminden oluşuyordu. Tokugawa ülkede Hristiyanlığı yasaklarken sıkı bir izolasyon politikası uygulandı ve Japonların ülkeden ayrılması ve yabancıların Japonya'ya girmesi yasaklandı. İthalata müdahale edilerek yabancı ticaret gemilerinin Japonya'ya girişi de büyük ölçüde sınırlandırıldı. İnsanlar sosyal statülerine göre sınıflara ayrılarak (İmparatorluk hanedanı, soylular, samuray savaşçıları, köylü, esnaf, tüccar sınıfları + insan olmayanlar [*non-humans*]) toplumdaki sınıf hiyerarşisi pekiştirildi.

Hukuk ise büyük ölçüde geleneğe dayanıyordu. Siyasi iktidarın gücünü pekiştiren bazı önemli kanunlar yapılmıştı. Genel olarak kamusal hayatı düzenleyen kapsamlı kanunlar yoktu, dolayısıyla uyuşmazlıklar eski içtihatlarla dayanıyordu ve her olaya özgü olarak çözümleniyordu. 1742'de çıkarılan kapsamlı bir kanun (*Kujikata Osadamegaki*) daha önce çıkarılan çeşitli kanunların ve içtihatların bir toplamıydı. Dolayısıyla dönemin sonuna bakıldığında hukuk, sadece yöneticiler tarafından halkı idare etmek için kullanılan bir araçtan ibaretti ve üstün bir hukuk/hukukun üstünlüğü algısı söz konusu değildi. İdare ile halk arasındaki ilişki hak ve yükümlülük kavramları üzerine kurulmadığı için bu dönemde Japoncada *hak* veya *özgürlük* kavramlarını karşılayan sözcükler dahi bulunmamaktaydı¹².

3. Modern Japonya: Meiji Restorasyonu ve Anayasası

Savaşçı sınıfa mensup Tokugawa hanedanının Japonya topraklarında iki buçuk asırdan fazla (1600–1868) sürdürdüğü feodal diktatörlük rejimi 1850'li yıllar ile birlikte güç kaybetmeye başladı ve nihayet onbeşinci Tokugawa Şogun'unun İmparator'a teslim olmasıyla sona erdi. Uzun ve baskı dolu bir rejimin ardından Japonya 1868'de tahta geçen İmparator Meiji ile başlayan yeni dönem ile birlikte Japonya radikal bir yenilenme/değişme sürecine girmiştir. Meiji Restorasyonu/Devrimi olarak anılan bu dönemde (1868–1912) Japonya hızlı bir modernleşme sürecine girmiş ve gelişen sanayileşme ile birlikte Batı'yı bir model olarak kullanarak merkezi otoriteyi tekrar güçlendirmiş; yeni bir toplumsal, ekonomik ve siyasal yapıya kavuşmuştur.

11 *Ibid.*, s.5-6.

12 *Ibid.*, s.6-7.

S. Yolcu: Japonya’da Anayasa’nın Yargısal Korunması

Meiji ile başlayan Japon modernitesinin en önemli aşamalarından biri şüphesiz Japon tarihinde ilk kez modern anlamda bir “anayasa” yapılmasıdır. “Avrupa ülkeleri karşısındaki geri kalmışlıktan kurtulmak için hızlı bir batılılaşma arayışında olan” Meiji dönemindeki yönetici sınıf/Meiji yönetimi için yazılı bir anayasa fikri Japonya’nın Batılılaşma çabaları içinde başlangıcından itibaren sıcak bir tartışma konusu olmuştur. Neticede dönemin yönetici eli-ti tarafından 1881’de başlatılan anayasa yapımı çalışmaları Alman ekolü ve özellikle de 1850 Prusya Anayasası model alınarak 1888 yılında İmparatora sunulan anayasa taslağı ile son bulmuştur. Japon İmparatorluk Anayasası 11 Şubat 1889’da ilan edilerek 29 Kasım 1890’da yürürlüğe girmiştir. 1890 Japon İmparatorluk Anayasası “Asya Kıtası’nda görülen Batı tarzı ilk anayasa olup”¹³, aynı zamanda Asya’daki ilk parlamento ve parlamenter hükümet sistemini de kurmuştur¹⁴.

Yedi bölüm (I. İmparator, II. Tebaanın Hak ve Yükümlülükleri, III. İmparatorluk Meclisi, IV. Devlet Bakanları ve Özel Konsey, V. Yargı, VI. Finans, VII. Ek Hükümler) ve 76 maddeden oluşan Meiji Anayasası kuvvetler ayrılığı ve parlamenter demokrasi için bazı mekanizmalar getirse de bunlar oldukça sınırlı seviyedeydi. Anayasa’ya göre devlet başkanı İmparatordur ve egemenlik halka değil İmparatorun kişiliğine aittir. Yürütme organında bir başbakan ve kabine yer alır. Bununla birlikte Anayasada Kabinenin Parlamento’ya karşı sorumluluğunu öngören hiçbir hüküm yer almıyordu yani yürütme yasama-nın güvenine dayanmıyordu. Dolayısıyla Meiji Anayasasına göre hükümet hiçbir demokratik denetim altında olmadan sadece İmparatorun güvenine dayanarak ülkeyi yönetme hakkına sahipti.

Yasama yetkisi İmparator’a aittir ve bu yetkiyi parlamentonun yardımıyla kullanır. Yasama organı (*Diet*) iki meclisli bir parlamentodur; parlamentonun bir kanadında halk tarafından seçilen temsilciler yer alırken diğer kanadın üyeleri İmparator tarafından atanmaktaydı. İmparator parlamentonun çıkardığı kanunlar üzerinde mutlak bir veto yetkisine sahip iken ayrıca parlamentonun onayına gerek olmaksızın imparatorluk emirleri çıkartma yetkisine sahipti. Dolayısıyla İmparatorluk meclisinin gerçek bir yasama yetkisine sahip olduğunu söylemek zordur. Meclis daha çok İmparatorun isteklerini onaylayan bir noter işlevi görmekteydi. Ayrıca Meclisin temsil niteliği de oldukça sınırlıydı. Zira 1925 yılına kadar Japonya’da oy hakkı sadece 25 yaş üzerindeki erkeklere tanınmıştı; kadınlar ise ancak 1946 yılında oy hakkına

13 Koji Tonami, “İkinci Dünya Savaşı Sonrası Dönemde Japonya’da Anayasacılığın Gelişimi”, içinde *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim Türkiye’de Anayasal Değişim Beklentileri*, (Ed.) Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2010, ss.211–239, s.212.

14 Edwin Arnold, “Asia’s First Parliament”, *New York Times*, 26 Ocak 1891, <http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=9D0DE2DD1F3BE533A25755C2A9679C94609ED7CF>.

sahip oldular¹⁵.

Nihayet yargı yetkisi ise İmparator adına mahkemeler tarafından kullanılırdı. İmparator tarafından atanan hâkimlerden oluşan yargı organı İmparator adına hem hukuk hem de ceza davalarına bakardı; ancak kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek yetkisine sahip değildi. İlâveten bu dönemde gerçek anlamıyla bir yargı bağımsızlığından bahsetmek mümkün olmadığı gibi mahkemelerin yetkileri de oldukça sınırlıydı¹⁶. Meiji Anayasası mahkemelere kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimi yetkisi veren açık bir hüküm içermiyordu. Her ne kadar o dönemki yüksek mahkemenin kanunların şekil ve usul bakımından uygunluğunu denetleyebileceği üzerinde bir uzlaşma vardiysa da mahkemelerin bir kanunun içeriğini, esas bakımından denetleyip denetleyemeyeceği üzerinde bir görüş birliği yoktu. Bir kesim yasamanın etkili bir şekilde kontrol edilmesi bakımından anayasa Yargısı lehindeyken, diğer bir kesim ise siyasi sürecin demokratikleşmesine zarar vereceği gerekçesiyle anayasallık denetimine karşı çıkmaktaydı. Ancak Meiji dönemindeki yüksek mahkeme mütemadiyen kanunların Anayasa'ya uygunluğu yetkisini kullanmaktan imtina etmiştir¹⁷.

Meiji döneminde idarenin yargısal denetimi ise Kıta Avrupa'sı idare hukuku anlayışına dayanıyordu ve içeriği çok sınırlıydı. Anayasa'nın 61'inci maddesine göre “*İdari makamların hukuka aykırı işlemlerinden ötürü hak ihlal edildiği iddiasına dayanan ve özel olarak kanunla kurulan İdare Mahkemesinin yetkisine giren davalar hukuk mahkemeleri önünde görülemez*”¹⁸. Dolayısıyla Anayasa hükmü gereği idari işlemlerin ve idarenin eylemlerinden kaynaklanan zararların birçok Avrupa ülkesinde olduğu gibi normal mahkemeler önünde dava edilmesi mümkün değildi; bunun için yürütmenin bir parçası olan özel bir idare mahkemesi vardı. 1890 yılında kabul edilen İdari Yargılama Kanunuyla (*Gyosei Saiban Ho/Administrative Adjudication Law*) Alman sistemine dayalı bir idari yargı denetimi sistemi ve Tokyo'da ilk ve son derece mahkemesi niteliğinde bir İdare Mahkemesi (*Administrative Court*) kurulmuştu.

Meiji Anayasasının kurucu babaları açısından kamu yararı bireyin yararından önde gelmekteydi ve bu bağlamda özel idare mahkemesi sistemini kurmanın iki gerekçesi vardı. Birincisi kamu yararını gerçekleştirmek için çalışan idare, mahkemeler kadar bağımsız olmalıdır. İdari tedbirlerin olağan mahkemeler tarafından denetlenmesi ise idareyi yargı görevlilerine bağımlı kılar. İkincisi özel idari yargı gereklidir çünkü hâkimler idare ile ilgili konularda ge-

15 Kawagashi, *op. cit.*, s. 313.

16 Wolfrum ve Grote, *op. cit.*; Matsui, *op. cit.*, s.10.

17 Kawagashi, *op. cit.*, s. 315.

18 The Constitution of the Empire of Japan, <http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c02.html>, Ekim 2012.

S. Yolcu: Japonya’da Anayasa’nın Yargısal Korunması

rekli profesyonel eğitime sahip değildirlir¹⁹. Ne var ki bu gerekçelerle kurulan İdare Mahkemesi diğer hukuk mahkemeleriyle aynı kurallara tabi değildi ve mahkeme üyeleri de gerçek bir bağımsızlığa sahip değildi. İdare Mahkemesi sadece kanunda tadadi olarak sayılan ve mülkiyet hakkıyla alakalı beş hususa ilişkin şikâyetleri inceleyen bir idari organ olarak işlev görüyordu. Bu nedenle etkili bir yargısal denetim organı olarak işlediğini söylemek mümkün değildir²⁰. Nitekim II. Dünya Savaşı sonrası yapılan yeni anayasa ile bu idari yargı sistemi terk edilmiş ve yargı birliği sistemine geçilmiştir.

Meiji Anayasasının “aslında 1850 Prusya Anayasası’nın bir tekrarıdır” ibaret” olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır; zira bu anayasa “egemenliğin halk yerine İmparator’un (*Tenno*) kişiliğinde belirdiği bir anayasal monarşi fikri üzerine kurulmuştu” ve Meiji anayasacılığında “[s]iyasî iktidarın yapılandırılması sınırlı bir demokrasi uygulamasını yansıtırken, insan haklarının korunması ise yetersizdi”²¹. Aslında Meiji anayasası öncesinde hak kavramı Japon toplumuna ve hukuk kültürüne tamamen yabancı bir kavramdı. Dolayısıyla Anayasa’nın 22 ile 29’uncu maddelerinde sayılan temel hak ve hürriyetler sayıca ve içerik olarak oldukça sınırlıydı. Örneğin anayasada çalışma özgürlüğü ve kanun önünde eşitlik hakkı yer almıyordu; din özgürlüğü yalnızca vatandaşların yükümlülüklerini ihmal etmedikleri ölçüde tanınmaktaydı ancak din özgürlüğü bakımından *Shinto* (eski Japon dini) devletin *de facto* dini haline gelmişti. Öte yandan temel hak ve hürriyetler sadece kanun dairesinde kullanılabilirdi ve dolayısıyla bir kanunun Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasında bulunmak mümkün değildi.

Bütün bu özellikleri dikkate alındığında Meiji Anayasasının kurduğu sistemin saf bir *meşruti monarşi* özelliğini taşıdığını söylemek güçtür. Zira “İmparator’un otoritesi, Meiji Anayasası’nın yürürlükte kaldığı dönem boyunca siyasî iktidarın en yüksek meşruluk kaynağı olmaya devam etti. Bu dönem, siyasî iktidarın anayasa tarafından kontrol edilmesi gerektiği yönündeki temel anayasal anlayışın son derece zayıf kaldığı bir dönem oldu. İşin aslı, Meiji Anayasası’nın siyasî iktidarı etkin biçimde kontrol etmekten uzak oluşuydu”²². Bu bakımdan Meiji Anayasasının “günümüzde çoğu anayasa hukukçusu tarafından zayıf ve işlevsiz olarak”²³ nitelendirilmesi doğaldır.

1890 Anayasası yaklaşık elli yedi yıl yürürlükte kaldıktan sonra II. Dünya

19 Kawagashi, *op. cit.*, s. 314.

20 Matsui, *The Constitution of Japan*, *op. cit.*, s.10-11. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Lorenz Ködderichz, “Administrative Litigation and Administrative Procedure Law” içinde Wilhelm Röhl (ed.), *History of Law in Japan Since 1868*, Leiden, Brill Academic Publishers, 2005, ss.627-654.

21 Tonami, *op. cit.*, s.212.

22 Matsui, *The Constitution of Japan*, *op. cit.*, s.10.

23 *Ibid.*, s.10.

Savaşı'nda alınan büyük yenilgi ve yıkımın ardından Japonya'nın yenilenme ve demokratikleşme sürecine girmesiyle birlikte yerini yeni bir Anayasa'ya bırakmıştır. Savaş sonrası Japonya'ya giren Amerikan işgal kuvvetlerinin ilk işi zayıf ve işlevsiz bir siyasal sistem kuran Meiji Anayasasının demokratik kusurlarını ortadan kaldırıp yerine Japonya'ya yeni bir anayasal sistem inşa etmek olmuştur. Nitekim İmparatorluk Anayasası kendisinin değiştirilme usulüne uygun olarak 2 Kasım 1946'da tamamen değiştirilerek hâlihazırda yürürlükte olan Japonya Anayasası'na dönüşmüştür. Çalışmanın bundan sonraki kısmında 1947 Japonya Anayasasının kurduğu anayasal düzen ve bu düzenin yargısal denetim işlevi açıklanacaktır.

4. Çağdaş Japonya: 1947 Japonya Anayasası

İkinci Dünya Savaşı'nda uğradığı büyük yenilginin ardından başlayan Amerikan işgali Japonya için yeni bir anayasal dönemin de başlangıcı olmuştur. Savaştan yenik çıkan Japonya için en kritik sorun siyasi düzenin yeniden yapılandırılmasıydı. Nitekim Amerikan işgal kuvvetlerinin ilk icraatlarından biri Japon anayasal sistemini yenilemek olmuştur. Müttefik güçlerin Japonya'yı yenileme projesi 1945 *Postdam Deklerasyonu*'nda da açıkça ifade edilmiştir: "Japon Hükümeti Japon halkı arasındaki demokratik eğilimlerin yeniden canlanması ve kuvvetlenmesi önündeki bütün engelleri kaldıracaktır. İfade özgürlüğü, inanç özgürlüğü ve temel insan hakları tanınacaktır." Bu bağlamda savaş sonrası Japon toplumunun liberalleşmesi ve demokratikleşmesi Japon hükümeti için uluslararası bir zorunluluktan ve bunu gerçekleştirebilmek için siyasetin yapısal dönüşümü gerekiyordu. Yargı denetiminin kurulması ise bu dönüşümü ve liberal demokratik düzeni gerçekleştirmenin önemli yollarından biriydi²⁴.

Müttefik güçlerin başkumandanı olan ABD'li General Douglas MacArthur'un ülkeye gelişinin ardından Japon halkı için iki seçenek vardı: kısmen demokratik eski anayasal rejimi restore etmek veya tamamen yeni bir siyasi düzen kurmak. Sonuçta ortaya çıkan bu ikisi arasında bir yapı olmuştur²⁵. Müttefik güçler savaştan sonra Japonya'yı doğrudan yönetmemiş, Japon hükümetini verdiği direktif ve emirleriyle demokratikleşmeyi gerçekleştirmeye zorlamıştır. Bu doğrultuda işgali müteakip derhal yeni bir anayasa yapılması için Japon hükümeti tarafından çalışmalar başlatılmıştır. Ancak o dönemki Japon yöneticileri eski Meiji ideolojine saplanmıştı ve Meiji anayasasında yapılacak bazı değişikliklerin yeterli olacağı kanaatindeydi.

Dolayısıyla iktidarın sunduğu anayasa değişikliği teklifi bireylerin temel

24 Kawagashi, *op. cit.*, s. 309.

25 *Ibid.*, s. 310.

hak ve hürriyetlerini güvence altına almak bakımından yeterli mekanizmaları içermiyordu²⁶. Hükümetin önerisinden memnun olmayan MacArthur üç temel noktanın mutlaka yeni Anayasa'nın temelini oluşturması gerektiği kanaatindeydi: Halk egemenliği, savaştan vazgeçme ve feodal sistemin tasfiyesi. Bu noktalardan hareket eden Mac Arthur kendi emrindeki subaylara sekiz gün içinde bir anayasa taslağı hazırlattı ve bu taslak daha sonra Japon hükümeti tarafından ufak değişikliklerle Nisan 1946'da kamuoyuna kendisinin resmi anayasa taslağı olarak açıklandı. ABD'li subayların hazırladığı anayasa değişikliği teklifi parlamentoda kabul edildikten sonra, İmparator tarafından 3 Kasım 1946'da yayınlandı ve 3 Mayıs 1947'de yürürlüğe girdi. Böylece Japonya yeni anayasasına kavuşmuş oldu. Burada bir noktanın önemle üzerinde durmak gerekir ki 1947 Anayasası asli kurucu iktidar tarafından hukuk boşluğu ortamında sıfırdan (*ab initio*) yapılmış bir anayasa değil, Meiji İmparatorluk Parlamentosu tarafından Meiji Anayasasındaki anayasa değişikliği usulüne (m.73) uyularak gerçekleştirilen toplu bir anayasa değişikliği şeklinde yapılmıştır.

On bir bölüm (I. İmparator, II. Savaşın Reddi, III. Bireylerin Hak ve Yükümlülükleri, IV. Yasama [*Diet*], V. Yürütme [*Kabine*], VI. Yargı, VII. Finans, VIII. Yerel Yönetim, IX. Anayasa'nın Değiştirilmesi, X. Üstün Hukuk, XI. Ek Hükümler) ve 103 maddeden oluşan Japonya Anayasası halk egemenliği prensibi ve insan haklarına saygı üzerine kurulmuş modern bir anayasadır. Anayasa'nın 1'inci maddesine göre "*İmparator, devletin ve millî birliğin sembolüdür, Onun bu sıfatı egemenliğe sahip olan milletin iradesinden doğar.*" Dolayısıyla artık İmparator (*Tenno*) Meiji anayasasında ifade edildiği gibi "kutsal ve dokunulmaz" olmaktan çıkmış, devlet yönetiminde hiçbir siyasi gücü bulunmayan sembolik bir makam haline gelmiştir. Keza 1947 anayasasında daha önceki anayasada yer almayan çok önemli evrensel temel ilkeler kabul edilmiştir. Her şeyden önce egemenliğin halka ait olduğu Anayasa'nın başlangıç kısmında belirtilmiştir. Kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan anayasada Westminster tipi saf bir parlamenter sistem kurulmuştur. Yasama organı (*National Diet*) her ikisi de seçimle gelen üyelerden oluşan iki kanatlı, Temsilciler Meclisi (*House of Representatives*) ve Danışma Meclisi (*House of Councillors*), bir parlamentodur. Yürütme organı Başbakan ve Bakanlar Kurulundan oluşur ve yürütme yetkisinin kullanılmasında Bakanlar Kurulu parlamentoya karşı müştereken sorumludur. Yargı yetkisi ise 76 ila 82'inci maddelerinde düzenlenmiştir.

Anayasada birey, devlet ve toplumun önüne çıkarılmıştır. Liberal demokrasiyi gerçekleştirmek için insan onuruna saygı duymayı öncelikli amaç edinen Anayasa'nın 3'üncü bölümünde (m.10-40) kişi hakları, siyasi, sosyal ve ekonomik haklar düzenlenmiştir. Bu bölümde yaşama hakkı (m.13), kanun

26 *Ibid.*, s. 317.

önünde eşitlik (m.14), devletin eylem ve işlemlerinden dolayı tazminat isteme hakkı (m.17), düşünce ve vicdan özgürlüğü (m.19), din özgürlüğü (m.20), toplanma ve örgütlenme özgürlüğü (m.21), yerleşme ve meslek özgürlüğü (m.22), akademik özgürlük (m.23), çalışma hakkı (m.27), özel mülkiyetin korunması (m.29), kadın erkek eşitliği gibi en temel insan haklarına hatırı sayılır bir yer verilmiştir.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimi açısından ise Japonya anayasasında kullanılan tek kavram “kamu refahı (*public welfare*)”dır. Anayasa-daki hakların arasında dört hükümde (m. 12, 13, 22, 29) kamu yararı kavramı bir sınırlandırma sebebi olarak düzenlenmiştir. Bunlardan Anayasa’nın 12 ve 13’üncü maddelerinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilceği hükmünün²⁷, anayasada sayılan bütün hak ve hürriyetler kullanılabilecek için bir *genel sınırlandırma sebebi* oluşturduğu kabul edilirken; yerleşme ve meslek özgürlüğünü düzenleyen 22 ve özel mülkiyeti düzenleyen 29’uncu maddelerdeki sınırlama kriteri olan kamu yararı kavramının sadece bu hakların sınırlandırılmasında kullanılabilecek *özel sınırlandırma sebebi* olarak düzenlendiği kabul edilmektedir. Japon Yüksek Mahkemesi yerleşik içtihadıyla 12 ve 13’üncü maddelerdeki sınırlandırma sebebinin anayasada düzenlenen diğer bütün hak ve hürriyetlere teşmil edeceğini kabul etmiş ve itirazlar olsa da Mahkemenin bu içtihadı akademik çevrede de genel anlamda kabul görmüştür²⁸.

Bu haklar ve özgürlükler yargısal denetim yoluyla da Anayasa’nın koruması altına alınmıştır. Dolayısıyla eski rejimin kalıntılarını yok ederek demokrasi ve insan haklarına dayanması bakımından yeni Anayasa’nın kurduğu Japon hükümet sistemi anayasacılığın özüne hiç olmadığı kadar çok yaklaşmıştır ve bu sistem içinde en çok umut verici kurumlardan bir de kuşkusuz yargı denetimidir. Anayasa kendisinin ülkenin en üstün hukuk normu olduğunu ve Anayasa’ya aykırı herhangi bir yasama veya yürütme işleminin geçersiz olduğunu da açıkça ifade etmiştir (m.98/1 ve m.99). Bu geçersizliği müeyyidelendirmek için ise hukuk devletinin olmazsa olmazı olan yargısal denetim/anayasa Yargısı mekanizmasını kurmuştur. Buna göre Japonya Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of Japan*) en üst temyiz mercii olarak her türlü kanun,

27 **Madde 12**— Bu Anayasa ile millete temin edilen haklarla hürriyetler, vatandaşların devamlı gayretiyle muhafaza ve idame edilir. Her vatandaş bu hak ve hürriyetleri fenaya kullanmaktan çekinmelidir; herkes bunların âme menfaatına [kamu yararına] kullanılmasından daimi şekilde mes’ul tutulur.

Madde 13— Milletin bütününe hürmet etmek, fertlere teker teker saygı göstermek suretiyle olur. Umumi menfaatla [Kamu yararına] tezat teşkil etmemek şartıyla, fertlerin yaşama, hürriyet ve saadet, arama hakları kanunların ve idare mekanizmasının mühlhem olacakları en yüksek ölçüdür. (Burada kullanılan tercümenin kaynağı şudur: Akif Erginay, “Yeni Japon Anayasası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, Sayı: 1, 1950, ss.494–506.)

28 Matsui, *The Constitution of Japan*, op. cit., s.164-165; Wolfrum ve Grote, op. cit.

S. Yolcu: Japonya'da Anayasa'nın Yargısal Korunması

emir, tüzük/yönetmelik veya resmi işlemin anayasa uygunluğunu denetleme yetkisine sahiptir²⁹.

Anayasaya aynı zamanda "Barış Anayasası" (*Heiwa-Kenpō*) olarak nitelendirilmektedir. Bunun sebebi Anayasa'nın 9'uncu maddesinde açıkça savaşın uluslararası sorunların bir çözüm yolu olarak reddedilmesidir. Çok büyük bir savaşın ardından yapılan bu Anayasa'nın meşhur 9'uncu maddesi dünyada eşi benzeri olmayan bir hüküm ile de savaşı reddetmiş ve silahlı kuvvetler kurmayı yasaklamıştır: "*Nizam ve adalete müstenit milletlerarası bir sulhu gönülden dileyen Japon milleti, halkın hükümranlık hakkı olarak harpten ve milletler arası anlaşmazlıkları hal işinde tehdit ve kuvvet kullanmaktan, daimî şekilde feragat eder. Bu itibarla, hiç bir kara, deniz ve hava kuvveti veya her hangi diğer bir harp kuvveti muhafaza edilemez. Devlete muhariplik hakkı tanınmaz*"³⁰.

Bu hüküm gerçekten dünya çapında kendine özgü bir örnektir. Silahlı kuvvetlere sahip olmayan İzlanda anayasasında bile böyle bir hüküm yoktur. Keza aynı savaştan Japonya ile birlikte mağlup çıkan Almanya anayasasında da benzer nitelikte bir hüküm yer almamıştır. Bununla birlikte Pasifizm ilkesi denen bu barışçıl hükme rağmen gerçekte günümüzde Japonya, Meşru Müdafaa Kuvvetleri (*Self-Defense Forces* [SDF]) adı altında 1954 yılından beri dünyanın en güçlü askeri kuvvetlerinden birine sahiptir. Ülkede bir savunma bakanlığı bulunmamakla birlikte SDF idari olarak hükümete bağlı bir daire tarafından yönetilmektedir ve bu daireye hükümetin içinden bir devlet bakanı başkanlık etmektedir. Dolayısıyla anayasa ile reel savunma politikası arasındaki uçurum SDF'nin kurulduğu günden beri akademisyenler arasında ve kamuoyunda büyük tartışmalara konu olmuştur ve bugün hâlâ Japonya'da bu maddenin değiştirilmesi yönünde talepler vardır. SDF'nin varlığı genel olarak 9'uncu maddenin çok geniş bir şekilde yorumlanmasıyla açıklanmaktadır. Bu yoruma göre hiçbir ulusun doğal olarak sahip olduğu kendini savunma hakkı yok edilemez. Japon Yüksek Mahkemesi de bu yoruma uyarak *Sunagawa* davasında verdiği karar (Aralık 1959) ile açıkça Anayasa'nın 9'uncu maddesinin Japonya'yı kendini savunma hakkından mahrum bırakmadığına hükmetmiştir³¹.

Nihayet belirtmek gerekir ki her ne kadar Japon Anayasası çok güçlü bir Amerikan etkisi altında yapılmış olsa da, Japonya esas itibarıyla Kıta Avrupa-

29 Japonya Anayasası m.81: "[T]he Supreme Court is the court of last resort with power to determine the constitutionality of any law, order, regulations, or official act."

30 Erginay, *op. cit.* "Article 9 - Aspiring sincerely to an international peace based on justice and order, the Japanese people forever renounce war as a sovereign right of the nation and the threat or use of force as means of settling international disputes. (2) To accomplish the aim of the preceding paragraph, land, sea, and air forces, as well as other war potential, will never be maintained. The right of belligerency of the state will not be recognized".

31 Wolfrum ve Grote, *op. cit.*

sı hukuk sistemine ait bir ülkedir ve anayasal sistemdeki Alman etkisi de oldukça kuvvetlidir. Dolayısıyla modern Japon anayasal düzeni Alman sistemi üzerine inşa edilmiş Amerikan hukuk uygulaması olarak nitelendirilebilir³².

5. Yargı Organı ve Anayasa Yargısı

Japonya'da yargı organının kökenleri on on dokuzuncu yüzyılın Meiji modernleşmesine dayanır. Ancak kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimi (anayasa Yargısı /yargı denetimi) Japon topraklarına ilk kez 1947 Anayasası ile girmiştir. Meiji Anayasası egemenliğin yalnızca İmparatora ait olduğu ve sadece İmparator tarafından kullanıldığı bir sisteme dayanıyordu. Oysa 1947 Anayasası egemenliği halka ait kılmış ve siyaseti dikey bir hiyerarşiden eşitler arasındaki yatay bir ilişkiye dönüştürerek devlet yönetiminin evrensel ilkelerini kabul etmiştir. Bunlar arasında yargı denetimi en başta gelmektedir. Zira bugün anayasacılık düşüncesinin temelinde yargısal denetim yer almaktadır³³.

1947 Japonya Anayasası tüm yargı yetkisini münhasıran Yüksek Mahkeme'ye (*Supreme Court*) ve kanunla kurulacak alt derece mahkemelerine vermiştir (m. 76). Dolayısıyla Yüksek Mahkemenin başını çektiği yargı örgütü ABD Anayasasının benimsediği sistem ile –ABD'nin federal devlet olma niteliği bir yana bırakılırsa- oldukça benzer niteliktedir. Bunun yanında Anayasa'nın 81'inci maddesi, Yüksek Mahkeme'ye bir kanunun ve diğer hükümet işlemlerinin anayasa uygunluğunu denetleme yetkisini yani *anayasa Yargısı* fonksiyonunu da vermiştir. Dolayısıyla yargı organının, yasama organını (*Diet*) kontrol etme ve hükümetin Anayasa'yı ihlal etmesini önlemesi beklenmektedir. Buna rağmen genel olarak Japonya'da yargı organı ve özel olarak anayasa Yargısı görevi yapan Yüksek Mahkeme kendisinden beklenen bu görevde çok pasif bir rol oynamış, özellikle bireysel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda oldukça muhafazakâr bir tutum sergilemiştir³⁴.

Japonya federal değil, üniter bir devlettir. Bu nedenle bütün mahkemeler merkezi yönetim yapısının içinde yer alır. Bu merkezi yargı teşkilatı ise yargı birliği usulünü benimsemiştir. Yani ülkede tek bir yargı kolu vardır ve bütün mahkemeler bu yargı örgütünü içinde çalışırlar. Yargı yetkisi bütün hukuk, ceza ve idari davaları kapsamaktadır. Ayrıca Anayasa anayasada belirtilenler dışında olağandışı yargı organlarının kurulmasının yasaklamaktadır, dolayısıyla yürütme organının yargılama işi yapacak makamlar ihdas etmesi mümkün değildir (m.76/2). Yargı organı 3000 civarında yargıçtan oluşur. Yargıçlar çoğunlukla Asistan Yargıç olarak göreve başlar ve stajlarının tamamladıktan sonra atanırlar. Bir kez göreve başlayan bir yargıç farklı yerlerde ve farklı gö-

32 Matsui, *The Constitution of Japan*, op. cit., s.29-35.

33 Kawagashi, op. cit., s.308.

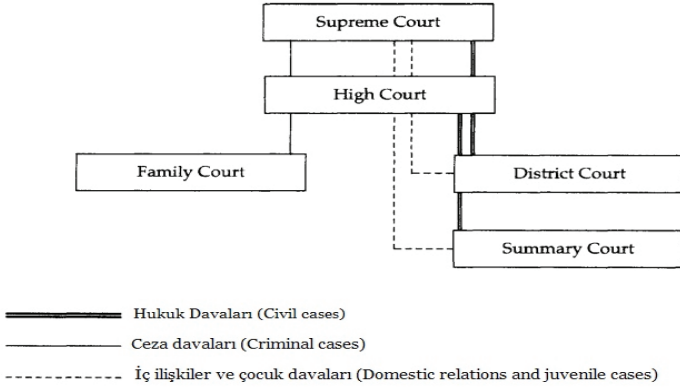
34 Matsui, *The Constitution of Japan*, op. cit., s.119-120.

S. Yolcu: Japonya'da Anayasa'nın Yargısal Korunması

revlerle kariyerlerini geçirirler. On yıllık asistanlığın sonunda tam zamanlı yargıç olduktan sonra her on yılda bir de terfi ederler. Yargı örgütünün önemli unsurlarından biri de kuşkusuz Yüksek Mahkeme Genel Sekreterliğidir. Zira hâkimlerden oluşan bu kurum –Yüksek Mahkeme hariç- bütün hâkimlerin atamaları, yer değiştirmeleri ve terfileri hakkında karar veren, yargının iç işleyişi ve disiplin konularında yetkili tek makamdır³⁵.

1947 tarihli Yargı Kanununa (*Judiciary Act*) göre Japon mahkemeleri şöyle sıralanmaktadır: Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*), Üst Mahkeme (*High Court*), İl/İlçe Mahkemesi (*District Court*). Ayrıca Aile Mahkemeleri (*Family Court*) ve dört yüz civarında Özet Mahkemeler (*Summary Court*) de vardır. En alt derecede genel görevli yargı yeri İl/İlçe Mahkemeleridir, bunlardan Japonya genelinde 50 tane vardır zira ülke 50 adli bölgeye ayrılmıştır. İstisnalar hariç bütün hukuk, ceza ve idari davalara ilk derece mahkemesi olarak bu mahkemeler bakar. Bu mahkemelerden çıkan kararlar *High Court*'larda temyiz edilir. Japonya'da 8 tane *High Court* vardır. Bir *High Court*'un kararından da memnun olmayan taraf, davayı en son olarak Tokyo'daki Yüksek Mahkemeye temyiz edebilir³⁶. Aşağıdaki şekil Japonya'daki mahkeme sisteminin daha kolay anlaşılmasını sağlayacaktır.

ŞEKİL-1: Japonya Mahkeme Sistemi³⁷



6. Japonya Yüksek Mahkemesi ve Anayasa Yargısı

Yüksek Mahkeme bir başkan ve on dört üyeden oluşur. Başkan kabine ta-

35 Ginsburg ve Matsudaira, *op. cit.*, s. 14

36 Matsui, *The Constitution of Japan, op. cit.*, s.121-122.

37 Dean, *op. cit.*, s. 362. Olası terim karmaşasından kaçınmak için mahkeme isimleri Türkçeye çevrilmemiştir.

rafından belirlenir ve İmparator tarafından atanırken, üyeler ise doğrudan Kabine tarafından atanırlar. Mahkeme üyesi olabilmek için 40 yaşını doldurmuş olmak gerekirken hukukçu olmak zorunluluğu yoktur; fakat *de facto* hukukçuların (hâkim, savcı, avukat) ağırlığı vardır. Mahkeme üyeleri zorunlu emeklilik yaşı olan 70 yaşına kadar görev yaparlar. Yüksek Mahkeme sadece saf hukuk sorunuyla ilgilenir ve bir taraf yalnızca kanunlarda izin verilen hukuki gerekçeler var ise temyiz edebilir. İlk derece mahkemesi olarak baktığı birkaç konu dışında Mahkeme tamamen temyiz mercii olarak görev yapar.

Yüksek Mahkeme normal olarak her biri beş üyeden oluşan üç “daire” ve on beş üyenin tamamında müteşekkil bir “büyük daire” hâlinde çalışır. Her dava öncelikle beşer üyeli dairlerden birinde incelenir. Ancak bir kanunun Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle geçersiz kılınması söz konusu olduğunda dava on beş üyeli “büyük daire”ye gönderilir. Bir kanunun Anayasa’ya aykırı ilan edilebilmesi için büyük dairede en az 8 üyenin oyuna ihtiyaç vardır, dolayısıyla bir kanunun Anayasa’ya aykırı ilan etmek yüksek bir nitelikli çoğunluk söz konusu değildir. Mahkeme üyelerinin görevden azledilmesi ise son derece ilginç bir şekilde düzenlenmiştir. Anayasa’nın 79’uncu maddesine göre Mahkemeye atanan üyeler, atanmalarını müteakip yapılan ilk genel seçimde halk tarafından denetlenir ve kullanılan oyların çoğunluğu bir üyenin azledilmesi yönünde ise ilgili üye görevden azledilmiş olacaktır. Ancak bu yöntem bugüne kadar hiç işlememiş, hiçbir Mahkeme üyesi halk tarafından görevden alınmamıştır³⁸.

Mahkeme üyelerinin atanmasında asıl söz sahibi olan Başbakandır. Bununla birlikte zaman içerisinde üyelerin seçimine ilişkin bazı gelenekler de oluşmuştur. Üyelerden biri emekli olmak üzere iken ya da bir üyelik herhangi bir nedenle boşaldığında, Mahkeme Başkanı başbakana yeni üye için tavsiyede bulunur ve Başbakanın bu tavsiyeye uyması bir teamül halini almıştır. Dolayısıyla hukuken sadece Başbakanın ellerine bırakılan üyelik, fiilen Mahkemenin uygun gördüğü kişilerin atanması şeklinde gerçekleşmektedir. Öte yandan diğer bir teamüle göre de Mahkemeye atanan üyelerin geldikleri kaynak da sınırlandırılmıştır. Bu geleneğe göre mütemadiyen Mahkemenin 15 üyesinin 6’sı yargıç, 4’ü serbest avukat ve 5’i de diğer mesleklerden (savcı, yüksek bürokrat ve akademisyen) gelmektedir. Dolayısıyla Mahkemenin oluşumunda her dönem hâkim-savcı kökenli üyelerin çoğunluğu söz konusu olmaktadır³⁹.

Ayrıca her ne kadar Anayasa’ya göre 40 yaşını doldurmuş olmak Mahkemeye üye seçilebilmek için yeterli ise de teamüle göre atanan üyeler yaklaşık olarak 64-65 yaşında olmaktadır. Japonya’da Yüksek Mahkeme dışındaki

38 Matsui, *The Constitution of Japan*, op. cit., s.124.

39 Ibid., s.123.

S. Yolcu: Japonya'da Anayasa'nın Yargısal Korunması

mahkemelerde görev yapan hâkimler için zorunlu emeklilik yaşının 65 olduğu göz önüne alınırsa, genel olarak Yüksek Mahkeme üyeliğinin işin uzmanlarının görev aldığı profesyonel bir anayasa yargıçlığından ziyade emekli hâkimleri onurlandırmak için 5–6 yıl daha çalışabilecekleri bir 'onursal makam' halini aldığı söylenebilir⁴⁰. Dolayısıyla bu kadar kısa süre görevde kalan ve teknik olarak Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmaya uygunluklarından ziyade bir unvan edindirme çabasıyla Mahkemeye seçilen üyeler müstakil bir anayasal denetim içtihadı geliştirmek için yeterli zamana sahip olamadıkları gibi kendilerinden beklenen performansı da çoğunlukla gösterememektedirler. Bu bağlamda bugün Japonya'da anayasa Yargısı'nın arzu edilen seviyede olmamasında üyeliğe ilişkin bu özellikler önemli birer etkindir.

Kıta Avrupa'sı hukuk sistemine sahip olan Japonya'da buna uygun olarak Yüksek Mahkeme'de yargılama genellikle dosya üzerinden yapılır ve duruşma yapılması nadiren görülür. Dahası bir daire önüne gelen dava için bir üye görevlendirilir ve dava artık o üyenin sorumluluğundadır. Mahkeme davayı bu sorumlu üyenin açıklamaları doğrultusunda değerlendirir. Çoğunlukla görüşme yapılmaksızın davaya bakmakla sorumlu üyenin önerisine uyularak karar verilir, sadece çok az sayıda dava kurul hâlinde görüşülür. Kararlar bütün mahkeme adına yayımlanır, bireysel olarak bir üye tarafından yazılmaz, ancak üyeler karara karşı bireysel karşı oy yazabilirler. Ayrıca Mahkemenin kararları –çokça eleştirilmesine rağmen- hukuken alt derece mahkemelerini bağlamaz çünkü Japonya'da Anglo-Sakson hukukunda geçerli olan *stare decisis* ilkesi geçerli değildir. Ancak kanun gereği bir dava Yüksek Mahkeme tarafından alt derece mahkemesine geri gönderilirse alt mahkeme Yüksek Mahkemenin kararına uymalıdır⁴¹.

Yüksek Mahkemenin icra ettiği *anayasa Yargısı* fonksiyonunun niteliği, yani Mahkemenin denetim yetkisinin somut denetim, soyut denetim ya da her ikisini de kapsayıp kapsamadığı konusunda Mahkemenin kendisi 1952 yılında şöyle bir içtihat (*National Police Reserve Case*) geliştirmiştir: Mahkemeye göre Anayasa'nın 81'inci maddesi uyarınca bir mahkemenin bir kanunun Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisi ancak bir dava veya uyuşmazlık hâlinde söz konusu olabilir. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme yalnızca görülmekte olan bir dava veya uyuşmazlık dolayısıyla somut denetim yapmaya yetkilidir, Avrupa modeli anayasa mahkemeleri gibi henüz uyuşmazlık konusu olamamış bir kanun ile ilgili soyut denetim yapamaz. Keza Mahkemenin 1950 tarihli başka bir içtihadı dolayısıyla sadece Yüksek Mahkeme değil Japon hukuk sistemi içindeki bütün mahkemeler anayasallık denetimi yapmaya yetkilidir. Ancak yargı sistemindeki nihai temyiz organı Yüksek Mahkeme olduğu için

40 *Ibid.*, s.124.

41 *Ibid.*, s.131-132.

neticede anayasallık denetiminde son söz Yüksek Mahkemeye aittir⁴².

Yukarıda değinildiği gibi Japonya'da anayasallık denetimi yapılabilmesi bir dava veya uyumsuzluğun olağan mahkemeler önünde görülüyor olması gereklidir. Dolayısıyla Japonya'da anayasa uygunluk denetimi için "anayasa davası" türünden bireylerin doğrudan bir düzenlemenin anayasa aykırılığını ileri sürebilecekleri özel bir dava yoktur. Ceza ve hukuk davaları bakımından bir kanunun veya idari eylemin Anayasa'ya aykırılığını iddia edebilmek için genel yargı yeri olan İl/İlçe Mahkemesinde dava açmalıdır. Japonya'da Anayasa'ya uygunluk denetimi en çok ceza davalarında söz konusu olmaktadır. Bir kanunun Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla bir dava açabilmenin esas olarak iki usul vardır. Bir yöntem İdari Yargılama Kanununa göre bir kanunun bir idari organ tarafından uygulanmasının dava edilmesidir. Yani bir kanunun anayasa aykırılığını ileri sürebilmek için bir idari organa karşı belirli bir kanunun belirli bir olayda uygulanmasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla hukuki menfaati bulunan kişilerce dava açılması gerekir. İkinci yöntem ise Devletin Sorumluluğu Kanununa göre devlete karşı verdiği zararın tazmini için dava açılmasıdır. Yani bir hukuk davası ile kişiler bir kanunun veya uygulamasının Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla hükümetten tazminat talebinde bulunabilir⁴³.

Bunların yanında Japon hukukunda bireylerin yasama işlemleri dolayısıyla idareden tazminat isteyip isteyemeyecekleri de tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme bu konuda 1985 yılında aldığı bir kararda (*Voting at Home Case*) bireylerin yasama organının bir işlemi dolayısıyla tazminat isteyebileceğini ancak idarenin böyle bir sorumluluğunu doğabilmesinin sadece yasama organının Anayasa'nın anlamı açık lafzını ihlal etmesi hâlinde mümkün olabileceğine karar vermiştir. Karara konu olan olayda fiziksel olarak engelli olan seçmenlerin evde oy kullanmalarına izin veren yasal düzenleme yasama organı tarafından kaldırılmış ve bu kişiler yasama organının yaptığı tasarrufun kendilerini oy haklarından mahrum bıraktığını iddia etmişlerdir. Mahkeme kararda böyle bir ihlal söz konusu olmadığından tazminat talebinin reddetmiştir. Bununla birlikte bu karardan yıllar sonra 2005 yılında Mahkeme önceki kararının değiştiren bir içtihat yaratmıştır (*Overseas Voters Case*). Bu kararla Mahkeme yasama organının denizaşırı ülkelerdeki seçmenlere oy kullanma imkânı yaratmamasının idarenin sorumluluğuna yol açacağına hükmetmiştir. Bu kararda Mahkeme yasama organı açıkça anayasal hakları ihlal ettiğinde veya bireylerin anayasal haklarını kullanmaları bakımından gerekli imkânları sağlamak için hayati öneme sahip tedbirleri alma görevini yerine getirmemesi

42 Ibid., s.140-141.

43 Ibid., s.141; Shigenori Matsui, "Why Is The Japanese Supreme Court So Conservative", *Washington University Law Review*, Cilt 88, 2011, ss. 1375-1423, s.1383.

durumunda idarenin sorumluluğunun doğacağına karar vermiştir⁴⁴.

Yüksek Mahkemenin anayasallık Yargısı performansı bakımından “politik sorun doktrini (*political question doctrine*)” önemle üzerinde durulması gereken bir konudur. Mahkeme önüne gelen Anayasa’ya aykırılık iddialarında, dava konusunun gerçekten anayasallık denetimi ile ilgili olup olmadığı hakkında sonsuz bir takdir yetkisine sahiptir. Nitekim önemli sayıdaki kararı ile Mahkeme Anayasa’ya uygun yorum yöntemini benimseyerek, Anayasa’ya uygunluk denetimi yapacağı normların kapsamını oldukça daraltmıştır. Özellikle müstakar politik sorun içtihadına göre eğer Anayasa’ya aykırılık iddiasına konu olan uyumsuzluk doğrudan yürütme organının siyasi fonksiyonu ile alakalı yüksek siyasi meseleler ise o zaman bunların çözüm yerinin yargı organı olmadığına karar vermiş ve siyasi sorun kapsamında gördüğü Anayasa’ya aykırılık iddialarını incelemeyi reddetmiştir. Japonya ile ABD arasında 8 Eylül 1951’de imzalanan güvenlik antlaşmasının (*Japan-United States Security Treaty*) Anayasa’ya aykırılığı hakkında açılan 1959 tarihli *Sunagawa* Davasında Mahkeme, dava konusunun hayli siyasi ve ulusal güvenliğe ilişkin olduğunu ve bu nedenle bir yargı kararının konusu olamayacağına karar vermiştir. Keza 1960 tarihli *Tomabechi* Davasında verdiği kararda da dava konusu edilen parlamentonun feshedilmesi işleminin mahkemelerin incelemesine girmeyecek derecede siyasi nitelikte bir mesele olduğuna hükmederek yine politik sorun doktrinine başvurmuş ve davayı reddetmiştir⁴⁵. Her iki karar da Yüksek Mahkemenin çetrefilli politik davalara müdahale etmekteki isteksizliğini açıkça göstermektedir.

Yüksek Mahkeme bir kanunun Anayasa’ya aykırı olduğuna karar verdiğinde bu karar Avrupa modeli anayasa Yargısı nda olduğu gibi herkes için, *erga omnes*, sonuç doğurmaz, yani kanun Mahkemenin kararı ile hukuk âleminden silinmez. Anayasa’ya aykırılığa hükmedilen kararlar Amerikan modeli anayasa Yargısı nda olduğu gibi sadece dava konusunun taraflarını bağlar, yani *inter partes* etkiye sahiptir. Mahkeme Anayasa’ya aykırılığa hükmettiği kararının bir örneğini yasama organına (*Diet*) gönderir; Anayasa’ya aykırı bulunan kanunun değiştirmek veya yürürlükten kaldırmak tamamen yasamanın sorumluluğundadır. Uygulamada genellikle böyle bir durumda yasama organı Yüksek Mahkeme tarafından Anayasa’ya aykırı olduğu ilan edilen kanun hükmünü değiştirir ya da kaldırır⁴⁶.

44 Matsui, *The Constitution of Japan*, op. cit., s.142.

45 *Ibid.*, s.143-144.

46 *Ibid.*, s.145.

7. Muhafazakârlığın Kalesi: Japon Yüksek Mahkemesi

Yaklaşık altmış yıldan fazladır Japon hukuk sisteminin bir parçası olan Japon Yüksek Mahkemesi ne yazık ki bu süre zarfında 1947 Anayasasını yapan kurucu iktidarın kendisinden beklediği demokratik pekişmeye katkı performansını sergileyememiş, bir başarısızlık olmuştur. Zira Yüksek Mahkeme kurulduğu günden bugüne kadar geçen altmış küsur yıllık zaman diliminde yalnızca sekiz (8) kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vererek geçersiz kılmıştır. Bu nedenle de anayasallık denetimi yetkisini kullanmak bakımından “dünyanın en tutucu ve ihtiyatlı” mahkemesi olarak ünlenmiştir. Zira savaştan Japonya gibi yenik çıkan Almanya'da yeni anayasa ile birlikte hemen hemen Japon Yüksek Mahkemesi ile aynı dönemde kurulan Alman Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht*) kuruluşundan (1951) bu yana 600'ün üzerinde kanunu Anayasa'ya aykırı ilan ederek iptal etmiştir⁴⁷. Benzer bir kaderle kurulan iki mahkemenin pratikte vardığı bu afakî farklılık, Japon Yüksek Mahkemesinin bu 'garip' şöhretini daha iyi izah etmektedir.

Yüksek Mahkemenin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle bir kanunu geçersiz kıldığı sekiz kararda Anayasa'ya aykırı ilan edilen normlar şunlardır: Ceza Kanununun yakın akrabayı öldürme suçuna ilişkin hükmü (*Parricide Case* 1973); Eczacılık Kanunundaki yeni eczane açma izni için gereken uygun uzaklığa ilişkin hüküm (*Pharmaceutical Act Case* 1975); Orman Kanununun bir orman üzerindeki ortak mülkiyete ilişkin hükmü (*Forest Act Case* 1987); Posta Kanununun bir posta görevlisine karşı haksız fiil davası açılmasını sınırlayan hükmü (*Postal Act Case* 2002); ülke dışında yaşayan vatandaşların oy hakkına ilişkin imkân tanımayan seçim kanunu hükmü (*Overseas Voters Case* 2005); Vatandaşlık Kanununun Japon vatandaşlığı alan gayrimeşru çocuklara ilişkin hükmü (*Illegitimate Children Nationality Discrimination Case* 2008) ve seçim kanununun oyların dağılımına ilişkin iki hükmü (*Reapportionment Cases*⁴⁸ 1976 ve 1985)⁴⁹.

Bu sekiz karar bakımından şunu belirtmek gerekir: *Reapportionment* davaları ve *Overseas Voters* davası hariç, Yüksek Mahkeme siyasi özgürlüklerin (düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü, din ve inanç özgürlüğü) ihlal edilmesi dolayısıyla hiçbir kanunu Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Anayasa'ya aykırı bulunan kanunların çoğu siyasi tartışmalar yaşanmadan hemen değiştirilirken, sadece Ceza Kanununun Anayasa'ya aykırı bulunan hükmü iktidar partisinin tutucu üyelerinin muhalefeti dolayısıyla yirmi yıl sonra değiştirile-

47 David S. Law, “Why Has Judicial Review Failed in Japan?”, *Washington University Law Review*, Cilt 88, 2011, ss.1425–1466, s.1426.

48 Bu son iki kararda Mahkeme kanunun iki maddesini Anayasa'ya aykırı bulmuş ancak geçersiz kılmamıştır.

49 Matsui, *The Constitution of Japan*, op. cit., s.146.

bilmiştir. Dolayısıyla bu sekiz kararın genel olarak önemli siyasi sonuçlarının olduğunu söylemek mümkün değildir⁵⁰. Diğer taraftan Yüksek Mahkeme muhtelif kararları ile devlet organlarının bazı karar ve eylemlerin Anayasa'ya aykırı olduğuna da karar vermiştir. Bu kararlarda Mahkeme ifade özgürlüğü, mahkemeye ulaşma hakkı, mülkiyet hakkı, din ve devlet işlerinin ayrılması konularında Anayasa'ya aykırılık tespitinde bulunmuştur. Ancak bu kararlar neticesinde hiçbir kanun hükmü iptal edilmemiştir. Dolayısıyla bu kararlar da ciddi siyasi sonuçlara yol açmamış, aksine Mahkemenin siyasetten uzak durma eğilimini tekrar gözler önüne sermiştir. Bu kararlar dışında Mahkeme diğer tüm Anayasa'ya aykırılık iddialarını reddetmiştir⁵¹. Dolayısıyla Japon Yüksek Mahkemesi anayasa Yargısı'nda sıkı bir yargısal kedinin sınırlandırma yolunu tercih ederek oldukça muhafazakâr bir içtihat kurmuştur⁵².

Yüksek Mahkeme özellikle koyu bir tutucu Katolik ve anti-komünist olan Mahkeme Başkanı Koutaru Tanaka döneminde (1950–1959) oldukça muhafazakâr bir görüntü çizmiştir. Ancak zaman içinde Mahkeme değişime uğramıştır. Özellikle 1960'lar boyunca Mahkemeye hakim olan liberal yargıçların etkisiyle eski muhafazakarlığına terk ederek temel hak ve hürriyetlerin ihlali konusunda daha hassas bir Anayasa'ya uygunluk içtihadı geliştirmiş, bu dönemde önemli kararlar vermiştir (Ör: *All Postal Workers* ve *Tokyo Central Post Office* Davaları). Bununla birlikte Mahkemenin bu liberal gelişmesinden rahatsız olan iktidardaki Liberal Demokrat Parti mensubu muhafazakâr politikacıların eleştiri ve baskıları neticesinde, Mahkeme Kazuto Ishida başkanlığındaki 1970'li yıllardan itibaren giderek politik meselelerle ilgili davaları incelemeyi reddetmiş ve kendi bağımsızlığını korumak adına siyasi nitelikli problemleri kendi görev alanında kabul etmeyerek daha muhafazakâr bir kurum olarak kalmayı tercih etmiştir⁵³. Diğer bir ifadeyle Japon Yüksek Mahkemesi siyasetin suçlamalarından kendini korumak uğruna kendini sınırlamıştır.

Mahkemenin bu yüksek muhafazakârlığının altında elbette pek çok kültürel, tarihi, kurumsal ve stratejik neden yatmaktadır. Genel olarak şu tespitlerde bulunmak mümkündür: **İlk olarak** Mahkemenin üye yapısı ve üyelerin seçim yöntemi bunda en önemli etkenlerden biridir. Zira yukarıda açıklandığı gibi Mahkeme üyelerini hükümet seçmektedir ve Japonya'da neredeyse bütün hükümetler 1955 yılından beri muhafazakâr Liberal Demokrat Parti

50 Matsui, "Why is the Japanese...", *op. cit.*, s.1392.

51 Örneğin eşitlik ilkesiyle ilgili bir davada boşanmış bir kadının yeniden evlenebilmesi için beklemek zorunda olduğu altı aylık bekleme süresinin cinsiyet ayrımcılığı teşkil etmediğine ve Anayasa'ya aykırı olmadığına, boşanmadan sonra doğan çocuğun babalık karinesi için bu bekleme süresinin gerekli olduğuna karar vermiştir. (Matsui, "Why is the Japanese...", *op. cit.*, s.1395).

52 Matsui, "Why is the Japanese...", *op. cit.*, s.1392-1395.

53 Matsui, *The Constitution of Japan*, s.147–148.

(LDP) tarafından kurulmuştur. Dolayısıyla Mahkemeye seçilen neredeyse bütün üyeler de hep bu LDP mensubu başbakanlar tarafından seçilmişlerdir. Keza Mahkeme Başkanı yeni başkan ve üye seçiminde Başbakana tavsiyede bulunurken de iktidardaki partisi ile aynı ideolojiden olmayan bir kimseyi önermesi gerçekte bağdaşmaz. Dolayısıyla büyük çoğunluğu muhafazakâr LDP tarafından atanan yargıçların oluşturduğu bir mahkeme doğal olarak muhafazakâr bir anayasa Yargısı performansı ortaya koymuştur. Yüksek Mahkeme eğer bu muhafazakâr eğilimini değiştirmek istiyorsa, Mahkeme Başkanı mevcut felsefeye direnecek bir üye adayı önermelidir. Aksi takdire Başkanın ait olduğu ideolojiden üyeleri önerme geleneğine devam etmesi hâlinde iktidarda kimin olduğu farketmeksizin Mahkeme pasif kalmaya devam edeceği belirtilmektedir⁵⁴.

İkinci olarak Mahkeme üyelerinin iş yükü ve kısa görev süreleri de onların gerçek bir anayasa yargı fonksiyonu görmelerine engel olduğu ifade edilmektedir. Zira yargı örgütünün en üst temyiz mercii olarak yılda ortalama 10000 başvuru alan Mahkemenin üyeleri bireysel olarak yılda ortalama 750 davaya bakmakta ve 3500 davaya da daire üyesi olarak katılmaktadır. Bu kadar ağır bir iş yükünün altında anayasallık denetimi işi çok sınırlı kalmakta, daha doğrusu bu fonksiyona sıra gelememektedir. Üyelerin genellikle sadece 5-6 yıl görev yaptıkları göz önüne alındığında ise bu kadar kısa bir sürede ağır iş yükünün altındaki üyelerin Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak için bir kendilerine has bir anayasal felsefe geliştirecek vakti olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir.

Nihayet Mahkemenin anayasa Yargısı na karşı gösterdiği isteksizliğin belki de en önemli nedeni yargıçların anayasa hukuku kavrayışından kaynaklandığına işaret edilemektedir. Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde eğitilen Japon yargıçlar için anayasa yargı organı tarafından uygulanacak bir hukuk normu olmaktan ziyade bir siyasi ilkeler manifestosu niteliğindedir. Dolayısıyla pozitivist bir hukuk anlayışıyla hareket eden Japon yargıçları için Anayasa yargısal olarak icraî niteliğe sahip bir hukuk normu olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle Anayasa'ya uygunluğun yargısal denetimi işi Japon yargıçları tarafından hiçbir zaman gerçek anlamda benimsenmemiştir⁵⁵. Bu bağlamda Yüksek Mahkemeyi daha aktif bir *anayasa Yargısı* organı haline getirmek için mahkemenin kurumsal tasarımı yapılacak değişikliklerden de önce ilk iş Japon hâkimlerinin Anayasa'yı uygulama yükümlülüklerinin farkına varması sağlanmalıdır. Hâkimler etkin bir anayasa Yargısı için bir taraftan Anayasa'nın diğer kanunlar gibi dikkate almak ve uygulamak zorunda oldukları bir pozitif hukuk normu olduğunu kabul etmeli, diğer taraftan ise yorum yönte-

54 Matsui, "Why is the Japanese...", *op. cit.*, s.1406.

55 Matsui, *The Constitution of Japan*, s.148.

mi bakımından yorumladıkları nesnenin alelade bir kanun değil bir *anayasa* olduğunu idrak etmelidirler⁵⁶.

8. SONUÇ YERİNE

Japon mahkemeleri anayasa Yargısı yetkisi kendilerine verildiğinden beri, bireyler arasındaki özel hukuk uyuşmazlıklarında adil ve aktif bir çözüm mercii olarak hareket ederken, politika oluşturmaya yönelik 'siyasi' içerikli davalarda mütemadiyen statükodan yana taraf olmuştur. Diğer bir ifadeyle sanayileşmiş gelişmiş ülkelerle kıyaslandığında Japonya nispeten çok daha az 'yargısallaşma' yaşamıştır. Yargı yetkisini politika yapma olarak görmeyen hâkimlerin oluşturduğu bir yargı organı olan Japon Yüksek Mahkemesinin politika yapımına katılmamaktaki katı muhafazakâr yapısı akademik çevrelerde çokça eleştiri konusu olurken, Japonya'da süregelen yargı reformu tartışmalarında yargının anayasa Yargısı alanında daha aktif bir rol oynaması gerektiği bunun için de bir takım değişikliklere gidilmesi gerektiği de tartışılmaktadır.

Özellikle Japonya'da 1990'larda hukukun ve mahkemelerin toplumdaki rolünü genişletme hareketi başlamıştır. Bu hareket ile birlikte temel hukuki kurumlarda önemli reformlar (ceza yargılamasında jüri sistemi, hukuk eğitimi sisteminin yenilenmesi vb.) yapılmıştır. Bunlar arasında uygulamadaki avukatları hâkimlik mesleğine girmek için teşvik eden hâkimlerin atama sistemindeki değişiklik dikkate değerdir. Ancak bütün bu değişime rağmen hâlâ Japon mahkemeleri sistematik bir şekilde kanuni ve anayasal haklar arasında ayırım yapmakta; kendilerini 'siyasi' sorunlara bulaştıracak her potansiyel sorundan uzak durmaktadırlar⁵⁷. Diğer taraftan yürütme organı karşısında Anayasa'nın üstünlüğünü sağlayabilmek adına yargı organının daha etkin bir kontrol mekanizması haline gelmesi gerektiği ileri sürülmüş ve hatta bu amaçla Anayasa'nın değiştirilerek sadece anayasa Yargısı görevi yapacak Avrupa modeli bir 'Anayasa Mahkemesi' kurulması dahi teklif edilmiştir⁵⁸. Ne var ki hâlihazırda (Eylül 2014) Japonya Anayasasında tek bir değişiklik yapıl(a)mamıştır⁵⁹.

56 Matsui, "Why Is The Japanese...", *op. cit.*, s.1376.

57 Ginsburg ve Matsudaira, *op. cit.*, s. 21.

58 Matsui, *The Constitution of Japan*, *op. cit.*, s.150.

59 Bu yönüyle Japon Anayasası yeryüzünde halen yürürlükte olan bütün anayasalar içinde şeklen hiçbir değişikliğe uğramamış en uzun ömürlü anayasa unvanını da taşımaktadır. 1947 Anayasası yabancı güçler tarafından dayatılmasına rağmen değiştirilmeyen nadir bir örnektir. Hakim parti konumundaki LDP kurulduğu 1955'den bu yana anayasada değişiklik yapılması için muhtelif girişimlerde bulunmuştur, ancak bunların hiçbirinden sonuç alınamamıştır. En son 2013 yılında Başbakan Abe hükümeti Anayasa'nın değiştirilmesini düzenleyen 96'ncı maddesini anayasa değişikliği usulünü kolaylaştırmak amacıyla değiştirmek için girişimde bulunmuş ancak aldığı ağır eleştiriler ve muhalefetin etkisiyle teklifini geri çekmiştir. Bu

Yüksek Mahkemenin anayasa Yargısı na kurulduğu günden beri bu kadar tutucu bir şekilde yaklaşması içinde yaşadığı politik çevre göze alındığında çok da şaşırtıcı olmasa gerek. Zira merkez sağın Japonya siyasetinde onlarca yıldır süren iktidarının Yüksek Mahkemenin davranışını etkilememesi beklenemez. Son dönemde Japonya'da siyasi iktidar sol partilere kaymaya başlasa da yargının bu eğilime ne kadar çabuk ayak uyduracağını önceden kestirmek mümkün değildir. Uzun vadede Mahkemenin siyasetin sola kaymasından etkileneceği düşünülebilir ancak kısa vadede yargının eski alışkanlıklarına tutunması muhtemeldir⁶⁰. Nitekim siyasetin yargısallaşmasına izin veremeyen Japon Yargısı'nın kendi kendini sınırlamasını anlamada, yargı denetimini açıklamaya çalışan "hegemonik koruma (*hegemonic preservation*)" ve "politik sigorta (*political insurance*)" gibi teorilerin yetersiz kaldığı görülmektedir. Zira topu almak istemeyen bir mahkemeye pas vermeye çalışmak anlamsızdır⁶¹. Japon mahkemeleri ve yargıçları kamusal politikaların belirlenmesine karar vermeye yönelik pasif yaklaşımını esas olarak değiştirmemiştir. Bu nedenle hâlihazırda Japon Yüksek Mahkemesini siyasete yön vermedeki muhafazakârlık saplantısından kurtarmaya yönelik çeşitli tedbirler mümkün olabilir.

Yüksek Mahkemeyi daha etkin bir anayasa Yargısı mercii haline getirebilmek için yukarıda sayılan özellikleri göz önüne alarak bazı değişiklikler yapılması gerektiği belirtilmektedir. Şöyle ki: Her şeyden önce Mahkemenin personel ve kaynak bakımından bürokratik hiyerarşiye olan sıkı bağımlılığına

değişiklik isteğinde Anayasa'nın savaş karşıtı ünlü 9'uncu maddesini değiştirebilme isteği yattığı bilinmektedir. Başbakan Abe, parlamentoda doğrudan anayasada değişiklik yapma gücüne sahip olmadığı için, dolaylı bir yöntemle önce Anayasa'yı değiştirme usulüne ilişkin maddeyi değiştirip Anayasa'yı değiştirmeyi kolaylaştırarak; ardından 9'uncu madde değişikliğini gerçekleştirebilmeyi umuyordu. Ancak bu mümkün olmadı. Bunun üzerine ise Abe hükümeti 1 Temmuz 2014 tarihinde aldığı bir *kararla* bugüne kadar sadece Meşru Müdafaa Kuvvetleri'ni Anayasa'ya uygun gören anlayışın terk edildiğini ve 9'uncu maddeyi bundan sonra farklı bir şekilde yorumlayacağını; bu yeni yorum sayesinde ise Japonya'nın kendisine yönelen bir tehdit hâlinde yabancı ülkelere askeri güç göndermesinin ve müdahalede bulunmasının Anayasa'nın 9'uncu maddesine aykırılık teşkil etmeyeceğini ilan etti. Böylelikle bu satırların yazıldığı tarihte (Eylül 2014) Japon Anayasasının şekli bir değişiklik geçirmeden, çok hayati bir anayasa hükmünün yorumunda geleneksel yorumun dışında çıkılarak *de facto* bir değişikliğe gidildiği söylenebilir. Altmış yıldan fazla bir süredir anayasada öngörülen usule uyularak yani tali kurucu iktidar eliyle bir anayasa değişikliği yapılmamışken, kadim Japon anayasası bir bakanlar kurulu kararı ile sadece yorumda değişikliğe gidilerek değiştirmiştir. Kararın ardından bu minvalde yapılacak yasal düzenlemelerin Yüksek Mahkemenin önüne gelip gelmeyeceği, gelirse de Mahkemenin nasıl bir tutum izleyeceği şimdiden oldukça ilgi çekici gözükmektedir. Zira bugüne kadar bu tip 'politik sorun'lardan ziyadesiyle uzak duran Mahkemenin, çok uzun zamandır kabul görmüş geleneksel bir anayasal yorumda yapılan bu değişikliğe müdahalede bulunarak bir şekilde denetlemesi oldukça büyük sürpriz olur. Kuşkusuz bunu ancak zaman gösterecektir. (Kensuke Ueda, "Reinterpreting Article 9 of the Constitution of Japan", *The Constitution Unit Blog*, 28 Ağustos 2014, <http://constitution-unit.com/2014/08/28/reinterpreting-article-9-of-the-constitution-of-japan/>)

60 Law, "Why Has Judicial Review...", *op. cit.*, s. 1462.

61 Ginsburg ve Matsudaira, *op. cit.*, s. 28.

son verilmelidir. Japonya yargı organı bürokratik bir organizasyon olarak hiyerarşik bir şekilde örgütlenmiştir ve uyuşmazlık çözmekten ziyade politika uygulamaya uygun bir yapı arz etmektedir. Diğer bir ifadeyle Yüksek Mahkemenin kendisi, bürokrasi tarafından oluşturulmaktadır. Böyle bir yapının ise otoriteye karşı durması ve siyasal karar alma sürecine kararları ile müdahale etmesi beklenemez⁶². Dolayısıyla Yüksek Mahkemeyi devletin politika uygulayan bir organı olmaktan çıkarıp gerçek anlamda devlet karşısında birey hak ve özgürlüklerini koruyan bir mahkeme haline getirmek için ciddi radikal değişikliklere ihtiyaç vardır. Bu bağlamda Yüksek Mahkemede değişiklik meydana gelmesi için yapılması gerekenler Japon hukukçuların tespitlerinden hareketle şöyle sıralanabilir.

Öncelikle Mahkemenin üye yapısı ve üyelerin seçim usulünde değişikliğe gidilmesi gereklidir. Hükümet üyelerin seçiminde daha aktif bir rol oynamalı, yargının Mahkeme içinde kurduğu kooptasyon sistemine son verilmelidir. Mahkemenin üye adaylarının belirlenmesinde Mahkeme Başkanında bağımlı olmayan bir kurumsal mekanizma kurulması da oldukça önemlidir. Bu bağlamda Mahkemeye üye seçiminde geçmişte bir dönem uygulanan bağımsız bir seçici kurul/danışma kurulu uygulaması faydalı olabilir. Mahkemeye üye seçilirken daha genç yaşta üyelerin seçilmesi uzun süre görev yapacak yargıçlara anayasa Yargısı alanında kendilerini geliştirmeleri ve kendi anayasa Yargısı perspektiflerini oluşturmaları için uygun zamanı sunacaktır. Keza üye çeşitliliğinde anayasa hukuku/kamu hukuku alanındaki akademisyenlere daha fazla sayıda yer verilmesi de anayasal meselelerin sağlam bir şekilde görüşülmesine katkı sağlayabilecektir. Öte yandan Mahkemenin anayasa Yargısı fonksiyonuna odaklanabilmesi için iş yükünün azaltılması da elzemdir. İş yükü azaltılan Mahkemenin birden fazla dair hâlinde değil, tek bir kurul hâlinde çalışması da anayasa Yargısı açısından daha etkili olabilir. Nihayet Yüksek Mahkeme, Japonya Anayasasını hâkimler tarafından önlerine gelen uyuşmazlıklarda uygulanacak bir mevzu hukuk normu olarak kabul etmelidir⁶³.

62 Law, "Why Has Judicial Review...", *op. cit.*, s. 1462-1463.

63 Matsui, "Why Is The Japanese...", s.1419-1421; Law, "Why Has Judicial Review...", *op. cit.*, s. 1464-1565.

KAYNAKÇA

Arnold, Edwin. "Asia's First Parliament", *New York Times*, 26 Ocak 1891, <http://query.nytimes.com/mem/archivefree/pdf?res=9D0DE2DD1F3BE533A-25755C2A9679C94609ED7CF>.

Dean, Meryll. *Japanese Legal System*, Cavendish Publishing, London, 2. Bas-
kı, 2002.

Erginay, Akif. "Yeni Japon Anayasası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, Sayı: 1, 1950, ss.494-506.

Ginsburg, Tom ve Matsudaira, Tokujin. "The Judicialization of Japanese Politics?" (Ağustos 29, 2012), içinde *The Judicialization of Politics in Asia*, Björn Dressel (ed), Routledge, 2012, ss.11-37 (taslak sayfa numaraları), SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2190478>

Goodman, Carl F.. *The Rule of Law in Japan: A Comparative Analysis*, The Ha-
gue, Kluwer Law International, 2003.

Kawagashi, Norikazu. "The Birth of Judicial Review in Japan", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 5, Number 2, 2007, ss.308-331.

Law, David S.. "The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan", *Texas Law Review*, Cilt 87, 2008-2009, ss. 1545-1593.

Law, David S.. "Why Has Judicial Review Failed in Japan?", *Washington University Law Review*, Cilt 88, 2011, ss.1425-1466.

Matsui, Shigenori. *The Constitution of Japan: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2011.

Matsui, Shigenori. "Why Is The Japanese Supreme Court So Conservative", *Washington University Law Review*, Cilt 88, 2011, ss. 1375-1423.

The Constitution of the Empire of Japan, <http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c02.html>, (Ekim 2012).

Tonami, Koji. "İkinci Dünya Savaşı Sonrası Dönemde Japonya'da Anayasa-
cılığın Gelişimi", içinde *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim Türkiye'de Anayasal Değişim Beklentileri*, Ozan Ergül (Ed.), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Anka-
ra, 2010, ss.211-239.

Ueda, Kensuke. "Reinterpreting Article 9 of the Constitution of Ja-
pan", *The Constitution Unit Blog*, 28 Ağustos 2014, <http://constitution-unit.com/2014/08/28/reinterpreting-article-9-of-the-constitution-of-japan/>

Wolfrum, Rüdiger ve Grote, Rainer (ed.). "Introductory notes on the consti-
tution of Japan" içinde *Constitutions of the Countries of the World*, Oxford Uni-

S. Yolcu: Japonya'da Anayasa'nın Yargısal Korunması

versity Press (Oceana Law Online), New York, 2005, http://www.oceanalaw.com/NXT/gateway.dll/CCW/current/japan/jpn_intro-2005.htm (Ocak 2010).

Yolcu, Serkan. "Küreselleşme Sürecinde Anayasa Yargısı'nın Meşruluğu", *Uluslararası Davraz Kongresi Bildiriler*, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Yayını, 2009, s. 1911.

http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_of_Japan; http://en.wikipedia.org/wiki/Meiji_Constitution; http://en.wikipedia.org/wiki/Meiji_government; http://en.wikipedia.org/wiki/Meiji_Restoration ;

http://en.wikipedia.org/wiki/Meiji_oligarchy (Ekim 2012).

